

# Derecho y Sociedad

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
de la Universidad Monteávila

No. 16 - 2020



*supra montem posita*  
2 octubre 1998



Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
de la Universidad Monteávila

Derecho  
*y* Sociedad  
16

Abril 2020



## **Derecho y Sociedad**

### **Entrevista del Director de la Revista al profesor Jesús María Casal**

**Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (segunda parte)**

Andrés Álvarez Iragorry

**Palabras en el acto de presentación del libro La ejecución de sentencias en el proceso administrativo iberoamericano (Con especial referencia a España, Perú, Costa Rica, Colombia y Venezuela), de Miguel Ángel Torrealba Sánchez**

Carlos García Soto

**Inflación, Derecho Tributario y control parlamentario. El ajuste de la Unidad Tributaria como acto administrativo complejo**

Carlos Weffe

**Comentarios sobre la Sentencia No. 362 dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 21 de marzo de 2018 (caso Construcciones Espacio XXI)**

Carmine Pascuzzo

**Sistemas de pago no bancarios**

María Cecilia Rachadell y Fernando Sanquírigo Pittevil

**Los contratistas de la Administración Pública española en el siglo XIX**

Humberto Gosálbez Pequeño

**La ejecución de las Providencias Administrativas dictadas por las Inspectorías del Trabajo con ocasión de los reenganches y pago de salarios caídos de los trabajadores (Réplica)**

Igor Villalón

**Perspectiva crítica de la valoración judicial de la conducta de la parte en el proceso**

Jorge González Carvajal

**Democracia como derecho humano y eje transversal del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Análisis de la Sentencia N° 455 de la Sala Constitucional del 12/6/2017 considerando la jurisprudencia de la Corte IDH)**

Kathleen Barrios

**La Universidad y el Derecho en la vida de la mujer venezolana**

Eugenio Hernández-Bretón

**Servir al ciudadano, participación y rendición de cuentas**

María Alejandra Correa

**Un caso de poliomielitis en la Venezuela Colonial**

Résmil Chacón Santana

**La falta de jurisdicción de los Tribunales Laborales frente a la existencia de una cláusula arbitral. Comentarios a la sentencia de fecha 21 de marzo de 2019, dictada por el Tribunal Décimo Tercero (13°) de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas**

María Alejandra González Yáñez

**Impugnación de asambleas de accionistas mediante arbitraje en el Derecho venezolano**

Pablo Andrés Trivella Landáez

**Arbitrabilidad y Derecho de Competencia**

Rodolfo A. Mejías G

**El trasplante de la cláusula arbitral**

Rosnell V. Carrasco Baptista

## **Colaboran en este número**

### **Andrés Álvarez Iragorry**

Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello, 1987. Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Católica Andrés Bello, 1991. Ganador del Quinto Premio Anual “Procuraduría General de la República” (1991) y “Premio a la Excelencia” otorgado por FUNDAYACUCHO (1992). Profesor en el Postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello (2006-2010). Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA).

### **Carlos García Soto**

Abogado, magna cum laude, Universidad Monteávila (2004). Investigador Visitante, Universidad de Navarra (2009). Investigador visitante, Universidad de Columbia, New York (2010). Diploma en Estudios Avanzados en Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid (2009). Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, sobresaliente cum laude por unanimidad (2014). Ha sido Director de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Monteávila. Es Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela y Profesor de Entorno Regulatorio en el IESA. Director de Derecho y Sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila. Tesorero de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA).

### **Carlos Weffe**

*Senior Research Associate, International Bureau of Fiscal Documentation* (IBFD), Países Bajos. Profesor Asociado de «Finanzas Públicas», Universidad Central de Venezuela. Profesor de «Problemas Federales y Municipales», Universidad Monteávila. Abogado (Universidad Católica Andrés Bello). Especialista en Derecho Tributario y Doctor en Derecho (Universidad Central de Venezuela). Representante alterno por Panamá al Directorio del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT). Miembro del Instituto Brasileño de Derecho Tributario (IBDT), la Academia Mexicana de Derecho Fiscal (AMDF) y la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT).

### **Carmine Pascuzzo**

Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (2009). Maestría en Arbitraje Comercial Internacional de la Universidad de Estocolmo (2014). Programa de Profesionalización en Arbitraje de la Universidad Católica

Andrés Bello (2013) y Curso en Derecho Internacional Privado en la Academia de Derecho Internacional de la Haya (2012).

### **Eugenio Hernández-Bretón**

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila. Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Central de Venezuela, en la Universidad Monteávila y en la Universidad Católica Andrés Bello. También ha sido profesor de la misma materia en el Instituto de Altos Estudios Diplomáticos "Pedro Gual" del Ministerio de Relaciones Exteriores; Doktor iuris utriusque (summa cum laude) de la Universidad de Heidelberg (Alemania); Master en Derecho (magna cum laude) de la Universidad de Tübingen (Alemania) y de la Columbia University (New York); Diplomado en Derecho Comparado de la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado (Estrasburgo, Francia); Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (summa cum laude). Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela. Asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Miembro Honorario de la Asociación Americana de Derecho Internacional. Autor de más de noventa publicaciones en materia de derecho constitucional, administrativo, arbitraje, civil, mercantil, internacional privado, procesal civil internacional.

### **Fernando Sanquírigo Pittevil**

Abogado. Director del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila. Director Académico del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila. Profesor de Derecho de Universidades Central de Venezuela, Católica Andrés Bello y Monteávila. Miembro de la lista de árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje de VenAmCham. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje 2019-2020

### **Humberto Gosálbez Pequeño**

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Córdoba (España). Director de la Revista Internacional de Derecho del Turismo (RIDETUR). Autor de 3 monografías de Derecho Administrativo, 2 obras de práctica jurídica y más 30 estudios publicados en revistas jurídicas y en obras colectivas.

### **Igor Villalón**

Abogado. Especialización en Derecho Administrativo (UCV) (Esperando acto de grado). Profesor de Políticas Públicas de la Escuela Nacional de

Administración y Hacienda Pública. Editor del Portal Jurídico  
www.vitrinalegal.com.ve.

**Jonás E. Aponte A.**

Abogado por la Universidad Central de Venezuela, 2008. Licenciado en Ciencias Fiscales Mención Rentas, Escuela de Administración y Hacienda Pública. 2013. Especialización en Derecho Tributario por la Universidad Central de Venezuela (esperando acto de grado). Profesor de Armonización Tributaria en la Escuela de Administración y Hacienda Pública. Editor del Portal Jurídico  
www.vitrinalegal.com.ve.

**Jorge González Carvajal**

Universidad Católica Andrés Bello, Abogado y Especialista en Derecho Procesal. Universidad Nacional de Rosario, Argentina, Doctorando en Derecho y Magíster Scientiarum en Derecho Procesal. Visiting scholar en la Università degli Studi di Padova, Italia. Universidad Pedagógica Experimental Libertador, Diplomado de Docencia en Educación Superior. Profesor en Pre-Grado, Universidad Católica Andrés Bello y Post-grado, Universidad Central de Venezuela.

**Kathleen Barrios**

Abogada egresada de la Universidad Monteávila

**María Alejandra Correa**

Profesora de Instituciones de Derecho Privado III de la Universidad Monteávila y de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela

**María Alejandra González Yáñez**

Abogada egresada de la Universidad Central de Venezuela (2010). Estudió la Especialización en Derecho del Trabajo en la misma Universidad (pendiente trabajo especial). Actualmente estudia el Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila. Es Director Ejecutivo del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje CEDCA desde 2018; Director del Capítulo Venezolano del Club Español del Arbitraje, miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje y de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Arbitraje.

**María Cecilia Rachadell**

Abogado. LL.M Harvard Law School. Miembro de la lista de árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje de VenAmCham.

### **Pablo Andrés Trivella Landáez**

Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (2011), en espera de aprobación del Trabajo Especial de Grado en la Especialización en Derecho Mercantil de la misma Universidad. Actualmente alumno del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila.

### **Résmil Chacón Santana**

Licenciado en Educación, Ciencias Sociales, mención Cum Laude (UCAB), Magíster Scienciarum en Historia de Venezuela mención Cum Laude(UCAB), Abogado mención Summa Cum Laude (UCV), Especialista en Derecho Mercantil (UCV), Profesor de Historia de Iberoamérica (UMA), Profesor de Derecho Mercantil I (UMA).

### **Rodolfo A. Mejias G**

Abogado USM (2012), especialista en Derecho Procesal Constitucional (2016).

### **Rosnell V. Carrasco Baptista**

Abogado, egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), en el año 2010. Especialista en Derecho Administrativo (UCAB). Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo (UCAB) y profesor de Derecho Público Económico (Unimet). Estudiante del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje (UMA).

Derecho y Sociedad

**REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD MONTEÁVILA**

Final Ave. Buen Pastor, Boleíta Norte, Caracas, Venezuela

derechoysociedad@uma.edu.ve

Teléfonos: (+58 212) 232.5255 / 232.5142 – Fax: (+58 212) 232.5623 Web:

www.uma.edu.ve / www.derysoc.com

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA  
UNIVERSIDAD MONTEÁVILA**

Eugenio Hernández-Bretón

**Decano**

Geraldine Cardozo

**Directora de la Escuela de Derecho**

**CONSEJO EDITORIAL DE DERECHO Y SOCIEDAD**

Carlos García Soto

**Director**

Fernando Sanquírigo Pittevil

**Subdirector**

Caterina Jordan Procopio

**Asistente del Consejo Editorial**

**CONSEJO ASESOR DE DERECHO Y SOCIEDAD**

Guillermo Tell Aveledo

María Bernardoni de Govea

Marcos Carrillo

Jesús María Casal

María Alejandra Correa

Résmil Chacón

Rafael J. Chavero G.

Faustino Flamarique

José Ignacio Hernández

Pedro Jedlicka

Rogelio Pérez Perdomo

Gonzalo Pérez Salazar

Pedro A. Rengel N.

Alejandro Silva Ortiz

Diana Trías Bertorelli

Daniela Urosa Maggi

Vicente Villavicencio

Mendoza

Carlos Weffe

**HECHO EL DEPÓSITO DE LEY**

**ISSN: 1317-2778**

Departamento de Promoción y Desarrollo Institucional

Universidad Monteávila



## ÍNDICE

Editorial.....	1
<b>Derecho</b> .....	2
<b>Entrevista del Director de la Revista al profesor Jesús María Casal</b> .....	3
<b>Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (segunda parte))</b>	
Andrés Álvarez Iragorry .....	11
I. Normas totalmente nuevas .....	11
II. Normas suprimidas en su totalidad (los artículos mencionados entre paréntesis son de la anterior LISB) .....	17
III. Supresión, transferencia o asunción de competencias del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional (OSFIN).....	19
IV. Tratamiento especial a la banca pública en la nueva LISB	24
V. El “Rescate” de la exclusión de la condición de funcionarios públicos de los administradores y miembros de las juntas administradoras de las instituciones bancarias.....	28
VI. Apreciación General.....	36
VII. Conclusión.....	57
<b>Palabras en el acto de presentación del libro La ejecución de sentencias en el proceso administrativo iberoamericano (Con especial referencia a España, Perú, Costa Rica, Colombia y Venezuela), de Miguel Ángel Torrealba Sánchez</b>	
Carlos García Soto .....	58
<b>Inflación, Derecho Tributario y control parlamentario. El ajuste de la Unidad Tributaria como acto administrativo complejo</b>	
Carlos E. Weffe H.....	60
I. Introducción.....	60
II. La unidad tributaria. Origen. Regulación. Procedimiento legal para su reajuste.....	64
III. La determinación aritmética del SENIAT y la opinión favorable de la Comisión Permanente de Finanzas de la AN como acto complejo. Consecuencias de la opinión desfavorable de la Comisión Permanente de Finanzas de la AN.....	69

**Comentarios sobre la Sentencia No. 362 dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 21 de marzo de 2018 (caso Construcciones Espacio XXI)**

Carmine A. Pascuzzo S .....70

I.	Introducción.....	70
II.	Los hechos.....	70
III.	Sentencia de primera instancia.....	70
IV.	Sentencia de la SPA.....	71
V.	Análisis de la sentencia de la SPA.....	71
VI.	Un síntoma de un problema mayor.....	73
VII.	Conclusión.....	75

**Sistemas de pago no bancarios**

María Cecilia Rachadell y Fernando Sanquírigo Pittevil .....76

I.	Introducción.....	76
II.	Una definición. Varios problemas.....	76
III.	Sistemas de pago no bancario.....	79
	A. El efecto no bancario.....	80
	B. Riesgos Asociados.....	81
IV.	Conclusión.....	84

**Los contratistas de la Administración Pública española en la legislación administrativa del siglo XIX**

Humberto Gosálbez Pequeño.....85

I.	Antecedentes históricos: Los primeros contratistas del Estado Español.....	85
	A. Los contratistas de obras públicas.....	87
	B. Los suministradores del Ejército.....	88
	C. Los contratistas de “servicios”.....	90
II.	Los incapacitados para contratar con la administración pública decimonónica.....	99
	A. Las prohibiciones en la contratación de obras públicas y su aplicación supletoria.....	99
	B. Las reglamentaciones del siglo XIX.....	101
III.	El singular estatuto de los concesionarios de líneas férreas	107
	A. La capacidad para construir y explotar un ferrocarril ..	107

**La ejecución de las Providencias Administrativas dictadas por las Inspectorías del Trabajo con ocasión de los reenganches y pago de salarios caídos de los trabajadores (Réplica)**

Igor Villalón .....118

I. El planteamiento efectuado por el autor del trabajo “Autotutela Administrativa vs Intervención Judicial” .....118

II. La falta de jurisdicción y la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos .....118

III. De las normas vigentes aplicables.....120

IV. La sentencia “Guardianes Vigiman, S.R.L.” .....122

V. Criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia<sup>124</sup>

VI. De llamado “Trance de la Ejecución de los Actos de Inspectorías”.....126

VII. La jurisprudencia.....127

**Perspectiva crítica de la valoración judicial de la conducta de la parte en el proceso**

Jorge Isaac González Carvajal .....128

I. Introducción .....129

II. El concepto de parte procesal y la valoración judicial de la conducta de la parte.....134

A. El abogado en el proceso.....137

B. 1.2. La capacidad de postulación ¿conducta de la parte o conducta de su abogado?.....138

C. 1.3. La lealtad del abogado con su defendido .....141

III. La dialecticidad del proceso y las partes .....143

A. El proceso como competencia o juego razonado .....145

B. El proceso como método de debate dialéctico frente a las corrientes de publicización.....147

C. Una distinción necesaria: Deberes, obligaciones y cargas procesales .....148

IV. Valoración judicial de la conducta de las partes .....156

A. Las normas jurídicas sobre moralidad procesal o buena fe procesal: Normas en blanco, conceptos válvula y/o cláusulas generales y la valoración judicial de la conducta de las partes 163

B. Naturaleza jurídica .....165

C. 3.3. Manifestaciones del fenómeno.....182

D.	Límites a la valoración judicial de la conducta de las partes 187	
E.	Supuestos específicos de valoración judicial de la conducta de las partes .....	189
V.	Conclusión.....	193
<b>Democracia como derecho humano y eje transversal del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Análisis de la Sentencia N° 455 de la Sala Constitucional del 12/6/2017 considerando la jurisprudencia de la Corte IDH)</b>		
	Kathleen Barrios.....	200
I.	Introducción .....	200
II.	Análisis de la intervención y/o restricción del derecho a la democracia .....	202
III.	Conclusión.....	210
<b>Sociedad .....</b>		
		213
<b>La Universidad y el Derecho en la vida de la mujer venezolana</b>		
	Eugenio Hernández-Bretón.....	214
<b>Servir al ciudadano, derecho a la participación y deber de rendición de cuentas</b>		
	María Alejandra Correa Martín.....	222
I.	La ubicación de la contraloría general de la república en una nueva rama del poder público: el poder ciudadano.....	224
A.	De la desvinculación de la Contraloría General de la República del Poder Legislativo ¿un cambio en el sistema de control?.....	225
B.	El Poder Ciudadano, una razón de independencia.....	227
II.	Poder ciudadano y derecho a la participación en los asuntos públicos .....	231
A.	El derecho fundamental a la participación ciudadana en la designación del Contralor General de la República.....	232
B.	Del Derecho a la participación ciudadana en la función de control desarrollada por la Contraloría General de la República 239	
III.	Reflexiones sobre la situación del control fiscal.....	242

<b>Un caso de poliomielitis en la Venezuela colonial</b>	
Résmil Eduardo Chacón Santana .....	250
<b>Especial PREA Arbitraje .....</b>	<b>256</b>
<b>La falta de jurisdicción de los Tribunales Laborales frente a la existencia de una cláusula arbitral. Comentarios a la sentencia de fecha 21 de marzo de 2019, dictada por el Tribunal Décimo Tercero (13°) de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas</b>	
María Alejandra González Yáñez .....	257
I. Antecedentes relevantes del caso .....	257
II. La decisión de fecha 21 de marzo de 2019 .....	258
A. Sobre la defensa de falta de jurisdicción (extractos de la sentencia) .....	258
B. Sobre la nulidad de la cláusula arbitral .....	260
III. Comentarios .....	260
IV. Conclusiones .....	265
<b>Impugnación de asambleas de accionistas mediante arbitraje en el derecho venezolano</b>	
Pablo Andrés Trivella Landáez.....	266
I. Delimitación del objeto de este estudio .....	266
II. Breve referencia a los mecanismos de impugnación de asambleas de accionistas en la sociedad anónima venezolana.....	267
A. El derecho de oposición (artículo 290 del Código de Comercio).....	267
B. La acción autónoma de nulidad.....	268
III. Controversias sobre la arbitrabilidad de la impugnación de asambleas .....	271
A. La incorporación de un acuerdo de arbitraje en los estatutos de la sociedad.....	272
B. Arbitrabilidad objetiva: ¿La impugnación de asambleas es una materia susceptible de transacción? .....	277
C. La existencia de un procedimiento especial en la ley (referencia al artículo 290 del Código de Comercio).....	285
D. Posibilidad de acordar un arbitraje de equidad o un arbitraje <i>ad hoc</i> en esta materia.....	286

E.	Los efectos del laudo que acuerda la nulidad de una asamblea.....	287
IV.	Conclusiones .....	290
<b>Arbitrabilidad y derecho de competencia</b>		
	Rodolfo A. Mejias G.....	292
I.	Sobre la Arbitrabilidad.....	292
II.	Arbitrabilidad (objetiva) del Derecho de competencia ....	293
A.	<i>Prima facie</i> , la aplicación del Derecho de competencia se reserva a la Administración Pública.....	293
B.	Los principios <i>pro-arbitri</i> y de universalidad de la cláusula arbitral permiten la aplicación privada (por árbitros) del Derecho de competencia y, en consecuencia, a su arbitrabilidad.....	295
C.	El Derecho administrativo de la competencia económica no debe expandirse hasta censurar el derecho (fundamental) de acceso al arbitraje.....	296
III.	Conclusiones .....	297
<b>El trasplante de la cláusula arbitral</b>		
	Rosnell V. Carrasco Baptista .....	299
I.	Planteamiento del problema.....	299
II.	El derecho fundamental al arbitraje .....	300
III.	La naturaleza jurídica del arbitraje .....	301
A.	Teoría jurisdiccional.....	301
B.	Teoría contractual.....	302
IV.	Naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje .....	302
V.	El principio de la relatividad de los contratos en el arbitraje 304	
VI.	Cláusulas back to back.....	305



## **Editorial**

Este número 16 de Derecho y Sociedad contiene varios trabajos de Universidades venezolanas, sobre distintas áreas, junto con una entrevista al profesor Jesús María Casal, para continuar así con la serie de entrevistas que hemos realizado en los números anteriores.

Tal como lo señalamos en el Editorial del número 14, el propósito de estas entrevistas es conocer cómo ha sido el proceso de formación de estos profesores y que nos contaran cómo fue el desarrollo de su actividad profesional y académica. Además, les pedimos que dieran consejos útiles para los estudiantes universitarios y jóvenes profesores.

Creemos que estas entrevistas pueden ser un instrumento útil para que los lectores puedan identificar modelos de estudio y trabajo, hoy necesarios sobremanera debido al ambiente circundante.

Como anunciamos en el número anterior, la revista está disponible para su consulta en la nueva página web de la Revista: [www.derysoc.com](http://www.derysoc.com).

Esa página web, además, aloja el Blog de Derecho y Sociedad, que pretender ser un lugar para el análisis y discusión de los temas que habitualmente tratamos en la Revista, pero de una forma más ágil e inmediata. En el *Blog* ya hemos publicado un número importante de ensayos breves y Especiales sobre distintos temas, que pueden ser consultados en la página web.

**Carlos García Soto**  
Director

# Derecho

## Jesús María Casal: “Es indispensable estudiar permanentemente y estar al día en las fuentes jurisprudenciales y normativas”<sup>1</sup>

### 1. ¿Cómo fue su proceso de formación jurídica en la Universidad y en el postgrado?

Comencé los estudios universitarios en octubre de 1983, en la Universidad Católica Andrés Bello. El tránsito del bachillerato a los estudios superiores fue esperado con ilusión y al mismo tiempo suponía un penoso distanciamiento respecto del ambiente apacible y casi familiar del Colegio La Salle La Colina, en el que me formé desde la primaria. Escogí la carrera de Derecho en buena medida por influencia de mi padre, aunque estaba clara mi inclinación hacia las humanidades, por las que opté desde el cuarto año de educación media. El ingreso a la Facultad de Derecho de la UCAB llevó consigo intensidad y compromiso. Fui electo delegado de curso y me vinculé de inmediato al trabajo social y más tarde a la representación estudiantil de la Facultad. También me entregué al estudio de la carrera, procurando complementar las lecciones de clase y libros de texto con lecturas adicionales que podía procurarme con facilidad en la biblioteca de mi padre. Desde el primero año fui cautivado por el magisterio del entonces Decano de la Facultad, el Padre Luis María Olaso, s. j., quien combinaba la brillantez de sus clases y su empeño en aguijonear las conciencias, con el espíritu crítico y el escrupuloso respeto a las convicciones de cada cual, a lo cual aunaba una descollante y humilde coherencia entre su prédica y sus acciones y forma de vida. Al pasar al segundo año de Derecho él me planteó que le apoyara como asistente del Decano y empecé a trabajar durante las tardes en la Escuela de Derecho, en un régimen que tenía semejanzas con el de los actuales becas-trabajo, lo cual contribuyó a afianzar mi vocación por la investigación, pues me correspondía levantar fichas con resúmenes sobre libros de Teoría del Derecho de la biblioteca del Decano, con miras a una nueva edición de su *Curso de Introducción al Derecho*, del que él era autor y con el que se han formado varias generaciones de abogados en el país. Ello me permitió involucrarme aún más en la vida universitaria, y me puso en contacto con destacados profesores y con el personal administrativo de la Escuela, que desempeñaba una labor encomiable. Años después me correspondería ampliar y actualizar el Tomo II de dicho *Curso*, a solicitud del Padre Olaso.

Después tuve la oportunidad de participar en labores de investigación con el Doctor José Luis Aguilar Gorrondona, eximio jurista y autor de obras fundamentales para el estudio del Derecho Civil en Venezuela, lo cual consolidó esa vocación.

---

<sup>1</sup> Entrevista del Director de la Revista, Carlos García Soto, al profesor Jesús María Casal.

En paralelo, mantuve las actividades de promoción social universitaria y de representación del alumnado, siendo muy útil la experiencia como representante estudiantil ante el Consejo de la Facultad de Derecho. Me incorporé durante casi toda la carrera, junto a otros compañeros, en la actividad docente en el barrio Unión de Petare, en el Instituto Radiofónico Fe y Alegría, dictando clases los sábados en la mañana, y promoví la fundación de tres centros de asistencia jurídica gratuita en zonas populares cercanas a la Universidad, que posteriormente fueron incluidos dentro de programas formales de voluntariado de la Facultad.

Tras culminar la carrera quería cursar un postgrado en el exterior, pero los compromisos profesionales rápidamente adquiridos me llevaron a optar por la Especialización en Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela, por el merecido prestigio que se había ganado y por el interés que tenía en conocer la vida académica de esa casa de estudios. Fue una decisión acertada, pues me permitió tener como profesores a una pléyade de *iuspublicistas*. Cuando estaba avanzado en los estudios de especialización surgió la oportunidad de hacer el Doctorado en la Universidad Complutense de Madrid, por lo que debí interrumpirlos y concluirlos con posterioridad, ya con el título de Doctor en Derecho. El doctorado en España me proporcionó una perspectiva nueva para el examen de las instituciones jurídicas, con enfoque comparativo, y marcó el desarrollo ulterior de mis investigaciones y de muchos proyectos científicos.

## **2. ¿Quiénes han sido los profesores y/o autores que más han influenciado en su vida académica y por qué?**

Como comenté, el Padre Luis María Olaso tuvo un peso significativo en mi formación, tanto por su libro de Introducción al Derecho como por la cercanía a su persona y legado. También adopté como modelo la obra jurídica del Dr. Aguilar Gorrondona. Recibí de ambos consejos o referencias que han estado presentes en mi quehacer investigativo. Mi formación jurídica lleva también la impronta de mi padre, Jesús María Casal Montbrún, egregio constitucionalista de la teoría, de las letras y de la acción. Su capacidad para analizar las instituciones constitucionales con un enfoque que conjuga la normatividad con el conocimiento de las circunstancias histórico-políticas que explican su gestación deslumbraba y animaba a seguir el mismo camino. He considerado igualmente modélica la trayectoria del Dr. Ramón Duque Corredor, quien fuera mi profesor en los estudios de postgrado de la UCV, dada su condición de jurista integral e íntegro y de juez digno de admiración.

En una fase posterior de mi carrera académica cobró importancia la figura del Padre Luis Ugalde, s. j., quien como Rector de la UCAB me propuso para el cargo de Decano de la Facultad de Derecho, en 1999, responsabilidad que asumí con esmero y plena dedicación durante diez años. El desempeño de mis funciones en la Facultad, en comunicación y coordinación con el Padre Ugalde, me dejó

Jesús María Casal: “Es indispensable estudiar permanentemente y estar al día en las fuentes jurisprudenciales y normativas”

muchas enseñanzas en relación con la gestión universitaria, en sus aspectos académicos y en los relativos al liderazgo que es preciso ejercer para obtener los mejores resultados institucionales, con base en la motivación y el respaldo de las iniciativas de los demás.

### **3. ¿Puede señalar cinco libros fundamentales para su formación como jurista?**

Diría que en la fase de la carrera universitaria fueron fundamentales el *Curso de Introducción al Derecho* del Padre Luis María Olaso; el *Tratado de Derecho Procesal Civil* de Arístides Rengel-Romberg; el estudio sobre *La Jurisdicción Constitucional en el Derecho venezolano* de José Guillermo Andueza; el *Derecho Constitucional Comparado* de Manuel García-Pelayo y las obras de Allan Brewer-Carías. Al final de la carrera retomé la lectura de obras de Hans Kelsen. Avanzada la licenciatura y luego con motivo de la preparación del seminario sobre *Amparo constitucional*, con el cual inauguré mi labor docente en la UCAB, profundicé en la ciencia procesal, siendo medulares los libros de Piero Calamandrei, Eduardo Couture, Santiago Sentís Melendo, Luis Loreto y Román Duque Corredor. En el ámbito específico del Derecho Procesal Constitucional entonces me apoyé sobre todo en los trabajos de Héctor Fix-Zamudio. En materia de Derecho Administrativo mi formación estuvo influenciada por la labor docente y jurisprudencial de Josefina Calcaño de Temeltas y Luis Henrique Farías Mata y estudié en detalle a Sayagués Laso y Eduardo García de Enterría. En la etapa de doctorado, ya más centrado en el Derecho Constitucional, o antes, con ocasión de la elaboración de mi primer libro (*Dictadura Constitucional y Libertades Públicas*), analicé detenidamente obras de Karl Loewenstein, Carl Schmitt, Carré de Malberg, Paolo Biscaretti Di Ruffia, Ignacio de Otto, Robert Alexy, Konrad Hesse, Klaus Stern, Alessandro Pizzorusso, Gustavo Zagrebelsky y trabajos de Manuel García-Pelayo que no había examinado en el pregrado, entre otros textos.

### **4. ¿Cuáles han sido las investigaciones que ha realizado que han sido más formativas para usted?**

Ese primer libro, *Dictadura Constitucional y Libertades Públicas*, que lo presenté en la UCV como tesina de la Especialización en Derecho Administrativo antes de viajar a España para cursar el doctorado, significó el paso definitivo hacia la investigación jurídica. Cuestioné ciertos dogmas entonces dominantes en relación con el alcance o efectos de la llamada suspensión o restricción de garantías, que encontraba preliminarmente inconsistentes pero que solo con el estudio histórico, comparado y normativo-jurisprudencial podían ser derribados.

La tesis doctoral, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, fue también muy relevante, pues continué con una línea crítica y desarrollé una investigación que consolidó mi inclinación por el estudio de los

derechos humanos y me abrió perspectivas para futuros proyectos, por el manejo de las fuentes alemanas y una visita académica que puede realizar a un centro de investigación en ese país.

Más recientemente, el libro sobre *Los Derechos Fundamentales y sus restricciones* representa la culminación de un prolongado esfuerzo científico, del cual se han desprendido retos para trabajos actualmente en elaboración.

**5. ¿Cuál ha sido el trabajo (libro o artículo) que más ha disfrutado escribiendo?**

Disfruté mucho durante la elaboración de mi trabajo de ascenso a la condición de Profesor Titular, *La Justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*, porque allí asumí el desafío de fijar posición sobre grandes debates del constitucionalismo contemporáneo, con perspectiva comparativa, que incluye esta vez a la doctrina estadounidense, y con apertura a fuentes filosófico-jurídicas y de política constitucional que era preciso considerar.

Por otra parte, la elaboración del libro sobre la *Asamblea Nacional: conquista democrática vs. demolición autoritaria. Elementos de la argumentación y práctica judicial autoritaria de la Sala Constitucional del Tribunal Suprema de Justicia*, estuvo acompañada de sentimientos encontrados, en medio de la esperanza del cambio político y de la conciencia de los obstáculos que habría que combatir, y determinada por el deber de relatar esa embestida ejecutivo-judicial contra la Asamblea Nacional electa en diciembre de 2015. Allí se examinan, desde la óptica de un observador directo de los acontecimientos, y a la vez de un actor en la faceta jurídica, los entresijos de esa arremetida autoritaria y algunos de los pasos que, con enormes dificultades, fueron dados para contrarrestarla, sin éxito en el corto plazo aunque con apertura de frentes de lucha que a la larga han dado frutos.

**6. ¿Puede dar tres consejos para la investigación en su área de trabajo académico?**

Pienso que es importante el dominio de idiomas para consultar directamente las fuentes y formarnos una opinión propia y fidedigna sobre ellas. Por otro lado, en el estudio del Derecho Constitucional y del Derecho de los Derechos Humanos es fundamental combinar la revisión de los trabajos doctrinales con el análisis de la jurisprudencia. La jurisprudencia es el terreno en el que directa o indirectamente, de manera explícita o implícita, desembocan las discusiones y decantamientos doctrinales y, al mismo tiempo, es allí donde se ponen a prueba. Diría también que es primordial confiar en nuestra intuición inicial sobre la debilidad o insuficiencia de la visión tradicional o prevaleciente en el tratamiento de un tema. Esa chispa original impulsa al investigador y, aunque a veces la idea preliminar que lo mueve resulta desvirtuada por una

Jesús María Casal: “Es indispensable estudiar permanentemente y estar al día en las fuentes jurisprudenciales y normativas”

indagación más profunda de los materiales jurídicos, normalmente de allí nacen otros hallazgos que implican solo un ajuste de la ruta y no restan sentido a la labor desplegada.

**7. ¿Cuáles son algunas líneas fundamentales del desarrollo y/o involución que ha tenido su área de trabajo académico en las últimas décadas?**

En los últimos años mi trabajo académico se ha dirigido principalmente hacia el campo de la jurisdicción constitucional y los derechos fundamentales. Mis proyectos actuales apuntan en esta misma dirección. A ello habría que añadir que la grave situación institucional que nos ha afectado en los últimos lustros, la cual ha llevado consigo la demolición de la Democracia y el Estado de Derecho, me ha conducido a emprender estudios referidos justamente a ese proceso de desmantelamiento de la institucionalidad democrática, incorporando categorías empleadas en la Teoría de la Constitución para explicar estos fenómenos. El llamado Estado socialista comunal, o el Socialismo del siglo XXI, la desconstitucionalización, la Constitución convertida en fachada y luego desechada del todo, la perversión de la jurisdicción constitucional, la eliminación de la independencia judicial y su sustitución por el protagonismo militante del Poder Judicial en la imposición de una dominación y una ideología, sin separación de poderes, la disolución, en suma, del Estado de Derecho y la negación del poder constituyente del pueblo son algunos de los asuntos que he examinado a lo largo de este ciclo político y sobre los que he fijado posiciones públicas e impulsado iniciativas de reclamo, frecuentemente en redes académicas o institucionales.

En ese contexto surgió una preocupación creciente por el tema del pluralismo político e ideológico, al cual he dedicado parte de mi atención en estos años, lo cual se ha visto reflejada en artículos, conferencias y actividades académicas diversas. Igualmente, se acrecentó el interés que siempre he tenido por la historia política y constitucional venezolana, a la que he destinado algunas contribuciones y a la cual se refiere uno de mis últimos trabajos, de próxima publicación. Mi padre fue un lector e intérprete apasionado de la historia y en especial de la venezolana y las largas conversaciones, que eran más bien monólogos ocasionalmente interrumpidos, que manteníamos al respecto dejaron en mí el acicate de aprender, analizar y explicar la historia constitucional patria.

**8. ¿Puede señalar algunas líneas fundamentales para orientar la reforma y/ o reconstrucción en Venezuela de su área de trabajo académico?**

Esta es una cuestión de gran relevancia que he abordado en varios ensayos. Sintéticamente diría, en primer lugar, que es preciso erigir una genuina jurisdicción constitucional, que con base en la independencia desempeñe el papel

de garantizar los pesos y contrapesos institucionales, la separación de poderes, la apertura sin distingo ideológico o de otra clase de los cauces constitucionales de participación y, en definitiva, los derechos fundamentales del ser humano. Además, es necesario favorecer diseños institucionales que eviten la concentración de poderes característica de nuestro sistema presidencialista, exacerbada en los últimos lustros hasta romper el molde del propio presidencialismo y degenerar en puro autoritarismo. El rescate del bicameralismo, con ciertas diferencias competenciales, de periodos e integración entre las Cámaras, la reducción del mandato del Presidente de la República y la supresión de la posibilidad de su reelección indefinida serían algunas de las reformas pendientes. Hay que propugnar, asimismo, en las aulas y demás espacios académicos una conciencia cada vez más acendrada sobre los principios del constitucionalismo y sobre la trascendencia democrática del respeto y promoción del pluralismo político.

### **9. ¿Por qué se decidió a ser profesor de Derecho?**

Esa ha sido mi gran vocación. La vida universitaria, la docencia, el conocimiento, me cautivaron desde el comienzo de los estudios de Derecho y con el tiempo esa conexión se hizo más intensa. Desempeñarme como profesor era la continuación natural de esa inclinación.

### **10. ¿Cuáles han sido las materias o cursos que más le ha gustado dictar?**

La primera asignatura que impartí en la Facultad de Derecho de la UCAB fue un Seminario sobre amparo constitucional y asumí ese reto con absoluta entrega e ilusión. Me inicié en la docencia apenas graduado y entonces la efervescencia jurisprudencial y doctrinal en esa temática era inmensa. El amparo representó una auténtica revolución jurídica en el país y dicho Seminario se convirtió en centro de discusión de sentencias, emanadas sobre todo de tribunales de instancia, con el *Diario de Tribunales* como fuente insustituible de consulta, así como de elaboración conceptual.

Una experiencia más reciente de gratificación en la labor docente ha sido la de la materia *El sistema de derechos y garantías en la Constitución* que he dictado durante varias cohortes en el Programa de Estudios Avanzados, luego Maestría en Derecho Constitucional, que he coordinado desde su fundación en la UCAB.

Me ha complacido igualmente la participación como profesor de postgrado en numerosas Universidades en países latinoamericanos, pues me ha facilitado el estudio y comprensión cabal de los respectivos sistemas de justicia constitucional y me ha vinculado a instituciones y personalidades de especial significación.

Jesús María Casal: “Es indispensable estudiar permanentemente y estar al día en las fuentes jurisprudenciales y normativas”

### **11. ¿Puede dar tres consejos a los jóvenes profesores de Derecho?**

Les recomiendo que creen dinámicas participativas en el aula. No de aquellas que suponen que el docente se descarga de sus obligaciones planificando exposiciones permanentes de los alumnos u otras similares, sino de las que dejan espacios para la construcción en común de soluciones, el descubrimiento por el propio estudiante de algo que para el profesor es ya un camino recorrido o el cuestionamiento de criterios establecidos. El nuevo docente puede caer en la tentación de querer demostrar que sabe y mucho y que llega a las mejores conclusiones, pero la nobleza de la labor docente estriba no tanto en exhibir lo que somos o hemos logrado sino en propiciar que el estudiante penetre en la esencia de una disciplina y sepa estudiarla y aplicarla, durante el curso y sobre todo después.

### **12. ¿Cuáles lecciones le dejó el período inicial de su carrera profesional?**

Hay incertidumbres al comienzo de la carrera y hay que aprender a vivir con ellas. El área de especialización profesional a la que se termina volcando un abogado se ve determinada por factores diversos y es importante tener flexibilidad y adaptabilidad. Un empeño lleva a otro y hay que estar atento a las dinámicas del entorno, sin perder nunca de vista nuestra vocación y metas.

### **13. ¿Cuáles han sido las etapas que usted considera más importantes de su actividad profesional?**

Sin duda la más destacada fue la etapa de Decano de la Facultad de Derecho, como actividad desempeñada a tiempo completo y que estuvo rodeada de desafíos y logros. Debí motorizar una reforma en la Facultad que implicaba adoptar decisiones difíciles e incluso drásticas. La joven madurez de los 34 años de edad con los que me encargué de esa responsabilidad acompañó medidas que estaban colmadas del propósito de perfeccionar o enmendar la marcha de los estudios tanto como fuera posible, sin miramientos hacia los resquemores que ello pudiera suscitar. Se modificó el diseño curricular en la dirección de la actualización y la consolidación de la formación jurídica integral, con lo cual se reforzaron disciplinas o componentes como la argumentación jurídica, la resolución alternativa de conflictos, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Procesal Constitucional, así como la Clínica Jurídica. Propuse la creación del Centro de Derechos Humanos, que desde entonces ha cumplido una labor ejemplar, y respaldé la elevación del Centro de Investigaciones Jurídicas a la condición de Instituto. En ese periodo las circunstancias nacionales demandaron una presencia pública constante, que motoricé mediante una red de los Decanos de Facultades de Derecho o de Ciencias Jurídicas y Políticas, la cual luego se extendería a otras instituciones e

hizo sentir la voz de la academia jurídica venezolana frente a los reiterados abusos de poder gubernamentales y judiciales.

**14. ¿Cuál aspecto de su trabajo como abogado es el que más ha disfrutado?**

La vida académica ha sido mi mayor espacio de realización, por lo que vengo diciendo. En un principio, cuando pasé a dedicarme a la Universidad casi enteramente, después de haberla combinado durante los primeros años de desempeño profesional con la función pública, temía que al optar por ella pudiera aislarme del entorno y de oportunidades de crecimiento, pero ha terminado siendo una puerta franca a infinidad de relaciones e interacciones, nacionales e internacionales, y me ha exigido una superación constante. Me ha permitido también mantener vínculos con el acontecer político del país y sus actores, con miras a la orientación, desde la identidad universitaria, de los asuntos públicos.

He tenido también incursiones ocasionales en el ejercicio profesional, lo cual me ha prologado experiencias gratificantes. Por otro lado, durante varios años me desempeñé en la función pública y me correspondió asumir funciones de defensa judicial llenas de enseñanzas y satisfacciones. El tiempo en que trabajé, últimamente, como Consultor Jurídico de la Asamblea Nacional fue asimismo de enorme trascendencia.

**15. ¿Puede dar tres consejos para el ejercicio de la profesión de abogado?**

Es indispensable estudiar permanentemente y estar al día en las fuentes jurisprudenciales y normativas. Además, cada vez que te encomiendan un nuevo caso, hay que volver a hacerlo intensivamente en relación con la controversia jurídica de que se trate. No debemos olvidar, por otro lado, que los litigios se deciden en buena medida en virtud del material probatorio que estemos en capacidad de proveer, que ha de procurarse con el mayor empeño.

Hay que cuidar los vínculos profesionales que favorecen la conservación o expansión de nuestra posición en el medio, y hay que resistir las tentaciones de un ambiente en el que la falta de probidad y la corrupción son frecuentes, reconociendo la línea que no debemos cruzar, a fin de seguir adelante en la senda que éticamente hemos trazado para el ejercicio de la profesión, lo cual nos granjeará éxitos, reputación y satisfacciones personales.

## Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (segunda parte)<sup>1</sup>

Andrés Álvarez Iragorry

### Sumario

- I. Normas totalmente nuevas
- II. Normas suprimidas en su totalidad
- III. Supresión, transferencia o asunción de competencias del órgano Superior del Sistema Financiero Nacional (OSFIN)
- IV. Tratamiento especial a la banca pública en la nueva LISB
- V. El “rescate” de la exclusión de la condición de funcionarios públicos de los administradores y miembros de las juntas administradoras de las instituciones bancarias
- VI. Apreciación general
- VII. Conclusión

#### *I. Normas totalmente nuevas*

1. Se faculta expresamente a SUDEBAN para “autorizar gravamen, limitaciones o condiciones de las acciones de una institución bancaria por un porcentaje igual o superior al diez por ciento (10%) del capital social o del poder de voto en la asamblea de accionistas de dicha institución, de manera individual o conjunta” (artículo 36, aparte único), siendo “nulo todo traspaso o gravamen, limitaciones o condiciones de las acciones, que no tenga la autorización de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario o que en caso del traspaso accionario que no requiera autorización de conformidad con lo previsto en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, no sea notificado por la institución de que se trate, en un lapso no mayor a cinco (5) días hábiles bancarios siguientes a la fecha que se efectúe dicho traspaso” (artículo 36, encabezamiento).

---

<sup>1</sup> El presente trabajo tuvo una primera versión en el último trimestre de 2015. Mientras se hicieron las gestiones para lograr su publicación, fue revisado para evitar su desactualización.

En el presente trabajo se utilizan las siguientes abreviaturas: BCV = Banco Central de Venezuela; E = Número (de Gaceta Oficial) Extraordinario; FOGADE = Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios, antes Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria; GORBV = Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela; GORV = Gaceta Oficial de la República de Venezuela (hasta 1999); LISB = Ley de Instituciones del Sector Bancario; SC = Sala Constitucional; SCS = Sala de Casación Social; SPA = Sala Político-Administrativa; SUDEBAN = Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (antes Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras); TSJ = Tribunal Supremo de Justicia.

2. Se prevé la llamada *cuenta virtual*: La posibilidad de que las instituciones bancarias, con autorización de SUDEBAN y previa opinión vinculante del BCV, puedan ofrecer a sus clientes otras modalidades de captación que serán movilizadas únicamente a través de medios electrónicos (artículo 56). Previamente, ya la LGBOIF, a partir de la reforma de 2001, contenía previsiones sobre la *banca virtual* y los *servicios financieros virtuales*, así como la *transferencia electrónica de fondos*.<sup>2</sup>

3. La competencia atribuida a la Junta Directiva de FOGADE (artículo 117, en concordancia con el aparte primero *in fine* del 115) y al Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario (artículo 156 y añadido al numeral 3 del artículo 159) para dictar un régimen de jubilaciones y pensiones para sus funcionarios.<sup>3</sup>

4. La creación de un *fuego judicial especial*, al atribuir al TSJ, competencia para conocer de ciertos actos dictados por el Presidente, la Junta Directiva y otros funcionarios de FOGADE (artículo 119). En nuestro criterio, este fuego es contrario al espíritu de la *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (GORBV N° 39.447 del 16-6-2010) y las leyes anteriores a esta, que buscan circunscribir la competencia procesal-administrativa del TSJ, y antes, de la antigua Corte Suprema de Justicia, a cierto tipo de actos, los emanados de las máximas autoridades de los Poderes Públicos.

5. Diversas disposiciones en materia de *liquidación administrativa* (artículos 263 al 271), aunque en algunos casos, la “novedad” consistió en la elevación de diversas normas sublegales a un rango legal:

---

<sup>2</sup> Sobre la banca virtual, puede verse: GONZÁLEZ GUZMÁN, Vanessa: “Una aproximación al régimen jurídico de la banca virtual”, en AA.VV.: “Temas de Derecho Bancario. Libro Homenaje a la memoria del Dr. Oswaldo Padrón Amare”, o.c., pp. 287-332.

<sup>3</sup> Esta competencia podría colidir con lo previsto en el artículo 3° del *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Trabajadores y Trabajadoras de la Administración Pública Nacional, Estadal y Municipal* (GORBV N° 6.156-E del 19-11-2014). Esta última norma permite, en todo caso, la existencia de regímenes de jubilaciones y pensiones para determinados *órganos* y *entes*, consagrados en *leyes nacionales*. FOGADE y SUDEBAN son *institutos autónomos*, con personalidad jurídica y patrimonio propio (artículos 103 y 153 de la LISB vigente), luego entran dentro de la definición de “ente” prevista en el artículo 15 del *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública* (GORBV N° 6147-E del 17-11-2014). El régimen de jubilaciones y pensiones de estos entes no es *regulado* en la propia LISB, sino *delegado* a las máximas autoridades administrativas para que lo regulen por vía sub-legal. Como *institutos autónomos* (también denominados *institutos públicos* en el artículo 98 del *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública*), deberían someterse al ámbito de aplicación del *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Trabajadores y Trabajadoras de la Administración Pública Nacional, Estadal y Municipal* (artículo 2°, numeral 6).

- Los recursos obtenidos de la enajenación de los activos que conforman la masa de bienes en liquidación, deberán ser destinados al pago de las obligaciones aprobadas, en el orden de prelación de pagos respectivo (artículo 263), es decir, el previsto en los artículos 259 y 260 de la LISB, según se trate de instituciones bancarias o de personas jurídicas vinculadas, respectivamente. El artículo 21 de las *“Normas para la liquidación de instituciones del sector público y personas jurídicas vinculadas”* dictadas por FOGADE (Providencia N° 082 del 13-7-2011, GORBV N° 39.741 del 23-8-2011) contenía una norma sobre el pago de estas obligaciones, señalando a tal efecto, que *“Los recursos obtenidos de la realización de los activos que conforman la masa de bienes en liquidación, deberán ser destinados al pago de las obligaciones aprobadas de acuerdo a (sic) lo establecido en el Capítulo III de este Título, en el orden de prelación de pagos correspondiente (...)”*, específicamente lo previsto en el artículo 17 *ejusdem*.
- Se faculta a la Junta Directiva de FOGADE para aprobar el traspaso, sin contraprestación, de activos así como de pasivos entre instituciones del sector bancario o personas jurídicas vinculadas en proceso de liquidación, cuando ello sea necesario a los fines de facilitar la culminación de los respectivos procesos de liquidación (artículo 264). Se trata de una norma que ya existía en el artículo 37 de las referidas *“Normas”*.
- Se establece que las obligaciones contraídas por las instituciones bancarias o por las personas jurídicas vinculadas en proceso de liquidación se considerarán de plazo vencido, a partir de la fecha de publicación de la resolución de liquidación correspondiente en la GORBV (artículo 265).
- Se faculta a FOGADE para acceder en todo momento y sin limitación, a los registros contables, archivos y documentación de cualquier índole, de las instituciones bancarias y de las personas jurídicas vinculadas en proceso de liquidación (artículo 266), disposición ya existente en el artículo 6 de las mismas *“Normas”*, aunque ampliada en la LISB.
- Se atribuye competencia al presidente de FOGADE para que solicite a los órganos jurisdiccionales competentes, durante el proceso de liquidación administrativa, que dicten las medidas cautelares necesarias y adecuadas para asegurar la eficacia de la protección social de los depósitos bancarios, si existieren elementos de juicio suficientes para ello (artículo 267).

- Se establece que las obligaciones que se originen con motivo de los pagos efectuados por FOGADE por concepto de *erogaciones recuperables*, no estarán sujetas a calificación y dichas obligaciones serán de pago inmediato en la medida en que la disponibilidad de los recursos existentes en la respectiva institución bancaria o persona jurídica vinculada, así lo permita; previamente se define lo que debe entenderse por erogaciones recuperables (artículo 268). En nuestro criterio, debió haberse definido este concepto al final y no al principio de la norma.
- Se faculta a la Junta Directiva de FOGADE para que, previa opinión favorable del OSFIN, apruebe el pago con recursos de ese instituto, de las obligaciones previstas en los numerales 1, 3, 4 y 6 del artículo 259 de la actual LISB, y que hayan sido aprobadas dentro de los procesos de calificación de obligaciones correspondientes (artículo 269).
- Se prevé la potestad de la Junta Directiva de FOGADE para aprobar la extinción de la personalidad jurídica de las instituciones bancarias o personas jurídicas vinculadas en proceso de liquidación, que no tengan activos ni pasivos, a cuyo efecto el Presidente de dicho Fondo hará la correspondiente notificación a la Oficina de Registro Mercantil competente de la decisión acordada por la Junta Directiva de dicho Instituto, y acompañará el correspondiente Balance de Liquidación (artículo 270). El artículo 36 de las referidas “*Normas*” prevé que la participación a la Oficina de Registro Mercantil debe hacerse dentro de los diez (10) días hábiles bancarios siguientes a la aprobación del balance definitivo de liquidación.
- Se faculta a la Junta Directiva de FOGADE para adquirir los bienes pertenecientes a las instituciones bancarias y personas jurídicas vinculadas en proceso de liquidación, con el propósito de facilitar la culminación de dichos procesos, a cuyo fin, dicho instituto podrá aprobar las modificaciones presupuestarias necesarias, sin necesidad de aprobación por parte de la *Oficina Nacional de Presupuesto* (ONAPRE) (artículo 271), disposición esta que colide con el artículo 57 del *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público* (GORBV N° 6.210-E del 30-12-2015), que somete las modificaciones presupuestarias de los entes descentralizados funcionalmente a la aprobación del Poder Ejecutivo Nacional, según el procedimiento que establezca el Reglamento de dicho *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley*. En ejecución de esta última

norma, el artículo 104 del *Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, sobre el Sistema Presupuestario* (GORBV N° 5.781-E del 12-8-2005) somete a la aprobación de la ONAPRE: a) Los traspasos de créditos presupuestarios entre partidas cedentes o receptoras de un mismo o distinto proyecto o categoría equivalente a proyecto o acciones centralizadas, mayores al veinte por ciento (20%) (numeral 1); b) Las modificaciones que impliquen incremento superior al veinte por ciento (20%) en el total de los créditos originalmente aprobados en su presupuesto, que surjan como producto de una nueva fuente de financiamiento o por un incremento de los recursos inicialmente previstos (numeral 2); c) Las modificaciones que impliquen disminuciones de gastos corrientes, que surjan por efecto de disminución de ingresos corrientes o de capital, superiores al veinte por ciento (20%) en el total de los créditos originalmente aprobados en su presupuesto (numeral 3). Dichas modificaciones serán aprobadas por la máxima autoridad del organismo de adscripción, en este caso, el Ministerio con competencia en Finanzas, cuando el porcentaje oscile entre el diez y el veinte por ciento (10-20%), y solo cuando sean inferiores al diez por ciento (10%) serán aprobadas por la máxima autoridad del ente descentralizado, que en este caso, es FOGADE.

6. Derogación expresa, en la *Disposición Derogatoria Cuarta*, de diversas normas del *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Régimen Prestacional de Vivienda*, entre otras, aquélla que excluye del ámbito de aplicación de la LISB al *Banco Nacional de Vivienda y Hábitat* (BANAVIH) (artículo 9, último aparte).<sup>4</sup> Adicionalmente, la *Disposición Final Segunda* somete a BANAVIH a la supervisión, inspección, control, regulación y vigilancia de SUDEBAN.

---

<sup>4</sup> Sobre otras normas derogadas en virtud de esta disposición Transitoria Cuarta, comenta el Profesor RAFAEL BADELL MADRID (“*Consideraciones sobre la Ley de Instituciones del Sector Bancario*”, o.c., p. 291:

“*La Ley de Bancos derogó el régimen sancionatorio contenido en la Ley del Régimen Sancionatorio contenido en la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat (LRPHV, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.945 del 15 de junio de 2012), y estableció una sanción menor para aquellas instituciones financieras que incumplan con la cartera de crédito hipotecaria, la cual se encuentra prevista en el artículo 202, numeral 7 de la Ley de Bancos, conforme al cual se impone una multa de entre el cero coma dos por ciento (0,2%) y el dos por ciento (2%) del capital social de la institución financiera, por el contrario la multa establecida en el artículo 92, numeral 2 de la LRPVH imponía una multa de tres veces el monto de los aportes no pagados a la cartera de crédito hipotecario obligatoria. Se eliminaron las potestades de control, inspección, supervisión y sancionatoria del BANAVIH, contenidas en los artículos 9, (...) 12 en sus numerales 8 y 23, (...) 16 numeral 8, y (...) 88 y 90 de la LRPVH. En los casos de incumplimiento de la cartera hipotecaria obligatoria, el organismo competente para imponer las sanciones es la SUDEBAN.*”

7. Regulación, en la *Disposición Transitoria Quinta*, de la transición de la *Unidad Nacional de Inteligencia Financiera* (UNIF), que pasó de ser dependencia de SUDEBAN, desde su creación mediante la LGBOIF de 2001,<sup>5</sup> a órgano desconcentrado del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de planificación y finanzas, de conformidad con el artículo 24 de la *Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo* (GORBV N° 39.912 del 30-4-2012). En consecuencia, se suprime el artículo 163 de la anterior LISB. Al momento de escribir estas líneas, la UNIF continúa adscrita a SUDEBAN y despachando desde la sede de este ente. Dicho cambio de adscripción, una vez que se materialice, implicará que el personal funcional de la UNIF no estará sometido al régimen especial de SUDEBAN.

8. La autorización, al *Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios*, para continuar utilizado la antigua sigla -erróneamente calificada de “*abreviatura*”- FOGADE, correspondiente a la anterior denominación del ente, *Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria* (Disposición Transitoria Sexta).

9. Exclusión del *Banco de la Mujer, C.A.* -tal como se previó en el artículo 3º, aparte último de la anterior LISB (suprimido en la actual LISB) en relación con las *instituciones financieras del poder popular y comunal*, que siguen estando excluidas<sup>6</sup> - del ámbito de aplicación de la LISB y por tanto, de la supervisión y tutela de SUDEBAN (Disposición Final Primera). Dichas exclusiones resultan cuestionables por tratarse de excepciones particularísimas, contrarias al principio constitucional de igualdad ante la ley. La exclusión del *Banco de la Mujer, C.A.* terminó siendo además desfasada, tomando en consideración que ya en noviembre de 2014, inmediatamente después de la publicación de la actual LISB en la GORBV antes de su reimpresión, se anunció la fusión de este último banco con los Bancos Bicentenario y del Pueblo Soberano, para denominarse “*Banco Bicentenario de la Clase Obrera, de la Mujer y de las Comunas*” (7), mientras

---

*Cabe mencionar que siendo la sanción prevista en la Ley de Bancos menos lesiva que la contenida, en virtud del principio ‘in dubio pro administrado’, en los procedimientos sancionatorios en curso por incumplimiento de la cartera de crédito hipotecaria, que no tengan decisión definitivamente firme”.*

<sup>5</sup> [http://SUDEBAN.gob.ve/?page\\_id=837](http://SUDEBAN.gob.ve/?page_id=837)

<sup>6</sup> Ya con anterioridad a la promulgación de la primera LISB, el artículo 40, aparte único de la *Ley Orgánica de las Comunas* (GORBV N° 6.011-E del 21-12-2010) excluía al *Banco de la Comuna* del ámbito de aplicación de aquella.

Al respecto, RICARDO A. CARBONELL CORNEJO (“*Principales innovaciones en la Ley de Instituciones del Sector Bancario*”, o.c., p. 125) señaló que la exclusión de las instituciones financieras del poder popular y comunal era contrario al artículo 1º de la (anterior y actual) LISB, que hace referencia a “*cualquier otra forma de organización permitida*”, aparte de la falta de consagración constitucional de la figura de la comuna. En nuestro criterio, se trata de una exclusión fundamentada en razones de orden político e ideológico y no de tipo jurídico y técnico.

<sup>7</sup> Véase en tal sentido:

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (segunda parte)

que, mediante Resolución de SUDEBAN N° 010.15 del 29-1-2015 (GORBV N° 40.592 del 30-1-2015), se autorizó el cambio de denominación social de “*Banco Bicentenario, Banco Universal, C.A.*” a “*Banco Bicentenario, del Pueblo, de la Clase Obrera, de la Mujer y Comunas, Banco Universal, C.A.*”<sup>(8)</sup>. En consecuencia, al fusionarse el *Banco de la Mujer, C.A.* con otras entidades bancarias públicas desaparece este privilegio de exclusión de la aplicación de la LISB, por tratarse de una entidad financiera distinta.

## II. Normas suprimidas en su totalidad (los artículos mencionados entre paréntesis son de la anterior LISB)

1. La que permitía a las instituciones bancarias del exterior que desearan establecer en el país nuevas instituciones, sucursales o invertir en instituciones bancarias ya existentes, previa autorización de SUDEBAN con la opinión vinculante del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional-OSFIN (artículo 28), al que nos referiremos *infra*. No obstante, esta potestad se mantiene en la actual LISB (artículo 171, numeral 2 y aparte único, cuyo correlativo en la anterior LISB es el artículo 172, numeral 2).

2. La norma relativa a los *requisitos e inhabilidades para ser accionista* (artículo 37), que llegó incluso a exigir que los accionistas de las instituciones bancarias tuvieran “*reconocimiento social*”.<sup>9</sup>

a) El artículo “*Banco Bicentenario absorberá al Banco de la Mujer y al Banco del Pueblo*”, aparecido en la edición de “*El Nacional*” del 22-11-2014.

b) El artículo “*Bicentenario absorberá al Banco del Pueblo y el de la Mujer*”, aparecido en la edición del diario “*Últimas Noticias*” del 22-11-2014:

<sup>8</sup> De acuerdo con la información dada en el artículo de “*El Nacional*” reseñado en el anterior pie de página, ya antes de la autorización dada por SUDEBAN, la página web oficial del “*Banco Bicentenario, Banco Universal, C.A.*” exhibía el nuevo nombre: <http://www.bicentenariobu.com/>

<sup>9</sup> Al respecto, señaló RICARDO A. CARBONELL CORNEJO (“*Principales innovaciones en la Ley de Instituciones del Sector Bancario*”, o.c., pp. 142-143) que el elemento “*reconocimiento social*” era exagerado y discriminatorio, una exigencia sin precedente.

Por su parte, JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ (“*Libertad de empresa y sector bancario*”, en AA.VV.: “*Análisis y comentarios a la Ley de Instituciones del Sector Bancario*”, o.c., p. 198) señaló en su oportunidad que exigir a los accionistas “*moralidad, honorabilidad, reconocimiento social y solvencia económica*” constituía una “*ausencia de cualquier valoración técnica, y el empleo de criterios indebidamente imprecisos*”.

Sobre los problemas que plantea la apreciación de la “*honorabilidad*” puede verse: MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: “*La banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*”, Caracas, UCAB, 2011, pp. 71-76 (a mediados de 2016 se publicó la 2ª Edición de la obra del Profesor ALFREDO MORALES HERNÁNDEZ, titulada “*La Banca en el Marco de la Transición de Sistemas Económicos en Venezuela*”, coedición de UCAB y Universidad Monteávila (UMA), con la colaboración de José Ignacio HERNÁNDEZ, Rafael MARTÍN PONTE, Gustavo MORLES MIRALLES, Julio RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, Humberto ROMERO-MUCI, Daniela UROSA MAGGI y Vicente VILLAVICENCIO MENDOZA).

3. La norma sobre *Tratamiento del déficit del capital social* (artículo 42), y como consecuencia se elimina la salvedad prevista en el artículo 201, numeral 7 de la anterior LISB (“*sin menoscabo [de] lo señalado en el artículo 42 de esta Ley*”), correspondiente al artículo 200, numeral 7 de la actual LISB.

4. La prohibición de constituir garantía con prestaciones sociales para el pago de deudas originadas en operaciones de crédito (artículo 58). Se trata de una derogación lógica, por cuanto el trabajador no tiene la libre disposición de sus prestaciones sociales, pues de conformidad con la *Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras* (GORBV N° 6.076-E del 7-5-2012), dichas prestaciones deben depositarse en un fideicomiso o en un Fondo Nacional de Prestaciones Sociales (artículo 143, encabezamiento) y en todo caso, el trabajador puede solicitar, dentro de determinados supuestos, hasta el setenta y cinco por ciento (75%) de lo depositado como garantía de sus prestaciones sociales, para satisfacer determinadas obligaciones (artículo 144).

5. El establecimiento, por parte de OSFIN, de los límites mínimos y máximos de títulos de deuda pública nacional que deben tener en su cartera las instituciones del sector bancario (artículo 66).<sup>10</sup>

6. Las faltas graves del Presidente de FOGADE (artículo 109)<sup>11</sup> y el Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario (artículo 158),<sup>12</sup> que

---

Sobre la constitucionalidad de las *inhabilitaciones* en materia bancaria puede verse la sentencia del TSJ-SC N° 1.556 del 4-12-2012, cuyo texto está disponible en el siguiente enlace: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1556-41212-2012-00-1544.HTML>

<sup>10</sup> JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ (*o.c.*, p. 200) consideraba que se afectaba la autonomía de las instituciones bancarias para llevar a cabo la actividad de intermediación financiera, al prever un monto mínimo y máximo de títulos de deuda pública que podían adquirirse.

<sup>11</sup> Artículo 109

*Faltas graves del Presidente o Presidenta del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios* “*Constituyen faltas graves del Presidente o Presidenta del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios:*

1) *No iniciar el proceso de pago de la garantía de depósitos a los acreedores de las instituciones bancarias en el tiempo establecido en el artículo 127 de esta Ley.*

2) *No liquidar en el tiempo establecido en el artículo 132 de esta Ley, los activos entregados para su administración en el proceso de liquidación de una institución bancaria, salvo justificación legal expuesta con treinta (30) días continuos de anticipación al vencimiento del plazo ante el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia para las finanzas y la aceptación de concesión de una prórroga máxima de noventa días continuos por dicho ente, antes del vencimiento del plazo originalmente concedido.*

3) *No trasladar al Estado en el plazo previsto los bienes señalados en el artículo 133 de la presente Ley.*

4) *Incurrir en cualquiera de las inhabilitaciones previstas en el artículo 112 de la presente Ley”.*

<sup>12</sup> Artículo 158

*Faltas graves del Superintendente o Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario* “*Constituyen faltas graves del Superintendente o Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario, sancionadas según lo dispuesto en Título X de esta Ley:*

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (segunda parte)

como tales, generaban sanción de prisión de ocho a doce (8-12) años, sin menoscabo de las demás acciones civiles y penales a que hubiere lugar, norma esta última que también fue eliminada (artículo 232), con lo cual se despenalizan totalmente las conductas que daban lugar a las referidas faltas graves.<sup>13</sup>

7. En el Título VIII sobre FOGADE, las normas sobre *contratos de fideicomiso y otros contratos con empresas no financieras* (artículos 135 y 136).

8. La norma sobre la UNIF (artículo 163), por las razones *supra* expuestas.

9. La sanción administrativa pecuniaria por diversos supuestos, erróneamente agrupados bajo el rótulo de *revelación de información* (artículo 204), lo que no se correspondía con la descripción de dichos supuestos.

10. Las sanciones al Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario y al Presidente de FOGADE (artículo 232).

11. Las Disposiciones Transitorias Segunda a la Décima Octava, entre las cuales resaltaba la Disposición Transitoria Décima Tercera, que asomaba la posibilidad de que se dictara una ley que regulara la Banca Pública.

12. La *Disposición Final Primera*, conforme a la cual, a los fines de la LISB, el órgano del Ejecutivo Nacional es el Ministerio del Poder Popular con competencia en Finanzas.

### III. *Supresión, transferencia o asunción de competencias del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional (OSFIN)*

La actual LISB transfiere o atribuye competencias al llamado “*Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional*” (OSFIN), regulado por la *Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional* e integrado, de conformidad con el artículo 16 de esta, por el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de finanzas, quien lo preside, el Presidente del BCV y tres directores

---

1. *No adoptar las medidas necesarias para sancionar según corresponda, a quienes, sin contar con la autorización correspondiente, realicen actividades propias de las instituciones sujetas al control de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.*

2. *La infracción a las prohibiciones establecidas en el artículo 157 de la presente Ley.*

3. *No aplicar las sanciones a que se refiere el Título X de la presente Ley, cuando cuente con la información debidamente comprobada que le demuestre fehacientemente la infracción cometida”.*

<sup>13</sup> Al respecto, señala VICENTE VILLAVICENCIO MENDOZA (“*Los Delitos Bancarios*”, o.c., pp. 532-538) que con estas sanciones penales, se estaba elevando un conjunto de conductas que constituían infracciones administrativas a la categoría de delitos, lo cual resultaba excesivo, produciéndose en tal sentido, una penalización de conductas insignificantes. Sin embargo, tampoco se volvió a tipificar estas conductas como infracciones administrativas.

designados por el Presidente de la República por un período de tres (3) años (14). En la mayoría de los casos, se presenta una disminución de las competencias que tenía atribuido el OSFIN en la anterior LISB.

Hay supresión de la competencia del OSFIN en los siguientes casos:

1. SUDEBAN deja de estar “*bajo la vigilancia y coordinación*” del OSFIN (artículo 6°).

2. El BCV establece los términos, limitaciones y modalidades de las operaciones en divisas de las instituciones bancarias y operadores cambiarios fronterizos, en atención a los Convenios Cambiarios dictados al efecto (artículo 66 de actual LISB) y ahora sin la opinión vinculante del OSFIN (artículo 67 de la anterior LISB).

3. Las operaciones interbancarias relacionadas al mercado interbancario de fondos, son reguladas por el BCV, el cual ahora deberá informar semanalmente al Ministro con competencia en materia de finanzas (artículo 92 de la actual LISB) y ya no al OSFIN (artículo 94 de la anterior LISB), un detalle sobre las operaciones realizadas, tasas pactadas y resultados.

4. La competencia para autorizar excepcionalmente la emisión de títulos, certificados o participaciones sobre los activos de las entidades bancarias, para ofrecer a sus usuarios (artículo 99, numeral 10 de la anterior LISB, correspondiente al 97, numeral 10 de la actual LISB).

5. La competencia para dictar normas sobre inversión o colocación en moneda o valores extranjeros (artículo 99, numeral 13 de la anterior LISB, correspondiente al 97, numeral 13 de la actual LISB).

6. La competencia para modificar el porcentaje del aporte de las instituciones bancarias (ahora, solo las de naturaleza privada) a FOGADE, previa opinión (ahora vinculante) del BCV, corresponde ahora al Ministerio con competencia en materia de Finanzas (artículo 121, aparte quinto de la actual LISB) y ya no al OSFIN (artículo 119, aparte sexto de la anterior LISB).

7. La presentación, por parte de FOGADE, del balance de sus operaciones y los estados financieros se hace ante el Ministerio con competencia en materia de Finanzas (artículo 126 de la actual LISB) y ya no al OSFIN (artículo 124 de la anterior LISB).

8. La competencia para modificar el monto de la garantía de los depósitos del público, originalmente fijado en treinta mil bolívares (Bs. 30.000,00),

---

<sup>14</sup> Sobre el OSFIN puede verse: MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: “*La banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*”, o.c., pp. 207-212).

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (segunda parte)

corresponde ahora al Ministro con competencia en materia de Finanzas (artículo 128, aparte primero de la actual LISB) y ya no al OSFIN (artículo 126 de la anterior LISB).

9. La autorización para que el Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario pueda obtener créditos o préstamos, corresponde ahora al Ministro con competencia en materia de Finanzas (artículo 163 de la actual LISB) y ya no al OSFIN (artículo 165 de la anterior LISB).

10. Las contribuciones que deben abonar las instituciones supervisadas a SUDEBAN son fijadas ahora por esta, previa opinión favorable del Ministro con competencia en materia de finanzas (artículo 168 de la actual LISB) y ya no la del OSFIN (artículo 169 de la anterior LISB, cuyo aparte primero se suprime en la actual LISB).

11. La opinión favorable del OSFIN para intervenir las instituciones que conforman el sector bancario, a sus empresas relacionadas; así como acordar su rehabilitación o liquidación (artículos 171, numeral 5 y 243 de la actual LISB; 172, numeral 5 y 246 de la anterior LISB).<sup>15</sup>

12. La mención del OSFIN en la norma sobre *irregularidades en las operaciones*, concretamente el supuesto referido a no destinar los recursos obligatorios de sus carteras de crédito hacia los sectores específicos, los previstos en las leyes especiales y los establecidos por el Ejecutivo Nacional o (ya no) el OSFIN (artículo 202, numeral 7 de la actual LISB; 203, numeral 7 de la anterior LISB).

13. La posibilidad de que el OSFIN designe a otra institución, bajo la supervisión de SUDEBAN, para que se encargue, en lugar de FOGADE, de la *“liquidación de las instituciones del sector bancario y de las personas jurídicas*

---

<sup>15</sup> Sobre estas opiniones de carácter preceptivo o vinculante, ya eliminadas, AURILIVI LINARES MARTÍNEZ (*“Los mecanismos de resolución bancaria en la nueva Ley de Instituciones del Sector Bancario”*, o.c., p. 303) señaló en su oportunidad lo siguiente:

*“Esta opinión a que hace referencia la LISB es de carácter preceptivo y vinculante, lo que supone que la autonomía de la SUDEBAN se vea disminuida, una vez más, con este tipo de requerimiento legal. En efecto, el informe del OSFIN es un acto de trámite que debe, inexorablemente, ser evacuado en los procedimientos de resolución bancaria que decide la SUDEBAN y esta, a su vez, debe acoger el criterio expresado por el órgano informante. Si bien esto objetiva al máximo el ejercicio discrecional de la potestad administrativa de resolución bancaria [por parte de] la SUDEBAN, también hemos de pensar que cualquier retraso en la emisión del informe podría impedir que la toma de decisión por la autoridad supervisora sea oportuna y efectiva”.*

La autora también hacía referencia a la opinión prevista en el artículo 248 de la anterior LISB, que sin embargo, subsiste en el artículo 245 de la actual LISB, referido a los *mecanismos extraordinarios de transferencia*.

*vinculadas*” (artículo 261, encabezamiento de la actual LISB; 264, encabezamiento de la anterior LISB).<sup>16</sup>

14. La competencia del OSFIN para calificar previamente el otorgamiento de la asistencia crediticia necesaria, por parte del BCV, para asegurar la estabilidad del sistema financiero (artículo 274 de la actual LISB; 271, aparte primero de la anterior LISB).

Igualmente, se suprimen de las remisiones a la *Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional*, tales como las “*formas de organización*” distintas del sector bancario público y privado (artículos 1º) o distintas de la sociedad anónima (artículo 9º); los supuestos de “*vinculación*” y “*unidad de decisión*” (artículo 171, numeral 7 de la actual LISB; artículo 172, numeral 7 de la anterior LISB).

También se presenta la situación inversa, es decir, el otorgamiento de nuevas atribuciones al OSFIN:

1. Se prevé ahora la opinión vinculante del OSFIN para que SUDEBAN pueda modificar los límites de capital social requeridos de conformidad con los artículos 11 al 14 de la LISB.

2. Aparte de requerirse la opinión vinculante del OSFIN, para que SUDEBAN ejerza las atribuciones que preveían los numerales 1, 2 y 4 del artículo 172 de la anterior LISB -los mismos numerales en el artículo 171 de la actual LISB- se extiende ahora dicho requerimiento a los numerales 6, literales “a” a la “f”, y 14 del mismo artículo, ahora 171. De manera incomprensible, se agrega para el ejercicio de la atribución prevista en el numeral 4, la opinión vinculante del Ministro con competencia en materia de finanzas, cuando resulta que este ya es integrante del OSFIN.

3. Se establece la opinión previa favorable del OSFIN para que la Junta Directiva de FOGADE apruebe el pago con recursos de ese instituto, de las obligaciones previstas en los numerales 1, 3, 4 y 6 del artículo 259 de la actual LISB, y que hayan sido aprobadas dentro de los procesos de calificación de obligaciones correspondientes (artículo 269).

---

<sup>16</sup> Sobre esta competencia, AURILIVI LINARES MARTÍNEZ (o.c., p. 305) señaló en su oportunidad lo siguiente:

*“También la referida norma prevé la posibilidad de que el OSFIN decida que ‘otra institución’ actúe como ente liquidador bajo la inspección de la SUDEBAN, pero sin especifica clara y exhaustivamente qué tipo de institución podrá cumplir esa función y bajo qué cualificaciones técnicas, ya que tal expresión es amplia e imprecisa. Esto comporta no solamente una pérdida de autonomía de FOGADE con respecto a la Ley derogada, sino, además, conferir al OSFIN atribuciones para designar a un ente liquidador distinto a FOGADE, con base en una norma genérica que otorga un margen excesivo de discrecionalidad”.*

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (segunda parte))

4. Decretada la *emergencia financiera*, por el Presidente de la República, el *Ministro con competencia en materia de Finanzas* será instruido para constituir la *instancia superior de coordinación*, que presidirá, a fin de asumir las competencias de SUDEBAN, en la cual estará representada el BCV, así como cualquier otro organismo que a juicio del OSFIN, se estime conveniente, el cual procederá a dictar la normativa prudencial aplicable, la cual, tal como lo señalaba la anterior LISB (artículo 271), prevalecerá sobre las normas previstas en la LISB y en leyes especiales, “*mientras dure la emergencia financiera, con la finalidad de poder resolver la misma en el menor tiempo posible, en aras del interés público general*” (artículo 274 de la actual LISB).<sup>17</sup> Anteriormente las competencias de SUDEBAN al decretarse la emergencia financiera eran asumidas por el propio OSFIN (artículo 271 de la anterior LISB, correlativo del actual artículo 274). Adicionalmente, corresponde ahora a esta instancia superior de coordinación, y ya no al OSFIN, hacer la previa calificación para el otorgamiento, por parte del BCV, de la asistencia crediticia necesaria para asegurar la estabilidad del sistema financiero (artículo 274).

Además se elimina la mención de la *Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional* en el artículo 1° de la actual LISB, por lo que ahora se habla solo de “*cualquier otra forma de organización permitida por este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley*”.

---

<sup>17</sup> Sobre esta superposición en las competencias de SUDEBAN, antes en cabeza del OSFIN, ahora a cargo del *Ministro con competencia en materia de Finanzas*, AURILIVI LINARES MARTÍNEZ (“*Los mecanismos de resolución bancaria en la nueva Ley de Instituciones del Sector Bancario*”, o.c., pp. 301-302) afirmó en su oportunidad lo siguiente:

“(...) de acuerdo con la *Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional*, la SUDEBAN está sujeta permanentemente a la ordenación, vigilancia, control y coordinación del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional (en adelante OSFIN), cuya composición directiva denota su condición de órgano eminentemente político, tal como lo fue en su momento la Junta de Emergencia Financiera. Además, el OSFIN asumirá temporalmente las competencias de la SUDEBAN, incluidas las relativas a los mecanismos de resolución bancaria, cuando sea decretada la emergencia financiera por el Ejecutivo Nacional en caso de posibles repercusiones sistemáticas. Esto supone a nuestro juicio, una severa restricción de la capacidad de acción de la autoridad supervisora, cuya actuación se habrá de limitar en cualquier a los aspectos técnicos de la supervisión bancaria; pues, lo cierto es que sobre este último asunto no existe mención explícita en la LISB, teniendo en cuenta que no se define con claridad el papel que, durante la vigencia de la emergencia financiera, pueda desempeñar una SUDEBAN en clara minusvalía en cuanto a su autonomía”.

Por su parte, JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ (“*Libertad de empresa y sector bancario*”, o.c., pp. 187-188), señaló que con la entrada en vigencia de la LISB, se le otorgó al OSFIN -ahora al *Ministro con competencia en materia de Finanzas*- potestades normativas con rango legal, aunque la LISB no lo diga expresamente, en violación del régimen de excepción previsto en la CRBV, pues el Presidente de la República es el único órgano de la Administración Pública que puede dictar normas con rango legal que puedan sobreponerse a la LISB, mientras que el OSFIN y ahora el *Ministro con competencia en materia de Finanzas* solo pueden dictar normas de rango sublegal, que no pueden aplicarse preferentemente a la LISB.

#### IV. Tratamiento especial a la banca pública en la nueva LISB

Aun cuando la idea de dar un trato diferenciado a la banca pública respecto de la banca privada se remonta al año 2009,<sup>18</sup> la LISB de 2010 y su reforma de 2011, solo contemplaron la exención, a favor del BCV, el Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela (BANDES) y las instituciones bancarias creadas por el Estado que actúen en el sistema microfinanciero, de realizar, con carácter obligatorio, el aporte especial mensual a FOGADE (artículo 121, aparte tercero).<sup>19</sup> Adicionalmente, la *Disposición Transitoria Décima Tercera* de la

---

<sup>18</sup> Véase en tal sentido, la reseña periodística del diario “*El Universal*”, edición del 22-12-2009, titulada “*Hugo Chávez ordena a la banca cumplir con el plan socialista*”, y firmado por MAYELA ARMAS H. en el cual reseña que el fallecido Presidente HUGO CHÁVEZ FRÍAS, en una alocución dirigida con ocasión de la juramentación de la directiva del Banco Bicentenario, señaló que las instituciones financieras estatales debían tener un régimen diferente a las privadas, a su juicio merecían un trato diferenciado, y adicionalmente expresó lo siguiente:

*“La Ley General de Bancos se tiene que revisar. ¿Cómo puede ser que a la banca pública se le impongan las mismas regulaciones que a la banca privada? Tienen condiciones distintas, esa situación se debe evaluar, se tiene que registrar un tratamiento diferenciado”.*

La inminencia del establecimiento de un tratamiento especial a la banca pública en vísperas de la entrada en vigencia de la LISB de 2010 fue objeto de comentarios en el artículo aparecido en la publicación *VenEconomía. Economía y Finanzas*, titulado “*Banca socialista*”, Vol. 28, N° 3, dic. 2010 y firmado por ELIZABETH DÁVILA, disponible en el siguiente enlace:

Sobre los privilegios conferidos a la banca pública en la actual LISB, puede verse:

a) CARBONELL CORNEJO, Ricardo A.: “*Principales innovaciones de la Ley de Instituciones del Sector Bancario*” (o.c., p. 124), quien afirma lo siguiente:

*“(…) no existen criterios técnicos que justifiquen diferentes regulaciones sobre el comportamiento de las instituciones bancarias, independientemente de sus dueños o propietarios. Los bancos deben mantener principios o reglas que protejan su patrimonio y su solvencia, en beneficio primordial de los propios ahorristas y demás usuarios. Ambos deben buscar la rentabilidad, que es la base fundamental que permitirá obtener instituciones sólidas y cuya fortaleza permitirá sortear las circunstancias [económico-] financieras en las cuales se desenvuelvan, cuando estas sean adversas”* (corchetes nuestros por corrección de error material).

b) El artículo del exSuperintendente de Bancos y Otras Instituciones Financieras ALEJANDRO CÁRIBAS (1999-2002) en la página web *La Patilla* de fecha 15-12-2014, titulado “*Los privilegios legales de la banca pública*”, y según el cual algunas de esas excepciones consagradas por la actual LISB a favor de la banca pública operan en contra de la libre competencia con la banca privada y otras vulneran las sanas prácticas bancarias:

<http://www.lapatilla.com/site/2014/12/15/alejandro-caribas-los-privilegios-legales-de-la-banca-publica/>

<sup>19</sup> Sobre este aporte, véase: MUCI BORJAS, José Antonio: “*La Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras de 2009 y el ‘aporte’ de la banca al Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE). Reflexiones sobre un tributo confiscatorio y el Derecho Administrativo Global*”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello* N° 64, Caracas, UCAB, 2009, pp. 141-162, en que señala que antes de la reforma de 2009, el aporte anual era de un cero coma ciento por ciento (0,5%) del total de los depósitos al público que las instituciones bancarias tengan al final de cada semestre, mientras que con dicha reforma, el aporte anual pasó a ser del tres por ciento (3%) de dicho total, incrementándose de esta manera en un seiscientos por ciento (600%). Este monto se mantuvo en la última LGBOIF de 2010 (artículo 296). A partir de la primera LISB el aporte anual viene siendo, del uno coma cinco (1,5%) del total de los

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (segunda parte)

LISB de 2010 previó que “*Las instituciones del sector bancario público, hasta tanto no se apruebe la Ley que regule la Banca Pública, se regularán por los aspectos que le sean aplicables de la presente Ley y por sus normas de creación y estarán bajo la vigilancia y supervisión de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario*”. Sin embargo, la actual LISB eliminó dicha Disposición Transitoria por cuanto estableció unos principios especiales aplicables a la banca pública, con lo cual se hacía innecesario que se dictara una ley especial. En consecuencia, es con la actual LISB que puede hablarse de un régimen diferenciado general para las instituciones del sector bancario público. En tal sentido, no le son aplicables:

1. Las inhabilitaciones para ser directores de institución, previstas en los numerales 3 y 10 del artículo 30 (aparte último de la misma disposición).

2. La inhabilitación para ser postulado para ciertos cargos, prevista en el numeral 1 del artículo 33 (aparte último de la misma disposición).

3. Las normas relativas al número mínimo de promotores o accionistas cuando se trate de instituciones bancarias propiedad de la República Bolivariana de Venezuela (artículo 35, aparte último).

4. Las disposiciones sobre “*grupos financieros*” (artículo 37, aparte último).

5. El aporte obligatorio del cinco por ciento (5%) del “*Resultado Bruto antes de Impuesto*” para el cumplimiento de la *responsabilidad social* que financiará proyectos de Consejos Comunales u otras formas de organización social previstas en el marco jurídico vigente (artículo 46, aparte segundo), aunque esto no significa que no lo puedan hacer.<sup>20</sup>

---

depósitos del público, (artículo 296), con lo que el referido aporte se redujo a la mitad, manteniéndose este porcentaje en la actual LISB. En efecto, el artículo 121, aparte primero de la LGBOIF señala:

“*La tarifa para la determinación de los aportes para las instituciones bancarias privadas del sector privado será de no menos del cero coma setenta y cinco por ciento (0,75%) del total de los depósitos del público que estas instituciones tengan para el cierre de cada semestre inmediatamente anterior a la fecha de pago, y se pagará mediante primas mensuales equivalentes cada una de ellas a un sexto (1/6) de dicho porcentaje*”.

<sup>20</sup> Es pertinente recordar que mediante sentencias del Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso-Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas del 23-2-2012 y del TSJ-SPA Ns. 00257 del 19-2-2014 y 00723 del 15-5-2014, se afirmó el carácter no tributario de este aporte, actualmente previsto en el artículo 46 de la actual LISB (48 en la anterior LISB).

La primera sentencia mencionada puede verse en el siguiente enlace:

<http://caracas.tsj.gob.ve/decisiones/2012/febrero/2099-23-AP41-U-2011-000487-S-N.html>

Comentarios sobre esta sentencia pueden verse en:

BURGOS-IRÁZABAL, Ramón: *¿Aporte Social Bancario, obligación tributaria u obligación de responsabilidad social?*, *Boletín Jurídico Tributario* (KPMG), Abr. 2012.

Idem: “*El aporte social establecido en la Ley del Sector Bancario*”, KPMG, 9 may. 2012.

6. La prohibición de realizar con recursos provenientes de fondos fiduciarios, operaciones de reporto, contratos de mutuos, futuros y derivados, aun

---

BADELL & GRAU: “Tribunal Contencioso Tributario declaró que la contribución del 5% no tiene naturaleza tributaria”: <http://www.badellgrau.com/?pag=35&ct=1152>

PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo: “El aporte de la Banca al Estado Comunal sí es un tributo” (s.f.): <http://www.elmundo.com.ve/firmas/leonardo-palacios-marquez/el-aporte-de-la-banca-al-estado-comunal-si-es-un-t.aspx>

La sentencia del TSJ-SPA N° 00257 del 19-2-2014 puede verse en el siguiente enlace:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/161401-00257-19214-2014-2012-0685.HTML>

Comentarios sobre esta sentencia pueden verse en:

GÓMEZ, Alejandro: “TSJ ratifica el carácter no tributario del aporte previsto en el artículo 48 del Decreto sobre el Sector Bancario”, *Boletín Jurídico Tributario/Rodríguez Velázquez & Asociados/KPMG en Venezuela*, Abr. 2014:

La sentencia del TSJ-SPA N° 00723 del 15-5-2014 puede verse en el siguiente enlace:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/164261-00723-15514-2014-2014-0532.HTML>

Sobre los aportes a las Comunas, en particular, puede verse:

PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo: “Derechos humanos, tributación y Estado Comunal” (s.f.):

<http://www.elmundo.com.ve/firmas/leonardo-palacios-marquez/derechos-humanos-tributacion-y-estado-comunal.aspx>

Aparte de las consideraciones de orden jurídico-tributario, RICARDO A. CARBONELL CORNEJO (“Principales innovaciones en la Ley de Instituciones del Sector Bancario”, o.c., pp. 145-146) señala lo siguiente:

*“Esta carga implicará menos recursos para fortalecer la solidez del sistema bancario nacional, y por ende, los depósitos del público. La banca participa activamente en el fomento de sectores económicos que el Gobierno Nacional ha señalado: Agrícola, Turismo, Manufactura, Vivienda, Microfinanciero o Popular”.*

Por su parte, JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ (“Libertad de empresa y sector bancario”, en AA.VV.: “Análisis y comentarios a la Ley de Instituciones del Sector Bancario”, o.c., pp. 200-201) afirma que la norma *in commento* (artículo 46 de la actual LISB; 48 de la anterior LISB) establece una obligación consistente en otorgar préstamos a las organizaciones del Poder Comunal, “con la única particularidad de que su monto no dependerá de la cartera de créditos - como sucede en el resto de las carteras dirigidas o gavetas”.

Sobre el carácter no-tributario de otro aporte, como es el que debe hacerse al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (FAOV), puede verse la sentencia del TSJ-SC N° 1771 del 28-11-2011:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Noviembre/1771-281111-2011-11-1279.html>

Comentarios sobre dicha sentencia pueden verse en:

MEJÍA APONTE, José Amando: “La crisis del Derecho Tributario: El caso BANAVIH”, *Revista de Derecho Público* (Estudios sobre los Decretos-Leyes 2010-2012) N° 130, abr.-jun. 2012, Caracas, EJV, 2012, pp. 311-325.

CARMONA BORJAS, Juan C.; D'VIVO YUSTI, Karla: “Naturaleza jurídica de los aportes al fondo de ahorro obligatorio para la vivienda, en el marco de las sentencias números 1771 y 120 de fechas 28 de noviembre de 2011 y 22 de febrero de 2012”, *Revista de Derecho Tributario* N° 135, jul.-ago.-sep. 2012, pp. 103-142.

Comentarios en general sobre estos aportes no-tributarios pueden verse en:

ROMERO MUCI, Humberto: “Evolución (o involución) en el contencioso-tributario” (conferencia dada en el marco de las XXXVIII Jornadas J.M. Domínguez Escovar sobre los Avances Jurisprudenciales del Contencioso-Administrativo), en particular el capítulo “De la huida del derecho y del contencioso-tributario”, *Revista de Derecho Tributario* N° 139, jul.-ago.-sep. 2013, Caracas, Legis Eds., 2013, pp. 49-72.

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (segunda parte)

cuando en todo caso, la institución bancaria pública de que se trate requerirá previamente la autorización de SUDEBAN (artículo 75, aparte segundo).

7. Las instituciones bancarias<sup>21</sup> cuyo capital pertenezca en más de un cincuenta por ciento (50%) a la República Bolivariana de Venezuela, están exentas de cumplir con los límites porcentuales referidos a la prohibición de operaciones con personas vinculadas, contemplados en el artículo 96, específicamente en los numerales 1, 3, 5 y 6 (parte segundo del referido artículo 96).

8. La prohibición general de orden operativo, financiero, preventivo y de dirección prevista en el numeral 11 del artículo 97, relativa a la adquisición de obligaciones emitidas por otras instituciones bancarias.<sup>22</sup>

9. La suscripción de los estados financieros de las instituciones bancarias públicas por parte de los auditores internos, por cuanto las competencias de estos se rigen por la *Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal* y la *Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público* (artículo 83, parte segundo).<sup>23</sup>

10. La obligación de realizar los aportes mensuales a FOGADE (artículo 121, parte tercero), aunque esto no significa que no lo puedan hacer.<sup>24</sup> En realidad, la innovación de la actual LISB en este aspecto consistió en hacer una mención genérica de las “instituciones bancarias del sector público”.

11. Las instituciones bancarias públicas, pueden ser exceptuadas, en su totalidad o algunas de ellas, de la obligación de efectuar el *aporte semestral a SUDEBAN*, previsto en el artículo 168, numeral 1 de la actual LISB, cuando el Ministro con competencia en materia de finanzas lo considere necesario y en

<sup>21</sup> De manera inelegante, el aparte segundo del artículo 96 utiliza la expresión “*personas jurídicas*”, cuando debió referirse específicamente a “*instituciones bancarias*”.

<sup>22</sup> El aparte único del artículo 97 constituye un mal uso del idioma español cuando señala que “*El numeral 11 del presente artículo no aplicará para las instituciones bancarias del sector público*” (subrayado nuestro). Aun cuando la expresión “*no aplica*” tiene amplia difusión en nuestro país, se trata de una mala traducción del inglés “*(it) does not apply*”, una expresión propia del “*spanglish*”, importada a nuestro idioma seguramente por personas que han realizado estudios universitarios en países de habla inglesa, sobre todo en los Estados Unidos de América, pero que resulta inelegante en un texto legal. En el lenguaje jurídico, deberá decirse “*no (le) será aplicable (a)*” o “*no se (le) aplicará (a)*”.

<sup>23</sup> Actualmente está vigente el *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público*, publicado en la GORBV N° 6.154-E de fecha 19-11-2014, como ya hicimos referencia *supra*.

<sup>24</sup> Sobre el particular, el exSuperintendente de Bancos y Otras Instituciones Financieras ALEJANDRO CÁRIBAS ha señalado que esto es una manera de cargarle la responsabilidad a la banca privada en caso de “*eventualidades*” (entendemos que se refiere a crisis bancarias). Véase en tal sentido, el artículo aparecido en el diario *El Mundo*, titulado “*Aumentan tope de crédito al consumo a Bs. 1,9 millones*”, *cit*.

atención a las políticas públicas (aparte único, numeral 1 del referido artículo 168).

Igualmente, hay otras disposiciones que solo son aplicables a la banca pública con carácter supletorio: es el caso de las normas de la LISB y la normativa prudencial sobre Auditoría Interna y Externa,<sup>25</sup> habida cuenta de que los bancos públicos, por tratarse de sociedades mercantiles con participación del Estado, deben someterse a lo previsto en la *Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal* (artículos 80, aparte segundo y 81, aparte sexto de la LISB).

V. *El “Rescate” de la exclusión de la condición de funcionarios públicos de los administradores y miembros de las juntas administradoras de las instituciones bancarias*

El artículo 242, aparte único de la actual LISB recoge la norma de los artículos 336 y 338 la antigua LGBOIF<sup>26</sup> conforme a la cual el administrador o

---

<sup>25</sup> Actualmente están vigentes en materia de Auditoría Interna y Externa de las Instituciones Financieras, las siguientes “normas prudenciales” (<http://sudeban.gob.ve/>):

a) Las “Normas relativas a la Selección, Contratación y Remoción del Auditor Externo de los Bancos”, dictadas mediante Resolución de SUDEBAN N° 065.11 del 23-2-2011 y publicadas en la GORBV N° 39.622 de la misma fecha.

b) Las “Normas relativas al Registro de las Personas Jurídicas encargadas de realizar las Auditorías Externas de las Instituciones del Sector Bancario”, dictadas mediante Resolución de SUDEBAN N° 144.11 del 11-5-2011 y publicadas en la GORBV N° 39.686 del 1-6-2011.

c) Las “Normas Generales Relativas a la Unidad de Auditoría Interna de las Instituciones del Sector Bancario”, dictadas mediante Resolución de SUDEBAN N° 064.14 del 16-5-2014 y publicadas en la GORBV N° 40.484 del 27-8-2014.

d) Las “Normas Generales relativas a las Funciones, Responsabilidades del Auditor Externo, de las Auditorías y de los Informes Auditados de las Instituciones del Sector Bancario”, dictadas mediante Resolución de SUDEBAN N° 067.14 del 19-5-2014 y publicadas en la GORBV N° 40.484 del 27-8-2014.

<sup>26</sup> El texto de los artículos 336 y 338 de las LGBOIF de 2009 y 2010 era el siguiente:

a) Artículo 336:

*De la Junta Directiva*

*“Las personas integrantes de la junta directiva designada en el banco, entidad de ahorro y prestamo, u otra institución financiera objeto de la medida de estatización, no ostentarán la cualidad de funcionarios públicos” (subrayado nuestro).*

b) Artículo 338:

*Designación de los Interventores o Junta Directiva*

*“El Superintendente de Bancos y Otras Instituciones Financieras, en el mismo acto administrativo donde acuerde la intervención, designará uno o varios interventores, a quienes se conferirán las más amplias facultades de administración, disposición, control y vigilancia, incluyendo todas las atribuciones que la Ley o los estatutos confieren a la asamblea, a la junta administradora, al presidente y a los demás órganos del ente intervenido. La intervención puede acordarse con o sin cese de la intermediación financiera de la institución que se trate.*

junta administradora que se designe no ostentarán la cualidad de funcionario público, aunque ya a nivel sub-legal, esta exclusión había sido retomada por las “*Normas relativas al Proceso de Intervención de las Instituciones que operan en el Sector Bancario Venezolano y Personas Jurídicas Vinculadas*” (en lo sucesivo, las “*Normas*”), dictadas con fundamento en el artículo 254 de la anterior LISB (referida a la potestad conferida a SUDEBAN para dictar normas prudenciales en materia de intervención), mediante Resolución de SUDEBAN N° 209-11 del 29-7-2011, publicada en la GORBV N° 39.391 del 9-8-2011, cuando señala que “*El administrador, administradora o la junta administradora que se designe (...) no podrá ser funcionario público*” (artículo 9, encabezamiento). Sin embargo, no se trata solo de que el administrador o los miembros de las juntas directivas queden excluidos de la aplicación del régimen estatutario propio de los funcionarios públicos, sino que además, quedan excluidos de cualquier relación laboral con SUDEBAN, pues las mismas “*Normas*” señalan que “*se regirán de conformidad con lo establecido en lo establecido en la Ley Orgánica del Trabajo, su Reglamento; y de ser el caso, la convención colectiva de la institución o empresa vinculada intervenida*”, con lo cual se quiere decir que son parte del personal de la institución bancaria o persona jurídica vinculada objeto de intervención.

---

*Cuando se trate de estatización, el mismo día en que el Estado adquiera el control accionario celebrará una Asamblea para designar a la junta directiva de la institución que se trate.*

*Los interventores o la junta directiva que se designe, según el caso, presentarán a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, al Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria y al Banco Central de Venezuela, cuantos informes se le requieran; no ostentarán la cualidad de funcionario público; y serán responsables de las actuaciones que realicen en uso de las atribuciones conferidas. Su remuneración será fijada por el Consejo Superior, con cargo a las cuentas de la institución financiera que se trate”* (subrayado nuestro).

En las LGBOIF de 2001 y 2008 eran los artículos 390 y 392. Esta última norma fue comentada en su oportunidad por AURILIVI LINARES MARTÍNEZ (“*Aproximación a la Intervención Administrativa de Empresas a través de la Legislación Bancaria*”, en VÍCTOR HERNÁNDEZ-MENDIBLE [Coord.]: “*Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo*”, T. II, Caracas, Ed. Paredes, 2009, p. 907) en los siguientes términos:

*“En lo que respecta al tema de la naturaleza jurídica de los interventores o administradores provisionales de la empresa afectada, que ha dado lugar a diversos debates en la doctrina, parece haber quedado zanjado el problema en el DLGBIF [LGBOIF], ya que, el artículo 392 dispone expresamente que los interventores se encuentran sujetos a las obligaciones y responsabilidades por las actuaciones que realicen en ejercicio de las atribuciones que le hayan sido conferidas, de conformidad con las normas de Derecho Público y de Derecho Privado que resulten aplicables, debido a que son órganos privados que desempeñan funciones de interés público, siendo una especie de brazo operativo de la Administración”* (corchete nuestro).

Por lo que respecta a la “*doctrina*”, la citada autora señala (*ibidem*) que “*La discusión siempre se ha centrado en dilucidar si los interventores son un órgano propio de la empresa intervenida, a pesar de que hayan sido designados por la autoridad de vigilancia (ya que desempeñan su actividad en la empresa y no frente a ella), o bien, si se trata de agentes de la Administración y, por lo tanto, funcionarios públicos, debido a que ostentan funciones de interés público*”.

Esta exclusión de los administradores y miembros de las juntas administradoras de la cualidad de funcionarios públicos fue prevista por primera vez en la reforma de la antigua LGBOIF de 2001, posiblemente para contrarrestar reclamos de tipo laboral por parte de personas que fueron designadas como interventores con ocasión de la crisis financiera surgida en los años 1993 y 1994, así como también, con ocasión de pagos indebidos realizados a favor de interventores en aquella época.<sup>27</sup> La LISB de 2010 y su reforma de 2011, nada señalaron en relación a si los administradores y miembros de juntas administradoras seguían quedando excluidos de la condición de “*funcionarios públicos*”.<sup>28</sup> El “*rescate*” de esta norma, en un instrumento de rango legal, se hizo, seguramente, con la finalidad de hacer frente a posibles reclamos de interventores nombrados luego de la crisis bancaria de finales de 2009.

Esta exclusión de la condición de funcionarios públicos se da igualmente con los *interventores o liquidadores delegados por la Superintendencia Nacional de Valores (SUNAVAL)*, de conformidad con el artículo 21, aparte sexto de la *Ley del Mercado de Valores (GORBV N° 39.489 del 17-8-2010 ; reimpresión por error material: GORBV N° 39.546 del 5-11-2010)*.

Además de no tener el carácter de funcionarios públicos, el desempeño del administrador o integrante de la junta administradora de la institución bancaria intervenida o persona jurídica relacionada, es incompatible con el ejercicio de un

---

<sup>27</sup> Véase en tal sentido, la reseña del diario *El Universal* de fecha 12-6-1997, titulada “*Juntas Interventoras cobraron 225 millones de más*”.

<sup>28</sup> Al respecto señaló AURILIVI LINARES MARTÍNEZ (“*Los mecanismos de resolución bancaria en la nueva Ley de Instituciones del Sector Bancario*”, en AA.VV.: “*Análisis y Comentarios a la Ley e Instituciones del Sector Bancario*”, o.c., pp.) lo siguiente:

“(…) a pesar de que el artículo 245 de la LISB reproduce tan solo parcialmente y con matices el contenido del artículo 338 de la Ley derogada, evita cuidadosamente cualquier mención a la no condición de funcionarios públicos de los administradores designados, así como a la responsabilidad por sus actuaciones y quién fija su remuneración. Tampoco alude esta norma a la forma de actuación colegiada que corresponde a la junta administradora, ni a si la representación manifestada por los administradores provisionales en virtud del mandato legislativo sufre o puede sufrir algún tipo de alteración en su ámbito. Para hacer honor a la verdad, pese a la última omisión por demás tradicional en la legislación bancaria venezolana, la autoridad supervisora ha venido determinado, en la práctica, esos aspectos y no, precisamente, a la hora de dictar el acto administrativo por el que acuerda un mecanismo de resolución bancaria. Esto se ve ratificado en la nueva redacción del artículo que comentamos, cuando se establece que la SUDEBAN determinará en ‘normativa prudencial’ las obligaciones de la junta administradora y sus limitaciones, de modo que sea la autoridad supervisora la que fije cómo ha de actuar, sin que la Ley haya definido previamente un contenido mínimo sobre el funcionamiento del órgano de administración provisional, a pesar de que ello supone deslegalizar los condicionamientos a la libertad de empresa”. Esta “deslegalización” fue precisamente lo que ocurrió al dictarse las “*Normas relativas al Proceso de Intervención de las Instituciones que operan en el Sector Bancario Venezolano y Personas Jurídicas Vinculadas*”.

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (segunda parte)

cargo público, por lo que todo funcionario que sea nombrado como interventor deberá renunciar a su cargo (artículo 9, encabezamiento de las “*Normas*”).<sup>29</sup>

Las mencionadas “*Normas*” señalan, extrañamente, que el administrador o la junta administradora que se designe debe dedicarse de forma exclusiva a las actividades asignadas (artículo 9, encabezamiento), previsión que consideramos excesiva si tomamos en consideración que ni el administrador ni la junta administradora tienen relación laboral con SUDEBAN, y en todo caso, debería ser un instrumento con rango legal el que establezca la exclusividad o no del interventor en el desempeño de sus actividades.

Por otra parte, las mismas “*Normas*” establecen que en caso de que el administrador, administradora o la junta administradora sea simultáneamente en otra institución bancaria intervenida y en una o varias empresas vinculadas intervenida y en una o varias empresas vinculadas, percibirá la asignación mensual correspondiente de una (1) sola de las instituciones bancarias intervenidas o de las empresas vinculadas, previsión igualmente excesiva, si se toma en cuenta que el interventor no es funcionario público, por lo que no debería regir el principio de prohibición de ejercer más de un destino público remunerado.<sup>30</sup>

Mediante sentencia del TSJ-SCS N° 0979 del 18-6-2009 (*Eduardo Ramírez Meza contra Fluidos y Lodos de Perforación de Venezuela, C.A. - F.L.P de Venezuela, C.A.*)<sup>31</sup> se afirma que “*dada la naturaleza jurídica de la figura del interventor bancario y de la regulación normativa de este, así como de sus atribuciones, no puede establecerse el carácter laboral de la prestación de*

<sup>29</sup> Sin embargo, las Cortes de lo Contencioso-Administrativo han llegado a ordenar la reincorporación de funcionarios de SUDEBAN, ente que consideró que al aceptar aquéllos la función de “*interventores*”, habían renunciado tácitamente a sus cargos. Dicha reincorporación se ordenó aún a pesar de que el artículo 392 de la LGBOIF de 2008, vigente para el momento en que se dictaron los actos impugnados, excluía a los interventores de la condición de funcionarios públicos. Las Cortes de lo Contencioso-Administrativo consideraron que al no tener los interventores la condición de funcionarios públicos no se les aplicaba el principio de la renuncia tácita por aceptación de un nuevo destino público remunerado. Véase en tal sentido, las siguientes sentencias, cuyo texto puede consultarse en la sección de la web oficial del Tribunal Supremo de Justicia correspondiente a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa:

- a) *Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo* N° 2011-0457 del 28-4-2011 (*Luis Alexis Flores*).
- b) *Corte Segunda de lo Contencioso-Administrativo* N° 2012-1571 del 26-7-2012 (*Humberto Miguel Torres Barrito*).
- c) *Corte Segunda de lo Contencioso-Administrativo* N° 2013-0224 del 14-2-2013 (*Ligia Carolina Jaime Chaparro*).

<sup>30</sup> Más razonable era la regulación establecida en la *Ley Especial de Protección a los Depositantes y de Regulación de Emergencias en las Instituciones Financieras* (GORV N° 35418 del 10-3-1994), cuyo artículo 13, Parágrafo Único prohibía a los miembros de juntas interventoras o administradoras de un banco desempeñarse como interventor o administradores de otro ente intervenido.

<sup>31</sup> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/junio/0979-18609-2009-08-1166.HTML>

*servicio, puesto que el interventor bancario regulado en la LGBOIF, vigente para la época, se encuentra determinado como una figura subjetiva, en la terminología de Messineo en su Contributo alla dottrina della Esecuzione Testamentaria (Roma, 1923) o Giannini en su Diritto Amministrativo, como un operador jurídico, que con base en las normas del mismo ordenamiento jurídico, recibe el encargo de cuidar intereses ajenos, asemejándose al caso del depositario judicial, del síndico de una quiebra o de otros 'auxiliares' de justicia". Consideramos parcialmente errado este criterio jurisprudencial, basado por lo demás, en citas doctrinales que no necesariamente se ajustan a la realidad legislativa y normativa de nuestro país, pues si bien la legislación bancaria puede perfectamente determinar si la figura del interventor tiene relación laboral con el órgano o ente supervisor de la actividad bancaria o si se trata de una mera figura subjetiva externa a dicho órgano o ente,<sup>32</sup> en cualquier caso, en nuestro criterio,*

---

<sup>32</sup> Así por ejemplo, en España los interventores pueden ser empleados del propio ente supervisor de la actividad bancaria. Con ocasión de la intervención del Banco de Madrid, filial de la Banca Privada d'Andorra (BPA), el Banco de España (ente supervisor) emitió una nota de prensa en fecha 10-3-2015 cuyo párrafo final señala lo siguiente:

*"BPA ostenta el 100% del capital de la entidad española Banco de Madrid, S.A. Por ello y para asegurar la continuidad de la actividad de esta entidad, teniendo en cuenta las decisiones adoptadas por el Departamento del Tesoro de Estados Unidos y por el INAF, la Comisión Ejecutiva del Banco de España, en su sesión de hoy, ha acordado, de conformidad con lo previsto en el artículo 70.1.b) de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, la intervención de Banco de Madrid, designando interventores de la entidad a D. José Luis Gracia Cáceres y a D. Alejandro Gobernado Hernández, empleados del Banco de España"* (subrayado nuestro).

El texto completo de esta nota de prensa puede verse en el siguiente enlace:

[http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/15/Arc/Fic/presbe2015\\_09.pdf](http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/15/Arc/Fic/presbe2015_09.pdf)

Como dato interesante, nuestra doctrina patria anterior a la reforma de la LGBOIF en 2001 (donde se excluyó a los interventores de la condición de funcionarios públicos) llegó a considerar que el interventor debía considerarse funcionario público o proponía que en una futura reforma a la ley reguladora de la actividad bancaria se estableciera la condición de funcionario público del interventor. Véase en tal sentido:

a) MARTÍNEZ ESTÉVEZ, Jaime Luis: *"Algunos aspectos jurídicos de la intervención de los institutos de crédito"*, LEOPOLDO BORJAS (Director): *"Revista de Derecho Privado"*, Año 2, N° 2, abr.-jun. 1985, p. 49. En este trabajo se señala:

*"A pesar de que sus funciones fundamentalmente sustituyen aquéllas desempeñadas por los órganos societarios, considerada la fuente de la intervención y la finalidad por ella perseguida debemos afirmar el carácter de funcionario público del interventor, lo cual se hace indudable al recordar que este no es más que un delegado o representante del Superintendente de Bancos)"*.

b) DUBUC, Elia: *"La intervención de bancos (segunda parte)"*, en LEOPOLDO BORJAS (Director): *"Revista de Derecho Privado"*, Año 5, N° único, ene.-dic. 1988, p. 141, donde señala:

*"Somos de opinión, que entre los aspectos más importantes para una futura reforma se encuentran: (omissis)*

*3. Facultades del Interventor: cualidad de funcionario público"*.

Sin embargo, en una entrega posterior del mismo, titulado *"La intervención de bancos (última parte)"*, en LEOPOLDO BORJAS (Director-Editor): *"Revista de Derecho Privado"*, Año 7, N° 7-2, jul.-dic. 1990, p. 141, la misma autora señala:

no es posible asimilar la figura del interventor, administrador o integrante de una junta administradora de una institución bancaria intervenida a un auxiliar de justicia. Ciertamente, los auxiliares de justicia (síndicos de la quiebra, peritos evaluadores, depositarios judiciales, intérpretes públicos, defensores *ad litem*) no forman parte de la estructura administrativa del Poder Judicial; sin embargo, a diferencia del interventor, ejercen libremente su actividad económica o profesional sin más limitaciones que las previstas en el ordenamiento jurídico, pudiendo incluso promocionar su actividad como tales auxiliares. Nada de esto puede hacer el interventor: la intervención de una institución bancaria o persona jurídica vinculada, así como el nombramiento de un administrador o miembro de una junta administradora, constituyen una decisión de Estado y que excluye toda posibilidad de promoción particular. Por lo tanto, el sistema venezolano de designación de interventor de instituciones bancarias, si bien sigue el sistema tradicional según el cual, se nombra a una persona externa y ajena a la estructura administrativa de SUDEBAN, introduce elementos de ambigüedad al exigir, en las “Normas” antes mencionadas, dedicación exclusiva al interventor e impedirle cobrar por cada intervención que se le encomiende, sino por una sola de las intervenciones. Se trata de una responsabilidad nada atractiva, ni para quien venga del sector privado, ni para personas provenientes del sector público, que aceptan estas responsabilidades, muchas veces por compromiso político,<sup>33</sup> para luego

---

*“(…) hasta tanto el Legislador no precise el carácter del interventor como funcionario público, este deberá considerarse como una figura atípica no asimilable al concepto tradicional del funcionario público, pero sujeto a aquellas normas que rigen la actuación de estos funcionarios y que puedan serle aplicables, en razón de la naturaleza pública de las funciones que cumple.*

*Aunque doctrinariamente pudiera sostenerse que el interventor es un particular en ejercicio de una función pública, sustentar esta tesis entre nosotros, presenta serios inconvenientes desde el punto de vista de su responsabilidad, ya que la intervención es un procedimiento administrativo y de ciertos actos cumplidos por el interventor no pueden conocer los órganos jurisdiccionales. Ello a diferencia de los Síndicos o Depositarios Judiciales, para los cuales sí existen regulaciones en el derecho positivo. Resulta necesario que la autoridad que ha nombrado al interventor ejerza un control sobre la actividad que ha nombrado al interventor ejerza un control sobre su actividad, que pueda dictarle instrucciones, que el interventor rinda cuentas de su actuación y que la misma sea susceptible de revisión por parte de la autoridad.*

*En el derecho italiano (...) a estos particulares en ejercicio de la función pública se les exigen los mismos requisitos que a los funcionarios públicos. El titular de la función pública ejerce sobre ellos controles permanentes. Existe una responsabilidad disciplinaria y administrativa que da lugar a sanciones. Desde el punto de vista del derecho penal, los delitos que estos puedan cometer contra los intereses de la administración sin aquéllos previstos para los funcionarios públicos, tales como: el peculado, la concusión, abuso de autoridad, corrupción, etc. La propia ley en algunos casos los somete a regímenes propios de dichos funcionarios.*

*Con mayor razón en nuestro país, ante la ausencia total de regulación de estas figuras, debemos acoger la tesis de que lo que interesa a los fines de la calificación del interventor como funcionario público, es la naturaleza de las funciones que ejerce y del carácter eminentemente público de la intervención”.*

<sup>33</sup> Lo lógico es que, si se sigue el sistema de interventor externo al órgano o ente supervisor de la actividad bancaria, se le exijan los mismos requisitos que se exigen a las personas que van actuar

encontrarse con la sorpresa de que el tiempo durante el cual, estuvieron desempeñándose como “*interventores*” ni siquiera será tomado en cuenta como años de servicio para optar el beneficio de jubilación, pues a tal fin, el *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Trabajadores y Trabajadoras de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal* exige que quienes aspiren al beneficio de la jubilación deben haber prestado servicio en un “*órgano*” o “*ente*” de la Administración Pública (artículo 2°). Nuestra opinión personal es que con esta regulación legal ambigua, el Estado venezolano pretende desprenderse de su responsabilidad por la mala elección de quienes van a actuar como interventores (culpa *in eligendo*). Evidentemente, la adopción de un sistema de intervención bancaria donde los interventores sean funcionarios o empleados del ente supervisor transfiere la responsabilidad por las decisiones inadecuadas al propio ente, y requeriría que el proceso de intervención sea eminentemente técnico, sin intervención de elementos políticos y con un uso prudencial de las potestades discrecionales.

Igualmente, nos resulta cuestionable el hecho de que se señale que el “*interventor*” sea designado para cuidar simplemente “*intereses ajenos*”, pues ello va en contra de la razón de ser misma de la creación de una legislación bancaria en la que se segrega a las instituciones bancarias de los procedimientos concursales propios del Derecho Común, es decir, el atraso y la quiebra,<sup>34</sup> para

---

como administradores de las instituciones bancarias, es decir, debe tratarse de personas naturales que tengan experiencia en materia económica y financiera en actividades relacionadas con el sector bancario, tal como lo prevé el artículo 30 de la actual LISB.

<sup>34</sup> La exclusión de la aplicación de las instituciones de quiebra y atraso fue prevista por primera vez de manera clara e indubitable en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la LGBOIF de 1993, en su artículo 252. Todavía la *Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito* de 1988 hacía referencia a la posibilidad de que un banco pudiera incurrir “*en atraso o quiebra*” (artículo 190), respecto de lo cual, el Profesor JOSÉ MUCI-ABRAHAM (“*Aspectos de la novísima reforma de la legislación bancaria*”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 71, Caracas, UCV, 1988, pp. 244-246 y 249), señalaba que se trataba de un resabio de la legislación anterior, pues, consideraba que el régimen de intervención y liquidación de los institutos de crédito, previsto en la Ley de 1988 era sustitutivo de los procedimientos de atraso y quiebra.

Dicha exclusión es justificada por el profesor GONZALO PÉREZ LUCIANI en su trabajo (“*La intervención de los Bancos o Institutos de Crédito*” (*Revista de Derecho Público* N° 18, abr.-jun. 1984, Caracas, EJV, 1984, pp. 55-56) por el hecho de que se requiere una regulación más precisa y completa, que separe “*la regulación forzada de estas empresas del régimen de derecho común, elaborándose al efecto una regulación separada para la liquidación colectiva por la vía administrativa, más ágil y equitativa, más ágil y equitativa que la liquidación mediante los procesos de quiebra, a veces, largos y dispendiosos*”.

Por su parte, el profesor HUGO NEMIROVSKY FAERMAN (“*La liquidación forzosa administrativa en la jurisprudencia venezolana*”, *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, Año 1, N° 1, 1986, pp. 166), señala al respecto lo siguiente:

“*La (...) regulación legal de la ‘Liquidación Forzosa Administrativa’ en nuestra ‘Ley de Bancos’ probablemente tiene su origen en la legislación italiana, la cual incluye tal tipo de liquidación como corollario del control que la autoridad pública que desarrollan en la economía nacional (v.g.*

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (segunda parte)

someterlas a mecanismos de resolución administrativa (intervención, rehabilitación y liquidación). Por el contrario, cuando se acuerda la intervención de una institución bancaria se hace velando por un interés público,<sup>35</sup> como es, la

---

*intermediación en el crédito). Resulta obvio que cualquier desequilibrio que se manifieste en ese sector de la economía produciría un impacto devastador. Por lo tanto, resulta lógico que la administración pública a través de sus órganos esté permanentemente vigilando el desenvolvimiento de los institutos de crédito, específicamente por que las violaciones y los errores de los administradores recaen directamente en los depositantes. En los casos en que se materialicen tales errores y violaciones, la autoridad administrativa en ejercicio de su actividad contralora debe tener un mecanismo eficiente para interrumpir la actividad mediante la liquidación forzada”.*

Dentro de la misma opinión se encuentra AURILIVI LINARES MARTÍNEZ (“Los mecanismos de resolución bancaria en la nueva Ley de Instituciones del Sector Bancario”, o.c., pp. 298-299) quien señala lo siguiente:

*“De acuerdo con la LISB, los mecanismos de resolución bancaria se cumplen fuera del ámbito judicial por tratarse, como ya dijimos, de procedimientos de naturaleza administrativa. Esta es, sin duda, una característica fundamental que ha permitido eximir a las instituciones del sector bancario (a pesar de su carácter de empresas privadas) del beneficio de quiebra establecidos en la Ley que regula la materia mercantil (Código de Comercio). Tales técnicas judiciales no son capaces de regular adecuadamente la gestión de los infortunios multiformes que pueden sobrevenir a las instituciones bancarias, razón por la cual ha sido menester disponer expresamente que ellas queden sometidas al régimen jurídico especial recogido en la LISB. El aspecto teleológico del interés público protegido por la regulación bancaria, la necesaria participación de SUDEBAN como organismo técnico y especializado en de procedimientos y actos de naturaleza exclusivamente administrativa son peculiaridades de los mecanismos de resolución bancaria, que los diferencian del régimen concursal ordinario aplicable a otras sociedades mercantiles en situación de crisis”.*

Para nuestra sorpresa, el Profesor ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ (“Breve Introducción al Estudio de la Ley de Instituciones del Sector Bancario”, o.c., p. 34 y “La banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela”, o.c., p. 61), con una óptica evidentemente propia del Derecho Mercantil (que no compartimos), se ha manifestado en contra de la exclusión de las instituciones bancarias de los procedimientos concursales del Derecho Común, en los siguientes términos:

*“El enorme costo que históricamente han significado para el Estado las intervenciones administrativas de los bancos y sus empresas relacionadas, con las sospechas de corrupción que frecuentemente han estado presentes, por sí solo desaconseja el recurso a este mecanismo. Para el futuro sería aconsejable que se arbitrara un procedimiento judicial concursal ágil y moderno, en la cual la palabra la tengan los acreedores y el juez para salvar a las empresas bancarias que lo merezcan o dejar que una liquidación inevitable obtenga lo más rápidamente posible el máximo provecho del patrimonio disponible”.*

La misma reflexión aparece en su obra: “La banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela”, o.c., p. 61.

<sup>35</sup> En tal sentido señala el Profesor GONZALO PÉREZ LUCIANI (“La intervención de los Bancos o Institutos de Crédito”, o.c., p. 55), se señala que la función del interventor es la de “cuidar del interés de la sociedad intervenida y atender, además, al interés público de depositantes, acreedor y estabilidad del sistema bancario. El interés privado de los accionistas pasados y presentes y sus negocios (...) quedan fuera de la esfera de intervención del Interventor”. Asimismo, de conformidad con viejas sentencias de la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil del 11-7-1985 y otra del Juzgado Quinto en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda del 8-10-1985, “la intervención del Estado a las instituciones financieras procura la salvaguarda de los depositantes y acreedores, así como también, el prestigio del sistema financiero”. Ambas sentencias han sido citadas por el profesor ALBERTO BLANCO-URIBE

estabilidad del sistema bancario y financiero de un país, aparte de la protección del dinero de los depositantes.

## VI. *Apreciación General*

La circunstancia de que con esta nueva LISB vuelvan a establecerse regulaciones que ya existían en la extinta LGBOIF, cuya última reforma ocurrió en 2010, revela la falta de consistencia y coherencia con que se legisla en materia bancaria, producto acaso de una suerte de forcejeo o tirantez sobrevenidos entre la Asamblea Nacional y el Ejecutivo Nacional, dado que este último vio eliminadas o modificadas por la Asamblea Nacional -autora de la primera LISB- algunas normas que con posterioridad estimó necesarias. Esta tensión entre poderes públicos se puso de manifiesto previamente con motivo de la reforma parcial de la LISB en 2011, en la que fue redactado el delito de “*apropiación o distracción de recursos*” (artículo 216) de modo similar a los artículos 432 de la LGBOIF de 2008 y 379 de sus reformas en 2009 y 2010.<sup>36</sup> Nuevamente, se

---

QUINTERO: “*Naturaleza jurídica y revisión del acto de intervención de un ente financiero*”, *Revista de Derecho Privado* N° 3-2, Abr.-Jun. 1986, p. 10.

Las referencias doctrinales, jurisprudenciales y legislativas en esta nota al pie pueden verse en el Dictamen de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República N° 04-02-173 del 25-10-2000, en cuya elaboración participó quien escribe estas líneas, cuando se desempeñaba como *Abogado Consultor Agregado* en la referida Dirección de Asesoría Jurídica de dicha Dirección General. Dicho Dictamen fue publicado en la colección “*Dictámenes de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República*”, N° XVI, Caracas, 2000, pp. 247-261, que puede verse en el siguiente enlace: [http://www.cgr.gob.ve/site\\_publishing.php](http://www.cgr.gob.ve/site_publishing.php)

<sup>36</sup> El artículo 432 de la LGBOIF de 2008 tenía el siguiente texto:

### *Apropiación o Distracción de Recursos*

Artículo 432. “*Los miembros de la junta administradora, directores, administradores, funcionarios o empleados de un banco, entidad de ahorro y prestamo, institución financiera o casa de cambio que se apropien o distraigan en provecho propio o de un tercero, los recursos del banco, entidad de ahorro y prestamo, institución financiera o casa de cambio, cuyo depósito, recaudación, administración o custodia tengan por razón de su cargo o funciones, serán penados con prisión de ocho (8) a diez (10) años*”.

Por su parte, el artículo 379 de las LGBOIF de 2009 y 2010 solo suprime la referencia en números de la penalidad.

Ahora bien, se dijo en su momento que si bien la norma del artículo 213 de la primera LISB de 2010, fue titulada “*Apropiación o Distracción de Recursos*”, no describía la misma conducta que la norma antes citada, pues su texto se refería más bien a suministro de información falsa sobre la situación de entidades financieras. He aquí su texto:

### *Apropiación o distracción de recursos*

Artículo 213. “*Quienes con la intención de defraudar a una institución del sector bancario y a los efectos de celebrar operaciones bancarias, financieras, crediticias o cambiarias, presenten, entreguen o suscriban, balances, estados financieros, y en general, documentos o recaudos de cualquier clase que resulten ser falsos, adulterados o forjados, o que contengan información o datos que no reflejen razonablemente su verdadera situación financiera, serán penados con prisión de diez a quince años y con multa igual al cien por ciento (100%) del monto total distraído.*”

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (segunda parte)

presenta una situación de inconformidad con las innovaciones de la LISB de 2010, cuando la propia SUDEBAN ejerce dos recursos de colisión de normas entre los artículos 8; 172, numeral 5 y 252 de la LISB de 2011 (artículos 8; 171, numeral 5 y 249 de la actual LISB), en virtud de que el artículo 8 faculta al Presidente de la República en Consejo de Ministros para acordar la intervención, liquidación o cualquier otra medida que estime necesaria, sobre las instituciones

---

*Con la misma pena serán castigadas, las personas naturales que señala el artículo 186 de la presente Ley, de las instituciones sometidas al control de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, que conociendo la falsedad de los documentos o recaudos antes mencionados aprueben las referidas operaciones”.*

En virtud del referido texto, se llegó a plantear que se había producido una *despenalización* de la conducta prevista anteriormente en la norma antes citada de la LGBOIF.

El referido artículo 213 de la primera LISB fue reformado en 2011, a fin de corregir la falla en la descripción del tipo delictivo. En tal sentido, la norma, que pasó a ser el artículo 216, quedó con el siguiente texto:

*Apropiación o distracción de recursos/ Información falsa para realizar operaciones bancarias*  
Artículo 216.- *“Las personas naturales señaladas en el artículo 186 de la presente Ley, que se apropien o distraigan en provecho propio o de un tercero los recursos de las Instituciones del Sector Bancario regulados por la presente Ley, cuyo depósito, recaudación, administración o custodia tengan por razón de su cargo o funciones, serán penados con prisión de diez (10) a quince (15) años, y con multa igual al cien por ciento (100%) del monto total de lo apropiado o distraído. Con la misma pena será sancionado el tercero que haya obtenido el provecho con ocasión de la acción ilícita descrita en la presente norma.*

*Quienes con la intención de defraudar a una institución del sector bancario y a los efectos de celebrar operaciones bancarias, financieras, crediticias o cambiarias, presenten, entreguen o suscriban, balances, estados financieros y en general, documentos o recaudos de cualquier clase que resulten ser falsos, adulterados o forjados o que contengan información o datos que no reflejan razonablemente su verdadera situación financiera, serán penados con prisión de diez a quince años y con multa igual al cien por ciento (100%) del monto total distraído.*

*Con la misma pena serán castigadas, las personas naturales que señala el artículo 186 de la presente Ley, de las instituciones sometidas al control de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, que conociendo la falsedad de los documentos o recaudos antes mencionados aprueben las referidas operaciones”.*

De todos modos, fue necesario que el TSJ-SC definiera si en efecto, la primera LISB había despenalizado temporalmente el delito de *“Apropiación o distracción de recursos”*. Al respecto, puede verse, previamente a la sentencia del TSJ-SC que se pronunció sobre el tema, el interesante reportaje aparecido en el diario *El Universal*, edición de fecha 10-4-2011, firmado por OSCAR MEDINA, con el título: *¿Y si no hay delito qué?*.

Finalmente, el TSJ-SC dictó sentencia N° 794 del 27-5-2011, en la que resolvió, nada más y nada menos, que desaplicar el artículo 213 de la LISB de 2010 en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, aplicar ultra-activamente el artículo 432 de la LGBOIF y darle a la sentencia el carácter de doctrina vinculante.

La referida sentencia puede consultarse en el siguiente enlace:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/11-0439-27511-2011-794.HTML>

Así mismo, está publicada en la GORBV N° 39.697 del 16-9-2011.

Comentarios sobre esta sentencia: RIQUEZES CONTRERAS, Oscar: *El caso de los procesados por la crisis bancaria de 2009. Una aproximación de tipo hermenéutico a la sentencia 794/2011 de la Sala Constitucional, Revista Politeia N° 50, Vol. 36*, Caracas, Instituto de Estudios Políticos (UCV), 2013, pp. 1-26, trabajo cuyo texto puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.redalyc.org/pdf/1700/170035853001.pdf>

del sector bancario, así como sobre sus empresas relacionadas o vinculadas de acuerdo con los términos de la presente ley,<sup>37</sup> competencia que también tiene

<sup>37</sup> Al respecto, JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ (*“Libertad de empresa y sector bancario”*, o.c., p. 187), señala que se produce una ruptura de la figura de la Administración sectorial al reconocer al Presidente de la República, potestades de ordenación del sector bancario, que resultan inconstitucionales, pues *“Se trata de una habilitación simple e indeterminada, que contradice el concepto de potestad como título cierto y limitado de atribuciones, y desnaturaliza, por ende, la reserva legal sobre el sector”*.

Por su parte, AURILIVI LINARES MARTÍNEZ (*“Los mecanismos de resolución bancaria en la nueva Ley de Instituciones del Sector Bancario”*, o.c., pp. 306-307) comenta, con mayor abundancia (y erudición), lo siguiente:

*“Otro aspecto de la LISB que ratifica la pérdida de autonomía de la SUDEBAN es el reconocimiento de potestades administrativas al Presidente de la República en Consejo de Ministros, muy similares a las que corresponden a la autoridad supervisora, para acordar la intervención, liquidación y ‘cualquier otra medida’ sobre las instituciones bancarias y sus empresas relacionadas, ‘...en procura de salvaguardar los intereses generales de la República, la idoneidad en el desarrollo de las actividades reguladas en la nueva Ley, así como la estabilidad del sector financiero y el sistema de pagos’. Nótese que, según el párrafo último del artículo 8, podrá acordarse cualquier medida sobre las instituciones bancarias y sus empresas relacionadas, pero no se concreta previamente cuál es su contenido, lo que supone, a nuestro juicio, una deslegalización de las restricciones a la libertad de empresa de las instituciones bancarias.*

*En efecto, con la redacción altamente imprecisa empleada por el legislador en la nueva norma y la excesiva discrecionalidad reconocida al Presidente de la República para actuar en Consejo de Ministros, no queda claro si se está ante un precepto que, sobre la base de cláusulas indebidamente amplias de apoderamiento, pretende conferir a dicha autoridad administrativa un poder general para acordar técnicas de intervención administrativa ilimitadas, o ante una remisión legal implícita a los mecanismos de resolución bancaria que están contemplados en el Título XI de la LISB. Pero las dudas que tal regulación suscita no solo si [se] limitan a las medidas que, aparte de la intervención y liquidación, puede acordar el Ejecutivo Nacional, sino también a las causas que determinen la procedencia de las mismas. Esto es, si tales medidas se justifican en los supuestos de hecho que fijan otras normas de la nueva Ley, relativos a la presencia de graves problemas en las instituciones bancarias que pueden ser detectados a través de indicadores de alerta temprana, o bien, como no sería de extrañar, por razones de mero orden político, ya que no se precisa si la decisión del Presidente de la República en Consejo de Ministros se apoyará en algún informe técnico que, sobre la situación financiera de la institución bancaria o la empresa relacionada o la empresa relacionada de que se trate, haya sido expedido por la SUDEBAN. En tal sentido, creemos que no basta que la LISB contemple las técnicas de intervención administrativa que, como mecanismos de resolución bancaria, podrá adoptar el Ejecutivo Nacional. Es necesario, además, que el legislador dote a tales medidas de un contenido mínimo, de suerte tal que la autoridad administrativa no sea libre de adoptar cualquier técnica de limitación o restricción a la libertad de empresa, sino solo aquellas que hayan sido contempladas en la Ley vigente.*

*Por otra parte, consideramos que este tipo de preceptos refleja más que una duplicación de funciones en el tratamiento de crisis bancarias, el deseo de otorgarle al Presidente de la República en Consejo de Ministros amplias e ilimitadas facultades para decidir el destino de las instituciones bancarias en el momento políticamente apropiado, a través del uso de cualquier medida, incluso de carácter extraordinario como los mecanismos de resolución bancaria, con base en una redacción ambigua y genérica que puede dar lugar también a la adopción de medidas administrativas sin el cumplimiento del proceso previo. Lo que representa, en nuestra opinión, un verdadero retroceso institucional y normativo en el régimen especial de resolución bancaria, ya que, en la práctica, la decisión que adopte el Ejecutivo Nacional pasaría de ser estrictamente técnica para convertirse en una decisión política que puede llegar a alcanzar un grado de discrecionalidad y de política que puede llegar a*

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (segunda parte)

SUDEBAN de conformidad con el mencionado artículo 172, numeral 5 de la LISB de 2011 (171, numeral 5 de la actual LISB), creando, en palabras de la representación judicial de la propia SUDEBAN, “*el riesgo de un solapamiento de competencias que incidiría negativamente en el accionar de la Administración y en contra tanto de los intereses del Estado como del público usuario de una entidad bancaria sujeto de una medida de intervención y que tenga activos en una empresa relacionada dada la rapidez que exige este tipo de medida*”.<sup>38</sup> Lamentablemente, con la nueva LISB se perdió la oportunidad de aclarar o modificar esta situación de duplicidad de competencias.

Igualmente, se desperdició la ocasión para modificar distintas normas de la LISB que quedaron intactas, respecto de la anterior LISB:

1. Aquellas normas que utilizan el término anticuado “*Nación*” (artículos 5°; 21, aparte único; y 51, aparte primero), para referirse a la persona jurídica

---

*alcanzar un grado de discrecionalidad y de improvisación alarmantes -con la consecuente atenuación de las garantías jurídicas de la libertad de empresa- ante un escenario crítico local o global. De allí la necesidad de circunscribir las facultades del Presidente de la República en Consejo de Ministros a potestades ciertas y limitadas en su contenido sustantivo, que puedan ser ejercidas en los supuestos de hecho expresamente previstos para satisfacer el interés general amparado por la norma jurídica, empleando al efecto el procedimiento administrativo que se corresponda también con el legalmente exigible según la especialidad del asunto”.*

Finalmente, HÉCTOR TURUHPAL CARIELLO (“*La potestad sancionatoria de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario*”, en “*Análisis y comentarios a la Ley de Instituciones del Sector Bancario*”, o.c., pp. 375-378) señala que la potestad acordada al Presidente de la República para imponer “*cualquier otra medida que estime necesarias, sobre las instituciones del sector bancario, así como sobre sus empresas relacionadas o vinculadas de acuerdo a los términos de la presente Ley*” (ahora: *del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley*”), conforme lo previsto en el artículo 8° de la LISB, no habilita a aquél para imponer, ejercer o dictar sumariamente sanciones administrativas sin transgredir la garantía de tipicidad, y ni siquiera aplicar las medidas administrativas que preveían los artículos 180 al 185 de la anterior LISB (179 al 184 de la actual LISB) soslayando u obviando el procedimiento administrativo previo exigido por los artículos 183 y 236 al 238 de la anterior LISB (182 y 233 al 235 de la actual LISB), o que puedan exceder el catálogo de medidas administrativas establecidas por el artículo 182 ejusdem (181 de la actual LISB).

<sup>38</sup> Mediante sentencias del TSJ-SC Ns. 423 del 30-4-2013 (Exp. N° 12-1304) y 444 del 15-5-2014 (Exp. N° 14-0105) fueron admitidos ambos recursos, conforme puede verse en los siguientes enlaces: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/164240-444-15514-2014-14-0105.HTML>, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/423-30413-2013-12-1304.HTML>.

Las citadas palabras del representante judicial de SUDEBAN pueden verse en la primera de las sentencias mencionadas.

Sin embargo, mediante sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa de N° 1646 del 17 de diciembre de 2015, se declaró consumada la perención y extinguida la instancia en el recurso de colisión de normas (ejercido por SUDEBAN), entre los artículos 8, cardinal 5 del 172 y 252 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.627 del 2-3-2011; *vid.* el texto de la sentencia en el siguiente enlace.

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/184086-1646-171215-2015-14-0105.HTML>

territorial mayor, que sin embargo subsiste hasta nuestros días en algunas leyes, pues a partir de la Constitución de 1953, debe hablarse de “República”.

2. La mención, en los impedimentos para ser promotor (organizador en la anterior LISB), de “Los y las accionistas, directores o directoras, tesoreros o tesoreras, asesores o asesoras, comisarios o comisarias, gerentes y ejecutivos o ejecutivas principales de una persona jurídica que se encuentre en proceso de *insolvencia* o quiebra” (artículo 19, numeral 4 de la anterior y actual LISB - subrayado nuestro). La “insolvencia” en nuestro país es una situación de hecho que puede tener consecuencias jurídicas,<sup>39</sup> pero no existe, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, ningún “proceso de insolvencia”, por lo que basta con hablar de “quiebra”, o sustituir el término “insolvencia” por “atraso”, que es el otro procedimiento concursal regulado por el Código de Comercio.

3. Las normas relativas al *Sistema de Información Central de Riesgo (SICRI)* (artículos 88 al 90), a fin de recoger, de manera expresa y explícita, la totalidad de los principios constitucionales según los cuales y de conformidad con la sentencia (vinculante) del TSJ-SC N° 1318 del 4-8-2011,<sup>40</sup> debe garantizarse

---

<sup>39</sup> Así por ejemplo, el artículo 54, numeral 2 del Código Orgánico Tributario (GORBV N° 6.152 del 18-11-2014), regula la *declaratoria de incobrabilidad* de las obligaciones tributarias cuyos sujetos pasivos hayan fallecido en situación de *insolvencia* comprobada.

<sup>40</sup> El texto íntegro de esta sentencia puede consultarse en el siguiente enlace:  
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1318-4811-2011-04-2395.HTML>

Esta sentencia declaró:

a) El decaimiento del objeto del recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría del Pueblo contra el artículo 192 de la LGBIOF de 2001 y los artículos 1, 6 y 8 de la Resolución de la extinta Junta de Emergencia Financiera N° 001-06-98 del 26-6-1998, mediante la cual se dictan las “*Normas relativas al Funcionamiento del Sistema de Información Central de Información Central de Riesgos*” (GORV N° 36.484 del 29-6-1998 ; erróneamente la sentencia señala como fecha de publicación de dicha Resolución en GORV, el 26-6-1998). Dicho decaimiento es fundamentado en el hecho de que con la puesta en vigencia de la LISB “*se verificó una modificación sustancial que en forma alguna reproduce el contenido de la norma derogada, circunstancia que no permite el traslado de la argumentación de la demanda al artículo 90 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario* (artículo 88 en la actual LISB), *el cual se incluye en una retícula normativa relativa al siglo bancaria y su protección*” (paréntesis nuestro).

A pesar de lo afirmado por el TSJ-SC, el profesor ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ, señala (“*La banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*” (o.c., p. 205) que la regulación de la LISB (88 al 90 en la actual LISB; 90 al 92 en la anterior LISB) no se aparta sensiblemente de la anterior, en la LGBIOF, que fue precisamente objeto de impugnación ante el TSJ-SC. Igual opinión sostiene RICARDO A. CARBONELL (“*Principales innovaciones en la Ley de Instituciones del Sector Bancario*”, o.c., p. 156), en el sentido de que “*en el fondo no hay nada nuevo*”.

b) Sin efecto, la medida cautelar acordada mediante sentencia del mismo TSJ-SC N° 3.585 del 6-12-2005, cuyo texto íntegro puede consultarse en el siguiente enlace:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/3585-061205-04-2395.HTM>

Esta última sentencia fue objeto de comentario por parte del Profesor ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ (o.c., pp. 205-206), en los siguientes términos:

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (segunda parte))

*“El derecho a la protección de los datos personales no es absoluto. Tales datos siempre que no se refieran a la intimidad y a elementos sensibles de la persona, pueden ser lícitamente utilizados por terceros. Paradójicamente, esta utilización lícita fue prácticamente prohibida por la Sala Constitucional en el caso del SICRI. El artículo 192 de la Ley General de Bancos derogada imponía a las instituciones bancarias la obligación de enviar información (una relación pormenorizada) sobre sus deudores a la Superintendencia de Bancos. Al mismo tiempo, les confería el derecho de acceso a esa información a los integrantes del sistema y a los propios deudores. Sin embargo, por medio de sentencia N° 3.585 del 6 de diciembre de 2005 la Sala Constitucional suspendió los efectos legales de la disposición legal antes citada solo en lo que se refiere a que las instituciones financieras de carácter privado pueden obtener la información de los ciudadanos contenida en el Sistema de Información Central de Riesgos (SICRI), hasta tanto se dicte la decisión de fondo. La Sala Constitucional creó un desequilibrio que favorece indebidamente a los deudores y agravó los riesgos del negocio bancario, al impedirle a las instituciones financieras ponderar el riesgo que se deriva de los compromisos de los deudores y de su conducta crediticia. La decisión de la Sala Constitucional en el caso del SICRI es un exceso que solo favorece a los malos deudores y se inscribe en la corriente de quienes entre bromas y veras exigen el reconocimiento del derecho a no pagar las deudas”.*

Sobre el levantamiento de la medida cautelar dictada en 2005, puede verse la reseña periodística en el artículo del Diario *Notitarde* de Valencia del 8-8-2011, titulado “*Tribunal Supremo de Justicia permite a la banca acceder a los datos del Sicri*” firmado por FELIPE GONZÁLEZ ROA, en los siguientes términos:

*“Tras casi seis años de permanecer vedada su utilización finalmente la banca privada venezolana podrá hacer uso de la información contenida en el Sistema de Información Central de Riesgos (Sicri), aunque, por disposición de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario (Sudeban) deberá adecuar su manejo a la legislación vigente para evitar que se vulneren los derechos de los ciudadanos. Si bien en el Sicri está contenida la información sobre todos los movimientos bancarios que realizan los ciudadanos, comúnmente es conocida como la “lista negra de los morosos”. Con regularidad se afirmaba que sus datos eran utilizados por la bancos para determinar a quién se le podía otorgar un crédito. Pero con una sentencia publicada el 6 de diciembre del 2005 el máximo juzgado acordó una medida cautelar solicitada por la Defensoría del Pueblo, y, luego de suspender provisionalmente el artículo 192 del decreto de reforma de la Ley de Bancos, prohibió a instituciones financieras de carácter privado obtener información de ciudadanos contenida en el registro. Ahora en 2011, y después de la aprobación consecutiva de cuatro normativas que regulan el sector, el máximo juzgado resolvió el fondo de la petición. Debido a que la acción se intentó contra una ley que ya no está vigente la alta corte declaró el decaimiento del objeto del recurso, pero como el Sicri también se encuentra previsto en la actual norma decidió analizar el tema. “Quien ha incurrido en alguna mora o retardo en la cancelación de una obligación crediticia, ciertamente debe incluirse en el Sistema de Información Central de Riesgos como ‘deudor moroso’, pero si con posterioridad este paga su obligación, no podría aceptarse ninguna tesis que le impida ser borrado del correspondiente banco de datos”, señaló el fallo. La sentencia se basó sobre ponencia de Luisa Estella Morales, y contó con el respaldo de Francisco Carrasquero, Marcos Tulio Dugarte, Carmen Zuleta, Arcadio Delgado, Juan José Mendoza y Gladys Gutiérrez. Debido a la trascendencia de la decisión la Sala Constitucional ordenó su publicación en la Gaceta Judicial”.*

c) Se exhorta a la SUDEBAN “para que en ejecución de las competencias establecidas en la vigente Ley de Instituciones del Sector Bancario, adecúe el ordenamiento jurídico estatutario aplicable al Sistema de Información Central de Riesgos, sobre la base de las consideraciones contenidas en la presente decisión”. En nuestro criterio, debió haberse ido más allá y exhortar incluso a la Asamblea Nacional a que adecuara la LISB -y no simplemente la normativa sublegal- a los principios enunciados en la sentencia del TSJ-SC N° 1318 del 4-8-2011. Consideramos además, que pudo haberse aprovechado la última reforma de la LISB hacer esta adecuación que al final, no se hizo. En cuanto a SUDEBAN, si bien este ente anunció que estaba revisando la normativa que regiría al SICRI luego

en toda normativa o sistema sobre datos personales que contenga información de cualquier tipo referida a personas físicas o jurídicas determinadas o determinables.

a) El principio de *autonomía de la voluntad*, “*Lo cual comporta la necesaria existencia de un comportamiento previo, libre, informado, inequívoco y revocable para el uso o recopilación de datos personales*”.

b) El principio de *legalidad*: “*La información relativa a las personas no debe ser recogida o procesada por métodos desleales o ilegales, ni debe ser utilizada para fines contrarios a los principios y garantías de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución*”.

c) El principio de *finalidad y calidad*: “*La recopilación de datos personales debe responder a finalidades, motivos o causas predeterminadas, que no sean contrarias al ordenamiento jurídico constitucional y sectorial, lo cual se constituye además en un requisito necesario para obtener un consentimiento válido de conformidad con lo indicado en el principio de autonomía de la voluntad*”.

d) El principio de la *temporalidad o conservación*: “*La conservación de los datos se extiende hasta el logro de los objetivos para los cuales han sido elaborados, vale decir, que justificaron su obtención y tratamiento*”.

e) El principio de *exactitud y de autodeterminación*: “*los datos deben mantenerse exactos, completos y actualizados, respondiendo a la verdadera situación de la persona a la que se refieran*” ; “*la libertad informática y el derecho a la autodeterminación informativa, son en cierto modo sinónimos, ya que constituyen un nuevo derecho fundamental que tiene por objeto garantizar la facultad de las personas para conocer y acceder a las informaciones que les conciernen archivadas en base de datos, controlar su calidad o que impliquen la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados ; y disponer sobre su transmisión*”.

---

de la sentencia *in commento* (véase la reseña periodista aparecida en el diario “*El Universal*” del 11-8-2011, titulada “*Sudeban revisa normativa que regirá el SICRI*”), no se ha dictado aún una normativa sustitutiva de la Resolución de la extinta Junta de Emergencia Financiera N° 001-06-98 del 26-6-1998, mediante la cual se dictan las “*Normas relativas al Funcionamiento del Sistema de Información Central de Información Central de Riesgos*”, a pesar de preverlo incluso el artículo 88, aparte segundo de la actual LISB.

d) Se ordena la publicación íntegra del fallo *in commento*, tanto en la página web del TSJ como en la Gaceta Judicial, en cuyo sumario deberá indicarse lo siguiente: “*Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que fija interpretación vinculante respecto del derecho a la protección de datos personales*”. En efecto, dicha sentencia fue publicada en la Gaceta Judicial Extraordinaria N° 14 del 18-12-2011.

f) El principio *previsión e integralidad*: “*La tutela de los derechos fundamentales vinculados con la recopilación de datos personales, debe plantearse inicialmente en relación con la protección del individuo contra la recopilación, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitada de los datos concernientes a la persona en los términos antes expuestos, pero el análisis de la posible afectación de sus intereses o derechos, no puede hacerse en todos los casos aisladamente -vinculado a registros de información determinados-, sino necesariamente debe tomar en consideración los datos que integran otros registros y su posible vinculación, ya que si bien estos pueden carecer en sí mismo de interés, alcanzan un nuevo valor o significado de referencia, en relación con otros sistemas de registro de datos, más aún si se tienen presentes los actuales avances tecnológicos, por lo que no puede afirmarse que algunos datos carezcan per se de interés o relevancia jurídica*”.

g) Principio de *seguridad y confidencialidad*: esto es, la “*no alteración de datos por terceros y del acceso a tales datos por parte de las autoridades competentes de conformidad con la ley. Por lo tanto, deberán adoptarse las medidas técnicas y organizativas que resulten necesarias para proteger los datos contra su alteración, pérdida o destrucción accidental, el acceso no autorizado o su uso fraudulento*”.

h) Principio de *tutela*: “*añado a la necesidad de contar con el medio de tutela judicial, las personas deben contar con un medio extrajudicial que garantice su derecho a la protección de datos personales, lo cual se concreta en la existencia de órganos o entes públicos que ejercen dicha competencia*”.

i) Principio de *responsabilidad*: “*La violación del derecho a la protección de datos personales debe generar de conformidad con el ordenamiento jurídico aplicable, sanciones de tipo civil, penal y administrativas, según sea el caso*”.

Debe admitirse de todos modos, que los apartes primero y segundo del artículo 88 de la actual LISB (apartes primero y tercero del artículo 90 de la anterior LISB) desarrollan, al menos, algunos de esos principios: a) El de *legalidad*, conforme al cual “*Queda terminantemente prohibido el uso del Sistema de Información Central de Riesgos para fines distintos a los previstos en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, incluyendo el ser requerido como requisito para tramitación de préstamos o créditos, aperturas de cuentas de ahorros o corrientes u otros instrumentos o modalidades de captación*” (artículo 88, aparte primero) ; b) Los de *temporalidad, exactitud y tutela*, cuando señala que “*La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario dictará la normativa prudencial mediante la cual regulará lo relacionado con la forma y oportunidad de transmisión, calidad de los datos transmitidos, exclusión o inclusión de usuarios, tiempo de permanencia en el Sistema de Información*

*Central de Riesgos, verificación de la veracidad de la información y tramitación de reclamos*” (artículo 88, aparte segundo).

4. La falta de actualización del monto de la garantía de los depósitos del público, originalmente fijado en treinta mil bolívares (Bs. 30.000,00), que data de la penúltima LGBIOF de 2009 (artículo 300), quedando invariable desde entonces, y si bien, se consagra la posibilidad de aumentar el monto de la garantía por vía sublegal,<sup>41</sup> en la práctica nunca se ha hecho. Evidentemente, con el deterioro continuo e indetenible del valor de la moneda nacional y el índice de inflación en nuestro país (el más alto del mundo en la actualidad),<sup>42</sup> no es lo mismo treinta mil bolívares (Bs. 30.000,00) en diciembre de 2009 que la misma cantidad para el momento de escribir estas líneas, que ya se encuentra por debajo del salario mínimo nacional.<sup>43</sup> Contrasta la actitud “diligente” del Estado, al utilizar la ecuación basada en el valor anual de la unidad tributaria, sobre todo cuando se trata de cobrar tributos y multas,<sup>44</sup> con esta actitud negligente de utilizar

<sup>41</sup> En la última LGBIOF esta competencia correspondía a FOGADE (artículo 300, encabezamiento). En la primera LISB, se transfirió esta competencia al OSFIN (artículo 126), y en la actual LISB, al Ministro con competencia en materia de Finanzas (artículo 128, aparte primero).

<sup>42</sup> El cálculo del índice de inflación de la economía venezolana, al cierre de 2017, según una fuente, fue estimado en 652,67%, dejando a nuestro país en un deshonroso “cómodo” primer lugar: <https://www.statista.com/statistics/268225/countries-with-the-highest-inflation-rate/>

<sup>43</sup> Vid. en este sentido, el artículo de la Alianza Nacional de Usuarios y Consumidores (ANAUCO) titulado: *Editorial: Devaluada garantía de los depósitos del público en los bancos* (17 sep. 2016), en el cual se señala lo siguiente:

“(...) a pesar de la existencia de este mecanismo de garantía o seguro bancario, en la actualidad los usuarios venezolanos no están adecuadamente resguardados, el monto máximo por el cual responde FOGADE apenas alcanza la suma de Bs. 30.000, menos de un salario mínimo con ticket alimentación; esto quiere decir que si usted tiene su dinero en un banco, no importa la cantidad que tenga, FOGADE le responderá solo hasta Bs. 30.000 en una misma entidad bancaria, en consecuencia, usted debe asumir el riesgo por el resto de su dinero, por todo lo que exceda ese monto máximo cubierto. La razón por la cual el monto de la garantía es tan mínimo e insignificante, es porque la última vez que se ajustó el monto de la garantía al valor de la moneda fue en 2009 con la ley de bancos promulgada ese año”.

<http://anauco.net/editorial-devaluada-garantia-de-los-depositos-del-publico-en-los-bancos/>

<sup>44</sup> Vid. al respecto: ROMERO-MUCI, Humberto: *Uso, abuso y perversión de la unidad tributaria. Una reflexión sobre tributación indigna*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezolana/Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Serie Estudios N° 111, 2016.

Esta actitud “diligente” del Estado venezolano se pone de manifiesto con la publicación de la *Ley Constitucional sobre la Creación de la Unidad Tributaria Sancionadora* dictada por la Asamblea Nacional Constituyente (GORBV N° 41.305 del 21-12-2017) y la *Resolución Conjunta mediante la cual se fija el valor de la Unidad para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo para Contrataciones Públicas* (UCAU), dictada por el Ministerio del Poder Popular de Planificación (Resolución N° 001/2018) y de Economía y Finanzas (Resolución N° 009/2018) en fecha 19-1-2018 (GOBRV N° 6.360-E de la misma fecha), con fundamento en el artículo 5° (se trata de una fundamentación legal errada por parte de la mencionada Resolución Conjunta, pues la norma que correspondía invocar era el artículo 6°) de la *Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas* igualmente dictada por la Asamblea Nacional Constituyente (GOBRV N° 41.318 del 11-1-2018), y que de esta

en las leyes, cantidades fijas que se desactualizan con el paso del tiempo, y cada vez más rápido. La posibilidad futura de aumentar el monto de la garantía de los depósitos del público se complica con la exención, a favor de la banca pública, de la obligación de realizar los aportes mensuales a FOGADE, según hicimos referencia *supra*.

5. El lapso de caducidad brevísimo, de *cuarenta y cinco (45) días continuos*, para ejercer un recurso contencioso-administrativo contra un acto de FOGADE o SUDEBAN (artículos 152, aparte segundo; 231, encabezamiento y 237), en contraste notorio con el lapso general de *ciento ochenta (180) días continuos* previsto en el artículo 32, numeral 1 de la *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, pues si bien el aparte segundo de la norma permite que las *leyes especiales* establezcan *otros lapsos de caducidad*, consideramos razonable que se prevea un lapso mayor, si bien no es necesario que sea de ciento ochenta (180) días continuos.

6. La posibilidad de eximir al *Intendente Operativo de SUDEBAN* de cumplir con los mismos requisitos que el Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario, específicamente el que se refiere a su experiencia en materia bancaria (artículos 155 y 156, numeral 3 de la LISB), pues dicho funcionario no está llamado a suplir las faltas temporales del Superintendente y no interviene en la dirección o coordinación de las Gerencias que llevan a cabo las funciones de inspección y supervisión de la actividad bancaria.<sup>45</sup>

7. La tautología contenida en el encabezamiento del actual artículo 164 de la actual LISB (correlativo del artículo 166 de la anterior LISB), que señala que “*Los funcionarios o funcionarias de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario tendrán el carácter de funcionarios públicos y funcionarias públicas*”. Debía hablarse más bien de “*empleados (y empleadas)*” y hacer la salvedad de quienes se desempeñan como *obreros y contratados*. De acuerdo con el *Diccionario de Real Academia Española*, “*funcionario, -ria*” es una “*Persona que desempeña un empleo público*”,<sup>46</sup> por lo que siempre que se hable de “*funcionario*”, deberá sobreentenderse que se trata de un “*funcionario público*”, y más si se está hablando de funcionarios al servicio de SUDEBAN. Sabemos que en ocasiones, se utiliza la expresión *funcionario bancario*, para referirse a las personas que prestan servicios en una institución bancaria, pero consideramos que es mejor hablar en estos casos, de *empleado bancario*.

---

manera pretende sustituir a la unidad tributaria como ecuación para la determinación del procedimiento aplicable en una contratación pública, de conformidad con lo previsto en el *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas* (GOBRV N° 6.154-E del 19-11-2014).

<sup>45</sup> Así se desprende del *Manual de Organización* (interno) de la *Intendencia Operativa* de SUDEBAN, vigente desde 2012.

<sup>46</sup> <http://dle.rae.es/?id=IbXs5CCG>

8. La calificación general -abusiva en nuestro criterio- de los cargos del personal de SUDEBAN como *de libre nombramiento y remoción* (artículo 164 de la actual LISB), lo cual es justificado como una excepción a la norma constitucional que establece, como regla general, que los cargos de la Administración Pública son de carrera (artículo 146 de la Constitución vigente), si bien se deja a salvo, de manera un tanto contradictoria, la aplicación de los principios constitucionales sobre función pública. En base a esta “excepción”, el Estatuto Funcionario de dicha institución (GORBV N° 38.810 del 14-11-2007) procedió a calificar como cargos de confianza a todo el personal profesional y técnico, asistentes administrativos, financieros y legales, así como aquéllos que ocupan cargos de oficinistas, secretariales, recepcionistas, telefonistas, oficiales de seguridad y vigilancia integral y asistentes de proveeduría (artículo 3°, aparte segundo), independientemente de que ejerzan o no, funciones que, de conformidad con el artículo 21 de la *Ley del Estatuto de la Función Pública* (GORPV N° 37.522 del 6-9-2002), son propias de un *cargo de confianza*.<sup>47</sup>

9. En términos generales, puede señalarse que la actual LISB, a pesar de haber corregido algunas fallas de forma y fondo de la anterior LISB (48), mantuvo

---

<sup>47</sup> Si bien la jurisdicción contencioso-administrativo ha defendido la constitucionalidad de esta exclusión general, ha señalado que, aunque en principio, podría ser suficiente que la norma que regula la materia funcionarial determine cuáles cargos son de confianza y por ende, de libre nombramiento y remoción, es posible determinarlos mediante la evaluación de las funciones asignadas a un determinado cargo, de conformidad con el Registro de Información del Cargo o cualquier otro documento en que se reflejen las funciones ejercidas por el funcionario y de las cuales se pueda desprender la confianza del cargo desempeñado: sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso-Administrativo N° 2011-1066 del 13-7-2011 (*Emilio de la Cruz Olivo Maimone*), cuyo texto puede consultarse en la sección de la web oficial del Tribunal Supremo de Justicia correspondiente a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

<sup>48</sup> Así por ejemplo, la actual LISB corrigió las siguientes fallas:

- a) Una expresión redundante en el aparte cuarto del artículo 32 de la anterior LISB: “*Las prohibiciones e inhabilitaciones señaladas en el presente artículo serán aplicables también en los casos en los que se trate de hechos sobrevenidos supervinientes (sic) al ejercicio de las funciones*”. El aparte tercero del artículo 31 de la actual elimina la palabra “*supervinientes*”.
- b) Una repetición del numeral 7 del artículo 19 de la anterior LISB (el numeral 7 y 8 decían lo mismo), referido a los *impedimentos para ser organizador* de una institución bancaria (cf. artículo 19, numeral 6 de la actual LISB, referido a los *impedimentos para ser promotor* de una institución bancaria).

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (segunda parte))

otras<sup>49</sup> e introdujo *nuevos errores*,<sup>50</sup> algunos de los cuales hemos descrito durante el desarrollo de esta exposición. Además, hay diversas observaciones que hizo la

---

<sup>49</sup> Así ejemplo, el encabezamiento del artículo 24 ; el numeral 6 del artículo 172 ; numeral 12 del artículo 202 ; encabezamiento del 211 y aparte primero y primera parte del aparte segundo del artículo 231 tienen errores gramaticales o en el uso de los signos de puntuación, que vienen de la anterior LISB y no fueron corregidos:

a) Artículo 24 (*Normas para la apertura de sucursales en el exterior*). “*La apertura de sucursales en el exterior o la adquisición de acciones y participaciones en el capital social de instituciones bancarias del exterior por parte de instituciones bancarias venezolanas, requiere la aprobación previa de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario quien (sic) evaluará el desempeño financiero y gerencial de las instituciones bancarias, y debe contar con la opinión vinculante del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional (omissis)*”. El pronombre relativo “*quien*” solo se aplica a personas físicas, por lo que debió haberse dicho en su lugar, “*la cual*”.

b) Artículo 172 (*Atribuciones y funciones de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario para la protección de los usuarios y usuarias*). “*La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, con la finalidad de hacer más eficaz y transparente la prestación del servicio bancario, en el ejercicio de su competencia deberá:*

6. *Velar porque (sic) las instituciones bancarias desarrollen sus actividades en el marco del principio constitucional de la democracia participativa y protagónica (...)*”. Lo correcto es decir “*Velar por que (...)*”. Véase al respecto:

KRAGELUND, Eduardo: “*Porque, porqué, por que y por qué*”:

<http://libretadeperialengua.blogspot.com/2009/08/porque-porque-por-que-y-por-que.html>

VIGAURA TAUSTE, Ana: “*¿Por que o porque? No está claro*”:

<http://webs.ucm.es/info/especulo/cajetin/porque.html>

c) Artículo 202 (*Irregularidades en las operaciones*). “*Las instituciones del sector bancario serán sancionadas con multa entre el cero coma dos por ciento (0,2%) y el dos por ciento (2%) de su capital social cuando incurran en las siguientes irregularidades relacionadas con sus operaciones:*

12. *Incumplir los artículos 94 y 98 del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, para el tratamiento de los bienes inmuebles, así como a (sic) las normativas prudenciales al respecto que emita la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario*”. La preposición “*a*” sobra.

d) Artículo 211 (*Valor probatorio*). “*Cuando de las diligencias que practique la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, en los procedimientos de su competencia, se pueda presumir la comisión de alguna infracción contemplada en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, que afecte la solvencia patrimonial, se notificará inmediatamente al Ministerio Público, a fin que (sic) se proceda a iniciar la averiguación correspondiente; sin perjuicio de las sanciones administrativas que pueda imponer la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario*”. Debe decirse “*a fin de que*”, pues “*a fin que*” es un caso de “*queísmo*”, o “*supresión indebida de una preposición (generalmente de) delante de la conjunción que, cuando la preposición viene exigida por alguna palabra del enunciado*”:

<http://lema.rae.es/dpd/srv/search?id=0W10LaCjD655ud6n5>

(tomado del “*Diccionario Panhispánico de Dudas*”, Real Academia Española, 2005).

e) Artículo 231 (*Recurso contencioso*). (omissis)

“*En aquellos casos en los cuales hayan sido impuestas medidas por parte de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario de las previstas en el artículo 185 del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, no será posible el otorgamiento de medidas cautelares de suspensión de efectos del acto recurrido, en virtud que (sic) las mismas son impuestas a los fines de salvaguardar la solidez del sector bancario o del sistema financiero y los intereses del público depositante en general.*

*En los supuestos no contemplados en el aparte anterior, el órgano jurisdiccional competente, (sic) podrá suspender los efectos cuando exista presunción grave de la ilegalidad del acto administrativo y de la existencia del buen derecho alegado por el solicitante y la suspensión sea indispensable para*

doctrina con ocasión de la LISB de 2011 y que se mantienen vigentes por cuanto las normas que dieron lugar a tales observaciones no fueron modificadas en esta nueva LISB. Será necesario esperar entonces, hasta una nueva reforma.

Un último punto a considerar para una futura legislación bancaria, es lo relativo a la condición de *servicio público*<sup>51</sup> de la actividad bancaria, principio

---

*evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación en la definitiva; (...)*. En este caso hay un mal uso de la coma (,) luego de “*órgano jurisdiccional competente*”, pues no se justifica la pausa. Asimismo, encontramos un nuevo caso de “*queísmo*”: “*en virtud que*” en lugar de “*en virtud de que*”.

<sup>50</sup> Así por ejemplo, encontramos los siguientes errores gramaticales en la nueva LISB:

a) Artículo 171 (Atribuciones). “*Son atribuciones de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, además de las ya establecidas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, las siguientes:*

26. *Realizar todos los actos necesarios para salvaguardar los intereses del (sic) los usuarios y usuarias y del público en general, de conformidad con el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley*”.

b) Artículo 173 (Atribuciones y funciones en materia de seguridad bancaria) “*La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario en el ejercicio de sus competencias también deberá:*

1. *Velar porque (sic) las instituciones bancarias dispongan de los sistemas y procedimientos necesarios para minimizar la presencia de errores, omisiones o fraudes en sus operaciones*”. Curiosamente, la norma equivalente en la anterior LISB, el numeral 1 del artículo 172 decía correctamente “*Velar por que (...)*”.

<sup>51</sup> Se discute si la actividad bancaria constituye un verdadero *servicio público* o más bien, una *actividad de interés público*, pues en sentido estricto, un *servicio público* es una actividad económica reservada al Estado y a la cual, los particulares solo pueden acceder mediante la figura de la *concesión*, lo cual no es el caso de la actividad bancaria a la cual se accede a través de una *autorización*, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, incluso con la actual LISB. Véase al respecto:

a) MUCI FACCHIN, Gustavo - MARTÍN PONTE, Rafael: “*Regulación Bancaria*”, Caracas, UCAB, 2004, pp. 28-31.

b) HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael: “*La actividad de servicio público y la regulación bancaria*”, en “*II Jornadas sobre Derecho Administrativo. 27 y 28 de agosto de 2004. Salón Centenario. Colegio de Abogados del Estado Carabobo. Las formas de la actividad administrativa*”, Caracas, FUNEDA, 2005, pp. 87-106 y “*La libertad de empresa y la regulación de la intermediación financiera como servicio público*”, *Revista de Derecho Administrativo* (Perú) N° 12 - Regulación de Servicios Públicos e Infraestructuras, Lima, Asociación Círculo de Derecho Administrativo (CDA), 2012, pp. 93-103.

c) BADELL MADRID, Rafael: “*Desarrollo Jurisprudencial del Servicio Público*”, Conferencia dictada por Rafael Badell Madrid el 11 de noviembre de 2006 en la ciudad de Valencia, en el marco de las XIII Jornadas Centenarias: <http://www.badellgrau.com/?pag=71&ct=253>

d) GÓMEZ R., Carlos Eduardo: “*La noción de Servicio Público y la Banca Privada*” (circa 2007): [http://www.venamcham.org/demo/publicaciones/edicion\\_marzo.htm](http://www.venamcham.org/demo/publicaciones/edicion_marzo.htm)

e) MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: “*La banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*”, o.c., pp. 41-60 y “*Breve introducción al Estudio de Ley de Instituciones del Sector Bancario*”, o.c., pp. 28-33.

f) GARCÍA CONTRERAS, María Casilda: “*La potestad sancionatoria de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (Trabajo especial de grado presentado para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo)*”, Caracas, UCV, 2014, pp. 41-52:

[http://saber.ucv.ve/jspui/bitstream/123456789/9889/1/T026800011757-0-](http://saber.ucv.ve/jspui/bitstream/123456789/9889/1/T026800011757-0-Mariagarcia_finalpublicacion-000.pdf)

[Mariagarcia\\_finalpublicacion-000.pdf](http://saber.ucv.ve/jspui/bitstream/123456789/9889/1/T026800011757-0-Mariagarcia_finalpublicacion-000.pdf) La calificación de la actividad bancaria como *servicio público*

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (segunda parte)

incorporado a la primera LISB, en su artículo 8°, manteniéndose en los mismos términos en la actual LISB, con la misma enumeración del artículo. Sin embargo, dicha calificación se remonta a los artículos 7 de la *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario* de 1995 (GORV N° 4.898-E del 17-5-1995)<sup>52</sup> y 18 de

a partir de la primera LISB ha sido objeto de controversia, tanto por parte del sector bancario como de un sector de la doctrina patria. Véase al respecto:

a) El artículo apareció en la publicación *VenEconomía. Economía y Finanzas*, titulado “¿La banca un servicio público?”, Vol. 21, N° 10, jun. 2004 y firmado por ELIZABETH DÁVILA.

b) MÓNACO G., Miguel: “El concepto de servicio público en la actualidad”, en “VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo ‘Allan Randolph Brewer-Carías’. El nuevo servicio público. Actividades Reservadas y Regulación de Actividades de Interés General (Electricidad, Gas, Telecomunicaciones y Radiodifusión)”, T. I, Caracas, FUNEDA, 2002, p. 104.

c) GRAU FORTOUL, Gustavo A.: “Sobre la categorización jurídica de la actividad bancaria como servicio público. Un comentario jurisprudencial a propósito de la decisión # 85, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 24 de enero de 2002”, en “VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo ‘Allan Randolph Brewer-Carías’. El nuevo servicio público”, o.c., T. II, pp. 271-303. La sentencia *in commento* puede verse en el siguiente enlace: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.HTM>

d) HERNÁNDEZ G., José Ignacio: “Los principios de la actividad de intermediación financiera en la reciente jurisprudencia de la Sala Constitucional”, *Revista de Derecho Público* N° 119, jul.-sep. 2009, Caracas, EJV, 2009, p. 163, donde el autor señala, al comentar la sentencia del TSJ-SC N° 1178 del 13-8-2009, lo siguiente:

“(…) en cuanto a los aspectos positivos, la sentencia comentada de 13 de agosto no califica a la banca como servicio público, lo que no le impide afirmar la función social que esta ha de desempeñar. Esto constituye, conceptualmente, un avance notable, pues la Sala reconoce que no se precisa acudir al siempre huido término de servicio público para reconocer las potestades de supervisión bancaria sobre tal actividad. En especial, entendemos que la Sala ha identificado adecuadamente cuál es el bien jurídico tutelado por la supervisión bancaria, en un todo de acuerdo con los principios de Basilea, a saber, la solidez y solvencia del sistema financiera, mediante el prudente manejo del riesgo bancario” (subrayado nuestro).

La sentencia *in commento* puede verse en el siguiente enlace:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Agosto/1178-13809-2009-02-1347.html>

e) HERNÁNDEZ G., José Ignacio: “Libertad de empresa y sector bancario”, o.c., pp. 176-182, donde el autor remata señalando que la calificación de la actividad bancaria como servicio público en el artículo 8° de la LISB es “en estricto sentido jurídico, inútil”.

f) GRAU FORTOUL, Gustavo A.: “Sobre la correcta categorización jurídica de la actividad bancaria y las potestades de la Administración Pública”, en AA.VV.: “Análisis y comentarios a la Ley de Instituciones del Sector Bancario”, o.c., pp. 207-275.

<sup>52</sup> El artículo 7 de la *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario* de 1995 tenía el siguiente texto:

“Las personas naturales y jurídicas que se dediquen a la comercialización de bienes y a la prestación de servicios públicos, como la banca y otros entes financieros, las empresas de seguros y reaseguros, las empresas emisoras de tarjetas de crédito, cuyas actividades están reguladas por leyes especiales, así como las empresas que presten el servicio de venta y abastecimiento de energía eléctrica, servicio telefónico, aseo urbano, servicio de agua, estaciones de servicio de gasolina y derivados de hidrocarburos y los demás servicios de interés colectivo, están obligadas a cumplir todas las condiciones para prestarlos en forma continua, regular y eficiente” (subrayado nuestro).

Esta norma fue mencionada en sentencias del TSJ-SC Ns.:a) 1556 del 8-12-2000 (*Transporte Sicalpar, S.R.L.*); b) 85 del 24-1-2002 (*ASODEPRIVILARA, supra* mencionada). La sentencia N° 1556 del 8-12-2000 puede consultarse en el siguiente enlace:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Diciembre/1556-081200-00-1339%20.htm>

la *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario* de 2004 (GORBV N° 37.930 del 4-5-2004).<sup>53</sup> En todo caso, la LISB señala, como consecuencia del principio conforme al cual, la actividad bancaria constituye un *servicio público*, que “*Las personas jurídicas de derecho privado y los bienes de cualquier naturaleza, que permitan o sean utilizados para el desarrollo de tales actividades, serán considerados de utilidad pública, por lo tanto deben cumplir con los principios de accesibilidad, igualdad, continuidad, universalidad, progresividad, no discriminación y calidad*”. Sin embargo, y adicionalmente, la jurisdicción contencioso-administrativa ha comenzado a esbozar algunas implicaciones de la calificación de la actividad bancaria como *servicio público*:

a) En primer lugar, la jurisdicción contencioso-administrativa se ha declarado competente para conocer, de conformidad con el artículo 9, numeral 5 de la *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, de *reclamos por la deficiente prestación del servicio público bancario*, incluso contra bancos privados,<sup>54</sup> correspondiendo su conocimiento en primera instancia a los *Juzgados*

---

Si bien la citada norma es citada posteriormente en sentencia del TSJ-SC N° 825 del 6-5-2004 (*Banco del Caribe, C.A.*), esta última niega el carácter de servicio público a la actividad de intermediación financiera. Dicha sentencia puede consultarse en el siguiente enlace:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/825-060504-02-1657%20.HTM>

<sup>53</sup> El artículo 18 de la *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario* de 2004 tenía el siguiente texto (similar al artículo 7 de la Ley precedente):

*“Las personas naturales y jurídicas que se dediquen a la comercialización de bienes y a la prestación de servicios públicos, como la banca y otras instituciones financieras, las empresas de seguros y reaseguros, las empresas operadoras de las tarjetas de crédito, cuyas actividades están reguladas por leyes especiales, así como las empresas que presten servicios de venta y abastecimiento de energía eléctrica, servicio telefónico, aseo urbano, servicio de venta de gasolina y derivados de hidrocarburos y los demás servicios de interés colectivo, están obligadas a cumplir todas las condiciones para prestarlos en forma continua regular y eficiente”* (subrayado nuestro).

Esta última Ley fue derogada por la *Ley para la defensa de las personas en el Acceso a los Bienes y Servicios*, popularmente conocida como la *Ley del INDEPABIS* (GORBV N° 39.358 del 1-2-2010) y la cual no hace ninguna referencia a la condición de servicio público de la actividad bancaria. A su vez la “*Ley del INDEPABIS*” fue derogada por el *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Costos y Precios Justos* (GORBV N° 39.715 del 18-7-2011), cuyo artículo 3, aparte segundo, señalaba que: “*Se exceptúan de la aplicación del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley los bancos e instituciones financieras sometidas a la vigilancia de la superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario*”. Este *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Costos y Precios Justos* fue derogado a su vez por el *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos* (GORBV N° 40.340 del 23-1-2014), que a su vez fue reformado por *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos* (GORBV N° 6.156-E del 19-11-2014), y este último, sustituido por el *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos* (GORBV N° 6.202-E del 8-11-2015; corrección por error material: GORBV N° 40.787 del 12-11-2015).

<sup>54</sup> Véase en tal sentido, las sentencias de los siguientes Tribunales:

a) *Juzgado Segundo de los Municipios Juan German Roscio y Ortiz del Estado Guárico* N° 401 del 6-12-2012 (Exp. 1628-12), reclamo contra un banco privado:

<http://guarico.tsj.gob.ve/decisiones/2012/diciembre/397-6-1628-12-401.html>

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (segunda parte)

de Municipio de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículo 26, numeral 1 *ejusdem*) y en segunda instancia, a los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículo 25, numeral 7 *ejusdem*). En todo caso, consideramos que si por *servicio público*, a los fines de ejercer una demanda de prestación de servicios públicos, de conformidad con el mencionado artículo 9, numeral 5 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, debe entenderse, según la jurisprudencia del TSJ-SC y la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, toda actividad que deba ser asumida por el Estado, directamente o mediante concesión<sup>55</sup> y la intermediación financiera

---

b) Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso-Administrativo de la Región Capital s/n del 19-2-2013 (Exp. N° 07169), reclamo contra un banco del Estado:

<http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2013/FEBRERO/2109-19-07169-.HTML>

c) Juzgado Tercero de los Municipios Valencia, Libertador, Los Guayos, Naguanagua y San Diego de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo del 27-6-2013 (Exp. N° 8456), reclamo contra un banco del Estado:

<http://carabobo.tsj.gob.ve/DECISIONES/2013/JUNIO/727-27-8456-8456.HTML>

d) Juzgado Segundo del Municipio Guanare del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa del 7-10-2013 (Exp. 2832-13), reclamo contra un banco privado:

<http://portuguesa.tsj.gob.ve/DECISIONES/2013/OCTUBRE/1158-7-2.832-13-.HTML>

e) Juzgado Primero de los Municipios Mariño, García, Tubores, Villalba y Península de Macanao de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta s/n del 14-1-2014 (Exp. 13-3117), reclamo contra un banco del Estado:

<http://nueva-esparta.tsj.gob.ve/DECISIONES/2014/ENERO/286-14-13-3117-.HTML>

f) Juzgado Superior Estadal de lo Contencioso-Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira N° 007-2014 del 31-1-2014 (Exp. N° SP22G-2013-113), reclamo contra un banco del Estado:

<http://tachira.tsj.gob.ve/DECISIONES/2014/ENERO/2587-31-SP22G-2013-113-007-2014.HTML>

Esta sentencia revocó una sentencia de Juzgado Tercero de los Municipios San Cristóbal y Torbes de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira del 8-8-2013 (Exp. N° 8.074), que había declarado inadmisibles el reclamo:

<http://tachira.tsj.gob.ve/DECISIONES/2013/AGOSTO/1347-8-8074-.HTML>

f) Juzgado de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios Atures y Autana de la Circunscripción Judicial del Estado Amazonas del 17-7-2015 (Exp. 2015-2343), reclamo contra un banco del Estado:

<http://amazonas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/JULIO/2625-17-2015-2343-.HTML>

g) Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso-Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Centro-Norte del 27-1-2016 (Exp. N° 15.700), en apelación contra sentencia de Tribunal Segundo de los Municipios Valencia, Libertador, Los Guayos, Naguanagua y San Diego de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo del 10-12-2014:

<http://carabobo.tsj.gob.ve/DECISIONES/2016/ENERO/731-27-15.700-.HTML>

<sup>55</sup> UROSA MAGGI, Daniela: "Demanda de Prestación de Servicios Públicos. Estado actual y perspectivas de cambio", Revista Electrónica de Derecho Administrativo N° 4/2014, pp. 95-96: <http://redav.com.ve/redav-n-4/>. La autora cita, en tal sentido, las siguientes sentencias:

a) de la TSJ-SC:

a.1) N° 1.556 del 8-12-2000 (*Transporte Sicalpar, S.R.L.*), *supra* reseñada.

a.2) N° 4.993 del 15-5-2005 (*CADAFE*):

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/4993-151205-05-1568%20HTML>

debe considerarse básicamente una actividad empresarial de naturaleza mercantil, si bien sometida a la intervención estatal en su condición de regulador,<sup>56</sup> no resulta procedente el ejercicio de un *reclamo por la deficiente prestación del servicio público* contra una institución bancaria, por lo que estos pronunciamientos de tribunales contencioso-administrativos regionales o municipales constituirían una extralimitación de la jurisdicción contencioso-administrativa, que ya ha ocurrido en otros casos.<sup>57</sup> Ya incluso el TSJ-SPA, mediante sentencia N° 00384 del 20-3-2014, ha señalado que una pretensión de devolución de una determinada cantidad de dinero, dirigida contra un operador cambiario no puede satisfacerse a través de una *demanda de prestación de servicio público* ante la jurisdicción contencioso-administrativa.<sup>58</sup>

---

b) de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo (sentencias cuyo texto puede consultarse en la sección de la web oficial del Tribunal Supremo de Justicia correspondiente a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa):

b.1) del 24-5-2000 (*Hidrocapital*). Esta sentencia fue, sin embargo, revocada por sentencia del TSJ-SC N° 761 del 11-4-2003, que además declaró inadmisibles las acciones de amparo constitucional propuestas por la parte actora:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Abril/761-110403-02-0659.htm>

b.2) N° 2001-3108 del 30-11-2001 (*Hidrocapital*).

b.3) N° 2003-645 del 6-3-2003 (*Luz Eléctrica de Venezuela*).

b.4) N° 03-2895 del 18-9-2003 (*CANTV*).

<sup>56</sup> HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor: “*La libertad de empresa y la regulación de la intermediación financiera como servicio público*”, o.c., p. 103.

Sobre el concepto de “*intermediación financiera*”, vid.: MATA PALACIOS, Luis Enrique: *Comentarios al artículo 5 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario: La Intermediación Financiera, Derecho y Sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila* N° 10, oct. 2011, p. 135. Aunque este trabajo está basado en la LISB de diciembre de 2010, el artículo 5 permanece intacto en la LISB vigente.

<sup>57</sup> Es la situación que se presentó, por ejemplo, con los actos emanados de las universidades privadas. Vid. al respecto: VIVAS ARIZALETA, Adela: “*Actos administrativos emanados de las corporaciones de Derecho Privado*”, *Revista de Derecho Público* N° 34, abr.-jun. 1988, pp. 172-179.

<sup>58</sup> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/marzo/162127-00384-20314-2014-2014-0172.HTML>

Referencias sobre esta sentencia pueden verse en: UROSA MAGGI, Daniela: “*Demanda de Prestación de Servicios Públicos. Estado actual y perspectivas de cambio*”, o.c., pp. 97-98 (por error se identifica la sentencia como “0038”).

Cabe destacar que esta sentencia del TSJ-SPA se originó en un recurso *de regulación de competencia* ejercido por un particular (*Alberto Medina González*) contra la sentencia de un juzgado de municipio con competencia contencioso-administrativa que declaró su incompetencia para conocer de una *demanda de prestación de servicio público*. Dicho juzgado consideró que la competencia correspondía al tribunal superior regional con competencia contencioso-administrativa, pero remitió las actuaciones del caso al TSJ-SPA, remisión que este último consideró un error por cuanto estimó que el tribunal competencia para regular la competencia era el tribunal superior, no obstante lo cual procedió a regular la competencia y declaró competente a un Juzgado de Municipio con competencia para conocer de una demanda de cobro de bolívares contra un operador cambiario.

Paralelamente, el mismo ciudadano interpuso otra *demanda de prestación de servicio público* contra el mismo operador cambiario, que se ventiló, sin embargo, en otro Juzgado con competencia contencioso-administrativa del mismo Municipio. Este tribunal declinó la competencia en el mencionado Juzgado Superior, que tampoco aceptó la competencia, por lo que se planteó un conflicto

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (segunda parte)

b) En segundo lugar, con ocasión de la sentencia del TSJ-SPA N° 01420 del 7-10-2009,<sup>59</sup> en la que un banco privado resultó *condenado en costas* por haber perdido una *demanda por cobro de bolívares* contra la *República de Venezuela* (ahora, *República Bolivariana de Venezuela*), un grupo de abogados interpuso *demanda por estimación e intimación de honorarios* contra dicha entidad bancaria, solicitando que se decretara *medida de embargo* sobre bienes de la empresa intimada, respecto de lo cual, el *Juzgado de Sustanciación de la SPA del TSJ* emitió el siguiente pronunciamiento mediante auto N° 39 del 11-2-2014, en el que, con fundamento en los artículos 92 del *Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República* (la vigente para la fecha fue publicada en la GORBV N° 5.892-E del 31-7-2008)<sup>60</sup> y 104 de la *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, declaró procedente la referida medida<sup>61</sup>:

*(...) dada la importancia que ostenta la actividad desplegada por el sector bancario nacional que a su vez involucra un interés general y visto además que dicha labor constituye un servicio público declarado como tal, según el artículo 8 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario; este Juzgado, deja establecido que la medida de embargo acordada no debe recaer sobre aquellos bienes muebles propiedad de la sociedad mercantil (...), que pudiera implicar una interrupción o paralización en la continuidad*

---

negativo de competencia ante las Cortes de lo Contencioso-Administrativo, dando como resultado la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo N° 2014-0853 del 28-5-2014, mediante el cual, contrariamente al razonamiento del TSJ-SPA, y pese a tener consistir también en una pretensión de devolución de una determinada cantidad de dinero, dirigida contra un operador cambiario, se siguió tratando como una demanda de prestación de servicio público y se declaró competente a un Juzgado de Municipio distinto de aquél ante el cual comenzó a tramitarse la demanda.

<sup>59</sup> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01420-81009-2009-1997-13537.HTML>

<sup>60</sup> Mediante GORBV N° 6210-E del 30-12-2015, se dictó un nuevo *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República*, que en todo caso altera la enumeración del articulado, por lo cual, los artículos 92 y 99 del *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República*, publicado en GORBV N° 5892-E del 31-7-2008, pasan a ser los artículos 106 y 113, respectivamente. Posteriormente, mediante GORBV N° 6220-E del 15-3-2016 se reimprimió dicho Decreto-Ley por "*fallas en los originales*". Sin embargo, esta última reimpresión supuso una reforma parcial encubierta, pues las referidas disposiciones, pasaron a ser los artículos 104 y 111, respectivamente.

<sup>61</sup> El referido auto del *Juzgado de Sustanciación de la SPA del TSJ* N° 39 del 11-2-2014 puede verse en el siguiente enlace:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/jspa/febrero/161020-39-11214-2014-X-2012-00014.HTML> No obstante, mediante auto del mismo *Juzgado de Sustanciación de la SPA del TSJ* N° 44 del 13-2-2014, fue, sin embargo, suspendida la medida de embargo. Este último auto puede verse en el siguiente enlace:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/jspa/febrero/161088-44-13214-2014-X-2012-0014.HTML>

*de la prestación del servicio público que dicha institución financiera presta a la colectividad*<sup>62</sup>

<sup>62</sup> Este pronunciamiento del referido auto del Juzgado de Sustanciación de la SPA N° 39 del 11-2-2014, breve pero interesante (no obstante que no lo compartimos) mereció una mención especial en el “blog” institucional de la entidad bancaria que iba a ser objeto de la referida medida (BBVA Provincial). En efecto, mediante dos notas sucesivas tituladas, “*COMUNICADO: BBVA Provincial informa a sus clientes, usuarios y sociedad en general, en relación a embargo preventivo*” de fecha 12-2-2014 y “*Aclaratoria BBVA Provincial ante embargo preventivo decretado por el TSJ*” de fecha 13-2-2014, la entidad bancaria hizo las siguientes declaraciones:

a) Nota del 12-2-2014:

*“BBVA Provincial informa a sus clientes, usuarios y sociedad en general, que el embargo preventivo que acordó decretar el Juzgado de Sustanciación del Tribunal Supremo de Justicia por Bs. 82.698.823,35, el pasado 11 de febrero del año en curso, se debe a una demanda que en ejercicio legítimo de sus derechos, intentó la entidad financiera en el pasado por el cobro de unos Pagarés emitidos por la República, la cual fue declarada Sin Lugar, condenando en costas al Banco. Ello motivó a la República a demandar a la Institución por concepto de estimación e intimidación de honorarios profesionales, solicitando el embargo preventivo referido.*

*Cabe destacar que el Juzgado de Sustanciación del Tribunal Supremo de Justicia, ordenó notificar a la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN) y a la Procuraduría General de la República, quienes deberán pronunciarse sobre la ejecución de la medida, por ser la actividad bancaria un servicio público, y los bienes destinados para el ejercicio de la misma de utilidad pública (Artículo 8 del vigente Decreto Ley de Instituciones del Sector Bancario).*

*BBVA Provincial, como institución responsable y transparente, pone en relieve su solvencia y fortaleza patrimonial, transmitiendo un mensaje de tranquilidad a sus clientes, usuarios y sociedad en general. En cualquier caso, aún cuando esta decisión no es definitiva, será solicitada la suspensión de la medida mediante una fianza o caución, con lo cual el Banco no tendrá inconveniente alguno en cumplir con su obligación”* (subrayado nuestro).

b) Nota del 13-2-2014:

*“BBVA Provincial informa a sus clientes, usuarios y sociedad en general que el embargo preventivo que acordó decretar el Tribunal Supremo de Justicia por Bs.82.698.823,35, el pasado 11 de febrero del año en curso, deriva de una demanda presentada por la República en contra de la institución bancaria por concepto de estimación e intimidación de honorarios profesionales, pretendiendo el cobro del porcentaje máximo establecido por ley, habiendo limitado los abogados de la República su participación en este proceso con escritos de defensa muy sencillos, sin demostrar la actividad procesal desplegada que justifique semejante pretensión. Esta medida de embargo se produce, al haberse declarado sin lugar la demanda intentada en su oportunidad por la entidad financiera, por el cobro de unos Pagarés emitidos por la República, lo cual conllevó su condenatoria en costas.*

*Cabe destacar que en la propia decisión dictada por el Tribunal Supremo de Justicia, se advierte la importancia que ostenta la actividad desplegada por el sector bancario nacional por constituir un servicio público, según lo previsto en el Artículo 8 del vigente Decreto Ley de Instituciones del Sector Bancario. Razón por la cual se deja claramente establecido que la medida de embargo acordada no debe recaer sobre aquellos bienes muebles propiedad de BBVA Provincial.*

*Como entidad financiera responsable y transparente, BBVA Provincial pone en relieve su solvencia económica, teniendo un patrimonio que excede con creces el monto de dicha contingencia, contando con más de Bs.18.000.000.000 reflejados en su Balance. Por tal motivo, desea transmitir un mensaje de tranquilidad, ya que no tendrá inconveniente alguno en caucionar o afianzar la obligación derivada del embargo preventivo decretado, en aras de suspender su ejecución, mientras se termina de discutir ante el propio Tribunal Supremo de Justicia la cantidad definitiva derivada de semejante pretensión”* (subrayado nuestro).

Las dos notas antes citadas fueron tomadas de los siguientes enlaces:

Por nuestra parte, tenemos nuestras reservas en relación con este criterio del Juzgado de Sustanciación de la SPA del TSJ, dado que independientemente del interés de que la actividad bancaria se preste de manera ininterrumpida, consideramos que el principio de la *inembargabilidad de los bienes afectos a un servicio público*, constituye una prerrogativa procesal que requiere de consagración expresa en un texto legal, lo cual no ocurre con la LISB.<sup>63</sup> Obsérvese que ni siquiera cuando se trata de servicios públicos en régimen de concesión, el *Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones* (GORV N° 5.394-E del 25-10-1999) extiende tal prerrogativa a los concesionarios de servicios públicos.<sup>64</sup> Más remota resulta la consagración legal de dicho privilegio para las instituciones bancarias privadas que, más que prestar un servicio público, realizan una actividad comercial de interés público. El artículo 111 del *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República* actualmente vigente (correspondiente al artículo 99 del *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República* de 2008 y al 113 del Decreto-Ley de 2015) obliga en todo caso a los jueces, cuando se

<http://blogbbvaprovincial.blogspot.com/2014/02/bbva-provincial-informa-sus-clientes.html>

<http://blogbbvaprovincial.blogspot.com/2014/02/nota-aclaratoria-en-relacion-embargo.html>

<sup>63</sup> No obstante, ya ha habido al menos, un pronunciamiento jurisprudencial similar en los que se proclama el *principio de la inembargabilidad de los bienes afectos a un servicio público* a favor de un determinado ente público, sin invocar ninguna norma jurídica específica que lo ampare; se trata de la sentencia del TSJ-SPA N° 01160 del 18-5-2000:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Mayo/01160-180500-14721.htm>

De este fallo, vale la pena resaltar el siguiente texto:

*“a todo evento el patrimonio constituye la garantía de los acreedores, sin embargo, en virtud del proceso de descentralización en el que cada estado ha creado una empresa para la prestación del servicio de acueductos urbanos (entes descentralizados de la administración regional), considera esta Sala oportuno destacar que en el caso de las empresas destinadas a la prestación de un servicio público, las medidas preventivas o ejecutivas que recaigan sobre el patrimonio de estas deben dictarse salvaguardando el principio de vinculación presupuestaria de los bienes y recursos público. A tal efecto, a los fines de la embargabilidad de los bienes de estas empresas, se hace menester aludir al criterio de disponibilidad o no del patrimonio demandado, entendiéndose este como la susceptibilidad de ejecución del mismo. Al respecto, se estima que el presupuesto de cada una de estas empresas es ejecutable solo en el sector de los activos fijos (o ganancias), pues el presupuesto del Estado (central o descentralizado), manifestado en partidas, que corresponden a prestación de servicios o compromisos laborales, no es ejecutable, entendiéndose, por tanto que la prohibición general de embargo solo es aplicable a aquellos bienes destinados a la específica satisfacción de fines e intereses que se coloquen por encima del derecho reclamado, bienes tales como los destinados al uso o servicio público”.*

<sup>64</sup> En el derecho colombiano se excluye expresamente la aplicación del principio de inembargabilidad de bienes afectos al servicio público, cuando este es prestado por particulares: así lo prevé el artículo 684, numeral 2 del Código de Procedimiento Civil. Con ocasión de una acción de inconstitucionalidad contra dicha norma, la Corte Constitucional de Colombia la declaró *exequible* (ajustada al texto constitucional) mediante sentencia C-1064-03 del 11-11-2003 (Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra):

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-1064-03.htm>

decrete “*medida procesal, de embargo, secuestro, ejecución interdictal y, en general, alguna medida de ejecución preventiva o definitiva*” sobre bienes de particulares, que estén afectados a un *servicio de interés público*, a una *actividad de utilidad pública nacional* o a un *servicio privado de interés público*, antes de su ejecución, a notificar al Procurador General de la República, suspendiéndose el proceso por un lapso de cuarenta y cinco (45) días continuos, contados a partir de la consignación en el expediente de la constancia de la notificación al Procurador o Procuradora General de la República, acompañando copias certificadas de todo lo que sea conducente para formar criterio acerca del asunto, a fin de que el organismo público que corresponda adopte las previsiones necesarias para que no se interrumpa la actividad o servicio a la que esté afectado el bien. De hecho, en sentencia posterior dictada por el TSJ-SPA N° 01569 del 15-12-2016,<sup>65</sup> mediante la cual: a) se decreta la ejecución forzosa de la sentencia del TSJ-SC N° 1.118 del 16-10-2015<sup>66</sup> y su aclaratoria mediante sentencia del mismo TSJ-SC N° 1.554 del 2-12-2015,<sup>67</sup> la primera de las cuales declara con lugar la solicitud de revisión constitucional de la sentencia del TSJ-SPA N° 00491 del 6-5-2015, dictada con ocasión de una demanda por incumplimiento de contrato e indemnización por daños y perjuicios contra otro banco privado;<sup>68</sup> b) se decreta el embargo ejecutivo sobre bienes de propiedad de dicha institución financiera,<sup>69</sup> se invoca correctamente la norma antes citada en los siguientes términos:

*Se **ORDENA** notificar a la Procuraduría General de la República de conformidad con lo establecido en el artículo 113 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2015, reimpresso en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 6.220 Extraordinario del 15 de marzo de 2016 y que corresponde al artículo 111, acompañando copias certificadas de todo lo que sea conducente, a fin de que se adopten las previsiones necesarias para que no se interrumpa la actividad o servicio a la que esté afectado el bien. En este caso el proceso se suspende por un lapso de*

<sup>65</sup> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/194294-01569-151216-2016-2008-0950.HTML>

<sup>66</sup> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/181901-1188-161015-2015-15-0649.HTML>

<sup>67</sup> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/183469-1554-21215-2015-15-0649.HTML>

<sup>68</sup> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/176943-00491-6515-2015-2008-0950.HTML>

<sup>69</sup> La institución bancaria afectada por la medida (Banesco) manifestó sin embargo, mediante *twits* del 20-12-2016, que acataría la decisión y procedería a cancelar de inmediato el monto establecido por las autoridades judiciales, conforme lo reseñó el diario El Carabobeño en reseña de la misma fecha, titulada: “*Banesco cancelará de inmediato el monto establecido por embargo*”:

<https://www.el-carabobeno.com/banesco-cancelara-inmediato-monto-establecido-embargo/>

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (segunda parte)

*cuarenta y cinco (45) días continuos, contados a partir de la consignación en el expediente de la constancia de la notificación al Procurador General de la República. El Procurador General de la República o quien actué en su nombre, debe contestar dicha notificación durante este lapso, manifestando la ratificación de la suspensión, o su renuncia a lo quede del lapso, en cuyo caso se tendrá igualmente por notificado”.*

## VII. Conclusión

Hemos tenido la oportunidad de analizar en forma detallada cuáles fueron los cambios ocurridos en la actual LISB, cuáles normas fueron rescatadas de la antigua LGBIOF y cuáles son verdaderas innovaciones. Otro tema de discusión es si tales normas rescatadas e innovaciones significan verdaderamente una optimización de la regulación bancaria, de la supervisión de la actividad bancaria, así como de la protección de los depósitos del público, y en tal sentido, podemos plantear entonces la duda sobre el impacto, positivo o negativo, de esta nueva LISB, que no fue concebida como una reforma parcial, sino como una ley distinta. Ciertamente, la actual LISB mantiene básicamente los mismos principios y fundamentos de la primera LISB, en la que si bien, no se erradica la banca privada -como quizás podría haberse temido- se parte de una concepción intervencionista en la cual el Estado entra a supervisar aspectos que dicha banca había considerado que son propios de su fuero interno, con la gran diferencia de que esta nueva LISB, además exime a la banca pública de cargas que ahora quedan solo para la banca privada, como son, el aporte mensual a FOGADE y el semestral a SUDEBAN. Además, los recientes pronunciamientos jurisprudenciales reseñados al final del capítulo anterior en el que hacemos nuestra apreciación general obligan a aclarar el alcance de la expresión “*servicio público*” de la actividad bancaria, recogida en el artículo 8° de la primera LISB. Hemos señalado que, lamentablemente, debido a todas las deficiencias de esta nueva LISB que hemos observado en el desarrollo de nuestro estudio -muchas de ellas, debidas posiblemente a la costumbre de legislar a la carrera (especialmente, cuando se dictan Decretos-Leyes con fundamento en una Ley Habilitante) sin la debida reflexión y discusión- sea necesario una nueva reforma, o quizás incluso, una nueva legislación en el corto o mediano plazo. No es difícil, con esta nueva LISB, tener la sensación que se resume con la expresión francesa, *plus ça change, plus c’est la même chose*, y solo en ese sentido podríamos entender la afirmación que hace un sector de esta doctrina, de que en realidad la nueva LISB hace “*pocos cambios*”.

Caracas, febrero de 2018

**Palabras en el acto de presentación del libro *La ejecución de sentencias en el proceso administrativo iberoamericano (Con especial referencia a España, Perú, Costa Rica, Colombia y Venezuela)*, de Miguel Ángel Torrealba Sánchez**

*Carlos García Soto*

Resumen: El libro *La ejecución de sentencias en el proceso administrativo iberoamericano* (con especial referencia a España, Perú, Costa Rica, Colombia y Venezuela) del profesor Miguel Ángel Torrealba Sánchez es un importante aporte para el análisis de la ejecución de la sentencia desde la perspectiva del Derecho Comparado Iberoamericano.

Se me ha pedido, como profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila, unas breves palabras en este acto de presentación del libro *La ejecución de sentencias en el proceso administrativo iberoamericano (con especial referencia a España, Perú, Costa Rica, Colombia y Venezuela)*, Editorial Jurídica Venezolana-Cidep, Caracas, 2017, del profesor Miguel Ángel Torrealba Sánchez.

Como profesor de la Facultad me siento muy contento por la presentación de este libro. En primer lugar, porque afortunadamente para la Universidad Monteávila, desde esta semana, el profesor Torrealba se incorpora como profesor en la carrera de Derecho, lo cual nos honra. En segundo lugar, porque este es un trabajo realizado desde la vida universitaria: se trata del libro que recoge la tesis doctoral del profesor Torrealba. En tercer lugar, porque es una investigación extraordinariamente bien hecha. Y, en cuarto lugar, porque, a pesar de las circunstancias que rodean a nuestro Derecho Administrativo, y más específicamente a nuestro Derecho Procesal Administrativo, el profesor Torrealba haya tenido la ilusión, disciplina y generosidad de realizar esta investigación.

Se trata de una investigación realizada desde la vida universitaria, porque el profesor Torrealba es un profesor que le dedica no sólo muchas horas y energía a la docencia, sino también a la investigación. Un reflejo de esa vocación universitaria es no sólo esta tesis doctoral, sino su *Manual de Contencioso Administrativo*, extraordinario Manual, que por cierto aspiramos vuelva a editar pronto, porque está agotado. Ahora se suma a sus otros libros éste nuevo, su investigación doctoral, que siempre tiene un lugar destacado en la bibliografía de los universitarios como el profesor Torrealba. Esta tesis doctoral, defendida en la Universidad de A Coruña, además, se redactó en el marco del Programa de Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano, en el cual participan profesores de la Universidad Monteávila.

Luego, como decía, se trata de una tesis extraordinariamente bien hecha. La tesis, ahora recogida en el libro, tiene un esquema de trabajo muy claro, en el cual se tratan de modo suficiente los distintos aspectos de una figura clave para la operatividad de cualquier sistema contencioso-administrativo: la ejecución de la sentencia. Se trata de un tema que había recibido atención de la doctrina venezolana, pero nunca con la amplitud con la que lo ha hecho ahora el profesor Torrealba. Con la particularidad, además, de que el estudio se hizo desde una perspectiva comparada, analizando la misma institución desde distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Como lo dice el propio autor en la Introducción a su trabajo: “si la sentencia no se puede ejecutar integralmente y en los términos en que se dictó, se coloca en tela de juicio toda la utilidad del proceso, del Derecho Procesal y, en última instancia, del sistema jurídico”. Anoto que la perspectiva de Derecho Comparado se realiza desde el estudio de ordenamientos iberoamericanos, de donde el profesor Torrealba destaca la comunidad que en este específico sector del Derecho se ido formando en nuestros países alrededor del Derecho Administrativo.

La investigación se realizó, además, en el contexto más desolador para nuestro Derecho Procesal Administrativo. Está demostrado científicamente por diversos estudios cómo es virtualmente imposible obtener sentencias en contra de la Administración Pública. Ello significa, ni más ni menos, que no es posible vencer judicialmente en un proceso a la Administración Pública. Trátese de un Decreto Presidencial, de una Resolución Ministerial o de una rescisión unilateral de un contrato por un Instituto Autónomo Nacional, no hay forma de que un juez contencioso-administrativo dicte una sentencia a favor de un ciudadano venezolano.

¿Es ello una razón para dejar de estudiar Derecho Procesal Administrativo en Venezuela? En mi opinión, no; y por varias razones. En primer lugar, porque lo peor que pudiéramos hacer en este aspecto es rendirnos, y dejar de explicar los principios y reglas que deben gobernar nuestro sistema contencioso-administrativo. En segundo lugar, porque cuando toque la reconstrucción del Estado venezolano, será muy importante contar con una generación de jóvenes administrativistas que hayan estudiado seriamente, para contar con ellos en esa reconstrucción. Para ello, la docencia y la investigación del profesor Miguel Ángel Torrealba Sánchez serán un pilar fundamental.

Universidad Monteávila, 26 de septiembre de 2017.

## Inflación, Derecho Tributario y control parlamentario. El ajuste de la Unidad Tributaria como acto administrativo complejo

Carlos E. Weffe H.

### Sumario

- I. Introducción
- II. La unidad tributaria. Origen. Regulación. Procedimiento legal para su reajuste
- III. La determinación aritmética del SENIAT y la *opinión favorable* de la Comisión Permanente de Finanzas de la AN como *acto complejo*. Consecuencias de la *opinión desfavorable* de la Comisión Permanente de Finanzas de la AN

#### I. Introducción.

Una parte fundamental de la política sistemática del resto de las instituciones del Estado venezolano para desconocer la autoridad de la Asamblea Nacional, electa el 6 de diciembre de 2015<sup>1</sup>, se ha basado en el desdén del control que constitucionalmente ha sido asignado al Legislativo sobre el ejercicio de las competencias del Gobierno y, en general, de la Administración Pública.<sup>2</sup> Como es obvio, la pretendida sustitución *ex facto* del Legislativo procura asegurar la más absoluta discrecionalidad en el ejercicio del poder, de modo que (i) la gestión administrativa no quede sometida plenamente a la Ley y al Derecho;<sup>3</sup> (ii) las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público no queden sujetas a la definición constitucional o legal;<sup>4</sup> ni mucho menos (iii) sea exigible la responsabilidad por violación de la Constitución, abuso o desviación de poder.

<sup>1</sup> Entre ellas, la instalación de una «Asamblea Nacional Constituyente». Vid. Weffe H., Carlos E.; «Bases para la ‘Asamblea Nacional Constituyente’ de 2017. Una tentativa de dictadura soberana», en *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica – REDIAJ* N° 13. Instituto de Estudios Constitucionales. Caracas, Julio 2017, pp. 1615-1652. Consultado el 13 de marzo de 2019 en [https://www.academia.edu/33975606/Bases\\_para\\_la\\_Asamblea\\_Nacional\\_Constituyente\\_de\\_2017.\\_Una\\_tentativa\\_de\\_dictadura\\_soberana](https://www.academia.edu/33975606/Bases_para_la_Asamblea_Nacional_Constituyente_de_2017._Una_tentativa_de_dictadura_soberana).

<sup>2</sup> De acuerdo con el artículo 187.3 de la Constitución (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario, del 19 de febrero de 2009), corresponde a la Asamblea Nacional “*ejercer funciones de control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional, en los términos consagrados en esta Constitución y la ley. Los elementos comprobatorios obtenidos en el ejercicio de esta función, tendrán valor probatorio, en las condiciones que la ley establezca*”.

<sup>3</sup> Artículo 141, Constitución.- “*La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho*”.

<sup>4</sup> Artículo 137, Constitución.- “*La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen*”.

Hay, en efecto, “*una ruptura radical del orden constitucional que ha destruido el Estado de Derecho y acabado con la institucionalidad democrática*”.<sup>5</sup>

En materia tributaria, el cambio de correlación de fuerzas en el Parlamento –y la consecuencial reacción *dictatorial* del grupo dominante- ha agravado el *déficit institucional* en comentarios. Entre muchas otras manifestaciones, el fenómeno se manifiesta con particular fuerza “*con la degradación de la reserva legal tributaria, garantía esencial a la creación y modificación de los tributos*”, lo que –a su vez- se revela, entre otras muchas formas, a través de “*la subestimación radical y la postergación del ajuste de la unidad tributaria*”,<sup>7</sup> en un escenario de galopante hiperinflación que –junto a otros muchos factores- configura

*...un cuadro de degradación y relativización de los derechos constitucionales a (i) contribuir conforme a la capacidad económica efectiva, (ii) la prohibición de discriminación, (iii) la prohibición de confiscación, (iv) la legalidad y tipicidad tributaria y la seguridad jurídica y la calculabilidad de los actos en la aplicación de los tributos que demandan un ámbito de certeza imperturbable.*<sup>9</sup>

La situación comentada se maximiza como consecuencia de la *apertura* en la concepción de la reserva legal tributaria, operada como consecuencia de la reforma al Código Orgánico Tributario («COT») de 2014.<sup>10</sup> En efecto, la

<sup>5</sup> Romero-Muci, Humberto; «Desinstitucionalización tributaria en Venezuela: entre la Distopía y la Anomía Social», en Gómez Cotero, José de Jesús y Béjar Rivera, Luis José (Coords.); *Ética y Moral Tributaria*. Colección Vía Tributaria de la Universidad Panamericana. Thomson Reuters. Ciudad de México, 2018, p. 120.

<sup>6</sup> Bajo la forma de una *dictadura soberana*, (Schmitt), de corte totalitario (Sartori), que culmina el largo proceso de deriva autoritaria de las instituciones del Estado venezolano bajo la égida del Ejecutivo. Ver Weffe; *Bases...* pp. 1.642-1.647; Romero-Muci; *Desinstitucionalización...* p. 122; y Weffe H., Carlos E.; «Delegación Legislativa y Libertad. La Ley Habilitante de 2010 y su relación con la Libertad», en *Revista de Derecho Público* N° 130. EJV, Caracas, 2012, pp. 61-63. Consultado el 13 de marzo de 2019 en [https://www.academia.edu/33396574/Delegaci%C3%B3n\\_Legislativa\\_y\\_Libertad\\_La\\_Ley\\_Habilitante\\_ante\\_de\\_2010\\_y\\_su\\_relaci%C3%B3n\\_con\\_la\\_Libertad](https://www.academia.edu/33396574/Delegaci%C3%B3n_Legislativa_y_Libertad_La_Ley_Habilitante_ante_de_2010_y_su_relaci%C3%B3n_con_la_Libertad).

<sup>7</sup> Romero-Muci; *Desinstitucionalización...* p. 121.

<sup>8</sup> Al cierre de enero de 2019, la inflación agregada es de 191,2% mensual, y 2.688.670% anual. Considerando el clima de inestabilidad política y económica, el Fondo Monetario Internacional ha estimado que la inflación en Venezuela puede alcanzar un estimado de *diez millones por ciento* de inflación anualizada para el cierre de 2019. Vid. Aldekoa, Jon; «La hiperinflación de Venezuela se agrava: los precios suben un 2.688.670% en el último año», en *Libre Mercado*, 12 de febrero de 2019. Consultado el 13 de junio de 2019 en <https://www.libremercado.com/2019-02-12/la-hiperinflacion-de-venezuela-se-agrava-los-precios-suben-un-2688670-en-el-ultimo-ano-1276632922/>.

<sup>9</sup> Romero-Muci; *Desinstitucionalización...* p. 121.

<sup>10</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.152 Extraordinario, del 18 de noviembre de 2014.

modificación legislativa amplió el ámbito de intervención del Ejecutivo en la definición de los elementos esenciales del tributo, para los supuestos de:

- (i) *Sujetos pasivos*, en el caso de los *responsables por vinculación* configurados por los agentes de retención y de percepción, *ex* artículo 27 del Código;<sup>11</sup>
- (ii) *Alícuotas*, dentro de los límites máximo y mínimo que al efecto fije la ley creadora del tributo;<sup>12</sup> y
- (iii) *Referencias cuantitativas* utilizadas en la definición legal del tributo, tales como la base de cálculo, la estructura de tramos progresivos y alícuotas, como es el caso de la unidad tributaria («UT»), objeto de estos mínimos comentarios.<sup>13</sup>

De lo dicho se evidencia una clara tendencia hacia la *administrativización* del concepto de relación jurídico-tributaria, desvinculándola de su carácter obligacional y de la igualdad que debe reinar entre las partes de esta obligación y acercándola a una suerte de *relación de sujeción especial*,<sup>14</sup> o dicho sin eufemismos, a una auténtica *relación de poder*.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Vid. Weffe H., Carlos E.; «La responsabilidad tributaria», en *Revista de Derecho Tributario* N° 145. AVDT. Caracas, 2015, pp. 55-56, en nota al pie 36. Consultado el 13 de marzo de 2019 en: [https://www.academia.edu/8571277/La\\_Responsabilidad\\_Tributaria](https://www.academia.edu/8571277/La_Responsabilidad_Tributaria).

<sup>12</sup> Belisario Rincón, José Rafael; «La grave crisis del Principio de Legalidad Tributaria en Venezuela. ‘Basado en el artículo ‘¿Se encuentra en crisis el Principio de Legalidad en Venezuela?’ del profesor Gabriel Ruan», en Weffe H., Carlos E y Atencio Valladares, Gilberto (Coords.), *Liber Amicorum. Homenaje a la Obra del Profesor Gabriel Ruan Santos*. AVDT. Caracas, 2018, p. 187 en nota al pie 4.

<sup>13</sup> Weffe H., Carlos E.; «La Legislación Delegada Tributaria de 2014 (1): Parte General. Síntesis analítica», en *XIV Jornadas de Derecho Público. Impacto de los Decretos-Leyes: Balance y Perspectivas*. UMA. Caracas, 2015, pp. 154-155. Consultado el 13 de marzo de 2019 en: [https://www.academia.edu/15492571/La\\_Legislaci%C3%B3n\\_Delegada\\_Tributaria\\_de\\_2014\\_1\\_Parte\\_General\\_S%C3%ADntesis\\_anal%C3%ADtica](https://www.academia.edu/15492571/La_Legislaci%C3%B3n_Delegada_Tributaria_de_2014_1_Parte_General_S%C3%ADntesis_anal%C3%ADtica).

<sup>14</sup> La semejanza entre la situación descrita y la relación de sujeción especial radica en la rebaja de las garantías jurídicas para el ciudadano, sobre la base de la especial intensidad que, así entendida, tendría la relación de éste con la Administración, en tanto contribuyente. No es la relación tributaria, ni siquiera así, una relación de sujeción especial: en todo caso, es -como lo ha dicho críticamente la doctrina- una relación de poder. Vid. Gil García, Luz; García Coronado, Gloria y Esteban García, Raúl Hernando; «Relaciones especiales de sujeción. Aproximación histórica al concepto», en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XII, N° 23. Editorial Universidad Militar Nueva Granada. 2009, pp. 177-192. Consultado el 13 de marzo de 2019 en: <https://www.redalyc.org/html/876/87617260014/>.

<sup>15</sup> Vid. Ferreiro Lapatza, José Juan; «La codificación en América Latina. Análisis comparativo de los Modelos OEA/BID (1967) y CIAT (1997)», en *XX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*. ILADT. Salvador de Bahía, 2000, p. 1.199; y García Novoa, César; «La Codificación del Derecho Tributario en Latinoamérica 30 años de Codificación del Derecho Tributario», en Sol Gil, Jesús (Coord.), *30 años de la Codificación del Derecho Tributario en Venezuela*. Tomo IV. AVDT. Caracas, 2012, pp. 44-45.

Sin embargo, conviene enfatizar el hecho que ni siquiera en el caso de que al tributo se le conciba como una *relación de poder* ello significa su *desjuridificación*, ni el olvido de los *checks and balances* que son consustanciales para la ablación legítima de la propiedad por vía tributaria en el Estado de Derecho.<sup>16</sup> Así, aún en ese escenario la reserva legal se erige en una garantía *de separación funcional del poder público*, de modo que ninguna exacción puede establecerse válidamente sin que para ello cuente con la previa cobertura de un enunciado normativo, emitido conforme con el ordenamiento y dotado de eficacia, de rango legal.<sup>17</sup>

En el caso concreto de la UT, esta garantía queda reforzada por la necesaria participación del Legislativo en el procedimiento de fijación del valor de dicho módulo monetario. Al respecto, el artículo 131.15 del COT prevé lo siguiente:

*La Administración Tributaria tendrá las facultades, atribuciones y funciones que establezcan la Ley de la Administración Tributaria y demás leyes y reglamentos, y en especial: [...]*

*15.- Reajustar la unidad tributaria (U. T.) dentro de los quince (15) primeros días del mes de febrero de cada año, previa opinión favorable de la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional, sobre la base de la variación producida en el Índice Nacional de Precios al Consumidor fijado por la autoridad competente, del año inmediatamente anterior. La opinión de la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional deberá ser emitida dentro de los quince (15) días continuos siguientes de solicitada.*

A pesar de lo expuesto, desde 2016 el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria («SENIAT») ha venido *desconociendo* el mandato contenido en la previsión normativa citada, determinando el valor de la UT aplicable para la reexpresión de las magnitudes cuantitativas vinculadas a la conformación y ejecución del crédito tributario (i) unilateralmente; y (ii) bajo parámetros *distintos* a los de la mera determinación objetiva y simple cálculo aritmético de la variación del Índice Nacional de Precios al Consumidor, fijado por la autoridad competente, del año inmediato anterior.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> García Novoa; *La Codificación...* p. 45.

<sup>17</sup> Romero-Muci; *Desinstitucionalización...* p. 125.

<sup>18</sup> Artículo 3, parágrafo tercero del COT.

Bajo estas premisas, el objeto de este documento se limita únicamente<sup>19</sup> a determinar la naturaleza jurídica del acto de determinación del valor de la UT *ex* artículo 131.15 del COT, y -sobre esa base- establecer las consecuencias jurídicas derivadas de la *primera* de las conductas enumeradas en el párrafo anterior, esto es, la determinación *unilateral* por el SENIAT del reajuste de la UT a pesar de que la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional (la «Comisión») emita opinión *desfavorable* al mencionado reajuste.

El análisis planteado tiene hoy interés estrictamente teórico, pues en la práctica el problema ha sido desplazado -o más bien, agravado al extremo de la ignominia - por la «doctrina» del *desacato* de la Asamblea Nacional, tesis justamente calificada como *aberrante*, y que supone una apócrifa causa general de invalidación *a priori* de toda la actuación de la que es -hoy- la única representación legítima de la soberanía popular.<sup>20</sup> Para el caso que nos ocupa, esto sirvió de mampara a la Presidencia de la República para «autorizar» al SENIAT el reajuste unilateral en comentarios, con pretendido fundamento en una hipotética «emergencia económica continuada» *ex* artículo 338 de la Constitución, deslegalizándose írritamente en la Administración Tributaria la fijación del valor de la UT, al margen del control de la Asamblea Nacional y de la información técnica idónea.<sup>21</sup>

## II. La unidad tributaria. Origen. Regulación. Procedimiento legal para su reajuste.

La UT es un *módulo monetario*, que sirve como técnica de indexación de los valores que expresan referencias cuantitativas en las leyes tributarias, fundamentalmente en lo relativo a las magnitudes monetarias utilizadas en las definiciones normativas de la *base de cálculo*, la estructura de *tramos progresivos*, *alícuotas* tributarias y otras variables numerarias fijas utilizadas en la definición legal del tributo.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> En consecuencia, no es objeto de este brevísimo documento el análisis las distorsiones derivadas de la atávica subestimación del valor de la unidad tributaria, inconstitucional práctica de hace ya muchos años. Al respecto, ver Romero-Muci, Humberto; *Uso, abuso y perversión de la unidad tributaria: una reflexión sobre tributación indigna*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2016.

<sup>20</sup> Vid. Casal, Jesús María; *Asamblea Nacional conquista democrática vs. demolición autoritaria : elementos de la argumentación y práctica judicial autoritaria de la Sala Constitucional del Tribunal Suprema de Justicia*. UCAB – Konrad Adenauer Stiftung. Caracas, 2017; y Brewer-Carías, Allan R.; *La Justicia Constitucional, la Demolición del Estado Democrático en Venezuela en Nombre de un 'Nuevo Constitucionalismo'*, y una Tesis 'Secreta' de Doctorado en la Universidad de Zaragoza. EJV. Ciudad de Panamá, 2018, pp. 172-176, *et passim*.

<sup>21</sup> Romero-Muci; *Deslegalización...* pp. 136-137.

<sup>22</sup> Vid. Romero-Muci; *Uso...* p. 31; y Weffé H., Carlos E.; *Inflación y Derecho Penal Tributario. Las sanciones pecuniarias como obligaciones de «valor»*, en Revista de Derecho Tributario N° 150. AVDT. Caracas, 2016, pp. 66-68. Consultado el 13 de marzo de 2019 en

El ordenamiento venezolano ha incorporado la UT como respuesta ante la desvalorización que, por efectos de la inflación, han sufrido las referencias cuantitativas tributarias. El módulo monetario en comentarios ha sido agregado a las regulaciones fiscales desde la entrada en vigor del COT de 1994<sup>23</sup>. El artículo 229 de ese Código creó la UT, y fijó su valor en la cantidad de *un mil bolívares*, equivalentes a *0,00001 bolívares* de hoy.<sup>24</sup> De acuerdo con la norma,

*Esta cantidad se reajustará a comienzos de cada año por resolución de la Administración Tributaria, **previa opinión favorable de las Comisiones Permanentes de Finanzas del Senado y de la Cámara de Diputados del Congreso de la República**, sobre la base de la variación producida en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) en el área metropolitana de Caracas, del año inmediatamente anterior, que publicará el Banco Central de Venezuela antes del día 15 de enero de cada año.*<sup>25</sup>

La competencia para la determinación del valor de la UT ha estado, desde su creación, *conjuntamente* en manos del Ejecutivo Nacional –por órgano del SENIAT- y del Legislativo Nacional, por órgano de la Comisión Permanente de Finanzas del Legislativo<sup>26</sup> (la «Comisión»), respectivamente. A este respecto, el parágrafo segundo del artículo 3 del COT de 1994 señalaba lo siguiente:

*Por su carácter de determinación objetiva y de simple aplicación aritmética, la Administración Tributaria reajustará el valor de la unidad tributaria **de acuerdo con lo dispuesto en este Código.***<sup>27</sup>

En 2001, el SENIAT –como proyectista- procuró *eliminar* el requisito de la *previa opinión favorable* de la Comisión para el reajuste de la UT. En efecto, según el artículo 121.15 del proyecto de COT presentado a la Asamblea Nacional el 23 de marzo de 2001, la Administración Tributaria tendría competencia para “*Reajustar la unidad tributaria (U.T.) dentro de los quince (15) primeros días del mes de febrero de cada año, sobre la base de la variación producida en el Índice*

---

[https://www.academia.edu/35487471/INFLACION\\_Y\\_DERECHO\\_PENAL\\_TRIBUTARIO\\_Las\\_sanciones\\_tributarias\\_como\\_obligaciones\\_de\\_valor](https://www.academia.edu/35487471/INFLACION_Y_DERECHO_PENAL_TRIBUTARIO_Las_sanciones_tributarias_como_obligaciones_de_valor).

<sup>23</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.727 Extraordinario, del 27 de mayo de 1994.

<sup>24</sup> Luego de las reconversiones monetarias de 2007 y 2018, que reexpresaron la unidad monetaria en términos en los que un bolívar *nominal* de 1994 equivale a cien mil millones de bolívares *nominales* de 2018.

<sup>25</sup> El énfasis y el subrayado son nuestros.

<sup>26</sup> La Comisión Permanente de Finanzas del Senado en el Congreso de la República, entre 1994 y 1999, y la misma Comisión, ahora de la unicameral Asamblea Nacional, desde el 30 de diciembre de 1999 en adelante.

<sup>27</sup> Las itálicas y el subrayado son nuestros.

Inflación, Derecho Tributario y control parlamentario. El ajuste de la Unidad Tributaria como acto administrativo complejo

*de Precios al Consumidor (IPC) en el Área Metropolitana de Caracas, del año inmediatamente anterior, publicado por el Banco Central de Venezuela. Vencido dicho lapso la unidad tributaria se entenderá automáticamente reajustada”.*<sup>28</sup>

Como puede verse, el proyectista reafirmó el carácter netamente objetivo y de simple *determinación aritmética* –esto es, *reglado*- de la competencia para actualizar el valor de la UT. Ello se deduce:

- (i) De la preservación del párrafo segundo del artículo 3 del Código Orgánico Tributario de 1994, previamente citado; y
- (ii) Del carácter *automático* del reajuste, en el supuesto que el SENIAT no hubiese dictado el acto administrativo en el que conste el nuevo valor de la UT dentro de los 15 primeros días del mes de febrero de cada año, según el artículo 121.15 del Proyecto de COT presentado a la Asamblea Nacional.<sup>29</sup>

Sin embargo, la Subcomisión encargada del análisis del Proyecto de COT propuso cambiar la redacción del artículo 121.15, para agregar que *la modificación de la unidad tributaria requerirá la opinión favorable de la Comisión*.<sup>30</sup> La propuesta contó con la acalorada oposición del –entonces- diputado Leonardo Palacios Márquez, quien defendió el conferir competencia *exclusiva* al SENIAT para la fijación de la unidad tributaria sobre la base del carácter de “*típica función administrativa*” del reajuste. En sus palabras,

*Tenemos entendido, y era una visión, que la unidad tributaria iba a ser una visión automática de la Administración Tributaria, sin necesidad de pasar por la Comisión Permanente de Finanzas.*

*La experiencia desde 1994, cuando se incluyó la unidad tributaria, es que la unidad tributaria debía haberse aprobado en los primeros días del año, y pasaba marzo, abril, mayo, junio, y es en junio, julio, cuando se establecía la modificación en la Comisión Permanente de Finanzas. Tanto así que se reconoció en un informe que se nos hizo llegar, que se hacía la reforma a la unidad tributaria en forma tardía, porque si no se caía la recaudación. Y si queremos jugar en forma transparente, la unidad tributaria tiene que ser fijada desde el inicio, sin necesidad de la*

<sup>28</sup> Sesión de la Asamblea Nacional del 5 de abril de 2001, p. 76.

<sup>29</sup> *Ídem*.

<sup>30</sup> Informe de la Subcomisión encargada del estudio del proyecto de COT para su segunda discusión.

*aplicación de la misma para la Comisión Permanente de Finanzas.*

*Eso tuvo su razón de ser, porque la Ley Habilitante que se le dio al Presidente Caldera y que fue expuesta en el Plan de Reforma Tributaria, presentado el 8 de marzo por el doctor Julio Sosa Rodríguez, la única forma de que le pasaran la autorización o la habilitación para que se estableciera la unidad tributaria, era ese mecanismo, mientras se entendía, mientras se vivía y se percibía lo que era la unidad tributaria.*

*Ya después de ocho, nueve años, no hace falta que se condicione su aprobación, porque es una típica función administrativa. No hay necesidad de la aprobación de la Comisión Permanente de Finanzas.*

*En consecuencia, pido la modificación del artículo 121 en el numeral 15.<sup>31</sup>*

La argumentación precedente reconoce, *expresamente*, que la opinión favorable de la Comisión es una *conditio sine qua non* para la fijación del valor de la U.T. Así fue finalmente aprobado<sup>32</sup>, reafirmando así la necesaria participación del Poder Legislativo –en garantía de la legalidad tributaria y del carácter *reglado* de la competencia administrativa en la materia- en la determinación del valor de la UT.

En efecto, el empleo de la UT –y sobre todo, su eventual fijación unilateral por el SENIAT, sujeto activo de la obligación tributaria- puede generar *duda razonable* respecto de su adecuación a la *reserva legal tributaria*, de acuerdo con la cual está constitucional<sup>33</sup> y legalmente<sup>34</sup> prohibido que los elementos esenciales

<sup>31</sup> La propuesta del –entonces- diputado Palacios Márquez obtuvo *un solo voto*, por lo que fue finalmente rechazada. El subrayado es nuestro. *Segunda discusión del Código Orgánico Tributario*. Sesión de la Asamblea Nacional del 30 de agosto de 2001, pp. 527-533.

<sup>32</sup> Artículo 121.15 del COT, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.305, del 17 de octubre de 2001.

<sup>33</sup> Según el artículo 224 de la Constitución de 1961 (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.357 Extraordinario, del 2 de marzo de 1984), “*No podrá cobrarse ningún impuesto u otra contribución que no estén establecidos por ley, ni concederse exenciones ni exoneraciones de los mismos sino en los casos por ella previstos*”. Hoy día, el encabezamiento del artículo 317 de la Constitución estatuye lo mismo, en los siguientes términos: “*No podrá cobrarse impuesto, tasa, ni contribución alguna que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por la ley que cree el tributo correspondiente*”.

<sup>34</sup> El encabezamiento del artículo 4 del COT de 1994 señalaba, a este respecto, lo siguiente: “*Solo a la ley corresponde regular con sujeción a las normas generales de este Código, las siguientes materias: 1.- Crear, modificar o suprimir tributos; definir el hecho imponible, fijar la alícuota del tributo, la base de su cálculo e indicar los sujetos pasivos del mismo; 2.- Otorgar exenciones y rebajas*

del tributo (en especial la base imponible y la alícuota, como magnitudes cuantitativas de la exacción) estén fijadas de forma distinta a la ley. Sin embargo, como lo ha señalado la jurisprudencia,<sup>35</sup> hay varios factores que concurren para salvaguardar la reserva legal y la legalidad administrativa en el empleo de la UT como módulo monetario de indexación de las obligaciones tributarias:

- (i) Su fijación inicial por el legislador, *ex* artículo 229 del Código Orgánico Tributario de 1994;
- (ii) El carácter *estrictamente reglado* de la competencia de la Administración Tributaria para calcular el reajuste anual del valor de la UT, de simple *determinación aritmética* por medio del Índice Nacional de Precios al Consumidor («INPC») publicado por el Banco Central de Venezuela; esto es, *no existe discrecionalidad alguna para la Administración en su determinación, ni valoración alguna de razones de oportunidad o conveniencia*; y
- (iii) La concurrencia del Legislativo en la determinación aritmética de la UT, expresada en la *necesaria opinión favorable* de la Comisión, para que el acto en el que conste la actualización anual del valor de la UT *pueda formarse válidamente*.

El Decreto-Ley de COT hoy vigente mantuvo *inalterado* el régimen de determinación de la UT. En este sentido, el artículo 131.15 sujeta la determinación aritmética, completamente *reglada* de la UT con base en el Índice Nacional de Precios al Consumidor, a la previa opinión favorable de la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional.

---

*de impuesto; 3.- Autorizar al Ejecutivo Nacional para conceder exoneraciones y otros beneficios o incentivos fiscales; y 4.- Las demás materias que les sean remitidas por este Código*”. A este respecto, la primera frase del párrafo primero de ese artículo es emblemática: “*En ningún caso se podrá delegar la definición y fijación de los elementos integradores del tributo así como las demás materias señaladas como de reserva legal por este artículo, sin perjuicio de las disposiciones contenidas en el párrafo segundo*”. Los textos transcritos se reproducen, de forma prácticamente idéntica, en el encabezamiento y el párrafo segundo del artículo 3 del Código Orgánico Tributario hoy vigente, con la salvedad de que, hoy día, es posible que el legislador delegue en el Ejecutivo la fijación de la alícuota, siempre dentro de los límites mínimos y máximos establecidos en la ley creadora del tributo respectivo.

<sup>35</sup> *Cfr.* Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno del 8 de julio de 1998, caso *Asociación Civil Aeroclub Valencia v. Estado Carabobo*, cit. en Romero-Muci; *Uso... cit.*

III. *La determinación aritmética del SENIAT y la opinión favorable de la Comisión Permanente de Finanzas de la AN como acto complejo. Consecuencias de la opinión desfavorable de la Comisión Permanente de Finanzas de la AN.*

Bajo las premisas anteriores, es posible calificar al acto de fijación del valor de la UT como un *acto administrativo complejo*. En efecto, el acto de fijación del valor anual de la UT es un acto *único*, que requiere de las declaraciones sucesivas de varios órganos –el SENIAT y la Comisión– como suma de voluntades para expresar una *única decisión*, en este caso la mera expresión aritmética del efecto de la inflación anual sobre la UT, determinado con base en el INPC, y en donde la expresión de la voluntad de cada uno de los intervinientes es *conditio sine qua non* de la validez jurídica del acto conjunto final; y de *contenido y fin único*, en los términos previamente reseñados.<sup>36</sup>

En este sentido, la configuración del acto de fijación del valor anual de la UT responde, como se indicó previamente, a la necesidad de salvaguarda de la reserva legal y la legalidad administrativa en el empleo de la UT como módulo monetario de indexación de las obligaciones tributarias.

Por ello, dado el carácter eminentemente *reglado* y de mera *determinación aritmética* del valor de la UT, con base en la variación del INPC para el año inmediato anterior ex artículos 3, párrafo segundo y 131.15 del COT, en el caso -hoy hipotético, dada la *monstruosa* tesis del desacato, según lo señalado precedentemente- de que la Administración Tributaria sometiese a la consideración de la Comisión una propuesta de variación del valor de la UT, y ésta emitiese una *opinión desfavorable*, el SENIAT deberá someter a la consideración de la Comisión un *nuevo cálculo*, donde se exprese *reglada y razonadamente* las operaciones aritméticas:

- (i) De determinación del valor de la UT que sirve de base al cálculo del reajuste;
- (ii) De los parámetros de medición de la variación anual de la inflación, esto es, el cálculo de la variación anual del INPC determinado por el Banco Central de Venezuela; y
- (iii) El valor final de reexpresión de la UT, el cual debe responder a la medida real de la inflación en el período anual inmediato anterior en los términos del Código Orgánico Tributario.

Ámsterdam, marzo de 2019

<sup>36</sup> Cfr. Silva Aranguren, Antonio; *Los actos administrativos complejos*. Cuadernos de la Cátedra «Allan R. Brewer-Carías» de Derecho Administrativo N° 13. Universidad Católica Andrés Bello. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1999, pp. 26-39.

**Comentarios sobre la Sentencia No. 362 dictada por la Sala Político  
Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 21 de marzo de  
2018 (caso Construcciones Espacio XXI)**

*Carmine A. Pascuzzo S.*

**Sumario**

- I. Introducción
- II. Los hechos
- III. Sentencia de primera instancia
- IV. Sentencia de la SPA
- V. Análisis de la sentencia de la SPA
- VI. Un síntoma de un problema mayor
- VII. Conclusión

*I. Introducción.*

Esta breve reseña jurisprudencial analiza la sentencia No. 362, dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (en lo sucesivo “SPA”), en fecha 21 de marzo de 2018 (caso *Construcciones Espacio XXI*).

La sentencia bajo análisis pone una vez más sobre el tapete, la discusión sobre los efectos negativos del principio *competence-competence* y sobre la idoneidad de los mecanismos procesales disponibles para asegurar su correcta aplicación.

*II. Los hechos*

La disputa surgió de un precontrato de venta o “*convención preparatoria de venta*” celebrada entre *Los Demandantes* y *La Demandada*, el referido contrato contenía una cláusula de arbitraje que refería cualquier disputa a ser resuelta mediante arbitraje de derecho bajo las reglas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Carcas.

*Los Demandantes* ejercieron acción de cumplimiento de contrato, como consecuencia del retardo en la entrega de los inmuebles objeto del precontrato.

*III. Sentencia de primera instancia*

La causa fue objeto de una primera decisión dictada por Tribunal Primero de Primera Instancia del Circuito Judicial Civil, Mercantil y de Tránsito de la

Circunscripción Judicial del Estado Barinas, en fecha 18 de diciembre de 2015, mediante la cual el referido Tribunal declaró, *de oficio*, la falta de jurisdicción.<sup>1</sup>

En su decisión, el Tribunal de Instancia aplicó correctamente el criterio vinculante fijado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia No. 1067 de fecha 03 de noviembre de 2010 (caso *Astivenca*), así como los preceptos dispuestos en los artículos 5, 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial en los cuales se prevé el principio *competence-competence*.

La referida sentencia fue objeto del recurso de regulación de jurisdicción y a la consulta obligatoria prevista en los artículos 59 y 62 del Código de Procedimiento Civil Venezolano.

#### IV. Sentencia de la SPA

En su sentencia, la SPA declaró procedente la regulación de jurisdicción y revocó la sentencia de instancia, argumentando la imposibilidad de declarar la falta de jurisdicción del poder judicial *de oficio*.

#### V. Análisis de la sentencia de la SPA

El fallo bajo análisis parece ser una reminiscencia de la sentencia No. 40 del 20 de enero de 2010 (caso *Trevi Cimentaciones*), en la cual la SPA declaró que en virtud de lo dispuesto en el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, no está permitido al Juez de instancia la declaratoria *sua sponte* de la falta de jurisdicción frente al Tribunal Arbitral, pues no se trata de un supuesto subsumible en el referido artículo (*i.e.* falta de jurisdicción respecto de la Administración Pública o frente al Juez Extranjero).

Este criterio pudiese considerarse conectado con el fijado por la SPA en sus sentencias No. 1209 del 19 de junio de 2001 (caso *Hoteles Doral*) y No. 5259 del 03 de agosto de 2005 (caso *Seforex*) en los cuales se estableció la existencia de una *conducta procesal o expresa voluntad de enervar cualquier conocimiento judicial sobre las controversias* como un requisito para la procedencia de la “*excepción de arbitraje*”.

No obstante, esos criterios han sido superados. En primer lugar, la tantas veces mencionada sentencia del caso *Astivenca*, estableció que el comportamiento del Juez de instancia ante la presencia de una cláusula de

<sup>1</sup> Disponible en: <http://barinas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/DICIEMBRE/802-18-EP21-V-2015-000017-.HTML>

<sup>2</sup> Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/185689-46-1316-2016-15-1181.HTML>

arbitraje debe limitarse a la verificación de su existencia, sin incurrir en mayor análisis sobre su validez y eficacia. Además, la referida sentó un criterio vinculante en cuanto al efecto de las conductas procesales de las partes con respecto a la cláusula de arbitraje.

En segundo lugar, el régimen jurídico aplicable a supuestos en los cuales se ve involucrada la existencia y/o validez de una cláusula de arbitraje no es exclusivamente el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil (el cual vale acotar, fue parcialmente derogado por el artículo 57 de la Ley de Derecho Internacional Privado), sino también la Ley de Arbitraje Comercial (*lex specialis*) y los criterios vinculantes dictados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sus sentencias No. 1541 de fecha 17 de octubre de 2008<sup>3</sup> (caso *Hildegard Rondón de Sansó et al*) y No. 1067 de fecha 03 de noviembre de 2010<sup>4</sup> (caso *Astivenca*).

En este sentido, conviene recordar que los artículos 5 y 7 de la Ley de Arbitraje Comercial establecen el principio *competence-competence*, tanto en su *efecto positivo* (poder del tribunal arbitral de pronunciarse sobre su propia competencia) como en su *efecto negativo* (deber de los tribunales ordinarios de no pronunciarse sobre la competencia del tribunal arbitral)<sup>5</sup>, por ende, existe una norma jurídica que impide al Juez de instancia el ejercicio de su jurisdicción ante la existencia de una cláusula de arbitraje.

Esto implica, en las palabras de los autores ARAQUE, ACEDO, GUERRERO-ROCCA y PLANCHART, que: “[e]n virtud del principio de “favorabilidad”, si un tribunal ordinario recibe una controversia fundamentada en un contrato en el cual esté incluida una cláusula compromisoria o si una de las partes al momento de dar contestación a la demanda invoca y presenta el documento en el que conste por escrito el acuerdo de arbitraje, debe abstenerse de conocer o de seguir conociendo, sin perjuicio que, en el futuro, pueda replantearse la jurisdicción en un eventual procedimiento de nulidad del laudo arbitral”<sup>6</sup>.

Un buen ejemplo de lo anteriormente expuesto y de su aceptación en nuestro ordenamiento jurídico, es la sentencia dictada por el Tribunal Segundo de

<sup>3</sup> Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.HTM>

<sup>4</sup> Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/185689-46-1316-2016-15-1181.HTML>

<sup>5</sup> ESCOVAR ALVARADO, Ramón. “La facultad de los Tribunales Arbitrales para determinar su propia jurisdicción (*Principio Kompetenz-Kompetenz*)”. Arbitraje Comercial Interno e Internacional, Reflexiones teóricas y experiencias prácticas. Irene de Valera Coord. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, No. 18. Caracas. 2005. pp. 436-437.

<sup>6</sup> ARAQUE, Luís Al fresco, ACEDO, Carlos Eduardo, GUERRERO-ROCCA, Gilberto y PLANCHART, Pedro. “El Acuerdo de Arbitraje”. *El Arbitraje en Venezuela [Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial]*, Caracas, 2013.

Primera Instancia de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 27 de marzo de 2015 (expediente AP11-M-2015-129, caso *Corporación LSR*)<sup>7</sup>, en la cual se declaró *de oficio* la falta de jurisdicción, sentencia que resultaría posteriormente confirmada por la SPA mediante la decisión No. 730, de fecha 30 de junio de 2015<sup>8</sup> (caso *Corporación LSR I*).

Este parece ser el criterio que mejor se adecúa no sólo a los principios del arbitraje comercial previstos en la norma especial que regula la materia, y, adicionalmente es el que mejor protección otorga a los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y al juez natural, que amparan a las partes del acuerdo de arbitraje.

#### VI. *Un síntoma de un problema mayor*

En nuestra opinión, el caso que nos ocupa no hace más que poner en evidencia un problema mayor: la inexistencia de una norma procesal expresa, que regule los aspectos procesales del *efecto negativo* del principio *competence-competence*.

Efectivamente, coincidimos con GONZALEZ CARVAJAL,<sup>9</sup> en cuanto a la existencia de una laguna *intra legem* o técnica, pues no existe un mecanismo procesal expresamente regulado en la Ley de Arbitraje Comercial. Esta laguna es precisamente la causa del debate entre autores patrios con respecto a la idoneidad de la cuestión previa prevista en el ordinal 1 del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil (falta de jurisdicción) como mecanismo para *instrumentar* el efecto negativo del principio *competence-competence*, algunos como MEZGRAVIS proponen la idoneidad de la prohibición de ley para admitir la acción propuesta como medio idóneo, mientras que otros como GONZALEZ CARVAJAL y SAGHY se inclinan por la falta de competencia como mejor opción.

En otros ordenamientos jurídicos, esta discusión no existe; principalmente pues las leyes en materia de arbitraje son tajantemente claras en cuanto a la “*disponibilidad*” del derecho a someter las disputas arbitraje. Claros ejemplos de

<sup>7</sup> Disponible en: <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/MARZO/2117-27-AP11-M-2015-000129-.HTML>.

<sup>8</sup> Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/178944-00730-30615-2015-2015-0529.HTML>. Esta sentencia fue posteriormente sometida al recurso de revisión constitucional, el cual fue declarado con lugar por razones distintas a la posibilidad de declarar la falta de jurisdicción de oficio.

<sup>9</sup> GONZALEZ CARVAJAL, Jorge Isaac. “Reflexiones sobre las tendencias jurisprudenciales sobre el conflicto de “jurisdicción” cuando existe un acuerdo de sometimiento arbitral”. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, No. 3. Caracas, 2014. Página 368. Disponible en: <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2014/03/ciencias-juridicas3A-1.pdf>.

ello son las explicaciones que aportan sobre el particular FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN,<sup>10</sup> así como LEW, MISTELIS y KRÖLL<sup>11</sup> y HEUMAN.<sup>12</sup>

Tal caso es aún más claro cuando se analiza el texto de la Ley Modelo UNCITRAL, la cual dispone con diáfana claridad en su artículo 8 (1)<sup>13</sup> el estándar a seguir para la oposición y procedencia de la excepción de arbitraje, siendo cristalinamente claro en cuanto a imposibilidad del tribunal de instancia de declarar su falta de jurisdicción.<sup>14</sup> Este fue un aspecto arduamente discutido durante la preparación del proyecto de la Ley Modelo UNCITRAL, tal y como lo indican los *travaux préparatoires* de dicho instrumento de armonización legislativa,<sup>15</sup> los cuales indican que -a pesar de no hacerlo explícitamente- el artículo 8 (1) de la Ley Modelo restringe *implícitamente* la potestad de actuar de oficio.<sup>16</sup>

Dicho esto, conviene tomar en consideración el hecho que nuestro legislador haya optado por dejar la disposición del artículo 8 de la Ley Modelo UNCITRAL, fuera tanto del proyecto<sup>17</sup> como del texto final de la Ley de Arbitraje Comercial. Este es un elemento que ha pasado desapercibido en los análisis tanto de la jurisprudencia como de la academia, y podría ser el mayor indicativo de la verdadera intención de nuestro legislador, quien a pesar de estar inspirado en la Ley Modelo UNCITRAL, se abstuvo de establecer de manera expresa una

<sup>10</sup> FOUCHARD, Phillipe, GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold. “*Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*”. Kluwer Law International. La Haya, 1999, página 405.

<sup>11</sup> LEW, Julian, MISTELIS, Loukas, y KRÖLL, Stefan. “*Comparative International Commercial Arbitration*”. Kluwer Law International. La Haya, 2003, pp. 339-340.

<sup>12</sup> HEUMAN, Lars. “*Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure*”. Juris Publishing. Nueva York, 2003, pp. 158-164.

<sup>13</sup> Disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf>.

<sup>14</sup> Tal conclusión se desprende de la inclusión en el texto de la frase: “...si lo solicita cualquiera de ellas”. Véase también la página 44 de la nota explicativa de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985 con las enmiendas adoptadas en 2006 (disponible en: [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf)) donde se explica con total claridad que: “La remisión depende de una solicitud que cualquiera de las partes puede formular a más tardar en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio”.

<sup>15</sup> Al respecto, el *Analytical Commentary on the Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration* (A/CN.9/264) del Grupo de Trabajo No. II de la UNCITRAL, de fecha 25 de marzo de 1985, pp. 23-24. Disponible: <https://daccess-ods.un.org/TMP/9944880.60474396.html>.

<sup>16</sup> Véase página 36 del UNCITRAL 2012 *Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*. Disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>.

<sup>17</sup> Al respecto véanse “*Proyecto de ley de arbitraje comercial. Nota de envío de la Comisión del Senado sobre el Proyecto y Exposición de Motivos*”; y BAUMEISTER TOLEDO, Alberto: “*Algunos comentarios sobre el Proyecto de la Ley de arbitraje comercial*”. Revista de la Facultad de Derecho. N° 52. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1998, pp. 407 y siguientes.

limitación en la actuación espontánea del tribunal de instancia *vis-a-vis* una cláusula de arbitraje.

Siendo esto así, debe considerarse que *-quizás-* nuestro legislador consideró pertinente dejar la puerta abierta a la iniciativa del juez de instancia y permitir, en aras de salvaguardar la autonomía de la voluntad de las partes, que éste “*remita*” a las partes al arbitraje *ex officio*. Cuestión que *-demás está recordar-* resultaron potenciadas con el advenimiento de la Constitución de 1999 y sus artículos 253 y 258.

## VII. *Conclusión*

La sentencia la sentencia No. 362, dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 21 de marzo de 2018 (caso *Construcciones Espacio XXI*), decretó la existencia de jurisdicción en favor del poder judicial en un caso en el cual las partes sometieron sus disputas a arbitraje. Esta es una violación flagrante al principio *competence-competence*, el cual no sólo goza de reconocimiento legislativo expreso *ex* artículos 5 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial, sino que también del expreso reconocimiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (caso *Astivenca*).

Los argumentos aportados por la SPA para alcanzar su decisión son incorrectos y sirven para poner sobre el tapete un problema mayor, como lo es la ausencia de una norma que regule expresamente los mecanismos de “*instrumentación*” del aspecto negativo del principio *competence-competence*.

No obstante, este silencio pudiese ser un claro indicativo de la verdadera intención del legislador en materia de arbitraje comercial, el cual pudiendo perfectamente establecer limitaciones a la iniciativa del juez de instancia en este particular, prefirió no hacerlo dejando la puerta abierta para su actuación espontánea en casos como el que nos ocupa.

En síntesis, la ausencia de normas que prohíban expresamente al juez de instancia “*remitir*” de oficio a las partes a arbitraje, aunado a las disposiciones constitucionales y legales que reconocen el derecho de las partes a la tutela jurisdiccional efectiva, y el efecto negativo del principio *competence-competence* nos llevan a concluir que, en el caso bajo análisis, la SPA llegó a una conclusión errada.

Esperemos que dicha sentencia sea objeto del recurso de revisión constitucional y que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia aproveche la oportunidad para sumar una nueva sentencia *pro arbitraje* a las dictadas en los casos *Hildegard Rondón et al* y *Astivenca*.

## Sistemas de pago no bancarios

María Cecilia Rachadell  
Fernando Sanquírigo Pittevil

### Sumario

- I. Introducción
- II. Una definición. Varios problemas
- III. Sistemas de pago no bancario
  - A. El efecto no bancario
  - B. Riesgos Asociados
    - i. Riesgo legal
    - ii. Riesgo Económico
- IV. Conclusión

#### *I. Introducción*

Si tuviésemos que nombrar a los sistemas de pago, podríamos ejemplificar muchos más de los que en principio recordamos. Así, transferencias bancarias (a través de cualquiera de sus modalidades, tales como Fedwire, Chips, Swift, etc.), Pago Móvil, Venmo, PayPal, Zelle, tarjetas de débito y crédito, entre muchos otros son los que más comunmente usamos día a día.

Visto desde la perspectiva experiencialista,<sup>1</sup> podríamos aproximar una definición de los sistemas de pago como aquellos sistemas mediante los cuales las partes pueden cumplir sus obligaciones.

Sin embargo, esta definición es a todas luces reducida y no representa lo que realmente es un sistema de pago. De esta forma, para hacer una aproximación de lo que es un sistema de pago, debemos revisar con más detenimiento su significado y su funcionamiento, para luego centrar nuestro estudio en los sistemas de pago no bancarios.

#### *II. Una definición. Varios problemas*

Si nos obligamos a hacer el ejercicio legal establecido en el artículo 4 del Código Civil venezolano, el cual nos obliga a orientarnos por el sentido que aparece literal de las palabras, debemos definir al Sistema de Pago buscando su significación gramatical. Así, *Sistema* vendría a ser el “Conjunto de reglas o

---

<sup>1</sup> Entendida esta en su dimensión conductual o de verificación de los hechos sociales con relevancia jurídica, explicada por Antonio Enrique Pérez Luño, *Teoría del Derecho. Una Concepción de la Experiencia Jurídica* (Madrid: Editorial Tecnos, 2012), 38-39

principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí”<sup>2</sup>; mientras que *Pago* vendría a significar “el cumplimiento de la obligación, independientemente de que consista o no en la transferencia o entrega de una suma de dinero”.<sup>3</sup>

De esta forma, Sistema de Pago podría entenderse como el conjunto de reglas que permiten el cumplimiento de las obligaciones, independientemente de la forma que deba ser cumplida la obligación. Tomando esta definición como base, los Sistemas de Pago serían el Código Civil, el Código de Comercio, el Código Orgánico Tributario, la Ley del Banco Central y hasta la misma Constitución, entre muchas otras leyes, puesto que estas contienen normas que regulan de una forma u otra el pago de las obligaciones.

El ejercicio anterior no es en vano, puesto que si agregamos unos elementos adicionales que reduzcan y especifiquen la definición, llegaremos a la que nos trae la Ley del Banco Central de Venezuela en su artículo 61;<sup>4</sup> la cual es “el conjunto de normas, acuerdos y procedimientos, que tengan por objeto principal la tramitación y ejecución de órdenes de transferencia de fondos y/o valores, entre sus participantes”.

Para entender cabalmente esta definición legal debemos, una vez más, hacer uso del método que nos propone nuestro Código Civil, ya que, la definición en sí misma, a simple vista, no deja claro en qué consisten o qué son los Sistemas de Pago.

En primer lugar, debemos tomar en cuenta que para encontrarnos frente a un Sistema de Pagos, debe haber una conjunción de normas, esto es cualquier *norma* impuesta por la autoridad competente, bajo su autoridad reguladora; diferenciada de las reglas que puedan darse los particulares, puesto que esta está diferenciada explícitamente en el artículo que revisamos, esto es los *acuerdos*, entendidos estos como los contratos o pactos entre particulares; los cuales deben especificar unos *procedimientos*, ya sean humanos, tecnológicos o de cualquier otra índole, que tramiten y ejecuten órdenes de transferencia de fondos y/o valores entre sus participantes, con el ánimo de extinguir una obligación, esto es de realizar un pago.

Se entiende de lo anterior que cada procedimiento acordado, ya sea por una norma o por acuerdo entre las partes (entendiendo las partes como el operador del sistema y el que ordena la transferencia así como el que la recibe) debe permitir a todos sus usuarios mantener fondos y/o valores, los cuales deben ser

---

<sup>2</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Vol 2 (Bogotá: Real Academia Española, 2001), 1408

<sup>3</sup> Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, *Curso de Obligaciones*, Tomo I (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2010), 404

<sup>4</sup> Publicada en Gaceta Oficial No. 6.211 Extraordinario del 30 de diciembre de 2015

susceptibles de ser transferidos previa orden expresa de una de las partes, se insiste con la finalidad de extinguir obligaciones.

Entendido lo anterior, salta un nuevo problema a la vista. Este consiste en la necesidad de definición de *fondo* y de *valor*, los cuales, para el ordenamiento jurídico financiero, son conceptos jurídicos indeterminados, por no contar con una definición expresa.

No podemos usar por analogía el concepto de *valor* establecido en la Ley de Mercado de Valores,<sup>5</sup> puesto que, la definición ahí establecida es únicamente a los efectos de dicha Ley, según lo dispone el mismo artículo 46 contenido de la definición de *valores*, con posibilidad, además, que la Superintendencia Nacional de Valores determine o especifique cuáles son los valores regulados por dicha Ley.

Bajo esta determinación, *valor* para el sistema financiero tiene una concepción distinta, la cual implica la “estimación monetaria de una cosa”<sup>6</sup>. Así, todo aquello que se estime monetariamente, esto es en dinero,<sup>7</sup> es considerado un *valor*. En todo caso, los valores más comunes hoy en día que fluyen dentro del mundo económico son tokens, criptomonedas, monedas virtuales distintas al dinero, entre otros.

Lo anterior no implica que la transferencia de un simple *valor* determina que se está frente a un sistema de pago. En efecto, es necesario que se cumpla con las normas y acuerdos pactados para una transferencia por orden de una persona, con el fin de pagar, para que el *valor* se encuentre dentro del Sistema de Pago.

Por otra parte, tampoco podríamos referirnos a *fondo* según la definición contenida en la Ley contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo,<sup>8</sup> la cual define *fondo* como “activos de todo tipo, tangibles o intangibles, movibles o inamovibles adquiridos de cualquier manera y los documentos legales o instrumentos en cualquier forma, incluyendo electrónica o digital, que evidencien la titularidad o la participación en dichos activos, incluyendo entre otros: créditos bancarios, cheques de viajero, cheques bancarios,

---

<sup>5</sup> Publicada en Gaceta Oficial No. 6.211 Extraordinario del 30 de diciembre de 2015

<sup>6</sup> “Value”, Merriam-Webster, último acceso 20 de marzo de 2020, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/value>

<sup>7</sup> Según James-Otis Rodner, *El Dinero. Obligaciones de dinero y de valor. La inflación y la deuda en moneda extranjera*, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005), 201, el dinero en sentido clásico y legal “es o que el Estado define como tal. En Venezuela, bajo el concepto clásico, dinero es sinónimo de moneda de curso legal, la cual... es el bolívar...”

<sup>8</sup> Publicada en Gaceta Oficial No. 39.912 del 30 de abril de 2012

órdenes de pago, acciones, valores, bonos, letras de cambio y cartas de crédito con independencia de la licitud o ilicitud de su origen.”<sup>9</sup>

El término *fondos*, para los sistemas de pago, implica disponibilidad de dinero;<sup>10</sup> lo que a su vez determina la existencia de dinero<sup>11</sup> propiedad o no de una persona, pero el cual puede ser dispuesto por aquel de forma legal, con el propósito tal de realizar pagos. Por lo tanto, dentro de la definición de *fondos* podemos encontrar, entre otros, el dinero depositado en cuenta propia, los créditos en dinero disponibles –como tarjetas de crédito–, o el efectivo.

### III. *Sistemas de pago no bancario*

Como puede intuirse, los Sistemas de Pago usualmente son operados por el sistema bancario o financiero. Es por ello que, usualmente, encontramos dentro de los sistemas de pagos bancarios más comunes, el de tarjetas de débito, tarjetas de crédito, las transferencias electrónicas, el depósito de cheques, o incluso el hoy conocido en Venezuela como Pago Móvil. Sin embargo, hoy en día, no son los únicos sistemas de pago que operan y que son aceptados por las personas para cumplir obligaciones.

En efecto, existen sistemas de pagos que operan ajenos al sistema bancario, y que aun así, cuentan con la posibilidad de realizar transferencias entre personas de valores y fondos. El reconocido PayPal, por ejemplo, es una plataforma que opera de forma paralela –pero vinculada– al sistema bancario, permitiendo que las personas realicen pagos, mediante la transferencia de fondos entre cuentas bancarias, utilizando como intermediario a este sistema de pagos (PayPal).

Es a estos sistemas de pago que se encuentran fuera del sistema bancario que dedicaremos algunas notas especiales a continuación, sobre todo a la luz de las Normas Generales sobre sistema de pago y proveedores no bancarios de servicios de pago que operan en el país.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Artículo 4 de la Ley contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo

<sup>10</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Vol. 1 (Bogotá: Real Academia Española, 2001), 728. Ver también “Funds”, Merriam-Webster, último acceso 20 de marzo de 2020, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/funds>

<sup>11</sup> En el sentido de moneda de curso legal

<sup>12</sup> Publicadas en Gaceta Oficial No. 41.547 del 17 de diciembre de 2018 por el Banco Central de Venezuela

A. El efecto no bancario

La calificación de un sistema de pago como *no bancario* tiene consecuencias importantes, además de riesgos asociados al mismo; pero además tienen algunas diferencias fundamentales con los sistemas de pago bancarios.

En primer lugar, hay que considerar que los sistemas de pago no bancarios no realizan intermediación financiera, esto es “la captación de fondos bajo cualquier modalidad y su colocación en créditos o en inversiones en títulos valores emitidos o avalados por la Nación o Empresas del Estado, mediante la realización de las operaciones permitidas por la República.”<sup>13</sup> Bajo este supuesto, los sistemas de pago no están sujetos a regulación bancaria, y por consiguiente a la vigilancia de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, debido a que el objeto de esta está claramente definido en el artículo 154 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.<sup>14</sup>

Esto es lógico, puesto que la administración de los sistemas de pago operados por las instituciones bancarias, implican la transferencia de fondos y valores, que serán utilizados en último término por estas instituciones para realizar actividades de intermediación financiera, sin considerar que el dinero depositado en los bancos, jurídicamente son propiedad del banco en calidad del denominado “depósito imperfecto o impropio”.

No implica que los sistemas de pago no bancarios estén exceptuados de la supervisión del Estado, la cual está en manos del Banco Central de Venezuela.<sup>15</sup> Así, el Banco Central de Venezuela tiene entre sus facultades de supervisión la de regular los sistemas de pago, solicitar información a los administradores de los sistemas de pago, así como autorizar el funcionamiento de estos sistemas.<sup>16</sup>

Estas facultades tienen su fundamento en el hecho de la posibilidad de masificación de la utilización de fondos y valores en el mercado nacional por parte de los usuarios a través de los sistemas de pago, los cuales tienen un impacto directo en la estabilidad de precios y preservación del valor de la moneda así como

---

<sup>13</sup> Artículo 5 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicado en Gaceta Oficial No. 40.557 del 08 de diciembre de 2014

<sup>14</sup> Artículo 154 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario. Corresponde a la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario autorizar, supervisar, inspeccionar, controlar y regular el ejercicio de la actividad que realizan los sujetos bajo su tutela, conforme a lo previsto en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, y demás normas que regulen el sector bancario nacional; así como, instruir la corrección de las fallas que se detecten en la ejecución de la actividad y sancionar las conductas desviadas al marco legal vigente. Todo ello con el fin de garantizar y defender los derechos e intereses de los usuarios y usuarias del sector bancario nacional y del público en general.

<sup>15</sup> Por disposición de la Ley del Banco Central de Venezuela

<sup>16</sup> Artículo 63 de la Ley del Banco Central de Venezuela

al desarrollo de la economía, objetivos de regulación y coordinación esencial del Banco Central de Venezuela.<sup>17</sup>

De lo anterior, se derivan unas dos características fundamentales y por tanto diferenciadoras de los sistemas de pago no bancarios; esto es, (i) los fondos o valores que se transfieren a través de los sistemas de pagos se mantienen en propiedad de los usuarios de los sistemas y no de los administradores; y (ii) los administradores de los sistemas de pago no bancarios no realizan actividades de intermediación, sino únicamente ejecutan órdenes de pago requeridas por los usuarios del sistema.

## B. Riesgos Asociados

Desde el punto de vista de los administradores de los sistemas de pago no bancarios, existen algunos riesgos asociados, que cada uno de los sistemas, dependiendo de la organización y funcionamiento de ellos, deberá encontrar formas de mitigarlos.

Si atendemos a la Declaración de Política sobre Riesgos en los Sistemas de Pago,<sup>18</sup> existen 12 tipos de riesgos asociados a los sistemas de pago, a saber (i) Riesgo Legal; (ii) Riesgo Financiero; (iii) Riesgo de Liquidez; (iv) Riesgo de Crédito; (v) Riesgo Operativo; (vi) Riesgo Sistémico; (vii) Riesgo de Mercado; (viii) Riesgo de Principal; (ix) Riesgo de Costo de Reemplazo o Reposición; (x) Riesgo del Banco Liquidador; (xi) Riesgo de Custodia; (xii) Riesgo de Liquidación de Divisas o Liquidación entre Monedas.

Para entender estos riesgos, debemos tener claridad en la forma de operación genérica en la que funcionan los sistemas de pago no bancarios.

Así, los usuarios entregan al administrador del sistema<sup>19</sup> fondos o valores, para que el administrador los mantenga a la vista en la cuenta (o subcuenta) del usuario, y que mediante orden de ese usuario, el administrador los acredite en la cuenta de otro usuario, con el fin de que este ordene otra orden o retire o liquide el fondo o valor recibido.

---

<sup>17</sup> Artículo 6 de la Ley del Banco Central de Venezuela

<sup>18</sup> Publicado por el Banco Central de Venezuela en el 2010

<sup>19</sup> Entendido Administrador del Sistema como “Toda persona jurídica, pública o privada, de carácter financiero o no, que opere un Sistema de Pago y coordine la actuación de los participantes en el mismo, siempre y cuando hubiere sido autorizado como tal por el Banco Central de Venezuela” según la Resolución del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se dictan las Normas Generales sobre los sistemas de pago que operan en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela y sus respectivos administradores, que han sido reconocidos, calificados según su impacto y autorizados por ese Instituto, publicada en Gaceta Oficial No. 41.547 del 17 de diciembre de 2018

Usualmente, la custodia de los fondos de los usuarios por parte del administrador del sistema puede ocurrir en cuentas bancarias del sistema financiero nacional o internacional, mientras que los valores pueden ser custodiados en bóvedas privadas utilizadas para este fin por los administradores.

De lo anterior, pueden generarse los riesgos mencionados anteriormente, los cuales hemos decidido englobarlos en 2 grupos (i) Riesgo Legal; y (ii) Riesgos Económico.

Los riesgos económicos pueden tomar diversas formas e impactar en mayor o menor medida en el ámbito legal, generando riesgos legales a su vez. No quiere decir que los riesgos legales no impacten en la operatividad económica del sistema de pagos, lo que hace que ambos riesgos se complementen creando diversos escenarios económico-jurídicos que sea importante tener en cuenta. A pesar de lo anterior, los expondremos separadamente.

*i. Riesgo Legal*

Como dijéramos, los sistemas de pago son un conjunto de normas, acuerdos y procedimientos, lo que implica que pueden darse riesgos legales derivados de la modificación de las normas que regulan el sistema de pago, así como pueden suceder incumplimientos de los acuerdos contractuales que tengan los administradores del sistema de pago con los usuarios o con las instituciones en donde estos, a su vez, depositan los fondos o custodian los valores transados dentro del sistema.

Usualmente, las normativas que regulan los sistemas de pago suelen ser estables en el tiempo. Sin embargo, siempre es recomendable hacer seguimiento continuo al ente regulador, que en el caso venezolano es el Banco Central de Venezuela, así como el cambio de políticas que puedan impactar en la modificación de la normativa o incluso en la publicación de nuevas normas que regulen al sistema.

Igualmente, en las relaciones contractuales pueden generarse incumplimientos con los usuarios, ya sea un incumplimiento del usuario con el administrador del sistema de pago, o del administrador con el usuario. Del mismo modo, pueden darse incumplimientos contractuales de diversa índole con los servicios que contrata el administrador, esto es con los bancos a través de los cuales recibe o envía fondos, con los depositarios de los valores que recibe de los usuarios, o incluso con los proveedores de servicios del administrador (internet, energía, transporte y custodia de valores, etc).

Uno de los riesgos más importantes a tener en cuenta, en lo que se refiere a los sistemas de pago, es el referente a la legitimación de capitales. Pueden buscarse los sistemas de pago (sobre todo los no bancarios, ya que se puede pensar

que no están regulados o que no existe una verificación tan acentuada por el Estado), para intentar hacer legitimación de capitales o lavado de dinero, a través de estos sistemas.

La responsabilidad del sistema de pago en la vigilancia de las actividades contra legitimación de capitales, se encuentra verificada en la Ley contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, en la cual dispone que, están obligados a cumplir dicha ley quienes presten servicios de transferencia o envío de fondos.<sup>20</sup>

Es por lo anterior que, en el cumplimiento de esta Ley, deben seguirse los procedimientos obligatorios ahí contenidos, realizar las verificaciones constantes para evitar transacciones dentro del sistema de pagos que sean sospechosas, y tener comunicación constante con las autoridades competentes para dar cumplimiento a la normativa, y evitar el cierre de las operaciones.

#### *ii. Riesgo Económico*

Los riesgos económicos pueden tomar diversas formas, sobre todo dependiendo de la implementación y operatividad de cada sistema, el cual varía de uno a otro. Sin embargo, pueden existir puntos en común entre todos los sistemas, al operar estos con fondos y valores por órdenes de los usuarios.

En efecto, pueden existir problemas de liquidez de dinero en el mercado que generen riesgos en la operatividad del sistema, ya sea a través de la sobrecarga de operaciones, o en la imposibilidad de liquidar el dinero de los usuarios; sobre todo si el sistema de pagos no cuenta con las garantías financieras necesarias para afrontar este tipo de riesgo.

Pueden darse escenarios de inflación o depreciación de la moneda que generen pérdidas en los valores de los usuarios, que al momento de hacer órdenes puedan generar complicaciones (por ejemplo en la estimación monetaria del valor) al momento de liquidar el valor.

Otro riesgo asociado es la variación de los precios del mercado en el que se desenvuelve el sistema de pagos, lo que puede generar problemas de liquidez, o incluso falta de uso del sistema de pagos, lo que a su vez puede generar, a largo plazo, el cese de las operaciones del sistema por falta de uso.

Si bien los riesgos anteriores son de conocimiento común, sobre todo en nuestro país, no quiere decir que no deban ser tomados en serio, y que deban, por consiguiente, hacer planes de contingencia que puedan, en la mayoría de los

---

<sup>20</sup> Artículo 9.10(f). Entendido fondos en este caso, en la definición del artículo 4 de esta Ley, citado en el pie de página 9, el cual engloba la definición de valor y de fondo dados anteriormente.

casos, mantener al sistema operando y garantizando a los usuarios del sistema el uso correcto del mismo.

#### *IV. Conclusión*

Si bien los Sistema de Pagos no bancarios no cuentan con una legislación eficiente en Venezuela que les garanticen un desenvolvimiento en el mercado, a través de normas claras, determinando sus obligaciones de forma precisa, no es menos cierto que los sistemas de pago no bancarios pueden determinar en sus manuales internos, y en sus contratos, cuáles son las reglas que determinan su operación, de forma tal que minimicen riesgos.

En todo caso, siempre se recomienda que se establezcan reglas de gobierno corporativo y de resolución de disputas eficientes, así como estándares altos de cumplimiento interno para mitigar los riesgos asociados a la actividad que se realiza. Así, puede garantizarse un servicio de calidad que permita no solo una atención a los usuarios que sea eficiente y atractiva, sino que el negocio sea próspero y con ganancias razonables.

## Los contratistas de la Administración Pública española en la legislación administrativa del siglo XIX

*Humberto Gosálbez Pequeño*

### Sumario

- I. Antecedentes históricos: Los primeros contratistas del Estado Español
  - A. Los contratistas de obras públicas
  - B. Los suministradores del Ejército
  - C. Los contratistas de “servicios”
    - i. Los militares
    - ii. Los concesionarios de Correos
    - iii. Los arrendatarios de rentas públicas
      - 1) La nueva
      - 2) La novísima recopilación
      - 3) El siglo XIX
- II. Los incapacitados para contratar con la administración pública decimonónica
  - A. Las prohibiciones en la contratación de obras públicas y su aplicación supletoria
  - B. Las reglamentaciones del siglo XIX
    - i. Las primeras prohibiciones
    - ii. El extranjero
    - iii. Las compañías mercantiles

#### *I. Antecedentes históricos: Los primeros contratistas del Estado Español*

Desde la Antigüedad el Estado ha necesitado de ciertos particulares para poder desempeñar funciones públicas esenciales, normalmente comprándoles bienes o contratando determinados servicios. Ahora bien, es el siglo XIX la época en la que nace y se desarrolla la institución jurídica del contrato administrativo o público<sup>1</sup> y, por tanto, es la legislación administrativa decimonónica la normativa

---

<sup>1</sup> La doctrina administrativista ha subrayado la importancia de las investigaciones históricas de las diversas instituciones del Derecho Administrativo, porque las mismas son, a menudo, difíciles de entender si no se conocen sus raíces del pasado. Específicamente refiriéndose a los contratos públicos, lo ha recordado MEILÁN GIL, José Luis., en los siguientes términos: "...La indagación histórica, que no es sólo prospección del pasado sino también examen del contexto temporal del contrato, junto el análisis individualizado -y no mostrenco- de los diferentes contratos que realiza la Administración, proporcionará la base sólida para la elaboración de categorías jurídicas de validez real en este punto central del Derecho Administrativo..." "La actuación contractual de la Administración Pública Española. Una perspectiva histórica", p. 36.

que establece las condiciones que debían reunirlos ciudadanos que querían contratar con la Administración Pública española, disponiéndose principalmente en los Pliegos de Condiciones Generales para la contratación de obras públicas.

No obstante, conviene referirse –siquiera sucintamente- a los principales contratistas precedentes de los contratistas decimonónicos, porque confirmará el subyacente histórico que ha presidido transversalmente la elección del contratista de la Administración Pública: el carácter *intuitu personae* del contrato administrativo<sup>2</sup>. En efecto, antes del nacimiento de la figura del contrato administrativo en el siglo XIX, durante el Antiguo Régimen (e incluso en etapas históricas anteriores) existieron diversos instrumentos jurídicos que pueden considerarse los orígenes remotos de los contratos administrativos típicos o nominados (contratos de obras públicas, de gestión de servicio público o de suministros). Cabe preguntarse cómo y por quienes se proveían los Ejércitos imperiales españoles, o quién ejecutaba las obras de caminos, de riego, etc. durante el reinado de los Reyes Católicos, o cómo se realizaban las prestaciones de los mínimos servicios municipales a los súbditos del Rey, etc.. Lo cierto es que, a pesar de las diferentes figuras jurídicas existentes en estas épocas, a pesar del abismo -ideológico, social, económico y jurídico- que separan todas estas fases históricas del mismo siglo XIX, un común denominador subyace en todas las contrataciones que el Estado, el Monarca o los restantes poderes públicos concertaban con sus súbditos o ciudadanos: el principio de confianza que dichas autoridades tenían en los "contratistas" en base a las cualidades personales y a la probada experiencia que poseían éstos en la prestación de tales servicios "públicos".

---

<sup>2</sup> Si bien es cierto que hasta el siglo XIX no se manifiesta en toda su plenitud este carácter *intuitu personae* del contrato administrativo, éste ya subyacía en las relaciones que el Monarca y el Estado mantenían con aquellos súbditos que les prestaban determinados servicios "públicos", puesto que estas prestaciones se otorgaban a personas merecedoras de la confianza real, debido principalmente a su probada experiencia en la realización de ese servicio en otros países europeos.

En todo caso, conviene subrayar que este carácter personalísimo no fue exclusivo de los contratos públicos, sino que también se dio en otro tipo de contratos "de Derecho privado". La similitud de los contratos de obras públicas y los contratos de obras del Derecho Canónico ha sido puesta de manifiesto por ARIÑO ORTIZ, Gaspar (*Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, pp. 36 y ss.). En efecto, en ambos tipos de negocios jurídicos bilaterales las cualidades personales del contratista fueron decisivas a la hora de aceptarle como tal el ente contratante. Es más, al ser obligaciones personalísimas, el artista-contratista canónico estaba obligado a realizar personalmente la obra encomendada, prohibiéndose, como regla general, la transmisión *inter vivos* y *mortis causa* de dicha obligación; LÓPEZ-AMO Y MARÍN, Antonio, así lo ha resaltado afirmando que "el artífice no se obliga solamente a dar hecha la obra, sino a hacerla él; es decir, se trata de contratos de ejecución personal. Y por la naturaleza artística de la obra se tuvieron en cuenta, al contratarla, las cualidades personales del artista; es decir, se trata de contratos personalísimos, al menos en la mayoría de los casos." "Estudio de los contratos de obra artística de la Catedral de Toledo en el siglo XVI", 1948, pp. 169 y ss..

### A. Los contratistas de obras públicas

Los orígenes de las prohibiciones legales para contratar con el Estado se remontan al Derecho Romano. Durante la Monarquía y la República romanas, hasta la llegada de la época imperial con Augusto, era corriente, "de hecho, si no en derecho, que los libertos quedaran excluidos de la posibilidad de celebrar contratos con el Estado", como ha recordado FERNÁNDEZ DE VELASCO<sup>3</sup>. Ciertamente, en Roma se dictan normas especiales sobre diversos tipos de contratos, entre los que se hallaban aquellos que tenían por objeto la ejecución de obras públicas; en ellas se reconocía al órgano competente para seleccionar al contratista la facultad de rechazar en la fase de licitación a los particulares, cuyas cualidades personales y profesionales no eran las más adecuadas para llevar a cabo esta función pública, así como a las personas que no cumplieron, acorde a las condiciones pactadas en su día, contratos "administrativos" anteriores<sup>4</sup>.

Pero habremos de esperar al siglo XVIII para encontrar una regulación específica de las prohibiciones de contratar para la ejecución de obras públicas. La Real Cédula de 17 de junio de 1786, recogida en la Ley X del Título XXXV del Libro VII de la Novísima Recopilación, estableció una causa de incapacidad que afectaba a los "funcionarios" o profesionales que hubiesen intervenido en la tasación de las obras públicas que más tarde se adjudicarían al mejor postor: "Mando por punto y regla general, que no se admitan á posturas y remates de cualesquiera obras que se executen, bien sea en la construcción de puentes, su reparación y otras públicas, los facultativos que las hubieren regulado y tasado: y quiero que en los remates que se hicieren de ellas se ponga por precisa condición esta circunstancia; y que los postores y rematantes hagan juramento de que no tienen ni tendrán parte directa ni indirecta en dichas obras los maestros ó facultativos que hubieren tasado y regulado su coste, baxo la pena, además de la nulidad del remate, de privación de oficio, y de no ser admitidos á tales contratos los que en algún caso contravinieron á esta mi disposición."

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, *Los contratos administrativos*, 10ª edición, Madrid, 1927, p. 52.

<sup>4</sup> FERNÁNDEZ DE VELASCO así lo describe: "Era el censor la autoridad legalmente encargada de las adjudicaciones de obras públicas... El censor venía encargado de realizar discrecionalmente la adjudicación, pudiendo excluir a las personas que no juzgase idónea, o que estimara poco honorables, o que hubiera dejado incumplido contratos anteriores. En cuanto a la garantía, consistía en dar fianza o en constituir hipoteca sobre los propios fondos". *Los contratos...*, *op. cit.*, p. 51 y ss. No obstante, es preciso indicar que durante el periodo del Imperio (en menor medida en las etapas monárquicas y republicanas), en Roma los contratistas públicos de obras fueron escasos, porque, normalmente, el método utilizado para realizar la mayoría de las obras públicas era el de ejecución directa por el propio Estado romano, aunque, no a través de sus propios agentes o funcionarios, sino mediante el empleo de las tropas militares, en virtud de la institución de la prestación personal. FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Los contratos...*, *op. cit.*, p. 52.

Esta ley contenía, además de la mencionada prohibición legal para participar en los procedimientos de selección de los contratistas de obras públicas de aquella época, tres mandatos esenciales que merecen destacarse. El primero se refiere a la posible existencia de intereses de estos facultativos en favor de algún licitador, y que tal interés se manifieste en una mínima participación en la empresa que aspira a la obtención de la contrata; es decir, no solo se impide que estos facultativos se presenten y opten como un candidato más a la adjudicación de las obras, sino que también se contemplaba la posibilidad de que, mediante un "testaferro", que sería el candidato interviniente en la licitación, se beneficiase ese "funcionario" de la posterior adjudicación y ejecución del contrato; con el objeto de evitar tal situación la Real Cédula exigió el juramento de los postores y rematantes de que no tenían participación alguna en sus empresas estos facultativos respecto las obras en que hubiesen concurrido con las funciones indicadas, lo cual constituía alguna aparente garantía en esa etapa donde el "honor" se consideraba un valor moral y social en mayor medida que en la actualidad. La segunda prescripción trata sobre las consecuencias jurídicas derivadas de una adjudicación de obras en que se incumpliese la citada prohibición normativa; en este sentido, por un lado, se podía declarar la nulidad de ese remate, y por otro, se expulsaba o despojaba a ese facultativo de su cargo u oficio. Y el tercer mandato establecía que a los adjudicatarios que incurriesen en aquella infracción administrativa se les inhabilitaba para poder optar a cualquier contrato en el futuro, por lo que el incumplimiento de esta causa de incapacidad originaba, a su vez, un nuevo impedimento legal, de efectos permanentes, para contratar con la Monarquía española.

## B. Los suministradores del Ejército

Los primeros particulares que suministraban materiales de guerra a los ejércitos españoles fueron artesanos que, libremente, contrataban con los Reyes cristianos la fabricación y posterior venta de piezas de artillería al generalizarse en 1330 el uso de cañones de guerra: "Se trataba de una profesión libre, sin apenas intervención estatal"<sup>5</sup>, y prestaban sus servicios por determinados periodos de tiempo o bien realizaban encargos puntuales. Y en los siglos XVI y XVII la iniciativa privada creó importantes fábricas destinadas a la fabricación de armamento, fundamentalmente, para suministrarlo al Ejército. En 1540 el maestro fundidor Juan Morell fabricaba, junto a campanas, cañones para tropas de Carlos

---

<sup>5</sup> SUAREZ MENÉNDEZ, Roberto, añade que posteriormente "el rápido crecimiento de la demanda de cañones desde la segunda mitad del siglo XV, y la cada vez mayor complejidad de las nuevas técnicas, llevaron a una progresiva especialización", al contrario de lo que ocurría en el siglo XIV y principios del XV, cuando los artesanos suministradores no se dedicaban exclusivamente a la fabricación de material de guerra, y por tanto no eran especialistas en ello. "La industria militar", p. 207.

V6. Y otros contratistas públicos fueron, como ha señalado SUAREZ MENÉNDEZ, los maestros armeros vascos que, antes del descubrimiento de América, ya eran importantes proveedores de los ejércitos del reino; en efecto, en época de los Austrias existieron contratos entre el veedor de artillería, que era el representante del Rey en esas etapas, y los maestros armeros<sup>7</sup>. Especial interés tienen determinados contratistas del siglo XVI que proporcionaban a los monarcas europeos equipos y suministros militares, sin constituir dicha actividad su principal función profesional. Son los banqueros de la época de Carlos V que, como Ramón CARANDE ha resaltado, junto a los tradicionales préstamos que concedían a la realeza para sufragar las numerosas y costosas batallas que se libraban en aquellos tiempos en el Viejo Continente, suministraban, directa o indirectamente, armamento, municiones y uniformes para las tropas, cuyo pago diferido encarecía los precios y aumentaban las ganancias obtenidas en las ventas a crédito que realizaban estos singulares "contratistas"<sup>9</sup>.

En definitiva, como ha subrayado HELGUERA QUIJADA<sup>10</sup>, hasta mediados del siglo XVIII las necesidades de armamento del Ejército y de la Marina había

---

<sup>6</sup> Pero sin duda alguna, las dos industrias militares más importantes fueron las santanderinas de Liérganes y La Cavada, creadas en el reinado de Felipe IV por un industrial liejés, Juan Curcio, instalado en Liérganes en 1622, dedicándose principalmente al suministro militar de artillería y munición. Sin embargo, en el siglo XVIII se iniciaron una serie de estatalizaciones de este tipo de fábricas privadas, reduciéndose con estas medidas el número de empresas particulares que podían crear y suministrar material bélico al Estado. Así, por ejemplo, durante el reinado de Carlos III las Reales Fundiciones de Cañones de Bronce de Sevilla y Barcelona comenzaron a gestionarse por administración directa, "abandonándose el tradicional sistema de asientos con fundidores particulares". HELGUERA QUIJADA, Juan, señala como "se estatalizaron las dos más importantes empresas privadas de fabricación de cañones y municiones de hierro colado: la de Liérganes y La Cavada (Santander), en 1764, y la de Eugui (Navarra), en 1766", de tal manera que a finales del siglo XVIII toda la industria artillera española estaba bajo el control y la administración directa del Estado, con la única excepción de la fundición privada de Sagardelos (Lugo), que empezó a producir municiones para el Ejército en 1795, además de la mayoría de las fábricas de armamento ligero que, en aquel tiempo, estaban en manos de gremios de artesanos particulares. "Las Reales Fábricas", pp. 68 y ss..

<sup>7</sup> Estos contratos contenían normalmente cláusulas generales que exigían una serie de exigencias técnicas que había de cumplir la fabricación de las armas, junto a un poder de control e inspección de la Corona. Vid. SUAREZ MENÉNDEZ, "La industria militar", *op. cit.* pp. 220 y ss..

<sup>8</sup> Tanto DOMÍNGUEZ ORTIZ como CARANDE ponen de manifiesto las penurias de la Hacienda de los Austrias por diversas causas, teniendo que acudir a banqueros y financieros de probada experiencia que no sólo les concedían préstamos, sino que, en numerosas ocasiones, también les suministraban provisiones para los Ejércitos o les prestaban sus servicios como administradores de los caudales públicos ante la ineficacia del aparato estatal para gestionar con diligencia los variadísimos ingresos del Imperio. Vid. DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio, *Estudios de Historia económica y social de España*, p. 304, y CARANDE, Ramón, *Carlos V y sus banqueros. Vol. II. La Hacienda Real de Castilla, passim*.

<sup>9</sup> CARANDE subraya la importancia de estos contratos de suministros "sui generis". Vid. *Carlos V...*, *op. cit.*, pp. 32 y 33

<sup>10</sup> "Las Reales Fábricas", *op. cit.*, p. 68.

sido satisfecha mayoritariamente por empresarios y asentistas particulares<sup>11</sup>. Posteriormente, en el siglo XIX surge un curioso antecedente del contrato administrativo de suministro, ya que van a ser los Municipios españoles, en virtud de una delegación de competencias de la Administración central a la local, (delegación legal obligatoria para los Ayuntamientos), los sujetos jurídicos encargados de gestionar el servicio de suministro militar, celebrando los correspondientes contratos con sus vecinos para así obtener los bienes y materiales necesarios para el aprovisionamiento del Ejército<sup>12</sup>.

### C. Los contratistas de “servicios”

#### i. *Los militares*

Antes del siglo XIX numerosos monarcas europeos, incluidos los españoles, para satisfacer determinadas necesidades de sus Estados concertaron la prestación de diversos servicios con contratistas. Como se ha recordado, las continuas guerras que asolaban el continente europeo durante la Edad Media y los siglos posteriores reclamaban los suministros oportunos para las tropas militares en campaña; por ello, nacieron ciertos contratos de servicios entre los particulares y los reyes. Uno de estos contratos "públicos" fue aquel mediante el cual el contratista se obligaba a proporcionar o reclutar soldados para los ejércitos de Carlos V. Estos "contratistas" eran verdaderos profesionales, especializados en tales tareas, en suma, "de probada experiencia", y, normalmente, tras conseguir los milicianos requeridos, ellos mismos se convertían en los capitanes de las compañías reclutadas<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Otros bienes que se suministraban a la Monarquías de aquellas épocas eran los artículos de lujo de la realeza y de la Corte, pero dichos artículos no los proporcionaban empresarios privados, sino las llamadas "industrias suntuarias", que fueron unas Reales Fábricas públicas, cuya función principal era satisfacer la demanda de esos bienes de lujo. Véase HELGUERA QUIJADA, "La industria militar", *op. cit.*, p. 66.

<sup>12</sup> RIVERO YSERN, José Luis, ha analizado profundamente esta figura, señalando que en estos contratos no existe libertad contractual, porque "el Municipio, que ha asumido de manera forzosa la prestación del servicio, no va a contratar, sino a imponer el contrato". Menciona diversas Reales Ordenes que establecieron la obligación para los Municipios de proporcionar los bienes que necesiten las tropas militares (Rs. Os. 24-5-1815, 15-5-1837, 16-9-1848, etc.), y no reconoce el carácter convencional de los "contratos" de suministros entre los Ayuntamientos y sus vecinos, al constituir transferencias coactivas, sin verdadera libertad de contratar. *Vid. El contrato administrativo de suministro*, p. 4 y ss.. La jurisprudencia y el Consejo de Estado (Dictamen de 24 de enero de 1848) de la época, no obstante, calificaron a esas relaciones como contratos de servicio público. Para RIVERO no pueden considerarse auténticas relaciones convencionales, y por tanto contratos de suministro, sino más bien unas ventas forzosas a la Administración a las que están obligados los particulares de forma periódica atendiendo a las necesidades militares. En definitiva, nos encontramos con unos "contratistas forzosos".

<sup>13</sup> Véase Ramón CARANDE, *Carlos V...*, *op. cit.*, p. 151.

Otro de esos contratos de "arrendamiento de servicios" tuvo su causa en la inexistencia de una Marina adecuada que las importantes batallas navales exigían desde el siglo XV. En este sentido, como ha indicado CARANDE refiriéndose a la época de Carlos V, "no fue corriente, en este reino ni en los extraños, que la Corona por sí, en astilleros propios o ajenos, acometiera obras de construcción de naves; tampoco los reyes, habitualmente, compraban las que necesitaron"; por ello, "careciendo los Estados de marina propia, se ven los reyes en el trance de requerir la colaboración de sujetos particulares, dueños de distintas embarcaciones, o contratistas de otras de propiedad privada, que ellos logran reunir para sus empresas". Es decir, salvo contados encargos reales a los astilleros para que construyesen embarcaciones en vísperas de decisivas contiendas o de regias travesías, el Emperador, al igual que los restantes monarcas, contrataba el arriendo de galeras a importantes "empresarios", dueños de pequeñas (o considerables) flotas de naves, por lo general, con fines militares, aunque también existieron contratos de arriendo con el objeto de prestar servicios oficiales de comunicación y transporte entre ciertas costas del Imperio español<sup>14</sup>.

## ii. *Los concesionarios de Correos*

Pero, sin duda alguna, entre los antiguos "contratistas" predecimonónicos merecen una especial mención, tanto por la relevancia del servicio "público" que gestionaban como por su permanencia en el tiempo, los concesionarios de Correos. El servicio de Correos tiene su origen, al igual que numerosas instituciones jurídicas, en el Derecho Romano, si bien, siguiendo a PÉREZ OLEA, inicialmente se trataba de un servicio estatal más que de un servicio público, ya que "estaba concebido como un complemento de la organización del Estado y especialmente de la milicia"<sup>15</sup>; sólo en la Edad Media podrá apreciarse un cierto antecedente, porque PÉREZ OLEA considera que el primer servicio de Correos que reúne todas las características de un servicio público "montado y servido por

<sup>14</sup> CARANDE estudia estos peculiares contratos, entre los cuales destaca el concertado entre Carlos V y Andrea Doria el 11 de agosto de 1528, el cual, con su prestigiosa flota, desde tal fecha, ininterrumpidamente, prestó cada vez más numerosos servicios al Emperador. Otros contratos importantes fueron los celebrados con Rodríguez de Portuondo en Génova en 1529, y con Álvaro de Bazán en Madrid en 1530. *Vid. Carlos V..., op. cit.*, p. 208 y ss.

<sup>15</sup> Véase PÉREZ OLEA, M., que realiza un estudio histórico-jurídico del servicio de Correos en la parte introductoria de "La Ordenanza Postal y las tarifas del servicio de Correos", p. 259 y ss. Realmente, el servicio de Correos entendido como un servicio público similar al que tenemos actualmente sólo aparece en el pasado siglo, en cuanto es en éste cuando nace una organización postal dependiente e integrada en el Estado y que presta un servicio público en régimen de monopolio. PEMÁN GAVÍN, Juan María, en la misma línea, distingue antes de esa fase dos anteriores: como organización estable formando parte de la Administración ("Administración Postal"), que existió desde el siglo XVIII, y como organización al servicio de los reyes, y en cierta medida de los particulares, con un imperfecto monopolio, ("organización postal") a partir del siglo XVI. (A nuestros efectos sólo nos debe interesar estos dos últimos periodos históricos, por las razones que más adelante diremos). *Régimen jurídico del Servicio de Correos*, pp. 30 y 31.

particulares" fue el de los "troters" catalanes, que constituían una cofradía en 1283.

Sin embargo, como ha puesto de manifiesto RODRÍGUEZ DE HARO, habrá que esperar hasta el siglo XV cuando el otorgamiento por el monarca de este servicio a la iniciativa privada va adquiriendo los caracteres de una concesión de servicio público<sup>16</sup>. En efecto, desde el siglo XV la Corona española encargará a personas de su confianza la organización y gestión de un servicio que comienza a ser esencial en toda Europa: el correo. Y ello por un doble motivo; en primer lugar, porque los conflictos bélicos acaecidos en el Viejo Continente en aquella época demandaban una red de mensajeros adecuada para transmitir la información e instrucciones militares pertinentes; y en segundo lugar, porque como ha señalado VICENS VIVES<sup>17</sup>, las relaciones comerciales del siglo XVI exigían una correspondencia cada vez más ágil y segura.

Durante el reinado de los Reyes Católicos aparecen los primeros concesionarios de Correos propiamente dichos. Los monarcas españoles crearon el cargo de Correo Mayor o Trotero Mayor que se lo otorgaron a personas de confianza, e incluso, ciertas "empresas concesionarias" optaban a la concesión, como por ejemplo la Cofradía y Compañía de Correos, que en 1488 la solicitó a Fernando el Católico "para lograr el mayor perfeccionamiento del servicio y utilidad social de la Cofradía"<sup>18</sup>. No obstante, será una familia de prestigio en Europa la que obtenga la gestión y organización del servicio en nuestro país con la Monarquías de los Austrias: la familia Tassis (o Taxis). En 1505, Felipe el Hermoso concede a Francisco de Tassis el monopolio real para establecer las comunicaciones postales entre Francia, España y Alemania, principalmente. Posteriormente, Carlos V, en 1516 y 1518, conviene con los sobrinos de Francisco de Tassis los mismos servicios, ampliándolos a Italia y los Países Bajos, entre otros lugares.

Por tanto, podemos afirmar que desde los Reyes Católicos existieron unos concesionarios del servicio de Correos que prestaron el servicio en régimen de monopolio, ya que se pueden observar los elementos típicos de la concesión: el Rey, titular de la soberanía, sería el elemento concedente, y las Cofradías o Familias los concesionarios, que prestarían sus servicios con exclusividad y

---

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ DE HARO, Francisco, afirma: "cuando el servicio se extiende no ya por necesidad de enlace de la Casa Real con autoridades o corporaciones ausentes, sino por la demanda de una vida comercial en auge, el otorgamiento de este servicio va tomando los caracteres de una concesión de servicio público." Y ello estima que tiene lugar en el siglo XV, ya que los anteriores correos de la Baja Edad Media realizaron tal servicio en base a un nombramiento de "funcionario o empleado público" al percibir un salario por su labor. "La concesión administrativa de servicios (Reseña histórica)", p. 458 y ss..

<sup>17</sup> VICENS VIVES, Jaume, *Curso de Historia económica de España*, p. 334 y ss..

<sup>18</sup> Vid. RODRÍGUEZ DE HARO, "La concesión...", *op. cit.*, p. 460.

percibirían un canon sobre los portes de correspondencia y por la entrega o "presentación" de la misma (además, las tarifas eran establecidas por el propio Correo, y no por el monarca, lo cual podía originar abusos, por lo que en 1547 se fijaron las tasas por el poder real)<sup>19</sup>. Ahora bien, hay que reconocer que ese monopolio fue relativo, en cuanto encontró la oposición, y por consiguiente, la coexistencia de otros concesionarios o Correos Mayores locales y regionales que reclamaban el respeto a sus funciones en sus respectivos territorios; en realidad, en aquella época el servicio de Correos podía considerarse como una regalía, una regalía menor, al poder ser objeto de cesión a los particulares a cambio de la organización de un sistema de postas. Junto a estos concesionarios podemos señalar algunos "subconcesionarios" o "subcontratistas" del propio servicio de Correos; en ocasiones, los Correos Mayores, titulares de la "concesión", arrendaban (o vendían) los cargos de maestros de postas o correos mayores locales en numerosas ciudades y villas, a cambio de una cantidad inicial más un canon o renta anual<sup>20</sup>.

Y en el siglo XVIII se produce la incorporación de Correos a la Corona, tras la abolición en 1706 por Felipe V del monopolio concedido a la familia Tassis. Sin embargo, ello no significó el fin de la gestión del servicio por los particulares, pues, en 1707, a pesar de la incorporación del servicio al Estado para que éste lo administrase directamente, debido a la inexperiencia de la Administración y a la urgencia para recaudar ingresos, se dispuso su arriendo al Marqués de Monte Sacro, y en 1711 a don Juan Francisco de Goyeneche, por cuatro y cinco años respectivamente. Los arrendamientos continuaron durante bastantes años (en 1742 se otorgó a Diego Rudolph la explotación del servicio de postas desde Madrid a los Sitios Reales, obligándose éste a prestarlo en determinadas condiciones y con precios fijados por la Administración).

Además, este sistema de arriendo fue consecuencia también del concepto de Correos en aquella etapa histórica, porque, como dice PEMÁN GAVÍN, "durante este periodo, Correos sería una Renta, es decir una fuente de ingresos para la Corona, una actividad monopolizada que se utiliza para la obtención de un ingreso, ya sea mediante su arriendo o mediante su explotación directa..."<sup>21</sup>. Incluso en el umbral del siglo XIX, se reconocía el sistema de arriendo como una de las posibilidades de gestionar el servicio de Correos. En efecto, la Ordenanza

---

<sup>19</sup> En tal sentido, RODRÍGUEZ DE HARO, "La concesión...", *op. cit.*, p. 460, y PÉREZ OLEA, *La Ordenanza...*, *op. cit.*, p. 266.

<sup>20</sup> Estos arrendamientos del servicio los realizó, entre otros, Juan de Tassis y Acuña, descendiente de los primeros Tassis, a quien Felipe II concedió similares prerrogativas que las disfrutadas por sus predecesores en el cargo, y que arrendó un buen número de postas, consiguiendo así considerables beneficios. *Vid.* PEMÁN GAVÍN, *Régimen...*, *op. cit.*, p. 39 y ss., y PÉREZ OLEA, *La Ordenanza...*, *op. cit.*, p. 266.

<sup>21</sup> PEMÁN GAVÍN, *Régimen...*, *op. cit.*, p. 42 y ss.

General de Correos de 1794 permitía al superintendente general "arrendar o administrar franca y libremente como le pareciere, cualquiera Administración de Correos, Postas, y demás ramos de su cargo", y ya en la primera mitad del siglo pasado se produce la transición hacia la definitiva incorporación como servicio público dentro de la Administración, que culminaría con el Reglamento de Correos de 1898, el cual establecía un régimen estatutario, prestado por funcionarios públicos para este servicio estatal, como ha destacado MEILÁN GIL<sup>22</sup>.

### iii. *Los arrendatarios de rentas públicas*

Durante la Edad Media nació en Europa un peculiar "contrato" entre el Monarca y los particulares que, con distintas denominaciones y ciertas modificaciones, se ha mantenido a lo largo de los siglos. Los súbditos que concertaban con el Rey el arriendo de las rentas públicas fueron, en realidad, importantes antecedentes de los actuales contratistas administrativos, ya que en todos estos arrendamientos el particular contrató con el Monarca, primero, y con la Administración Pública, después, la prestación de un servicio público: la recaudación y cobro de determinados tributos<sup>23</sup>.

Precisamente porque ese "contratista" realizaba un servicio público destacados autores, tanto del pasado como del presente siglo, calificaron a este convenio, no ya como el origen de algunos contratos administrativos, sino incluso como un contrato administrativo. Entre ellos, Alejandro OLIVAN que, junto a los típicos contratos administrativos, cita también al arriendo de rentas: "Los contratos de la Administración con los particulares pueden ser de cuatro maneras: o arrendando bienes o aprovechamientos públicos, o estipulando suministros, o contratando obras públicas, o arrendando el derecho a percibir rentas generales o locales"<sup>24</sup>. Asimismo, un jurista tan autorizado en la contratación pública como FERNÁNDEZ DE VELASCO reconoció la naturaleza contractual administrativa del arriendo de contribuciones al incluirlo entre los diferentes tipos de contratos de prestación de servicios públicos, siguiendo la doctrina del R.D.S. de 20 de junio de 1881: "El recaudador de contribuciones ha sido ya denominado contratista de servicio público..."<sup>25</sup>, El propio Pliego de condiciones para el arrendamiento de la

<sup>22</sup>MEILÁN GIL analiza ese proceso de "descontractualización" durante los siglos XVIII y XIX, "La actividad...", *op. cit.*, p. 24 y ss..

<sup>23</sup>SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, estimó que el arrendamiento de rentas reales, regulado en la Novísima Recopilación, fue un "claro precedente de los contratos administrativos". *Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX (1812-1845)*, p. 70 y 71, nota 48. En la misma línea Fernando ALBI, al destacar el "acusado abolengo administrativo" de los contratos de arrendamiento de recaudación, considerándolos como antecedentes de los contratos administrativos de arrendamientos. *Tratado de modos de gestión de las Corporaciones Locales*, pp. 696 y 697.

<sup>24</sup>Alejandro OLIVAN en su obra clásica *De la Administración pública con relación a España*, p. 219 y 220.

<sup>25</sup>FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Los contratos...*, *op. cit.*, p. 328.

recaudación de contribuciones e impuestos, aprobado por Real Orden de 14 de julio de 1913 (estudiado por FERNÁNDEZ DE VELASCO), en varios de sus preceptos se refería expresamente al "contratista" o al "contrato de arrendamiento".

En todo caso, los arriendos de rentas reales, existentes en España desde la Edad Media y generalizados a partir del siglo XIV, no se otorgaron por los reyes a cualquier particular que lo solicitase. Los monarcas valoraban enormemente la previa experiencia en la administración de caudales públicos, o al menos, de cuantiosos y considerables patrimonios y bienes privados, como garantía de una correcta gestión de las rentas que deberían realizar los futuros arrendatarios. Asimismo, una mínima solvencia económica o financiera de los aspirantes constituía otra condición habitual exigida en la "licitación" del arriendo (por ello era frecuente la prestación de fianzas o la presentación de fiadores solventes que apoyasen las propuestas de los candidatos).

Estos dos requisitos los reunían en aquella época determinados comerciantes y prestamistas que, posteriormente, como veremos, fueron excluidos por las leyes españolas de concurrir y optar a la adjudicación de cualquier arrendamiento de rentas públicas: los judíos. En efecto, los hebreos, históricamente relacionados con el éxito y la usura en el comercio y en las finanzas, durante el siglo XV prestaban importantes sumas de dinero a la realeza, y ésta a su vez, como contrapartida, en cierta medida, y también en razón de los admirables resultados económicos que conseguían esos comerciantes, les concedía la gran mayoría de arriendos de tributos, con lo cual, en opinión de GARZÓN PAREJA, "se establecía un círculo vicioso: los arriendos de rentas y la usura enriquecían a los judíos y, el dinero así obtenido, servía para hacer préstamos a los reyes. Así proseguía de forma ininterrumpida el aumento de la riqueza judía y el monopolio por ella de la recaudación y arriendo de las contribuciones públicas", causando gran malestar entre los candidatos cristianos que, a partir de entonces, desprestigiaron dichas funciones públicas<sup>26</sup>.

Las prohibiciones para contratar arriendos de rentas reales aparecen en el siglo XV, destacando, por las razones antes mencionadas, las normas que incapacitaban a los hebreos para ser arrendatarios públicos. Según GARZÓN PAREJA el 2 de enero de 1412 los regentes de Juan II en Valladolid promulgaron un ordenamiento mediante el cual se prohibía a los judíos ejercer como arrendador, almorzarife, procurador o mayordomo de rentas reales o señoriales,

---

<sup>26</sup> GARZÓN PAREJA, Manuel, *Historia de la Hacienda de España*, tomo I, p. 386. Este autor resalta también la importancia que en etapas posteriores siguieron teniendo los arrendatarios de antigua fe judía, descendientes de los hebreos españoles del siglo XV, sobre todo, durante el reinado de Felipe IV, al que sirvieron numerosos judíos conversos, especialmente portugueses. *Historia...*, op. cit., tomo I, p. 206.

prohibición reiterada en 1433, aunque su cumplimiento fue relativo, al continuar arrendándose algunas rentas a ciertos aspirantes de religión judía. Sin embargo, los "Cuadernos de Alcavalas" de 1484 y de 1491 matizaron la anterior prohibición absoluta, considerando la realidad del momento, y establecieron solamente una incapacidad relativa, ya que impedían que los judíos y los moros pudieran ser "arrendadores menores", es decir, arrendatarios de determinadas rentas otorgadas previamente al arrendatario encargado de la recaudación de los tributos en un "partido" o territorio concreto. Por tanto, los judíos podían ser "arrendadores mayores", haciéndose cargo del arriendo de rentas por partidos completos<sup>27</sup>. Pero esa relativa prohibición se "suavizó" más aún, en cuanto se permitía a los hebreos y mudéjares que fuesen "arrendadores menores" en aquellos lugares donde tuviesen jurisdicción propia y con un censo superior a doscientos vecinos.

### 1) La nueva Recopilación

Posteriormente, la Nueva Recopilación, en el Título X del Libro IX, estableció una serie de normas referentes a qué tipos de personas no podían arrendar las rentas reales o ser fiadores de ellas, si bien la mayoría de dichos preceptos recogían los mandatos del "Cuaderno de las Alcavalas" de 1491 promulgado por los Reyes Católicos. Estas leyes de la Nueva Recopilación (algunas de las cuales se recogieron después en la Novísima) no definían qué personas eran capaces para ser arrendatarios de rentas reales, sino que se limitaron a enumerar aquéllas que no podían optar al arrendamiento por diversos motivos. Pero fue una regulación parcial e insuficiente, porque, existían otros posibles candidatos cuyas condiciones personales, económicas y técnicas no eran las más idóneas para desempeñar tales funciones. Sus leyes no exigían la necesaria experiencia y solvencia financiera para ser arrendatario de rentas públicas, aunque los reyes, en general, sí las tenían muy en cuenta en la práctica. Ciertamente, podemos observar en las normas del Título X del Libro IX distintos supuestos de incapacidad:

---

<sup>27</sup> GARZÓN PAREJA, *Historia...*, *op. cit.*, tomo I, pp. 386 y 387.

Un primer grupo de reglas estaría formado por las leyes II<sup>28</sup>, IV<sup>29y</sup> VII<sup>30</sup>, dentro de las cuales, a su vez, podemos distinguir dos clases de incapaces. En primer lugar, determinados individuos al servicio de la Monarquía, cargos o "funcionarios" públicos en definitiva. Y en segundo lugar, también se prohíbe a los "Cavalleros" y "personas poderosas" acceder a los arriendos. Además estas prohibiciones alcanzaban a los intermediarios o "testaferros" interpuestos por los sujetos incapaces legalmente. Más lo verdaderamente importante, a nuestro juicio, en que en ambas prohibiciones subyace una finalidad común: evitar las corruptelas, el perjuicio al interés público, e incluso, garantizar a los demás súbditos la posibilidad de concurrir en condiciones de igualdad, objetividad e imparcialidad a los pertinentes procedimientos de adjudicación de los arrendamientos.

Una segunda clase de prohibiciones fueron aquellas que impedían acceder al ejercicio del arriendo de rentas reales a determinadas personas en razón de su nacionalidad o religión. En efecto, la ley III prohibía a los judíos y mudéjares ser arrendatarios, con lo cual se producía una discriminación respecto los aspirantes de fe cristiana, por los motivos arriba reseñados, si bien es cierto que no era una prohibición absoluta, sino relativa, en cuanto podían ser "arrendadores menores" con ciertos requisitos, como ya vimos. Y más interés tiene la incapacidad por

---

<sup>28</sup>"Mandamos, i defendemos, que los Cavalleros, i otras personas poderosas no arrienden por sí, ni por interpositas personas, las nuestras Alcavalas, i tercias, ni otras nuestras Rentas de los Lugares Abadengos que están en sus tierras, i comarcas, ó en derredor dellas; i mas que las dexas, i consientan arrendar, i coger à personas llanas, que mas por ellas dieren: i mandamos à los nuestros Arrendadores, i Recaudadores Mayores, i facedores de Rentas, que no arrienden pública, ni secretamente, directè, ni indirectè à los tales Cavalleros, i personas poderosas las Alcavalas, ni tercias, ni otras nuestras rentas de las dichas Villas, ni Lugares Abadengos, ni à personas interpuestas por ellos para las arrendar:...". Conviene recordar la distinción antes explicada entre "arrendadores mayores" y "arrendadores menores", ya que las leyes II y IV se refieren a ambos. Además, cabría plantearse en qué medida los "arrendadores menores" fuesen verdaderos subarrendatarios de los "arrendadores mayores", sus semejanzas y diferencias, sus relaciones con el Monarca arrendador y con los propios contribuyentes, etc., mas ese estudio excedería del tema objeto de esta investigación.

<sup>29</sup>"Ordenamos, i mandamos que los Perlados, i personas poderosas, i Cavalleros, que tienen vassallos, ni los nuestros Contadores Mayores, ni sus Lugares-Tenientes, ni los del nuestro Consejo, ni los nuestros Oidores de la nuestra Audiencia, ni los nuestros Alcaldes de la nuestra Casa, i Corte, i Chancillería, ni el nuestro Escribano Mayor de Rentas, que está en la nuestra Corte, ni sus Oficiales de estos Contadores, no arrienden por sí, ni por interposita persona, directè, ni indirectè, por mayor, ni por menor, en la nuestra Corte, ni fuera de ella, las nuestras Alcavalas, ni otras nuestras Rentas: otrosi, que los Alcaldes, i Alguaciles, Merinos, i Regidores, Jurados, i Escribanos de Concejos, ni Escribanos de Rentas, ni los Letrados, ni Mayordomos de Concejos, ni alguno de ellos, ni otro por ellos, no arriende por menor las Alcavals, ni otras nuestras Rentas en las Ciudades, ni Villas, ni Lugares, donde tienen los dichos sus oficios,..."

<sup>30</sup>"Mandamos que no sean Arrendadores de las nuestras Rentas Privados, ni Oficiales de la nuestra Casa, en público, ni ascondido; porque por temor, ò vergüenza no dexen de pujar los que las quisieren arrendar."

causa de la nacionalidad<sup>31</sup>, porque aparecerá también durante el siglo XIX y XX en varios Pliegos de Condiciones Generales para las Obras Públicas, donde se prescribía que los extranjeros no podían ser contratistas del Estado español, aspectos que examinaremos en su momento.

Un último tipo de incapacidad se recoge en la ley VI, que prohíbe al funcionario competente admitir proposición o fianza de cualquier persona menor de edad. No obstante, estamos ante otra prohibición relativa, ya que aunque el candidato a fiador o arrendatario no acreditase su mayoría de edad, podía optar a la adjudicación del contrato realizando el juramento de no ser menor de veinticinco años: "Mandamos que de aquí adelante no sea rescibido por Arrendador mayor, ni menor, ni por fiador de cualquier dello el que pareciere por su aspecto, ò fuere en duda que es menor de edad de vente i cinco años en ninguna de nuestras rentas, sin que primeramente jure sobre aquel contrato, que hace de arrendamiento, ò fianza, no se llamarà menor de edad, ni se dirà lesa ni damnificado, ni pedirá restitucion; i que el nuestro Escrivano de Rentas no resciba la obligacion, sin que resciba el juramento..."<sup>32</sup>

## 2) La novísima recopilación

Más tarde, la Novísima Recopilación, en el Libro X, Título X, también exigió ciertos requisitos a los aspirantes al arrendamiento de las rentas reales. La ley I (la antigua ley VIII de la Nueva) prohibía a los clérigos y demás eclesiásticos acceder al arriendo, a menos que sus propuestas estuviesen garantizadas por fiadores de reconocida o acreditada solvencia. La desconfianza real en la correcta administración o gestión de la recaudación de los tributos por parte del clero originó esta norma preventiva<sup>33</sup>. Por último, la ley II (la anterior ley IX de la Nueva Recopilación) incapacitaba a determinados cargos públicos y "personas

---

<sup>31</sup>Esta prohibición se recogió en la ley XI con las siguientes palabras: "Mandamos que en los arrendamientos que se hicieren de nuestras Rentas Reales, i mayormente en las que consisten en Puertos de mar, i tierra, aviendo personas naturales de estos Reinos, que se quieran encargar de ellas por el precio, i con la seguridad, i fianza, que los Extrangeros, sean preferidos en todo lo que uviere lugar à ello en los dichos arrendamientos."

<sup>32</sup> Realmente más que una auténtica prohibición para contratar el arriendo se trata de una norma cuya única finalidad es la protección del interés público, en cuanto admite la proposición o fianza de un presunto menor, siempre y cuando jure que no lo es, a efectos de evitar posteriores reclamaciones del mismo (o de los titulares de su patria potestad), obligando a la Administración a rescindir el contrato e indemnizar al menor. Esta causa de incapacidad guarda, sin duda alguna, íntima relación con la capacidad de obrar en el ordenamiento civil, donde la mayoría de edad es una condición esencial para realizar actos y contratos privados. Además, como analizaremos más adelante, la mayoría de edad será un requisito "sine qua non" para contratar con la Administración Pública decimonónica la ejecución de toda obra pública.

<sup>33</sup>"Mandamos, que los nuestros arrendadores y recaudadores, así mayores como menores, no arrienden nuestras Rentas, ni alguna dellas á clérigos y personas eclesiásticas, salvo si dieren buenos fiadores legos, quantiosos y abonados, para que se haga la execucion en sus bienes de las quantías que debieren;..."

poderosas" para ser arrendatarios de las rentas reales, en la línea de las leyes II y IV de la Nueva, anteriormente vistas.

### 3) El siglo XIX

Siglos después, el Reglamento para la administración y exacción del impuesto de consumos de 1898 prohibió, en su artículo 229, a determinados tipos de ciudadanos optar al arriendo de dicho tributo: "No serán admitidos como licitadores ni como fiadores de éstos:11. Los individuos del Ayuntamiento que estén ó deban estar en ejercicio durante el periodo del arriendo, ni los empleados de la misma Corporación.21. Los jueces y fiscales municipales, ni los suplentes de unos y otros.31. Los deudores á la Hacienda ó al Municipio.41. Los condenados por sentencia firme á pena que lleve consigo interdicción civil.51. Los menores de edad. 61. Los declarados en quiebra que no estén rehabilitados.71. Los extranjeros que no renuncien para este caso los derechos de su pabellón"<sup>34</sup>.

## *II. Los incapacitados para contratar con la administración pública decimonónica*

### A. Las prohibiciones en la contratación de obras públicas y su aplicación supletoria

Durante el siglo XIX se dictaron diversos Pliegos de Condiciones Generales para la contratación de las obras públicas en los que se establecía la capacidad necesaria para ser contratista del Estado y se enumeraban las situaciones de los particulares que les impedían contratar con la Administración la ejecución de dichas obras. Pero la relevancia de estas prohibiciones reglamentarias no se limitaba al ámbito de los contratos de obras públicas, porque los preceptos contenidos en dichos Pliegos son aplicables no solo a los contratistas de obras públicas, sino también a los restantes contratistas decimonónicos. Y ello por varios motivos.

En primer término, no existió a lo largo de todo el siglo XIX ninguna otra norma que regulase, con carácter general, el estatuto de los demás contratistas o concesionarios. Por ello, en ausencia de normativa específica sobre cada clase de contratos que celebraba la Administración Pública de aquel momento, se debían aplicar, supletoriamente, las reglas sobre el contratista de obras, siempre y cuando

---

<sup>34</sup> La similitud de estos casos con las prohibiciones que a lo largo del siglo XIX aparecieron en los Pliegos de Condiciones Generales para los contratistas de obras públicas es evidente, como comprobaremos al analizar la capacidad para contratar con la Administración.

no fuesen incompatibles con la especial naturaleza jurídica de cada contrato público.

En segundo lugar, recordemos la proyección histórica que tuvo en todo ese siglo (y que ha llegado hasta nuestros días), el contrato de obra pública. Este "privilegio" legal concedido a esta clase de contratos, consistente en la aplicación de las disposiciones que regulaban su régimen jurídico a otros ciudadanos que contrataban con la Administración, se justifica en función no solo de la importancia objetiva que este sector de la actividad pública adquirió desde el nacimiento y el posterior desarrollo del "fomento" como fin prioritario del Estado, sino también por la urgente necesidad, ideológica y material, de que concurriese notablemente la iniciativa privada en esta enorme y trascendental tarea de interés nacional.

En tercer término, debemos destacar, una vez más, que la mayoría de las obras públicas realizadas durante el siglo XIX, al menos las de excesivos costes y duración prolongada, estuvieron a cargo de los particulares, pero no mediante la técnica de la contrata, sino a través de la institución concesional, de la concesión de obras públicas. Por tanto, sería absurdo considerar que el Estado decimonónico fuese tan negligente como para no dictar ninguna norma (aparte de las Leyes Generales) cuyos destinatarios fuesen los numerosos e importantes concesionarios de obras. Es razonable pensar que, en la medida que las disposiciones sectoriales y generales de cada clase de concesión de obras permitiesen, rigiese también para estos singulares "contratistas" los preceptos existentes sobre los contratistas de obras en sentido estricto, esto es, los ciudadanos partícipes en las contratas<sup>35</sup>

Y en último lugar, la *ratio legis* de las mencionadas prohibiciones legales es la misma para los contratistas de obras y para cualquier otra clase de contratistas, ya sean de la Administración del Estado o de la Administración Local: garantizar las mínimas condiciones de capacidad e idoneidad de los aspirantes a contratar con todo poder público la ejecución de una obra o la prestación de un servicio público. Estos fundamentos comunes se pueden deducir

---

<sup>35</sup> Por este motivo, algunas normas se promulgaron con el objeto de aplicarse tanto a los contratistas como a los concesionarios de obras. Así, por ejemplo, el art. 9 de la Ley de expropiación forzosa por causa de utilidad pública, de 10 de enero de 1879: "Los concesionarios y contratistas de obras públicas á quienes se autorice competentemente para obtener la enajenación, ocupación temporal ó aprovechamiento de materiales, en los términos que esta ley autoriza, se subrogarán en todas las obligaciones y derechos de la Administración para los efectos de la presente Ley". También el Real Decreto de 10 de julio de 1861, aprobando el Pliego de Condiciones Generales para las contratas de obras públicas, parece avalar la tesis expuesta, al mencionar, en su preámbulo, la conveniencia de una reforma de las reglas de los contratos sobre "servicios" públicos en general: "Esta reforma es tanto más útil en el día, cuanto más frecuente es la necesidad en que se encuentra la Administración de resolver las varias cuestiones á que dan lugar los muchos contratos que celebra con los particulares para llevar á cabo los servicios que se hallan á su cargo..."

del articulado del Real Decreto de 4 de enero de 1883, sobre la contratación de las Diputaciones Provinciales y Ayuntamientos, porque recogía idénticas y similares causas de incapacidad para contratar con estas Administraciones que las contempladas en los Pliegos para las contrataciones de obras públicas del Estado.

Seguidamente comentaremos algunos antecedentes de las disposiciones decimonónicas sobre quienes estaban legitimados para ser contratistas de la Administración, con el fin de constatar que dichas previsiones legales o, incluso, jurisprudenciales, perduraron, en general, durante siglos, incorporándose en los mencionados Pliegos de Condiciones Generales, con ligeras modificaciones, consistentes, principalmente, en introducir una mejor técnica legislativa, dada la valiosa y considerable experiencia de siglos anteriores.

## B. Las reglamentaciones del siglo XIX

### *i. Las primeras prohibiciones*

Durante el reinado de Isabel II se dictó el Real Decreto de 10 de octubre de 1845, por el que se aprobaba la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas. Su artículo 20 recogía una prohibición legal para ser contratistas e, incluso, en similitud con la anterior ley de la Novísima, proscribió que ciertos funcionarios tuvieran relación alguna con la empresa seleccionada para ejecutar la obra: "En las contrataciones, ajustes y destajos de obras públicas no podrán tener participación los empleados de este ramo, so pena de quedar destituidos de sus destinos. Tampoco podrán dar ocupación á los carros y acémilas de su propiedad en las obras que se ejecuten por administración."

Este precepto impedía a los ciudadanos que prestaban sus servicios en el entonces Ministerio de Fomento, Departamento competente para la promoción y realización de las obras de interés público, ser trabajadores o empresarios de toda empresa privada que se presentase como candidata a la consecución de un contrato de obra pública<sup>36</sup> Además, este artículo vetaba a dichos funcionarios contribuir en las obras ejecutadas directamente por la propia Administración proporcionando materiales de su propiedad.

---

<sup>36</sup> La condición de empleados de la Administración Pública, en especial de determinados funcionarios como estamos observando, era incompatible con el status jurídico de los contratistas, y por consiguiente, no se les permitió ni tomar parte en los procesos de licitación ni colaborar en la ejecución de contrato administrativo de obra alguna, debido, fundamentalmente, a la prevención de posibles "tráficos de influencias" y "enriquecimientos injustos" que se podrían producir en ausencia de esta prohibición normativa. La importancia de esta causa de incapacidad contractual es evidente, hasta el punto de que ha subsistido hasta nuestros días (con ciertas modificaciones), como veremos en su momento, si bien no todas las disposiciones sobre la materia la contemplaron.

El 18 de marzo del año siguiente se aprobó la Real Orden que contenía el Pliego de Condiciones Generales para las contrataciones de obras públicas de caminos, canales y puertos, remitido "á los Jefes políticos" para su correspondiente observancia por Real Orden de 16 de abril de 1846. El artículo primero exigía, entre otros requisitos para poder participar en la subasta de esta clase de obras públicas, una mínima capacidad técnica y financiera necesaria para ejecutar adecuadamente la obra objeto del contrato y llevarla a buen término. Esa capacidad debía acreditarse en las formas señaladas en el precepto:

*"Ninguno podrá ser admitido en la subasta sin reunir las cualidades necesarias para ejecutar por su cuenta las obras y afianzar la seguridad de su buena construcción.*

*Para llenar la primera de estas condiciones solo serán admitidos como licitadores los que presenten documentos que comprueben su posibilidad de prestar la conveniente fianza.*

*Garantizarán igualmente la buena construcción de las obras, ya sea presentando el título ó la certificación que acredite su capacidad para dirigir las por sí mismos, ya sea obligándose á confiar su ejecución á personas facultativas prácticas en las de que se trate, ya justificando su buen cumplimiento en otras contrataciones de la misma especie.*

*Además, la persona que haya de tomar parte en la subasta, deberá depositar antes de principiar el acto, la cantidad que se fijará previamente según la importancia de la obra."*

ii. *La extensión de las causas de incapacidad para ser contratistas*

Sin embargo, tendremos que esperar a la segunda mitad del siglo XIX para constatar la aparición de una serie -detallada y fruto tanto de la experiencia de la práctica contractual pública de siglos precedentes como de las diversas normativas sobre las causas de incapacidad para contratar con el Estado español a lo largo de los tiempos- de prohibiciones legales para convenir con la Administración Pública la realización de una obra de interés general.

En efecto, será el Real Decreto de 10 de julio de 1861, por el que se aprueba el Pliego de Condiciones Generales para las contrataciones de obras públicas, la primera norma que "recopile" y clarifique las variadas situaciones que no facultaban poder ser contratista del Estado. El artículo 1 decía: "No podrán ser contratistas de obras públicas:

- (i) Los menores de edad.

- (ii) Los que se hallen procesados criminalmente, si hubiese recaído contra ellos auto de prisión.
- (iii) Los que por sentencia judicial hayan padecido penas corporales afflictivas ó infamatorias, si no hubiesen obtenido rehabilitación.
- (iv) Los que se hallen bajo interdicción judicial física ó moral.
- (v) Los que estuvieren fallidos ó en suspensión de pagos ó con sus bienes intervenidos.
- (vi) Los que estuviesen apremiados como deudores á los caudales públicos en concepto de segundos contribuyentes.
- (vii) Los que hayan sido inhabilitados por la Administración para tomar á su cargo servicios públicos por su falta de cumplimiento en contratos anteriores.”

También durante el periodo revolucionario liberal se promulgó una disposición que hacía referencia a la capacidad de los aspirantes a contratistas, pero no citaba ninguna causa de incapacidad, a diferencia del anterior Pliego de 1861. Así, la Orden del Almirantazgo de 3 de mayo de 1869, que aprobó las condiciones generales con arreglo a las cuales deberían celebrarse las subastas para la contratación de los diferentes servicios de la Armada, en su tercera condición prescribía: “No se admitirá como licitador á persona alguna ó Compañía que no tenga para ello aptitud legal, y sin que acredite con el correspondiente documento, que entregará en el acto al presidente de la Junta, haber hecho en la Tesorería de Hacienda pública respectiva el depósito de la cantidad que se fije como garantía para la subasta;...”

Tras la caída de la I República y el regreso de la Monarquía borbónica al trono de España se dictaron diversas normas, de rango reglamentario, sobre esta materia. Antes de ellas, la Ley General de Obras Públicas de 1877 formulaba un principio general referente, en cierta medida, a las cualidades personales y técnicas de los empresarios que compitiesen por el otorgamiento de una misma concesión de obras públicas<sup>37</sup>. Entre las citadas normas reglamentarias se encuentra el Real Decreto de 4 de enero de 1883, que dispuso que “los contratos que las Diputaciones provinciales y Ayuntamientos celebren para toda clase de servicios que produzcan gasto ó ingreso en fondos provinciales y municipales, se

---

<sup>37</sup> El art. 62 de la LGOP prescribió: “Cuando se presente más de una petición para una misma obra, será preferida la que mayores ventajas ofrezca á los intereses públicos...”. El ámbito de aplicación de este artículo, a nuestro entender, es doble. Por una parte, se refiere al procedimiento propiamente dicho de selección de los contratistas, y por otra, a las características personales, económicas y técnicas de los candidatos que fuesen más beneficiosas para el interés general, y por tanto, a las circunstancias que impedian, no solo la obtención de la correspondiente concesión, sino, además, la participación del aspirante incurso en esas circunstancias en el proceso de licitación contractual.

hagan por remate y subasta pública". Su artículo 11 estableció similares prohibiciones para ser contratistas que las recogidas en el Pliego de 1861<sup>38</sup>.

Poco después se dictó el Real Decreto de 11 de junio de 1886, que contenía el Pliego General de Condiciones para la contratación de las obras públicas, sustituyendo al anterior de 1861. Su artículo primero dispuso: "Pueden ser contratistas de obras públicas los españoles y extranjeros que se hallen en posesión de sus derechos civiles, con arreglo á las leyes de su respectiva nacionalidad, y las Sociedades y Compañías legalmente constituidas ó reconocidas en España. Quedan exceptuados: 1.1 Los que se hallen procesados criminalmente si hubiese recaído contra ellos auto de prisión. 2.1 Los que estuviesen fallidos, ó en suspensión de pagos, ó con sus bienes intervenidos. Y 3.1 Los que estuvieren apremiados como deudores á los caudales públicos en concepto de segundos contribuyentes."

En definitiva, como podemos apreciar la regulación de las prohibiciones en estas tres disposiciones decimonónicas no es homogénea, aunque sí parcialmente coincidente. En cuanto a las prohibiciones comunes, tanto ambos Pliegos como el Real Decreto establecieron que los procesados con auto de prisión, los fallidos, suspensos de pagos o con sus bienes intervenidos y los apremiados como deudores a la Hacienda Pública en concepto de segundos contribuyentes, no podían, en ningún caso, convertirse en contratistas de las entidades públicas en nuestro país; los inhabilitados por la propia Administración debido al incumplimiento de contratos anteriores, a tenor de lo dispuesto en el Pliego de 1861 y en el R.D. de 1883, tampoco se encontraban facultados para contratar con las Administraciones Públicas. Y respecto de las prohibiciones exclusivas y específicas de cada norma, el Pliego de 1861 recogió tres causas de incapacidad sobre el estado civil, los condenados por los Tribunales penales a determinadas penas y los declarados incapaces mediante la institución de la interdicción judicial; a su vez, el R.D. de 1883 impedía a los incapaces para

---

<sup>38</sup>"No podrán ser contratistas: 1.1 Los que con arreglo á las leyes civiles carezcan de capacidad para contratar por sí, sin intervención de otra persona.2.1 Los que se hallen procesados criminalmente, si hubiese recaído contra ellos auto de prisión.3.1 Los que estuvieren fallidos ó en suspensión de pagos ó con sus bienes intervenidos.4.1 Los que estuvieren apremiados como deudores al Estado ó á cualquier provincia ó Municipio en concepto de segundos contribuyentes.5.1 Los que hayan sido inhabilitados administrativamente para tomar á su cargo servicios ú obras públicas por falta de cumplimiento á contratos anteriores.6.1 En los contratos que celebren los Ayuntamientos, los Concejales, ni el Secretario, Contador y empleados dependientes del Ayuntamiento contratante, ni los Diputados provinciales, Secretario, Contador y Depositario de la provincia respectiva, y en los contratos que celebren las Diputaciones, los Diputados provinciales, ni el Secretario, Contador, Depositario y empleados dependientes de la Diputación contratante."

contratar según el ordenamiento jurídico privado y a ciertos funcionarios y cargos políticos de las Corporaciones Locales aspirar a ser contratistas<sup>39</sup>.

*iii. ¿Los extranjeros como contratistas?*

En relación con los extranjeros contratistas, hay que destacar que la primera disposición que les menciona y les concede capacidad para ser contratistas del Estado español fue el Pliego de 11 de junio de 1886, cuyo artículo 1 les permitía optar a las contrataciones de obras públicas siempre y cuando "se hallen en posesión de sus derechos civiles, con arreglo á las leyes de su respectiva nacionalidad", y, además, podían contratar "las Sociedades y Compañías legalmente constituidas ó reconocidas en España". En cuanto a los incapacitados, regían las mismas prohibiciones para los nacionales como para los no nacionales. De este precepto se deduce la equiparación de los españoles y de los extranjeros en cuanto los requisitos de capacidad para contratar con la Administración de nuestro país, salvo la remisión que realizaba este artículo a la legislación específica de cada nación sobre la posesión de los derechos civiles<sup>40</sup>.

Ahora bien, el hecho de que hasta 1886 no existiera referencia alguna a la capacidad de los extranjeros para poder contratar con algún ente público español

---

<sup>39</sup>Merece resaltarse una norma sectorial relevante: el Real Decreto de 14 de enero de 1892, que aprobó la Instrucción para la contratación de los servicios dependientes de la Dirección general de Comunicaciones. En su artículo segundo señaló quienes estaban facultados para contratar con ese organismo público en concreto, y quienes se hallaban incapacitados para ello, en términos parecidos a los de las normas anteriormente citadas: "Pueden ser contratistas todos los españoles que se hallen en el pleno goce de sus derechos civiles y las Sociedades ó Compañías legalmente constituidas ó reconocidas en España. También pueden serlo los extranjeros que se hallen en posesión de sus derechos civiles, con arreglo á las leyes de su respectiva nacionalidad; pero si se tratase de transporte de correspondencia ó explotación de líneas telegráficas ó telefónicas, deberán presentar un súbdito español que constituya la garantía, se haga solidario de las obligaciones del contrato y acredite reunir las condiciones legales. No podrán ser contratistas: 1. 1 Los que se hallen procesados criminalmente, si hubiese recaído contra ellos autos de prisión. 2. 1 Los que estuvieren fallidos ó en suspensión de pagos ó con sus bienes intervenidos. 3. 1 Los que estuvieren apremiados como deudores á los fondos públicos en concepto de persona directa ó subsidiariamente responsables, según definen las disposiciones administrativas. 4. 1 Los que habiendo celebrado anteriormente contratos con la Administración hubieren dado lugar á la rescisión de los mismos por el incumplimiento de las obligaciones contraídas. Y 5. 1 Los que intervengan por razón de su cargo en los expedientes de subasta ó concurso ó en las operaciones preparatorias de los mismos."

Posteriormente, el Real Decreto de 7 de junio de 1898, por el que se aprobó el Reglamento para el régimen y servicio del ramo de Correos, en sus artículos 176 y 177 recogió en similares términos lo establecido en el anterior art. 2 de la Instrucción de 1892.

<sup>40</sup>La mencionada Instrucción de 1892 y el Reglamento de Correos de 1898 continuaron la misma línea del Pliego de 1886, si bien con una particularidad: cuando el objeto del contrato administrativo fuese el transporte de correspondencia o la explotación de líneas telegráficas o telefónicas (este segundo supuesto no se mencionaba en el Reglamento de 1898) los extranjeros candidatos a contratistas "deberán presentar un súbdito español que constituya la garantía, se haga solidario de las obligaciones del contrato y acredite reunir las condiciones legales" (art. 2 de la Instrucción y 176 del Reglamento).

no implica necesariamente que hasta esa fecha se les vetara en la práctica participar en los procedimientos de licitación contractual y obtener la respectiva adjudicación del contrato público. Y ello por diversas razones. En primer lugar, las precedentes Ley de Bases de Obras Públicas de 29 de diciembre de 1876 y la Ley General de 1877 sobre la misma materia fueron especialmente protectoras con las inversiones extranjeras destinadas a la construcción y explotación de obras de interés general, por lo que difícilmente se comprendería el reconocimiento legal de estos beneficios o privilegios a las empresas no españolas que decidiesen ejecutar, mediante contratos o concesiones, obras públicas, si legalmente después se les impedía hacerlo. La Base 21 y el artículo 122 de la LGOP prescribieron: “Los capitales extranjeros que se empleen en las obras públicas y en la adquisición de terrenos necesarios para ellas estarán exentos de represalias, confiscaciones y embargos por causa de guerra.”

En segundo lugar, debemos recordar la situación histórica de finales del siglo XIX, ya que era absolutamente imprescindible la concurrencia de importantes recursos financieros y técnicos procedentes de otros países para continuar e incrementar la política de fomento e impulso en la realización de obras de interés público que se inició en 1845, sobre todo. La solvencia económica, la capacidad técnica y la experiencia de numerosos contratistas extranjeros fue decisiva para atraerlos e incentivarlos en el ámbito de la ejecución de obras públicas, y, en particular, a las compañías concesionarias de ferrocarriles, como veremos en su momento<sup>41</sup>. Y en tercer lugar, la ausencia de previsión legal que autorizara a los extranjeros poder optar a la adjudicación de un contrato con la Administración Pública española no significa que no pudieran hacerlo, porque, entre otras razones, no hubo ninguna norma que expresamente les prohibiera contratar con el Estado. Asimismo, el Real Decreto de 17 de noviembre de 1852, sobre la condición civil de los extranjeros en España, en su artículo 18 estableció que podían ejercer cualquier actividad empresarial que no estuviese reservada legalmente a los españoles<sup>42</sup>.

Por consiguiente, si bien es cierto que a partir de la Restauración se privilegiará con importantes medidas legales la contratación con empresas

---

<sup>41</sup> Junto a estas causas y características propias de las empresas contratistas no nacionales, conviene citar, una vez más, la escasez de recursos económicos que, tanto el Estado español como nuestros contratistas, padecían en aquella época. Además, el urgente e inaplazable subdesarrollo nacional en la mayoría de las infraestructuras de comunicaciones y de nuevos servicios públicos que estaban implantándose ya en Europa, constituyó otro motivo destacado a la hora de incentivar la inversión en España del capital extranjero.

<sup>42</sup> Este precepto señaló: "Pueden también adquirir y poseer bienes inmuebles, ejercer las industrias y tomar parte en todas las empresas que no estén reservadas por las leyes y disposiciones vigentes á los súbditos españoles."

extranjeras, antes de esa fase histórica también existieron este tipo de contratistas en nuestro país, si bien con carácter minoritario.

### III. *El singular estatuto de los concesionarios de líneas férreas*

#### A. La capacidad para construir y explotar un ferrocarril

El Estado español decimonónico se abstuvo de dictar una legislación administrativa específica que regulase las condiciones necesarias que debían reunir los candidatos a obtener una concesión ferroviaria. Dada la trascendencia jurídica, económica, social e, incluso, política que derivaba de seleccionar a los licitadores que ofreciesen mayores garantías para llevar a cabo una correcta ejecución de las obras y una adecuada prestación del posterior servicio público de transporte ferroviario, resulta sorprendente que ni siquiera las dos Leyes Generales de Ferrocarriles de 1855 y 1877 prescribiesen mandato alguno sobre esta importante cuestión, en contraste con las diversas normas reglamentarias, en especial los Pliegos de Condiciones Generales vistos anteriormente, que se promulgaron sobre las obras públicas en general, que contenían diversas prohibiciones administrativas para contratar con la Administración la ejecución de una obra de interés general.

Por esta razón, entre otras ya analizadas<sup>43</sup>, estimamos que rigen para los concesionarios de ferrocarriles las disposiciones de rango reglamentario

---

<sup>43</sup> Las razones de la aplicación generalizada, con carácter supletorio, de la normativa sobre las contrata de obras públicas a otros contratos administrativos las expusimos al tratar las causas de incapacidad para contratar con los poderes públicos del siglo XIX, y, por consiguiente, a ellas nos remitimos. De otra parte, no vamos a entrar en la polémica, aún no resuelta definitivamente en la actualidad, de la verdadera naturaleza jurídica de la institución concesional, ya sea de obras o de servicios públicos, pues ello excede del ámbito objetivo de este trabajo de investigación. No obstante, a nuestro juicio, la concesión de obras ferroviarias, al menos en cuanto al régimen de capacidad de los concesionario se refiere, se puede considerar como un contrato administrativo, o bien, en todo caso, una "sui generis" figura contractual, con lo cual, incluso en este último supuesto no procede la inaplicación de las disposiciones decimonónicas sobre capacidad a los concesionarios de ferrocarriles, puesto que dichos mandatos legales rigen para cualquier particular que desease contratar con una Administración la realización de una obra pública o la prestación de un servicio público, o ambas cosas, como ocurre con los ferrocarriles, independientemente de que la especial naturaleza y efectos de aquella relación entre las partes determine su sujeción a distintas reglas del Derecho Administrativo o del propio Derecho Privado. Además, por un lado, la concesión de ferrocarriles fue calificada por la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria del XIX como un contrato, y por otro, es innegable el carácter de obra pública que tienen las obras ferroviarias, por lo que la aplicación de la legislación sobre ejecución indirecta de las obras de interés público es relativamente obligada, siempre que no sea incompatible, como dijimos, con la peculiar obra pública que fue la ferroviaria. En parecidos términos se expresa GÓMEZ GONZÁLEZ, Manuel, al asumir y citar varias decisiones del Consejo de Estado de 1868, reconociendo el carácter de obra pública de la construcción del ferrocarril, así como el R.D. Sentencia de 13 de febrero de 1866, que consagró la naturaleza contractual de la concesión ferroviaria. Voz "Concesiones de Ferrocarriles", *Enciclopedia Jurídica Española* (EJE), tomo 7, 1910, p. 870.

referidas, en cuanto no se opongan a la especial naturaleza de la concesión de los caminos de hierro. Así pues, los aspirantes a conseguir la concesión administrativa indispensable para iniciar la ejecución de una vía férrea, solamente, en principio, debían observar las normas antes citadas<sup>44</sup>. Sin embargo, existen algunos preceptos aislados en disposiciones de muy variada índole que es necesario señalar en cuanto afectan al régimen jurídico de la capacidad de los concesionarios de líneas férreas.

*i. La peculiar capacidad de ciertos concesionarios*

La Real Orden de 31 de diciembre de 1844 estableció un régimen privilegiado para determinados aspirantes a la adjudicación de las llamadas concesiones "provisionales". En efecto, los solicitantes "de conocido arraigo" gozaban de una preferencia de hecho y de derecho para convertirse en concesionarios de ferrocarriles. Ello suponía una auténtica discriminación legal y un atentado contundente contra el principio de libre concurrencia en todo procedimiento de licitación contractual público. Además, esta normativa impedía, en realidad, poder ser concesionarios a todos los restantes ciudadanos no considerados de tal "clase", estableciéndose así implícitamente una cierta "prohibición" para acceder a este tipo de "contratos públicos". Ciertamente es que la expresión "de conocido arraigo" pudo haberse interpretado como una "primitiva" exigencia de capacidad económica y técnica que garantizase, en cierta manera, la buena marcha de las concesiones, pero significó todo lo contrario, puesto que esa fórmula permitió el otorgamiento de concesiones a individuos "de conocido arraigo" en los círculos de poder político y financiero de la época, sin que se presumiese siquiera el posible y deseable éxito de la construcción y ulterior gestión de los caminos de hierro por dichos adjudicatarios<sup>45</sup>. De esta forma, se perdió una ocasión histórica de promulgar, desde el principio, unas causas de incapacidad para ser concesionario de vías ferroviarias.

*ii. El extranjero*

Durante el siglo XIX se aprobaron algunas disposiciones que afectaban a determinada "clase" de candidatos: los extranjeros. Ciertamente, tampoco se contemplaba en la legislación ferroviaria española de este siglo mandato alguno que permitiese o impidiera a los no nacionales ser concesionarios de líneas férreas; por tanto, es aplicable aquí lo que manifestamos en su momento sobre los extranjeros contratistas decimonónicos. Ahora bien, hay que reconocer que si en

---

<sup>44</sup> En idéntico sentido se ha manifestado GÓMEZ GONZÁLEZ: "La capacidad de los concesionarios se rige por las reglas generales sobre esta materia..., son, por lo tanto, aplicables para la determinación de su capacidad los principios generales sobre contratación administrativa". Voz "Concesiones de ferrocarriles", *op. cit.*, p. 870.

<sup>45</sup> Ver lo expuesto en epígrafes precedentes sobre el fenómeno especulativo en el sistema concesional ferroviario desde sus inicios.

el siglo XIX los no españoles que contrataban con la Administración Pública de nuestro país constituían una minoría en el conjunto de todos los contratistas públicos, en el sector de los ferrocarriles ocurrió lo contrario, siendo extranjeras la mayoría de las compañías concesionarias<sup>46</sup>. Por ello, se dictaron algunos preceptos que incidieron tanto en la concurrencia en los procesos selectivos como en la subsiguiente adjudicación de concesiones de ferrocarriles en favor de empresarios no españoles.

La primera de esas disposiciones fue la Ley General de Ferrocarriles de 3 de junio de 1855, cuyo artículo 20 disponía: "Los capitales extranjeros que se empleen en la construcción de ferrocarriles y los empréstitos para este objeto quedan bajo la salvaguardia del Estado, y están exentos de represalias, confiscaciones o embargos por causa de guerra".

Las razones fundamentales de esta importante protección pública de los inversores extranjeros en las empresas ferroviarias fueron, por un lado, la inaplazable y urgente necesidad de conseguir recursos del exterior que contribuyesen a sacar España del subdesarrollo económico y social en que se encontraba, y por otro, la valiosa experiencia y solvencia financiera y capacidad técnica de los contratistas europeos en contraste con la falta de medios indispensables y de proyectos idóneos para acometer tal empresa por parte de la mayoría de la burguesía y del empresariado español. Junto a este factor económico-técnico, conviene recordar los continuos conflictos civiles, sobre

---

<sup>46</sup> Ese predominio del capital no nacional en las empresas de ferrocarriles decimonónicas lo expone Miguel ARTOLA: "... las inversiones extranjeras fueron decisivas, en especial las francesas que proporcionaron la mayor parte del capital de las sociedades de crédito, que a su vez financiaron a las concesionarias de obras públicas y colocaron en la bolsa de París las obligaciones de los ferrocarriles españoles... La procedencia exterior de la mayor parte del capital invertido en España durante el reinado de Isabel II hubo de pesar necesariamente sobre su destino. Según hemos podido observar, su aplicación permitió financiar la construcción de la red ferroviaria, creando con ello la condición necesaria para la integración del mercado nacional y favoreció la puesta en explotación de los recursos mineros. A cambio de ello, los capitalistas franceses pudieron realizar excelentes negocios con motivo de la construcción, dejando luego que las compañías explotadoras hiciesen frente a las dificultades financieras, consiguiendo al subdesarrollo económico del país". *Historia de España Alfaguara. Vol. V. La burguesía revolucionaria (1808-1874)*, pp. 87 y 92. Asimismo, Justino DUQUE DOMÍNGUEZ: "... la inversión en los ferrocarriles no sólo era española, sino, en buena medida, extranjera, sobre todo francesa... El capital de las compañías de ferrocarriles estaba muy concentrado y, en su mayoría, los accionistas eran extranjeros. En la fundación de estas compañías intervino decisivamente la asistencia técnica por parte de los ingleses y, a partir de 1855, el capital francés. En 1869 -además de 14 compañías concesionarias que todavía no tenían capital autorizado- existían veintitrés compañías con capital desembolsado. Este representaba el 61,63 por 100 del capital autorizado. En el caso de dos compañías -"M.Z.A." y "S.J.C."- el capital era totalmente extranjero. En la compañía del Norte, la parte de los españoles era muy escasa -22.000 acciones sobre 200.000-, y en la cuarta -la "Z.P.B.", procedente de la antigua "Zaragoza a Barcelona"- dominaba el capital catalán.". "La modernización del Derecho Concursal en el siglo XIX: el significado histórico de la ley de 12 de noviembre de 1869 sobre la quiebra de las compañías de ferrocarriles", pp. 119, 127 y 128.

todo, los sucesivos levantamientos liberales progresistas y la guerra carlista, y la consecuente inestabilidad política e institucional, que influyeron, en buena medida, en la promulgación de estos privilegios<sup>47</sup>. Además, los concesionarios no españoles gozaron de los restantes beneficios y de los numerosos y cuantiosos auxilios económicos e incentivos de diversa naturaleza que la legislación del XIX otorgó a toda empresa que ejecutase un camino de hierro, incluida, por supuesto, la extranjera.

Este régimen "discriminatorio" subsistió en la posterior Ley General de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877, que, en su artículo 30, en similares términos, continuó la política recogida en las precedentes Ley de Bases de 1876 y Ley General de 1877 sobre obras públicas, las cuales ya habían reconocido tales incentivos<sup>48</sup>. BERMEJO VERA ha criticado estos preceptos de las Leyes ferroviarias al considerar que perjudicaban al interés público: "Esta declaración de inmunidad para los capitales procedentes de inversores extranjeros incidía de lleno en la dogmática demanial de los ferrocarriles. La privatización ferroviaria, en el régimen concesional, salía bastante favorecida con dicha fórmula. El propio interés público del servicio ferroviario quedaba bastante maltrecho. Si, a la vista de cuanto vengo exponiendo más atrás, resulta bastante problemático averiguar la prevalencia del interés público sobre el particular de los concesionarios, todavía es más problemático determinar hasta qué punto no se favorecía a los intereses privados con esa fórmula. El Estado, mediante una disposición con fuerza de ley, declara la salvaguardia del capital extranjero -no cabe duda que para atraerlo- y, en cierto modo, renuncia a servirse de las técnicas efectivas para conseguir su transformación en patrimonio público"<sup>49</sup>.

Además, a primeros del siglo XX, se promulgaron algunas normas específicas sobre la capacidad de los particulares y empresas extranjeras para ser concesionarios de vías férreas. Así, el Real Decreto de 21 de diciembre de 1900, en su artículo único, prescribe: "En lo sucesivo sólo podrán ser concesionarios de ferrocarriles y tranvías, bien sean de servicio general, bien de servicio particular para uso público, los ciudadanos españoles con domicilio permanente en España, y las Sociedades y Compañías que se sujeten a los siguientes requisitos: a) Tener su domicilio en España y regirse en todas las manifestaciones de su actividad exclusivamente por las leyes españolas. b) Expresar el valor nominal de sus

---

<sup>47</sup> En la misma línea se sitúa José BERMEJO VERA, al afirmar que "la inmunidad se entiende en relación con las represalias, confiscaciones o embargos por causa de guerra, lo que en apariencia resulta lógico si se piensa en las necesidades económicas de una red ferroviaria nacional y la escasa industrialización española en el siglo XIX". *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974)*, p. 72.

<sup>48</sup> Así, la Base 21 y el art. 122 de las citadas normas señalaron: "Los capitales extranjeros que se empleen en las obras públicas y en la adquisición de terrenos necesarios para ellas estarán exentos de represalias, confiscaciones y embargos por causa de guerra."

<sup>49</sup> *Régimen jurídico...*, op. cit., p. 72.

acciones y obligaciones en moneda española, y verificar en la misma el abono de intereses y el pago de dividendos. c) Constituir sus Consejos de administración con la condición de que, por lo menos sus dos terceras partes, estén formados por ciudadanos españoles con domicilio permanente en España. d) Elegir también ciudadanos españoles, con domicilio permanente en España para los cargos de directores gerentes y facultativos, así como para los de ingenieros y jefes superiores de los servicios, salvo en casos excepcionales y justificados, á juicio del Gobierno y con aprobación expresa de éste."

Este Reglamento no fue sino la aplicación en el ámbito ferroviario de los principios ya establecidos en el anterior Real Decreto de 7 de diciembre del mismo año, para todos los contratistas de obras públicas del Estado español, ya que ésta norma sólo permitía que un empresario no nacional accediese a un procedimiento de adjudicación de obras públicas en casos muy excepcionales y tasados<sup>50</sup>. Esta declaración normativa es la prueba más evidente de que la propiedad, y por tanto, la dirección y administración, de las empresas concesionarias de las líneas férreas españolas, integrantes de la incipiente red básica que el Estado intentaba crear, pertenecía mayoritariamente a ciudadanos no españoles. No se trataba entonces de decidir si era mejor la construcción y explotación de los ferrocarriles directamente por la Administración Pública o, por el contrario, a través de los particulares, sino de consentir que el control de los poderes públicos sobre las vías férreas continuase siendo bastante limitado al estar prácticamente todas las líneas concedidas a empresas privadas -en su generalidad extranjeras- precisamente en un sector tan esencial para la vida y la independencia económica de un país como era el ferroviario. Junto a ello, no conviene olvidar la importancia estratégica, militar y de orden público -en definitiva, política- que tenía este innovador y revolucionario medio de transporte a finales del siglo XIX, cuando aún las carreteras y las restantes vías de comunicación no se habían desarrollado suficientemente en el mundo y, menos aún, en España.

No obstante, esta nacionalización de nuestros ferrocarriles no fue ni completa ni duradera. Primero, fue una nacionalización parcial dentro del propio sector, porque, por una parte, como destaca BERMEJO "se prohíben las inversiones extranjeras, pero se dejan intactos los capitales extranjeros invertidos hasta ese momento"<sup>51</sup>, lo cual no era poca cosa; y por otra parte, esta prohibición administrativa no afectaba a los ferrocarriles de servicio particular en general, tan

---

<sup>50</sup> El art. 1 de este Decreto, que aprobó el nuevo Pliego de Condiciones Generales para la contratación de obras públicas, sustituyendo al anterior de 11 de junio de 1886, dice: "Pueden ser contratistas de obras públicas los españoles que se hallen en posesión de sus derechos civiles y las Sociedades y Compañías españolas legalmente constituidas. Podrán serlo también los extranjeros cuando las obras que se contraten exijan para su ejecución elementos que sean objeto de privilegio de invención ó constituyan una especialidad industrial poco desarrollada en España..."

<sup>51</sup> *Régimen jurídico...*, op. cit., pp. 72 y 73. "En lo sucesivo...", decía la referida norma de 1900.

solo a los de servicio general y a los de servicio particular "para uso público", por lo que los extranjeros podían en un futuro construir y gestionar líneas de esa clase libremente, en las mismas condiciones que cualquier ciudadano español<sup>52</sup>. En segundo lugar, la vigencia de este mandato fue efímera, ya que tan solo cinco meses después se dicta el Real Decreto de 24 de mayo de 1901 que derogó tanto el artículo 1 del Pliego de 7 de diciembre de 1900 como el Real Decreto de 21 del mismo mes y año; el proteccionismo nacionalista fracasó debido, entre otros motivos, a la carencia de recursos nacionales, públicos y privados, para gestionar los caminos de hierro españoles, sin la ayuda del exterior; la Exposición de Motivos del nuevo Decreto lo justifica tanto por la específica coyuntura económica reinante en nuestro país como por la vulneración de la legislación vigente y de los mismísimos principios constitucionales de entonces<sup>53</sup>.

### iii. *Las compañías mercantiles*

Los concesionarios de ferrocarriles presentaban unas características propias y peculiares que los distinguían, en algunos aspectos, de los restantes contratistas y concesionarios de obras públicas, y que venían impuestas por la verdadera capacidad ideal para ejecutar y gestionar un ferrocarril. La especial naturaleza de las actividades que tenían que realizar estos concesionarios (la realización de las obras e infraestructuras ferroviarias necesarias, la adquisición de los medios materiales, técnicos y humanos requeridos tanto para iniciar el servicio de transporte como para llevar a cabo el subsiguiente mantenimiento, su

<sup>52</sup> Aunque es cierto que la trascendencia económica, social y política de las vías de servicio particular no consideradas de "uso o servicio público" era mínima.

<sup>53</sup> La acuciante situación de subdesarrollo económico que padecía España en aquellos años se presenta claramente como el motivo fundamental de la nueva admisión de los extranjeros en los procedimientos de selección de concesionarios de obras y servicios públicos, entre ellos los ferroviarios, pese a la propia declaración gubernamental de nacionalizar en un futuro este importante sector de la actividad pública y privada. El preámbulo del Real Decreto de 1901 así lo confirma: "Universal es la aspiración de que se nacionalicen las Obras públicas y los capitales en ellas empleados; mas no debe ser tan fácil su realización cuando, hasta el presente apenas lo ha logrado algunas de las naciones más prósperas y poderosas. A impedirlo en todas partes, contribuyen el estado legal y el incontestable imperio de las leyes económicas; y lo dificultan, aún más en España, su creciente necesidad de toda clase de progresos y la todavía escasa afición de sus capitalistas para realizar aquéllas. Y cuando para recuperar el tiempo perdido en la lucha mantenida contra nuestras históricas desgracias é impulsar con rapidez las obras públicas será forzoso acudir á todas partes, no puede ser momento oportuno para cerrar caminos por los que la Nación, sin mengua de su dignidad y de su independencia, ha alcanzado, y debe seguir recibiendo, el poderoso auxilio que ayudó a crear elementos importantes de su actual riqueza". Sin perjuicio de que lo analicemos más detenidamente al tratar del régimen jurídico actual de los contratistas extranjeros, es interesante mencionar que, incluso años después de la aprobación de esta norma anti proteccionista, destacados juristas se pronunciaron en contra de la misma. Por ejemplo, ALCUBILLA: "Graves, gravísimas no parecen las disposiciones de este Real Decreto...". *Diccionario de...*, *op. cit.*, p. 302, nota 2. Más moderado fue GÓMEZ GONZÁLEZ al señalar "los propósitos muy plausibles de nacionalizar las Empresas ferroviarias". *Voz "Ferrocarriles"*, *op. cit.*, tomo 16, p. 7.

reparación y modernización, en su caso, de todos los elementos que componían la línea, etc.) exigía un determinado tipo de empresa, no imprescindible en la ejecución de otras obras o servicios públicos. En efecto, el empresario individual carecía de los medios técnicos, financieros y personales indispensables para la correcta instalación y el buen funcionamiento de una vía férrea. Era necesario, pues, la concurrencia de empresas sociales, que dispusiesen, sobre todo, de los recursos económicos exigidos y de una organización adecuada para poder efectuar tan ingente y novedosa empresa. La sociedades por acciones o anónimas encontraron así uno de sus ámbitos más idóneos de actuación<sup>54</sup>; el propio Código de Comercio de 1885 reguló estas sociedades en una sección diferenciada de las dedicadas a los otros tipos de compañías mercantiles<sup>55</sup>.

La conveniencia de adoptar formas organizativas y de financiación que respondiesen al nuevo "negocio empresarial" encontró repuesta en el Estado, que dictó diversas disposiciones, que expondremos a continuación, dirigidas tanto a impulsar la constitución de estas compañías como a favorecer la obtención de

---

<sup>54</sup> En este sentido, GÓMEZ GONZÁLEZ manifiesta: "Los grandes capitales que se necesitan para la explotación de las líneas férreas y la naturaleza de los servicios que prestan, obligó á que se dictaran desde un principio para los ferrocarriles disposiciones especiales..., la primera cuestión que se presenta es la de la adquisición necesaria para llevar á cabo la empresa; la importancia del mismo, motiva que difícilmente sea una sola persona la que la acometa, cosa que es más propia de una Compañía, adoptándose casi siempre la forma de Sociedad anónima, por ser la que por sus condiciones especiales resulta más apropiada á la índole de las actividades á que el capital ha de dedicarse..." *Voz "Ferrocarriles", op. cit.*, tomo 16, p. 24. . Asimismo, DUQUE DOMÍNGUEZ: "...la gran empresa moderna, con sus enormes dimensiones, con la gran cantidad de capital aportado para establecer sus instalaciones, con la procedencia multinacional del capital invertido, con la constante invocación al crédito para financiar la instalación y el funcionamiento de la empresa, con la descentralización del establecimiento principal en múltiples sucursales o establecimientos de mismo rango y función que el principal, con la pluralidad de personal necesario para su funcionamiento y, sobre todo, con el interés público, del propio Estado en su conservación y mantenimiento eficiente, que trasciende el interés de los múltiples intereses privados que pueden converger sobre la empresa que pueden converger sobre la empresa" "La modernización...", *op. cit.*, p. 146 . Por su parte, ARTOLA considera que la aparición de este medio de locomoción supuso la expansión de cierta clase de empresas mercantiles: "'La construcción del ferrocarril dio origen a un tipo especial de compañía mercantil, la sociedad de servicios públicos, de las que las concesionarias de ferrocarriles constituyen el ejemplo más significativo... En principio eran sociedades como las demás, habitualmente anónimas, aunque la legislación introdujo un serie de especificaciones, que acabarán dando origen a una fórmula especial...". *Historia de...*, *op. cit.*, p. 309 y ss..

<sup>55</sup> La Sección 90 del Título I del Libro II del Código, en sus artículos 184 a 192, contiene reglas especiales aplicables a las "Compañías de ferrocarriles y demás obras públicas". El art. 184 las define claramente: "Corresponderán principalmente a la índole de estas Compañías las operaciones siguientes: 1.0 La construcción de vías férreas y demás obras públicas, de cualquiera clase que fueren. 2.0 La explotación de las mismas, bien a perpetuidad o bien durante el plazo señalado en la concesión". La trascendencia histórica de estos contratistas se confirma una vez más, incluso el mismo texto legal dedica otra sección entera para regular la suspensión de pagos y la quiebra de estas sociedades (Sección 80 del Título I del Libro IV).

recursos -en especial financieros- por parte de las mismas, al margen, claro está, de las subvenciones y beneficios que asimismo les concedía el Gobierno.

Además, la importancia de que los titulares de la concesión fuesen empresas con forma societaria se constata al permitir la Ley General de Ferrocarriles de 3 de junio de 1855 que compañías por acciones constituidas con carácter provisional, no sólo solicitasen la correspondiente autorización legislativa de la concesión que les interesaba, sino que también participasen en el posterior procedimiento administrativo de licitación contractual para otorgar, mediante subasta, esa concesión ferroviaria al mejor postor<sup>56</sup>. Es decir, se consagró un verdadero régimen privilegiado en favor de aquellas incipientes y aún no definitivas sociedades anónimas, al estar legalmente facultadas para competir en "igualdad de condiciones" con otras empresas -sociedades por acciones incluso- que sí habían cumplido los requisitos normales exigidos por la normativa vigente entonces sobre esta clase de compañías.

Sin embargo, ante el temor de que se produjesen corruptelas, como ocurrió en épocas pasadas recientes, la propia Ley de 1855, en su artículo 46, exigió unas determinadas condiciones que debían observar estas "compañías provisionales"<sup>57</sup> para poder optar a la adjudicación de una concesión de líneas férreas: "Podrá el Gobierno autorizar provisionalmente la constitución de Compañías por acciones que tengan por objeto la construcción y explotación de los ferrocarriles, con arreglo á esta ley y á la de 28 de Enero de 1848, en cuanto no se derogue ó modifique por las disposiciones siguientes: 1.0 El capital social será cuando menos igual al importe total de las obras de construcción y del material de explotación de la línea que se proponga adquirir la Compañía. 2.0 Suscriptas que sean las dos terceras partes del capital social, podrá autorizarse la constitución provisional de la Compañía. 3.0 Esta autorización provisional faculta únicamente á la Compañía a nombrar a sus administradores, pedir la concesión de la línea que se proponga construir y explotar, presentar sus proposiciones en la subasta, si se hiciese la concesión con este requisito, y exigir de los accionistas hasta el 10 por 100 de sus acciones con destino exclusivo á cubrir los gastos de establecimiento, los del estudio del proyecto y el depósito que se exija como garantía de la

---

<sup>56</sup> Tanto Gabriel TORTELLA CASARES (*Los orígenes del capitalismo en España*, p. 168) como Miguel ARTOLA (*Historia de...*, *op. cit.*, p. 240) mencionan a estos singulares candidatos a contratistas públicos.

<sup>57</sup> El art. 47 establecía: "Se considerará constituida definitivamente la Compañía luego que se publique la ley relativa á su constitución". Por otro lado, la Ley de 11 de julio de 1856 dispuso que, una vez obtenida la concesión de esa clase de obras, podría el Gobierno autorizar la constitución de la Compañía que hubiera de llevarlas a cabo. En aquellos años aún imperaba el régimen de la obligatoria y previa aprobación administrativa para poder crear una sociedad mercantil por acciones, salvo los supuestos de constitución provisional de compañías aspirantes a la concesión de una línea férrea, como estamos viendo.

concesión. 4.0 Hasta que la Compañía no se halle constituida definitivamente y haya obtenido la concesión ó adjudicación de la línea, no podrá emitir títulos de acción ni otra clase de documentos transferibles ó negociables, siendo nulas y de ningún valor las transferencias que se hagan de las promesas de acciones ó de las acciones provisionales que se entreguen á los suscriptores. 5.0 Los primeros suscriptores y sus cesionarios son responsables solidariamente al pago de los primeros dividendos, hasta que quede cubierta la mitad del valor nominal de sus acciones. 6.0 Cuando los accionistas hayan satisfecho el valor total de sus acciones, podrán convertirse éstas en títulos al portador."

A pesar de estas limitaciones, la Ley contempla dos supuestos en que el Ejecutivo les otorgaba determinadas prerrogativas<sup>58</sup>, dada la insuficiencia del capital social aportado por los accionistas para llevar a buen término tan ingente tarea<sup>59</sup> y la decisión gubernamental de fomentar la ejecución indirecta de los caminos de hierro en España. Y en la misma línea, la Ley de 11 de julio de 1860, en su artículo 1 modifica el régimen mercantil de financiación y endeudamiento de las compañías concesionarias de obras públicas establecido por la Ley General Ferroviaria de 1855 y por la Ley de 11 de julio de 1856, con el objetivo de facilitar aún más la obtención de recursos económicos imprescindibles para la buena marcha de dichas sociedades<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> El art. 48 decía: "Si suscriptas las dos terceras partes del capital social, y realizadas é invertidas en las obras de la línea, no pudiese la Compañía hacer efectiva la otra tercera parte del capital por medio de la emisión y negociación de las acciones no suscriptas, podrá obtener autorización del Gobierno para adquirir dicha tercera parte del capital por medio de empréstitos contraídos con la hipoteca de los rendimientos del ferrocarril á cuya construcción ó explotación se destine. En este caso la autorización podrá comprender además la facultad de emitir cédulas u obligaciones hipotecarias de interés fijo y amortizables dentro del periodo de la concesión, en los años en que aquella se determine." Y el art. 49 prescribió: "También podrá obtener la Compañía autorización del Gobierno para aumentar el capital social, si la inversión de éste no hubiese bastado para poner toda la línea en estado de explotación, y si el aumento solicitado no afectase de modo alguno los fondos públicos. Si los afectase, la autorización será objeto de una ley."

<sup>59</sup> En idéntico sentido, ARTOLA, quien resalta la inexistente organización financiera de estas compañías para gestionar las obligaciones emitidas por ellas mismas para financiarse, por lo que fue necesario la creación de sociedades específicas cuya actividad principal fuese colaborar en la obtención de medios económicos para las empresas de ferrocarriles. Así, "la ley de 28 de enero de 1856 autorizó la constitución de Sociedades de Crédito que, entre otras funciones, estaban autorizadas para negociar la colocación de "acciones y obligaciones de toda clase de empresas industriales o de crédito". En este año se crearon tres importantes sociedades, que tendrán una influencia decisiva en la formación de las grandes compañías ferroviarias". *Vid. Historia de...*, *op. cit.*, pp. 240-242.

<sup>60</sup> "Las empresas concesionarias de obras públicas podrán emitir obligaciones hasta el importe de la suma total del capital realizado, en vez del límite del 50 por 100 determinado por la ley de 11 de Julio de 1856. La suscripción necesaria para autorizar la constitución de las expresadas empresas queda fijada en el 50 por 100 del capital social, en vez de los dos tercios que exigen la ley de 3 de Junio de 1855 y la citada en el párrafo anterior."

Esa política de apoyo a la formación y financiación de estas empresas mercantiles cobró un destacado impulso con la Ley de 19 de octubre de 1869, que abolió el régimen, inspirador del Código de Comercio de 1829 y de la Ley de Sociedades por Acciones de 28 de enero de 1848, que exigía la previa autorización administrativa para controlar la creación de esta clase de sociedades. Esta ley revolucionaria estableció el sistema de libre formación de las sociedades anónimas, el cual se adoptó por el posterior Código de Comercio de 1885<sup>61</sup>, cuyo artículo 117 reconoció la libertad de los particulares para crear Bancos y Sociedades mercantiles<sup>62</sup>, y su artículo 123 incluía entre estas últimas a las empresas concesionarias de ferrocarriles y tranvías<sup>63</sup>. Además, los artículos 186 y siguientes del Código reconocen a todas las sociedades de obras públicas, entre ellas las ferroviarias, especiales beneficios<sup>64</sup>.

No obstante, aquellas medidas preventivas continuaron en el Código de Comercio del 85, al exigir su artículo 185 que el capital social debía representar, al menos, la mitad del importe del presupuesto total de la obra ferroviaria, salvo cuando fuesen compañías subvencionadas, a las que se les consentía que la subvención se computase también para alcanzar la mitad del mencionado presupuesto. Y su párrafo segundo prescribe otra condición: "Las Compañías no podrán constituirse mientras no tuvieran suscrito todo el capital social y realizado el 25 por 100 del mismo."

En definitiva, las compañías concesionarias de ferrocarriles decimonónicas, en razón de la función de interés público que realizaban, gozaron de ciertos privilegios legales respecto otras sociedades mercantiles similares; pero

---

<sup>61</sup> El Decreto-ley de 28 de octubre de 1868 ya había derogado la Ley de Sociedades por Acciones de 28 de enero 1848 y su Reglamento de 17 de febrero del mismo año. Su art. 3 disponía: "Las Sociedades anónimas se someterán para su organización y manejo á las prescripciones del Código de Comercio, ínterin no se legisle sobre la materia". Y el art. 4: "Las que hoy existen podrán elegir, previo acuerdo tomado en junta general de accionistas, entre continuar sometidas á la ley de 1848 ó regirse por el Código de Comercio; y en este último caso, quedarán suprimidos de hecho los delegados ó inspectores que cerca de ellas había nombrado la Administración". En realidad, anteriormente la Ley de 1855 derogó el régimen previsto en la Ley del 48 para las empresas concesionarias de ferrocarriles.

<sup>62</sup> Art. 117, 2: "Será libre la creación de Bancos territoriales, agrícolas y de emisión y descuento; de sociedades de crédito, de préstamos hipotecarios, concesionarias de obras públicas, fabriles, de almacenes generales de depósito, de minas, de formación de capitales y rentas vitalicias, de seguros y demás asociaciones que tuvieren por objeto cualquiera empresa industrial o de comercio". Esta disposición subsistió hasta su derogación por la Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil española a las Directivas de la CEE en materia de sociedades.

<sup>63</sup> Art. 123: "Por la índole de sus operaciones podrán ser las compañías mercantiles: Sociedades de crédito. Bancos de emisión y descuento. Compañías de crédito territorial. Compañías de minas. Bancos agrícolas. Concesionarias de ferrocarriles, tranvías y obras públicas. De almacenes generales de depósito. Y de otras especies, siempre que sus pactos sean lícitos, y su fin la industria o el comercio". También este precepto ha sido derogado por la citada Ley 19/1989.

<sup>64</sup> Así, los arts. 186 y 187 permiten a las compañías de obras públicas emitir libremente obligaciones amortizables o no amortizables, nominativas o al portador.

se le aplicaron algunos límites o condiciones, precisamente en aras de garantizar el interés general que representaba su actividad empresarial y de proteger los legítimos intereses de los propios accionistas y, en su caso, de los acreedores, de dichas empresas ante la posible negligente o dolosa gestión empresarial de algún administrador o la especulación de ciertos accionistas mayoritarios<sup>65</sup>. Por consiguiente, aunque las normas anteriormente citadas que regulaban los requisitos de capacidad para poder ser concesionarios de ferrocarriles no prohibieron a las empresas individuales poder ser concesionarios de ferrocarriles ni les gravaron con limitación alguna al respecto, en la práctica la selección del concesionario recaía en una sociedad por acciones<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> GÓMEZ GONZÁLEZ expone algunas causas de esas restricciones: "... las disposiciones tienden también a fijar la responsabilidad de las referidas Compañías y á sujetarlas á ciertas limitaciones, para que, bajo un supuesto de utilidad, no puedan servir los privilegios que con dicho motivo se les otorgan, de base para una explotación de la ignorancia de los que concurren a prestar sus capitales á la Empresa, lo que desgraciadamente, se ha repetido en distintas ocasiones, causando los fracasos y falta de garantía de las Compañías la ruina y desolación de un sin número de pequeños capitalistas, que han visto evaporarse sus ahorros, con grandes fatigas conseguidas, en beneficio de unos cuantos que sin aprensión alguna, han sabido enriquecerse con los despojos ajenos, substrayéndose á toda clase de responsabilidades". "Voz Ferrocarriles", *op. cit.*, tomo 16, p. 24.

<sup>66</sup> Hasta tal extremo que TORTELLA CASARES afirma: "... todas las compañías ferroviarias eran sociedades anónimas...". *Los orígenes...*, *op. cit.*, p. 178. Asimismo, la propia legislación ratifica, en nuestra opinión, esta hipótesis, pues ni la Ley General de 1855 ni la de 1877 contienen precepto alguno sobre la extinción o transmisión de la concesión por fallecimiento del concesionario. En cambio, sí regularon las transferencias *inter vivos* de las concesiones ferroviarias.

## La ejecución de las Providencias Administrativas dictadas por las Inspectorías del Trabajo con ocasión de los reenganches y pago de salarios caídos de los trabajadores (Réplica)

Igor Villalón

### Sumario

- I. El planteamiento efectuado por el autor del trabajo “Autotutela Administrativa vs Intervención Judicial”.
- II. La falta de jurisdicción y la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos
- III. De las normas vigentes aplicables
- IV. La sentencia “Guardianes Vigiman, S.R.L.”
- V. Criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia
- VI. De llamado “Trance de la Ejecución de los Actos de Inspectorías”
- VII. La jurisprudencia

#### *I. El planteamiento efectuado por el autor del trabajo “Autotutela Administrativa vs Intervención Judicial”*

De modo preliminar es importante advertir, que si bien es respetable el criterio sostenido por el mencionado autor, en el cual afirma abiertamente que la Sala Político-Administrativa incurre en un error al declarar que “*el Poder Judicial no tiene jurisdicción para conocer de la ejecución de las Providencias Administrativas emitidas por la Inspectorías del Trabajo que ordenan el reenganche y el pago de los salarios caídos de los trabajadores y trabajadoras*”, en esta oportunidad, se asumirá el riesgo de cuestionar con ética y respeto profesional dicho planteamiento a través de la presenta replica.

#### *II. La falta de jurisdicción y la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos*

Vista la temática del debate y de modo preliminar es oportuno traer a colación al célebre autor Arístides Rengel Romberg, en su Tratado de Derecho Procesal Civil, quien definió la falta de jurisdicción, indicando lo siguiente:

*“(...) cuando el asunto sometido a la consideración del Juez, no corresponde a la esfera de sus poderes y deberes en su función de administrar justicia, (...), sino a la esfera de*

*atribuciones (...) de otros órganos del poder público como son los órganos administrativos ”.*<sup>1</sup> (Destacado nuestro).

Asimismo, el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil en lo que respecta a la falta de jurisdicción, establece:

*“La falta de jurisdicción del Juez respecto a la administración pública, se declarará aún de oficio, en cualquier estado e instancia del proceso”.*<sup>2</sup> (Destacado nuestro).

En ese mismo orden de ideas, el autor Gerardo Mille Mille, en su obra *“Validez y Nulidad de los Procedimientos y Actos Administrativos del Trabajo”*, señaló:

*“(...) En resumen, por EJECUTIVIDAD de las providencias de los inspectores del Trabajo, se entiende que las mismas constituyen o equivalen a un título ejecutivo suficiente por sí mismo para cumplirse materialmente. Y por EJECUTORIEDAD de las mencionadas providencias, se entiende que las autoridades administrativas disponen de los recursos suficientes para hacer que se cumplan sus decisiones, sin necesidad de recurrir a los tribunales, haciendo intervenir a los agentes de la misma Administración (...)”.*<sup>3</sup>

En ese mismo sentido, el Alto Tribunal de la República en Sala Político-Administrativa ratifica su criterio expuesto entre otras, en la decisión N° 0845 del 11 de julio de 2013, oportunidad en la que estableció *“(...) se impone ratificar una vez más el criterio reiterado en la sentencia N° 64 del 30 de enero de 2013-conforme al cual los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo son actos administrativos que gozan de los principios de ejecutividad y ejecutoriedad, en virtud de lo dispuesto en los artículos 8 y 79 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (...)”.*<sup>4</sup>

Dichas normas disponen, lo siguiente:

<sup>1</sup> Rengel Romberg, Arístides. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Capítulo II. Tomo I. Editorial Libris, Caracas, 2003, p. 103.

<sup>2</sup> Calvo Baca, Emilio. *Código de Procedimiento Civil*. Código comentado. Ediciones Libra, Caracas, 2011, p. 85.

<sup>3</sup> Mille Mille, Gerardo. *Validez y Nulidad de los Procedimientos y Actos Administrativos del Trabajo*. Volumen XIX, Editorial Paredes Libros Jurídicos, Caracas, 2005, p. 348-350.

<sup>4</sup> Sentencia N° 01405 de fecha 7 de diciembre de 2016 dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

La ejecución de las Providencias Administrativas dictadas por las Inspectorías del Trabajo con ocasión de los reenganches y pago de salarios caídos de los trabajadores (Réplica)

*“Artículo 8. Los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución **deberán ser ejecutados por la Administración** en el término establecido. A falta de este término se ejecutarán inmediatamente”.*

*“Artículo 79. La ejecución forzosa de los actos administrativos **será realizada de oficio por la propia administración** salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial”. (Resaltado nuestro).*

Por aplicación de los citados principios y en ejercicio de la potestad de autotutela, la Administración puede por sí sola realizar todas las actuaciones materiales tendentes a obligar o constreñir a los particulares a cumplir con sus actos o Providencias, para lo cual cuenta con mecanismos expresamente previstos en la Ley para ejecutar forzosamente sus decisiones.

### *III. De las normas vigentes aplicables*

En este punto, sin ánimo de ser repetitivo, es preciso destacar que el autor del artículo “Autotutela Vs. Intervención Judicial”, “**reconoce**” que con la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, publicada en el año 2012, se establecieron un conjunto de normas y regulaciones, que fortalecieron las competencias de la Inspectoría del Trabajo “*como institución*”.

Igualmente, hace referencia a la creación de la figura del Inspector de Ejecución, así como la tipificación del arresto como medida represora para aquel patrono que desacatará el mandamiento de una Providencia.

En tal sentido, es indispensable reiterar el contenido de los artículos 512, 537 y 538, los cuales son del tenor siguiente:

#### **“Inspector o Inspectora de Ejecución**

**Artículo 512.** *Cada Inspectoría del Trabajo tendrá Inspectores o Inspectoras de Ejecución con la suficiente jerarquía, facultad y competencia para ejecutar y hacer cumplir todos los actos administrativos de efectos particulares, que hayan quedado firmes y que requieran medios y procedimientos para hacer cumplir el contenido de los mismos, que garanticen la aplicación de las normas de orden público del trabajo como hecho social y protejan el proceso social de trabajo.*

*Serán facultades y competencias de los Inspectores o Inspectoras de Ejecución:*

*a) Ejecutar los actos administrativos de efectos particulares que le sean aplicables a los patronos y las patronas.*

*b) Dictar medidas cautelares en los supuestos en que el acto administrativo no se cumpla en el plazo de ley, ni acatadas sus condiciones, pudiendo ordenar el procedimiento de sanción por reincidencia o rebeldía del patrono o patrona.*

*c) Solicitar la revocatoria de la Solvencia Laboral hasta que se demuestre el cumplimiento del acto administrativo de que se trate.*

*A los efectos de ejecutar las previsiones mencionadas y en caso de necesidad, cuando exista obstrucción por parte del patrono o patrona o de sus representantes, los Inspectores e Inspectoras de Ejecución podrán solicitar el apoyo de la fuerza pública que estará en la obligación de prestarlo. El Inspector o Inspectoras de Ejecución podrá solicitar, además, la actuación del Ministerio Público para el procedimiento de arresto del patrono, patrona o sus representantes que obstaculicen la ejecución de la medida, de lo cual informará al ministro o ministra del Poder Popular en materia de trabajo y seguridad social.*

*(...Omissis...)*

### ***Infracción a las garantías a la negociación colectiva***

***Artículo 537.*** *El patrono o patrona que viole las garantías legales del derecho a la negociación colectiva será sancionado o sancionada con multa no menor del equivalente a ciento veinte unidades tributarias, ni mayor del equivalente a trescientas sesenta unidades tributarias.*

### ***Causas de arresto***

***Artículo 538.*** *El patrono o patrona que desacate la orden de reenganche de un trabajador amparado o trabajadora amparada por fuero sindical o inamovilidad laboral; el que incurra en violación del derecho a huelga, y el que incumpla u obstruya la ejecución de los actos emanados de las autoridades administrativas del trabajo, será penado con arresto policial de seis a quince meses. Esta pena, tratándose*

La ejecución de las Providencias Administrativas dictadas por las Inspectorías del Trabajo con ocasión de los reenganches y pago de salarios caídos de los trabajadores (Réplica)

*de patronos o patronas asociados o asociadas, la sufrirán los instigadores o instigadoras a la infracción, y de no identificarse a éstos o estas, se aplicará a los miembros de la respectiva junta directiva. El inspector o inspectora del trabajo solicitará la intervención del Ministerio Público a fin del ejercicio de la acción penal correspondiente”.*

De las disposiciones transcritas se deriva que el precitado Decreto, ordenó la creación dentro del seno de cada Inspectoría del Trabajo de un Inspector de Ejecución, a quien le compete la ejecución de los actos administrativos particulares que impongan alguna obligación a los patronos y, a propósito de tal competencia, le facultó para adoptar determinadas previsiones ante el incumplimiento del obligado, a saber, dictar medidas cautelares, ordenar el procedimiento de sanción contra el patrono rebelde o reincidente, y solicitar la revocatoria de la solvencia laboral, pudiendo incluso requerir el apoyo de la fuerza pública y del Ministerio Público para el procedimiento de arresto.

De lo expuesto se deriva que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras prevé los mecanismos para hacer cumplir, en el ámbito de la propia Administración, las decisiones que emanen de las autoridades del trabajo. De manera que, existe un procedimiento especial mediante el cual las Inspectorías del Trabajo pueden llevar a cabo la ejecución forzosa de sus Providencias Administrativas, entre las que se encuentran, aquellas que ordenen el reenganche y el pago de los salarios caídos de los trabajadores y las trabajadoras.

Adicionalmente, el artículo 547 *eiusdem* establece el procedimiento para la aplicación de las sanciones a que se refiere el Título IX de dicho texto legal, el cual se inicia con un acta “*circunstanciada y motivada*” que levantará el funcionario de inspección una vez “*verificada*” la infracción. Acto seguido, el presunto infractor contará con un lapso de cinco (5) días hábiles para formular los alegatos que juzgue pertinentes e igualmente dispondrá de tres (3) días hábiles para promover y evacuar pruebas.

Finalmente, el funcionario dictará la resolución que proceda y, de declarar la responsabilidad del infractor, impondrá en el mismo acto la sanción correspondiente, decisión contra la cual aquel podrá interponer el recurso previsto en el artículo 548 *eiusdem*.

#### *IV. La sentencia “Guardianes Vigiman, S.R.L.”*

Uno de los elementos claves utilizados por el autor del artículo “*Autotutela Vs. Intervención Judicial*”, es el contenido de la sentencia N° 2308 de fecha 14 de

diciembre de 2006 dictada por la Sala Constitucional del Alto Tribunal de la República (caso: Guardianes Vigiman, S.R.L.).

El autor Jonás Aponte, comienza el análisis indicando:

*“resulta oportuno citar el contenido y soluciones brindadas por el fallo de la Sala Constitucional, Guardianes Vigiman, S.R.L., que de alguna forma terminó por zanjar las dificultades prácticas que para dicho momento suponía la ejecución de una Providencia dictada por un Inspector del Trabajo”.*

De lo expuesto, se observa que el autor inició su análisis reconociendo que dicha decisión surge en un momento histórico para resolver las dificultades prácticas que para el momento se encontraban vigentes, lo que de entrada podría suponer su primera contradicción, pues luego de haber indicado que las normas incorporadas a la reforma de Ley Orgánica de 2012, tuvieron como objeto “fortalecer las competencias de la Inspectoría”, podría suponerse que el legislador abrigó tales vacíos.

*Igualmente, observamos otra imprecisión del autor cuando al describir el contenido de la decisión bajo análisis “advirtió a los jueces que ningún acto de la Administración Pública puede estar excluido del control jurisdiccional, por lo tanto, no resulta posible declarar la falta de jurisdicción frente a situaciones que, de no proveerse la actuación judicial correspondiente, constituiría una denegación de justicia”.*

Tal aseveración no resulta del todo cierta pues la mencionada decisión expresó:

*“(…) la ejecución de las decisiones administrativas debe ser exigida primeramente en vía administrativa y, en caso de no ser fructífera la gestión, agotado como haya sido el procedimiento de multa previsto en la Ley Orgánica del Trabajo Título XI, podría recurrir a los mecanismos jurisdiccionales ordinarios de los que conocen los tribunales de lo contencioso administrativo.*

*De ese modo, sólo en situación excepcional cuando el incumplimiento afecte un derecho constitucional, puede recurrirse al amparo constitucional, para exigir un mandamiento judicial que consista en una conducta que debió instarse directamente en sede administrativa, como en principio es el caso de autos. La naturaleza del amparo constitucional, tal como es la pacífica jurisprudencia de esta*

La ejecución de las Providencias Administrativas dictadas por las Inspectorías del Trabajo con ocasión de los reenganches y pago de salarios caídos de los trabajadores (Réplica)

*Sala, es la de un mecanismo extraordinario, que sólo procede cuando se han agotado las vías ordinarias o, en caso adicional, cuando no es posible exigir ese agotamiento en vista de las circunstancias del caso concreto y de la urgencia de resolución de la controversia.*

*En todo caso, sí **procedería el amparo** -sin lugar a dudas- en los supuestos en que, pese a la diligencia del interesado en solicitar la actuación de la Administración, no consiga satisfacción a su primigenia pretensión -el desalojo, el reenganche, por ejemplo-, pues es sabido que el poder de los órganos administrativos, a los efectos de la ejecución de cierto tipo de decisiones, es limitado, por lo que, en caso de desacato, apenas cuenta con instrumentos indirectos de presión, como las multas, las cuales en ocasiones se presentan como insuficientes para influir realmente en la conducta del obligado (...)*”.

De la referida decisión, debe entenderse entre otras cosas, que para la época resolvió una serie de complejidades referidas a las ejecuciones de los actos de las Inspectorías del Trabajo.

Luego se alude a un voto salvado que en nuestra opinión favorece las tesis del que el Poder Judicial -en principio- no tiene jurisdicción para ejecutar las Providencias Administrativas dictadas por las Inspectorías del Trabajo, pues tal y como se afirma en el trabajo objeto de replica *“la ejecutividad y ejecutoriedad (artículo 8 de la LOPA) no impide que cuando la Administración se niega a ejecutar sus actos, sea el Juez, quien mediante el control de esa negatividad ordene su ejecución a través de las vías contenciosos administrativos”*.

#### V. Criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

En este punto es oportuno traer a colación el criterio emanado de la Sala Constitucional que estableció el criterio “vinculante” en la decisión N° 1.063 del 05 de agosto de 2014, en los siguientes términos:

*“(…) En ese sentido, esta Sala debe señalar que el objetivo del legislador al señalar que ‘en caso de reenganche, los tribunales del trabajo competentes no le darán curso alguno a los recursos contenciosos administrativos de nulidad, hasta tanto la autoridad administrativa del trabajo no certifique el cumplimiento efectivo de la orden de reenganche y la restitución de la situación jurídica infringida’, es el de salvaguardar el derecho al trabajo, al salario y a la*

*estabilidad del trabajador que cuenten con una orden de reenganche a su favor, como factor esencial del derecho social, durante la tramitación del procedimiento de nulidad de la providencia administrativa impugnada por el patrono, hasta tanto se produzca una sentencia definitivamente firme; sin embargo, no puede considerarse que la referida disposición establezca una causal de inadmisibilidad para la interposición de la demanda, por cuanto la certificación del cumplimiento efectivo de la orden de reenganche no depende del patrono sino de la autoridad administrativa, a la cual no se le ha impuesto un tiempo para otorgarla o como sucede en el presente caso, en el cual el incumplimiento del reenganche es atribuible al trabajador y no al patrono (...)*”.

Conforme al criterio plasmado, en los casos de reenganche, los tribunales del trabajo competentes no le darán curso alguno a los recursos contenciosos administrativos de nulidad, hasta tanto la autoridad administrativa del trabajo no certifique el cumplimiento efectivo de la orden de reenganche y la restitución de la situación jurídica infringida.

Ello así, podemos señalar:

Primero, que la sentencia Guardianes Vigiman, S.R.L. dejó establecido que los actos administrativos debían ser ejecutados forzosamente por el órgano emisor, sin que mediase intervención judicial, situación que refuerza no sólo el criterio sostenido en la actualidad por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sino también el principio de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos conforme a lo previsto en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Segundo, que los actos dictados por las Inspectorías del Trabajo, debían ser exigidos primeramente en la vía administrativa, posición que resulta lógica y adecuada, pues ahí radica -se insiste- el principio de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos dictados por la Administración, lo que disgrega lo afirmado respecto a la no existencia de “*un procedimiento específico en la L.O.T. que deba servir a la Administración autora para la ejecución forzosa en caso de contumacia del patrono*”.

Tercero, si bien el procedimiento de multa no constituye un beneficio para el trabajador, es una sanción que constriñe al patrono, el cual además en ningún momento se ve eximido de cumplir con sus obligaciones frente al trabajador.

Cuarto, en la actualidad no es posible señalar asumir que se encuentre negada la posibilidad de que los particulares acudan a las vías ordinarias, al

La ejecución de las Providencias Administrativas dictadas por las Inspectorías del Trabajo con ocasión de los reenganches y pago de salarios caídos de los trabajadores (Réplica)

contrario agotado el procedimiento previo, el trabajador puede acudir a la vía jurisdiccional para su ejecución en fase judicial.

Quinto, no parece tener sentido que el Poder Judicial, tenga que solapar - lo que el autor calificó con palabras más o palabras menos- como “*mal el funcionamiento que puedan tener las Inspectorías de Trabajo*”, al contrario, debe dársele un voto de confianza por ser el órgano administrativo encargado de velar por los derechos de los trabajadores y trabajadoras.

Es importante advertir que el funcionamiento de las Inspectorías del Trabajo, no es el del año 2006, fecha en la que fue dictada la sentencia Guardianes Vigiman, S.R.L., la cual entró a suplir de alguna manera el vacío legal que respecto al tema de la ejecución existía. Lo contrario sería desconocer el avance legislativo que en esta materia ha querido darse, pues en definitiva el objetivo del Legislador fue crear la figura del Inspector o Inspectora de Ejecución para evitar precisamente un juicio en el cual el trabajador deba costear los gatos y honorarios de un abogado y en muchos casos esperar un largo periodo de tiempo para recibir una decisión, pues como bien es sabido los Tribunales del país están atiborrados de causas, ello sin contar con las triquiñuelas de tipo procesal que la representación judicial de los patronos suelen hacer para retrasar el oportuno pronunciamiento, en el juicio cuando es un hecho notorio al menos *prima facie* que quien ha violentado el derecho, es quien ha decidido despedir a un trabajador que posee inamovilidad.

#### VI. De llamado “*Trance de la Ejecución de los Actos de Inspectorías*”

Aunado a lo anterior, vale agregar que en la actualidad el marco jurídico venezolano posee una variedad de normas que atribuyen casi de forma exclusiva las competencias ejecutivas de la Administración Pública, lo que en principio debe entenderse como una interpretación lógica de la teoría de la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos.

Igualmente, dicha interpretación se encuentra actualmente reconocido tanto por la Sala Político Administrativa como por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia las cuales sostienen -y en esto no hay discusión- que los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo son actos administrativos que gozan de los principios de ejecutividad y ejecutoriedad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En esta oportunidad disintimos de su opinión, pues de asumirse tal postura, se estaría generando un evidente retroceso de la doctrina y la jurisprudencia en el tema, por tal motivo pensamos que contrario de lo sostenido por autor, el Poder Judicial no debe tener jurisdicción para conocer de la ejecución de las mencionadas Providencias.

La posición que se pretende justificar en estas breves líneas, tiene su fundamento en el criterio sostenido por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en materia de ejecución de Providencias Administrativas emanadas de las Inspectorías del Trabajo. Por supuesto nuestra intención no es presumir de ella, sino colaborar con el foro jurídico con el propósito de que el lector asuma de manera individual una o ambas interpretaciones.

### *VII. La jurisprudencia*

En base a lo antes expuesto, consideramos que el criterio que en la actualidad sostiene la Sala Político Administrativa resulta conforme a derecho pues protege y reconoce los derechos de los trabajadores y trabajadoras.

Finalmente, no esperamos recibir una respuesta del autor sino de quienes tienen la oportunidad de revisar nuestros artículos y tienen la posibilidad de respaldar uno u otro criterio.

## Perspectiva crítica de la valoración judicial de la conducta de la parte en el proceso\*

*Jorge Isaac González Carvajal*

*La tutela degli interessi di parte è il solo elemento essenziale del processo, punto di partenza e punto di arrivo. Tutto il resto è, dal punto di vista strettamente tecnico, accessorio e secondario. Invertite le posizioni, fate dell'interesse collettivo il fine del processo, l'interesse di parte non trova più dove collocarsi, e siete costretti a fare anche di esso un interesse collettivo, cioè praticamente ad abolirlo.*

Salvatore Satta

### Sumario

- I. Introducción
- II. El concepto de parte procesal y la valoración judicial de la conducta de la parte.
  - A. El abogado en el proceso
  - B. La capacidad de postulación ¿Conducta de la parte o conducta de su abogado?
  - C. La lealtad del abogado con su defendido.
  - II. La dialecticidad del proceso y las partes
    - A. El proceso como competencia o juego razonado
    - B. El proceso como método de debate dialéctico frente a las corrientes de publicización
    - C. Una distinción necesaria: Deberes, obligaciones y cargas procesales
      - i. Importancia de la distinción entre carga, obligación y deberes procesales frente a las normas que permiten la valoración judicial de la conducta de las partes. Un ejemplo paradigmático: La exhibición documental
      - ii. Función de la carga procesal.
- III. Valoración judicial de la conducta de las partes

---

\* El presente escrito, que retoma y reelabora el texto de la ponencia presentada en el III Congreso de Derecho Procesal: "Constitución y reforma del Código de Procedimiento Civil" en Homenaje al Dr. Román José Duque Corredor, Valle de la Pascua, 30 y 31 de octubre de 2015, organizado por el Centro de Estudios Jurídicos Procesales del Estado Guárico, fue publicado inicialmente en la *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*, n° 7, septiembre 2016, II-CXLIV-236, [www.ijeditores.com.ar](http://www.ijeditores.com.ar), dirigida por el Dr. Gustavo Calvino. Agradezco al Director y a la Revista haber consentido que se reproduzca en esta publicación.

- A. Las normas jurídicas sobre moralidad procesal o buena fe procesal: Normas en blanco, conceptos válvula y/o cláusulas generales y la valoración judicial de la conducta de las partes
- B. Naturaleza jurídica
  - i. Valoración judicial de la conducta de las partes como sanción ante la violación de un deber
- C. Manifestaciones del fenómeno
- D. Límites a la valoración judicial de la conducta de las partes
- E. Supuestos específicos de valoración judicial de la conducta de las partes.
- IV. Conclusión

### I. Introducción

Dentro de las tendencias procesales actuales en Latinoamérica, se encuentra muy vigente en doctrina, jurisprudencia y legislación la discusión acerca del tipo de modelo de proceso que debe adoptarse, en este sentido, no sin resistencia, se ha argumentado a favor de un modelo procesal colaboracionista o solidario, donde se da preponderancia, como corolario del principio de moralidad, al llamado deber de colaboración procesal (particularmente en materia probatoria) de las partes para con el juez. Y a su vez, de éste, entre otras consecuencias, se argumenta sobre la posibilidad de valorar judicialmente la conducta procesal de las partes (o mejor de sus abogados).

Se afirma que la conducta procesal de las partes que contraría los imperativos abiertos e indeterminados que se deducen de la moralidad procesal (entre ellos la colaboración), puede llegar a transformarse en elemento de convicción para que el juez decida el fondo de la causa, bien como elemento corroborante de prueba o como un elemento suficiente para la acreditación/desacreditación de los hechos controvertidos, participando, además, en la categoría de sanción a la parte que no colabora con la finalidad del proceso.

En atención al poder general que se le otorga al juez, bien por vía normativa (norma expresa<sup>1</sup>) o bien por vía de construcción de normas<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Nos referimos a los artículos 48 y 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo de Venezuela. Al respecto véase HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo: El nuevo proceso laboral venezolano, CEJUZ, Caracas, 2006, pp. 195-204 y 392-394.

<sup>2</sup> En este sentido, sobre la base de una norma expresa, a saber, el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, en coordinación con otras normas expresas, v. gr. el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil y los artículos 26 (tutela judicial efectiva), 49 (debido proceso) y 257 (el proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se infiere una *norma inexpressa*, a saber, que el juez civil debe/puede extraer elementos de convicción de la conducta procesal de las partes contraria al principio de moralidad o buena fe procesal.

(inexpresas<sup>3</sup>). Todo esto, a nuestro parecer, bajo una falta de rigor y racionalidad<sup>4</sup> en cuanto al contexto donde se utiliza este tipo de tesis: *el proceso*.

Para desarrollar las ideas que nos convocan creemos necesario señalar qué entendemos por proceso, pues de ello dependerá la línea argumentativa de este trabajo. Y en este sentido, entendemos que el proceso es método, específicamente un «medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en perfecto pie de igualdad (para descartar el uso de la fuerza) ante un tercero (que, como tal, es imparcial, imparcial e independiente) que heterocompondrá el litigio si es que no se disuelve por alguna de las vías posibles de autocomposición»<sup>5</sup>.

La idea dialéctica del proceso como medio o método de debate, permite una claridad previa para iniciar una discusión sobre temas controversiales. La prueba es uno de esos temas, más aun cuando se la relaciona con la conducta de

---

<sup>3</sup> Las normas inexpresas son «recabadas de las normas formuladas (o de una combinación de normas formuladas, o de una combinación de fragmentos de normas formuladas) mediante procedimientos argumentativos de diversa naturaleza, bien lógicos (p. ej. deductivos), o pseudo lógicos (por ejemplo, por vía de analogía)» Cfr. GUASTINI, Riccardo: *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 56, 427-434.

<sup>4</sup> El *racionalismo*, vocablo no entendido en modo unívoco, Vid. FERRATER MORA, José: *Diccionario de Filosofía*, 4ª ed., Sudamericana, Buenos Aires, 1958, p. 1129, es utilizado en este trabajo fundamentalmente como «teoría según la cual la razón equiparada con el pensar o la facultad pensante es superior a la emoción y a la voluntad» Vid. Íd., p. 1127., en el entendido que en el proceso la facultad pensante (mejor dicho, decisoria) del juez está condicionada por características propias del método, que hacen necesario que la emoción y/o voluntad del juzgador queden fuera de los elementos que pueda legítimamente considerar para decidir; además incluimos referencia a la racionalidad como coherencia del sistema normativo (en funcionamiento). Y precisamente, las normas que cuestionamos en este trabajo favorecen el imperio de la emoción y voluntad (además de otros elementos no jurídicos) del juez en la toma de sus decisiones y la incoherencia con algunas normas del ordenamiento jurídico (p. ej. la no discriminación entre abogado y parte). Tampoco estudiamos el racionalismo que se estudia como característica del razonamiento o la argumentación judicial (al razonar o dar razones), es decir, como proceso intelectual, pues escapa de nuestro objeto de investigación, sobre lo cual puede verse TARUFFO, Michele: *La motivación de la sentencia civil*, Trad. L. CORDOVA VIANELLO, Trotta, Madrid, 2011, pp. 201 ss., no obstante que «en el mundo del Derecho también hay razonamientos que necesitan de ciertas reglas para lograr sus fines y esto es racional» Cfr. TOSTA, María Luisa: *Lo racional y lo irracional en el derecho*, UCV, Caracas, 2009, p. 210., ni tampoco nos referimos a la racionalidad probatoria o *principio de racionalidad de la prueba*, Vid. COUTURE, Eduardo J: «Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano», en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1979, t. I, pp. 318 ss., al respecto véase también RIVERA MORALES, Rodrigo: *Actividad probatoria y valoración racional de la prueba*, Librería J. Rincón G, Barquisimeto-Venezuela, 2010, *passim*., pues como se expondrá en el texto principal, se cuestiona el poder del juez *per se* (o las normas que atribuyen este poder), más allá (o mejor, antes) de la valoración probatoria. Entendemos que el poder general que se cuestiona privilegia, no la resolución de la controversia en atención las reglas del proceso, sino en atención a valoraciones *subjetivas* del juez (donde se inscriben prejuicios, ideologías, sentimientos y emociones). Lo que resulta contrario e incoherente a la idea de proceso como método de debate dialéctico e instrumento de justicia.

<sup>5</sup> Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo: *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Reimp., 1ª parte, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 259.

las partes dentro de este método (el proceso). Sin desconocer que el proceso genera una relación jurídica (von Bülow), así como también situaciones jurídicas (Goldschmidt), decir que el proceso es un método de debate dialéctico, en el sentido antes enunciado, permite una claridad previa para su estudio.

Como método se manifiesta con rigor y para que siga siendo lo que está llamado a ser debe observar principios. Para que el *proceso* pueda ser identificado como una categoría jurídica única e irrepetible de cualquier otra forma que exista de solucionar conflictos, se hace menester «formular principios necesarios para lograrlo [lo que] implica tanto como trazar líneas directivas fundamentales que deben ser *imprescindiblemente* respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema»<sup>6</sup>.

La buena fe procesal, entendida como principio (principio de moralidad procesal), es a menudo justificada desde un concepto más amplio de buena fe, fundamentalmente desde aquel concepto del derecho privado e incluso, como una máxima que debe gobernar todo tipo de relación jurídica; por ejemplo señala Chioventa que «lo mismo que cualquier relación jurídica o social, la relación procesal debe ser regida por la buena fe»<sup>7</sup>.

La buena fe procesal es relacionada con el valor probatorio o de convicción de la conducta procesal de las partes, cuando este es el resultado de la violación al principio de moralidad (al deber de buena fe procesal, probidad, lealtad, deber de decir la verdad o deber de veracidad, de colaboración, etc.) infiriéndose, total o parcialmente de la conducta de una de las partes, alguna consecuencia determinante de la prueba y/o del resultado del proceso.

---

<sup>6</sup> Cfr. Íd. Sobre cuáles son los principios que rigen al proceso, la doctrina procesal no es conteste y es evidente que la toma de posición ideológica determina qué principios se incluyen como rectores del proceso, al respecto Vid. COUTURE, Eduardo J: ob. ult. cit., pp. 292 ss., asimismo véase CUENCA, Humberto: Derecho procesal civil. La competencia y otros temas, 9ª ed., Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca, Caracas, 2005, t. I, pp. 52-53, por ejemplo, en Venezuela la doctrina autoral considera como principios procesales a la oralidad y a la escritura, la intermediación o mediación, la concentración o el fraccionamiento, y como paradigma de principios procesal al denominado principio dispositivo y al principio inquisitorio. Vid. RENGEL-ROMBERG, Aristides: Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo código de 1987, Ex Libris, Caracas, 1991, t. I, pp. 33 ss. Para ALVARADO VELLOSO tales *líneas directivas* (principios) son únicamente: principio de igualdad de las partes, principio de imparcialidad del juzgador, principio de transitoriedad del proceso, principio de eficacia de la serie procedimental y principio de moralidad procesal. V. ALVARADO: ob. ult. cit., pp. 260–262. Sobre los diversos conceptos de *principios jurídicos* véase BOBBIO, Norberto: “Principi generali di diritto”, en Saggi sulla scienza giuridica, Giappichelli, Torino, 2011, p. 98., así como GUASTINI: ob. cit., pp. 75 ss., siendo nuestro interés resaltar en esta sede que la doctrina procesal es conteste en identificar a la moralidad o buena fe procesal, como un principio del derecho procesal.

<sup>7</sup> Cfr. CHIOVENTA, Giuseppe, Principios de derecho procesal civil, 3ª ed., Trad. J. CASAS y SANTALÓ, Reus, Madrid, 1977, II, p. 211., sin embargo, la lectura completa de la opinión del autor es crítica, líneas después que afirma lo citado en el texto principal.

En los ordenamientos jurídicos Latinoamericanos y más allá, se ha regulado expresamente la posibilidad de valorar judicialmente la conducta de las partes. En ocasiones se parte de normas que prevén instituciones probatorias reconocidas en algunas legislaciones (v.gr. exhibición documental, inspecciones corporales) hasta supuestos normativos radicalmente diferentes y abiertos<sup>8</sup> que otorgan al juez la posibilidad de extraer convicción meritoria de la conducta de las partes, orientados por la violación del deber de colaboración y/o deber de buena fe procesal que no obstante la falta de determinación en la mayoría de los casos de los supuestos de hecho (específicos) de tales normas permiten ser fuente para la «inferencia» que arma el juez».

En Venezuela la Ley Orgánica Procesal del Trabajo en los artículos 48 (norma ubicada en el Título IV, relativo a las partes) y 122 (norma ubicada en el Título VI, relativo a las pruebas, particularmente en Capítulo XII, relativo a los indicios y presunciones), permite al juez laboral «*extraer elementos de convicción de la conducta procesal de las partes, de sus apoderados o de los terceros*»<sup>10</sup>. Y

---

<sup>8</sup> Es el caso del artículo 162. 5 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, del artículo 241 del Código General del Proceso de Colombia, del artículo 56 del Código Procesal Civil de Paraguay, del artículo 282 del Código Procesal Civil de Perú, del artículo 142. 2 de Código General del Proceso de Uruguay y los artículos 48 y 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo en Venezuela. El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica establece en su artículo 177.3., que la falta de colaboración de una parte en la práctica de una prueba permite al juez confirmar la exactitud de la afirmación de la parte contraria. Probablemente el antecedente de normas de este género se encuentre en el párrafo 2º, del artículo 116 *Codice di procedura civile* italiano de 1942, que debe ser entendido como un supuesto especial que regula la posibilidad del juez de inferir *argumentos de prueba* del comportamiento de las partes en el proceso, entendido como un verdadero neologismo jurídico, cf. TARUFFO, Michele: *La prova nel processo civile*, Giuffrè, 2012, pp. 1116 ss. En sentido similar la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000 en su artículo 307 regula el efecto procesal del silencio del litigante.

<sup>9</sup> Incluso se han construido interpretaciones particularistas sobre la significación de ciertos actos procesales y sus efectos (nos referimos al planteamiento de la excepción procesal de arbitraje en Venezuela, que según sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela n° 1067/2010, caso: *Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A c/ Oceanlink Offshore III AS*, publicada en Gaceta Oficial n° 39.561 de 26 de noviembre de 2010, debe hacerse a través de la excepción de falta de jurisdicción, siendo necesario, además, que el juez haga «un examen respecto de si las conductas procesales de las partes en disputa expresan una *indiscutible orientación* de someterse a arbitraje»). Al respecto véase nuestro trabajo “Reflexiones sobre las tendencias jurisprudenciales sobre conflicto de jurisdicción cuando existe acuerdo de sometimiento arbitral” en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 3, 2014, pp. 315 ss.

<sup>10</sup> En Venezuela encontramos antecedentes normativos que imponen deberes de lealtad y probidad en procedimientos administrativos, como la derogada Ley de Costos y Precios Justos de 2011, que establece en el artículo 49.5: «Los procedimientos contemplados en el presente Capítulo se rigen, entre otros, por los siguientes principios: ... Omissis... 5. Lealtad y probidad procesal: Los interesados, interesadas, sus apoderados, apoderadas, abogados y abogadas deben actuar en el procedimiento con lealtad y probidad. *En este sentido, se podrán extraer conclusiones en relación al interesado o interesada atendiendo a la conducta que éste asuma en el procedimiento, especialmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios*

aunque no sea aun Ley en la República, el Proyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil de 2014, propuesto por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, establece expresamente una disposición normativa del género en el artículo 464 (norma ubicada en el Título III, relativo a la instrucción de la causa, particularmente en Capítulo VIII, relativo a los indicios y presunciones) que reza: *«El juez o jueza puede extraer conclusiones en relación con las partes, atendiendo a la conducta que estas asuman en el proceso, particularmente, cuando se manifieste notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del juez o jueza estarán debidamente fundamentadas en elementos de autos»*.

El Código de Procedimiento Civil venezolano vigente conserva la especificación de supuestos en los cuales una determinada conducta de las partes puede tener determinadas consecuencias probatorias<sup>11</sup>, pero no incluye norma expresa general que permita extraer elementos de convicción de la conducta de las partes como lo hace la Ley de rito laboral (o el Proyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil), lo que no ha sido óbice para que la doctrina autoral argumente a favor de la existencia de una norma inexpressa que establece la posibilidad de extraer o deducir elementos de convicción de la conducta procesal de las partes por violación del principio de moralidad o buena fe procesal.

Con este ensayo desarrollamos una serie de argumentos que giran alrededor de estos dos temas fundamentales del proceso, a saber, la moralidad en el proceso y la valoración judicial de la conducta de las partes por ser contraria a aquella.

Adelantamos al amable lector que partimos de la idea y concepción de proceso como método de debate dialéctico y contradictorio, y de instrumento al servicio de la libertad en un marco procesal orientado por el sistema dispositivo y acusatorio, lo que significa entre otras cosas que las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho, quedando en ellas impulsar y hacer

---

*o con otras conductas de obstrucción. Dichas conclusiones deben estar debidamente fundamentadas»*.

<sup>11</sup> Es el caso, p .ej., del artículo 505 del Código de rito civil, que establece: «Si para la realización de inspecciones, reproducciones, reconstrucciones y experiencias fuere menester la colaboración material de una de las partes, y ésta se negare a suministrarla, el Juez le intimará a que la preste. Si a pesar de ello continuare su resistencia, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo interpretar la negativa a colaborar en la prueba, como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria al respecto. Si la prueba debiere realizarse sobre la persona humana, y hubiere negativa injustificada de ésta a colaborar en la prueba, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo sacar de la negativa a colaborar en la prueba las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje».

andar cualquier actividad propia para confirmar sus respectivas afirmaciones, sin menoscabo del deber-poder de dirección formal que tiene el juez.

Partiendo de la premisa según la cual la actividad probatoria es actividad de parte, actividad cuyo impulso es imperativo del propio interés, considerar que los jueces pueden, con fundamento en norma expresa o inexpressa de carácter general, extraer elementos de convicción o conclusiones de la conducta de las partes por violación del principio de moralidad o buena fe procesal resulta, a nuestra manera de ver, incoherente con la anterior premisa; pues justificar la necesidad de mantener la regla moral del debate no puede significar necesariamente inferir, con base en norma general (expresa o inexpressa), elementos de convicción para resolver el fondo del asunto.

En este orden, la noción de carga procesal y particularmente de carga (o incumbencia) probatoria, constituye un tema fundamental para la correcta elaboración de un sistema procesal, su desarrollo y eficiente puesta en marcha en la parcela para la cual ha sido ideada, a saber, resolver conflictos.

Para llevar a cabo nuestra tarea desarrollamos en primer lugar el tema correspondiente a las partes procesales con intención de conocer el ámbito de aplicación subjetivo del poder del juez que se cuestiona, para además resaltar lo que se denominará irracionalidad pragmática o irrazonabilidad de dicho poder en relación con la garantía de asistencia letrada y el deber de defensa del abogado.

Sobre la base de la idea clara de parte procesal y abogados en el proceso, procuraremos una aproximación a una idea de *proceso* y esto nos llevará al estudio de los imperativos procesales de las partes y su importancia fundamental para toda estructura procesal.

Para luego desarrollar en específico cómo ha sido tratada en doctrina la valoración procesal de la conducta de las partes y sus manifestaciones. Finalmente, nuestras conclusiones orientadas por una valoración dispositiva del proceso, como método de debate, que no mecanismo de represión o sanción.

## *II. El concepto de parte procesal y la valoración judicial de la conducta de la parte*

Para nuestro desarrollo y a los fines de convenir en el uso exacto de las palabras con pretensiones científicas<sup>12</sup>, asumimos un *concepto formal* (o procesal) de parte. En efecto, esta última concepción se separa de aquella que «identifica el concepto de parte con el de titular de la relación jurídica

---

<sup>12</sup> En efecto la multivocidad de una palabra lleva a diferentes significados, lo que conduce a su vez a la ambigüedad. *Vid.* ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel: Lecciones de epistemología. Algunas cuestiones epistemológicas de las ciencias jurídicas, UNL, Santa Fe, 2004, pp. 59-60.

substantial»<sup>13</sup> y de aquella que distingue «entre sujeto de la acción y sujeto de la litis, porque el proceso se hace respecto de éste, pero con la intervención de aquel»<sup>14</sup>. El concepto que mejor explica el fenómeno procesal, es aquel de parte formal<sup>15</sup>.

Señala Calamadrei que «la cualidad de parte se adquiere, con abstracción de toda referencia al derecho sustancial, por el solo hecho, de naturaleza exclusivamente procesal, de la proposición de la demanda ante el juez: la persona que propone la demanda, y la persona contra quien se propone, adquieren sin más, por este sólo hecho, la calidad de partes del proceso que con tal proposición se inicia; aunque la demanda sea infundada, improponible o inadmisibles (circunstancias todas ellas que podrán tener efecto sobre el contenido de la providencia), basta ella para hacer que surja la relación procesal cuyos sujetos son precisamente las partes»<sup>16</sup>.

Asimismo Carnelutti indica que «la estructura del proceso contencioso permite entender por qué los que deben ser juzgados se llaman *partes*, que es un nombre extraño y un poco misterioso. ¿Qué tiene que ver con el proceso, y en general con el derecho, la noción de *parte*? La parte es el resultado de una división: el *Prius* de la parte es un todo que se divide. La noción de parte está, por

---

<sup>13</sup> Cfr. ALSINA, Hugo: Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1982, t. I, p. 277. También ALVARADO VELLOSO, Adolfo: Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Reimp., 2ª parte, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pp. 86-87.

<sup>14</sup> Vid. ALSINA: ob. ult. cit., p. 277.

<sup>15</sup> V. BORJAS, Arminio: Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano, 5ª ed., Librería Piñango, Caracas, 1979, t. I, p. 105. CUENCA, Derecho procesal civil. La competencia y otros temas, cit. pp. 318-321, RENGEL-ROMBERG, Arístides: Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo código de 1987, Ex Libris, Caracas, 1991, t. II, p. 9. ORTIZ-ORTIZ, Rafael: Teoría General del Proceso, 2ª ed., Frónesis, Caracas, 2004, p. 491, ALVARADO: ob. cit., p. 87, COUTURE, Eduardo: Vocabulario Jurídico, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 443, VÉSCOVI, Enrique: Teoría general del proceso, Temis, Bogotá, 1984, p. 186, ALSINA: ob. ult. cit., p. 278, DEVIS ECHANDIA, Hernando: Compendio de Derecho Procesal, 10ª ed., ABC, Bogotá, 1985, t. I, p. 225, MORALES MOLINA, Hernando: Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, 11ª ed., ABC, Bogotá, 1991, p. 225, REDENTI, Enrico: Derecho Procesal Civil, Trad. S. SENTÍS MELENDO y M. AYERRA REDÍN, EJEA, Buenos Aires, 1957, t. I, p. 151, CHIOVENDA, ob. cit., pp. 6-7. V. También CHIOVENDA, Giuseppe: Instituciones de Derecho Procesal Civil, Trad. E. GÓMEZ ORBANEJA y R. GRECO, Valletta, Buenos Aires, 2005, t. II, p. 204. LIEBMAN, Enrico Tullio: Manual de derecho procesal civil, Trad. S. SENTÍS MELENDO, EJEA, Buenos Aires, 1980, p. 66, MANDRIOLI, Crisanto: Corso di Diritto Processuale Civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali, 8ª ed., Giappichelli, Torino, 2010, t.I, pp. 179-180, MONTERO AROCA, Juan et al: Derecho jurisdiccional II. Proceso civil, 18ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 56 ss.

<sup>16</sup> Cfr. CALAMANDREI, Piero: Instituciones de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código, 2ª ed., Trad. S. SENTÍS MELENDO, EJEA, Buenos Aires, 1973, vol. II, p. 297.

tanto, vinculada a la discordia, que a su vez es el presupuesto psicológico del proceso; no habría ni litigios ni delitos si los hombres no se dividiesen»<sup>17</sup>.

Continúa el autor señalando que «con estas reflexiones el nombre de parte aparece expresivo y feliz. Los litigantes son partes porque están divididos; si viviesen en paz formarían una unidad; pero también el delito, cuyo concepto está estrechamente vinculado al litigio, resulta de una división»<sup>18</sup>.

Según la mayor parte de la doctrina autoral el concepto de parte tiene una significación *procesal*. Es parte aquella persona que interviene en el proceso, bien desde su inicio o se incorpora en alguna de sus fases, para plantear alguna pretensión o petición en nombre propio o mediante algún representante, enfrentada a otro(s) sujeto(s) de la relación jurídico-procesal. Es decir, son partes los sujetos de la pretensión. Quedan excluidos de este concepto sujetos necesarios como los jueces o árbitros, también otras personas que intervienen eventualmente en el proceso sin ningún interés, como testigos, expertos, depositarios, intérpretes y traductor, etc., y asimismo los representantes que hacen valer en juicio derechos e intereses ajenos.

Sobre los sujetos originarios de la pretensión es fácil reconocer su carácter de parte. Serán el demandante (o actor) y el demandado (o reo) identificados en la demanda (*rectius*: pretensión afirmada en la demanda), es decir, los sujetos de la pretensión procesal. Preocupa un poco más la condición de los sujetos sucesivos o intervinientes, que de común no son reconocidos como partes y se les llama terceros. Pero los terceros también tienen la condición de parte, pero con carácter derivado, no principal como el de actor o demandado. Independientemente de la condición de la intervención, aquellos terceros, que se convierten en partes procesales, son sujetos que pasan a integrar una particular condición en la relación procesal, no como terceros imparciales e imparciales, sino como partes frente al todo de la discusión subjetiva que se plantea al tercero imparcial (juez).

Siendo así, es evidente que estos terceros, convertidos en partes procesales, quedan sujetos al proceso y a sus consecuencias jurídicas, y en este contexto, su conducta, teóricamente, podría ser valorada judicialmente.

La importancia de la delimitación del concepto de parte viene dada no sólo por las implicaciones sustanciales que produce la sentencia en la relación sustancial discutida, sino además por las consecuencias procesales (v.gr. costas, multas, etc.).

---

<sup>17</sup> Cfr. CARNELUTTI, Francesco: *Cómo se hace un proceso*, Trad. S. SENTÍS MELENDO y M. AYERRA REDÍN, Temis, Bogotá-Colombia, 2007, p. 44.

<sup>18</sup> Cfr. *Íd.*

Pero también, y para nuestro interés, determinar un concepto de parte permite delimitar el ámbito subjetivo referido a quiénes son las personas cuya conducta podría ser estimada, a la luz del principio de moralidad procesal, a los fines de extraer una inferencia que influya o determine la suerte de la o las pretensiones objeto del proceso. En este sentido, se suele clasificar a la parte según sea originaria o sucesiva (o interviniente); principal, accesoria o adjunta; permanente o incidental; necesaria o voluntaria; simple o plural<sup>19</sup>.

Ahora bien, por otra parte la particular importancia de aproximarnos a un concepto de parte, permite excluir (aunque sea obvio) a los patrocinantes, y no obstante esto, no sólo la conducta de las partes (originarias o sucesivas) se estudia como capaz de producir efectos en la resolución del conflicto, sino también la de sus apoderados o mandatarios.

#### A. El abogado en el proceso

A pesar de la existencia de representantes, siguen siendo partes «aquel contra quien se propone la demanda en nombre propio o en cuyo nombre se propone; o respectivamente aquel contra quien se propone la demanda»<sup>20</sup> y las partes sucesivas, en caso que exista intervención. Y es sobre la base de este concepto que está edificada, aparentemente, la norma relativa a la valoración judicial de la conducta de *las partes*. Decimos que aparentemente pues no se discrimina por lo general, que la parte está patrocinada por un profesional del derecho, que, en primer lugar, es un sujeto jurídico diferente a la parte, y en segundo lugar, en razón de su profesión debe observar normas deontológicas que condicionan su actuación cuando asume la defensa en juicio.

Esto significa sin lugar a dudas un elemento de irracionalidad, entendiendo que la racionalidad está dada por la coherencia del sistema normativo<sup>21</sup>, y por irracionalidad «la ruptura de la lógica del ordenamiento jurídico entendido como sistema»<sup>22</sup>, y que, como se verá *infra*, constituye a su vez un elemento de irracionalidad pragmática o de irrazonabilidad, que creemos no es tomado en cuenta al estudiar las normas que otorgan poder al juez para extraer elementos de convicción de la conducta de *las partes* por la violación del principio de moralidad.

Por más que las normas sancionen expresamente la conducta de las partes en litigio mediante su valor probatorio, la actuación de los abogados debe

---

<sup>19</sup> Vid. ALVARADO: ob. ult. cit., pp. 93-94.

<sup>20</sup> Cfr. MANDRIOLI: ob. cit., p. 182.

<sup>21</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo: Principio y votos. El Tribunal Constitucional y la política, Trad. M. MARTÍNEZ NEIRA, Trotta, Madrid, 2008, p. 75.

<sup>22</sup> Cfr. Íd.

distinguirse, pues la realidad normativa nos indica que conducta de la parte es en rigor de verdad conducta de su abogado pues en la mayoría de los casos la participación en el proceso del profesional letrado es imprescindible, en virtud la necesidad de *capacidad de postulación* para v.gr. postular pretensiones, capacidad que solo ostentan los abogados (o procuradores [en los sistemas que conservan esta figura]<sup>23</sup>), además por constituir la participación y patrocinio del abogado en juicio manifestación inmediata de la garantía constitucional de asistencia letrada. Así pues, resulta casi peregrino que una de las partes gestione personalmente y por sí misma el trámite procesal, haciéndolo necesariamente a través de un profesional del derecho.

B. 1.2. La capacidad de postulación ¿conducta de la parte o conducta de su abogado?

Señala Rengel-Romberg que «de la capacidad de ser parte y de la capacidad procesal, se distingue la capacidad de postulación (*ius postulandi*). Una parte puede tener la capacidad procesal y carecer sin embargo de la facultad de gestionar por sí misma los actos de un proceso concreto y en un Tribunal determinado [...] La capacidad de postulación puede definirse pues, como la facultad que corresponde a los abogados para realizar actos procesales con eficacia jurídica, en calidad de partes, representantes o asistentes de las partes»<sup>24</sup>.

En Venezuela la asistencia letrada en juicio es una exigencia prevista en el artículo 166 del Código de Procedimiento Civil, norma que debe ser coordinada con los artículos 3 y 4 de Ley de Abogados.

Así pues, la dirección técnica de los procesos se deja librada a la responsabilidad de abogados, que por lo general obran como apoderados y eventualmente asistiendo *apud acta* a la parte. Rara vez es la propia parte quien gestiona alguna diligencia procesal<sup>25</sup>.

Esto trae un necesario cuestionamiento a lo que regularmente se argumenta con relación al principio de moralidad procesal y la conducta procesal

---

<sup>23</sup> En ordenamientos como el inglés, se puede hacer un parangón con la división de trabajo entre *abogados* y *procuradores* que conocemos en Latinoamérica, con su aparentemente correspondiente inglés *Barrister* y *Solicitor*, que en rigor de verdad tiene muchas particularidades y diferencias, pero cuya diferencia fundamental radica particularmente en los *rights of audience* o derechos de audiencia. V. ROCA LÓPEZ, Miquel y CALDIN, Hugh: El arbitraje Marítimo en Londres, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 23 ss.

<sup>24</sup> Cfr. RENGEL-ROMBERG: ob. ult. cit., p. 21. Véase también ALVARADO: ob. cit., p. 92.

<sup>25</sup> En Venezuela tal es el caso del amparo constitucional, según establece el artículo 41 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Asimismo, para el juicio breve previsto en el artículo 882 del Código de Procedimiento Civil; o el beneficio de litigar sin gastos previsto en el artículo 175 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

de las partes en el proceso. Esto es, que la conducta de las partes no es siempre (o casi nunca) *conducta de las partes* sino de *sus abogados apoderados o asistentes*, pues son éstos quienes actúan en el proceso y tienen la dirección técnica de la defensa de sus patrocinados o asistidos. Y reiteramos, que rara vez la parte actuará personalmente en el proceso, simplemente porque no tiene capacidad de postulación. En el diálogo entre jueces y abogados que representa Calamandrei en una de sus obras, uno de los interlocutores (el Juez pesimista) señala con relación al valor probatorio de la conducta de las partes que «conducta de partes quiere decir conducta de los defensores»<sup>26</sup>.

En la mayoría de los casos la conducta procesal sujeta a juicio por violación o no del deber de moralidad será la de abogados y no la de sus defendidos<sup>27</sup>, pues son aquellos quienes ejercen la defensa técnica, eligen la estrategia y modo de actuación en el proceso, y lo que es más importante a los efectos de los actos jurídicos procesales, la exteriorizan.

Con esto pretendemos sincerar cualquier debate que pretenda hacer una teoría probática o valorativa de la conducta de las partes, entendido el concepto de parte como lo hemos entendido *supra*, en tanto y en cuanto las partes rara vez realizan actos procesales personalmente, no obstante que en virtud de la representación le sean imputables<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Cfr. CALAMANDREI, Piero: Las buenas relaciones entre jueces y abogados, Leyer, Bogotá, 2005, p. 74.

<sup>27</sup> Cfr. MONTERO AROCA, Juan: “Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal”, en AA.VV., Proceso Civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, Coord. J. MONTERO AROCA, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 337-338. Para MUÑOZ SABATÉ, Luis: Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso, Temis, Bogotá, 1997, p. 458., «otra consideración a efectuar es la referente al grado de subjetivización de la conducta procesal, habida cuenta de que no en pocas ocasiones dicha conducta se debe al abogado o procurador de la parte y no a ella misma. Existen sin embargo unas reglas de juego que conviene respetar. El mandante (en este caso el litigante) asume la responsabilidad de los actos efectuados por su mandatario, ya que en cierto modo se presume que los fines de ambos son coincidentes en que la estrategia probatoria del técnico se estructura en función de los medios históricos de que dispone el cliente».

<sup>28</sup> En este sentido se señala que «cuando se habla de abuso del proceso cometido por una parte, usualmente hay una inclinación a usar una fuerte simplificación que puede ocultar la naturaleza del fenómeno. En realidad, puede suceder que un abuso sea atribuido a la parte personalmente, cuando es precisamente la parte quien es responsable del comportamiento abusivo, o al menos cuando el abogado ha actuado sobre la base de instrucciones precisas y específicas dadas por el cliente. Es bien conocido, sin embargo, que en muchos casos el abogado dispone de un amplio margen de discrecionalidad en la decisión de las iniciativas procesales a tomar, y de las elecciones defensivas que parecen más convenientes a los intereses de su cliente. Muy a menudo, el autor real del acto o del comportamiento abusivo es el abogado y no el cliente, en la medida en que el abogado se encuentra en libertad de defender los intereses del cliente dentro del ámbito de su propia capacidad profesional». Cfr. TARUFFO, Michele: “El abuso del proceso: perfiles comparados”, en Páginas sobre la justicia civil, Trad. M. ARAMBURO CALLE, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 326.

La anterior mención es importante, además, porque las normas deontológicas que rigen la profesión de abogar por otro no sólo prescriben deberes para con los órganos públicos, sino que fundamentalmente prevén deberes para con los defendidos o patrocinados<sup>29</sup>. Deberes cuyo incumplimiento puede incluso llegar a significar la comisión de delitos castigados con pena privativa de libertad<sup>30</sup>.

Nos referimos al delito de prevaricación, en sentido estricto y propio<sup>31</sup>, previsto en el artículo 250 del Código Penal venezolano. Norma ésta que representa el supuesto más extremo de deslealtad profesional<sup>32</sup>.

Desde las normas deontológicas se impone el deber a los abogados de decir la verdad, pero a su vez un deber de defensa del cliente que es, a su vez, garantía de defensa inviolable de éste (Art. 49. 1 de la Constitución). En el contexto del proceso aquel deber de decir la verdad se ve matizado por la

---

<sup>29</sup> En otro lugar hacemos inventario de los deberes profesionales del abogado venezolano v. ANGRISANO SILVA, Humberto J y GONZÁLEZ CARVAJAL, Jorge Isaac: "Algunas consideraciones sobre ética, honorarios y abogacía", en *Revista de Derecho. Tribunal Supremo de Justicia*, N° 31, TSJ, Caracas, 2009, pp. 271-272.

<sup>30</sup> E incluso, en el mismo contexto procesal el abogado o patrocinante es potencialmente sujeto de sanciones, particularmente bajo el artículo 48 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Al respecto comenta HENRÍQUEZ: ob. ult. cit., p. 204., que «son factibles los errores, las equivocaciones, y pensamos que la parte, el tercero interviniente o el abogado apoderado no serán juzgados con las garantías del debido proceso, cuando se les imponga multa o arresto substitutivo sin haber sido previamente oídos».

<sup>31</sup> Señala CARRARA, Francesco, Programa de derecho criminal. Parte Especial, Trad. J. ORTEGA TORRES y J. GUERRERO, Temis, Bogotá, 1973, V. 7, pp. 140-141, que «la palabra *prevaricato*, derivada del verbo *praevaricari* (desviarse del camino recto), se emplea en tres significados distintos. A veces tiene un sentido lato y vulgar, y expresa cualquier aberración intelectual o moral del hombre; así Salomón prevaricó a la causa de las mujeres, y así alguno es enviado al manicomio porque prevaricó con la mente. En sentido jurídico tiene a veces un significado más amplio, y designa todo acto de un empleado público en que se aparte de los deberes de su cargo o use de este para un fin ilícito. Pero el sentido *estricto y propio* en que la doctrina y la jurisprudencia toman la palabra *prevaricación* o *prevaricato*, y que es el que se emplea en el presente título, expresa únicamente los abusos cometidos por los apoderados de los litigantes contra estos y contra la confianza que se les otorga. Por lo tanto, incurre en el delito que vamos a explicar, *todo el que, al ejercer la profesión de defensor o apoderado de una de las partes, se pone de acuerdo con el adversario, con miras de lucro y en perjuicio de su propio cliente*». Véase asimismo GRISANTI AVELEDO, Hernando y GRISANTI FRANCESCHI, Andrés: Manual de derecho penal. Parte especial, 13ª ed., Vadell Hermanos, Caracas, 2002, p. 743.

<sup>32</sup> Asimismo, en las Siete Partidas, en la Partida III, Título VI, Ley XV que se estableció: «*Prevaricator, en latín tanto quiere decir en romance como abogado que ayuda falsamente a la parte por quien aboga, e señaladamente, cuando en paridad ayuda e aconseja a la parte contraria... tal abogado como este debe morir como alevoso... Otrosi decimos que cuando el abogado hiciera usar, a sabiendas, a la su parte de falsas cartas o de falsos testigos, que esa misma pena merece*». Vid. MONTERO: ob. ult. cit., p. 337.

dialecticidad del mismo, pues se defiende a la parte en un contexto de enfrentamiento.

Por una parte, existe la más clara convicción legal y deontológica de que ni siquiera en este contexto el abogado pueda hacer cualquier cosa para ganar el pleito, mucho menos que tenga *derecho a mentir o a enredar los procesos*<sup>33</sup>, pero esto no significa que deba el abogado exponer a su patrocinado, quien ha confiado en él, a una derrota procesal<sup>34</sup>. El abogado cuenta (o debe contar) con una preparación profesional para brindar a su patrocinado, en el proceso, la solución que mejor convenga en derecho a éste. Así como utilizar todos los medios legales permitidos en beneficio de su patrocinado. Como señala Cipriani «no debería haber dudas de que, para los abogados, “barajar las cartas” no significa engañar o mentir, sino, más simplemente, ponerlos en un orden que pueda ser útil al propio cliente»<sup>35</sup>.

El mismo autor señala que «un abogado un poco inteligente no sostiene nunca falsedades, ni cuando habla ni mucho menos cuando escribe, sino que se esfuerza siempre en encontrar el argumento correcto para poner al adversario en la esquina y tener el partido ganado»<sup>36</sup>.

### C. 1.3. La lealtad del abogado con su defendido

El problema moral de la defensa debe ser analizado partiendo desde la lógica de las cosas. El abogado no debe defender todas las causas que se le propongan, pero cuando acepta la defensa y particularmente comparece en nombre de otro o asiste en el proceso, debe adaptarse tanto a la dinámica y estructura del mecanismo de discusión, como a las normas que rigen su profesión. Como señala Couture al comentar su 5º Mandamiento de la Abogacía, a saber, Sé Leal, ilustra:

---

<sup>33</sup> Vid. CIPRIANI, Franco: “El abogado y la verdad”, en AA.VV., *Proceso Civil e Ideología*. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, Coord. J. MONTERO AROCA, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 287. Ver CIPRIANI, Franco: “L’avvocato e la verità”, en *Il processo civile nello stato democratico*, Saggi, Reimp., Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, p. 135. Señala el autor: «Es pues cierto que los abogados, sobre los hechos objetivos, lejos de tener derecho a mentir, deben decir, cuando la conocen, la verdad».

<sup>34</sup> En este sentido señala Taruffo que «la moral social posiblemente asume que la gente debe decir la verdad, pero no parece concebible respecto de los abogados un deber general de decir de la verdad, y menos aun un deber de decir “toda” la verdad. A lo sumo, los abogados podrían estar obligados a no utilizar medios de prueba o declaraciones de otras personas cuya falsedad conocen, aunque esto no equivale a afirmar que tengan un deber moral de decir la verdad». Cfr. TARUFFO, Michele: *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Trad. D. ACCATINO SCAGLIOTTI, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 58.

<sup>35</sup> Cfr. CIPRIANI: “El abogado...”, cit., p. 287.

<sup>36</sup> Cfr. Ib., p. 288.

*Lo que sucede es que el abogado, una vez investigados los hechos y estudiado el derecho, acepta la causa y entonces se transforma de abogado a defensor.*

*Entonces sí, sus argumentos son ad probandum y su posición es terminante y se hace enérgico e intransigente en sus actitudes. Pero esto no ocurre por inmoralidad, sino por necesidad de la defensa. Antes de la aceptación de la defensa el abogado tiene libertad de decidir. Dice que sí y entonces su ley ya no es más la libertad, sino la de la lealtad.*

*Si el defensor fuera vacilante y escéptico después de haber aceptado la defensa, ya no sería defensor. La lucha judicial es lucha de aserciones y no de vacilaciones. La duda es para antes y no para después de haber aceptado la causa<sup>37</sup>.*

Esto mismo señala Cipriani cuando afirma que «el abogado, a lo más, puede no aceptar el encargo o renunciar al mandato, pero si acepta defender a quien se le encomienda, debe hacerlo con todas sus propias fuerzas y dentro de los límites que los autos se lo permitan»<sup>38</sup>.

Y continúa señalando que «la habilidad del defensor, pues, no está en contar cuentos, sino en plantear tesis objetivamente o al menos aparentemente sostenibles, basándose en la lógica formal, en la doctrina, en la jurisprudencia y en cualquier otro argumento que pueda ser útil para poner en dificultad a la contraparte y convencer al juez del buen derecho de su asistido. El abogado, en efecto, para ganar las causas, debe persuadir al juez de la exactitud de sus propias tesis o, por lo menos, hacerle entender que su tesis es más exacta y más coherente que la del adversario; y no creo que lo lograría si se limitara a mentir»<sup>39</sup>.

Dejar la suerte de una pretensión librada a la valoración de la conducta procesal del abogado, significa no solo desconocer que abogado y parte no son uno, sino imponer, simple y llanamente, una sanción. Una sanción impuesta generalmente a un sujeto (la parte) por la actuación de otro (su abogado [e incluso por la actuación de otro tipo de representantes como los legales]) y esto de modo alguno tendrá que ver con la justicia, comprobación, acreditación o verdad de las pretensiones discutidas en juicio. Que se proscriba la mentira en juicio no significa renunciar el abogado a su deber de defensa en desprecio del inviolable derecho de defensa de la parte.

<sup>37</sup> Cfr. COUTURE, Eduardo: Los mandamientos del Abogado, 15ª ed., Liber, Caracas, s/f, p. 41.

<sup>38</sup> Cfr. CIPRIANI: ob. ult. cit., p. 289.

<sup>39</sup> Cfr. Íd.

El derecho a la asistencia jurídica a que se refieren los artículos 49.1 de la Constitución venezolana y 8.2° a) y b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ve seriamente comprometido cuando la propia autonomía y actuación del abogado de una parte se ve condicionada con normas que pueden incluso sugerir, como deber del abogado, que su actuación sea contraria a los intereses de su representado. De manera que al tener en cuenta la aclaración del concepto de parte y el dato de la realidad normativa que indica que parte significa división del todo y que el patrocinio profesional obedece a la defensa de las *partes* en el *proceso*, esto nos lleva a hacer algunas consideraciones sobre el proceso y la dialécticidad.

### III. *La dialécticidad del proceso y las partes*

En el lenguaje ordinario se entiende por la voz *proceso* «acción de ir hacia delante» como «transcurso del tiempo» o «conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial»<sup>40</sup>. O como señala Redenti «la palabra “proceso”, en su acepción vulgar, sirve para indicar un fenómeno considerado en su desarrollo (así, se oirá hablar, por ejemplo, de un proceso morbo, o de un proceso de fabricación, y en terreno más próximo al nuestro, del proceso de formación de un acto administrativo)»<sup>41</sup>.

Para Bülow el proceso es una relación jurídica entre el tribunal y las partes, relación que además de *pública* es *continua*, avanza gradualmente y se desarrolla paso a paso<sup>42</sup>, o según Chiovenda es proceso «el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación a un bien que se presenta como garantizado por ella) por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria»<sup>43</sup>.

Según Liebman se llama *proceso* a la actividad a través de la cual se desarrolla la actividad jurisdiccional, la cual se cumple con una serie coordinada de actos que se desarrollan en el tiempo y que tienden a la formación de un acto

<sup>40</sup> Vid. Real Academia Española: Diccionario de la Lengua Española, 20ª ed., Madrid, 1984, t. II, p. 1107.

<sup>41</sup> Cfr. REDENTI: ob. ult. cit., p. 87, Cfr. CALAMANDREI, Piero: Instituciones de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código, 2ª ed., Trad. S. SENTÍS MELENDO, EJE, Buenos Aires, 1973, vol. I, p. 318, COUTURE, Eduardo: Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Reimp, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 122, DEVIS: ob. ult. cit., p. 157.

<sup>42</sup> Vid. BÜLOW, Oskar von: La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales, Trad. ROSAS LICHTSHEIN, El Foro, Buenos Aires, 2008, pp. 10-11.

<sup>43</sup> Cfr. CHIOVENDA: Instituciones de Derecho Procesal Civil, Trad. E. GÓMEZ ORBANEJA y R. GRECO, Ed. Valletta, Buenos Aires, 2005, t. I, p. 56.

final, «de ahí la idea de *proceder* hacia una meta, y el nombre dado al conjunto de actos cuya existencia se produce en el ejercicio de la función»<sup>44</sup>.

Los autores han debatido sobre la naturaleza jurídica del proceso<sup>45</sup>. Definido bien como relación jurídica triangular o como situación jurídica. Sin dejar de reconocer la idea de proceso como relación jurídica, se insiste en su dinamismo, en tanto y en cuanto regula un mecanismo jurídico en movimiento<sup>46</sup>.

La complejidad de situaciones y actos convierten al proceso en un fenómeno dinámico, un fenómeno jurídico instrumental, manifiestamente autónomo de las situaciones o derechos sustanciales que en él se hacen valer<sup>47</sup>, por lo que la evolución ha hecho necesario indicar que el proceso es más que una relación jurídica, figura, ésta, estática y por lo tanto inidónea para expresar el movimiento jurídico en el cual radica la realidad del proceso; que es en realidad una serie de relaciones en continua transformación durante el desenvolvimiento de las situaciones a través del ejercicio de los poderes<sup>48</sup>. Y «por lo tanto la figura de la relación jurídico procesal puede ser considerada hoy insuficiente para explicar el fenómeno jurídico procesal en su complejidad»<sup>49</sup>.

---

<sup>44</sup> Vid. LIEBMAN: ob. ult. cit., p. 25, REDENTI: ob. cit., p. 87, CHIOVENDA: Instituciones..., cit., p.72, DEVIS: ob. cit., pp. 157-158, CUENCA: Derecho procesal civil. La competencia y otros temas, cit., p. 199, ORTIZ-ORTIZ: ob. cit., p. 439.

<sup>45</sup> Cfr. REDENTI: ob. cit., p. 115, CALAMANDREI: Instituciones de Derecho Procesal Civil..., cit., pp. 334-335, LIEBMAN: ob. cit., p. 28, COUTURE: Fundamentos de Derecho Procesal Civil..., cit., p. 122. Ver también COUTURE, Eduardo: Exposición de motivos del Proyecto de Código Procesal Civil, Fas, Rosario, 2009, p. 72, DEVIS: ob. cit., p. 170.

<sup>46</sup> Cfr. LIEBMAN: ob. ult. cit., p. 26. Señala el autor: «En el cual se encuentran y se desencuentran fuerzas jurídicas diversas, tendidas para conseguir sus propósitos, las cuales vienen delimitadas y disciplinadas en su nacimiento y en sus actividades y efectos». Así, señaló Goldschmidt que «las normas jurídicas constituyen, para los sometidos a ellas, las conminaciones de que el juez observará determinada conducta, y, en último término, de que dictará una sentencia judicial de determinado alcance. Los vínculos que nacen de aquí entre las partes no son propiamente “relaciones jurídicas” (consideración “estática” del Derecho), esto es, no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos, sino “situaciones jurídicas” (consideración dinámica del Derecho), es decir, situaciones de expectativas, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse y, en último término, del fallo judicial futuro; en una palabra: expectativas, posibilidades y cargas. Sólo aquellas son derechos en sentido procesal – el mismo derecho a la tutela jurídica (acción procesal) no es, desde este punto de vista, más que una expectativa jurídicamente fundada-, y las últimas –las cargas-, “imperativos del propio interés”, ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones». Cfr. GOLDSCHMIDT, James: Derecho Procesal Civil, Trad. L. PRIETO CASTRO, Labor, Barcelona, 1936, p. 8. Véase también COUTURE: Fundamentos..., cit., p. 139, MANDRIOLI: ob. cit., p. 30.

<sup>47</sup> Cfr. LIEBMAN: ob. ult. cit., p. 29.

<sup>48</sup> Cfr. MANDRIOLI: ob. ult. cit., pp. 32-33

<sup>49</sup> Cfr. Ib., pp. 33-34.

A. El proceso como competencia o juego razonado

Resulta de gran interés destacar la opinión según la cual el proceso es una competencia o juego razonado. Piero Calamandrei, cuya obra ha tenido y aun tiene profunda influencia en la doctrina Latinoamérica y particularmente en Venezuela, señala que el proceso es una disciplina jurídica que regula el diálogo entre hombres y que las formas procesales «son una especie de metodología fijada por la ley para servir de guía a quien quiera pedir justicia: casi, podría decirse, el manual del litigante, que le enseña cómo se debe comportar con el juez para ser escuchado por éste. Así, las formas procesales al imponer un cierto orden y un cierto modo de expresión a las deducciones de las partes y al prohibir al juez que tenga en cuenta las defensas presentadas en formas diversas, aseguran el respeto del contradictorio y de la igualdad de las partes»<sup>50</sup>.

Expresa que el proceso tiene un carácter dialéctico «en virtud del cual, el proceso se desarrolla como una lucha de acciones y reacciones, de ataques y de defensas, en la cual cada uno de los sujetos provoca, con la propia actividad, el movimiento de los otros sujetos, y espera, después de ellos un nuevo impulso para ponerse en movimiento a su vez»<sup>51</sup>. Esto le permite concebir al proceso como una *relación* continuada entre diversas personas.

Dice Calamandrei, al referirse a la tesis del proceso como *situación jurídica* de J. Goldschmidt defendida en el libro *Der Prozess als Rechtslage* (1925)<sup>52</sup>, que «al releer hoy, a la distancia de más de veinte años, la nota que escribí sobre aquel libro a poco de aparecer, no me sentiría capaz de confirmar íntegramente las reservas que entonces me pareció poder expresar sobre la teoría de la situación jurídica [...] Creo que se puede permanecer fieles a la teoría tradicional de la relación procesal, que se refiere a la constitución externa del proceso, sin desconocer la validez fundamental de la teoría de Goldschmidt sobre la situación jurídica, la cual es importante sobre todo para aclarar las relaciones internas entre proceso y derecho sustancial, y para demostrar en qué modo el delicado mecanismo de la dialéctica procesal, que es el trámite necesario a través del cual la ley abstracta se concreta en fallo judicial, opera de manera determinante sobre el contenido de la sentencia»<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Cfr. CALAMANDREI: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*..., cit., p. 322.

<sup>51</sup> Cfr. CALAMANDREI: ob. ult. cit., p. 334. Véase del mismo autor “El proceso como juego”, en *Estudios sobre el proceso civil*, Trad. S. SENTÍS MELENDO, EJEA, Buenos Aires, 1973, p. 263.

<sup>52</sup> Vid. GOLDSCHMIDT: ob. cit., pp. 7-8.

<sup>53</sup> Cfr. CALAMANDREI, Piero: “Un maestro del liberalismo procesal”, en *Revista de Derecho Procesal*, Dir. H. ALSINA, EDIAR, Argentina, 1951. Cuando menciona las reservas sobre el proceso como *situación jurídica* se refiere CALAMANDREI al ensayo escrito en 1927 titulado “Il processo come situazione giuridica”, en *Rivista di diritto processuale civile*, CEDAM, Padova, 1927, pp. 219 ss. Vid. CHIZZINI, Augusto: “Correnti del pensiero moderno e poteri del giudice civile nel pensiero di Piero

Este carácter de juego razonado<sup>54</sup>, se manifiesta en el principio de *dialecticidad*. Y así nos señala que «en esto consiste la táctica procesal, encomendada a la sagacidad y al sentido de responsabilidad de cada uno de los litigantes; aquí es donde está la habilidad del juego. Cada competidor, antes de dar un paso, debe tratar de prever, mediante un atento estudio, no sólo de la situación jurídica, sino también de la psicología del adversario y del juez, con qué reacciones responderá el antagonista a su movimiento»<sup>55</sup>.

Carnelutti explica el proceso a partir del parangón que hay entre éste y una representación escénica o el juego deportivo, que radica en el drama que en ellos se vive, además que ambas tienen sus propias leyes (para su exteriorización)<sup>56</sup>, más que un juego, afirma que el proceso es una competencia, quizá para no atribuirle falta de seriedad y el carácter lúdico que la expresión *juego* puede sugerir<sup>57</sup>.

Para Carnelutti las reglas del juego no tienen otra razón de ser sino garantizar la victoria a quien la haya merecido «y preciso es saber lo que vale esa victoria para captar la importancia de las reglas y la necesidad de tener una idea de ellas»<sup>58</sup>. Y volviendo a un parangón entre los antiguos combates del Circo

---

Calamandrei: Tre variazioni sul tema”, en AA.VV., Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, p. 266. En otro lugar y en perfecta armonía con los argumentos transcritos, Calamandrei señala al referirse a la dialecticidad: «De esta dinamicidad dialéctica del proceso civil de tipo dispositivo se ha dado una inolvidable sistemática en la obra fundamental de James Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*: en la cual se configura el proceso, no como una relación jurídica unitaria, fuente de derechos y obligaciones (*Prozessrechtsverhältnis*), sino como una situación jurídica fluida y mutable, fuente de expectativas, posibilidades y cargas (*Aussichten, Möglichkeiten, Lasten*), destinada a plasmarse según la varia sucesión de los actos procesales, cada uno de los cuales da al curso del procedimiento nuevas direcciones y abre a las partes nuevas perspectivas... Todo esto no destruye, entendámonos bien, la exactitud de la teoría de la relación procesal, en lo que atañe al núcleo central de ella, que es el deber del juez de proveer, y el correspondiente derecho de las partes, de conseguir que él provea; pero es cierto que el contenido concreto de esta obligación del juez se plasma dialécticamente en correspondencia con las situaciones jurídicas creadas por la actividad concurrente: según la variable puntuación, podríamos decir, de su juego». CALAMANDREI, Piero: “El proceso como juego”, en Estudios sobre el proceso civil, Trad. S. SENTÍIS MELENDO, EJEA, Buenos Aires, 1973, pp. 266-267.

<sup>54</sup> Cfr. CALAMANDREI: ob. ult. cit., p. 264, «todo movimiento realizado por una parte abre a la parte contraria la posibilidad de realizar otro movimiento dirigido a contrarrestar los efectos del que lo precede y que podríamos decir, lo contiene en potencia», pues «cada movimiento de una parte crea para el adversario una serie de posibilidades, de las cuales puede ocurrir que resulte, si se mueve hábilmente, sacar provecho contrariamente a lo que su antagonista suponía»

<sup>55</sup> Cfr. Íd., REDENTI: ob. cit., p. 115, CARNELUTTI, Francesco: Sistema de derecho procesal civil, Trad. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO y S. SANTIS MELENDO, UTEHA, Buenos Aires, 1944, t. I, pp. 48 y 49.

<sup>56</sup> Vid. CARNELUTTI: Cómo se hace un proceso, cit., p. 5.

<sup>57</sup> Al respecto CARNELUTTI, Francesco, *Gioco e processo*, en *Rivista di diritto processuale*, CEDAM, Padova, 1951, p. 101 ss., quien en sentido crítico señala las diferencias entre *juego* y *competencia*, resaltando que: «il processo è una gara, ma non sempre una gara è un giuoco» p. 105.

<sup>58</sup> Cfr. CARNELUTTI: Cómo se hace un proceso, cit., p. 5

Máximo, donde se arriesgaba la vida, y el proceso civil, donde no se arriesga tanto o al menos se arriesgan otros valores aparentemente menos importantes, señala «sin embargo, la libertad vale más que la vida como lo sabe quien por ella rehúsa a la vida»<sup>59</sup>.

El autor hace una referencia a la guerra legalizada como lo fue el duelo, antes del proceso, señalando que al pasar los tiempos los medios de combate se transformaron «y la relación entre vencer y tener la razón se invierte: no ya quien vence tiene la razón, sino que quien tiene la razón resulta vencedor»<sup>60</sup>, manteniendo no obstante, como fenómeno, un contenido bélico si bien asimilable al juego en su estructura y parangonable a la guerra en su función.

B. El proceso como método de debate dialéctico frente a las corrientes de publicización

Debemos rescatar una idea presente en la mayoría de doctrina autoral, a saber, concebir al proceso como un método de debate para la resolución de conflictos y la tutela de bienes e intereses jurídicos y sobre todo el reconocer su dinamismo<sup>61</sup> y dialecticidad.

Por los momentos, reiteramos que la idea de proceso como método de debate dialéctico produce desde una perspectiva estática una relación triangular entre juez y partes (parte actora y parte demandada), donde aquel en su condición de autoridad tiene el deber de decidir el conflicto de intereses que la parte actora plantea y que el demandado resiste.

A su vez desde una perspectiva dinámica, se generan una serie de imperativos que pueden reducirse a tres categorías, a saber, *deberes*, *obligaciones* y *cargas* de los sujetos, que aparecen a medida que avance la serie procedimental y dependiendo del accionar de los sujetos procesales. Estos imperativos deben ser coherentes y suficientes para explicar las relaciones y/o situaciones que se generan en/entre los sujetos procesales.

Importante corriente de pensamiento procesal considera al proceso como un fenómeno social de interés público y cuya influencia ha sido determinante en la codificación procesal moderna<sup>62</sup>, contraria a la conceptualización como contienda entre particulares, señalándose que ésta se encuentra superada pues el

<sup>59</sup> Cfr. CARNELUTTI: ob. ult. cit., p. 6.

<sup>60</sup> Cfr. Íd.

<sup>61</sup> Cfr. CUENCA: Derecho procesal civil. La competencia y otros temas, cit., p. 199.

<sup>62</sup> Vid. CAPPELLETTI, Mauro: "Ideología nel diritto processuale", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 162 ss., del mismo autor Proceso, ideologías, sociedad, Trad. S. SENTÍS MELENDO y T. BANZHAF, EJEA, Buenos Aires, 1974, *passim*, y La oralidad y las pruebas en el proceso civil, Trad. S. SENTÍS MELENDO, EJEA, Buenos Aires, 1972, *passim*.

Estado no puede sólo garantizar la libertad del debate, el régimen de pruebas y la decisión judicial<sup>63</sup>; siendo necesaria que las partes sirvan al proceso.

A nuestro entender la realidad práctica que da vida al proceso no reconoce ni podrá reconocer desde una perspectiva práctica que las partes sirvan al proceso, pues ocurre que como señala Chiovenda «el proceso no sirve a una u otra parte: sirve a la parte que según el Juez, tenga razón»<sup>64</sup>.

Resulta pues evidente que la dialécticidad del proceso hace de él un mecanismo de debate y contradicción, de manera que un proceso es proceso sólo si es dialéctico, colocando automáticamente a aquellos sujetos que en concreto se encuentran debatiendo (partes) en situaciones respecto a los esquemas de comportamientos previstos en las normas procesales, condicionando el resultado a la actuación efectiva de cada parte procesal.

Si como dice Cuenca el «proceso actúa siempre *a posteriori* y mediante él sólo se tiene una oportunidad para la reparación del daño», será la actividad de las partes, que frente a los esquemas de comportamiento previstos, podrá o no satisfacer sus pretensiones (o resistencias) y conseguir actuar y/u obtener la tutela de sus pretensiones. El proceso es, pues, método de debate dialéctico para resolver conflictos concretos, no mecanismo político o moralizador.

### C. Una distinción necesaria: Deberes, obligaciones y cargas procesales

Por una parte, si se entiende que el tema relativo al principio de moralidad o buena fe procesal es estudiado desde la enunciación de un deber general de moralidad, resulta importante distinguir cuándo estamos frente a un deber, frente a una carga o frente a una obligación<sup>65</sup>. Por otra parte, teniendo clara la diferencia, conviene recordar la función de la carga procesal<sup>66</sup>.

Los imperativos jurídicos procesales, vale decir, las situaciones jurídicas de desventaja en sede procesal, han sido divididos en deberes, obligaciones y

<sup>63</sup> Vid. MASCOTRA, Mario: La conducta procesal de las partes, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 14.

<sup>64</sup> Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe: Instituciones de Derecho Procesal Civil, Trad. E. GÓMEZ ORBANEJA y R. GRECO, Valletta, Buenos Aires, 2005, t. I, p. 63, CALAMANDREI: “El proceso como juego”, cit., p. 266, CUENCA: ob. ult. cit., p. 203, MONTERO: “Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal”, cit., p. 345.

<sup>65</sup> Cfr. PICÓ I JUNOY, Joan: El principio de la buena fe procesal, Bosch, España, p. 119-120. En este sentido Vid. MICHELI, Gian Antonio, La carga de la prueba, Reimp., Trad. S. SENTÍS MELENDO, Temis, Colombia, 2004, pp. 135-136.

<sup>66</sup> Para parte de la doctrina autoral el principio de buena fe procesal puede englobarse en todas y cada una de las categorías de cargas, obligaciones y deberes procesales dependiendo de las circunstancias, y su ámbito de aplicación alcanza a todo tipo de procedimiento, afectando a todo interviniente en el proceso «esto es, tanto a las partes como a los abogados, procuradores, testigos, peritos, etc.». Cfr. PICÓ: El principio de la buena fe procesal, cit., p. 118.

cargas. Son deberes «aquellos instituidos en interés de la comunidad; obligaciones, aquellos instituidos en interés del acreedor; cargas, aquellos que se determinan en razón de nuestro propio interés»<sup>67</sup>.

El mismo Couture define los deberes procesales como «aquellos imperativos jurídicos establecidos a favor de una adecuada realización del proceso. No miran tanto el interés individual de los litigantes, como el interés de la comunidad. En ciertas oportunidades, esos deberes se refieren a las partes mismas, como son, p. ej., los deberes de decir la verdad, de lealtad, de probidad en el proceso»<sup>68</sup>.

Como indica Couture «los deberes procesales, como en general los demás deberes jurídicos, no pueden ser objeto, a diferencia de las obligaciones y de las cargas, de ejecución forzosa. La efectividad en el cumplimiento de los deberes procesales se obtiene, normalmente, mediante sanciones, ya sea de carácter físico o personal, como el arresto del testigo que se rehúsa a asistir a declarar; ya sean de carácter pecuniario, como la multa impuesta al perito que no presenta su dictamen; ya sea de carácter funcional, como la pérdida, la postergación o la suspensión del empleo. Estas sanciones son formas de coacción moral o intimidación. En verdad no hay forma material de hacer cumplir por la fuerza esta clase de deberes»<sup>69</sup>.

Para Couture «son obligaciones procesales aquellas prestaciones impuestas a las partes con ocasión del proceso. Si bien algunos autores niegan la existencia de obligaciones procesales, no puede dejarse de reconocer que, reiteradamente, la experiencia jurídica nos coloca frente a imperativos de esta índole. La más acentuada de las obligaciones procesales es la que surge de la condena en costas. En nuestro concepto existe además una *responsabilidad procesal*, derivada del abuso del derecho de acción o del derecho de defensa. El daño que se cause con ese abuso, genera una obligación de reparación, que se hace efectiva mediante la condena en costas. La condena en costas constituye una forma de imponer, por acto judicial, una obligación cuya naturaleza procesal parece muy difícil de desconocer»<sup>70</sup>. Señala el autor otras obligaciones procesales derivadas de actos dispositivos, tales como el allanamiento a la demanda o el

---

<sup>67</sup> Cfr. COUTURE: Fundamentos de Derecho Procesal Civil, cit., p. 209. Véase respecto a las situaciones jurídicas BARRIOS DE ANGELIS, Dante: “Acción, excepción y jurisdicción”, en *Revista de Uruguay de Derecho Procesal*, 4, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal/Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, pp. 587 ss., del mismo autor Teoría del proceso, 2ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2002, p. 134 ss.

<sup>68</sup> Cfr. COUTURE: ob. ult. cit., pp. 209-210.

<sup>69</sup> Cfr. Ib., p. 210.

<sup>70</sup> Cfr. Ib., pp. 210-211.

desistimiento y obligaciones económicas frente al Erario, derivada de los tributos que se pagan con ocasión del proceso.

En cuanto a la carga procesal Couture señala que «puede definirse como una situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él»<sup>71</sup>.

La noción de carga se diferencia claramente del derecho, en tanto que el derecho a realizar un acto de procedimiento es una facultad que la ley otorga al litigante en su beneficio (facultad de contestar la demanda, de producir prueba, de alegar de bien probado), la carga es una conminación o compulsión a ejercer el derecho<sup>72</sup>.

Según Couture la carga funciona *á double face*, por un lado «el litigante tiene la facultad de contestar, de probar, de alegar: en ese sentido es una conducta de realización facultativa; pero tiene al mismo tiempo algo como el riesgo de no contestar, de no probar y de no alegar. El riesgo consiste en que, si no lo hace oportunamente, se falla el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones»<sup>73</sup>.

Por su parte se señala que la carga es opuesta a la obligación; pues la obligación es un vínculo impuesto a la voluntad, que se acentúa por la circunstancia de que existe una libertad jurídica para cumplir o no cumplir, pero la actitud de no cumplimiento deriva en consecuencias perjudiciales. Más específicamente «mientras en la obligación el vínculo está impuesto por un *interés ajeno* (el del acreedor), en la carga el vínculo está impuesto por un *interés propio*»<sup>74</sup>.

La diferencia entre la carga y la obligación reside en las consecuencias que derivan de sus respectivos incumplimientos, mientras que la obligación insatisfecha crea un derecho a favor del acreedor de exigir el cumplimiento de la obligación incumplida, en la carga insatisfecha sólo nace un perjuicio para el que debe asumir la conducta establecida en la ley.

Por otra parte, a la obligación insatisfecha corresponde la responsabilidad *subjetiva* o voluntaria, mientras que a la carga insatisfecha corresponde, normalmente, la responsabilidad objetiva derivada de la inactividad, produciendo

---

<sup>71</sup> Cfr. Ib., p. 211.

<sup>72</sup> Vid. Ib., p. 212.

<sup>73</sup> Cfr. Íd.

<sup>74</sup> Cfr. Ib., pp. 212-213.

el efecto previsto, *ope legis*<sup>75</sup>, en la mayoría de los casos, aun sin la voluntad del adversario y sin constituir ningún derecho para éste<sup>76</sup>.

i. *Importancia de la distinción entre carga, obligación y deberes procesales frente a las normas que permiten la valoración judicial de la conducta de las partes. Un ejemplo paradigmático: la exhibición documental*

Es pues evidente que hay una clara diferencia entre carga, deber y obligación procesales. Diferencia fundamental para entender el tema de la valoración judicial de la conducta procesal de las partes (que se presenta, en principio, como consecuencia de la violación de un deber [moralidad o buena fe procesales *ex* artículo 170 del Código de Procedimiento Civil venezolano, y expresamente sancionado en los artículos 48 y 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo], *ergo*, como una sanción).

Así pues, la diferencia entre carga, deber y obligación procesales debe ser tomada en cuenta:

1) para identificar las consecuencias derivadas de la violación de la moralidad o buena fe procesal, como violaciones a un *deber* (no de una obligación, ni de una carga) y,

2) para clasificar ciertas normas que son incluidas en el supuesto catálogo de normas que son manifestación del deber de moralidad o buena fe procesal, como casos que se identifican y funcionan propiamente como supuestos de *cargas procesales* y no de deberes u obligaciones.

---

<sup>75</sup> Vid. Ib., p. 213. . Véase también MONTERO: “Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal”, cit., p. 339 y ALVARADO VELLOSO, Adolfo: Sistema procesal. Garantía de la libertad, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 332.

<sup>76</sup> Para Montero la distinción entre carga, obligación y deber permite concluir que en la Ley de rito española no se ha impuesto a las partes obligaciones, sino simplemente deberes «y aunque debe distinguirse claramente entre lo que es un deber y lo que es una carga, por ejemplo cuando se trata del sometimiento a las pruebas biológicas». Cfr. MONTERO: ob. ult. cit., pp. 339-340. En nota n° 98 el autor señala: «Cuando el artículo 767.4 LEC dispone que la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios, no está estableciendo un deber procesal sino inequívocamente una carga, pues el incumplimiento de ese pretendido deber no lleva aparejada una sanción sino una consecuencia procesal perjudicial que podría evitar realizando el acto. Si ese sometimiento a la prueba biológica se concibiera como una obligación de hacer se estaría nada menos que ante la posibilidad de que se exigiera coactivamente, lo cual no parece que sea defendido por nadie, aunque existe alguna sentencia del Tribunal Constitucional muy sospechosa; si se tratara de un deber el incumplimiento debería ser sancionado; al tratarse de una carga la ley se limita a disponer una consecuencia perjudicial para la parte al no “levantar” la carga; incluso podría recordarse la diferencia entre el artículo 767.4 y el 329.2 sobre la presentación de documentos poder de la parte contraria...».

Este es el caso v.gr., de la exhibición documental prevista en el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela<sup>77</sup>. La disposición normativa establece:

*La parte que deba servirse de un documento que según su manifestación, se halle en poder de su adversario podrá pedir su exhibición.*

*A la solicitud de exhibición deberá acompañar una copia del documento, o en su defecto, la afirmación de los datos que conozca el solicitante acerca del contenido del mismo y un medio de prueba que constituya por lo menos presunción grave de que el instrumento se halla o se ha hallado en poder de su adversario.*

*El Tribunal intimará al adversario la exhibición o entrega del documento dentro de un plazo que le señalará bajo apercibimiento.*

*Si el instrumento no fuere exhibido en el plazo indicado, y no apareciere de autos prueba alguna de no hallarse en poder del adversario, se tendrá como exacto el texto del documento, tal como aparece de la copia presentada por el solicitante y en defecto de ésta, se tendrán como ciertos los datos afirmados por el solicitante acerca del contenido del documento.*

*Si la prueba acerca de la existencia del documento en poder del adversario resultare contradictoria, el Juez resolverá en la sentencia definitiva, pudiendo sacar de las manifestaciones de las partes y de las pruebas suministradas las presunciones que su prudente arbitrio le aconsejen.*

El supuesto normativo (*actio ad exhibendum*) es un mecanismo o, como señala Rivera Morales, un «recurso que tienen las partes para traer una prueba que pueda influir en la decisión»<sup>78</sup>; mecanismo procesal que genera una carga procesal (no un deber ni una obligación) con consecuencias determinadas por el legislador, y que si bien admite la valoración de la conducta de las partes (últ. ap) cuando autoriza al juez a «sacar de las manifestaciones de las partes y de las

<sup>77</sup> Sobre la exhibición documental en Venezuela véase RIVERA MORALES, Rodrigo: Las pruebas en el derecho venezolano. Civil, Penal, Oral, Agrario, Laboral y de LOPNA, Reimp, 6ª ed., Librería J. Rincón G, Barquisimeto-Venezuela, 2011, pp. 787 ss.

<sup>78</sup> Cfr. Ib., p. 788. Sobre los diversos supuestos normativos de la exhibición en Venezuela véase pp. 788-789. Véase también CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo: La prueba ilegítima por inconstitucional, Homero, Caracas, 2012, pp. 942 ss.

pruebas suministradas» las presunciones (*rectius*: conclusiones) que su prudente arbitrio le aconseje, se trata de un mecanismo que funciona o es movido por el concepto de carga procesal.

De manera que relacionar normas de este género (exhibición documental o sometimiento a inspecciones) con el deber de moralidad (o de colaboración) no parece correcto, pues atienden, más que a la valoración de una prueba, a mecanismos procesales que se sirven de la carga por razones de conveniencia, particularmente por facilidad, proximidad y posibilidad de acceso a la prueba, para traerlas al proceso.

No se trata de un imperativo que surja por *deber de colaboración* (manifestación del principio de moralidad) sino una carga procesal impuesta a una de las partes, con consecuencias procesales por su no levantamiento<sup>79</sup> (lo mismo ocurre con los artículos 448 y 505 del Código de Procedimiento Civil, artículo 210 Código Civil y con el artículo 13 de la Ley de Procedimiento Marítimo<sup>80</sup>). Y en efecto, según estas normas el juez valora la conducta de las partes pero a partir del concepto de carga procesal.

---

<sup>79</sup> En este sentido NIEVA FENOLL, Jordi: La valoración de la prueba, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 252, al referirse al silencio del litigante a la luz del artículo 307 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española que sanciona la negativa, respuestas evasivas o inconcluyentes de una parte al declarar con el reconocimiento como ciertos de los hechos personales que le resulten perjudiciales, critica esta norma, destacando que la ley sanciona el silencio con la eventual pérdida del proceso, pero no sanciona que el litigante miente. Además identifica al supuesto normativo como una disposición que tiene «una naturaleza más próxima a la carga de la prueba que a la prueba legal, porque fijémonos en que en este caso el juez no está valorando un contenido probatorio, sino que está apreciando las consecuencias de una conducta del litigante, lo que es propio de la carga de la prueba. El juzgador, en realidad, tiene ante sí el vacío. Y la ley le sugiere que interprete ese vacío valorando la conducta de quien lo ha provocado. Ello es lo propio de una norma de carga de la prueba». Véase también MONTERO AROCA, Juan: *La prueba en el proceso civil*, 5ª ed., Aranzadi, España, 2007, p. 318. Opina en modo diferente PEREIRA CAMPOS, Santiago: “Moralidad, Veracidad y Colaboración: Su incidencia en el proceso civil contemporáneo (El Código Procesal Civil para Iberoamérica y la Experiencia de Código General del Proceso Uruguayo)”, en AA.VV., Estudios iberoamericanos de derecho procesal. Libro homenaje a José Gabriel Sarmiento Núñez, Coord. C. J. SARMIENTO SOSA, Legis, Bogotá, 2005, p. 540 ss., para quien: «Específicamente con relación a la instrucción probatoria, el legislador atiende al principio de disponibilidad de los medios, para requerir de aquel sujeto que dispone de cierta prueba, su aporte al proceso; colocándole en situación de deber. No se trata simplemente de la carga de producir prueba, so pena de sufrir consecuencias desfavorables a su interés, sino que la colaboración exigida trasciende esa óptica individual y egoísta, para alcanzar la más general e intensa que corresponde a un deber jurídico de colaborar, con raigambre en los principios de buena fe y lealtad procesal».

<sup>80</sup> Al respecto véase MATHEUS G., Carlos A: “Régimen probatorio en el procedimiento marítimo”, en AA.VV., Análisis de 10 años de vigencia de las leyes marítimas venezolanas, Coord. L. COVA ARRIA, ACIENPOL-UCV, Caracas, 2012, pp. 274 ss.

Se trata pues de *cargas procesales*, no de deberes ni de obligaciones<sup>81</sup>. Se habla de carga imperfecta, cuando se otorga al juez el poder de seleccionar y de determinar las consecuencias del comportamiento de la parte que se niegue a presentar el documento o a someterse a la inspección (por ello se trata propiamente de *carga* [que no deber] *de colaboración*)<sup>82</sup>. Tanto en este caso como en el caso en el cual las consecuencias son establecidas expresamente por el legislador, estamos en presencia de una *carga procesal*. Es decir, un imperativo del propio interés de la parte apercibida de colaborar que puede acarrearle, en caso de no levantar la carga, consecuencias perjudiciales.

ii. *Función de la carga procesal*

Teniendo en cuenta la diferencia antes anotada, resulta importante recordar que en el sistema procesal venezolano la noción de carga, particularmente, de carga probatoria tiene la particularidad de dar sentido al carácter dialéctico del proceso (Arts. 506 c.p.c Ven, 1.354 C. civ Ven, 72 l.o.p.t.r.a).

La carga de la prueba, y el proceso como competencia o juego razonado, impone a aquel gravado con aquella el imperativo de levantarla.

La determinación de quién es el sujeto procesal gravado con la carga de la prueba (y quién correrá el riesgo de la falta de prueba) será establecida por la naturaleza de los hechos planteados por las partes en sus respectivas instancias: la parte demandante en su demanda (*rectius*: pretensión) expondrá el *hecho o hechos constitutivos* que la fundamentan y sobre ella recaerá la carga de su prueba, y la parte demandada con su resistencia a la pretensión podrá negar genéricamente la existencia del hecho constitutivo alegado (v.gr. como es posible hacerlo en el procedimiento civil venezolano, mientras que en el procedimiento laboral deberá el demandado [tiene la carga] especificar los hechos que admite o rechaza [arg. Art. 135 Ley Orgánica Procesal del Trabajo]) en cuyo caso, en principio, la carga probatoria permanecerá en hombros de la parte actora; mientras que si el demandado frente al hecho o los hechos constitutivos alega hechos impositivos, modificativos o extintivos, asumirá, en principio, la carga probatoria de éstos<sup>83</sup>.

El propio Código de rito civil venezolano establece en su artículo 254: «*Los jueces no podrán declarar con lugar la demanda sino cuando, a su juicio,*

<sup>81</sup> No obstante calificada doctrina estima que normas de esta naturaleza son manifestación de un deber de colaboración, cuyo incumplimiento importa un hecho ilícito. *Vid.* MICHELI: ob. ult. cit., p. 148.

<sup>82</sup> Sobre la crítica a la denominada carga imperfecta. *Vid.* MICHELI: ob. cit., pp. 153-154.

<sup>83</sup> Sobre los hechos constitutivos, impositivos, modificativos y extintivos véase CONSOLO, Claudio: *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, 2 ed., Giappichelli, Torino, 2012, pp. 219-220.

exista plena prueba de los hechos alegados en ella. En caso de duda, sentenciarán a favor del demandado, y, en igualdad de circunstancias, favorecerán la condición del poseedor, prescindiendo en sus decisiones de sutilezas y de puntos de mera forma». Es una regla de juzgamiento clara y sin lugar a dudas muy valiosa en el sistema procesal venezolano, y junto a las normas relativas a la carga probatoria deben ser instrumento indispensable del juez para juzgar los asuntos sometidos a su competencia.

A mayor abundamiento, el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil venezolano establece que: «En materia civil el juez no puede iniciar el proceso sino previa demanda de parte, pero puede proceder de oficio cuando la ley lo autorice, o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia legal aunque no la soliciten las partes» (*Nemo iudex sine actore*), mientras que el artículo 243.5° *eiusdem* prescribe que: «Toda sentencia debe contener: [...] 5°. Decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse de la instancia», y por su parte el artículo 12 del Código de rito civil reconoce que: «Los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, *que procurarán conocer en los límites de su oficio*. En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas del derecho a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. *Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados*».

La interpretación sistemática de estas normas permite deducir con meridiana claridad que en el proceso civil venezolano las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho, en un marco procesal orientado por el sistema dispositivo y acusatorio, quedando en ellas impulsar y hacer andar cualquier actividad propia para confirmar los presupuestos de hecho (controvertidos) de la norma que invocan como favorable. La actividad probatoria es actividad de parte, cuyo impulso es imperativo del propio interés (carga). Con esto queremos advertir que la prueba en el sistema procesal venezolano (particularmente el civil), debe ajustarse a estas reglas, tanto de distribución de la carga probatoria, como las reglas de juzgamiento.

Aquellas permiten no sólo determinar la suerte del debate en caso de ausencia de prueba, sino también advierten, con antelación y previsibilidad, la posición que cada parte tiene dentro del proceso (y frente a una específica situación procesal) y qué o cuáles (afirmaciones de) hechos (controvertidos), o mejor, qué o cuáles presupuestos de hecho (controvertidos) de la norma aplicable deben ser probados y por quién, y cuáles las consecuencias de la ausencia de prueba.

En este sentido señala Alvarado Velloso que «el tema en tratamiento relativo a la *incumbencia probatoria* –que habitualmente se estudia con el nombre de *carga de la prueba*- no es en sí mismo un tema propio de la prueba procesal sino que es, en esencia, una *clara regla de juzgamiento* dirigida al juez para que sepa a qué atenerse cuando carece de elementos de convicción acerca de los hechos litigiosos sobre los cuales debe fallar. Y como es obvio, tal regla no sólo debe ser precisa sino de cumplimiento objetivo y acatamiento irrestricto»<sup>84</sup>.

Ahora bien, todo el tema relativo a la carga de prueba y las reglas de juzgamiento condicionan sin lugar a dudas la conducta de las partes en el proceso. Esto pues, quien no tiene la carga probatoria (p.ej. el demandado, frente al demandante que no ha logrado probar o confirmar el hecho constitutivo de su pretensión) no debe (técnicamente) levantar carga alguna (aunque puede, sí, asumir ofrecer pruebas, dependiendo de la estrategia procesal elegida), ni mucho menos sufrir consecuencias por la falta de actividad o incumplimiento de aquella.

Tampoco debe esa parte sufrir una desmejora en su condición procesal por faltar (su abogado o defensor) a algún deber relacionado con el principio de moralidad (p.ej. el llamado deber de colaboración), es decir, perder el pleito, una prueba, o que por aquello se invierta la carga probatoria en su contra.

Creemos, pues, que la correcta diferenciación entre las nociones de carga, deber y obligación en el proceso es necesaria para cualquier aproximación al tema de la moralidad de la conducta procesal de las partes, lo que permite identificar situaciones que frecuentemente son tratadas como violaciones de deberes procesales derivados del principio de moralidad, siendo en rigor de verdad manifestaciones de cargas procesales.

#### IV. *Valoración judicial de la conducta de las partes*

El proceso, no obstante su carácter dialéctico, no debe servir para multiplicar el conflicto que esta llamado a resolver, se justifica pues que se proscriban comportamientos de las partes y sus patrocinados que sean contrarios

---

<sup>84</sup> Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo: La incumbencia de la prueba (Quién debe probar), Unaula, Colombia, 2011, p. 28., en sentido similar véase CONSOLO: ob. ult. cit., pp. 220-221. Véase también TARUFFO: Simplemente la verdad, cit., p. 62. Parte de la doctrina argentina ofrece un enfoque diferente al que se expone en el texto principal sobre la noción de carga de la prueba, particularmente nos referimos a las llamadas *cargas probatorias dinámicas*. Véase al respecto. AA.VV., Cargas probatorias dinámicas, Dir. J. W. PEYRANO – Coord. J.W. PEYRANO, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, *passim*.

a la finalidad del proceso, estableciendo reglas en los Códigos, bajo la denominación de reglas de lealtad, probidad, buena fe procesal<sup>85</sup>.

Así mismo se atribuye al juez el poder de prevenir o sancionar de oficio o a petición de parte, las faltas a la lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión y el fraude procesales, o cualquier acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes (v.gr. arts 17 y 170 c.p.c Ven).

Esto no sólo desde el Código de Procedimiento Civil, pues, por ejemplo, el legislador procesal laboral venezolano (Ley Orgánica Procesal del Trabajo) dio amplios poderes y facultades discrecionales a los jueces para prevenir y sancionar la conducta de las partes contrarias al deber de lealtad y probidad.

El artículo 48, que además de ser una reproducción de los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil, otorga al juez el poder de extraer elementos de convicción de la conducta procesal de las partes que sea contraria al deber moralidad<sup>86</sup>, de sus apoderados o de los terceros y ordena oficiar lo conducente a los organismos competentes (es decir, los colegios profesionales), a fin de que se establezcan las responsabilidades legales a que haya lugar; hace deudor de daños y perjuicios a la parte, *el apoderado* o los terceros que se comporten con temeridad o mala fe; además de ser estos sujetos pasibles de multas, cuya falta de pago puede generar privación de libertad (sin recurso alguno)<sup>87</sup>.

Por su parte, el artículo 122 de la ley procesal laboral otorga al juez (o mejor, reitera) el poder (previsto en el art. 48) de extraer conclusiones de la conducta procesal de las partes cuando se manifieste notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o en general lo que

---

<sup>85</sup> Al respecto véase nuestro trabajo “Consideraciones generales sobre la buena fe procesal y el abuso procesal”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*, N° 3, mayo 2015, II-LXXVIII-857, [www.ijeditores.com.ar](http://www.ijeditores.com.ar).

<sup>86</sup> Una norma del género no se encuentra presente en el Código de Procedimiento Civil vigente, lo que no ha sido óbice, como hemos mencionado en el texto, para que se argumente a favor de su aplicación (como norma inexpressa). Al respecto véase DUQUE CORREDOR, Román J.: “La conducta de las partes en el proceso como elemento de convicción para la decisión del juez”, en [www.iprocesalcolombovenzolano.org/doctrina](http://www.iprocesalcolombovenzolano.org/doctrina), 24 de febrero 2013. A finales del año 2014 la Asamblea Nacional aprobó en primera discusión el texto del Proyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil venezolano, que acoge la posibilidad de extraer conclusiones de la conducta de las partes en su artículo 494: «El Juez puede extraer conclusiones en relación con las partes, atendiendo a la conducta que éstas asuman en el proceso, particularmente, cuando se manifieste notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas». Sobre este tema reenviamos a la obra AA.VV., *Valoración judicial de la conducta procesal*, Coord. D. F. ACOSTA – Dir. J. W. PEYRANO, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, *passim*.

<sup>87</sup> V. Id.

la ley califica como “otras actitudes de obstrucción”, imponiendo el deber legal que las conclusiones del juez estén debidamente fundamentadas<sup>88</sup>.

También el Código Orgánico Procesal Penal regula la moralidad o buena fe procesal. Esto es coherente, sin lugar a dudas, con la idea misma de proceso. Esto es, que el proceso cómo método debe seguir pautas, no sólo formales (normas procedimentales), sino que regulen, al menos implícitamente, la actitud *ética* de sus intervinientes. Si con él se pretende ofrecer un instrumento republicano para resolver conflictos debe hacerse bajo cierta ética, que asume el nombre de principio de moralidad procesal o buena fe procesal.

La existencia de un principio normativo que postula la exigencia de moralidad, en el debate procesal, es sancionada generalmente con consecuencias jurídicas. Bien las normas así lo disponen o la doctrina jurisprudencial y autoral así lo han interpretado. Las consecuencias jurídicas van desde multas, imposición de costas, resarcimiento de daños, nulidad, la inadmisibilidad, la preclusión, etc.<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> El artículo 48 establece: «El Juez del Trabajo deberá tomar, de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendentes a prevenir o sancionar la falta de lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión, y el fraude procesal o cualquier otro acto contrario a la majestad de la Justicia y al respeto que se deben los litigantes. A tal efecto, el Juez podrá extraer elementos de convicción de la conducta procesal de las partes, de sus apoderados o de los terceros y deberá oficiar lo conducente a los organismos jurisdiccionales competentes, a fin de que se establezcan las responsabilidades legales a que haya lugar. Parágrafo Primero: Las partes, sus apoderados o los terceros, que actúen, en el proceso con temeridad o mala fe, son responsables por los daños y perjuicios que causaren. Se presume, salvo prueba en contrario, que las partes, sus apoderados o los terceros, han actuado en el proceso con temeridad o mala fe cuando: 1. Deduzcan en el proceso pretensiones o defensas, principales o incidentales, manifiestamente infundadas; 2. Alteren u omitan hechos esenciales a la causa, maliciosamente; 3. Obstaculicen, de una manera ostensible y reiterada, el desenvolvimiento normal del proceso. Parágrafo Segundo: En los supuestos anteriormente expuestos, el Juez podrá, motivadamente, imponer a las partes, sus apoderados o los terceros una multa equivalente a diez unidades tributarias (10 U.T), como mínimo y de sesenta unidades tributarias (60 U.T), como máximo, dependiendo de la gravedad de la falta. La multa se pagará en el lapso de tres (3) días hábiles siguientes a la resolución del Tribunal, por ante cualquier Oficina Receptora de Fondos Nacionales, para su ingreso en la Tesorería Nacional. Si la parte o las partes, sus apoderados o los terceros no pagare la multa en el lapso establecido, sufrirá un arresto domiciliario de hasta ocho (8) días a criterio del Juez. En todo caso, el multado podrá hacer cesar el arresto haciendo el pago correspondiente. Contra la decisión judicial que imponga *las sanciones* a que se refiere este artículo no se admitirá recurso alguno». Mientras que el artículo 122 de la Ley de rito laboral establece: «El Juez puede extraer conclusiones en relación con las partes, atendiendo a la conducta que éstas en el proceso, particularmente, cuando se manifieste notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del juez estarán debidamente fundamentadas». Al respecto véase HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo: El nuevo proceso laboral venezolano, CEJUZ, Caracas, 2006, pp. 195-204 y 392-394.

<sup>89</sup> Vid. TARUFFO: “El abuso...”, cit. p. 328-329.

Como señala Argüello «las consecuencias en materia de las responsabilidades derivadas del proceso, para los intervinientes: partes, apoderados, terceros, se mueve entre las posiciones doctrinales del principio de la buena fe procesal y la teoría del abuso del derecho en el proceso. Dentro del proceso, al igual que en cualquier ámbito de las relaciones humanas reguladas con la intervención de las normas jurídicas, se dan frecuentemente conductas contrarias a la ley, que son de diferente naturaleza y gravedad, desde las provistas de dolo, hasta las imbuidas de culpa: leve o grave»<sup>90</sup>.

Señala el autor que «en el proceso, esas conductas contrarias a sus regulaciones son reprochables mediante seis consecuencias a saber: a) Inadmisibilidad y nulidad de los actos procesales. b) La responsabilidad endógena, es decir, la aplicable por el juez como director del proceso, para con las partes, terceros, apoderados, poderdante, abogados asistentes, auxiliares, mediante la potestad preventiva, apercibimientos, multas. c) La responsabilidad administrativa exógena, esto es la reprimida por los Tribunales Disciplinarios de los Colegios de Abogados, mediante la remisión de las copias de la actuación contraria a la ética por parte del profesional del Derecho, acordada por el Tribunal. d) La responsabilidad civil contractual, devenida de la relación entre el abogado y su mandante o poderdante. e) La responsabilidad extracontractual, que deviene de las actuaciones en el proceso de las partes, sus apoderados o poderdantes, terceros intervinientes, por el ejercicio abusivo con o en el proceso, f) la responsabilidad penal»<sup>91</sup>.

En Venezuela una de las consecuencias que de la violación de la exigencia de buena fe procesal deriva, es la valoración judicial de la conducta de las partes, por lo general, en perjuicio de quien actúa en contra del *principio de moralidad procesal*. Esta última consecuencia está claramente establecida en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, artículos 48 y 122. Sin embargo, en el proceso civil no encontramos disposición normativa similar, lo que no ha sido óbice para que la doctrina arribe a la misma conclusión. Tal como mencionamos *supra* en el Proyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil preparado por la Sala de Casación Civil y aprobado en primera discusión por la Asamblea Nacional, encontramos una norma del género, a saber, el artículo 494.

En este sentido señala Duque Corredor que «en nuestro sistema jurídico, en el proceso laboral, es un principio general que la conducta de las partes

---

<sup>90</sup> Vid. ARGÜELLO LANDAETA, Israel: “Las responsabilidades derivadas del fraude procesal”, en AA.VV., Tendencias actuales del derecho procesal, Coord. J.M. CASAL y M. ZERPA M., UCAB, Caracas, 2006, p. 293. Del autor véase también “El abuso de las facultades procesales”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1991, pp. 75 ss.

<sup>91</sup> Cfr. ARGÜELLO: “Las responsabilidades derivadas del fraude procesal”, cit., p. 294.

contraria a los deberes de lealtad y probidad procesales, es un elemento de convicción para la decisión que debe dictar el juez. Y, que en materia procesal civil, por el contrario, se atribuye a esa conducta el valor probatorio de un indicio desfavorable, que se puede desprender, solo respecto de determinadas pruebas, una presunción contraria a las partes que falten a sus deberes de veracidad y de colaboración con la justicia, a que se refieren los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil»<sup>92</sup>.

Continúa el autor señalando que «lo anterior significa que la actitud de las partes en el proceso es un elemento de convicción para la procedencia de sus pretensiones. Tal es la importancia de esta conclusión, que aun a falta de texto expreso, en el proceso moderno se atribuye a la conducta procesal de las partes un valor, como argumento de prueba, por ejemplo, como indicio, o como un elemento de valoración del material probatorio. En nuestro sistema procesal civil pudiera pensarse que domina el criterio de atribuirle específicamente el carácter de elemento de valoración de la prueba, con relación a algunas pruebas, y, que, por el contrario, en materia laboral, priva el criterio general de asignarle el carácter de elemento decisorio. Puede asentarse, pues, que lo cierto, desde un punto de vista o de otro, es que la conducta de las partes en el proceso contrarias al deber de lealtad y probidad procesales al deber de colaboración en materia de pruebas, tiene un valor negativo»<sup>93</sup>.

Para el autor en el proceso civil venezolano, a pesar de no existir normas como las previstas en la Ley Procesal del Trabajo, es posible admitir que la valoración de la conducta de las partes puede hacerse como elemento de convicción o elemento de valoración de prueba<sup>94</sup>.

Por su parte Bello Tabares señala al respecto que «en nuestro sistema procesal civil, no existe una norma jurídica expresa que regule y otorgue el carácter de indicio a la conducta de las partes, lo cual sí es regulado en materia laboral, especialmente en el artículo 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, siendo que en forma tímida el legislador civil, en el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, castiga la conducta obstruccionista pero le da el carácter de

---

<sup>92</sup> Cfr. DUQUE: “La conducta...”, cit., p. 2. Continúa el autor: «De modo que esas conductas negativas se incluyen dentro de los indicios a que se contrae el artículo 510 *eiusdem*, que son aquellos hechos evidenciados en el proceso, que considerados por su gravedad, concordancia y convergencia entre si y por su relación con las demás pruebas, permiten a los jueces inferir presunciones a favor o en contra de las partes».

<sup>93</sup> Cfr. Ib., p. 3.

<sup>94</sup> Cfr. Ib., pp. 5-6. En el mismo sentido *vid.* MICHELI: ob. cit., p. 134.

presunción, lo cual es el error de confundir la presunción con el indicio según lo hemos indicado» 95.

Es así como se establece la regla de valoración judicial de la conducta procesal de las partes por contrariar el principio de moralidad o buena fe procesal. Como ocurre en el ordenamiento jurídico venezolano, la(s) norma(s) que prevé(n) esta posibilidad o poder del juez (Artículos 48 y 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo) no tipifica(n) expresamente qué conductas son contrarias al principio de moralidad y por tanto pasibles de valoración por parte del juez.

De manera que aparte de la existencia de la indeterminación del criterio de valoración de estos hechos, existe una propia indeterminación del hecho que permite al juez extraer elementos de convicción de la conducta. No obstante ha sido labor de la doctrina diseñar parámetros de identificación de la conducta procesal contraria al principio de moralidad.

Para Quintero, si se observa que la conducta «se descarrila con el propósito oscuro de servir a intereses desviados de la finalidad procesal, entramos en que ese sentido exteriorizado se valora con fines sancionatorios y se encuadra entonces, en las zonas de abuso del proceso, que tanta connotación ha asumido en nuestra jurisprudencia constitucional, y que puede provocar, sea a través de una petición incidental o principal nuláfica, o un recurso de invalidación o revisión mediante la deducción de una pretensión de amparo constitucional, en la nulidad del acto o de la sentencia obtenida en forma irregular». Para Quintero al comportamiento abusivo, además de atribuírsele efectos anulatorios y otros, como multas y reparaciones de daños y perjuicios, «puede asumir, en el contexto de las pruebas, la relevancia para alcanzar una justa decisión».

Quintero analiza el artículo 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, los artículos 177.1 y 177.3 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, para luego señalar, respecto al deber del juzgador, que:

*Según lo expuesto, constituye, entonces, un deber insoslayable del juez, en cumplimiento del interés público inmerso en el proceso, valorar la conducta asumida por las partes, tanto antes, como durante, el desarrollo del proceso y calificarla, en términos de eficacia probatoria, cuando se trata no sólo de negativa a colaborar con la producción de la masa probatoria.*

---

<sup>95</sup> Cfr. BELLO TABARES, Humberto: Tratado de derecho probatorio, Reimp. Paredes, Caracas, 2009, t. II, pp. 1034-1035.

Extiende Quintero el ámbito de aplicación de la valoración probatorio de la conducta de las partes, no sólo a la fase probatoria, pudiendo el comportamiento *mendaz, oclusivo, omisivo y obstruccionista* verificarse en cualquier etapa del proceso y «servir de clave al juez para deducir en su contra argumentos probatorios».

Tanto la ocultación de la verdad – continúa la autora – o su desviación o intencional calificación errada en la demanda, puede ser un indicio de la falta de fundamentos de la pretensión «con un mayor relieve cuando la producción de los medios de persuasión acompañados por la parte contraria demuestre su falsedad». Señalando asimismo que la falta de apreciación por el juez puede constituir un vicio de silencio de prueba.

Al disertar Quintero sobre el valor de convicción de la conducta de las partes, entre las opiniones que le otorgan valor probatorio como elemento corroborante de prueba no suficiente por sí sola y la que le atribuye la posibilidad, por su sola virtualidad, de constituir un indicio capaz de convencer al juez, se adhiere a esta última tesis.

Y concluye alertando a los jueces sobre el deber que tienen de valorar la conducta de las partes, cuando éstas constituyen hechos indiciarios que lleven al establecimiento de otros hechos vinculados con el tema del proceso, deber originado en el significado publicista del proceso «que los obliga a escudriñar la verdad en el proceso para llegar a una justicia concreta en el caso».

Asimismo alerta Quintero a los justiciables y a sus apoderados que toda conducta exteriorizada (sea activa u omisiva) tiene huella en el proceso «y que debe, independientemente de la relevancia lógica que tiene en el razonamiento del juez la prueba de indicios y presunciones, ceñirse a la regla principio de colaboración con la justicia, en base al principio de probidad, como un deber cívico, social y de solidaridad humana».

Para parte de la doctrina autoral la valoración probatoria de la conducta de las partes encuentra justificación en la publicización del proceso, del nuevo rol del juez y su mayor discrecionalidad. Y se señala que el fin de esta tesis es «promover la moralización del proceso y el cumplimiento de los deberes de las partes y de los jueces dentro del marco de la ley, de los principios que las informan y también de las posibilidades reales de los tribunales de la época»<sup>96</sup>.

Se señala así que «habiendo sido desplazado el esquema del juez espectador, y a la luz del principio de la sana crítica racional, se expandieron las

---

<sup>96</sup> Cfr. BALESTRO FAURE, Miryam, “La valoración judicial de la conducta en juicio”, en AA.VV., Valoración judicial de la conducta procesal, Coord. D. F. ACOSTA – Dir. J. W. PEYRANO, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 32.

facultades probatorias de las partes, y de valoración por parte del juzgador. Ante este panorama, la valoración de la conducta de que las partes exteriorizan en el proceso se abrió camino casi por generación espontánea –como la vida misma-, pues el juez que apreciaba el modo de conducirse en el proceso, por parte de los litigantes, naturalmente podía extraer: o bien indicios, o bien argumentos a la hora de la valoración probatoria»<sup>97</sup>. Así, el espíritu de la Ley es enaltecer estos valores, a través de la moralidad procesal<sup>98</sup>.

A. Las normas jurídicas sobre moralidad procesal o buena fe procesal:  
Normas en blanco, conceptos válvula y/o cláusulas generales y la valoración judicial de la conducta de las partes

Ahora bien, surge un problema al intentar trazar límites exactos al llamado principio de moralidad o buena fe procesal y las normas que expresan, y más concretamente, qué conducta específica debe exigirse a las partes sobre la base de dicho principio. Desde esta perspectiva se habla de deber de decir la verdad, de lealtad, de probidad, buena fe, deber de colaboración, no obstrucción, litis temerarias o abusivas, tácticas dilatorias, abuso procesal<sup>99</sup>, fraude procesal; se habla frecuentemente de temeridad, unas veces como conciencia de la propia sinrazón, otras veces como sinónimo de violación del principio de buena fe.

Lo cierto es que no existe una delimitación conceptual, pues en la mayoría de los casos se trata de conceptos válvula, cláusulas generales, expresiones elásticas y/o normas en blanco que dificultan convenir en el alcance y sentido, al menos ideal, de los términos que se usan para describir en sentido positivo cuál

---

<sup>97</sup> Cfr. ACOSTA, Daniel Fernando: “La conducta procesal de las partes como concepto atinente a la prueba”, en AA.VV., Valoración judicial de la conducta procesal, Coord. D. F. ACOSTA – Dir. J. W. PEYRANO, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 78.

<sup>98</sup> Cfr. BECCARIA, Cesare: De los delitos y las penas, Clásicos del Derecho, Librería El Foro, Buenos Aires, 2004, p. 53. Sobre el espíritu de la ley resulta oportuno recordar lo escrito por Beccaria hace un buen tiempo: «Cada hombre tiene su punto de vista, y cada hombre en tiempos diferentes tiene uno distinto. El espíritu de la ley, sería, pues, el resultado de la buena o mala lógica de un juez, de una buena o mala digestión; dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad del que sufre, de las relaciones del juez con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian las apariencias de cada objeto en el ánimo fluctuante del hombre». Continúa el autor: «De ahí que veamos muchas veces cambiarse la suerte de un ciudadano en su tránsito por diversos tribunales, y ser la vida de los desdichados víctimas de falsos raciocinios o del ocasional fermento de los humores de un juez, que toma por legítima interpretación el vago resultado de toda aquella confusa serie de nociones que se le agitan en la mente. De aquí, que veamos ser castigados los mismos delitos por un mismo tribunal de modo diverso en diversos tiempos, todo ello por haber consultado no la constante y fija voz de la ley, sino la movediza inestabilidad de las interpretaciones».

<sup>99</sup> Vid. TARUFFO, Michele: “Elementos para una definición de abuso del proceso”, en Páginas sobre la justicia civil, Trad. M. ARAMBURO CALLE, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 296-297. Del mismo autor “El abuso del proceso: perfiles comparados”, en Páginas sobre la justicia civil, cit., pp. 321-322.

debe ser la conducta debida en juicio<sup>100</sup>. A su vez, la buena fe como principio, por su natural indeterminación, permite sea adaptada a cada caso concreto, atendiendo fundamentalmente a la heterointegración con la moral social o a la moral ideal<sup>101</sup>.

Esto sin duda afecta la eficaz aplicación y observancia de las normas en cuestión, y, creemos, sirve para fundamentar interpretaciones abiertas que dejan un amplio margen integrativo a los jueces. Esto sin perjuicio de que existan disposiciones claras y cerradas que ofrecen previsibilidad y seguridad a los ciudadanos en cuanto a su aplicación y alcance<sup>102</sup>.

Aquel defecto de esos imperativos abiertos resultaría baladí si la apreciación del juez no tuviera una consecuencia inmediata, más sí cuando se otorgan al juez potestades extraordinarias para la apreciación de esas conductas, se torna en situación peligrosa e insegura para el litigante.

Tal es el caso de las normas (y criterios) que establecen genéricamente la posibilidad de extraer elementos de convicción de la conducta de las partes, por violación del mentado principio de moralidad procesal.

En este sentido Chiovenda señala «pero no es siempre prácticamente útil que el derecho provea con sanciones al castigo del que se conduce con mala fe en el proceso, porque al querer reprimir con normas generales (de dudosa eficacia)

---

<sup>100</sup> Vid. DUQUE CORREDOR, Román J: *La conducta de las partes en el proceso como elemento de convicción para la decisión del juez*”, Fuente [www.iprocesalcolombovenezolano.org/doctrina](http://www.iprocesalcolombovenezolano.org/doctrina), Fecha de consulta: 24 de julio 2011.

<sup>101</sup> Sobre la moral social y la moral ideal o crítica véase GUASTINI: ob. cit., p. 19.

<sup>102</sup> Uno de los casos típicos de actuación contraria al deber de moralidad es el previsto en el artículo 171 del Código de Procedimiento Civil (Abstención de expresiones o conceptos injuriosos en los escritos [cuya máxima expresión está prevista en los artículos 133. 4º de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y en el artículo 35. 6º de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los cuales establecen como causal de inadmisibilidad de la demanda el que la misma contenga conceptos irrespetuosos]), de igual forma la recusación infundada y las sanciones reguladas en el artículo 98 del Código de Procedimiento Civil, que establece: «Declarada sin lugar la recusación o inadmisibile o habiendo desistido de ella el recusante, pagará éste una multa, de dos mil bolívares si la causa de la recusación no fuere criminosa, y de cuatro mil bolívares si lo fuere. La multa se pagará en el término de tres días al Tribunal donde se intentó la recusación, el cual actuará de agente del Fisco Nacional para su ingreso en la Tesorería Nacional. Si el recusante no pagare la multa dentro de los tres días, sufrirá un arresto de quince días en el primer caso y de treinta días en el segundo caso. Si la causa de la recusación fuere criminosa, tendrá el recusado la acción penal correspondiente contra quien la haya propuesto, el cual podrá incurrir también en las costas causadas a la otra parte». Otro caso es el de la excepción de falta de jurisdicción o competencia declarada manifiestamente infundada prevista en el artículo 76 del Código de Procedimiento Civil: «La parte que haya promovido la regulación de la jurisdicción o de la competencia que resulte manifiestamente infundada, será condenada, por el Tribunal que decida, al pago de una multa que no será menor de un mil bolívares ni mayor de cinco mil. En la misma pena incurrirá el Juez que haya dejado de enviar oportunamente al Tribunal que deba decidir, las actuaciones pertinentes, sin perjuicio de poder ser apremiado a cumplir tal deber por el Tribunal llamado a regular la competencia».

al litigante doloso, fácilmente menoscabaría también la libertad del litigante de buena fe, mientras que remitiendo al juez también por regla general, su represión concedería un excesivo arbitrio al magistrado. Así, nuestra ley no contiene, por ejemplo, una prohibición genérica y expresa de afirmar cosas falsas en juicio, dejando al cuidado recíproco de las partes la mejor aseguración de la verdad de las respectivas afirmaciones»<sup>103</sup>.

Señala Scialoja que «el problema de impedir con sanciones penales las litis temerarias es uno de los problemas más delicados, y también de los más difíciles, de toda legislación (y se puede decir que ninguna de ellas ha llegado a resolverlo plenamente), pues hay que evitar dos excesos igualmente perjudiciales. Por una parte, el legislador debe remediar los graves inconvenientes de los múltiples juicios y del espíritu litigioso de los ciudadanos; por otra parte la litis no es más que la sanción de las disposiciones del derecho; es necesario pues que se pueda litigar y hasta que se pueda litigar fácilmente, para que el derecho no pierda toda eficacia práctica, para que sea aplicable. Hay una especie de contradicción entre estos dos fines, de donde deriva la dificultad para resolver el problema»<sup>104</sup>.

## B. Naturaleza jurídica

En el contexto de nuestra investigación, la valoración judicial de la conducta de las partes se construye como una consecuencia de la violación del deber de moralidad o de buena fe procesal, sin embargo, aquella (la valoración de la conducta de las partes) tiene para la doctrina un ámbito de aplicación y alcance mucho más amplio<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> Cfr. CHIOVENDA: Principios..., cit., p. 211.

<sup>104</sup> Cfr. SCIALOJA, Vittorio, Procedimiento Civil Romano. Ejercicio y defensa de los derechos, Trad. S. SENTÍS MELENDO y M. AYERRA REDIN, EJEA, Buenos Aires, 1954, p. 273.

<sup>105</sup> Por ejemplo, parte de la doctrina autoral argentina señala que «el estudio del tema *valor probatorio de la conducta procesal de las partes*, o en su caso, de la inconducta, forma parte de un contenido mayor, cual es la forma en que vemos y entendemos las conductas sociales e individuales en general, las que luego se repiten en el proceso. Esas diferentes, heterogéneas y múltiples conductas que es posibles asumir en un proceso pueden ser atrapadas por diversos institutos jurídicos, como bien lo señala Acosta, a saber: la *doctrina de los actos propios*, la *prueba de autocontradicción o intercadencia* y los *principios procesales de buena fe, lealtad y probidad*; a los que bien pueden agregarse: la *inconducta procesal o conducta temeraria o maliciosa*, el *abuso del derecho en el proceso* y, por qué no, los supuestos que llevan a la aplicación de las *cargas dinámicas probatorias*». Cfr. LÉPORI WHITE, Inés: “La conducta procesal de las partes y los medios de prueba”, en AA.VV., Valoración judicial de la conducta procesal, Coord. D. F. ACOSTA – Dir. J. W. PEYRANO, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 141-142. Por su parte MUÑOZ: Técnica..., cit., p. 449., afirma que «la necesidad de esta diferenciación axiológica entre juicios éticos y los que podríamos llamar pragmáticos es una razón que muchas veces no se tiene en cuenta al tratar de la conducta procesal de la parte como elemento probatorio, y ello ocasiona sensibles confusiones no solo doctrinales sino prácticas».

La doctrina no es conteste respecto a la naturaleza jurídica de la valoración judicial de la conducta de la parte, sin embargo predomina aquella que estudia el fenómeno bajo una perspectiva probatoria.

En Venezuela para Quintero, adhiriéndose a doctrina mayoritaria en materia, el comportamiento de las partes tiene naturaleza jurídica *indiciaria* y «de ello se deduce que se eleva la apreciación de la conducta de las partes a la categoría de fuente de prueba de la cual derivar elementos de convicción para el juzgador».

Para Rengel-Romberg «el nuevo código, en el Libro Segundo (del Procedimiento Ordinario) Título II (de la Instrucción de la Causa) Capítulo IX (de las Reproducciones, copias y experimentos) Art. 505 CPC, no emplea la expresión “argumento de prueba” pero establece que cuando se trata de inspecciones, reproducciones, reconstrucciones y experiencias, que requieran la colaboración material de una de las partes, y ésta se negare a suministrarla, el juez la intimará a prestarla, y si a pesar de ello continuare sus resistencia, dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, “*pudiendo interpretar la negativa a colaborar en la prueba, como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria al respecto*”. Pero si la prueba debiere realizarse sobre la persona humana, y hubiere negativa injustificada de ésta a colaborar en la prueba, autoriza al juez a disponer que se deje sin efecto la diligencia, “*pudiendo sacar de la negativa a colaborar en la prueba las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje*”»<sup>106</sup>.

Más adelante señala el autor «como se ve, en el primer caso, la ley toma en cuenta el comportamiento de la parte en juicio: negativa a colaborar en la prueba; pero autoriza al juez a *interpretar* (rectius: *presumir*) la negativa a colaborar en la prueba como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria al respecto; y en el segundo, autoriza al juez a *sacar* (rectius: *inferir*) de la negativa a colaborar en la prueba las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje; por lo cual, en ambos casos se está en el campo de las *presunciones hominis*»<sup>107</sup>.

Para Duque Corredor la valoración judicial de la conducta de las partes tiene naturaleza tanto argumentativa como probatoria al resaltar que «la conducta de las partes puede ser un motivo de argumentación o valor probatorio», no obstante darle preponderancia a su significancia probatoria al decir que «en

---

<sup>106</sup> Vid. RENGEL-ROMBERG, Arístides: Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo código de 1987, Organización Gráficas Capriles, Caracas, t. IV, 2003, p. 474. Sobre el concepto de “argumento de prueba” véase TARUFFO, Michele: *La prueba de los hechos*, 3ª ed., Trad. J. FERRER BELTRÁN, Trotta, Madrid, 2009, pp. 481-482. También CAPPELLETTI, Mauro: *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Trad. S. SENTÍS MELENDO, EJEA, Buenos Aires, 1972, pp. 151-153.

<sup>107</sup> Vid. RENGEL-ROMBERG: ob. ult. cit, p. 474.

nuestro proceso civil, al atribuirse a la mala fe y temeridad procesales la naturaleza de una presunción “homines”, es decir, que puede y debe extraer el juez, por la violación de los deberes procesales señalados, permite concluir que el comportamiento de las partes tiene eficacia probatoria [...] Por otra parte, según el texto del artículo 510 de nuestro Código Civil [se refiere el autor al Código de rito], los indicios pueden surgir de cualquier acto procesal y dentro de ellos, por supuesto, de la actitud de las partes»<sup>108</sup>. Continúa el autor: «Es por tanto, un “dato presuntivo”, extraído de otras pruebas o de otros actos procesales, por lo que no es una prueba autónoma»<sup>109</sup>.

Para Rivera Morales la conducta de las partes puede ser tomada como indicio a valorar por el juez señalando que «en el Código de Procedimiento Civil venezolano en los artículos 448 *in fine* (en la prueba de cotejo si se negare a firmar en presencia del juez se le tendrá por reconocido el instrumento) y 505 que contempla que la negativa a colaborar puede interpretarse como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria, no obstante, se deja a salvo el pudor humano cuando se trate de inspecciones corporales, pues, queda al prudente arbitrio del juez las presunciones que pueda sacar. En la práctica forense, en franca violación de la sustantividad del proceso, se presentan fraudes a la administración de justicia, bien sea simulando un litigio, bien un comportamiento obstaculizador u otras actividades que desvirtúan la finalidad del proceso [...] La conducta desplegada por las partes en el proceso jurisdiccional pueden ser tomados o considerados por el operador de justicia, como indicios o argumentos de pruebas que puedan demostrar hechos controvertidos en el proceso»<sup>110</sup>.

Señala el autor que «la conducta procesal de las partes desarrollada en el proceso jurisdiccional, puede servir como un indicio a su favor o en su contra, que pueden servir de prueba para demostrar el dolo o fraude procesal, la falta de controversia o litis entre las partes, el acuerdo o concierto –dolo o fraude colusivo- e incluso la verdadera voluntad que los motiva a incoar la acción y desarrollar el proceso»<sup>111</sup>.

En otro lugar el autor señala que «en la legislación venezolana están los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil [...] Los jueces y las partes, con base en los artículos transcritos, tienen muchos elementos que pesquisar en el transcurso de la causa y desnudar la conducta impropia de las partes o de una

---

<sup>108</sup> Cfr. DUQUE: “La conducta...”, cit., p. 6. La presunción que se deduce de la violación de la buena fe procesal, en los términos del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, funciona como elemento a ser utilizado en una eventual pretensión de indemnización por daños y perjuicios.

<sup>109</sup> Vid. Ib., pp. 6-7.

<sup>110</sup> Cfr. RIVERA: Actividad probatoria y valoración racional de la prueba, cit., pp. 414-415.

<sup>111</sup> Cfr. RIVERA: Actividad..., cit., p. 416.

de ellas. Puede observarse que existen herramientas procesales para evaluar la conducta procesal de las partes»<sup>112</sup>.

Molina Galacia, cuya opinión debe contextualizarse en el análisis de la figura del fraude procesal, señala «otra lectura de la doctrina referida al fraude procesal, nos llevaría a establecer que, sobre la base de los precedentes jurisprudenciales antes citados, sus componentes normativos contenidos en los artículos 2, 26 y 257 de la Constitución y los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil, a través de la figura del fraude procesal estamos asistiendo al reconocimiento de cómo la conducta procesal de las partes y/o sus apoderados puede constituir un elemento de prueba, que en el proceso de formación de la sentencia judicial puede ser valorado como elemento de convicción para determinar la existencia de un fraude procesal»<sup>113</sup>.

Señala el autor, refiriéndose al análisis jurisprudencial del fraude procesal en Venezuela, que «los casos citados a propósito de la jurisprudencia sobre el fraude procesal, evidencian que la conducta asumida por las partes o sus apoderados en juicio, mediante la aplicación de los principios de lealtad, probidad, buena fe, transparencia y colaboración, que gravitan sobre los abogados como auxiliares del Sistema de Administración de Justicia, por lo que todas sus actuaciones estarán sometidas al ojo escrutador del juzgador, quien podrá apreciarla en el conjunto de elementos que le han de llevar a la formación de su convicción al juzgar el caso concreto. Si leemos detenidamente la jurisprudencia citada notaremos como los jueces de la Sala Constitucional estudian el comportamiento de las partes en el proceso, para obtener por vía de ilación, un motivo íntimo de convencimiento. El comportamiento de las partes sirve entonces como fuente o medio de prueba; precisamente como hecho que prueba otro hecho, se trata de un medio subsidiario, de naturaleza indiciaria. Es decir, los jueces utilizan de acuerdo con las reglas de la experiencia personal y dentro de los límites de la prudencia, su observación directa del modo como las partes se comportan en el proceso»<sup>114</sup>.

También le da una perspectiva probatoria Zambrano para quien «en Venezuela la valoración de la conducta de las partes a través de la prueba indiciaria ha sido poco usada; encontramos algunas decisiones pero en lo que atañe al fraude procesal, sin embargo, dichas decisiones no manifiestan abiertamente que es de los indicios del comportamiento de las partes en el proceso que se llega a tal conclusión, razón por la cual debemos hacer énfasis en la construcción científica del indicio porque esto nos permitiría acceder a fallos más

<sup>112</sup> *Cfr.* RIVERA: Las pruebas en el derecho venezolano, cit., p. 394.

<sup>113</sup> *Cfr.* MOLINA GALICIA, René, Reflexiones sobre una nueva visión constitucional del proceso, y su tendencia jurisprudencial. ¿Hacia un gobierno judicial? 2ª ed., Paredes, Caracas, 2008, pp. 245-246.

<sup>114</sup> *Cfr.* *Ib.*, p. 247.

apegados a la verdad y la justicia. Lo que debe quedar claro, es el deber para el juez de valorar los indicios que se desprenden de la conducta procesal de las partes, sean estos a favor o en contra, porque ellos nos permiten obtener decisiones más ajustadas a la realidad, cumpliendo con el postulado de tener por norte la verdad»<sup>115</sup>.

Para Argüello una de las consecuencias de la infracción del principio de la buena fe procesal consiste en la valoración intraprocesal de la conducta de las partes, valoración a la cual atribuye naturaleza probatoria. En efecto señala que «el comportamiento que adopte cualquiera de las partes, incluyendo el tercero, puede ser fuente continua de indicios susceptibles de fundamentar una presunción, es decir, adquiere valor probatorio [...] El Código indica, por ejemplo, como comportamiento malicioso, lo previsto en el artículo 156, sobre la actuación de la parte a quien se ha solicitado la exhibición de los documentos, gacetas, libros o registros mencionados en el poder, y a falta de la exhibición de los documentos requeridos, da lugar a que el poder sea desechado y así lo hará constar el juez en el acta respectiva»<sup>116</sup>.

Continúa el autor: «Asimismo el artículo 436 del Código Procesal, ya que si el documento no fuere exhibido en el plazo legal, y no aparezca en autos prueba alguna de no hallarse en poder del adversario, se tendrá como exacto el texto del documento, tal como aparece de la copia presentada por el solicitante y en defecto de este, se tendrán como ciertos, los datos afirmados por el solicitante acerca del contenido del documento. Esta norma aplica al caso de tercero a quien se le solicita la exhibición de documentos que se encuentran en su poder, a tenor de lo que estipula en el artículo 437 del Código de Procedimiento Civil»<sup>117</sup>.

Para Bello Tabares la conducta procesal de las partes es fuente de prueba. Señala que «la conducta desplegadas por las partes en el proceso jurisdiccional, pueden ser tomados o considerados por el operador de justicia, como indicios o argumentos de prueba que pueden demostrar hechos controvertidos en el proceso, que pueden demostrar hechos sobre los cuales las personas no quieren dejar constancia para defraudar a las partes o a un tercero»<sup>118</sup>.

Señala el autor en mención «ensayando una definición de la conducta procesal de la parte como fuente de prueba, podríamos decir que se trata de un hecho cierto y demostrado en el proceso –conducta endoprocesal- a través del

---

<sup>115</sup> Cfr. ZAMBRANO MONCADA, Georgina, “Valoración de la conducta extraprocesal de las partes como prueba indiciaria en el proceso civil”, en AA.VV., Pruebas y oralidad en el proceso. VII Congreso Venezolano de Derecho Procesal, Comp. R. RIVERA MORALES, Rincón, Barquisimeto-Venezuela, 2007, p. 92.

<sup>116</sup> Cfr. ARGÜELLO: “Las responsabilidades derivadas del fraude procesal”, cit., pp. 298-299.

<sup>117</sup> Cfr. Ib., p. 299.

<sup>118</sup> Cfr. BELLO: Tratado de derecho probatorio, cit., p. 1031.

cual, mediante una operación lógico-crítica, fundamentada en normas generales de la experiencia o en principios científicos y técnicos, pueden inducirse hechos desconocidos, es decir, que la conducta de las partes es fuente de prueba, pues produce un indicio endoprocesal. Luego, este indicio endoprocesal producto de la conducta de las partes –conducta omisiva, oclusiva, hesitativa o mendaz- el hecho cierto demostrado en el proceso, es decir, el indicio, será precisamente la conducta procesal de la parte que tienda a ocultar la verdad de los hechos para la solución justa de los conflictos; hecho este cierto y que ha sido producido en el decurso del proceso, lo cual nos motiva a expresar que no requiere ser llevado al conocimiento del operador de justicia mediante los medios probatorios, bastando su apreciación por el juzgador en forma oficiosa o su denuncia por la parte, que mediante un razonamiento lógico-crítico, fundamentado en las reglas de la experiencia o en principios científicos técnicos, inducen a un hecho desconocido, como lo será el fraude o dolo procesal»<sup>119</sup>.

Intentemos dar una vuelta panorámica por la doctrina Hispanoamericana que ha sido la más proficua en admitir la figura. Doctrina que está dividida, en tanto y en cuanto para algunos la conducta de las partes en el proceso tiene una «virtualidad probatoria *stricto sensu*, mientras que para otros, inversamente, el comportamiento procesal de las partes sólo puede revestir el carácter de “fuente de convicción” o “elemento de convencimiento” o “medio de conocimiento”, sin tener por ello claro está, la naturaleza de una verdadera prueba judicial»<sup>120</sup>.

Muñoz Sabaté define como *indicio endoprocesal* «aquél que se desprende de la conducta procesal de la parte y del cual pueden inferirse presunciones incriminativas (*contra se*) y con mayor precaución y moderación excriminativas (*pro se*). Téngase en cuenta a este respecto que una de las fuentes más accesibles de indicios suele ser por naturaleza el propio proceso ya que las relaciones antagónicas que producen originan en los litigantes a modo de mecanismo de defensa psicológico, un estado de alertamiento que activa o reactiva todas las vivencias del “caso” almacenadas en su corteza cerebral y reaccionan mediante las típicas respuestas adaptativas o de evasión para evitar un peligro. Por ejemplo: actitudes de encubrimiento de aquellos hechos que pudieran perjudicarles, o formas de expresión lógica y emocional incoherente o con una significativa tonalidad que permita una plausible discriminación»<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> Cfr. BELLO: ob. ult. cit., p. 1034.

<sup>120</sup> Cfr. PEYRANO, Marcos L: “La valoración de la conducta procesal de las partes como derivación del principio de adquisición procesal”, en AA.VV., Valoración judicial de la conducta procesal, Coord. D. F. ACOSTA – Dir. J. W. PEYRANO, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pp. 45-46.

<sup>121</sup> Cfr. MUÑOZ SABATÉ, Luís: Curso de probática judicial, La Ley, España, 2009, pp. 148- 149. Véase del mismo autor: Técnica..., cit., pp. 449-492.

Para el autor en referencia los indicios endoprocesales no son argumentos de prueba, sino «verdaderas huellas del hecho histórico que han seguido para codificarse y descodificarse una ruta eminentemente neuropsíquica»<sup>122</sup>; es decir, que el indicio endoprocesal tiene un desarrollo neuropsíquico que permite comprender su hondura y a su vez sirve de razón diferencial con otros indicios.

Señala el autor «insertando ahora esta dinámica neuropsicológica en la esfera lógica inferencial, se nos aparece un fenómeno idéntico a la presunción si bien la huella del hecho histórico se inserta larvadamente en la corteza cerebral, que, no lo olvidemos, sigue siendo un espacio físico, aunque inaccesible a la percepción vulgar»<sup>123</sup>.

De manera que para Muñoz Sabaté, el indicio endoprocesal es *v.gr.* un indicio que se diferencia de los indicios exoprocesales, por «dos razones fundamentales: porque se producen dentro del propio proceso, o en sus aledaños, y porque se producen indefectiblemente a través de la conducta de la parte que sufre un acoso dialéctico. La huella que se estampa es esa propia conducta y la causa de dicha estampación es el acoso»<sup>124</sup>.

Devis Echandía bajo el título «el comportamiento de las partes en el proceso, como indicio probatorio» opina que «en varios lugares hemos insistido en la necesidad de que el juez civil, laboral, penal y de cualquier otro proceso, tenga en cuenta el comportamiento procesal de las partes como un indicio o un argumento de prueba, a su favor o en su contra, según el caso, cuya gravedad la debe apreciar aquel libremente. La doctrina contemporánea reclama esta facultad del juez unida a la de interrogar a las partes, como una de las conquistas más importantes del moderno proceso civil y en algunos países, como Alemania e Italia (C. de P. C., art. 116) y Colombia (C. de P. C., art. 249) se ha incluido expresamente en los Cs de P. C.»<sup>125</sup>, y señala que «son muchos los casos en que la insinceridad y mala fe en el proceso permiten obtener, lógica y pragmáticamente, indicios adversos a los hechos que alega esa parte»<sup>126</sup>.

Parra Quijano, refiriéndose al derogado Código de Procedimiento Civil colombiano señala que «el artículo 249 del C. de P.C. regla: El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes. En realidad, el artículo cumpliría

---

<sup>122</sup> Cfr. MUÑOZ: Curso..., cit., p. 149. Nota al pie n° 286.

<sup>123</sup> Cfr. Ib., p. 150. En sentido general, sobre la interpretación de la expresión corporal, véase CRUCES DÍAZ, Mirla Nereida: “¿Puede ser objeto abstracto de la prueba la interpretación de la expresión corporal?”, en *Revista de Derecho Probatorio*, 15, Dir. J.E. CABRERA ROMERO, Homero, Caracas, 2009, pp. 167 ss.

<sup>124</sup> Cfr. MUÑOZ: ob. ult. cit., p. 152.

<sup>125</sup> Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general de la prueba judicial*, 4ª ed., Biblioteca Jurídica Dike, Bogotá, 1993, t. I, pp. 679-680.

<sup>126</sup> Cfr. Ib., p. 687.

mejor su finalidad si dijera: “El juez debe deducir indicios de la conducta procesal de las partes”, sin embargo, como no faltaría quienes dijeran que la forma empleada de “debe”, significaría que se le estuviera diciendo al juez que siempre, en todas las circunstancias, sin tener en cuenta qué generara el fenómeno estudiado, se empleó la fórmula indicada. Entendida la disposición en la forma anterior; el juez debe deducir de la conducta procesal de las partes, no para regresar al sistema de la tarifa legal, sino para darle énfasis y para luchar contra la deslealtad en el proceso»<sup>127</sup>.

J. W. Peyrano al estudiar la valoración judicial de la conducta de la parte primero le atribuyó la calidad de fuente de convicción (1979)<sup>128</sup>, y más tarde cambió de opinión admitiendo, con la doctrina mayoritaria, «que la conducta procesal sería un indicio»<sup>129</sup>. En el trabajo que acá se cita, el autor parece volver a la tesis primera mencionada, esto es, la conducta procesal como fuente de convicción<sup>130</sup>.

Mientras que para M. Peyrano, partiendo de la heterogeneidad de opiniones doctrinales, al tratar de identificarse la naturaleza jurídica existe «un intento por “forzar” el concepto de prueba judicial a los fines de que “tipifique” de alguna manera la herramienta en estudio dentro del sistema probatorio que conocemos»<sup>131</sup>. Para este autor al hablar de «valoración probatoria de la conducta procesal de las partes se ha restringido indebidamente a esta herramienta cuando en realidad la misma no constituye ni medio, ni fuente, ni argumento de

---

<sup>127</sup> Cfr. PARRA QUIJANO, Jairo: Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones, 5ª ed., Librería ediciones del profesional, Bogotá, 2005, t. IV, pp. 223- 224.

<sup>128</sup> Vid. PEYRANO, Jorge W: “La conducta procesal como elemento de convicción favorable a su autor”, en AA.VV., Valoración judicial de la conducta procesal, Coord. D. F. ACOSTA – Dir. J. W. PEYRANO, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 21. Señalando que «como se sabe toda prueba no es más que un modo de confirmar la existencia de hechos afirmados por las partes. A todas luces el comportamiento de los litigantes no viene a confirmar tal o cual hecho, su relevancia para la suerte del pleito es otra: ejercer influencia sobre el ánimo del juzgador, contribuyendo a formar su convicción. Se trata entonces de una fuente de convicción. Nada más ni nada menos».

<sup>129</sup> Íd. Vid. KIELMANOVICH, Jorge L.: Teoría de la prueba y medios probatorios, 4ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 668.

<sup>130</sup> Vid. PEYRANO, Jorge: ob. cit., pp. 21-22. Señala el autor «no tendríamos honestidad intelectual si no reconociéramos que estamos en trance de dar otra vuelta de tuerca (hacia atrás, esta vez) al asunto. Es que, verdaderamente, en algunas oportunidades la conducta procesal de alguno de los litigantes no deriva en que el tribunal tenga por probado tal o cual hecho o circunstancia, sino tan sólo en la formación de una convicción apoyada en síntomas reveladores (con base cierta, que deberá invocar el tribunal interviniente) del lugar en el que están la razón y el Derecho [...] Pensamos que conviene repensar el punto, aunque todavía no tengamos una opinión definitiva acerca de tan antigua materia de debate, y ello, por más que la mayoría de las ponencias presentadas en el último certamen científico procesal nacional le asignaron el rol de indicio a la conducta procesal de la parte».

<sup>131</sup> Cfr. PEYRANO, Marcos L: ob. ult. cit., pp. 48-49.

prueba...»<sup>132</sup>, siendo pues que para el autor el comportamiento procesal desplegado en un litigio no puede encasillarse ni en el concepto de “fuente”, “medio” o “argumento de prueba”.

Señala el autor que «nos parece que más bien deberíamos hablar simplemente de valoración judicial de la conducta procesal desplegada por las partes, quitando del medio la palabra “probatoria” que –entendemos- ha restringido injusta y erróneamente el ámbito de actuación de este instituto»<sup>133</sup>, y será el principio de adquisición procesal «el que sirva de vehículo para “adquirir” para el proceso todas las alegaciones, actos u omisiones –relacionados o no con la prueba- desplegados por las partes en un proceso»<sup>134</sup>, concluyendo que el juez puede tomarlo como elemento de convicción (atendiendo al contenido de la norma que comenta [Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, artículo 163. inciso 5<sup>135</sup>]).

Para Balestro la conducta desarrollada en cualquiera de las etapas del juicio, tanto si proviene de las partes y sus abogados, como de los terceros involucrados de cierta manera en él, puede –y debe- ser objeto de valoración judicial en tanto resulte conducente a los fines públicos y privados del proceso»<sup>136</sup>. Para la autora en referencia la valoración judicial de la conducta procesal no tiene naturaleza de medio de prueba<sup>137</sup> y parece calificarla como una manifestación del principio de adquisición procesal, señalando «la conducta

---

<sup>132</sup> Cfr. Íd. Continúa el autor: «De esta manera ¿cómo incluimos a la conducta procesal como “prueba” en un proceso, por cuál medio probatorio? ¿Podemos lisa y llanamente tomar como “prueba” una actitud desplegada en un proceso, incluso la cual en muchos casos puede ser involuntaria, es decir, sin ninguna intención de llevarle convencimiento alguno al juez actuante? ¿Podemos dentro del esquema probatorio que conocemos tomar como “prueba” de una de las partes su accionar procesal para luego valorarlo en su contra o en su favor, sin que incluso éste haya sido ofrecido, ni mucho menos controlado por la contraparte, y menos aún, producido voluntariamente como forma de acreditar o no ciertos hechos? ¿Pueden aceptarse como verdadera “prueba judicial” actos u omisiones que pueden registrarse en cualquier momento del proceso (dentro o fuera del período probatorio respectivo) y que directamente van a ser valorados en su caso por el juez en su sentencia? Entendemos sinceramente que no, so pena de violentar inmediatamente las reglas probatorias básicas que imperan en nuestro sistema procesal, afectando inclusive la garantía constitucional de debido proceso inserta en el artículo 18 de la Constitución».

<sup>133</sup> Cfr. Ib., pp. 50-55.

<sup>134</sup> Cfr. Ib., p. 54. En este mismo sentido ver CÁRDENAS, Héctor H: “El valor probatorio de la conducta procesal de las partes frente a la garantía constitucional de la igualdad de la ley”, en AA.VV., Valoración judicial de la conducta procesal, cit., pp. 69-70.

<sup>135</sup> La norma es del tenor siguiente: «La sentencia definitiva de primera instancia deberá contener: [...] 5. [...] La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones». A través de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, Buenos Aires, Ediciones del País, 2009, p. 30.

<sup>136</sup> Cfr. BALESTRO: ob. cit., p. 27.

<sup>137</sup> Vid. Ib., pp. 28-33. Aunque más adelante la autora parece admitir que la conducta de la parte puede dar lugar a un indicio.

procesal “está allí”, sin necesidad de ofrecimiento, producción, aceptación, oposición o contralor. Simplemente es la materia prima de los actos jurídicos procesales»<sup>138</sup>.

Para Acosta conducta procesal de las partes pasible de valoración «son aquellos comportamientos relevantes de las partes, exteriorizados en alguna secuencia del *iter procesus* (aun en los procesos incidentales, cautelares y previos a la interposición de la demanda) que, aunque no constituyan el tema de prueba, pueden ser considerados fuente y objeto de prueba indirecta, o elementos corroborantes de las pruebas producidas», indicando que no se trata de un concepto fijo ni estable «presentando como no distintiva su atenuancia a la prueba»<sup>139</sup>.

Para el autor en referencia no es de la esencia del comportamiento procesal su relación con los principios procesales de buena fe, lealtad y probidad, manifestando «entendemos que ello se da en muchísimas aplicaciones del instituto, pero, a nuestro modo de ver las cosas, no hace a la esencia del comportamiento procesal de las partes como concepto atinente a la prueba»<sup>140</sup>.

Ahora bien, de la doctrina jurisprudencial venezolana se infiere que las decisiones que dictan los jueces con motivo de las conductas contrarias a la falta de lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión o el fraude procesal, o cualquier otro acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes tiene naturaleza *sancionatoria*. En este sentido, la Sala de Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1.310 dictada en fecha 30 de junio de 2006, caso *Carmen Lucía González Ravelo* señaló:

*...la constante sociológica del juez es la de ser un factor de equilibrio en la comunidad en que vive, que el mismo “... promueve la lucha contra la desarmonía y la injusticia e impone un orden dinámico para la pervivencia del Derecho, como medio de instaurar la justicia...”, como lo señala el procesalista argentino Osvaldo Alfredo Gozáini...*

*La Ley Orgánica Procesal del Trabajo, aplicable al caso de autos, faculta al juez laboral para sancionar de manera enérgica las conductas contrarias a los principios de lealtad y probidad que asuman, no sólo las partes o sus apoderados, sino también terceros, durante el desarrollo del proceso...*

<sup>138</sup> Cfr. Ib., p. 33.

<sup>139</sup> Cfr. ACOSTA: ob. cit., p. 78.

<sup>140</sup> Cfr. Ib., p. 81.

*...dichas sanciones forman parte de los poderes discrecionales del juez, necesarios para el cabal cumplimiento de sus funciones, por lo que en tal sentido, debe ser entendida como una decisión judicial, no como un acto administrativo, pues este se produce mediante la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria...*

*... deja establecido la Sala en esta oportunidad que aquellas decisiones dictadas por los jueces en materia laboral, en función judicial que impongan sanciones a las partes, sus apoderados o los terceros, con motivos de las conductas contrarias a la falta de lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión o el fraude procesal, o cualquier otro acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes, no son susceptibles de impugnación mediante recurso alguno, pues así lo prevé el artículo 48 eiusdem...<sup>141</sup>.*

No es baladí pues inscribir a este fenómeno en una especie del género sanción<sup>142</sup>. No por capricho, sino por la propia lectura de las normas que prevén la figura de la valoración de la conducta de la parte (v.gr. artículos 48 y 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo) y de la doctrina que fundamenta su existencia en el deber de moralidad (pues si desde la claridad de la distinción entre deber, obligación y carga, la moralidad implica un deber, su violación comporta naturalmente sanciones). Así las cosas, al tratarse de un deber, difícilmente pueda

---

<sup>141</sup> Es notoria la inconstitucionalidad de la norma (artículo 48 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo) que niega recurso a los pronunciamientos que al respecto hagan los jueces. Sobre la inconstitucionalidad de la inimpugnabilidad de las decisiones que tomen los jueces según el mencionado artículo, véase el voto salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz en sentencia n° 268/2006 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y también en sentencia n° 1310/2006 de la misma Sala.

<sup>142</sup> Sobre las sanciones que imponen los jueces, la Sala Constitucional en sentencia n° 1212 de 23 de junio de 2004, caso: *Carlo Palli*, estableció un procedimiento previo para la imposición de sanciones, en atención a su naturaleza disciplinaria y en indispensable protección al derecho a la defensa. La Sala en la decisión en cuestión declara: «En este sentido, debe tenerse en cuenta que, en tales casos, el supuesto infractor de conformidad con dichas normas, tiene derecho a que se le oiga para que se defienda, lo que involucra que se le notifique, aunque de inmediato, el procedimiento que se le seguirá; a disponer del tiempo, así sea breve, para su defensa y para el alegato, en su favor, de las pruebas que considere pertinentes, con salvaguarda, en todo momento, del derecho a la presunción de inocencia». La misma Sala Constitucional en sentencia n° 242 de 09 de abril de 2014, caso: *Vicenzo Scarano*, en el contexto del desacato en materia de amparo interpreta con carácter vinculante el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y las sanciones que dictan los jueces dentro del proceso.

considerarse a la conducta de las partes (salvo en los casos del fraude procesal y de las normas que expresamente regulan, a través del tamiz del concepto de carga, la conducta de las partes en relación con un específico mecanismo o medio de prueba) como *indicio* (*rectius*: hecho indicador)<sup>143</sup>.

Esto por dos razones:

- 1) En primer lugar, porque al ser la buena fe procesal un *deber* procesal, su estatuto implica diferencias con la carga, *ergo*, no pueden, o al menos no deberían, confundirse (como no puede confundirse la obligación con la *carga procesal*, ni aquella con el *deber*).
- 2) En segundo lugar, por la imposibilidad de adaptar la conducta de las partes al concepto de *indicio*.

Esto pues, según doctrina autoral para que el indicio tenga validez jurídica debe existir en autos plena prueba del hecho indicador.

En este sentido, señala Devis Echandia «puesto que el argumento probatorio que de esta prueba obtiene el juez, parte de la base de inducir un hecho desconocido de otro o de otros conocidos, es obvio que la prueba de estos debe aparecer completa y convincente en el proceso. Si no existe plena seguridad sobre la existencia de los hechos indicadores o indiciarios, resulta ilógico inducir de estos la existencia o inexistencia del hecho desconocido que se investiga [...] Cuando en otros Códigos se dice que el indicio es un hecho *conocido*, del cual se deduce otro desconocido, implícitamente consagran el requisito de la prueba del primero. En todo caso, no hace falta norma legal que lo consagre, porque es obvio, por la naturaleza misma de la prueba»<sup>144</sup>, señalando más adelante que resulta indiscutible «que tanto en los procesos civiles como en los procesos penales y de otra jurisdicción, *cada hecho indicador debe aparecer plenamente demostrado*, de tal manera que el juez no le quede duda sobre su existencia» y «no es necesario que el hecho indicador aparezca probado por un único medio; *puede resultar su prueba de un conjunto diverso* (testimonios, inspección, dictámenes de peritos, documentos y otros indicios; esto como complemento de aquellos, en el proceso civil nuestro). De un medio de prueba (como un documento o una confesión o inspección o de los mismos testigos), puedan resultar plenamente probados»<sup>145</sup>.

En este mismo sentido Rivera Morales considera necesario «que las pruebas del hecho indicador o indiciario hayan sido decretadas y practicadas o presentadas y admitidas en forma legal. Recordemos que la prueba debe estar sometida a reglas que garanticen el control y contradictorio de las partes. El

<sup>143</sup> Sobre el indicio *Vid.* TARUFFO: La prueba..., cit., pp. 470-471, *vid.* DEVIS: ob. ult. cit., pp. 601-602. PARRA: ob. cit., pp. 12-13. *Vid.* RIVERA: Las pruebas..., cit., pp. 349-350.

<sup>144</sup> *Cfr.* DEVIS: ob. cit., p. 687.

<sup>145</sup> *Cfr.* *Ib.*, pp. 636-637.

indicio es una prueba que requiere estar probada y por lo tanto los medios que se usen no deben adolecer de nulidad, de manera que la forma como llegue al proceso debe ser conforme a la ley sin menoscabo del derecho a la defensa y con garantía del debido proceso»<sup>146</sup>.

Cuando se habla de conducta procesal de la partes como elemento a valorar amparado en norma general, la misma no ingresa al proceso como prueba.

En este sentido, opina M. Peyrano, quien al referirse a la naturaleza jurídica de la valoración de la conducta de las partes: «De esta manera ¿cómo incluimos a la conducta procesal como “prueba” en un proceso, por cuál medio probatorio? ¿Podemos lisa y llanamente tomar como “prueba” una actitud desplegada en un proceso, incluso la cual en muchos casos puede ser involuntaria, es decir, sin ninguna intención de llevarle convencimiento alguno al juez actuante? ¿Podemos dentro del esquema probatorio que conocemos tomar como “prueba” de una de las partes su accionar procesal para luego valorarlo en su contra o en su favor, sin que incluso éste haya sido ofrecido, ni mucho menos controlado por la contraparte, y menos aún, producido voluntariamente como forma de acreditar o no ciertos hechos? ¿Pueden aceptarse como verdadera “prueba judicial” actos u omisiones que pueden registrarse en cualquier momento del proceso (dentro o fuera del período probatorio respectivo) y que directamente van a ser valorados en su caso por el juez en su sentencia? Entendemos sinceramente que no, so pena de violentar inmediatamente las reglas probatorias básicas que imperan en nuestro sistema procesal, afectando inclusive la garantía constitucional de debido proceso inserta en el artículo 18 de la Constitución»<sup>147</sup>.

Así pues, no resulta coherente calificar, en general, a la conducta procesal de las partes como *indicio* (hecho indicador), pues se desatiende al concepto de indicio e incluso al de prueba<sup>148</sup>, que implica la necesidad y posibilidad de control

---

<sup>146</sup> Cfr. RIVERA: ob. ult. cit., p. 382-383. Vid. RENGEL-ROMBERG, Arístides: Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo código de 1987, t. IV., Organización Gráficas Capriles, Caracas, 2003, p. 463. Vid. MONTERO AROCA, Juan: La prueba en el proceso civil, 5ª ed., Aranzadi, España, 2007, p. 181.

<sup>147</sup> Cfr. PEYRANO, Marcos L: ob. cit., pp. 48-49.

<sup>148</sup> Cfr. MONTERO: ob. ult. cit., p. 59. Al respecto SENTÍS MELENDO, Santiago: La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio, EJE, Buenos Aires, 1979, p. 12., afirma: «¿Qué es lo que ha de verificarse? Esto es: ¿qué se prueba? Aquí suele aumentarse la confusión. Porque no es raro, y hasta es lo corriente, que se nos diga: *se prueban los hechos*. No. Los hechos no se prueban; los hechos *existen*. Lo que se prueba son *afirmaciones*, que podrán referirse a hechos. La parte –siempre la parte; no el juez– formula afirmaciones; no viene a traerle al juez sus dudas sino su seguridad –real o ficticia– de lo que sabe; no viene a pedirle al juez que averigüe sino a decirle lo que ella ha averiguado; para que el juez constate, compruebe, *verifique* (ésta es la expresión exacta) si esas afirmaciones coinciden con la realidad», señalando también: «Y decimos: “Prueba es la verificación de afirmaciones formuladas en el proceso, conducentes a la sentencia”. Así vemos que estamos en el proceso y que no podemos salirnos de él, porque lo que no está en los autos (en el proceso) no está en el mundo: *quod non est in actis non est de hoc mundo*... Omissis... Desde luego, se ha de tratar de *afirmaciones* porque

y contradicción probatorio (de su regularidad procesal, validez, eficacia probatoria), *ergo*, al concepto mismo de debido proceso y derecho a la defensa. Y es que de conformidad con el artículo 49.1 de la Constitución, se trataría de una prueba nula, obtenida en violación del debido proceso, esto es, sin control y contracción de la parte contra quien surte efecto. Insistimos ocurre cosa diferente cuando se trata de casos en los cuáles, sobre el concepto de carga, se impone a alguna de las partes por norma expresa una determinada conducta (V.gr. inspección judicial u otras pruebas para las cuales se requiere la colaboración de las partes [Art. 505 del Código de Procedimiento Civil] o exhibición documental [Art. 436 *eiusdem*], etc).

*i. Valoración judicial de la conducta de las partes como sanción ante la violación de un deber*

Más coherente es calificar como sanción a la valoración judicial de la conducta de las partes cuando la misma es consecuencia de la violación de un deber. Esto implica la aplicación de toda la doctrina que establece la necesidad de establecer específicamente el tipo legal, como garantía de todo sistema que tutele derechos fundamentales, como acostumbran a sostener los penalistas. V.gr. La garantía prevista en el artículo 44.3 de la Constitución, según el cual: «La pena no puede trascender de la persona condenada», siendo que en los casos de la valoración de la conducta procesal de las partes, la mayoría de las veces por la actuación del abogado (quien actúa a su vez amparado en norma Constitucional y legal) se sanciona a otro (la parte que representa o asiste). Esto es, la sanción trasciende.

Además, se desconoce sin mayor alarma la norma constitucional prevista en el artículo 49.6 de la Constitución, según la cual: «Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes», pues la sanción es creada en cada caso por el juez cuando valora en contra de la parte su conducta procesal. Y de esto cabe recordar lo que enseñó Beccaria sobre la racionalización de la pena, a saber, que «solo la ley determine los casos en que un hombre es merecedor de la pena»<sup>149</sup>.

---

ocurre que solamente por medio de las afirmaciones puede llegar a formularse una *demanda* y a plantearse una *pretensión*, ejercitándose la acción correspondiente», p. 76. Para DEVIS: ob. cit., p. 29., «en sentido estricto, por pruebas judiciales se entiende *las razones o motivos que sirven para llevarle a juez la certeza sobre los hechos*; y por medios de prueba, *los elementos o instrumentos* (testimonios, documentos, etc.), *utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos* (es decir, para obtener la prueba)». Un concepto amplio de prueba y de indicio lo sostiene MUÑOZ: Técnica..., cit., p. 457., para quien «cualquier materia que vehiculiza un indicio (venga esa materia de fuera o de dentro de la litis) es un instrumento de prueba y ninguna semiótica puede prescindir de ella a pretexto de ser fiel a una ortodoxia normativa, hoy en trance de desaparecer de muchos ordenamientos».

<sup>149</sup> Cfr. BECCARIA: ob. cit., p. 56.

En este sentido, si la valoración procesal de la conducta de las partes es, como sostenemos, una sanción, debe serle aplicable las pautas normativas y doctrinales propias del derecho sancionatorio. Por ejemplo, lo que Ferrajoli reconoce como elementos constitutivos de un modelo garantista, a saber, al convencionalismo penal y estricta legalidad (como primer elemento), donde a su vez identifica los principios que denomina de mera legalidad (dirigido al Juez) y de estricta legalidad (dirigido al legislador), de los que se infiere que el derecho penal (y en general, el sancionatorio) no admite “normas constitutivas” sino “normas regulativas”<sup>150</sup> sobre la base del adagio *auctoritas, non veritas facit legem*<sup>151</sup>, siendo necesaria la identificación y determinación exacta por el legislador (con referencias empíricas y fácticas precisas) de los comportamientos empíricos sancionables (denotados como tales), no quedando pues al arbitrio del juez su determinación.

Lo que se relaciona directamente con la libertad como esfera intangible que garantiza que solo es punible (o sancionable) aquello expresamente prohibido, de manera que aquella conducta que no es exigida de manera concreta no puede ser sancionada, y con la igualdad jurídica ante la ley que se ve desconocida por “tipos subjetivos” sancionatorios y no objetivos<sup>152</sup>.

Como segundo elemento de la epistemología garantista a ser considerado figura lo que denomina el autor cognoscitivismos procesal y estricta jurisdiccionalidad, que complementan al convencionalismo y legalidad mencionados con anterioridad, pues la conducta reprochable/sancionable debe poder ser sometida a prueba empírica (comprobación – no apodíctica) además que se debe evitar y reducir las valoraciones del juez a partir de normas en

---

<sup>150</sup> Vid. FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, 9ª ed., Trad. P. ANDRÉS IBÁÑEZ et al, Trotta, Madrid, 2009, p. 35, es decir «no normas que crean o constituyen *ipso iure* las situaciones de desviación sin prescribir nada, sino reglas de comportamiento que establecen una *prohibición*, es decir, una modalidad deóntica cuyo contenido no puede ser más que una *acción* respecto de la que sea alécticamente posible tanto la omisión como la comisión, una exigible y la otra no forzosa y, por tanto, imputable a la *culpa* o responsabilidad de su autor».

<sup>151</sup> Vid. Ib., p., 35., señala al respecto el autor: «no es la verdad, la justicia, la moral ni la naturaleza, sino sólo lo que con autoridad dice la ley lo que confiere a un fenómeno relevancia penal». Decía Hobbes que «... no es esta *jurisprudencia* o sabiduría de los jueces subordinados, sino la razón del Estado, nuestro hombre artificial, y sus mandamientos lo que constituye ley. Y siendo el Estado, en su representación una sola persona, no puede fácilmente surgir ninguna contradicción en las leyes; y cuando se produce, la misma razón es capaz, por interpretación o alteración, para eliminarla. En todas las Cortes de justicia es el soberano (que personifica al Estado) quien juzga. Los jueces subordinados deben tener en cuenta la razón que motivó a su soberano a instituir aquella ley, a la cual tiene que conformar su sentencia; sólo entonces es la sentencia de su soberano; de otro modo es la suya propia, y una sentencia injusta, en efecto». Cfr. HOBBS. Thomas: *Leviatán o la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil*, Reimp, 2ª ed., Trad. M. SÁNCHEZ SARTO, Fondo de Cultura Económica, Argentina-México, 1992, p. 222.

<sup>152</sup> Vid. FERRAJOLI: ob. cit., p., 36.

blanco<sup>153</sup>. Postula el autor excluir en el proceso (se refiere al penal, nosotros lo extendemos al derecho sancionatorio en general) en lo posible las valoraciones, siendo solo admisibles aserciones o negaciones (de hecho o de derecho) de las que sean predicables la verdad o la falsedad procesal. Invertiendo para el elemento analizado la máxima hobbesiana *Veritas, non auctoritas facit iudicium*.

Y sobre la anterior premisa se postula una concepción cognoscitivista de la jurisdicción «junto a la convencionalista y empirista de la legislación de la que es complementaria»<sup>154</sup> que permite garantizar en primer lugar la certeza, y en segundo lugar la separación entre derecho y moral<sup>155</sup>.

Frente a este modelo garantista, existen modelos autoritarios de diferentes manifestaciones que se configuran o fundamentan – según el autor – en una epistemología penal específica que llama inquisitiva o antigarantista y que «puede ser caracterizada a su vez conforme a dos aspectos o elementos, simétricamente opuestos a los dos requisitos más arriba ilustrados de la epistemología garantista»<sup>156</sup>; tales elementos antigarantistas se encuentran por un lado en las definiciones normativas que dan vida al sustancialismo penal y cognoscitivismo ético<sup>157</sup> (que tiene como antítesis al convencionalismo [penal] y estricta legalidad) que se reflejan en «una desvalorización del papel de la ley como criterio exclusivo y exhaustivo de definición de los hechos desviados»<sup>158</sup> mediante figuras (delictivas) elásticas e indeterminadas, «idóneas para *connotar* en términos vagos o valorativos modelos globales de desviación – como el escándalo público, el desacato, la propaganda o la asociación subversiva, la asociación de tipo mafioso, la ofensa a la moral familiar, y similares - en vez de denotar unívocamente supuestos típicos criminosos empíricamente determinables»<sup>159</sup>.

Por el otro lado en la comprobación judicial que se manifiesta en el decisionismo judicial y subjetivismo inquisitivo (que tiene como antítesis al cognoscitivismo procesal y estricta jurisdiccionalidad) esto es, el carácter no

---

<sup>153</sup> *Vid. Íd.*

<sup>154</sup> *Cfr. Ib., p., 37.*

<sup>155</sup> *Vid. Íd., p. 37.* Señala el autor que «solo por convención jurídica, y no por inmoralidad intrínseca o por anomalía, es por lo que un determinado comportamiento constituye delito; y la condena de quien se ha probado es su responsable no es un juicio moral ni un diagnóstico sobre la naturaleza anormal o patológica del reo».

<sup>156</sup> *Cfr. Ib., p.41.*

<sup>157</sup> *Vid. Ib., p. 42.* Explica el autor que según el sustantivismo penal y cognoscitivismo ético «objeto de tratamiento penal no es tanto ni sólo el delito en cuanto formalmente previsto como tal por la ley, sino la desviación criminal en cuanto a sí misma inmoral o antisocial y más allá de ella, la persona del delincuente, de cuya maldad o antisocialidad el delito es visto como una manifestación contingente, suficiente pero no siempre necesaria para justificar el castigo».

<sup>158</sup> *Cfr. Ib., p.41.*

<sup>159</sup> *Cfr. Ib., pp. 41-42.*

cognoscitivo sino potestativo del juicio y de la irrogación de la pena<sup>160</sup>, que se manifiesta como subjetividad, en dos formas: la primera, el carácter subjetivo del tema procesal que se enfoca «más que en hechos determinados en condiciones o cualidades personales», factor de subjetivación que genera una perversión inquisitiva del proceso, pues se dirige antes que a la comprobación de hechos objetivos, hacia el análisis de la persona juzgada; la segunda, el carácter subjetivo del juicio «que en ausencia de referencias fácticas exactamente determinadas, resulta basado en valoraciones, diagnósticos o sospechas subjetivas antes que en pruebas de hecho» lo que degrada la verdad procesal de verdad empírica, pública e intersubjetivamente controlable, a convencimiento íntimamente subjetivo y, por tanto, irrefutable del juzgador<sup>161</sup>.

Según todo esto, el juicio penal (y así cualquier juicio que haga un juez), al igual que el ético y el estético<sup>162</sup> degenera en juicio “sin verdad”, tienen intrínseca naturaleza autoritaria y representan algo distinto a la *jurisdicción* (autoridad, administrativa o de gobierno) pues su característica es la discrecionalidad del juicio. Como dice el autor «... sólo es posible verificar empíricamente que se ha cometido un delito si antes una convención legal establece con exactitud qué hechos empíricos deben considerarse como delitos»<sup>163</sup>.

Y todo lo anterior, cuya construcción inicialmente destinada al modelo penal se proyecta como una teoría general<sup>164</sup>, tiene una relación necesaria con el poder general que se cuestiona en este trabajo, que para nosotros tiene naturaleza sancionatoria (ni probatoria, ni carga), y que a su vez es muestra auténtica de una situación paradójica, pues usando como instrumento a este tipo de poder discrecional y subjetivo esta orientación se inscribe en aquella que busca una “verdad objetiva o material” en el proceso. No mediante la comprobación de hechos sino por la valoración del comportamiento de las partes durante el proceso.

En definitiva, la valoración judicial de la conducta de las partes por la violación del deber de moralidad, es una consecuencia jurídica (sanción) que

---

<sup>160</sup> Para el autor que seguimos en el texto principal: «El decisionismo es el efecto de la falta de anclajes empíricos precisos y de la consiguiente subjetividad de los presupuestos de la sanción en las aproximaciones sustancialistas y en las técnicas conexas de prevención y de defensa social». *Cfr.* *Ib.*, p.41.

<sup>161</sup> *Vid.* *Ib.*, p. 43.

<sup>162</sup> «No motivado por juicios de hecho, esto es, aserciones verificables o refutables, sino por juicios de valor, no verificables ni refutables porque por su naturaleza no son verdaderos ni falsos; no basados en procedimientos cognoscitivos al menos tendencialmente y, por ello, expuestos a controles objetivos y racionales, sino en decisiones potestativas; no realizado mediante reglas de juego –como la carga de la prueba y el derecho de defensa- que garanticen la “verdad procesal”, sino confiado a la sabiduría de los jueces y a la “verdad sustancial” que ellos poseen». *Cfr.* *Ib.*, p.43.

<sup>163</sup> *Cfr.* *Ib.*, p. 44.

<sup>164</sup> *Vid.* *Ib.*, pp. 851-852.

integra, de alguna forma, el silogismo sentencial entre un hecho móvil e indeterminado (violación del principio de moralidad calificado como deber) al cual se le imputa una consecuencia jurídica (sanción) también indeterminada.

### C. 3.3. Manifestaciones del fenómeno

Hemos subrayado que las manifestaciones del principio de moralidad suelen estar repletas de cláusulas generales y expresiones elásticas, que no regulan expresamente los supuestos de hecho que constituyen violación a dicho principio. Esto hace particularmente difícil el identificar los casos en que puede valorarse judicialmente la conducta de las partes por violar aquellos imperativos abiertos. Lo que a su vez revela otro elemento de irracionalidad de este poder general otorgado al juez. Mencionemos cómo la doctrina lo describe<sup>165</sup>, no obstante nuestra propia denuncia de falta de criterios objetivos para tal tarea.

Para Duque Corredor los comportamientos a los cuales puede atribuirse valor de indicio por violación de los deberes de lealtad y probidad procesales y los deberes de veracidad, de colaboración en el desarrollo del proceso y de no obstaculización a que están sometidas las partes, serían:

1) Comportamiento “omisivo” «que comporta la violación del deber de colaborar para esclarecer la verdad, permite al juez valorarlo negativamente, porque la falta de diligencia en la etapa probatoria es una presunción contraria a las pretensiones de la parte reticente»<sup>166</sup>.

Sobre la falta de colaboración la sentencia dictada por un tribunal venezolano, el Juzgado de Juicio de la Coordinación del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, de fecha 21 de marzo de 2012, caso *Samuel Antonio Zavarse c/ Beneficiadora de Aves Barquisimeto C.A.*, estableció en un caso donde un trabajador demandó daños y perjuicios derivados de una enfermedad ocupacional y no compareció a realizarse las pruebas médicas

---

<sup>165</sup> Vid. MUÑOZ: ob. cit., pp. 458 ss., quien afirma que la conducta de la parte como prueba indiciaria debe analizarse desde un enfoque pragmático y no ético pues «la prueba es un hecho amoral», afirmando, respecto a sus manifestaciones que «hemos de reconocer que en una materia como esta, jamás sistematizada por la doctrina, todo tratamiento y clasificación deben realizarse con suma cautela y a título meramente provisional», proponiendo una clasificación, que, en rigor, es la clasificación acogida por la doctrina, particularmente la venezolana, de indicios endoprocesales. Para Muñoz los indicios endoprocesales son exponenciales y conductuales, los primeros divididos a su vez en: *normalidad, tono y coyuntura*; y los segundos divididos en: *conducta omisiva, conducta oclusiva, conducta hesitativa y conducta mendaz*. Sin embargo, a pesar que la doctrina autoral acoge esta clasificación no hace la diferenciación entre juicios pragmáticos y éticos referida por MUÑOZ, quien señala que «si convertimos las apreciaciones morales en argumentos lógicos terminaremos siempre en un callejón sin salida porque el pleito es precisamente todo lo contrario a un fenómeno de moralidad», Ib., p. 450.

<sup>166</sup> Cfr. DUQUE: ob. cit., p. 7. Vid. MUÑOZ: Curso..., cit., p. 150. Vid. DEVIS: ob. cit., pp. 682-683.

ordenadas por el Tribunal, que esta circunstancia constituye una conducta omisiva en la búsqueda en la verdad, declarando en el caso específico (aunado a otras motivaciones) sin lugar la pretensión de indemnización<sup>167</sup>.

2) Comportamiento “oclusivo” «por la violación del deber de no obstaculizar el proceso, que implica más la intención de la parte de bloquear el desarrollo normal del juicio que de obtener una decisión favorable a sus alegatos o defensas, constituye una presunción contraria»<sup>168</sup>.

Se deduce un deber de esta naturaleza del artículo 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que permite extraer conclusiones con relación a la conducta de las partes: «[...] cuando se manifieste notoriamente en la falta de *cooperación* para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de *obstrucción* [...]».

3) Comportamiento “contradictorio” o conducta “hesitativa”<sup>169</sup>, «cuando una prueba directa desmiente la negativa de la contestación de la demanda, puede constituir un grave indicio desfavorable a la defensa, por la violación del deber de veracidad»<sup>170</sup>.

4) Comportamiento “mendaz”, o de reiteradas patrañas, que implica la violación del deber de no ocultar o alterar la verdad de los hechos, tiene eficacia negativa, porque de la actitud de la parte que deliberadamente oculta la verdad al concurrir a juicio, razonadamente se puede sospechar que se siente culpable por el hecho que se atribuye<sup>171</sup>.

5) El comportamiento “desleal” es «un indicio contrario a quien niega, por ejemplo, la paternidad, porque quien oculta parte de la verdad, se hace sospechoso de ocultarla toda»<sup>172</sup>. Para el autor la valoración del comportamiento procesal debe ser apreciado a la luz de las reglas de la lógica o de la experiencia personal y dentro de los límites de la sabia prudencia, es decir, conforme a las reglas de la sana crítica a que se refiere el artículo 507 del Código de Procedimiento Civil.

Señala el autor que «partiendo de pruebas o actos procesales existentes en el expediente, donde consten determinados hechos cuyo examen permiten configurar un supuesto de faltas o incumplimientos a los deberes de lealtad y probidad procesales o de temeridad o mala fe procesal, el Juez puede inferir una conclusión favorable o desfavorable a las partes que ha incurrido en ese

<sup>167</sup> Fuente: [www.tsj.gov.ve](http://www.tsj.gov.ve). Consulta: octubre 2012.

<sup>168</sup> Cfr. DUQUE: ob. cit., p. 7.

<sup>169</sup> Vid. DEVIS: ob. cit., p. 683.

<sup>170</sup> Cfr. DUQUE: ob. cit., p. 7.

<sup>171</sup> Cfr. Íd.

<sup>172</sup> Cfr. Ib., p. 8.

comportamiento. Se trata, entonces, de conclusiones a las que llegan los Jueces respecto de las consecuencias jurídicas de esos hechos»<sup>173</sup>.

Para Rivera Morales de la conducta de las partes puede obtenerse inferencias incriminativas o excriminativas «siendo que dentro de las primeras se encuentran: la omisiva, la oclusiva, la hesitativa y la mendaz. En las segundas, pueden estar la colaboración en la prueba, la facilidad de la prueba y la veracidad fundada»<sup>174</sup>.

Señala Rivera Morales que «en las conductas que son incriminativas creemos que deben abarcarse diversos elementos, de tal manera, que no pueda convertirse en lesión al derecho a la defensa. Por ejemplo, habría que determinar en el caso de la conducta omisiva si efectivamente hay dolo tratándose de ocultar pruebas. Lo mismo en el caso de la conducta mendaz, deberá probarse que es oclusiva y que se oculta la verdad, pero por sí solas no pueden constituir elementos indiciarios. Por ejemplo, una persona para no comprometer el honor de otra persona (ha permanecido durante horas en un hotel) miente en su coartada expresando que estaba en otro sitio y se demuestra que nunca fue allá, se destruye su coartada mendaz, pero ello no prueba indicio que lo relacione con el hecho delictivo. Deben satisfacerse como indicamos *ut supra* las diversas sub-relaciones para que pueda ser tomado como indicio incriminatorio con relación al hecho delictivo de investigación»<sup>175</sup>.

Continúa el autor señalando que «por otra parte, tenemos la conducta activa de las partes en el proceso, por ejemplo, demanda, convenimiento de la demanda, etc. En la experiencia venezolana pocos son los casos en que de alguna manera se haya tomado en consideración la conducta procesal de las partes. Específicamente hay algunas decisiones en torno al fraude procesal. Por ejemplo, en decisión sobre caso de fraude procesal la Sala Constitucional si bien no manifestó en forma expresa que la conducta procesal de las partes es el elemento determinante del fraude procesal, del cual puede inferirse el dolo o fraude, bien sea específico o colusivo, ésta –la conducta de las partes- ha sido el elemento fundamental que ha llevado a la Sala a desenmascarar y declarar el dolo o fraude procesal, circunstancia esta que nos motiva a expresar, que en materia de dolo o fraude procesal, la conducta de las partes en el proceso resulta un valioso elemento que ofrece un argumento probatorio –indicio- del cual puede inferirse

---

<sup>173</sup> Cfr. Íd. Para Duque la consecuencia o valoración que hace el juez puede ser tanto desfavorable como *favorable* a la parte. Señala el autor: «... así como la falta a los principios de lealtad y probidad procesales tiene eficacia probatoria negativa en contra de la parte incurra en tales faltas, es posible concluir que en el proceso civil venezolano, también la conducta de las partes que se ajusten a esos patrones de conducta, en concordancia con otras pruebas convergentes, permiten extraer consecuencias favorables para quién actúe en forma leal en el proceso», p. 9.

<sup>174</sup> Cfr. RIVERA: Actividad..., cit., p. 416. Vid. DEVIS: Teoría..., cit., p. 684.

<sup>175</sup> Cfr. RIVERA: ob. ult. cit., p. 417.

el hecho desconocido y oculto por las partes, con fines ilícitos y fraudulentos tendientes a sorprender la buena fe procesal de alguna de las partes o de un tercero, en beneficio de una de las partes o de un tercero, es decir, el fraude procesal»<sup>176</sup>.

El autor se refiere a la sentencia N° 77 dictada en fecha 9 de marzo de 2000, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, caso *José Alberto Zamora Quevedo*, donde se declaró el fraude procesal bajo las siguientes consideraciones:

*Ahora bien, resalta –entre otras cosas- que ambas partes convinieron igualmente, en que la publicación del cartel de remate del inmueble de la demanda, se hiciera en un único cartel y que se fijara como justiprecio la suma de noventa millones de bolívares, “...con la finalidad de hacer menos onerosa la presente ejecución...”, así como también destaca el hecho de que al acto de remate no compareció ningún postor, sino únicamente el apoderado actor, quien ofreció la mitad del justiprecio, esto es, cuarenta y cinco millones de bolívares para que le fuera concedida la buena pro a su representada Amalia Zavatti Saje, como en efecto ocurrió. (Ver, folio 92 y vuelto). Dado lo que ocurrió lógico y natural es que la “deudora” diera en pago el inmueble a la acreedora extrajudicialmente, ya que no existía contención entre las partes, por lo que es de deducir que la dación en pago no ocurrió porque la vía utilizada buscaba otro fin, cual era el desahucio del inquilino.*

*Si ambas partes estaban de acuerdo en los hechos y el derecho, y por ello el convenimiento; no era necesario el remate, ya que la dación en pago del inmueble se podía hacer extrajudicialmente, sobre todo si tomamos en cuenta que la deudora fue allanando el camino para el remate, conviniendo no sólo en un único cartel, sino en el avalúo. Considera esta Sala que esa falta de contención significa que el proceso se utilizaba como instrumento a otros fines, los cuales objetivamente no eran otros que desalojar al inquilino mediante el artificio del embargo y la entrega material, en un juicio donde el parentesco del actor y demandado parece evidente Amalia Zavatti Saje y Sonia Saje De Zavatti.*

---

<sup>176</sup> Cfr. Íd.

*Ello así, considera esta Sala que en el referido proceso, las partes actuaron con un manifiesto concierto, lo cual de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, constituye una conducta contraria a la ética y probidad que deben guardar las partes en todo proceso, a fin de que con éste se cumpla la función de administrar justicia, y no se desvíe el proceso hacia fines perversos, como lo fue en el caso analizado, el desalojo de hecho del ciudadano José Alberto Zamora Quevedo, del inmueble que ocupaba como arrendatario.*

*En consecuencia, esta Sala por las razones de resguardo del orden público constitucional señaladas en este fallo, con fundamento en los artículos 11 y 17 del Código de Procedimiento Civil, procede a declarar inexistente el proceso relativo a la demanda incoada ante el Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, por los abogados Juvencio A. Sifontes y Elio E. Castrillo, actuando en representación de la ciudadana Amalia Zavatti Saje, contra la ciudadana Sonia Saje De Zavatti, por la cantidad de noventa y tres millones trescientos treinta y tres mil treinta y tres céntimos (Bs. 93.333.333,33). Así se decide.*

El caso anterior representa un auténtico caso de fraude procesal, que representa una situación jurídica propiamente diferente a la valoración judicial de la conducta de las partes por violación del principio de moralidad procesal, pues en el fraude procesal se somete a juicio, efectivamente, como señala Rivera Morales, la conducta de las partes (pues forma parte de la *causa petendi* o título de la pretensión de fraude), ya que se juzga si aquella fue o no fraudulenta, es decir, la conducta de las partes es el objeto del proceso; pero cuando hablamos de forma genérica de la valoración procesal de la conducta de las partes para extraer elementos de convicción por violación de la moralidad procesal, nos referimos a un mecanismo para acreditar o desacreditar una pretensión (o una prueba) dentro de un proceso que no tiene como objeto de ese proceso, la conducta, sino otra hecho, que por vía de contingencia se ve acreditado o desacreditado por el comportamiento procesal de los sujetos procesales.

Continuando con la manifestación de las conductas procesales a ser valoradas, la doctrina que se expide sobre el tema señala respecto a la actuación del actor que «su conducta se dejará ver en los términos de la demanda, en la claridad de su pretensión, en el cumplimiento de las formar iniciales, en su

esfuerzo por cumplir con las notificaciones de manera real y eficaz, en la coherencia de sus actos durante todo el juicio que lo ha decidido llevar adelante. Durante el período de prueba, las reglas estáticas le imponen cierta actividad ineludible. Pero, sin duda, una “actitud” de aportación –o facilitación– de pruebas cuya carga correspondería, según la clásica división de los hechos, al demandado, habla a favor del respeto por su parte al principio de colaboración. Contrariamente, una posición de excesiva pasividad en circunstancias de prueba difícil, por ejemplo, podría ser considerada negligencia, y poner en marcha algunas de las reglas dinámicas de la carga»<sup>177</sup>.

Con relación al demandado, uno de los supuestos que pueden activar la valoración judicial de la conducta lo sería, para la autora citada, el «exceso de defensa»<sup>178</sup>.

Señala que «los ejemplos abundan y como muestra veamos sino a aquel demandado que sólo comparece en el juicio y luego permanece inactivo hasta que, una vez dictada la sentencia definitiva, interpone recursos de nulidad y apelación contra la misma. O al que obstaculiza con zigzagueos sin sustento la producción de las pruebas. O al que interpone múltiples e infundados incidentes, encareciendo o alongando el juicio. O al que niega falazmente la autenticidad de una firma, rechaza una notificación por pieza postal...»<sup>179</sup>, concluyendo que estas actuaciones no pueden resultar gratuitas a quien las comete.

Unas de las formas en que se manifiesta la valoración judicial de la conducta, según la doctrina que la sigue, es mediante la aplicación de las cargas dinámicas (o dinámica de las cargas) por falta al deber de colaboración, conducta que si bien «no en sí misma un medio probatorio, constituye el combustible que pone en marcha la dinámica de las cargas»<sup>180</sup>, particularmente en los casos de prueba difícil.

#### D. Límites a la valoración judicial de la conducta de las partes

Con la finalidad de dejar claro cómo es concebido el instituto desde la doctrina que lo prohíja, vale destacar que a la valoración judicial de la conducta de las partes se le imponen límites. En este sentido Zambrano indica que «lo que sí debe tratarse con sumo cuidado es la forma de valoración de los mencionados

<sup>177</sup> Cfr. BALESTRO: ob. cit., p. 29.

<sup>178</sup> Cfr. Íd.

<sup>179</sup> Cfr. Ib., p. 30.

<sup>180</sup> Cfr. BALESTRO: ob. cit., p. 41. Véase de la misma autora “La dinámica de las cargas probatorias. Un proyección del principio que prohíbe abusar de los derechos procesales” en AA.VV., Cargas probatorias dinámicas, Coord. I. LÉPORI WHITE – Dir. J. W. PEYRANO, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 19.

indicios porque en el proceso civil venezolano por su predominante forma escrita, podrían vulnerarse los principios de control y contradicción de la prueba porque el indicio entra al proceso en un hecho probado y que según el razonamiento del juez va a demostrar el hecho desconocido e indicante»<sup>181</sup>.

En este sentido J.W. Peyrano, precisa imponer límites entre ellos «diferenciarlo del supuesto en el que lo que se pondera es el comportamiento extraprocésal de los litigantes» y asimismo «estar prevenido sobre posibles aplicaciones excesivas de la doctrina en análisis». Señala también, como una característica, más que un límite, que si bien la misma en la mayoría de las hipótesis «se tratará de una conducta procesal desarrollada por alguna de las partes, también –excepcionalmente, eso sí- puede darse el caso de que el proceder computable provenga de quien no es formalmente parte»<sup>182</sup>.

El autor agrega como un asunto de límites, el que la valoración judicial de la conducta de las partes no siempre dará lugar a valoraciones judiciales desfavorables a sus autores pues puede «darse el supuesto de que un proceder litigioso sea objeto de una valoración judicial favorable a su autor, desde la perspectiva que venimos examinando; es decir, como una fuente de convicción judicial»<sup>183</sup>.

Para Balestro «la conducta desarrollada por quienes se ven involucrados en un pleito puede y debe ser valorada por el juez, tanto positiva como negativamente»<sup>184</sup>, en el mismo sentido M. Peyrano señala que puede jugar «como elemento corroborante de las pruebas producidas en el expediente, o bien, ante la ausencia total de material probatorio (como puede darse quizás en una acción de filiación o simulación), aplicarlo juntamente con las reglas de la carga de la prueba para condenar o absolver a las partes»<sup>185</sup>.

También se agrega que queda excluidos del fenómeno de estudio los actos que ejecutan el juez y el resto de los integrantes del tribunal<sup>186</sup>. Por otra parte se presenta el dilema para la doctrina que acepta este instituto sobre si la misma tiene la virtualidad de ser capaz por sí sola permitir al juez decidir, supliendo las pruebas producidas o si por el contrario sirve para valorar las pruebas producidas<sup>187</sup>.

---

<sup>181</sup> Cfr. ZAMBRANO: ob. cit., p. 92.

<sup>182</sup> Cfr. PEYRANO, Jorge W: “La conducta procesal como elemento de convicción favorable a su autor”, en AA.VV., Valoración judicial de la conducta procesal, Coord. D. F. ACOSTA – Dir. J. W. PEYRANO, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 19.

<sup>183</sup> Cfr. ob. cit., pp. 22- 23.

<sup>184</sup> Cfr. BALESTRO: ob. cit., p. 29.

<sup>185</sup> Cfr. PEYRANO: ob. cit., p. 54.

<sup>186</sup> Vid. BALESTRO: ob. cit., p. 26.

<sup>187</sup> Vid. CÁRDENAS: ob. cit., p. 72.

E. Supuestos específicos de valoración judicial de la conducta de las partes

Como se señaló *supra*, el ordenamiento procesal venezolano regula casos, como el de la *actio ad exhibendum*, que son, sin lugar a dudas, manifestación de mecanismos procesales que se sirven del concepto de carga procesal para traer a los autos alguna prueba<sup>188</sup>, no de un deber ni de una obligación. De manera que relacionar estos fenómenos con el deber de moralidad no resulta correcto según nuestro entender, pues las mismas atienden al concepto de carga por razones de conveniencia, particularmente por facilidad y posibilidad de acceso a la prueba.

No se trata de un imperativo que surja por *deber de colaboración* (manifestación del principio de moralidad) sino una carga procesal impuesta a una de las partes al ponerse en marcha un mecanismo procesal específico, que establece consecuencias procesales por su no levantamiento (lo mismo ocurre con los artículos 448 y 505 del Código de Procedimiento Civil y con el artículo 13 de la Ley de Procedimiento Marítimo). Y en efecto, según estas normas el juez valora la conducta de las partes que, por el no levantamiento de una carga, genera una consecuencia jurídica.

Se trata pues de *cargas procesales*, no de deberes ni de obligaciones. En casos como el del artículo 436 del Código de Procedimiento Civil, en su último aparte, así como el caso del último aparte del artículo 505 *eiusdem*, estamos en presencia de cargas imperfectas, esto es, que se le otorga al juez el poder seleccionar y de determinar las consecuencias del comportamiento de la parte que se niegue a presentar el documento o a someterse a la inspección. Tanto en este caso como en el caso en el cual las consecuencias son establecidas expresamente por el legislador, estamos en presencia del concepto de carga procesal. Es decir, un imperativo del propio interés de la parte apercibida de colaborar, que puede acarrearle, en caso de no levantar la carga (hecho negativo=indicio), consecuencias perjudiciales (presunción en su contra).

Particular interés encontramos en la norma prevista en el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil:

*Si para la realización de inspecciones, reproducciones, reconstrucciones y experiencias fuere menester la colaboración material de una de las partes, y ésta se negare a suministrarla, el Juez le intimará a que la preste. Si a pesar de ello continuare su resistencia, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo interpretar la negativa a colaborar en la prueba, como una confirmación de la*

<sup>188</sup> Vid. NIEVA: ob. cit., pp. 251-252.

*exactitud de las afirmaciones de la parte contraria al respecto.*

*Si la prueba debiere realizarse sobre la persona humana, y hubiere negativa injustificada de ésta a colaborar en la prueba, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo sacar de la negativa a colaborar en la prueba las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje.*

En el caso de la norma anteriormente transcrita, no obstante utilizar el legislador la expresión *colaboración material*, la misma debe entenderse en el contexto de la norma y no como *colaboración general*-manifestación del *deber* de moralidad<sup>189</sup>.

El contexto de la norma describe la situación en la cual la colaboración de una de las partes es necesaria, en el entendido de intervención o participación para ejecutar o evacuar una prueba. Sin su *colaboración material* la prueba no puede llevarse al proceso, razón por la cual el legislador prevé la posibilidad de que el juez, frente a la negativa de colaborar, imponga la *carga* a la parte cuya colaboración se requiere, intimándola (apercibiéndola) a que permita adquirir para el proceso la prueba, dándole un plazo (no obstante la norma no lo establezca) *so pena* de que se tengan como exactas «las afirmaciones de la parte contraria al respecto» (primer supuesto de la norma) o, en caso de pruebas sobre la persona humana, el juez infiera de «la negativa a colaborar en la prueba las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje» (segundo supuesto de la norma).

La norma en cuestión ha sido particularmente analizada en el contexto de la prueba de la paternidad en coordinación con el artículo 210 del Código Civil<sup>190</sup>. Así, la doctrina jurisprudencial, particularmente, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia estableció en sentencia N° 288 de fecha 16 de mayo de 2002, respecto al referido artículo 505 del Código de Procedimiento Civil y a la prueba de paternidad, lo siguiente:

*[...] el Tribunal con vista en la actitud renuente del demandado a colaborar en la prueba, dejó sin efecto la diligencia y consideró que había una presunción legal iuris*

<sup>189</sup> Vid. MUÑOZ: ob. cit., p. 452.

<sup>190</sup> Establece la norma: «A falta de reconocimiento voluntario, la filiación del hijo concebido y nacido fuera del matrimonio puede ser establecida judicialmente con todo genero de pruebas, incluidos los exámenes o las experticias hematológicas y heredo-biológicas que hayan sido consentidos por el demandado. *La negativa de éste a someterse a dichas pruebas se considerará como una presunción en su contra*». Respecto a la prueba científica véase ZAMBRANO FRANCO, Flor, “La prueba científica en el proceso judicial venezolano”, en *Revista de Derecho de la Defensa Pública*, 1, Defensa Pública, Caracas, 2015, pp. 185 ss.

*tantum de la prueba de paternidad y al no haber en autos prueba en contrario de la referida presunción legal, estimó que estaba plenamente comprobada la paternidad demandada y declaró con lugar la demanda y no confundió la presunción legal relativa a la que se refiere la norma con la presunción de hombre establecida en el artículo 1.399 del Código Civil, como señala el formalizante, por lo que sin duda el juez no incurrió en error de interpretación del artículo 210 del Código Civil y como consecuencia de ello, no puede prosperar la delación interpuesta[...]*

La misma Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia RC N° 0094, de fecha 03 de mayo de 2000, caso: *Toni Di Bonaventura* expresamente señaló:

*... Cuando la evacuación de la prueba depende de la voluntad de la persona sobre quien deba practicarse, no siendo posible forzarla al efecto, el Juez está autorizado por la norma del artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, en caso de negativa de la misma a la evacuación, para sacar presunciones que su prudente arbitrio le aconseje. Ello quiere decir que conforme a las circunstancias que rodeen la realización de la prueba y que puedan llegar a considerar no justificada la negativa, el Juez presumirá que el objetivo perseguido por la misma ha quedado demostrado, porque, aun cuando no ha querido el legislador dar carácter definitivo o determinante a esa presunción, no hay duda que a ello se propende como finalidad del dispositivo citado, el cual de otra manera carecería de sentido o efecto real. Por consiguiente, salvo que consideraciones sobre extremos o circunstancias que debe analizar y ponderar y que en sana crítica justifiquen la negativa, el Juez debe presumir el resultado de la prueba en el sentido señalado...*

Asimismo, en el desarrollo de este mecanismo previsto en el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, en un caso donde el demandado (y/o su apoderado) en inquisición de paternidad esquivó por diferentes mecanismos procesales la práctica de la prueba de ADN la Sala Constitucional señaló que:

*... era un deber de la parte prestar su colaboración a los efectos de lograr los objetivos del proceso, razón por la que resulta lamentable que el demandado incluso su apoderado en juicio, lejos de estar pendiente de realizarse la prueba, haya realizado numerosos y constantes actuaciones en el*

*expediente sin que alguna hubiese tenido como propósito favorecer la evacuación de la prueba de dicho medio probatorio; prueba de ello, es que, del mismo modo que ocurrió en la tramitación del proceso en el tribunal de la causa, luego de pronunciada la sentencia de la Sala de Casación Social, cuya revisión ocupa a esta Sala, y que ordenó la reposición de la causa al estado de que se realizara la notificación del demandado para la realización de la prueba de ADN, de acuerdo con la información suministrada por la Jueza Coordinadora del Circuito Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional a esta instancia judicial, la notificación del demandado ordenada por esa Sala no ha sido posible y, mientras tanto, el demandado ha planteado varias incidencias (incompetencia del tribunal, etc.)... (Vid. sent. n° 1235, 14/08/2012. Sala Constitucional. Tribunal Supremo de Justicia. Caso: Ana Victoria Uribe Flores. Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán).*

En esta decisión, por ejemplo, se califica la actitud de la *parte* (y/o la de su apoderado), como una conducta censurable, poco proba, violatoria del orden público, de la buena fe procesal, del artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, como una conducta nociva «que deriva de la apreciación de gran cantidad de escritos, de argumentos, de incidencias, de recursos con propósitos dilatorios», declarándose que el demandante abusó del proceso.

Consideró la Sala asimismo que debió aplicarse la norma prevista en el artículo 452 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que permite aplicar supletoriamente el artículo 48 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que habilita «extraer elementos de convicción de la conducta procesal de las partes, de sus apoderados o de los terceros...» pues el demandado debió prestar su *colaboración en la causa*. Interpretación que hace la Sala sobre la base del principio de primacía de la realidad (Art. 450 j) de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes).

Como dato curioso, la Sala Constitucional, no obstante las consideraciones sobre la violación de la buena fe procesal, no ordenó oficiar a los organismos disciplinarios correspondientes, ni tampoco justifica los parámetros para extraer elementos de convicción de la conducta de las partes.

En todo caso, lo que queremos resaltar con el caso en ejemplo es que sobre la base del principio de moralidad se interpretan mecanismos probatorios que en rigor de verdad no tienen relación inmediata con la buena fe procesal o moralidad. Insistimos que son mecanismos que se fundamentan en la idea de necesidad de la

prueba, disponibilidad y acceso a la misma; y es la norma de ley la que regula con suficiencia cómo traer al proceso la fuente de prueba, bajo apercibimiento dirigido a la persona que debe prestar la colaboración (*carga de colaboración*).

Sin lugar a dudas que en estos supuestos se valora la conducta de la parte, como un auténtico indicio generado en el contexto de un medio probatorio, pero no (o al menos no debería ser así) bajo la apreciación subjetiva de cada juez, sino bajo parámetros objetivos previstos en la ley. Esto es, por el no levantamiento de una carga. Es el concepto de carga el que debe aplicar acá, no el de deber (de colaboración). Es también evidente que hay en la norma de ley una intención racional de permitir y posibilitar se conozca la verdad.

Así por ejemplo, en un caso hipotético de inquisición de paternidad, de no generarse la carga en el demandado de someterse a una inspección en atención al mencionado artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, v.gr., por no haber sido promovida la prueba de experticia científica (ADN)<sup>191</sup> por la parte demandante, no podría hablarse sensatamente de un deber genérico de colaboración (pues todo proceso es dialéctico y contradictorio)<sup>192</sup>.

Así las cosas, la valoración judicial de la conducta de las partes prevista en mecanismos probatorios es diferente a la valoración judicial de la conducta de las partes por violación del deber de moralidad o buena fe procesal.

## V. Conclusión

El temor a ser sancionado<sup>193</sup> por no decir la verdad, ser excesivamente “litigioso” en la defensa, no colaborar con la justicia, ser desleal o improbo, y en definitiva, el violar alguno de los deberes que se derivan del principio de moralidad procesal, puede considerarse como limitación indirecta a la actividad de defensa; que a nuestra manera de ver resulta en la mayoría de los casos poco

---

<sup>191</sup> No obstante, la parte final del artículo 31 del Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad establece: «... En los procedimientos de filiación el juez competente podrá ordenar con carácter *obligatorio* pruebas de filiación, biológica Ácido Desoxirribonucleico (ADN) y otras experticias pertinentes, las cuales deberán ser garantizadas gratuitamente por el Estado».

<sup>192</sup> Señala Alvarado Velloso que «conocida doctrina americana comenzó a insistir en la necesidad de lograr la vigencia en el proceso de una adecuada y justa *ética de la solidaridad* entre ambos contendientes, exigiendo para ello la plena y total *colaboración de una parte con la otra* en todo lo que fuere menester para lograr la producción eficiente de un medio cualquiera de conformación. A mi juicio, esta doctrina es exótica y divorciada de la realidad de la vida tribal, por lo que merece ser sepultada en el olvido» *Cfr.* ALVARADO: La incumbencia..., cit., p. 28.

<sup>193</sup> *Vid.* BECCARIA: ob. cit., p. 117. Señala el autor que «el temor a las leyes es saludable, pero el de hombre a hombre es fatal y engendra abundantes delitos». Mas adelante señala: «Si el soberano, con aparato y pompa, con la austeridad de sus preceptos, con permitir querellas –justas o injustas- de quien se crea oprimido, acostumbra a sus súbditos a temer más a los magistrados que a las leyes, estos se aprovecharán más de este temor, de lo que saldrá ganando la seguridad propia y la públicas», p. 120.

razonable en el contexto donde opera dicha limitación: El proceso, donde dos partes se enfrentan en debate dialéctico<sup>194</sup>.

<sup>194</sup> Resulta oportuno hacer referencia al conocido diálogo que representa Calamandrei, entre dos jueces (uno pesimista y otro optimista), dos abogados (uno pesimista y otro optimista), un teórico (que para Calamandrei, a pesar que dice cosas bastante juiciosas, es necesario restar cierta importancia a sus opiniones, porque su hábito profesional lo lleva fácilmente a sentar cátedra) y un filósofo (que tiene una breve intervención al final del diálogo). Discutiendo sobre el tema del comportamiento de las partes en el proceso se desarrolla el siguiente diálogo: «Juez Primero.- El nuevo código, en cambio, ha pensado lógicamente que para hacer respetar esta exigencia de lealtad podrá servir, más que cualquier amenaza y cualquier intimidación (que probablemente influiría sobre los abogados en sentido perfectamente contrario al esperado...), la eficacia moralizadora de los contactos personales directos entre el abogado y el juez. Cuando el defensor se vea sentado ante el juez instructor que le hablará de igual como un amigo, considerará como un compromiso de honor no traicionar con un comportamiento desleal a quien pone en él plena confianza: el respeto del juez le será sugerido, más que por la admonición escrita en el código, por el respeto a sí mismo y por su mismo amor propio. [...] Los abogados deberán, por otra parte, recordar que traicionando su deber de lealtad no harán un buen negocio. Hay en el nuevo código una cierta disposición que permite al juez obtener indicios para la decisión de la causa del modo en que las partes se comportarán en el nuevo proceso. Conducta de las partes quiere decir conducta de los defensores: los cuales, por consiguiente, harán bien en no olvidar que teniendo en juicio un comportamiento [...] (Como diré) demasiado abogadil, correrán el riesgo de indisponerse con el juez y de hacer un mal servicio a su cliente. Abogado Segundo.- ¿Existe verdaderamente en el nuevo código una disposición de esta especie? El Teórico.- Ciertamente: hay un artículo que literalmente concede al juez el poder de deducir argumentos de prueba del comportamiento de las partes en el proceso. Abogado Segundo.- ¡Pero éste es un poder más que homicida! Si un arma semejante se pone en la mano de un enfermo del hígado, la suerte de la causa se encontrará abandonada a merced de las fluctuaciones biliarias del juzgador [...] La conducta de las partes y de los defensores vendrá a ser, en la valoración del juez, un juego de simpatías o repugnancias personales: ¿por qué no se prescribe, de una manera absoluta, que en todo proceso el juez instructor esté obligado a dar a los abogados una calificación en conducta, como se hace en el colegio? El Teórico.- Tú miras siempre las innovaciones bajo una luz de pesimismo, que te las hace aparecer como más peligrosas de lo que en realidad son. No hay duda que el poder concedido a los jueces de deducir elementos de convicción del comportamiento de las partes tiene sus peligros; y los jueces deberán habituarse a servirse de este poder con mucha cautela (vosotros sabéis, por lo demás, que los jueces se inclinan más bien a no usar de los poderes que tienen, que a arrogarse aquellos que no tienen...). Pero, en suma, esta disposición está hecha no para la gran mayoría de los abogados, sino para aquellos poquísimos que han creído hasta ahora que el sumo arte del defensor consiste en insidias y en las fintas. Para quitar crédito a estos maestros del fraude, a estos especialistas en esgrimas engañosas, el nuevo código ha hecho otra cosa mejor que fulminar prohibiciones y multas sin finalidad: se ha limitado a advertir a los defensores que en el nuevo proceso los embrollos no están prohibidos, pero que, empleándolos, se contribuye a entregar la causa vencida al adversario. Es fácil prever que el clima del nuevo proceso no favorecerá el desarrollo de aquella mala planta de los juicios que se llama maquiavelismo procesal: y que los abogados más embrollones cesarán de ser los más buscados por los clientes. De ahora en adelante, el arte del defensor se manifestará, sobre todo, en saber ganarse la confianza del juez: sus cualidades más apreciadas serán, de ahora en adelante, aquellas virtudes morales que se resumen en una palabra: *el carácter*. Abogado Segundo.- Antes de separarnos, querría exponeros todavía una última duda que me atormenta. Estamos en este momento todos de acuerdo, me parece, en reconocer que el nuevo proceso civil introducirá en las relaciones entre magistrados y abogados un cambio muy profundo, sobre todo en el sentido de que los contactos entre ellos se harán mucho más estrechos y más frecuentes. Pero ¿estáis desde luego seguros que todo esto servirá para reforzar el carácter de los profesionales, esto es, aquel sentimiento de dignidad y de alta

Como hemos indicado existen elementos de irracionalidad en estas normas que otorgan al juez el poder de decidir la controversia tomando en cuenta la conducta de las partes contraria al principio de moralidad procesal, particularmente su vaguedad. En este sentido, se dice que cuando un hecho es analizado bajo una perspectiva valorativa estamos en presencia de la valoración normativa del hecho<sup>195</sup> y esta se produce cuando la norma no se define usando términos “descriptivos” o “fácticos”, o no sólo mediante estos términos, sino apoyándose en el uso de términos valorativos<sup>196</sup>.

La actividad que hace el juez al valorar judicialmente la conducta de las partes por contrariar el principio de moralidad, puede calificarse dentro de aquella compleja categoría, pues el juez partiendo de un hecho, indeterminado, la conducta de las partes, hace una valoración tomando en cuenta otro hecho no determinado y abierto v.gr. la violación del principio de moralidad. En este sentido, señala Taruffo que «decir que existe el hecho al que la norma atribuye determinadas consecuencias jurídicas significa realizar una enunciación *compleja*, ya que en realidad, está formada en dos enunciaciones: una de ellas afirma que el hecho ha ocurrido, la otra, que ese hecho tiene un cierto valor según un apropiado criterio de valoración»<sup>197</sup>. Y con relación a la prueba de ese tipo de hecho complejo señala el mismo autor que «solo puede ser objeto de prueba la enunciación *descriptiva* referida a la existencia de una determinada ocurrencia, no así la enunciación *valorativa* que califica esa ocurrencia de una determinada forma»<sup>198</sup>.

Este elemento de indeterminación objetiva presente en la valoración del hecho, se presenta en la mayoría de los casos de conducta contraria al principio de moralidad a través de lo que la doctrina llama «técnica de identificación indirecta, sobre la base de los efectos valorativos negativos (o -a veces- positivos) que “algo” produce»<sup>199</sup>.

Señala Taruffo que esto es lo que sucede «siempre que se individualiza el supuesto de hecho en función de su “contrariedad” con un valor o un sistema de

---

independencia moral que hasta ahora era el orgullo de los mejores de nosotros? Sí, como decís, la primera habilidad del defensor consistirá en conquistarse la estimación del juez ¿no es de temer que, poco a poco, el arte de los abogados se reduzca a ser una sistemática *captatio benevolentiae*, un refinado alarde de hipocresías hecho para ablandar a los magistrados y para conquistarse a cualquier precio sus favores? Abogado Primero.- La cuestión planteada me parece bastante sensata...Cfr. CALAMANDREI, Piero: Las buenas relaciones entre jueces y abogados, Leyer, Bogotá, 2005, pp. 74-77. Entiéndase que al abogado primero (abogado optimista) la cuestión planteada le parece bastante sensata, es decir, prudente y de buen juicio.

<sup>195</sup> Vid. TARUFFO: La prueba..., cit., p. 128.

<sup>196</sup> Vid. Íd.

<sup>197</sup> Cfr. Ib., p. 129.

<sup>198</sup> Cfr. Íd.

<sup>199</sup> Cfr. Ib., p. 135.

valores, como, por ejemplo, en el caso de los “actos contrarios a las buenas costumbres”, de las “conductas antisindicales”, etc. En casos como éstos, la individualización se hace sólo por referencia al criterio valorativo (las buenas costumbres, los derechos e intereses de las organizaciones sindicales), pero no hay identificación alguna, siquiera vaga, referente al “hecho” que puede ser valorado negativamente: en realidad, cualquier “acto” puede ser contrario a las buenas costumbres y cualquier conducta puede ser antisindical»<sup>200</sup>.

Tal como se señaló *supra*, la conducta de las partes dentro del proceso, que se manifiesta a través de actos procesales, no puede ser considerada como perteneciente a la categoría probatoria (salvo que se trate de conducta procesal realizada en el contexto de un mecanismo probatorio v.gr. exhibición documental, inspección u otras pruebas *ex* artículo 436 y 505 del Código de Procedimiento Civil o el mencionado caso del fraude procesal), de manera que este último señalamiento confirma que la valoración que haga el juez de la conducta procesal de las partes, que se diga violatoria de la moralidad procesal, escapa de la parcela probatoria del proceso para inscribirse fundamentalmente en un tipo de sanción.

Opina Unamuno que «las determinaciones de valor, no sólo no son nunca racionalizables, son antirracionales»<sup>201</sup>, y en efecto las normas que prevén el fenómeno que se estudia, tal como se anticipó, son triplemente indeterminadas. En primer lugar, parten de conceptos jurídicos indeterminados, cláusulas generales o normas en blanco (valoraciones positivas o negativas). En segundo lugar, porque los hechos que activan su aplicación son asimismo indeterminados. En tercer lugar, porque la consecuencia jurídica es igualmente indeterminada<sup>202</sup>.

Y como señala Taruffo «cuanto mayor es la vaguedad del criterio de valoración (como sucede especialmente en los conceptos jurídicos indeterminados) mayor es también la indeterminación del hecho al que la norma es aplicable»<sup>203</sup>.

La cuestión sería baladí si esas valoraciones fueran sólo ejercicios académicos sin consecuencias prácticas, pero sabemos que no es así, pues

---

<sup>200</sup> *Cfr.* Íd.

<sup>201</sup> *Cfr.* UNAMUNO, Miguel de, *Del sentimiento trágico de la vida*, Grandes Obras del Pensamiento, Losada, Buenos Aires, 2008, p. 63.

<sup>202</sup> *Cfr.* TARUFFO: *ob. cit.*, p. 136. Los problemas de los conceptos jurídicos indeterminados señala el autor «son particularmente complicados, porque incluso el significado fáctico (y no sólo el valorativo) de esos conceptos está particularmente indeterminado y es variable de un supuesto de hecho a otro». Nota de pie de página N° 141.

<sup>203</sup> *Cfr.* *Ib.*, pp. 136-137. Señala Taruffo «el concepto jurídico indeterminado habitualmente está tan “abierto” desde el punto de vista de la individualización del hecho como desde el punto de vista de la individualización del criterio de valoración»

permiten al juez “fundar” su decisión sobre este tipo de valoraciones. Reiteramos que se trata de una sanción por la violación de un deber.

Por otra parte, admitir la valoración judicial de la conducta de las partes contraria a la moralidad como elemento de convicción para la decisión comporta una contradicción.

Esto pues, se parte, entre otros tópicos, de la necesidad de un deber de veracidad, cuya inobservancia acarrea o puede acarrear como sanción la pérdida de la prueba e incluso del litigio; pero acá se olvida alcanzar, precisamente, la verdad. Pues lo que se juzga es el comportamiento de las partes, y en la mayoría de los casos el comportamiento de sus abogados, y no la correspondencia de sus pretensiones o defensas con la verdad que se pretende establecer.

Se hace un salto inferencial, con poco o nada de lógica: quien no dice (o dice) la verdad o se comporta mal (o bien) debe ser sancionado (o premiado) con una inferencia (probatoria) o razonamiento judicial en su contra (o a su favor) que lo puede llevar a perder (o ganar) el pleito. Se juzga la verdad (¿!) a través de la intuición, reacciones individuales y apreciación subjetiva del juez acerca de la moralidad de la conducta en el proceso, y no la conducta anterior y fuera del proceso con relevancia jurídica que es precisamente el *objeto del proceso* y que debe ser traída al mismo a través de los medios probatorios correspondientes.

Utilicemos la misma lógica que Beccaria usó para cuestionar la tortura, salvando las distancias entre nuestro tema y aquel. En efecto, respecto a las contradicciones en el interrogatorio señala el autor: «El segundo motivo es la tortura que se da a los supuestos culpables cuando en su interrogatorio caen en contradicciones; como si el temor de la pena, la incertidumbre del juicio, el aparato y la majestad del juez, la ignorancia común a casi todos los criminales y los inocentes, no debieran hacer caer probablemente en contradicción tanto al inocente que teme como al culpable que trata de encubrirse; como si las contradicciones frecuentes de los hombres cuando están tranquilos, no debieran multiplicarse en el ánimo turbado, completamente absorto por el pensamiento de salvarse del inminente peligro»<sup>204</sup>.

Los jueces al decidir casos deben expresar los motivos de su decisión, esto es, racionalizarla (o justificarla). Muchos son los motivos que llevan al juez a tomar una decisión jurisdiccional (algunos inconfesables), y precisamente el control racional, que viene con el estudio de la motivación, tiende a eliminar sentencias basadas en motivos o móviles arbitrarios, tales como prejuicios, estados de ánimo, ideología y otras circunstancias subjetivas no

---

<sup>204</sup> Cfr. BECCARIA: ob. cit., p. 67-68.

racionalizables<sup>205</sup>. La valoración judicial de la conducta de las partes por violación del deber de moralidad, prevista en norma expresa o inexpressa, es pues una manera de aceptar que, en la mayoría de sus usos, se tomen decisiones basadas en motivos no racionalizables.

La conducta de las partes puede perfectamente ser utilizada por los abogados en su retórica para crear ánimo en los jueces, pero éstos no pueden basarse en aquella para justificar sus decisiones.

En el proceso venezolano la buena fe procesal debe ser entendida como un deber general de no actuar de mala fe, bien para con la contraparte, el juez o terceros y que se concreta en el deber de no mentir, no formular argumentos manifiestamente temerarios y no obstaculizar de manera ostensible y reiterada el desenvolvimiento del proceso.

El proceso como método tiene reglas, que establecen quién debe probar y quién sufrir las consecuencias de no haber probado, así como reglas que imponen al juez aplicarlas atendiendo a la debida congruencia entre lo pedido (pretendido y resistido).

El reconocimiento que, desde el Código de Procedimiento Civil venezolano (por interpretación de doctrina autorral) y de leyes de rito especiales como la vigente Ley Orgánica Procesal Laboral venezolana (artículo 48 y 122), se hace al poder del juez que le permite extraer elementos de convicción de la conducta procesal de las partes por violación del deber de moralidad, resulta que se inclina hacia soluciones incoherentes con el sistema procesal y la garantía del debido proceso.

Constituye p.,ej., violación del artículo 44.3 de la Constitución (prohibición de que las penas trasciendan) al sancionar, como regla, a una parte con la pérdida del pleito o de la prueba por la conducta de su abogado. Además, constituye violación directa del artículo 49.1 de la Constitución, pues al admitirse este tipo de institutos mediante el concepto de prueba, significa por vía de consecuencia admitir pruebas nulas, que no respetan el debido proceso, control y contradicción de la prueba. Constituye a su vez violación directa del artículo 49.6 de la Constitución, que garantiza el pilar garantista del *nulla pœna sine lege*, al sancionar conductas no definidas en supuestos de hechos previstos legalmente con anterioridad al hecho sancionado, con base en normas en blanco que tampoco establecen las sanciones, bajo criterios indeterminados por la ley, y determinados por el juez según sea el caso.

---

<sup>205</sup> Vid. ATIENZA, Manuel: Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica, 2ª reimp., UNAM, México, 2005, pp. 4-5.

En síntesis, la irracionalidad del poder otorgado al juez para extraer elementos de convicción de la conducta de las partes, se manifiesta al prohiar la propia irracionalidad del derecho, tanto lingüística (favoreciendo la vaguedad y la inseguridad) como pragmática (al prescribir en contra de la realidad de las cosas y particularmente de la realidad que justifica al proceso). En cuanto a la primera, se trata de un caso de indeterminación y vaguedad de normas sancionatorias, lo que produce una inmediata antinomia entre ellas y las garantías procesales constitucionales (principio de legalidad de la sanción); y en el mismo sentido, se produce una antinomia constitucional con las normas que prohíben que las penas trasciendan del sujeto sancionado, al sancionarse a la parte, por la conducta de su abogado, con la pérdida del litigio (o de la prueba). Lo que se relaciona inmediatamente con el segundo aspecto, a saber, la irracionalidad pragmática, pues se trata de normas que desconocen la complejidad procesal, el derecho de defensa y contradicción en el proceso y su manifestación a través de la asistencia letrada, que tiene fundamento, a su vez, en normas propias (deberes del abogado).

Encontramos, pues, una irracionalidad como incoherencia de estas normas, en el entendido que desconocen el contexto donde se pretenden aplicar, a saber, el proceso como método de debate dialéctico garantizado y prometido en la Constitución. Y se descubre una incoherencia con los propios fundamentos que inspiran a estas normas, pues ellas, lejos de alcanzar la verdad<sup>206</sup>, tienen la potencialidad de favorecer la inseguridad y arbitrariedad jurisdiccional.

---

<sup>206</sup> Vid. INGRAO, Giuseppe: La valutazione del comportamento delle parti nel processo tributario, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 62-63.

**Democracia como derecho humano y eje transversal del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Análisis de la Sentencia N° 455 de la Sala Constitucional del 12/6/2017 considerando la jurisprudencia de la Corte IDH)**

*Kathleen Barrios*

**Sumario**

- I. Introducción
- II. Análisis de la intervención y/o restricción del derecho a la democracia
- III. Conclusión

*I. Introducción*

Todas las sociedades titubean entre el orden y el caos, es por ello que la paz no es un logro, realmente es una responsabilidad. El precio de la libertad para la democracia es alto, siempre lo ha sido y siempre lo será, por eso es nuestra responsabilidad procurar la defensa de lo que somos y queremos ser como país. Es por ello, que algunas constituciones estipulan la posibilidad de convocar una ANC para idear y redactar una mejor Constitución y en consecuencia, un mejor sistema jurídico y político para el país.

En definitiva la ANC es un grupo o cuerpo de Constituyentes que deben ser elegidos por el pueblo (que se expresa a través del sufragio) cuya responsabilidad es redactar una nueva Constitución (artículo 347). Es evidente que este acto tiene una trascendencia tal, que supera lo individual y afecta a toda la colectividad conjuntamente con nuestro futuro y por ello requiere de consulta popular para que pueda evidenciarse la soberanía popular.

Sobre este particular debo destacar que no existe una lista única y estática de derechos humanos, estos han ido evolucionando y desarrollándose dentro del catálogo de derechos según el desarrollo histórico de los pueblos, de la organización del Estado y la evolución de los regímenes políticos. Esto ha sido señalado, como por ejemplo por el Juez García que expresó:

*Es hecho conocido que el catálogo de los derechos humanos nunca ha sido estático. Se ha ido definiendo y consagrando según el desarrollo histórico de la sociedad, de la organización del Estado y la evolución de los regímenes políticos. Ello explica que actualmente asistamos al desarrollo y profundización de los derechos políticos identificándose, incluso, lo que algunos han denominado el*

*“derecho humano a la democracia”. Ese desarrollo se expresa en la Carta Democrática Interamericana, el instrumento jurídico que el sistema interamericano ha generado para fortalecer la democracia y los derechos a ella vinculados, en cuyo primer artículo se estipula que “Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla”. [C127/2005: Voto García Sayán, párr. 7]*

En este sentido, al igual que otros países, Venezuela con el pasar de los años consolidó un sistema jurídico que tiene como base la democracia, todo ello se evidencia de la lectura de los artículos 2, 3 y 4 de la Constitución actual de 1999. Adicionalmente, dicha forma de gobierno “democrática” se encuentra reforzada en su artículo 23 que establece la jerarquía constitucional de los tratados relativos a los derechos humanos y, en consecuencia, le da entrada a lo que se denominado en la doctrina “bloque de constitucionalidad” a la CADH<sup>1</sup> y lo dispuesto en la Carta Democrática Interamericana<sup>2</sup>.

En nuestro sistema constitucional, todo tratado, pacto y convención relativo a derechos humanos se equipara con la misma jerarquía normativa de la constitución, es decir, tiene rango constitucional por lo que adquiere la supremacía y en consecuencia la rigidez, propia de la Constitución.

De hecho, la incorporación de la norma contenida en el artículo 23 tiene su fundamento en la Base Comicial Octava de la ANC de 1999, que dispuso que *“una vez instalada la ANC, como poder originario que recoge la soberanía popular, deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, **teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República**, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos”* (Negrillas y subrayado agregado). Incluso y como veremos, esta misma disposición se encuentra en la Base Comicial Décimo Primero de la ANC actual.

Así tenemos, del preámbulo de la Carta Democrática Interamericana se desprende que el respeto y garantía de los derechos humanos solo es posible dentro de las instituciones democráticas. Mientras, los artículos 29.c y 32.2 de la

---

<sup>1</sup>Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, celebrada en San José, Costa Rica, del 7 y 22 de noviembre de 1969.

<sup>2</sup>Carta Democrática Interamericana, aprobada mediante resolución de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en la primera sesión plenaria de su 28° Período de Sesiones Extraordinarias, en Lima, Perú, el 11 de septiembre de 2001.

Democracia como derecho humano y eje transversal del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Análisis de la Sentencia N° 455 de la Sala Constitucional del 12/6/2017 considerando la jurisprudencia de la Corte IDH)

CADH establecen que los derechos humanos dispuestos en la Convención deben interpretarse en función de lo que es “*inherente al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno*” y conforme a “*las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática*”.

## II. Análisis de la intervención y/o restricción del derecho a la democracia

De manera que a continuación procedemos analizar el derecho objeto de estudio y la existencia de cualquier Opinión Consultiva y/o fallos de la Corte IDH al respecto:

De la Sentencia N°455 de la SC que declaró Sin Lugar el recurso de nulidad y en consecuencia, la constitucionalidad de las Bases Comiciales de la ANC destaco lo siguiente: (i) existe una usurpación de la soberanía popular, pues el Gobierno además de convocar la ANC impuso sus condiciones de elección sin consultar, ni aprobar las mismas; (ii) realmente no hay un voto universal, directo y secreto, pues la selección de los constituyentes será por sectores.

Esto evidentemente viola el derecho a la democracia, toda vez que la democracia como propósito y derecho que cabe a los gobiernos asegurarlos, se entiende, de acuerdo a la Declaración de Santiago de Chile<sup>3</sup> como sujeción a la ley mediante la independencia de los poderes y la fiscalización de los actos del gobierno por órganos jurisdiccionales del Estado; surgimiento de los gobiernos mediante elecciones libres; incompatibilidad con el ejercicio de la democracia de la perpetuación en el poder o el ejercicio de éste sin plazo determinado o con manifiesto propósito de perpetuación; deber de los gobiernos de sostener un régimen de libertad individual y justicia social fundado en el respeto a los derechos humanos; protección judicial eficaz de los derechos humanos; contrariedad con el orden democrático de la proscripción política y sistemática; ejercicio de la libertad de prensa, información y expresión en tanto que condición esencial para la existencia del mismo sistema democrático; en fin, desarrollo de estructuras económicas que aseguren condiciones justas y humanas de vida para los pueblos<sup>4</sup>.

Así, la doctrina inaugural y sustantiva de la Corte sobre la democracia es delineadas esto se evidencia de las *Opiniones consultivas* OC-1/82 sobre “*Otros*

<sup>3</sup>Adoptada por la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA (misma oportunidad en la que nace la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “CIDH”).

<sup>4</sup>Aguiar, Asdrúbal. *El derecho a la democracia*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana/Observatorio Iberoamericano de la Democracia (2008) pp. 537-539, o en F.V. García Amador (Compilador), *Sistema Interamericano, a través de tratados, convenciones y otros documentos*, Vol. I, Washington D.C., OEA, (1981).

<sup>5</sup>Las citas de las Opiniones Consultivas que a continuación se indican, en su pie, la letra y número del fallo respectivo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Opiniones Consultivas*: Serie A o

*tratados internacionales*”, la OC-2/82 sobre “*Reservas a la Convención Americana*”, la OC-3/83 sobre “*Restricciones a la pena de muerte*”, la OC-4/84 sobre la “*Modificación de la Constitución de Costa Rica*” y las célebres OC-5/85 sobre “*Colegiación Obligatoria de los Periodistas*”, OC-6/86 sobre “*La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención*” y OC-7/86 sobre “*El derecho de rectificación y respuesta*”.

En definitiva, para Venezuela la transformación del Estado y creación de un nuevo ordenamiento jurídico debe hacerse a través de la nueva Constitución, para lo cual es necesario que el pueblo convoque a una ANC, así tenemos que el artículo 347 Constitucional establece:

*Art. 347: “El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar a una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución” (resaltado agregado).*

De manera que el Presidente el 1º de Mayo de 2017, día del Trabajador, dictó el Decreto de convocatoria a la ANC y solo 23 días después, el Presidente dictó el Decreto sobre las Bases Comiciales para la ANC transgrediendo la soberanía popular de todos y cada uno de los ciudadanos.

De acuerdo al artículo 348 de la Constitución, “**La iniciativa** de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente **podrá hacerla el Presidente** o Presidenta de la República en Consejo de Ministros...”. Esta iniciativa debe interpretarse con el artículo 347 arriba citado, según el cual, el pueblo de Venezuela, como depositario del poder constituyente originario, puede convocar a una ANC.

Convocatoria e iniciativa no son lo mismo: El poder de iniciativa lo tiene el Presidente (que no es exclusivo, pues también tienen iniciativa otras instituciones públicas, como la Asamblea y los Consejos Municipales en cabildo, y los propios electores a través de la iniciativa popular), pero el poder de convocatoria lo tiene el pueblo. Por ello, la Convocatoria y las Bases violan el derecho a la democracia ya que debían ser aprobadas en referendo, con base a los siguientes argumentos:

---

*Sentencias:* Serie C), luego de lo cual se mencionan el párrafo correspondiente al mismo, pudiendo ser identificado y revisado *in extensu* en la página web de la misma Corte ([http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/busqueda\\_casos\\_contenciosos.cfm](http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm))

Democracia como derecho humano y eje transversal del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Análisis de la Sentencia N° 455 de la Sala Constitucional del 12/6/2017 considerando la jurisprudencia de la Corte IDH)

a. El primer artículo del Capítulo III de la Constitución (347), le atribuye al pueblo su condición de depositario del poder constituyente originario y el poder de convocar la ANC.

b. Partiendo del poder del pueblo para convocar la ANC, el segundo artículo del Capítulo III (348) establece que la iniciativa de convocatoria pueda tomarla el Presidente, así como también la tienen la Asamblea Nacional, los Concejos Municipales en cabildo y el 15% de los electores.

c. Por ello, los artículos 347 y 348 no solo siguen un orden numérico, sino que tienen un orden conceptual que no puede ser variado ni alterado: el pueblo tiene el poder originario para convocar, y ese poder del pueblo requiere materialmente de alguien que lo inicie: no es solo el Presidente, sino la Asamblea Nacional, los Concejos Municipales en cabildo o el 15% de los electores. No se puede confundir poder con iniciativa, pues ello supone dejar sin contenido el poder originario del pueblo, hacer irrelevante el primer artículo del Capítulo III (el 347) o sostener que el Presidente encarna el poder del pueblo.

d. ¿A eso se le puede llamar democracia? ¿Cómo se expresarán los ciudadanos que no estén de acuerdo con la ANC y/o con las Bases? Es necesario el referendo. Sin la aprobación del pueblo a través del sufragio (que es la manera como se expresa el pueblo), no es posible que se forme una ANC en los términos de la Constitución y en consecuencia, se respeten los valores y principios Democráticos que conforman nuestra forma de gobierno.

Sobre qué debe entenderse por el “pueblo”, la Sala Constitucional ha dicho lo siguiente (sentencia N° 24 del 22 de enero de 2003, ponencia de Iván Rincón Urdaneta):

*“...si se hace una interpretación de dicho vocablo, en consonancia con el resto del texto constitucional, debe concluirse, sin dudas, que el sentido que debe atribuirse al mismo debe vincularse al principio de la soberanía popular que el Constituyente ha incorporado al artículo 5 del texto fundamental.*

*En efecto, dicha disposición pauta que ‘La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público’. Este dispositivo se relaciona necesariamente con el derecho que asiste a ‘todos los ciudadanos y ciudadanas a participar libremente en los asuntos públicos’ (artículo 62) y al derecho al sufragio que,*

*según el artículo 63 ejusdem, 'se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas'*

*Estas disposiciones, entre otras, no son más que la concreción normativa del principio de la soberanía popular, una de las bases esenciales de la concepción democrática de la soberanía.*

...

*"Por lo expuesto, debe concluirse que el sentido que debe asignarse al pueblo de **Venezuela es el conjunto de las personas del país y no una parcialidad de la población, una clase social o un pequeño poblado, y menos individualidades.**"*

La actual Constitución fue redactada en 1999 por una Asamblea Nacional Constituyente. En aquella oportunidad, lo primero que hizo el Presidente Hugo Chávez fue celebrar un referendo para (i) la aprobación o no por parte del pueblo de la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, y para (ii) autorizar al Presidente a fijar las bases del proceso comicial para elegir a los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente (Decreto N° 3, publicado en la G.O N° 36.634 del 2 de Febrero de 1999).

En este sentido, a diferencia de la actual la convocatoria de la Constitución de 1999 fue aprobada por referendo popular. Sin embargo, funcionarios gubernamentales han sostenido que este precedente no es aplicable ahora por la existencia del artículo 348, que le permite al Presidente tomar la iniciativa de la convocatoria. Pero con ese argumento literal, evaden y soslayan deliberadamente el artículo 347.

Sin embargo, la Sala Constitucional del TSJ emitió el 31 de julio de 2017 la Sentencia N° 378 según la cual, no es necesario ni constitucionalmente obligante, un referéndum consultivo previo para la convocatoria de una ANC, "*porque ello no está expresamente contemplado en ninguna de las disposiciones del Capítulo III del Título IX*". De la sentencia se evidencia que la declaratoria de constitucionalidad no está acorde a derecho ni denota parcialidad en la decisión.

Evidentemente, esta decisión conjuntamente con la sentencia N° 455 que declaró la constitucionalidad de las bases comiciales afecta el derecho a la democracia, toda vez que el juez debía calificar el abuso, la imprudencia, la intención y más aún si tal abuso proviene de quienes ejercen la política violando flagrantemente las disposiciones constitucionales vigentes. Ambas sentencias, especialmente la N° 455 se extendió a afirmar las Bases Comiciales fijadas,

Democracia como derecho humano y eje transversal del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Análisis de la Sentencia N° 455 de la Sala Constitucional del 12/6/2017 considerando la jurisprudencia de la Corte IDH)

promoviendo una posición política del Presidente violando flagrantemente lo dispuesto en la Constitución de 1999.

Sobre este punto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas<sup>6</sup> ha señalado:

*21. (...) En primer lugar, los jueces no deben permitir que su fallo esté influenciado por sesgos o prejuicios personales, ni tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto sometido a su estudio, ni actuar de manera que indebidamente promueva los intereses de una de las partes en detrimento de los de la otra. En segundo lugar, el tribunal también debe parecer imparcial a un observador razonable. (Resaltado agregado).*

Por lo tanto, la Sala al declarar la constitucionalidad de Decreto que fijó las Bases Comiciales, más que establecer un criterio jurisprudencial lo que hizo fue promover los intereses del Presidente de la República en detrimento de los derechos de los ciudadanos a la democracia, al respeto de los principios y valores que rigen nuestra forma de gobierno, así como también constituye una violación a nuestros derechos humanos.

De hecho, la Constitución de 1999 fue decretada por la ANC elegida en aquella ocasión y en su Preámbulo expresó: “*En ejercicio de su poder originario representado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante el voto libre y en referendo democrático*”. Sin embargo, en el presente caso sería una ANC no aprobada previamente por el pueblo, por lo que su poder no es un poder originario.

Cabe destacar, esto no significa que durante el período de funcionamiento la actual ANC tenga poderes supraconstitucionales y pueda modificar el Estado y/o dictar otras normas jurídicas como hasta los momentos ha venido haciendo, toda vez que dicha actuación es incompatible con la democracia pues genera una inseguridad jurídica desde (i) el punto de vista de inconstitucionalidad de la norma y (ii) la validez de la misma dentro del ordenamiento jurídico por no ser dictada por la Asamblea Nacional que es el órgano competente para dictar las Leyes.

El juez constitucional en definitiva, debe y en ese momento debió valorar si lo expuesto atenta contra, las bases, valores, principios democráticos, la convivencia y con la realidad democrática, toda vez que esa decisión demostró que el funcionamiento verdadero de las instituciones, muy lejanas a veces al deber ser legal, puede generar duros ataques que comprueban la discrepancia entre lo que la Constitución y las leyes prescriben y lo que en la realmente ocurre.

---

<sup>6</sup> Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General N° 32, párrafo 21.

Aunque las Bases afirmaron que los Constituyentes serían elegidos mediante voto universal, directo y secreto, ello no es totalmente cierto. Resulta evidente que el derecho ha sido violado pues **no se puede limitar directa ni indirectamente la participación a grupos de ciudadanos como postulantes, electores y miembros elegibles ni se puede favorecer la participación de unos u otros –electores y elegibles (candidatos)-**, pues debe garantizar la participación y el ejercicio del derecho del sufragio sin discriminación y en igualdad de condiciones (ver sentencia citada anteriormente sobre lo que debe entenderse por *pueblo* de acuerdo a la propia SC). Y más aún cuando las Bases no garantizaron un sistema de votación universal sino deliberadamente sectorial, para favorecer sectores donde no hay registros comprobables de miembros y que pueden ser manipulados.

Como bien señalé anteriormente, de acuerdo al artículo Décimo Primero de las Bases Comiciales, la ANC “...como poder originario que recoge la soberanía popular, deberá dictar sus estatutos de funcionamiento, **teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales** de los ciudadanos y las ciudadanas y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos”.

Así tenemos, que incluso la elección de Constituyentes producto de la imposición de las Bases Comiciales de la ANC, incorporan una disposición fundamental que fue violada ante la falta de consulta y aprobación por el pueblo de Venezuela como legítimo depositario del poder constituyente originario.

De manera que mediante la celebración de las elecciones de los Constituyentes, tal y como fueron dispuestas en el Decreto N° 2.878, se violó lo dispuesto en los artículos 29.c y 32.2 de la CADH, lo que se constituye en una violación al artículo 23 de la Constitución que establece la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos y el compromiso que Venezuela adquirió al suscribir la Carta Democrática Interamericana.

La jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos representa una tendencia emergente en el constitucionalismo latinoamericano desde finales del siglo XX. Son varios países latinoamericanos, incluida la Constitución de Venezuela de 1999, los que han otorgado a los tratados sobre derechos humanos “*jerarquía constitucional*” (ej. Brasil, República Dominicana y Ecuador) Con lo cual, la CADH, adquirió la jerarquía constitucional expresa del artículo 23 constitucional, desde el momento mismo de la entrada en vigencia de la Constitución (G.O. N° 36.860 de 30-12-99).

Democracia como derecho humano y eje transversal del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Análisis de la Sentencia N° 455 de la Sala Constitucional del 12/6/2017 considerando la jurisprudencia de la Corte IDH)

Evidentemente, se trata no sólo de la violación del artículo 23 sino de una clara usurpación de la soberanía popular, ya que como señalé anteriormente el Presidente de la República no tiene la facultad de convocar una ANC si realizamos una correcta interpretación de los artículos 347 a 349. Toda vez que se requiere de un referendo donde en efecto los venezolanos como pueblo soberano convoquen una ANC y le otorguen un verdadero poder constituyente originario. Por lo que conforme a los principios y valores democráticos y al artículo 333 de la Constitución, *“Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella”*.

Adicionalmente, así como la Carta Democrática Interamericana consagra el derecho a la democracia en el desarrollo de la misma, tenemos que al artículo 19 de la Constitución establece *“El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen”* (resaltado y subrayado agregado).

De manera que la Constitución venezolana dispone el principio de progresividad del cual se desprende al mismo tiempo, el principio de la no regresividad de los derechos humanos, con lo cual al haberse declarado sin lugar la nulidad y la constitucionalidad de las Bases Comiciales, se violan dichos principios.

Cabe destacar que esta norma constitucional fundamental en materia de derechos humanos, producto de su evolución en el ámbito internacional, es una consecuencia de lo dispuesto en el artículo 2 constitucional, que dispone la *preeminencia de los derechos humanos* como Principio Fundamental de nuestro ordenamiento jurídico.

En consecuencia, estos principios conllevan a la necesidad de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico del Estado Venezolano de conformidad con la *preeminencia de los derechos humanos*, obteniendo como resultado un plexo de valores y normas que garanticen la vigencia de dicho principio fundamental. En definitiva, el Estado debió adoptar siempre la conducta que más favorecía el respeto, la garantía y la protección del derecho a la democracia como derecho humano. Toda vez que el derecho a la democracia se encuentra consagrado en nuestra constitución actual, así como en los principios dispuestos en tratados, pactos y convenciones relativas a derechos humanos, así como en la Carta Democrática Interamericana, en consecuencia, una vez que han sido reconocidos

como derechos inherentes a la persona humana, no pueden ser desconocidos ni disminuidos.

La progresividad obliga a que al Estado a reconocer los derechos humanos; de mantener un crecimiento constante de éstos, tanto en lo referente al reconocimiento de nuevos derechos como en la ampliación de los ya existentes; y finalmente, de no restringir los derechos humanos ya existentes.

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte IDH, el derecho a la democracia no puede ser restringido, aun así en el caso *Escher y otros vs Brasil* de 2009<sup>7</sup>, Sergio García Ramírez –jurista mexicano y ex presidente de la Corte IDH– previene otras formas de autoritarismo y advierte en su voto salvado:

*(...), las tiranías “clásicas” -permítaseme calificarlas así- que abrumaron a muchos países de nuestro hemisferio, invocaron motivos de seguridad nacional, soberanía, paz pública. Con ese razonamiento escribieron su capítulo en la historia. En aquellas invocaciones había un manifiesto componente ideológico; atrás operaban intereses poderosos. Otras formas de autoritarismo, más de esta hora, invocan la seguridad pública, la lucha contra la delincuencia, para imponer restricciones a los derechos y justificar el menoscabo de la libertad. Con un discurso sesgado, atribuyen la inseguridad a las garantías constitucionales y, en suma, al propio Estado de Derecho, a la democracia y a la libertad.*

Evidentemente, los Decretos que fijan la convocatoria y las Bases Comiciales invocan principios humanistas y/o de preservación de la paz del país, entre otros, para finalmente restringir el derecho a la democracia. Sin embargo, esto es claramente un discurso sesgado que contraría los valores y principios dispuestos en la Constitución venezolana, constituyéndose en una violación al derecho a la democracia.

El derecho a la democracia en la Sentencia N° 455 entra en juego al confrontarse con los valores y principios consagrados en la Constitución venezolana, al Estado de Derecho, la participación ciudadana, la progresividad de los derechos humanos y la no regresividad de los mismos. Y a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dicho derecho es el eje transversal de la protección de los derechos humanos.

---

<sup>7</sup> Corte IDH. Caso *Escher y otros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.

Democracia como derecho humano y eje transversal del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Análisis de la Sentencia N° 455 de la Sala Constitucional del 12/6/2017 considerando la jurisprudencia de la Corte IDH)

Es importante señalar que la misma Sala Constitucional mediante la Sentencia N° 161 del 6 de febrero de 2007, afirmó que dicho principio se materializa a través de una estructura tridimensional:

*El texto constitucional reconoce de manera expresa el principio de progresividad en la protección de los derechos humanos, según el cual, el Estado se encuentra en el deber de garantizar a toda persona natural o jurídica, sin discriminación de ninguna especie, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de tales derechos. Tal progresividad se materializa en el desenvolvimiento sostenido, con fuerza extensiva, del espectro de los derechos fundamentales en tres dimensiones básicas, a saber, en el incremento de su número, en el desarrollo de su contenido, y en el fortalecimiento de los mecanismos institucionales para su protección. En este ámbito cobra relevancia la necesidad de que la creación, interpretación y aplicación de las diversas normas que componen el ordenamiento jurídico, se realice respetando el contenido de los derechos fundamentales. (Resaltado y subrayado agregado).*

De acuerdo a la sentencia de la Sala Constitucionals el Principio de Progresividad esta compuesto por (i) la obligación del Estado de permitir y promover el incremento del número de derechos humanos, (ii) permitir y promover el crecimiento de la esfera de protección de dichos derechos, y (iii) fortalecer los mecanismos de tutela de dichos derechos.

Con lo cual, conforme a la interpretación vinculante de las sentencias de la Sala Constitucional arriba citadas, se desprende que la Constitución prohíbe la regresividad de los derechos humanos, por lo que quedaría vedada la posibilidad de restringir el derecho a la democracia.

### III. Conclusión

La sentencia N° 455 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, aparenta ser dictada bajo una interpretación de una forma de Estado Democrático de Derecho y de Justicia y supuestamente conforme a la Constitución, sin embargo, tal y como expresó en su momento el Juez García en

---

<sup>8</sup> Sala Constitucional, Desaplicación por control difuso del segundo aparte del artículo 376 del COPP, Sentencia N° 161 del 6 de febrero de 2007.

su voto salvado, dicha decisión se encuentra bajo la sombra de un país rodeado de autoritarismo e inestabilidad política interna.

El derecho a la democracia es un derecho principal seguido por la ejecución efectiva de otros derechos, como sería el derecho a la participación, el cual se constituye como un derecho político fundamental establecido en el artículo 63 de la Constitución de 1999.

La determinación del contenido esencial del derecho a la democracia, pudiese deducirse a través de dos posibles vías para su determinación, tales como (i) a través del legislador y/o (ii) de la doctrina constitucional. Con lo cual, el núcleo esencial de este derecho estaría comprendido por las siguientes características similares al núcleo esencial del derecho a la participación<sup>9</sup>: (a) condición de persona; (b) facilitar, en cuanto sea posible, todos los medios que permitan a los ciudadanos ejercer su derecho a participar en los asuntos públicos, especialmente en la convocatoria de una ANC; (c) la espontaneidad y voluntariedad de participar para garantizar el desarrollo individual y colectivo; (d) posibilidad efectiva de que la decisión contenida en el voto sea respetada y que, (e) dicha decisión incida de manera efectiva en la formación, ejecución y control de la gestión pública.

Es decir, para garantizar el derecho a la democracia es imprescindible que los ciudadanos mediante el voto puedan incidir efectivamente en la convocatoria de una ANC para que con ese voto pueda hablarse de poder constituyente originario.

El derecho a la democracia se vio afectado en la sentencia N° 455 cuando la Sala Constitucional declaró constitucional unas Bases Comiciales que (i) no fueron aprobadas por el pueblo y que (ii) limita directa e indirectamente la participación a grupos de ciudadanos como postulantes, electores y miembros elegibles (elección territorial y sectorial). Toda vez que se debe garantizar la participación y el ejercicio del derecho del sufragio sin discriminación y en igualdad de condiciones.

Esta sentencia constituye una evidente regresión de los derechos humanos, en violación al derecho a la democracia, al principio de progresividad consagrado en el artículo 19 de la Constitución, en virtud de que dicha sentencia (i) eliminó

---

<sup>9</sup> Sentencia N° C- 142 -2001 de la Sala Plena de la Corte Constitucional de Bogotá, D.C de fecha 7 de febrero de 2001. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Mediante la cual se indicó “(...) 5.3 De acuerdo con lo dicho, el núcleo esencial del derecho al sufragio comprende tres elementos. El primero de ellos hace alusión a la libertad política de escoger un candidato. El segundo se refiere al derecho que tienen los ciudadanos a obtener del Estado los medios logísticos e informativos para que la elección pueda llevarse a término de manera adecuada y libre. Finalmente, el tercer elemento hace relación al aspecto deontológico del derecho, esto es, al deber ciudadano de contribuir con su voto a la configuración democrática y pluralista de las instituciones estatales (...)”

Democracia como derecho humano y eje transversal del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Análisis de la Sentencia N° 455 de la Sala Constitucional del 12/6/2017 considerando la jurisprudencia de la Corte IDH)

la soberanía popular, (ii) se aleja de los principios y valores que rigen a la Constitución de 1999, así como también a los dispuesto en ella con relación al establecimiento de una ANC y, (iii) se alejó de las obligaciones internacionales de garantizar y respetar los derechos reconocidos en instrumentos internacionales que entraron a nuestro bloque de constitucionalidad.

La Sentencia N° 455 despojó a todos los ciudadanos de forma inconstitucional y en los términos del artículo 63 de la Constitución, del derecho a la participación ciudadana; como también despojó a la actual ANC del verdadero poder constituyente originario que la caracteriza removiendo respecto a los hechos futuros la constitucionalidad de los actos que de la ANC emanen, violando el derecho a la democracia e implicando una regresividad y debilitamiento de otros derechos humanos.

El derecho a la democracia no puede ser restringido, toda vez que ello implicaría ir en contra de la propia Constitución (principios, valores y forma de gobierno) y contra la obligación constitucional de mantenerse vinculado a los estándares internacionales. Pudiese llegar a restringirse derechos relacionados al mismo pero no propiamente el derecho a la democracia, ya que de hacerlo no habría forma ni manera de cumplir con la obligación de garantizar, proteger y promover los derechos humanos.

# Sociedad

## La Universidad y el Derecho en la vida de la mujer venezolana<sup>1</sup>

Eugenio Hernández-Bretón

El día 3 de marzo de este año, el profesor Dr. Román J. Duque Corredor me consultó, vía e-mail, acerca de mi disponibilidad para asistir el día 30 del mismo mes y año "al acto de presentación de un ejemplar del discurso que pronuncié en la Universidad Monteávila, el año pasado, con ocasión del acto organizado por el Centro de Estudios de Participación Ciudadana de esa Universidad y la Asociación Civil Mujer y Ciudadanía, para la premiación de destacadas personalidades femeninas, por su liderazgo social. En mi discurso, -dice el Dr. Duque Corredor- siguiendo lineamientos de la ONU y de mensajes papales, propuse el estudio del derecho a la igualdad de género como una rama especial del Derecho."

Ante tal requerimiento, tal vez el Dr. Duque Corredor llegó a pensar que yo -quizás- podía escabullir el bulto y enviarle como respuesta una gentil declinatoria, invocando alguna razón protocolar. Por ello me inclino a pensar que anticipando esa respuesta de mi parte, el Dr. Duque Corredor buscó refuerzos y fortaleció su requerimiento con argumentos de autoridad, en los términos siguientes, los cuales paso a transcribir literalmente: "El Prof. Luis Martínez, coordinador del mencionado Centro y la Arquitecta Aixa Armas, Presidenta de la referida Asociación, y la Fundación Alberto Adriani, que presido, promotores del evento, desearían que dijeras unas palabras de presentación de mi discurso, lo que yo particularmente te lo agradecería." Ahora sí que se me puso difícil el asunto -me dije en ese momento- de esta no me escapó; no solo por el respeto que debo a las autoridades que requerían mi presencia en este acto, sino porque lo solicitado venía sellado con la palabra de agradecimiento personal del Dr. Duque Corredor. Y lo que el no sabe, y que tampoco saben las autoridades que me invitaron a participar en este acto, es que quien está agradecido por esta oportunidad de hablarles hoy es quien tiene la fortuna de dirigirles la palabra.

Pero continué con esta breve introducción. Creo que el Dr. Duque no estaba todavía seguro de que yo aceptaría el encargo, así que muy sagazmente él recurrió a otro argumento adicional, propio de un abogado convincente. De tal manera cerró su solicitud diciéndome: "Con la esperanza de contar con tu invaluable presencia, recibe mi aprecio y amistad." Pues bien, me terminó de convencer con este argumento tan contundente. Ya para mí es suficiente premio contar con tal ofrecimiento, lo cual tomo como recompensa de honor que me hace el Dr. Duque Corredor, y, por su intermedio, también me honran la Fundación

---

<sup>1</sup> Palabras del doctor Eugenio Hernández-Bretón, en el acto de presentación del cuaderno "El Derecho de Igualdad de Género: una rama especial del Derecho", cuyo autor es el doctor Román J. Duque Corredor, celebrado en la Universidad Monteávila, el 30 de marzo de 2016.

Alberto Adriani, la arquitecta Aixa Armas, la Asociación Civil Mujer y Ciudadanía, el profesor Luis Martínez y el Centro de Estudios de Participación Ciudadana de esta Universidad Monteávila.

Sobra decir que el encargo fue aceptado de inmediato, y la aceptación inmediata del encargo me hizo solicitarle al Dr. Duque Corredor el texto a ser presentado. Concluidas las varias lecturas del mismo, me vi en la obligación de estudiar los planteamientos formulados por el autor, para de tal manera poder estar hoy con ustedes y honrar mi compromiso, aunque sea mínimamente, en el entendido de que no es solo un compromiso con las personalidades y las instituciones que me cursaron la invitación, sino con la mujer venezolana, de la cual no solo soy hijo, sino esposo y padre agradecido y orgulloso. Ahora bien, es respecto de esta última venezolana, de la cual soy padre, que me siento muy comprometido, pues ella -de doce años de edad- es la más cuestionadora y la que con mayor curiosidad leerá estas palabras esta noche -espero-, cuando me toque volver a casa, para leerlas junto con ella, después de la cena y antes de ella irse a dormir. Es por ello que me he tomado la libertad de orientar estas palabras para que Eukene -que es como ella se llama- si así lo quiere y si lo considera conveniente, comparta estas líneas con sus compañeritas y compañeritos de colegio.

También quiero ubicar el contenido que habré de desarrollar a continuación, pues el hecho de que la presentación de la obra en cuestión sea en un recinto universitario y que el autor sea tan distinguido jurista y la temática tengan relevancia en el campo del Derecho, me obligan, como universitario y como abogado, a hacer énfasis en esos aspectos de la vida venezolana, los cuales resumo en el título de estas palabras: *La Universidad y el Derecho en la vida de la mujer venezolana*.

Nada de lo que hoy ven las mujeres y las niñas venezolanas era siquiera imaginable hace cien años. Y si bien hace falta mucho por hacer, la presencia de la mujer venezolana en todos los ámbitos de la vida social, política, cultural, docente, deportiva y económica del país, demuestra que el reclamo por un trato igualitario y el reclamo por un mundo sin discriminaciones han proporcionado no solo las satisfacciones del caso, sino el aliciente para continuar en lucha permanente, hasta completar la tarea y mantenerse vigilantes para así preservar los sitios dignamente alcanzados.

Tenemos que volver en el pasado y encontrarnos con que hasta la reforma del Código de Procedimiento Civil en 1916, las mujeres tenían expresamente prohibido ejercer cargos judiciales.<sup>2</sup> Es decir, no podían ser jueces, ni secretarios

---

<sup>2</sup> La parte relevante del artículo 3 del Código de Procedimiento Civil de 1904 disponía así: "Ni, en fin, podrán desempeñar, ni aun eventualmente, puesto en los Tribunales civiles los que no estuvieran

de tribunales, ni ocupar algún otro cargo dentro del Poder Judicial. La norma en cuestión era evidentemente inconstitucional, pero cierta interpretación acomodaticia de la Constitución llevó a mantenerla vigente por décadas y a someter a la mujer con aspiraciones judiciales a un régimen de permanente inferioridad. Aunque suene hoy prejuiciado, entonces no se consideraba a la mujer lo suficientemente capaz para desempeñar la magistratura judicial. Parecido problema padecía la mujer venezolana a la hora de ejercer como abogada, pues aunque hubiera la posibilidad teórica de ingresar a la universidad, para el ejercicio de la profesión se topaba con restricciones para actuar, especialmente la mujer casada, quien quedaba sometida al poder de su marido. Por eso se decía entonces que "*Soltera o viuda, la mujer no posee todos los derechos civiles que le corresponden; casada, su personalidad disminuye aún más.*"<sup>3</sup>

Tal vez de ser otra la realidad venezolana de esos tiempos, la más importante novela escrita por un venezolano no se hubiera llamada *Doña Bárbara*, y Don Rómulo Gallegos habría tenido que rebautizar su magna obra como *La Doctora Bárbara*, para ponerla a litigar contra Santos Luzardo y Lorenzo Barquero. Y de la misma manera, Andrés Eloy Blanco no hubiera tenido a Doña Pancha como clienta, sino que él habría tenido que litigar contra la "*doctora Francisca Vázquez*", allá en San Fernando de Apure.<sup>4</sup>

Volviendo al tema, es un deber de justicia recordar que la eliminación de la prohibición antes mencionada contenida en el Código de Procedimiento Civil

---

en el libre ejercicio de sus derechos civiles y políticos; ni las mujeres, ni los militares en actual servicio, ni los ministros de cualquier culto, ni los que no sepan leer y escribir, ni los que padezcan de defecto físico permanente que les imposibilite para el ejercicio de las funciones del cargo." Ver al respecto Ramón F. Feo, *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo Primero, Editorial Biblioamericana, Argentina-Venezuela, 1953, p. 19, quien en cuanto a las referidas prohibiciones expresaba: "Obvias y demasiado conocidas son las razones que abonan cada una de esas incapacidades, para repetir las aquí." Por su parte, Arminio Borjas al referirse al nuevo artículo 2 del Código de Procedimiento Civil de 1916, señalaba: "En la enumeración de estos impedimentos, cuya sola indicación nos releva de exponer su razón de ser -tan obvia es ella-, el Código vigente se ha separado del de 1897 y del de 1904 en cuanto ... ha suprimido la injusta prohibición que pesaba sobre la mujer para ocupar puesto de Juez o de Secretario de Tribunal. Esta reforma plausible era exigida ... respecto a la capacidad de la mujer para desempeñar la magistratura judicial, porque continuar desconociéndosela, abiertas como le están a ella en el mundo civilizado todas las carreras científicas y el ejercicio de todos los derechos políticos, sería quedar rezagados, por prejuicios arcaicos e insostenibles, en la marcha progresiva del derecho", ver Arminio Borjas, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo I, 3a. Edición, Ediciones Sales, Caracas, s/f, p. 29.

<sup>3</sup> José Gil Fortoul, "Filosofía Constitucional", en José Gil Fortoul, *Obras Completas*, Volumen IV, Ministerio de Educación, Caracas, 1956, p. 131.

<sup>4</sup> Ver Rómulo Gallegos, "Como conocí a Doña Bárbara", en *Una posición en la vida*, Ediciones del Gobierno del estado Miranda, Los Teques, 1985, p. 525 y ss.; Andrés Eloy Blanco, "Doña Bárbara, de lo pintado a lo vivo", en *Obras Completas*, Tomo II, Volumen I, *Periodismo*, Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1973, p. 545 y ss.

se debió en buena medida a las gestiones y a la constancia de una figura no exenta de crítica, como lo es José Gil Fortoul,<sup>5</sup> autor de la frase apenas antes citada, quien desde 1890, en su obra "*Filosofía Constitucional*"<sup>6</sup>, y como político, apoyó la igualdad de género y la prohibición de discriminación por razón del género.<sup>7</sup>

Pero no se vaya a pensar que el trato discriminatorio para los temas de Derecho ha sido solo en Venezuela. Baste con mencionar que en Alemania solo fue en 1922 que se admitió la primera mujer al ejercicio del Derecho y la primera juez fue nombrada en 1924.<sup>8</sup>

La mujer venezolana llegó muy lentamente a la universidad, casi a paso de tortuga, como fueron considerados los pasos adelante en la evolución de la legislación venezolana en esta materia de igualdad de género durante los siglos XIX y la primera mitad del siglo XX. A finales de siglo XIX - en 1893- egresaron de la UCV las tres primeras mujeres, todas ellas con el título de agrimensoras, fueron ellas las hermanas Adriana Delfina, Delfina Matilde y Dolores Delfina Duarte. En 1904 egresó en Dentistería María de Jesús Lion y en 1925, María Fernández Bawden en Farmacia.<sup>9</sup>

La presencia de la mujer en la universidad venezolana fue algo tan insólito y de tal curiosidad que en septiembre de 1930, entre las equinas de Bolsa a San Francisco, frente a la antigua sede de la UCV, hoy Palacio de las Academias, al inicio del año académico, se agolpaba la gente cerca de la puerta de la universidad, preguntándose "¿Qué es lo que sucede aquí?" Y lo que sucedía es que ese día hacía su estreno en los predios universitarios la primera y única mujer que ingresaba a la Escuela de Medicina, escoltada por el propio Rector.<sup>10</sup> Y en ese mismo año, tal vez no con tanto alboroto ingresó a la Facultad de Ciencias Políticas la primera mujer que completó sus estudios de Derecho. Ambas mujeres, Lya Imber y Luisa Amelia Pérez Perozo, egresaron en 1936 como doctoras en Medicina y Ciencias Políticas, respectivamente.<sup>11</sup> ¡Quién se podría

<sup>5</sup> Andrés Eloy Blanco, "Retrato de Gil Fortoul", en Andrés Eloy Blanco, *Obras Completas*, Tomo III, *Discursos*, Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1973, p. 161 y ss.

<sup>6</sup> José Gil Fortoul, Op. Cit., p. 128 y ss.

<sup>7</sup> José Gil Fortoul, "Derechos de la Mujer", en José Gil Fortoul, *Obras Completas*, Volumen V, Ministerio de Educación, Caracas, 1956, p. 501 y ss., esp. 507 y ss.

<sup>8</sup> La información está citada en Uxua Ojer, *Zivilrechtliche Rechtsfolgen wegen Ungleichbehandlung von Mann und Frau bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses*, Tesis de Maestría en Derecho presentada a la Facultad de Derecho de la Ruprecht-Karls-Universität zu Heidelberg, 1990, p. 4.

<sup>9</sup> Ildefonso Leal, *Historia de la UCV 1721-1981*, Ediciones del Rectorado de la UCV, Caracas, 1981, p. 301.

<sup>10</sup> Op. Cit., p. 309.

<sup>11</sup> Op. Cit., p. 303. Sin embargo, la fecha de graduación de la doctora Pérez Perozo que allí aparece (1942) es incorrecta. También es incorrecta la fecha de graduación que aparece en la publicación *Egresados de la Universidad Central de Venezuela 1725-1995*, Tomo I, Ediciones de la Secretaría, Caracas, 1996, p. 466.

imaginar que 80 años más tarde, más de la mitad de las estudiantes de Derecho, y casi el 100% de las mejores estudiantes de esa carrera, son mujeres!

En los años 1940 egresaron de la UCV las primeras mujeres con el título de ingenieras civiles, economistas, geólogas, químicos analíticos, ingenieras industriales, periodistas, para luego continuar en las décadas posteriores con titulaciones en Ciencias Naturales, Filosofía, Biblioteconomía, Agronomía, Letras, Arquitectura - aquí vale la pena mencionar que la primera decana de la Facultad de Ciencias de la Comunicación de esta Universidad Monteávila, la profesora Alicia Álamo Bartolomé, fue una de las dos primeras arquitectas egresadas de la UCV en 1951-. Y así luego en todas las demás carreras.<sup>12</sup>

Por supuesto que en esos primeros tiempos no había muchas parejas casadas de abogados o de médicos, muy al contrario de lo que es hoy en día. La razón era evidente con tan pocas damas entre los estudiantes universitarios. Por eso, cuando al final de su carrera universitaria la doctora Imber -a quien me he referido antes- decidió casarse con uno de sus compañeros de curso, uno de los integrantes de la promoción, dijo lo siguiente en un breve discurso que podríamos llamar de compañerismo universitario: *"Como todos no pudimos casarnos con Lya, comisionamos a Rubén Coronil para que lo hiciera por nosotros"*.<sup>13</sup>

La tesis que presentó Luisa Amelia Pérez Perozo para optar al título de doctora en Ciencias Políticas fue reflejo de su inquietud femenina. Su tesis, con el título de *La incapacidad jurídica de la mujer casada*, fue elaborada: *"Con talento, con tenacidad, con esa natural rebeldía con que las mujeres emprenden el camino que enmienda a las demás"*, así lo refirió uno de su compañeros de curso, el doctor Héctor Cuenca.<sup>14</sup>

Decía la entonces bachiller Pérez Perozo que con su tesis de doctor *"...quiero contribuir por medio de los argumentos jurídicos, humanitarios y de igualdad social que invoco, a la lucha que hoy se sostiene en el ambiente legislativo de nuestro país por la modificación de nuestras leyes, con el fin de hacerlas más liberales, en el sentido de la igualdad jurídica del hombre y la mujer, ya que esa igualdad es de la esencia misma de la democracia, porque ella corresponde a la exigencia social de sus principios, y ampliará en nuestra patria los horizontes de un progreso integral, porque incorporando a la mujer venezolana al pleno goce de sus derechos civiles y políticos, de acuerdo con las cifras que arrojan los censos, se capacitarán a más de la mitad de la población adulta, para vivir plenamente la vida ciudadana, puesto que al entrar a participar*

<sup>12</sup> Ildefonso Leal, Op. Cit., p. 303 y ss.

<sup>13</sup> Humberto García Arocha, en Ildefonso Leal, Op. Cit., p. 309.

<sup>14</sup> Héctor Cuenca, "Prólogo", en Promoción de Abogados 1936, *Tesis Doctorales presentadas ante la Ilustre Universidad Central de Venezuela*, Imprenta Nacional, Caracas, 1956, p. XIII y ss., esp. p. XLIV.

*la mujer en las actividades reservadas hasta hoy exclusivamente a los hombres forzosamente tendrá que superarse para poder competir gallardamente en esta lid.*"<sup>15</sup>

Y ese es el gran mensaje, pues el gran ejemplo de lucha y de superación siempre lo han dado las mujeres de este país, ellas son las que hacen que el padre sea el ejemplo de sus hijos, muchas veces, por su propia naturaleza, dejando detrás, -como si fuera para más tarde y no tan importante- sus propias virtudes humanas y ciudadanas.

Superar algunas de las más absurdas discriminaciones requirió de mucho esfuerzo y del trabajo de mujeres y de hombres aliados en la tarea de hacer efectivo un principio de dignidad de la condición humana, y que nos prohíbe - como mandato natural- permitir cualquier tipo de discriminación por razón de género. Esta es una de las tesis fundamentales del Dr. Duque Corredor en sus palabras que hoy se presentan. El planteamiento del Dr. Duque Corredor comienza por destacar que se trata de sistematizar y teorizar los aspectos de la igualdad de género que inciden en la condición jurídica de la mujer. Es decir, se trata de la elaboración de lo que podríamos llamar el "*Estatuto jurídico de la mujer venezolana*", es decir de la construcción dogmática del fundamento y extensión de un verdadero derecho indiscutible de igualdad de género y no de un mero postulado normativo. Ese llamado "*Estatuto jurídico de la mujer venezolana*" sería el sustrato de esta rama jurídica especial autónoma que propone el Dr. Duque Corredor. Dicho "*Estatuto*" comprendería desde el estudio del derecho humano fundamental de la igualdad de trato para la mujer, como manifestación concreta del principio general de igualdad, que transversalmente se incorpora en todas las áreas de la vida social, cultural, económica, política, y muy especialmente en el área laboral, dotando de condiciones bastantes para el pleno y mejor desenvolvimiento de la personalidad de la mujer venezolana. Asimismo, la propuesta del Dr. Duque Corredor se extiende a la fundamentación ética del derecho de igualdad de género, encontrándolo en la dignidad humana y en el correspondiente deber del Estado de asegurar tal posibilidad de desarrollo humano. En suma, se impone asegurar positivamente el derecho fundamental de igualdad de género más allá de su consagración en los textos normativos, como valor o principio, respetando las diferencias de naturaleza femenina y masculina.<sup>16</sup>

Como lo expresa la arquitecta Armas en el prólogo del discurso del Dr. Duque Corredor, el trabajo conjunto de mujeres y hombres es indispensable para

---

<sup>15</sup> Luisa Amelia Pérez Perozo, "La incapacidad jurídica de la mujer casada", en Promoción de Abogados 1936, Op. Cit., p. 893 y ss., esp. p. 899 y s.

<sup>16</sup> Román J. Duque Corredor, *El Derecho de Igualdad de Género: una rama especial del Derecho*, Fundación Alberto Adriani, Producciones Karol, Mérida, 2016, esp. p. 7 y ss.

el respeto de los derechos humanos de todos: mujeres y hombres, para que ese respeto se yerga en *"piedra angular en el concepto de una sociedad donde la visión femenina y la visión masculina se integren en función del Desarrollo Sustentable, el Bienestar Social, el Bien Común"*.<sup>17</sup>

Queda por hacer, y hay que hacer. Por ello, en cuanto al destino de las futuras y necesarias propuestas de reforma de la legislación, vale la pena acoger las palabras de Gil Fortoul: No nos ha de preocupar su suerte. *"Ellas triunfarán al fin, hoy o mañana, porque son justas y buenas: llevan su virtud en sí mismas...Las ideas buenas -faro, estrella, antorcha, bandera- no se apagan ni se mueren en eclipses, en noches, en aplazamientos. Para ellas llega siempre la sonrisa del alba y el resplandor del sol."*<sup>18</sup>

Voy a concluir estas palabras de presentación a un texto del Dr. Duque Corredor que es un testimonio de admiración por una lucha cívica de la mujer venezolana mencionando que hace dos semanas, en un acto celebrado en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, me correspondió dar las palabras de instalación del acto de conmemoración de los 70 años de los Derechos Políticos de la Mujer Venezolana, recordando que el 15 de marzo de 1946, se firmó el Decreto No. 216 mediante el cual se dictó el Estatuto Electoral para la elección de representantes a la Asamblea Nacional Constituyente.<sup>19</sup> Se trató del primer instrumento legal que, a nivel nacional, reconoció los derechos políticos activos y pasivos de las mujeres venezolanas, derechos que incluso habían sido prohibidos expresamente por alguna Constitución anterior. El pleno respeto de los derechos civiles de la mujer, en particular del Derecho de Igualdad de Género y de la eliminación de la discriminación por razón de género, en los términos que ha esbozado el Dr. Duque Corredor, son la base para alcanzar la plena participación política de la mujer venezolana, a quien -quizás- ya le llegó el momento de ejercer la Presidencia de la República.

Mientras tanto, hay también otra tarea pendiente para el hombre venezolano. Esa tarea es la de descubrir a la mujer venezolana. Y aquí tomo las palabras del poeta venezolano más citado, cuando dijo: *"El venezolano no piensa en que ella -la mujer venezolana- es lo que es él. No la ha descubierto. No se ha dado cuenta de la inmensa capacidad de acción y colaboración que ella tiene."*<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Aixa Armas, "Presentación", en Román J. Duque Corredor, Op. Cit., p. 3.

<sup>18</sup> José Gil Fortoul, "Discurso sobre la Reforma del Código Civil", en José Gil Fortoul, *Obras Completas*, Volumen V, Op. Cit., p. 464 y s.

<sup>19</sup> Eugenio Hernández-Bretón, *70° Aniversario de los Derechos Políticos de la Mujer Venezolana*, en [www.acienpol.com](http://www.acienpol.com) (consultado el 30 de marzo de 2016).

<sup>20</sup> Andrés Eloy Blanco, "Hombre y mujer de Venezuela", en Andrés Eloy Blanco, *Obras Completas*, Tomo II, Volumen V, *Periodismo*, Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1973, p. 405 y ss., p. 407 y s.

La tarea es conjunta; las propuestas del Dr. Duque Corredor, en acción conjunta con la Asociación Civil Mujer y Ciudadanía, la Fundación Alberto Adriani, y con el apoyo del Centro de Participación Ciudadana de la Universidad Monteávila, son prueba de que juntos somos más y que el respeto mutuo nos hará prosperar más prontamente como sociedad más igualitaria para todos.

Muchas gracias a los promotores del acto de hoy por darme la oportunidad de sensibilizarme ante un tema tan próximo y tan actual. Como venezolano estoy también ganando al equipo, estoy a la orden.

Felicito que este texto del Dr. Duque Corredor se de a la publicidad por parte de los promotores de este acto y que se difunda entre los estudiantes universitarios, que se lea y que se discuta entre todos los venezolanos y venezolanas, y más allá de las fronteras nacionales, porque de su conocimiento nos habremos de beneficiar todos

## Servir al ciudadano, derecho a la participación y deber de rendición de cuentas

María Alejandra Correa Martín

### Sumario

- I. La ubicación de la contraloría general de la república en una nueva rama del poder público: el poder ciudadano
- A. De la desvinculación de la Contraloría General de la República del Poder Legislativo ¿un cambio en el sistema de control?
- B. El Poder Ciudadano, una razón de independencia
- II. Poder ciudadano y derecho a la participación en los asuntos públicos
- A. El derecho fundamental a la participación ciudadana en la designación del Contralor General de la República
- B. Del Derecho a la participación ciudadana en la función de control desarrollada por la Contraloría General de la República
- III. Reflexiones sobre la situación del control fiscal

El Ordenamiento jurídico venezolano define al Estado como una República, lo cual implica que se fundamenta en las ideas de soberanía popular, gobernantes elegidos por el pueblo, donde las autoridades públicas son ciudadanos iguales al resto de los integrantes de la sociedad, quienes actúan como sus representantes, están al servicio de los ciudadanos y que tienen la obligación de rendirles cuenta por su gestión.

La República está basada en la legitimidad democrática<sup>2</sup>, en la idea que los ciudadanos son hombres libres, con derechos, capaces de decidir su destino político, eligen sus gobernantes y les encomiendan la conducción del Estado conforme a un ordenamiento jurídico. En ese esquema la autoridad se encuentra sometida a la Ley, y ejerce sus atribuciones “*con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”, como lo dispone el artículo 141 de la Constitución de 1999, norma que establece además los principios de honestidad, participación, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública.

Este último, el principio de la responsabilidad en el ejercicio de la función pública, es corolario del principio de la legalidad, rector del Estado de Derecho, donde los ciudadanos están sometidos al ordenamiento jurídico, y no a la voluntad de sus gobernantes, es el llamado imperio de la Ley, porque es esta

<sup>1</sup> La Constitución de 1999 consagra expresamente el derecho ciudadano a que sus representantes les rindan cuentas, artículo 66 y 141.

<sup>2</sup> Artículos 2, 3 y 6 de la Constitución de 1999.

última la que define y limita las atribuciones de los órganos del Poder Público, conforme al Principio de Legalidad, la autoridad no es un derecho, sino un servicio que se cumple obligatoriamente en beneficio del interés general.

En ese sentido, afirma Jorge Reinaldo Vanossi, “*el sistema republicano de gobierno encuentra fundamento básico en la responsabilidad de los funcionarios públicos, circunstancia que acredita la honestidad de ellos en el desempeño de sus funciones. La sociedad tiene la seguridad de que el patrimonio común del fisco, que los funcionarios y empleados públicos administran, no puede servir de bocado para la satisfacción inescrupulosa de aquéllos. Ésta debe ser una preocupación permanente del sistema democrático y del régimen institucional: todo lo que se haga para impedir la distracción legal del patrimonio público encuentra fundamento suficiente en la alta inspiración que lo determina*”<sup>3</sup>.

Como el Estado está para servir al ciudadano, los recursos económicos a su disposición están destinados al cumplimiento de los fines del Estado, a la satisfacción de las necesidades colectivas; desde esa perspectiva el control y vigilancia de la gestión del presupuesto y patrimonio público es un elemento fundamental del sistema democrático: La desviación de recursos conlleva la desviación democrática, por desatención del interés general.

El funcionario público no está en libertad de ejercer sus atribuciones, tiene el deber de hacerlo, la competencia, más que una atribución es una obligación, que debe cumplir con apego a la legalidad.

La conformidad a Derecho de los actos del Poder Público debe satisfacer el examen de competencia, que no se limita a constatar la existencia de una disposición normativa que atribuya la competencia de que se trate, sino que va más allá, porque comprende también la verificación de la adecuación de la decisión con los supuestos de hecho previstos en la norma, la realidad y la demanda social.

En la materia de control fiscal, la legalidad en la gestión de los recursos públicos comprende la verificación de la previsión presupuestaria, la racionalidad del compromiso, inversión o gasto público, la verificación de que el mismo esté dirigido a la satisfacción efectiva de un interés general y que la autoridad competente eligió la mejor opción, en base a criterios técnicamente sustentables.

Las irregularidades en la gestión de los fondos públicos, más allá de los ilícitos que pudieran configurar, son una afrenta al sistema democrático, el cual no admite que se haga prevalecer un interés personal – de un funcionario o de

---

<sup>3</sup> Jorge Reinaldo Vanossi, Problemática constitucional de la corrupción, en *Simposio Internacional sobre Derecho del Estado Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahíta*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1993, Tomo I. p. 131.

alguna individualidad dentro de la sociedad – postergando el interés general, al cual se debe el titular de la autoridad pública.

Desde esa perspectiva la labor de la Contraloría General de la República tiene gran importancia, su autonomía y transparencia, son garantía de confianza en el sistema político y de gobierno, fundamental en los sistemas democráticos.

Esta idea está presente en las modificaciones que, en torno a la institución contralora, contempló la Constitución de 1999<sup>4</sup>, en particular, su ubicación en el Poder Ciudadano, creado en la nueva división constitucional del Poder Público Nacional.

Con la creación del Poder Ciudadano, la Asamblea Nacional Constituyente tuvo la intención de consagrar una herramienta para facilitar la recuperación de esa confianza. A diez años de vigencia de la Constitución de 1999, la demanda social de independencia de la institución contralora y ataque a la corrupción sigue vigente.

Es muy cuestionable que la Constitución de 1999 no haya logrado satisfacer la demanda social de control institucionales, lo cual sin duda debe dar lugar a la reflexión sobre la aplicabilidad práctica de sus disposiciones y la necesaria independencia institucional para la efectividad de la función contralora.

Al lado de esas necesarias reflexiones que atañen a la organización del Poder Público y su funcionamiento, desde la perspectiva del ciudadano, cabe igualmente analizar el alcance de la participación ciudadana en la función contralora y el rol que nos impone a los ciudadanos la realidad política actual.

*I. La ubicación de la contraloría general de la república en una nueva rama del poder público: el poder ciudadano*

El principio de separación de poderes constituye una de las premisas del constitucionalismo venezolano, recogido en todas nuestras constituciones desde 1811<sup>5</sup>, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no es una excepción, aún cuando en ella se innova, al abandonar la división tripartita

---

<sup>4</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela publicada en la Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinaria de 24 de marzo de 2000, por “reimpresión” de la primera publicación en la Gaceta Oficial N° 36.860 del 30-12-1999, luego del referendo constituyente del 15 de diciembre de 1999.

<sup>5</sup> Véase Allan Brewer-Carías, *Evolución Histórica del Estado*, Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana y Universidad Católica del Táchira, 1996, p. 93 y Gerardo Fernández Villegas, Principios constitucionales rectores del Estado Venezolano, en *II Jornadas Colombo – Venezolanas de Derecho Público*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 295.

clásica, consagrando dos nuevas ramas del Poder Público: El Ciudadano y el Electoral<sup>6</sup>.

A. De la desvinculación de la Contraloría General de la República del Poder Legislativo ¿un cambio en el sistema de control?

La Contraloría General de la República era considerada, en atención a la naturaleza de sus funciones, como un órgano de la Administración Pública con autonomía funcional, sin que esa calificación la vinculara al Poder Ejecutivo, toda vez que orgánicamente la Contraloría no estaba integrada a esa rama del Poder Público, sino al Poder Legislativo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 236 de la Constitución de 1961, en el cual se le definía como órgano auxiliar del Congreso, en su función de control sobre la Hacienda Pública<sup>7</sup>.

Esa vinculación sugería que el control fiscal en Venezuela era un control parlamentario, más cuando el último aparte del artículo 139 de la Constitución de 1961 atribuía al Congreso la función de control de la Administración Pública Nacional. En 1947, el diputado Provenzali Heredia en un informe rendido ante la Asamblea Constituyente de ese año, al sostener la necesidad de crear un órgano auxiliar al Legislativo, calificó al sistema de control de la hacienda pública de control legislativo, expresando lo siguiente:

*“Sin un auxiliar el control legislativo carecería de una base eficaz. El control legislativo exige un examen previo detallado de las cuentas individuales y una verificación de las piezas justificativas de cada gasto. De ahí, el sistema de facilitar el control legislativo con la ayuda de un organismo auxiliar, cuya misión especial sería, preparar, por la verificación de las contabilidades individuales, los elementos de control supremo del Parlamento, sobre la ejecución del presupuesto”*<sup>8</sup>.

Fue en la Constitución de 1947 en la que se le atribuyó por primera vez rango constitucional a la Contraloría General de la República, en ella se le definió como auxiliar del Congreso; con anterioridad, en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional de 1938, donde se había creado la institución con la misma denominación, se le calificaba de órgano administrativo autónomo.

<sup>6</sup> Artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

<sup>7</sup> Artículo 236 de la Constitución de 1961.

<sup>8</sup> Véase cita de ese informe en Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, Caracas, UCV, 1983, p.525

El autor Eloy Lares Martínez advierte sobre la amplitud de las competencias de la Contraloría General de la República, las cuales, bajo la Constitución de 1961 - al igual que en la Constitución de 1999 - comprendían el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos, observación que formula con el objeto de hacer ver que las atribuciones de ese órgano no se limitaban a la preparación de cuentas para la verificación, por parte del Parlamento, de la ejecución del presupuesto público, con lo cual de alguna manera identifica una función administrativa de control, sin embargo, afirma que toda la labor de la Contraloría constituye una forma de cooperación con el Congreso en su función de control sobre la Hacienda Pública<sup>9</sup>.

Por su parte Manuel Rachadell, manifiesta diferir de quienes consideran que el sistema de control fiscal en Venezuela era, bajo la Constitución de 1961, un control parlamentario, en su criterio, se trata de una “modalidad autónoma de control externo”. Para este autor, las atribuciones de la Contraloría General de la República no se corresponden con el modelo de control parlamentario, caracterizado por ser periódico y posterior al gasto público, sostiene que como órgano con autonomía funcional, la Contraloría General de la República, no está supeditada a las instrucciones del Poder Legislativo, y agrega que sus tareas difieren también de las propias del control parlamentario, por su carácter permanente y sistemático.<sup>10</sup>

La autonomía funcional, conferida a la Contraloría General de la República, da lugar a considerar que no se está en presencia de un sistema de control fiscal parlamentario, esa autonomía, como se indicó precedentemente, le ha sido reconocida a la institución encargada del control fiscal en Venezuela, desde su creación en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional del 15 de junio de 1938; con anterioridad esa función de control fiscal, no había estado vinculada al Poder Legislativo, estuvo a cargo primero de un Tribunal de Cuentas (1830) suprimido en 1918, fecha de creación de la Contaduría General de Hacienda, dependiente del Ministerio de Hacienda y de un tribunal denominado Tribunal Superior de Hacienda<sup>11</sup>.

Los textos constitucionales de 1947 y 1961, a pesar de haberle atribuido la función de control de la Hacienda Pública al Poder Legislativo, dispusieron que esa función sería ejercida a través de la Contraloría General de la República, órgano calificado constitucionalmente como auxiliar del Congreso, pero con autonomía funcional, lo cual marcaba su independencia del Poder Legislativo, así

<sup>9</sup> Eloy Lares Martínez, ob. cit, p. 526.

<sup>10</sup> Véase Manuel Rachadell, *Lecciones sobre Presupuesto Público*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1985, p.271 y 272

<sup>11</sup> Idem

como de las demás ramas del Poder Público. De manera que, a pesar de estar constitucionalmente integrado al Poder Legislativo, no dependía de éste, ello fue lo que le valió la denominación de órgano administrativo con autonomía funcional.

En el régimen constitucional vigente a partir de 1999, se desvincula a la institución contralora del Poder Legislativo, la Contraloría General de la República es ahora un órgano del Poder Ciudadano.

Se constitucionaliza así la tesis de la existencia de un cuarto poder, distinto del Ejecutivo, Legislativo y Judicial, no susceptibles de ser vinculadas a alguna de esas ramas en que la teoría constitucional clásica dividía el Poder Público. En Venezuela los órganos con autonomía funcional eran la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la República, el Consejo Supremo Electoral y el Consejo de la Judicatura. Los dos primeros conforman hoy, conjuntamente con la Defensoría del Pueblo, el Poder Ciudadano; el órgano electoral integra el nuevo Poder Electoral y el órgano de administración de los Tribunales, fue sustituido por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, ubicado orgánicamente en el Poder Judicial.

La inclusión de la Contraloría General de la República en el Poder Público quizás haga vana la discusión sobre si el control fiscal que ejerce ese órgano se corresponde con la modalidad de control parlamentario, pero ha generado otra interrogante, relativa ahora a su calificación de órgano de la Administración Pública con autonomía funcional.

#### B. El Poder Ciudadano, una razón de independencia

Se ha asomado la idea que la calificación de órgano de la Administración Pública con autonomía funcional debe desecharse; sin embargo, es menester recordar que la calificación de órgano administrativo que le ha sido atribuida a la institución está fundamentada en un criterio material o sustancial, que atiende a la naturaleza de las funciones y atribuciones que tiene conferidas y no responde a un criterio orgánico, ya que como se apuntó antes, la Contraloría General de la República en las Constituciones de 1947 y 1961 no estaba vinculada al Poder Ejecutivo, sino al Poder Legislativo.

Solamente en una época (1918) el órgano de control fiscal estuvo adscrito al Ministerio de Hacienda, pero desde su creación la Contraloría General de la República ha permanecido separada del Poder Ejecutivo, por lo que ha sido irrelevante el criterio orgánico en su calificación como órgano administrativo.

Siendo así, y visto que las funciones de la Contraloría General de la República permanecieron prácticamente inalteradas en la Constitución de 1999,

respecto del régimen que estuvo vigente bajo la Constitución de 1961, nos inclinamos por sostener que la creación del Poder Ciudadano y la inclusión de la Contraloría General de la República en esa nueva rama del Poder Público, no introduce una modificación que imponga desechar su identificación con la función administrativa, con la importante consecuencia de considerar que su actividad se encuentra sometida a las reglas y principios del Derecho Administrativo<sup>12</sup>.

La razón por la cual se le atribuía autonomía a esos órganos y se buscaba desvincularlos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial era su necesaria independencia, requerida para el cumplimiento de sus fines, más que al hecho que desarrollaren una función totalmente distinta a la función administrativa.

La situación no es igual respecto de todos los órganos antes mencionados, a los que se les daba la misma calificación de Administración Pública con autonomía funcional; difiere de manera particular el caso de la Fiscalía General de la República, más aún cuando la reforma del Código de Enjuiciamiento Criminal, hoy Código Orgánico Procesal Penal, presenta a un Ministerio Público más cercano a la función jurisdiccional que a la función administrativa del Estado.

Por el contrario, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y el Consejo Nacional Electoral, tienen funciones en esencia administrativas, específicamente de organización y disposición de recursos para el cumplimiento de sendas actividades especiales del Estado, la jurisdiccional y la electoral, respectivamente, pero en cuya ejecución es una condición *sine qua non*, la independencia de los demás Poderes Públicos.

Respecto de la función de control fiscal, aún cuando se le atribuyen algunas particularidades, las mismas no son más que una consecuencia de la especialidad de la materia, sin que por ello deje de ser una función administrativa: el control de los ingresos y gastos del Estado, es un aspecto de la administración de los bienes patrimoniales; la verificación de la recaudación de ingresos y el control de la fiel ejecución presupuestaria, forman parte de la actividad

---

<sup>12</sup> Véase en ese sentido, José Ignacio Hernández, La Contraloría General de la República y los principios del régimen de control fiscal en Venezuela, en *Leyes Orgánicas del Poder Ciudadano*, Colección Textos Legislativos N° 30, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2005, p.197, así como lo que señalamos en el trabajo, El Sistema de Control Fiscal en la Nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal publicado en esa misma obra, pp. 245-256. Como nota adicional es pertinente señalar que la jurisdicción competente para conocer de los recursos de nulidad de los actos dictados por la Contraloría General de la República es la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, y de los demás órganos de control fiscal, las Cortes de lo Contencioso administrativo (artículo 108 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal), claro que la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa sería una consecuencia de la calificación de esas decisiones de actos administrativos y no un índice para atribuir tal calificación.

administrativa de planificación, no son más que la constatación del cumplimiento del plan que constituye el presupuesto público.

La Contraloría General de la República es competente para “*evaluar el cumplimiento y los resultados de las políticas y de las acciones administrativas, la eficacia, eficiencia, economía, calidad e impacto de su (la) gestión*” de los entes y organismos sujetos a su control<sup>13</sup>.

Esa competencia es otra muestra del hecho que desde el punto de vista sustancial, sus funciones son en esencia de naturaleza administrativa: el control de la ejecución de los presupuestos de ingresos y gastos, constituye la actividad del Estado mediante la cual se vigila el destino de los recursos públicos y se persigue garantizar la adecuada utilización de los mismos, en beneficio de la colectividad, es en esencia una función de rango sublegal.

El control de la ejecución del presupuesto y de administración de la hacienda pública son funciones administrativas y lo seguirán siendo cualquiera sea la rama del Poder Público donde se ubiquen los órganos que ejerzan ese control.

La función de control fiscal, tal como está concebida en el ordenamiento jurídico venezolano, es a nuestro entender una función administrativa<sup>14</sup>.

La afirmación anterior no se contradice con la conclusión que impone la aplicación del criterio orgánico, conforme al cual la Contraloría General de la República no es un órgano de la Administración Pública, es una institución de rango constitucional integrada al Poder Ciudadano, rama del Poder Público distinta al Poder Ejecutivo, por lo que no integra los órganos del Poder Ejecutivo, lo que ocurre es que bajo la Constitución de 1999 dada la creación de dos nuevas ramas del Poder Público, la definición orgánica de la Administración Pública Nacional debe reformularse incluyendo a todos los órganos y estructuras del Estado que tienen atribuida como función principal o preponderante una actividad administrativa, sin limitarla a los órganos del Poder Ejecutivo.

La lectura de la exposición de motivos de la Constitución, así como el Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente muestran que con la creación de las dos nuevas ramas del Poder Público no se pretendió modificar la esencia de las funciones asignadas a la Contraloría General de la República, ni de la Fiscalía General de la República, cuya existencia precede a la creación del

---

<sup>13</sup> Véase artículos 289, numeral 5 de la Constitución de 1999 y 46 de la Ley orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal publicada en la Gaceta Oficial N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

<sup>14</sup> Esta conclusión se basa en la modalidad del sistema de control fiscal venezolano, sin que ello implique que siempre pueda considerarse administrativa, nuestro sistema es distinto al modelo parlamentario, y al de los Tribunales de Cuenta, vigentes en el derecho comparado.

Poder Ciudadano, solamente estuvo inspirada en la idea de “*dar signos claros del respeto a la independencia y autonomía funcional de la que deben gozar esos órganos encargados de desarrollar las funciones respectivas, para facilitar la recuperación de la legitimidad perdida en terrenos tan delicados, como el de los procesos electorales, así como el de la función contralora y la defensa de los derechos humanos*”.<sup>15</sup>

La integración de la Contraloría General de la República a esta nueva rama del Poder Público perseguía reforzar la imagen de independencia, pero realmente la autonomía funcional –sin duda una condición necesaria de eficiencia de todo órgano de control – no fue una innovación del texto constitucional, ya le había sido conferida desde su creación en 1938 y se mantenía en el artículo 236 de la Constitución de 1961.

La idea de un Poder Ciudadano encargado del control de la ética pública, tanto en lo que se refiere a la gestión presupuestaria, como a la defensa de los derechos humanos<sup>16</sup>, no planteó una reforma profunda de la institución, cuyas funciones se mantienen sin mayores variaciones, el efecto buscado era generar confianza en que sería más independiente, a ese objetivo se unía la intención de reivindicar las ideas del Libertador relativas a un Poder Moral<sup>17</sup>.

Así, ante la demanda de profundización de la democracia, el respeto de los derechos fundamentales y el control de los recursos del Estado, eran dos aspectos que debían surgir fortalecidos en la nueva Constitución, porque son condiciones necesarias y garantías de la democracia: no puede haber confianza en el opresor, ni en el corrupto.

El juicio sobre si bajo la vigencia de la Constitución de 1999 se ha consolidado la independencia de la Contraloría General de la República, va más allá del análisis jurídico al cual se circunscribe este estudio, por lo que cada quien deberá sacar su conclusión, aun cuando quizás sirva para esa reflexión dar un vistazo a cómo se ha desarrollado el proceso de designación del Contralor General de la República, titular del principal órgano del sistema de control fiscal, para lo cual el texto constitucional consagró la participación ciudadana como una garantía de la independencia de esa institución.

---

<sup>15</sup> Exposición de Motivos Constitución de la República Bolivariana de Venezuela publicada en la Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario de fecha 24 de marzo de 2000, Título IV, p.6.

<sup>16</sup> Pertenecen también al Poder Ciudadano la Fiscalía General de la República y la Defensoría del Pueblo, artículo 273 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

<sup>17</sup> Véase Exposición de motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Título V, Capítulo IV, pp. 10-11. y Roxana Orihuela Gonzatti, El Nuevo Poder Ciudadano, en *Leyes Orgánicas del Poder Ciudadano*, Colección Textos Legislativos N° 30, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2005, p. 33-98.

## II. Poder ciudadano y derecho a la participación en los asuntos públicos

La creación del Poder Ciudadano está marcada, paradójicamente si analizamos su desempeño, por una idea de reivindicación ciudadana, en la letra se persiguió crear la idea de participación de la sociedad en el ejercicio del Poder Público.

Al menos así se lee en el Diario de Debate de la Asamblea Nacional Constituyente, en la intervención del Constituyente Miguel Madriz Bustamante, cuando expresa:

*“Es que no lo llamaremos moral ni contralor, planteamos que se llame Poder Ciudadano, ¡y es que se trata de eso! De rescatar la ciudadanía (...) no descansar hasta hacer de cada habitante de este nuestro país, un ciudadano republicano de la nación venezolana...”*<sup>18</sup>

Califico de paradójica la idea patrocinada con la creación del Poder Ciudadano, porque populismo y participación ciudadana no van de la mano, como lo ha expresado Manuel Feo La Cruz, *“La cultura política que predomina en relaciones Estado Sociedad, signadas por el contexto de un sistema populista, es difícil de ser sustituida por los valores esenciales requeridos para constituir una sociedad verdaderamente participativa”*<sup>19</sup>. La participación presupone la existencia de ciudadanos responsables de sus deberes y derechos políticos, mientras que el populismo promueve la irresponsabilidad de los individuos como miembros de una sociedad y los reduce a un condicionante en el aparato electoral de acceso al ejercicio del poder político.

En cualquier caso, para que la participación política se dé efectivamente es necesario que exista una preocupación social y una demanda de participación; en la sociedad venezolana ciertamente se ha despertado un gran interés por los asuntos públicos, la realidad política ha hecho que los ciudadanos entren en contacto con la Constitución, que busquen conocer cuáles son sus derechos, que exijan, denuncien, formulen peticiones a las autoridades públicas y esperen respuestas.

---

<sup>18</sup> Véase cita de la transcripción del debate en la sesión del 18 de octubre de 1999, en Roxana Orihuela Gonzatti, El Nuevo Poder Ciudadano, en *Leyes Orgánicas del Poder Ciudadano*, Colección Textos Legislativos N° 30, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2005, p. 39-40.

<sup>19</sup> Manuel Feo La Cruz, La participación de la sociedad civil en el proceso de gestión pública. Retos y desafíos. *El Derecho Público a finales del siglo XXI*, Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías, Tomo I, p. 416.

Eso sin duda es positivo y ofrece un contexto viable para la reeducación ciudadana y fomento de su participación constante en la gestión de los asuntos públicos.

A. El derecho fundamental a la participación ciudadana en la designación del Contralor General de la República

El derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos, aún cuando inherente a la concepción de soberanía popular, pilar esencial de la teoría constitucional que surgió luego de la Revolución Americana y Francesa a finales del siglo XVIII, y que desde principios en el siglo XIX ha ido evolucionando en la conquista de las nuevas tendencias constitucionales.

Conjuntamente con la idea de representación popular, que permite la participación ciudadana a través de sus mandatarios y parlamentarios, se consagra el derecho a participar *directamente* en la formación, ejecución y control de la gestión pública.

Su consagración en el artículo 62 de la Constitución de 1999, es una innovación, aún cuando su vigencia en nuestro ordenamiento jurídico era ya reconocida, en virtud de la cláusula abierta de incorporación de derechos fundamentales<sup>20</sup> y su previsión expresa en instrumentos normativos internacionales<sup>21</sup>.

Los ciudadanos son actores políticos y tienen derecho a participar directamente y no solamente a través de sus representantes, en los asuntos públicos.

La Constitución de 1999 va más allá de la consagración general de ese derecho, al establecer la obligación del Estado de facilitar la generación de condiciones más favorables para ejercer ese derecho y en algunos casos establecer mecanismos para permitir esa participación.

En relación al tema que nos ocupa, el artículo 279 de la Constitución de 1999 reguló un mecanismo de designación de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano, dirigido a permitir la participación de la sociedad en esa decisión. Específicamente en la conformación del Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, y en el proceso público para la elección de las ternas a ser sometidas a la consideración de la Asamblea Nacional, a fin de

---

<sup>20</sup> Artículo 50 de la Constitución de 1961.

<sup>21</sup> Artículo 23, literal a) de la Ley aprobatoria de la Convención Americana sobre Derecho Humanos "Pacto de San José de Costa Rica, publicada en la Gaceta Oficial N° 31.256 del 14 de junio de 1977.

que ésta designara a cada titular a partir de esa terna, e incluso se contempla una consulta popular, en caso de falta de acuerdo en la Asamblea Nacional.

Sin embargo, ese mismo artículo constitucional, en su primer aparte, prevé la posibilidad que no se convoque al Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, en cuyo caso sería la Asamblea Nacional quien decida esas designaciones. Esa disposición constitucional no establece en qué supuestos podría justificarse la no convocatoria al referido Comité, con lo cual ya el texto constitucional abre el camino para que ese derecho a la participación ciudadana fuera lesionado, como en efecto lo ha sido, desde la entrada en vigencia de ese nuevo texto constitucional.

La primera designación en el año 2000, no se efectuó de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, sino en otra normativa dictada por la Asamblea Nacional, contenida en una ley ad hoc, la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionares del Poder Ciudadano y Magistrados y magistrados del Tribunal Supremo de Justicia para el primer período constitucional<sup>22</sup>.

Esa ley especial establece los mecanismos mediante los cuales la Asamblea Nacional procedería a designar o a ratificar a los integrantes del Poder Ciudadano, así como los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, modificando las previsiones constitucionales al respecto. Entre las diferencias que presenta esa Ley especial respecto de lo dispuesto en la Constitución de 1999, destaca la convocatoria y composición del Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano que, según la Constitución debía ser convocado por el Consejo Moral Republicano<sup>23</sup> y estaría integrado por miembros de diversos sectores de la sociedad; en la normativa legal especial dictada por la Asamblea Nacional se prevé una Comisión designada por ese mismo cuerpo parlamentario e integrada por quince diputados, que sería la que actuaría como Comisión de Evaluación de Postulaciones.

Se prevé la participación de la colectividad en esa Comisión, pero conjuntamente con esos quince diputados y mediante una selección hecha por el mismo cuerpo legislativo, a partir de una lista de doce representante de los

<sup>22</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.077 de fecha 14 de noviembre de 2000.

<sup>23</sup> Conforme a lo dispuesto en el artículo 273 de la Constitución de 1999 el Consejo Moral Republicano está integrado por el Defensor del Pueblo, el Fiscal General de la República y el Contralor General de la República. Para la fecha de la entrada en vigencia de esa Constitución no podía conformarse ese Consejo Moral, debido a que uno de sus integrantes, el titular de la Defensoría del Pueblo, era una autoridad creada ex novo en ese texto constitucional, por lo que era necesario establecer una disposición transitoria para esa primera convocatoria. Sin embargo eso no justifica la alteración absoluta que se estableció en la Ley Especial que dictó la Asamblea en relación al mecanismo de designación de los titulares del Poder Ciudadano.

diversos sectores de la sociedad, seleccionados por los diputados nombrados por la Asamblea Nacional, para integrar la Comisión, “... a través de los mecanismos que acuerden...”<sup>24</sup>, con lo cual se comienza a vaciar de contenido el derecho de la sociedad a controlar esa preselección.

De esa lista de doce representantes de la sociedad, presentada por los diputados elegidos por la Asamblea Nacional, la plenaria de ese cuerpo parlamentario escogió a seis, quienes, conjuntamente con los quince diputados ya nombrados por la Asamblea Nacional, fueron los que integraron la Comisión de Evaluación de Postulaciones.

Luego se disponía la conformación de mesas de dialogo designadas por esa misma Comisión, en las cuales se consultaría y evaluarían las postulaciones recibidas para los cargos a proveer y se elaboraría una lista de postulados, entre los cuales la Asamblea Nacional procedería a efectuar las designaciones, de conformidad con la mayoría prevista en la Constitución.

Así se procedió, en diciembre del 2000<sup>25</sup>, a la designación del Contralor General de la República, en esa primera designación no participaron los ciudadanos, o al menos no lo hicieron en los términos previstos en el artículo 279 de la Constitución.

El constituyente Allan Brewer-Carías calificó esa ley de inconstitucional, y una confiscación del derecho a la participación política<sup>26</sup>, esa ley fue impugnada ante el Tribunal Supremo de Justicia, con ocasión de lo cual la Sala Constitucional sostuvo la conformidad a Derecho de esa *Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y funcionarios del Poder Ciudadano y Magistrados y magistrados del Tribunal Supremo de Justicia para el primer período constitucional*, bajo el argumento de la existencia de un régimen de transitoriedad<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Artículo 4 de la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y funcionarios del Poder Ciudadano y Magistrados y magistrados del Tribunal Supremo de Justicia para el primer período constitucional.

<sup>25</sup> Véase en Gaceta Oficial N° 37.105 del 22 de diciembre de 2000, sesión mediante la cual la Asamblea Nacional designa al Contralor General de la República.

<sup>26</sup> Véase Allan Brewer-Carías, Introducción General al Régimen Constitucional del Poder Ciudadano, en *Leyes Orgánicas del Poder Ciudadano*, Colección Textos Legislativos N° 30, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2005 p. 22.

<sup>27</sup> Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1562 de fecha 12 de diciembre de 2000, expediente N° 00-3035, en la cual se lee: “Una segunda etapa, de este sistema constitucional, surge a partir de la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual crea una serie de instituciones no previstas en las Cartas Fundamentales anteriores, pero cuyas pautas de funcionamiento no fueron consagradas en el texto constitucional, quedando sujetas a una regulación posterior mediante leyes que dictare la Asamblea Nacional.

Lamentablemente, desde la primera designación de los integrantes del Poder Ciudadano se desvió el camino de la participación ciudadana; con lo cual se empañó la promesa de “*recuperación de la legitimidad perdida*”, que según la exposición de motivos de la Constitución era uno de los objetivos que justifican la inclusión del Poder Ciudadano en la nueva organización constitucional.

---

Para evitar el vacío institucional mientras se promulguen las leyes, la Asamblea Nacional Constituyente decretó el Régimen de Transición del Poder Público (Gaceta Oficial N° 36.920 del 28 de marzo de 2000), de manera que las instituciones delineadas en la Constitución de 1999, aun no desarrolladas por las leyes, pudieran funcionar, evitándose así que las normas constitucionales quedaran sin contenido. Este régimen de transición, que se fue complementando con otras normativas emanadas del poder constituyente, necesariamente tiene naturaleza constitucional, ya que integra la Constitución, vigente mientras las instituciones se normalicen, por lo que no puede considerarse que los poderes actuales sean ilegítimos o inconstitucionales, si se fundan en el Régimen de Transición del Poder Público. Basta leer el artículo 2 del Régimen de Transición del Poder Público, para constatar que dicho régimen desarrolla y complementa las disposiciones transitorias de la Constitución de 1999. La normalización total de instituciones nuevas como el Poder Ciudadano y el Tribunal Supremo de Justicia, requieren de leyes orgánicas que desarrollen el texto constitucional, y mientras ellas no se dicten, las mismas se rigen por dos cuerpos legales coexistentes e integrativos: Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en lo que se complementan.

Por ello, en fallo de esta Sala, de fecha 30 de junio de 2000 (caso Defensoría del Pueblo), la Sala enfatizó, que cuando las leyes orgánicas respectivas se dictaren, cesaría definitivamente el régimen provisorio que gobierna a las instituciones, actualmente carentes de dichas leyes especiales, pero mientras tanto, conformaban un solo bloque constitucional el Régimen de Transición del Poder Público y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tal como lo ha apuntado esta Sala en fallos de fechas 14 de marzo y 28 de marzo de 2000.

El Régimen de Transición del Poder Público, emanado de la Asamblea Nacional Constituyente y publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela de fecha 28 de marzo de 2000 (N° 36920), previó en su artículo 21 que la Asamblea Nacional realizara las designaciones o ratificaciones definitivas de conformidad con la Constitución, de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y de sus suplentes, ya que los Magistrados nombrados en los artículos 19 y 20 del Régimen de Transición del Poder Público, ejercerían sus cargos en forma provisorio.

La figura de la ratificación no está prevista en la Constitución vigente, sino en el Régimen de Transición del Poder Público, y ella fue tomada en cuenta solo con relación a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, mas no con respecto a los miembros del Poder Ciudadano, ya que los artículos 35, 36, 37 y 38 del Régimen de Transición del Poder Público no contemplaron la ratificación de quienes ejercían provisionalmente los cargos del Poder Ciudadano.

Resultado de la aplicación necesaria del Régimen de Transición del Poder Público, el cual -como lo apunta esta Sala- es de rango constitucional, es que solo con respecto a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia ha de utilizarse la figura de la ratificación, la cual carece de previsión en la Constitución, por lo que la frase del artículo 21 del Régimen de Transición del Poder Público, según la cual las ratificaciones definitivas se harán de conformidad con la Constitución, carece de aplicación, ya que como antes apuntó la Sala, la vigente Constitución no previno normas sobre ratificación de Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.

En consecuencia, el régimen de ratificación debe ser especial, orientado hacia el cual ha sido el rendimiento de los Magistrados a ratificarse y la calidad de sus ponencias, ya que son éstos los parámetros que permiten conocer la calidad de quienes como Magistrados ya han impartido justicia desde la más alta Magistratura, y por tanto se han hecho o no dignos de ratificación” (consultada en la página [www.tsj.gov.ve](http://www.tsj.gov.ve))

El articulado de esa Ley Especial invoca el carácter de representantes del pueblo que ostentan los diputados a la Asamblea Nacional<sup>28</sup>, con lo cual parecieran pretender disimular la violación al derecho del pueblo a participar en los términos consagrados en el texto constitucional.

Ese derecho, conforme lo dispone el artículo 62 de la Constitución, puede ser ejercido directamente o por medio de sus representantes; la participación por medio de los funcionarios elegidos, en sin duda una participación indirecta. Los representantes del pueblo no pueden invocar tal condición, para ejercer ellos el derecho a participar que la Constitución otorga a los miembros de la sociedad, para que lo ejerzan de manera directa.

Ese abuso de la representatividad desconoce los límites constitucionales a los cuales está sometida la función parlamentaria, y lesiona el derecho a la participación directa de los ciudadanos.

La democracia no se satisface con la condición de representantes, siguiendo la tesis de Alain Touraine, no hay democracia que no sea representativa, pero la libre elección de los gobernantes carecería de sentido, si no son capaces oír y satisfacer las demandas de los ciudadanos<sup>29</sup>, menos aún habrá democracia si los representantes del pueblo pretenden subrogarse en los derechos que la constitución otorga de manera directa a los ciudadanos, con ese proceder la Asamblea Nacional no solo no ha sido capaz de escuchar a la sociedad, peor aún la ha silenciado, en un supuesto en el que la Constitución le reconocía el derecho a expresarse directamente.

En la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, dictada por la Asamblea Nacional en octubre de 2001<sup>30</sup>, se regula la integración del Comité de Evaluación de Postulaciones (artículo 23) y se contempla, al igual que lo hace el texto constitucional, la posibilidad que ese Comité no sea convocado, lo cual en nuestro criterio resulta absolutamente inadecuado, toda vez que su convocatoria debe constituir un imperativo constitucional y legal infranqueable, a fin de garantizar la efectiva participación de la sociedad en el proceso de designación de los titulares de los órganos que integran el Poder Ciudadano.

En diciembre de 2007, al vencimiento del período de siete años para el cual habían sido designados los titulares de los órganos del Poder Ciudadano, se procedió a la nueva elección y se nombró a un nuevo Fiscal General de la República y a un nuevo Defensor del Pueblo, pero se ratificó en su cargo al

---

<sup>28</sup> Véase artículo 3 de la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y funcionarios del Poder Ciudadano y Magistrados y magistrados del Tribunal Supremo de Justicia para el primer período constitucional.

<sup>29</sup> Alain Touraine, *Qu'est ce que la démocratie?*, Paris, Fayard, 1994, p. 89.

<sup>30</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.310 de fecha 25 de octubre de 2001.

Contralor General de la República, esa designación se realizó mediante Acuerdo dictado por la Asamblea Nacional, publicado en la Gaceta Oficial 38.836 de fecha 20 de diciembre de 2007.

Ese acto parlamentario fue impugnado, mediante una acción de nulidad por inconstitucionalidad ejercida ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia<sup>31</sup>.

El argumento principal de los recurrentes para sostener la inconstitucionalidad de esa ratificación, era la ausencia de previsión en el texto Constitucional respecto de la posibilidad de reelección. Sostienen que conforme a lo dispuesto en el artículo 288 de la Constitución, el Contralor General de la República será designado para *un* período de siete años, por lo que no puede designarse nuevamente a quien se encontraba en el ejercicio de ese cargo, durante el período inmediatamente anterior.

Debe descartarse la aplicación de lo previsto en el artículo 273 de la Constitución, en relación a la reelección en la Presidencia del Consejo Moral Republicano, respecto de la designación para titular de los cargos que integran ese Consejo, ya que una cosa es ser elegido para el cargo de Defensor del Pueblo, Fiscal General de la República o Contralor General de la República, y otra que, ostentando uno de esos cargos, uno de ellos resulte elegido para ejercer la Presidencia del Consejo Moral Republicano<sup>32</sup>.

Lo dispuesto en el primer aparte del artículo 273 de la Constitución no permite en forma alguna sostener la posibilidad de ratificar en su cargo a alguno de los titulares de las instituciones que integran el Poder Ciudadano. Lo regulado en esa norma está referido únicamente a la Presidencia del Consejo Moral Republicano, la cual ejercen por períodos anuales, los tres funcionarios que integran ese Consejo, quienes por su parte ejercen sus funciones por un período de siete años, de manera que necesariamente los tres ejercerán al menos dos veces la Presidencia del Consejo Moral Republicano, durante su período constitucional de siete años.

El artículo 280 de la Constitución, al referirse a la designación del Defensor del Pueblo fue más claro al señalar que la misma sería por “*un único período de siete años*”. Esa redacción de la norma es coherente con el principio

---

<sup>31</sup> Expediente N° AA50-T-2008-902, La sala se declaró competente mediante decisión del 15 de octubre de 2008 y luego fue admitida, mediante auto del Juzgado de Sustanciación, de fecha 29 de enero 2009.

<sup>32</sup> Véase escrito de interposición del recurso en el expediente AA50-T-2008-902, resumen de alegatos contenida en la Sentencia de la Sala Constitucional N° 1460 del 15 de octubre de 2008, dictada en ese expediente. Véase también Allan Brewer-Carías, Sobre el nombramiento irregular por la Asamblea Nacional de los titulares de los órganos del poder ciudadano en 2007, en *Revista de Derecho Público* N° 113, Editorial Jurídica Venezolana, 2008, pp. 85-88.

de alternabilidad<sup>33</sup> en el ejercicio del Poder Público, consagrado en el artículo 6 de la Constitución.

Durante el debate en la Asamblea Nacional Constituyente, al discutirse la redacción de ese artículo se formuló una proposición en el sentido de eliminar la palabra *único*, con lo cual se dejaría abierta la posibilidad de reelección, propuesta que no tuvo apoyo<sup>34</sup>.

Si bien los artículos 284 y 288 de la Constitución, al referirse a la designación del Fiscal General de la República y del Contralor General de la República no son tan enfáticos como el comentado artículo 280 ejusdem, toda vez no se utiliza la contundente e incluso redundante expresión *un único*, si indican claramente que serán designados para *un* período. Tratándose de titulares de los órganos que conforman el Poder Ciudadano, debe darse el mismo tratamiento a los tres, por lo que, en nuestro criterio debe prevalecer la tesis de la prohibición de reelección, por ser la más coherente con la previsión expresamente contenida en el primer aparte del artículo 280, al regular el la designación y el período para el ejercicio del cargo de Defensor del Pueblo.

Aún en el supuesto negado que se pudiera sostener una tesis que admita la reelección, otra irregularidad enturbiaba la ratificación del Contralor General de la República, porque el procedimiento establecido en la Constitución y en la Ley Orgánica del Poder Ciudadano dictada en el año 2001, tampoco fue observado por la Asamblea Nacional, al decidir las designaciones en el año 2007.

Conforme a las disposiciones constitucionales y legales el Comité de Evaluación de Postulaciones debe estar integrado por representantes de diversos

---

<sup>33</sup> En relación al principio de alternabilidad, debe tenerse presente, aún cuando la consideramos absolutamente errada, la interpretación del artículo 6 de la Constitución de 1999, que ha sostenido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia n° 53, de fecha 3 de febrero de 2009, Expediente N° 08-1610, en la cual se lee: “la eliminación de la causal de inelegibilidad para el ejercicio de cargos públicos derivada de su ejercicio previo por parte de cualquier ciudadano, en modo alguno trastoca el principio de *alternabilidad* en el ejercicio del poder. En efecto, el carácter alternativo de nuestro sistema de gobierno postulado por el artículo 6 de la Constitución, no supone un mecanismo de reparto de cuotas de poder a través del cual unos liderazgos deban declinar obligatoriamente a favor de otras legítimas aspiraciones, sino que, por el contrario, implica la efectiva y real posibilidad de que el electorado, como actor fundamental del proceso democrático, acuda a procesos comiciales periódicamente en los que compitan, en igualdad de condiciones, las diversas opciones políticas que integran el cuerpo social y así darle oportunidad de decidir entre recompensar a quienes estime como sus mejores gobernantes, o bien renovar completamente las estructuras de poder cuando su desempeño haya sido pobre. En conclusión, este principio lo que exige es que el pueblo como titular de la soberanía tenga la posibilidad periódica de escoger sus mandatarios o representantes. Solo se infringiría el mismo si se impide esta posibilidad al evitar o no realizar las elecciones”. Consultada en la página [www.tsj.gov.ve](http://www.tsj.gov.ve)

<sup>34</sup> Véase diario de debate sesión ordinaria N°38, de de fecha 6 de noviembre de 1999, citado por Roxana Orihuela, ob.cit., p. 53.

sectores de la sociedad, dicho Comité no se conformó con miembros de la sociedad civil ni en el año 2007<sup>35</sup>, ni en la oportunidad de realizar las nuevas designaciones en el año 2014<sup>36</sup>, lo cual además de los vicios de incompetencia y ausencia de base legal que acarrea de manera evidente el cumplimiento de una actuación respecto de la cual no hay una atribución de competencia, implica nuevamente una usurpación del derecho fundamental de los ciudadanos a la participación directa en ese asunto público, violatoria de lo dispuesto en los artículos 62 y 279 de la Constitución.

Los representantes de la sociedad no han participado de manera directa en la designación del Contralor General de la República, esa inconstitucionalidad empaña su designación, la cual lejos de fortalecer la confianza necesaria en ese funcionario, desacredita su transparencia y perjudica a la institución.

#### B. Del Derecho a la participación ciudadana en la función de control desarrollada por la Contraloría General de la República

Las funciones de la Contraloría General de la República son el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos gastos y bienes públicos, controlar la deuda pública; adelantar las investigaciones administrativas y establecer la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos en caso de irregularidades contra el patrimonio público, instar al Ministerio Público para que ejerza las acciones judiciales pertinentes a fin de hacer valer la responsabilidad penal en caso de delitos contra el patrimonio público, así como, ejercer el control de gestión y evaluación de cumplimiento de metas y resultados de las políticas públicas y decisiones de los órganos sometidos a su control, relacionadas con los ingresos, gastos y bienes públicos.

Nuevamente con la idea de reforzar la soberanía popular, mediante la incorporación de los ciudadanos en las gestiones públicas, la legislación promete permitir la participación ciudadana en la función de control de la sinceridad del gasto y la transparencia en el destino de los recursos del Estado.

Sin embargo esos objetivos no se ven reflejados en la práctica, la Contraloría General de la República cuenta con una Oficina de Atención al Ciudadano, y ha dictado un Instructivo en Materia de Denuncias, contenido en la

---

<sup>35</sup> Véase comentario de Allan Brewer Carías en: Sobre el nombramiento irregular por la Asamblea Nacional de los titulares de los órganos del poder ciudadano en 2007, en *Revista de Derecho Público* N° 113, Editorial Jurídica Venezolana, 2008, p.87 y 88.

<sup>36</sup> El actual Contralor General de la República, Manuel Galindo Ballesteros fue designado por la Asamblea Nacional mediante Acuerdo publicado en la Gaceta Oficial N° 40.567 de fecha 22 de diciembre de 2014.

Resolución N° 01-00-055, de fecha 21 de junio de 2000<sup>37</sup>, cuya vigencia es anterior a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

El inicio de averiguaciones administrativas a funcionarios públicos por denuncia está igualmente regulado en el Reglamento de la Ley dictado en marzo de 2001<sup>38</sup>.

Esa regulación de la participación ciudadana se concentra en la denuncia, destacando el hecho que se prohíben las denuncias anónimas<sup>39</sup>, se condiciona la admisibilidad de la denuncia al hecho que el denunciante se identifique, sin perjuicio de que, en caso de no hacerlo, la Contraloría pueda proceder de oficio.

Esa regulación resulta inconveniente, toda vez que en caso de una denuncia anónima, el relato o documentación que se haya presentado se tendrá como una mera *noticia crimini*, quedando a potestad de la Contraloría iniciar de oficio la averiguación.

Esa potestad aún cuando en teoría no debería entenderse como discrecional, en la práctica lo es. La Contraloría General de la República no debería tener libertad para apreciar subjetivamente los casos en que procederá a iniciar una averiguación administrativa, por el contrario debe entenderse que constituye su obligación, indeclinable, ejercer las competencias de control fiscal que tiene atribuidas, siempre que exista algún indicio o presunción de alguna irregularidad, sin que pueda postergar el cumplimiento de esa obligación por razones de conveniencia u oportunidad.

A pesar de ser así, lo cierto es que en la práctica la potestad para proceder de oficio resulta discrecional, es a la Contraloría a quien corresponde decidir si iniciará de oficio la averiguación administrativa, quedando desprovisto el titular del derecho a la participación ciudadana de la posibilidad real de exigir la tramitación de su denuncia.

El requerir la identificación del particular para la formulación de la denuncia no debería ser una condición de admisibilidad, ese impedimento puede doblegar la participación ciudadana por temor a retaliaciones por parte del funcionario a quien se le imputa haber procedido de manera irregular en la administración de los recursos públicos.

El derecho a la participación ciudadana en el control fiscal, al cual invita el lema actualmente utilizado por la Contraloría General de la República,

<sup>37</sup> Resolución publicada en la Gaceta Oficial N° 36.979 de fecha 23 de junio de 2000.

<sup>38</sup> Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal publicado en la Gaceta Oficial N° 37.169 del 29 de marzo de 2001.

<sup>39</sup> Véase artículo 5 de la Resolución 01-00-055, contentiva del Instructivo en Materia de Denuncias.

*“contralores somos todos”*, debería ser totalmente accesible a los ciudadanos, sin formalismos ni condicionamientos, por lo que bien podría ofrecer la garantía del anonimato y evitar el temor de persecución política.

La denuncia es un mecanismo de colaboración con la gestión administrativa, por lo que no debe estar sujeta a limitaciones que la dificulten; cualquier limitación en ese sentido, merma el derecho a la participación ciudadana, porque constituye un elemento disuasivo de su ejercicio.

La consagración de manera general del derecho constitucional a la participación ciudadana en el artículo 62 de la Constitución y la inclusión de los ciudadanos, como integrantes del Sistema Nacional de Control Fiscal, además del derecho fundamental de todos a dirigir peticiones a las autoridades públicas sobre los asuntos de su competencia, consagrado en el artículo 51 de la Constitución, constituyen fundamento jurídico suficiente para legitimar la intervención de los particulares en las gestiones relativas a la función de control, sin limitarse al mecanismo de denuncia.

Sin perjuicio de lo anterior y aún cuando me considero proclive a la participación ciudadana, pienso que es necesario tener presente que, si bien ésta es en algunos casos deseable y puede contribuir a reivindicar la confianza en las instituciones, en otros casos puede representar un riesgo de ineficacia administrativa, en particular respecto de las actividades del Estado de carácter técnico y objetivo, que no deben ser permeables a opiniones políticas.

No es lo mismo decidir si una edificación será afectada para el desarrollo de un mercado popular o un centro cultural, que decidir sobre la emisión de bonos de la deuda pública o si se declara la responsabilidad administrativa de un funcionario que ha incurrido en un acto de corrupción. En el primer supuesto la participación ciudadana es deseable y sin duda conveniente, porque en la toma de decisión o en la definición de la política pública, debe prevalecer la demanda de la comunidad que se verá beneficiada y hará uso de la obra pública que se decida construir.

La eficiencia administrativa se mide por la capacidad de dar una respuesta adecuada a la colectividad, lo cual solamente es posible si se le realizan procesos de consulta popular, para conocer cuál es la demanda de la comunidad y se toma en cuenta la opinión ciudadana.

En los dos últimos casos citados como ejemplo, por el contrario, la opinión ciudadana no aparece como determinante en la toma de decisión, se trata de materias que deben ser decididos con base a conocimientos y herramientas técnicas que no están al alcance del común de la ciudadanía.

Ello fue incluso el motivo expuestos en la Asamblea Constituyente de 1947, al manifestar la necesidad de un órgano auxiliar al Congreso que ejerciera la función de control fiscal, expresamente se hacía referencia a que el cuerpo legislativo, debido a su conformación, se encontraba “*desprovisto de las competencias técnicas indispensables*”.<sup>40</sup>

Esa misma carencia de conocimientos expertos está presente en el común de la ciudadanía, por lo que los aspectos técnicos del control fiscal no se deberían dejar totalmente abiertos a la participación ciudadana.

Puede haber temas intermedios, en los que la participación ciudadana se articule de manera selectiva, permitiendo la participación o consultando solamente a determinados sectores de la colectividad, que por estar vinculados a la materia, o por su formación profesional puedan tener un criterio u opinión calificada.

En cualquier caso, más allá de las limitaciones que puedan erigirse frente al derecho a la participación ciudadana en el control fiscal y del balance de su efectividad, tanto en lo que respecta a la motivación de la sociedad para ejercer ese derecho, como en la capacidad de la Contraloría General de la República de oír y dar respuesta oportuna y adecuada a quienes ejerzan ese derecho, la incorporación de los ciudadanos como integrantes del Sistema Nacional de Control Fiscal constituye una conquista democrática importante, así como el reconocimiento de manera específica del derecho a denunciar ante la Contraloría General de la República las irregularidades en la gestión del presupuesto y la regulación adecuada de ese derecho como mecanismo de participación ciudadana, la regulación de ese derecho, permitiría a la colectividad tener conciencia de que lo puede hacer valer y facilitar su ejercicio.

### *III. Reflexiones sobre la situación del control fiscal*

Actualmente existe una gran distancia entre el contenido de la Constitución de 1999 y la realidad jurídico – política, el hecho más claro que corrobora esa apreciación, es la violación por parte de la Asamblea Nacional del derecho a la participación ciudadana en el proceso de designación del Contralor General de la República, sumándose a la gravedad de esa circunstancia el que esa lesión constitucional haya recibido la anuencia del Tribunal Supremo de Justicia.

El irrespeto de los mecanismos de designación del titular del órgano de control, hace vulnerable al funcionario, si a eso se le suma la ausencia de muestras claras de independencia en el ejercicio de sus atribuciones, el uso de la sanción de inhabilitación política para la persecución de la dirigencia política opositora,

---

<sup>40</sup> Eloy Lares Martínez, ob. cit., p. 526.

violando incluso las reglas más elementales del debido proceso y las limitaciones para la autoridad administrativa de imposición de esa sanción<sup>41</sup> se vacía de contenido las disposiciones constitucionales en las cuales se consagraron las garantías de la independencia necesaria para el cabal ejercicio de la función de control fiscal.

Lamentablemente la Contraloría General de la República no se nos presenta actualmente como un órgano autónomo ni independiente, las graves denuncias de corrupción en la gestión pública, ante los cuales el control institucional no está dando una respuesta; sin embargo, ello no se debe a una deficiencia estructural, sino circunstancial, imputable en todo caso al comportamiento de quienes están llamados a ejercer ese control.

En efecto, el control fiscal en Venezuela tiene rango constitucional, la norma suprema define el alcance del control encomendado a la Contraloría General de la República y enumera las atribuciones principales de ese órgano, las cuales han sido desarrolladas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal y en la Ley Anticorrupción, de manera que no es por deficiencia en la regulación de la actividad contralora que el mismo no ha satisfecho la demanda social, sino como ya advertía Florencio Contreras Quintero en 1965<sup>42</sup>, por falta de aplicación.

---

<sup>41</sup> El Contralor General de la República, conforme a la normativa vigente, puede imponer la sanción de inhabilitación política, sin que para ello requiera cumplir otro procedimiento previo. Así está previsto en el la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal; sin embargo, la constitucionalidad de la norma es cuestionable por ser violatoria del derecho a la defensa consagrado en el artículo 49 de la Constitución y por tratarse de una pena accesoria que debería emanar de autoridad judicial y no administrativa. La CIDH ha instado al Estado Venezolano a la adecuación de la legislación y a evitar el uso de ese mecanismo con fines de persecución política. En la decisión adoptada por la Comisión IDH mediante la cual se acuerdan medidas cautelares a Henrique Capriles se lee: (Párrafo 63, nota al pie N°26) *“El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana. Ver. Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.”* <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2017/15-17MC248-17-VE.pdf>

<sup>42</sup> Tienen plena vigencia las palabras de Florencio Contreras Quintero con las que expresó disenter de lo afirmado por el Contralor General de la República en el año 1965, sobre la limitación de los medios a disposición de esa institución para corregir los vicios, fallas y deficiencias de los funcionarios administrativos. Ante ese señalamiento Florencio Contreras advierte: *“... el problema es a mi juicio de interpretación y de aplicación. Pero es que aquí, entre nosotros, hay esa tendencia*

La separación de poderes y la participación ciudadana, dos principios que además de constituir bases fundamentales de la democracia, rodean a la idea del Poder Ciudadano, están en la Constitución de 1999, pero no en la realidad del ejercicio del poder político.

La separación de poderes protege contra el autoritarismo y va de la mano del control en el ejercicio del poder público, porque una rama del Poder Público le hace contrapeso a la otra y viceversa, lo cual es fundamental en un Estado de Derecho, ese es el mecanismo constitucional que evita, limita y permite corregir las desviaciones en el ejercicio del Poder Público, nuestro ordenamiento jurídico contempla esos contrapesos, pero su efectividad supone que cada rama y órgano del Poder Público sea independiente.

La ausencia de control institucional en Venezuela desdice de esa independencia y de la separación real de los actores del Poder Público.

El presente impone ejercer, dentro del marco Constitucional, el derecho de los ciudadanos, porque aunque nos hayan cercenado el derecho a participar en la designación de los integrantes del Poder Ciudadano, y entre ellos del Contralor General de la República, el derecho ciudadano a exigir respeto a la Constitución y a participar de manera directa en los asuntos públicos permanecen vigentes y corresponde a la propia colectividad reivindicarlo.

Esto nos obliga a ejercer el derecho a la participación directa en la función de control fiscal, los ciudadanos pueden instar los mecanismos y velar porque el control se ejerza de manera objetiva, transparente y eficaz, la normativa vigente no contempla verdaderos obstáculos, ni graves deficiencias que justifiquen omitir o postergar ese control.

En la teoría, la legislación venezolana satisface los requerimientos fundamentales para que la función de control pueda desarrollarse de manera efectiva, los cuales, como señala Jorge Reinaldo Vanossi<sup>43</sup>, son la independencia del controlante respecto del controlado, un ámbito suficiente de control y las libertades inherentes a la función de control.

En relación al primero de esos aspectos, como hemos señalado, la Constitución de 1999 le reconoce al órgano de control fiscal, autonomía funcional e independencia respecto de los demás Poderes Públicos, incluso sigue la

---

*bastante generalizada, a excusar supuestas deficiencias en las leyes”, continua citando a Pablo Ruggieri Parra, “Aquí en Venezuela se puede hacer una gran revolución, sin disparar un tiro ni dar un grito, con solo aplicar la legalidad preexistente”. Florencio Contreras Quintero, Disquisiciones Tributarias, Mérida, Universidad de los Andes, 1969, p.158.*

<sup>43</sup> Jorge Reinaldo Vanossi, Problemática constitucional de la corrupción, en *Simposio Internacional sobre Derecho del Estado Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahíta*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1993, Tomo I. p. 135.

tendencia más avanzada del constitucionalismo contemporáneo, conforme al cual la actividad de control debe ser ejercida por un Poder claramente diferenciado de las ramas Ejecutiva, Legislativa y Judicial.

Si el Contralor General de la República no ejerce sus atribuciones de manera autónoma e independiente, se coloca al margen de la Constitución, pero no imposibilita el control, porque los otros dos requisitos a que hace referencia el autor citado, se encuentran satisfechos, al menos jurídicamente, corresponde a los ciudadanos directamente es exigir el cumplimiento de la función de control fiscal y que se rinda cuenta de ello.

En cuanto al segundo aspecto, el ámbito de sistema de control fiscal, en la norma éste es lo suficientemente amplio, la Constitución dispone que el mismo se ejerce sobre los *ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como sobre las operaciones relativas a los mismos*, la legislación por su parte, regula el control interno y externo, de las cuentas y de la gestión de las autoridades públicas, de la enumeración de los sujetos sometidos al control de la Contraloría General de la República se observa que alcanza a todos los organismos del Estado y personas de derecho público, tanto nacionales como de los Estados y de los Municipios, e incluso a los particulares que de alguna manera intervengan en la administración, manejo o custodia de los recursos públicos.<sup>44</sup>

Por último, lo relativo a las libertades en el ejercicio de la función de control, el fundamento jurídico de esa libertad está, se advierte sin embargo la necesidad de establecer un equilibrio entre la aplicación de las potestades de averiguación, y el respeto de los derechos fundamentales, tanto del funcionario imputado, como de los demás interesados.

La necesidad de garantizar el debido proceso es incuestionable, el respeto de las reglas de procedimiento favorece tanto al imputado, como a la colectividad, que tiene igual derecho a que se establezca la falta, y de ser el caso se exija, la responsabilidad del funcionario que haya incurrido en alguna irregularidad.

Retomamos en ese aspecto el derecho a la participación ciudadana en el ejercicio de la función de control, y recordamos la propuesta de eliminación de la prohibición de anonimato de las denuncias, conforme a lo expuesto en el aparte anterior, como garantía del ejercicio libre y efectivo de ese derecho.

La admisibilidad de la denuncia no debe quedar condicionada a la identificación del denunciante y menos aún debe entenderse como potestativo de la Contraloría iniciar de oficio los procedimientos de averiguación administrativa, en los casos que el denunciante no se haya identificado. La denuncia es un

---

<sup>44</sup> Véase artículo 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

derecho de todos los ciudadanos, no se requiere un interés calificado para ejercerla, por lo que es irrelevante la identificación del denunciante, pero obligarlo a que se identifique lo expone a represalias por parte del funcionario denunciado.

En cuanto a la potestad de la Contraloría de iniciar la averiguación, la misma no puede entenderse como discrecional, debe consagrarse la obligatoriedad de la averiguación siempre que la Contraloría tenga conocimiento, por cualquier medio que sea, de algún presunto acto de corrupción.

Por otra parte, en la regulación del procedimiento de averiguación administrativa destaca el carácter reservado de las investigaciones de los órganos de control fiscal, contemplado en el artículo 79 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, salvo para el funcionario o la persona imputada dentro de esa averiguación. Esa disposición legal, excepción al principio de publicidad y libre acceso al expediente que rige en general en los procedimientos administrativos, protege los derechos del imputado, pero atenta contra el principio de transparencia hacia la colectividad, la cual debe poder acceder a esa información, como garantía de la deseada transparencia.

Este es un aspecto sobre el cual se alerta, sobre todo cuando se tiene presente que el control fiscal puede ser usado no solamente para exigir responsabilidad al funcionario que incurrió en alguna irregularidad, sino como mecanismo para deshacerse de funcionarios que no hayan cometido falta alguna, peor que son incómodos para un grupo político. La transparencia en la averiguación administrativa estaría dirigida a evitar la desviación en el ejercicio de las potestades de control.

La participación ciudadana debe servir como un mecanismo de control, tanto para instar a las averiguaciones de funcionarios corruptos, como para exigir el respeto a los funcionarios que no hayan incurrido en faltas y que estén realizando una buena gestión, los cuales, si es así, la colectividad tendrá interés en defender y exigir se les respeten sus derechos y se les permita continuar trabajando a favor de la colectividad.

Tanto el imputado como la ciudadanía tienen derecho a que, en los procedimientos de averiguación administrativa, adelantados por el sistema de control fiscal, se respete el debido proceso, el principio de transparencia, y el derecho a obtener una decisión oportuna, adecuada y debidamente fundada en el ordenamiento jurídico.

Por último insisto en las ideas expuestas al inicio del presente trabajo, en relación al derecho de los ciudadanos a exigir a las autoridades públicas les rindan cuentas por su gestión. Esa obligación no es exclusiva de los funcionarios que

administran presupuestos público o tienen la obligación de recaudar ingresos, alcanza también a quienes teniendo la atribución de vigilar y fiscalizar la sana administración de los recursos públicos, omiten o retardan el ejercicio de sus competencias, haciéndose cómplices del funcionarios activo que incurre en un acto de corrupción.

La omisión en el ejercicio de las competencias de control, como la tolerancia con la corrupción, comprometen igualmente la responsabilidad no solamente política, sino también civil y penal.

En ese sentido, proponemos reflexionar algunos aspectos que a pesar de encontrarse presentes en el ordenamiento jurídico vigente, deben retomarse y aplicar para ayudar a fortalecer el sistema de control fiscal:

*La responsabilidad directa funcionarios públicos.* El artículo 139 de la Constitución consagra expresamente la responsabilidad individual de las autoridades del Poder Público.

Las irregularidades detectadas por el sistema de control fiscal, que configuren infracciones y/o delitos, comprometen la responsabilidad administrativa, civil y penal del funcionario y en cada uno de esos ámbitos debe hacerse valer la responsabilidad del funcionario, no solamente como correctivo individual, sino como ejemplo que sirva para persuadir a otros funcionarios de incurrir en faltas o delitos, por ello debe perseguirse y sancionarse a los funcionarios corruptos.

De la misma manera, debe *perseguirse la responsabilidad del particular que, sin ejercer cargo público alguno, haya participado de alguna manera en la comisión de alguna irregularidad fiscal.* Se trata de erradicar la impunidad a todo nivel.

Por otra parte, como corolario del derecho fundamental a la buena gestión pública<sup>45</sup>, se propone establecer un *mecanismo de control de la actividad de vigilancia y fiscalización que corresponde a los órganos de control fiscal, más allá de la posibilidad de participación ciudadana ante esas instancias.*

Cualquier particular debe poder ejercer de manera directa, mediante la interposición de una acción judicial dirigida a denunciar la omisión y a exigir el

---

<sup>45</sup> Véase el estudio de Jaime Rodríguez-Arana, El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas, en *Revista de Derecho Público* N° 113, 2008, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 31-41, en relación al artículo 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, en relación al derecho a la buena administración. Ese es un derecho inherente a los ciudadanos en un Estado de Derecho, corolario del principio de legalidad y de administración al servicio del ciudadano y del interés general, expresamente consagrados en los artículos 137 y 141 la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

cumplimiento efectivo de las atribuciones en materia de control fiscal a los integrantes del sistema de control.

La regulación de un recurso o acción especial por omisión, que pueda ser ejercido ante la inactividad de la Contraloría General de la República u otro de los órganos que integran el sistema de control fiscal, recursos que deben consagrarse como una acción pública, sin limitaciones a la legitimación activa, ni formalismos que sirvan de obstáculo a la admisibilidad de la misma. Debe ser así, porque de lo contrario las causales de inadmisibilidad podrían ser usadas por el órgano jurisdiccional competente para conocer de dichas acciones, para evadir su obligación de hacer valer la responsabilidad de la Contraloría u otro organismo, por el incumplimiento de sus funciones.

Así mismo, debe consagrarse como una acción de plena jurisdicción, que permita someter al conocimiento de la instancia jurisdiccional tanto la contrariedad a derecho de la inactividad de la Contraloría, como la responsabilidad administrativa y civil de los funcionarios del sistema de control fiscal, que evaden el ejercicio de sus atribuciones.

De la misma manera debe consagrarse una acción pública para recurrir de los actos contrarios a Derecho emanados de la Contraloría General de la República, en particular cuando se declare la ausencia de responsabilidad administrativa de un funcionario público sometido a averiguación.

Cuando se declara la responsabilidad administrativa y se impone la correspondiente sanción al funcionario inculpado, lo más probable es que este último recurra de esa decisión, pero si es absuelto de responsabilidad, nadie recurrirá, salvo que se legitime para ello a la ciudadanía, haya tenido o no la condición de denunciante en el procedimiento administrativo.

Esa amplitud de la legitimación activa consideramos es necesaria en los casos en que se termina la averiguación sin establecimiento de responsabilidad, acción que debe proceder independientemente que la averiguación se haya iniciado de oficio o en virtud de denuncia y que debe poder ser ejercida por cualquier ciudadano, sin requerirle demostrar otro interés más que el del buen funcionamiento del Estado: el derecho fundamental a la conformidad a Derecho de los actos del Poder Público y a la buena gestión de los asuntos públicos, derecho que nos corresponde a todos en un verdadero Estado de Derecho.

Para finalizar, creemos que en el futuro, de recobrase la independencia de la institución contralora, sin perjuicio de las reformas antes propuestas, lo que se requiere es un verdadero compromiso político de transparencia y ejercicio efectivo de los mecanismos de control para evitar la corrupción o, en caso de verificarse irregularidades en el manejo de los recursos públicos, adoptar las sanciones previstas en la Ley y hacer valer la responsabilidad personal de los

funcionarios, acabar con la impunidad es lo único que en definitiva podrá conducir a recobrar la confianza de la sociedad en las instituciones y al mismo tiempo hacerle ver a los funcionarios públicos que la corrupción es un mal negocio, no solamente para el pueblo, sino para ellos mismos.

## Un caso de poliomielitis en la Venezuela colonial

*Résmil Eduardo Chacón Santana*

Desde el punto de vista etimológico la palabra \* Poliomielitis, dimana de los vocablos griegos *poliós* y *myelós*, que significan gris y médula, respectivamente. Así concebida, la enfermedad se define como la inflamación de la materia gris de la médula espinal. Se trata de una infección causada por tres tipos de poliovirus (I, II y III) y conocida comúnmente con el nombre de parálisis infantil.<sup>1</sup> Afecta principalmente a niños menores de tres años, pero también a jóvenes e incluso adultos.<sup>2</sup> De los tres tipos de virus, el I, es usualmente el responsable de las epidemias.



La enfermedad se transmite por contacto directo de persona a persona, por contacto con las secreciones infectadas de la nariz o por vía fecal-oral. Esto último ocurre, debido al inapropiado lavado de las manos o por el consumo de alimentos contaminados. El virus entra a través de la boca y la nariz, se multiplica en la garganta y en el tracto intestinal, para luego ser absorbido y diseminarse a través de la sangre y el sistema linfático.<sup>3</sup>

En el 95% de los casos, se trata de una enfermedad viral que no presenta síntomas (polio asintomática). Lo contrario sucede en el 5% restante (polio sintomática), aunque con variaciones en cuanto a la gravedad. Esto ha propiciado el establecimiento de tres patrones básicos: polio abortiva, que puede pasar inadvertida para quien la padece por confundirse con una gripe común y dos formas más severas que se distinguen como no paralítica y paralítica.<sup>4</sup> Las personas que padecen polio abortiva o no paralítica suelen recuperarse por completo.<sup>5</sup> La situación es distinta con la poliomielitis paralítica, ya que el virus causa inflamación en las neuronas motoras de la médula espinal y el cerebro. Como consecuencia, los músculos afectados dejan de cumplir su función, produciéndose un debilitamiento muscular y en algunos casos parálisis aguda

\* Estela egipcia de Ruma, 1600 a.C. que se encuentra actualmente en el museo Carlsberg Copenhague, Dinamarca

<sup>1</sup> <http://es.wikipedia.org/wiki/Poliomielitis>

<sup>2</sup> <http://www.ferato.com/wiki/index.php/Poliomielitis>

<sup>3</sup> <http://www.ferato.com/wiki/index.php/Poliomielitis>

<sup>4</sup> *Ibídem*

<sup>5</sup> [http://kidshealth.org/parent/en\\_espanol/medicos/polio\\_esp.html](http://kidshealth.org/parent/en_espanol/medicos/polio_esp.html)

flácida de carácter irreversible. En situaciones extremas, la enfermedad puede conducir a la muerte, al paralizarse el diafragma.<sup>6</sup>

Abundan descripciones en la Biblia, que hacen referencia a niños discapacitados, no obstante, sería poco serio asegurar que se trata de casos de poliomielitis. Una evidencia gráfica más reveladora nos llega de Egipto. Allí, se encontró una estela fechada entre 1580 y 1350 a.C., en la cual aparece Ruma, un custodio del templo de la diosa Astarté en Menfis, en compañía de su esposa e hijo. Presenta acortamiento del miembro inferior derecho, atrofia muscular, pie equino, rodilla flexa y utiliza una muleta, correctamente sostenida por el miembro superior del lado opuesto.<sup>7</sup> Para los historiadores de la medicina, no existe duda de que se trata de un caso de poliomielitis, que revela la presencia de la enfermedad en los albores de la civilización.

Aunque la poliomielitis ha acompañado al hombre desde tiempos muy remotos, no es sino hasta finales del siglo XVIII cuando es descrita con cierta exactitud. Como consecuencia de unos brotes, el médico británico, Michael Underwood (1736-1820), aportó en 1789, la primera reseña clínica de este padecimiento. En la segunda edición de su Tratado sobre las Enfermedades de los Niños, definió a la parálisis infantil como una “debilidad de las extremidades inferiores”, atribuida a la dentición y a un mal funcionamiento intestinal.<sup>8</sup>

En las siguientes seis décadas poco se escribió acerca del tema, hasta que en 1840, Jacob Heine (1800-1879), médico alemán, publicó una monografía en la cual detallaba los aspectos clínicos de la poliomielitis y sugería su conexión con la médula espinal.<sup>9</sup> Unos treinta años más tarde, los franceses Jean-Martin Charcot (1825-1893) y Alex Joffroy (1844-1908) precisaron las alteraciones patológicas que produce la poliomielitis en las neuronas motoras del asta anterior de la médula espinal. El último gran aporte del siglo XIX, se lo debemos al profesor sueco Oskar Karl Medin (1847-1928), quien en 1887, estudiando una gran epidemia ocurrida en su país, descifró las diversas formas clínicas de la enfermedad.<sup>10</sup>

En el siglo XX, asistimos a la lucha de la ciencia contra un mal que aterrorizaba a la población. En 1907, el médico sueco Otto Ivar Wickman (1872-

---

<sup>6</sup> <http://www.ferato.com/wiki/index.php/Poliomielitis> y

<http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/001402.htm>

<sup>7</sup> [http://www.aaot.org.ar/cultura/patologia\\_pie\\_artes\\_plasticas\\_1\\_files/frame.htm](http://www.aaot.org.ar/cultura/patologia_pie_artes_plasticas_1_files/frame.htm)

<sup>8</sup>

[http://www.postpoliomexico.org/SINDROME\\_POSTPOLIOMIELITIS\\_Orientaciones\\_para\\_los\\_profesionales\\_de\\_la\\_Salud.pdf](http://www.postpoliomexico.org/SINDROME_POSTPOLIOMIELITIS_Orientaciones_para_los_profesionales_de_la_Salud.pdf)

<sup>9</sup> <http://www.ferato.com/wiki/index.php/Poliomielitis>

<sup>10</sup> <http://www.salud180.com/salud-a-z/enfermedades/poliomielitis-enfermedad-de-grandes-personajes>

1914), discípulo de Medin, precisó el carácter epidémico de la enfermedad e hizo importantes descubrimientos en la forma de transmisión del virus. Las evidencias las tenía de primera mano, ya que en 1905 se produjo un brote en su país responsable de más de mil afectados.<sup>11</sup>

En 1909, los médicos austríacos Karl Landsteiner (1868-1943) y Erwin Popper (1879-1955) darían con el agente contaminante. Llegaron a la conclusión que se trataba de un virus, abriendo las puertas para su identificación.<sup>12</sup> Inocularon una suspensión de médula espinal obtenida de la necropsia de un caso fatal de poliomiелitis a un grupo de primates, apareciendo en ellos, como consecuencia, un cuadro típico de parálisis flácida.<sup>13</sup>

En 1948, John Franklin Enders (1897-1985), conseguiría cultivar el poliovirus en tejido no nervioso y, en 1950, descubría la acción citopatogénica<sup>14</sup> del mismo sobre las células cultivadas *in vitro*; a partir de entonces, los tres serotipos fueron reconocidos. Estos hallazgos allanarían el camino para la elaboración de las vacunas a partir del virus.

Entre 1940 y 1950, la poliomiелitis fue avanzando hasta convertirse en una pandemia.<sup>15</sup> En cada uno de los años de esa década, el poliovirus causó aproximadamente veintiún mil casos de poliomiелitis paralítica sólo en los Estados Unidos. El pico ocurrió en 1950 cuando se registraron treinta y cuatro mil casos en ese país.<sup>16</sup>

Esta situación aceleró las investigaciones para controlar la incidencia de la enfermedad. En 1949, el epidemiólogo estadounidense Jonas Edward Salk, basándose en la técnica de Enders, inventó una vacuna para los tres tipos de poliomiелitis conocidos. Tras las pruebas clínicas pertinentes que demostraron su viabilidad, en 1954 comenzó la inoculación. Se trataba de una vacuna inyectable, constituyéndose en una dificultad, pues requería su administración por vía intravenosa.<sup>17</sup>

En 1964 se autorizó otra vacuna desarrollada por el virólogo polaco nacionalizado estadounidense Albert Bruce Sabin (1906-1993). De origen judío, tuvo que huir en 1921 del antisemitismo alemán, llegando al Hospital Infantil de Cincinnati (Estados Unidos) en 1939.<sup>18</sup> Se la llamó trivalente porque atacaba a

---

<sup>11</sup> *Ibidem*

<sup>12</sup> El virus causante de la poliomiелitis fue identificado en 1930.

<sup>13</sup> <http://www.salud180.com/salud-a-z/enfermedades/poliomiелitis-enfermedad-de-grandes-personajes>

<sup>14</sup> Cambios morfológicos visibles en células infestadas con virus.

<sup>15</sup> <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/001402.htm>

<sup>16</sup> <http://pathmicro.med.sc.edu/spanish-virology/spanish-chapter10-1.htm>

<sup>17</sup> <http://www.ferato.com/wiki/index.php/Poliomiелitis>

<sup>18</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Albert\\_Bruce\\_Sabin](http://es.wikipedia.org/wiki/Albert_Bruce_Sabin)

los tres tipos de virus. Esta, se administraba a los niños por vía oral en un terrón de azúcar, por lo que muy rápidamente desplazó a la vacuna de Salk. Sabin tiene además el mérito de haber declinado beneficiarse económicamente de su descubrimiento.<sup>19</sup>

En Venezuela se identificó la poliomielitis como entidad clínica en 1928, pero fue en 1960 cuando se obtuvo la confirmación virológica<sup>20</sup> y serológica<sup>21</sup> de la enfermedad en el Instituto Nacional de Higiene de Caracas.<sup>22</sup>

De 1957 a 1964 se empleó la vacuna Salk inactivada, pero en cantidades insuficientes para constituir un factor relevante en el control de la enfermedad.<sup>23</sup> En octubre de ese último año, se emprendió la primera jornada nacional de inmunización en masa con la vacuna oral atenuada Sabin, y a partir de ese momento, se efectuaron numerosas campañas similares.<sup>24</sup>

Puesto que en Venezuela la incidencia de la poliomielitis se limitaba casi exclusivamente a los niños menores de cinco años, las campañas en masa de 1964 a 1969 se dirigieron a ese grupo de edad y desde 1970 sólo se vacuna a los menores de tres años.<sup>25</sup>

Las referencias que hace la literatura sobre la poliomielitis en Venezuela se inician en el siglo XX, pero ¿qué decir del período colonial? Es aquí donde queremos introducir un aporte para la discusión en lo que hemos denominado un caso de poliomielitis en la Venezuela colonial.

En 1761 se produce en Venezuela la muerte del regidor Don Pedro Blanco de Ponte. Como era costumbre, su esposa, Juana de la Plaza, a los fines de dar cumplimiento a su testamento, dirige una comunicación al Capitán General Don Felipe Ramírez de Estenoz, a los fines de que ordenara la realización de inventarios de los bienes del *de cuius*. La intención era que una vez inventariados la totalidad de sus bienes, se procediera a su avalúo, división y partición entre sus herederos.<sup>26</sup>

---

<sup>19</sup> <http://www.ferato.com/wiki/index.php/Poliomielitis>

<sup>20</sup>La virología, se encarga de estudiar la clasificación, la estructura y el desarrollo de los virus. Entre las cuestiones que analiza, se encuentran las enfermedades que provocan los virus, sus interacciones con el huésped, su cultivo y los mecanismos de aislamiento (<https://definicion.de/virologia/>)

<sup>21</sup>El llamado examen serológico, de este modo, permite saber cómo el organismo reacciona ante una infección o ante la presencia de patógenos en el flujo sanguíneo.

<sup>22</sup> <http://hist.library.paho.org/spanish/Bol/v80n1p32.pdf>

<sup>23</sup> *Ibíd*em

<sup>24</sup> *Ibíd*em

<sup>25</sup> *Ibíd*em

<sup>26</sup> Archivo del Registro Principal del Distrito Capital. Sección Testamentarias 1758 B-2.

En el Valle de Caucagua<sup>27</sup> Pedro Blanco de Ponte dejó dos haciendas arboledas de cacao, Nuestra Señora de Altigracia y Las Ánimas, y la responsabilidad del inventario recayó en el Teniente de Justicia Mayor de aquel valle Don Nicolás Blanco y Herrera. El 26 de octubre de 1763 se trasladó a la hacienda Las Ánimas e hizo comparecer al esclavo Domingo Moreno que hacía el oficio de mayordomo, a fin de dar cumplimiento al despacho de fecha 31 de agosto de 1763, que le ordenaba la realización del inventario.<sup>28</sup>

Lo relevante para el tema que venimos tratando es que al describir los cuarenta y tres esclavos de la hacienda, refiriéndose a uno de ellos señala lo siguiente: "...Domingo del Rosario de edad de nueve años enfermo de un brazo y una pierna desde que nació como paralítico".<sup>29</sup> Recordemos que cuando Don Nicolás Blanco y Herrera hace esta apreciación ni siquiera se había realizado la primera reseña clínica de la poliomielitis.

Llama la atención, que a pesar de la discapacidad de Domingo del Rosario, no le catalogan de inútil, que era un indicativo de que ese esclavo no tenía valor alguno, como si hizo en relación a otros esclavos de la misma hacienda que sufrían otras dolencias. Tengamos en cuenta que quien realizaba el inventario sólo describía los bienes, y era otra persona, en el común de los casos, quien le colocaba el precio. En consecuencia, los inventarios solían ser muy precisos. De allí que podamos afirmar con certeza, que a pesar de sus deficiencias, el esclavo podía cumplir algunas labores. Recalquemos que utiliza la expresión "...como paralítico" lo cual sugiere que padecía de una debilidad muscular y no una parálisis total.<sup>30</sup> Por otra parte, se trata de un único caso, lo cual era perfectamente factible en una época en la cual la enfermedad no tenía carácter epidémico.

El avalúo de dichas haciendas fue confiado a Luis Joseph de Nieves, quien lo realiza desde Macarao y lo firma el 19 de agosto de 1765. Como era habitual, le va fijando precio a cada uno de los bienes, incluyendo los esclavos, sobre la base de la información reseñada en los inventarios. Las referencias que hace sobre el esclavo Domingo del Rosario sirven para confirmar lo que venimos sosteniendo. Señala: "Domingo del Rosario de edad de nueve años enfermo de una pierna y un brazo desde que nació como paralítico, supuesto que lo ponen sin decir inútil lo aprecio en cincuenta pesos".<sup>31</sup>

Luis Joseph de Nieves supone que el esclavo podía cumplir algunas faenas a pesar de su discapacidad, circunstancias que no son ajenas a muchos enfermos de poliomielitis paralítica que quedan limitados parcialmente. Le coloca un precio

<sup>27</sup> En el actual Estado Miranda.

<sup>28</sup> Archivo del Registro Principal del Distrito Capital. Sección Testamentarias 1758 B-2.

<sup>29</sup> *Ibíd*em

<sup>30</sup> *Ibíd*em

<sup>31</sup> *Ibíd*em

inferior al de un esclavo sano de esa edad que era de ciento cincuenta pesos, pero no el valor cero que se le daba a un esclavo inútil.<sup>32</sup>

Podríamos seguir especulando sobre si el esclavo padecía poliomielitis o no, la limitada información que nos proporcionan las fuentes no nos permiten aseverarlo con certeza. Sólo tenemos indicios que nos llevan a suponer que se trataba de un caso típico de poliomielitis paralítica, no obstante, preferimos dejar que el lector saque sus propias conclusiones. Lo cierto es, que de ser así, podríamos estar ante un caso documentado de esta enfermedad en la Venezuela colonial.

---

<sup>32</sup> *Ibíd*em

María Alejandra González Yáñez

# Especial PREA Arbitraje

**La falta de jurisdicción de los Tribunales Laborales frente a la existencia de una cláusula arbitral. Comentarios a la sentencia de fecha 21 de marzo de 2019, dictada por el Tribunal Décimo Tercero (13°) de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas**

*María Alejandra González Yánez*

**Sumario**

- I. Antecedentes relevantes del caso
- II. La decisión de fecha 21 de marzo de 2019
  - A. Sobre la defensa de falta de jurisdicción (extractos de la sentencia)
  - B. Sobre la nulidad de la cláusula arbitral
- III. Comentarios
- IV. Conclusiones

El presente trabajo, tiene por finalidad presentar nuestras consideraciones sobre una sentencia dictada por el Tribunal Décimo Tercero (13°) de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas en fecha 21 de marzo de 2019, en el juicio que por cobro de prestaciones sociales que sigue el ciudadano Jorge Horacio Kogan contra la Corporación Andina de Fomento, en el cual, se alegó la existencia de una cláusula arbitral y en consecuencia la falta de jurisdicción del poder judicial para conocer de la controversia, pero, sin embargo, el tribunal declaró sin lugar la defensa.

*I. Antecedentes relevantes del caso*

El 13 de agosto de 2018, el ciudadano Jorge Horacio Kogan, de nacionalidad argentina, debidamente representado por sus apoderados judiciales, interpuso ante los tribunales laborales del área metropolitana de Caracas, demanda por cobro de prestaciones sociales y demás conceptos laborales en contra de la Corporación Andina de Fomento (en adelante CAF).

Una vez realizada la notificación tanto de la parte demandada como de la Procuraduría General de la República, en fecha 26 de febrero de 2019, los apoderados judiciales de CAF interpusieron Escrito de defensa de falta de jurisdicción, alegando: (i) la existencia de una cláusula de arbitraje, (ii) que el contrato que unió a las partes era de naturaleza civil y no laboral, y (iii) que dicha Corporación gozaba de inmunidad de jurisdicción, en virtud de que se trataba de una persona de derecho internacional privado.

El 6 de marzo de 2019, el apoderado judicial del demandante, solicitó se declarara la “nulidad de la cláusula arbitral suscrita por las partes en el contrato que les unió, la inadmisibilidad de la cuestión previa de falta de jurisdicción y el fraude procesal”.

El 21 de marzo de 2019, el Tribunal Décimo Tercero (13°) de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución, dictó sentencia en los términos siguientes:

## *II. La decisión de fecha 21 de marzo de 2019*

### A. Sobre la defensa de falta de jurisdicción (extractos de la sentencia)

“La defensa de falta de jurisdicción no está contemplada en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo; en vista que en el Código de Procedimiento Civil, se encuentra agrupada en el artículo 346, que plasma lo que se conoce como cuestiones previas.”

“Sin embargo, la falta de jurisdicción es una defensa que enmarca la posibilidad o no, del conocimiento de un asunto por parte del poder judicial venezolano. Es así, que no puede ser excluida del proceso laboral, con el argumento que nuestro proceso no admite cuestiones previas.”

“La jurisdicción, así entendida, es la potestad del Juez venezolano de administrar justicia. De conformidad con el artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado, no puede ser derogada a favor de una jurisdicción extranjera o árbitros que resuelvan en el exterior cuando se trate de controversias sobre inmuebles en nuestro territorio o sobre materias respecto de las cuales no cabe transacción o materias de orden público. Asimismo, el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, ordena que la jurisdicción se determina conforme a la situación de hecho existente para el momento de la presentación de la demanda”

“El artículo 2 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, ordena al juez orientar su actuación en los principios de brevedad, celeridad, inmediatez, concentración, prioridad de la realidad de los hechos, entre otros. El artículo 17 ejusdem establece, que los jueces de primera instancia conocerán de las fases del proceso laboral, con dos funciones bien diferenciadas. Hay un juez que conoce la fase de sustanciación, mediación y ejecución y un juez que conoce la fase de juzgamiento conocido como juez de juicio. En consecuencia, ***siendo esta Juzgadora Juez de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución, y no habiendo sido decidido la incidencia de falta de jurisdicción, por el Juez Sustanciador de la causa, considera quien decide, que es perfectamente competente para decidir esta incidencia.*** Y así se establece. (Negritas y cursivas nuestras)”

“La parte demandada alega, que el contrato de servicios entre el actor y la Corporación Andina de Fomento, FUE DE CARÁCTER CIVIL (mayúsculas del original) y se pactó una cláusula de arbitraje, por lo que los tribunales no tienen jurisdicción para conocer de las controversias derivadas de dicho contrato. Ciertamente, las partes pueden derogar la jurisdicción del Juez venezolano en los casos establecidos en el artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Sin embargo, considera quien aquí decide, que *los derechos laborales son de carácter constitucional y son materia de orden público. Aunado al hecho que las partes no convinieron someterse a un árbitro extranjero; por lo que en el criterio de esta juzgadora, no es aplicable la norma de la Ley de Derecho Internacional Privado.* Y así se decide.” (Negritas y cursivas nuestras)

“En el caso que nos ocupa, es criterio de esta juzgadora, que lo controvertido es la naturaleza de la relación que unió a las partes. Es decir, *lo fundamental de este caso es discernir si los servicios prestados por el actor a la Corporación Andina de Fomento, fueron de naturaleza civil o si fueron de naturaleza laboral. Dilucidado este tema, puede discutirse quien debe conocer los conflictos derivados de la relación que unió a las partes. Por lo que quien aquí decide, considera que la defensa de falta de jurisdicción esgrimida por la parte demandante, no puede ser resuelta por esta juzgadora como asunto predeterminante, pues estaría violentando el derecho del actor a ser juzgado por su juez natural* y, en otro sentido, para determinar la naturaleza de la relación que unió a las partes es menester, que ellas promuevan pruebas y que estas sean admitidas, evacuadas y valoradas por un juez de juicio del trabajo; quien dictaminaría, por su especialización si Jorge Horacio Kogan sostuvo con la Corporación Andina de Fomento, una relación de trabajo subordinada y protegida por la legislación y jurisdicción laborales o, si por el contrario, su relación fue de carácter estrictamente civil.” (negritas, subrayado y cursivas nuestras)

“Visto que la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, no contempla un procedimiento para tramitar la defensa de falta de jurisdicción, esta juzgadora considera aplicable el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil, que establece que debe decidirse con lo que resulte de autos y de los documentos presentados por las partes. Para ello, el Juzgador debe admitir y valorar pruebas. En este estado de la causa, quien decide es incompetente para admitir y valorar pruebas, por lo que *en el caso que nos ocupa, la defensa de falta de jurisdicción no puede ser tramitada como una cuestión a decidir previamente a las etapas de Audiencia Preliminar y Audiencia de Juicio; pues es una defensa de fondo, que el Juez de Primera Instancia de Juicio, deberá decidir en la sentencia definitiva.* Y así se decide.” (negritas, subrayado y cursivas nuestras)

## B. Sobre la nulidad de la cláusula arbitral

“En fecha 6 de marzo de 2019, el Abogado Carlos Rivera, inscrito en el Inpreabogado bajo el número 121.713, consignó escrito solicitando se declare la nulidad de la cláusula arbitral suscrita por las partes en el contrato que les unió, la inadmisibilidad de la cuestión previa de falta de jurisdicción y el fraude procesal. Este Tribunal observa: ***En razón de las funciones propias del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la solicitud de nulidad de la cláusula arbitral establecida por las partes en el contrato que celebraron, corresponde a la fase de juzgamiento, porque atañe a la naturaleza de la relación que las unió.*** En consecuencia esta juzgadora no es competente para decidir dicha solicitud. Y así se establece. (Negritas, subrayado y cursivas nuestras).

## III. Comentarios

Como se observa de los párrafos arriba transcritos, en el presente caso, una vez notificada la parte demandada, ésta alegó la falta de jurisdicción por, entre otras cosas, existir una cláusula arbitral en el contrato que unió a las partes. Las consideraciones en cuanto a la posible naturaleza civil del contrato o la inmunidad alegada por la demandada en virtud de que CAF es una persona de derecho internacional privado, escapan de este análisis, el cual, únicamente se circunscribe a la existencia de una cláusula arbitral y los efectos que la misma produce en el contrato.

En primer lugar, consideramos oportuno mencionar que la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (en adelante LOPT) establece en su artículo 29 lo siguiente:

***Artículo 29.*** *Los Tribunales del Trabajo son competentes para sustanciar y decidir:*

1. ***Los asuntos contenciosos del trabajo, que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje.***

Esta norma, en concordancia con los artículos 253 y 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es a nuestro criterio, la puerta de entrada para que conflictos de naturaleza laboral, sean resueltos mediante la conciliación y arbitraje.

Ahora bien, si existieran dudas sobre la verdadera intención de ir a arbitraje, debemos atender en primer lugar, al principio de autonomía de voluntad de las partes, las cuales, fundamentadas en la Ley y en la Constitución, pueden pactar libremente que cualquier controversia que surja entre ellas, y que no esté

reservada expresamente al juez, sea decidida por árbitros. En el caso particular, si bien no tenemos acceso al contenido de la cláusula de arbitraje o al contrato que la contiene, se evidencia la existencia de la misma, lo cual, según la doctrina, por el efecto negativo del principio Competencia-Competencia, es suficiente para el juez declare su falta de jurisdicción para conocer la controversia.

A propósito del principio de voluntariedad, la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 1.541 de fecha 10 de octubre de 2008, referida a la interpretación del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, señaló: *“cuando el legislador determina que conforme al principio tuitivo, una materia debe estar regida por el orden público, **no deben excluirse per se a los medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre ellos, al arbitraje, ya que la declaratoria de orden público por parte del legislador de una determinada materia lo que comporta es la imposibilidad de que las partes puedan relajar o mitigar las debidas cautelas o protecciones en cabeza del débil jurídico, las cuales son de naturaleza sustantiva; siendo, por el contrario que la libre y consensuada estipulación de optar por un medio alternativo -vgr. Arbitraje, mediación, conciliación, entre otras-, en directa e inmediata ejecución de la autonomía de la voluntad de las partes es de exclusiva naturaleza adjetiva”***.

En el presente caso, vemos que la juzgadora señaló que por estar los derechos laborales, protegidos constitucionalmente y catalogados como de orden público por el legislador, los mismos estarían excluidos del conocimiento de los árbitros, contrariando criterios jurisprudenciales como el contenido en la Sentencia 1541 de la Sala Constitucional, los artículos 253 y 258 de la Constitución y el propio artículo 29.1 de la LOPT. De igual forma, creemos que la decisión confunde la imposibilidad de derogar convencionalmente la jurisdicción del juez venezolano frente a jueces o árbitros extranjeros, en los casos establecidos en el artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado (Ley de DIP), con el hecho cierto de que existe una cláusula de arbitraje en el contrato, todo lo cual arroja un resultado a nuestro modo de ver perjudicial para las partes.

La sentencia 1541 antes mencionada, dejó claro que las partes tienen la posibilidad de pactar voluntariamente el arbitraje como forma de resolver sus controversias, y que en todo caso, en materias extremadamente sensibles en nuestro país, como los serían por ejemplo, la laboral o arrendamientos, que contienen leyes bastante proteccionistas, no podrían los árbitros ni las partes relajar las normas sustantivas que las caracterizan. Así lo señaló la Sala Constitucional cuando precisó que *“...ya que el orden público afecta o incide en la esencia sustantiva de las relaciones jurídicas, conlleva a que sea la ley especial y no otra la norma de fondo la que deban aplicar los árbitros, en tanto **los medios alternativos de resolución de conflictos al constituirse en parte del sistema de***

*justicia no pueden desconocer disposiciones sustantivas especiales de orden público, al igual que no podrían quebrantarse por parte del Poder Judicial...".* Asimismo, sobre la facultad de los árbitros para conocer eventualmente de estas disputas, la Sala señaló que “...para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes. Esto, en contraposición al ámbito exclusivamente reservado al conocimiento de una autoridad administrativa, en donde no pueden llegar los árbitros, como tampoco el juez...”

Visto lo anterior, creemos que en la decisión bajo análisis, el tribunal obvió el criterio vinculante de la Sala Constitucional y erradamente, obligó a las partes a permanecer en la jurisdicción ordinaria y agotar la audiencia preliminar e incluso la de juicio, por considerar que “En este estado de la causa, quien decide es incompetente para admitir y valorar pruebas, por lo que **en el caso que nos ocupa, la defensa de falta de jurisdicción no puede ser tramitada como una cuestión a decidir previamente a las etapas de Audiencia Preliminar y Audiencia de Juicio; pues es una defensa de fondo, que el Juez de Primera Instancia de Juicio, deberá decidir en la sentencia definitiva.**” Todo lo cual vulnera el principio pro arbitraje, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, y el principio competencia-competencia, por mencionar algunos.

En nuestro criterio, considerar que la jurisdicción es un aspecto de fondo, obedece a una confusión conceptual de la juzgadora por haberse alegado que la naturaleza del contrato era civil y no laboral, obviando que al existir una cláusula de arbitraje, el único que puede pronunciarse sobre ella es el Tribunal Arbitral, quien al analizar la validez de la cláusula, determinará si es competente o no para pronunciarse sobre el fondo de la controversia. Así lo señala Hung (2003) cuando sostiene que “El Principio de la competencia de la competencia (KOMPETENZ / KOMPETENZ) reconocido a los árbitros, se expresa diciendo que el Tribunal arbitral es el competente para conocer y decidir acerca de su propia competencia para intervenir en el asunto controvertido. Dicho de otra manera, el Tribunal arbitral está facultado para examinar *prima facie* el título conforme al cual interviene en la controversia y la extensión de sus poderes con relación a ella.” (...) “es conveniente y necesario destacar que el Artículo 29.1 LOPT establece la incompetencia de los Tribunales estatales para conocer de aquellos asuntos en los cuales existe sumisión arbitral.”

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo tiene todo un Capítulo destinado al arbitraje, uno bajo el cual, el juez, a petición de las partes, ordenará la realización de un arbitraje que resuelva la controversia, a fin de estimular los medios alternos de resolución de conflictos (artículo 138 LOPT). Esto, en palabras de Hung, las cuales compartimos, denota un “control que no corresponde a las modernas

tendencias de la institución y el cual solo es explicable (que no justificable) por el antiguo sentido de desconfianza hacia la figura del Arbitraje; desconfianza concebible bajo la óptica de la secular y superada negativa del carácter jurisdiccional del Arbitraje”. Sin embargo, a nuestro modo de ver, en el caso bajo análisis, no eran aplicables las disposiciones que sobre arbitraje contempla la LOPT, si no que el Tribunal debía, declarar su falta jurisdicción y remitir a las partes a una institución arbitral para que, de acuerdo con su normativa, un tribunal arbitral se constituya y determine su competencia para conocer o no, de la controversia bajo análisis.

Asimismo, consideramos que la decisión del Tribunal Décimo Tercero de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución, viola el principio pro arbitraje ampliamente reconocido y defendido tanto por la ley como por la jurisprudencia, principio bajo el cual, cualquier interpretación sobre la validez o existencia de una cláusula de arbitraje, debe hacerse en favor de la institución (el arbitraje) “siempre que tal admisión no conduzca a una violación de normas de orden público ni atente contra las buenas costumbres” (Hung, 2003, pág. 27) lo cual, en el presente caso, no se evidencia preliminarmente.

En este punto, es oportuno transcribir un extracto de la sentencia 1.067 de la Sala Constitucional del 03 de Noviembre de 2010 (revisión constitucional solicitada por ASTIVENCA ASTILLEROS DE VENEZUELA, C.A.) en la cual la Sala señaló: *“ha prevalecido el llamado control preliminar y sumario de los tribunales, cuyo origen más elaborado se ubica en el sistema francés, conforme al cual los jueces deben hacer un examen prima facie del pacto arbitral y, sólo si se evidencia una manifiesta nulidad del mismo, es sólo allí que no deben remitir a las partes al arbitraje”*. Estableciendo que el llamado examen preliminar o prima facie debe limitarse a *“(i) la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje y (ii) que se excluya cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento que se deriven de la cláusula por escrito”*.

Por lo dicho anteriormente, creemos que la decisión atenta contra el principio de autonomía de la voluntad de las partes, al tiempo que tergiversa la verdadera finalidad del procedimiento laboral bajo la premisa, a nuestro modo de ver equivocada, de que las partes deben agotar la audiencia preliminar y la fase de juicio, para que con base en las pruebas aportadas, sea un juez quien decida si la defensa de falta de jurisdicción tiene lugar. Además de eso, es importante mencionar que cuando el juez de juicio se pronuncie sobre la falta de jurisdicción, lo estará haciendo muchos meses después de iniciado el proceso, lo cual implica que las partes habrán perdido tiempo valioso para la resolución de su disputa.

En un caso como el que nos ocupa, quizás sería muy ambicioso esperar que un tribunal laboral negara la admisión de la demanda al constatar la existencia de una cláusula arbitral, sobre todo, porque el criterio imperante o quizás más

aceptado, es que se deba oponer la defensa previa de falta de jurisdicción. Adicionalmente, la LOPT no establece un procedimiento aplicable para tramitar defensas como la falta de jurisdicción (cuestiones previas) lo cual genera una suerte de incertidumbre a las partes en este sentido. De igual forma, al revisar la LOPT observamos que existen una serie de oportunidades para que el juez efectúe el “despacho saneador”, bien antes de admitir la demanda o posteriormente, antes de la fase de juicio, lo que busca evitar la existencia de incidencias que puedan dilatar innecesariamente el proceso.

Ahora bien, este caso tiene una característica muy particular; existe una cláusula de arbitraje en el contrato que vinculó a las partes. El hecho de haberse alegado que dicho contrato era de naturaleza civil o laboral, no es lo realmente determinante, y en nuestro criterio, tampoco lo sería la condición de persona de derecho internacional privado de la demandada, pues estas circunstancias forman parte del fondo de la controversia, sobre el cual, en todo caso, se pronunciaría el tribunal arbitral si determina que es competente para ello. Creemos que ha debido producirse una decisión que resolviera la falta de jurisdicción alegada, atendiendo al espíritu de la Ley, la voluntad de las partes y la jurisprudencia imperante en materia de medios alternativos de resolución de conflictos.

Por otro lado, consideramos que al haberse consignado un escrito oportuno por parte de la demandada, alegando la falta de jurisdicción del poder judicial por existir una cláusula de arbitraje, el juez que conociera de la causa debía pasar inmediatamente al juez de juicio para que éste se pronunciara sobre el particular, y no obligar a las partes a permanecer (en nuestra opinión erradamente) en la jurisdicción ordinaria, debiendo acudir a la audiencia preliminar y promover pruebas, para luego evacuarlas en la fase de juicio como si se tratara de un caso tradicional.

Es importante mencionar, que contra la decisión del Tribunal Décimo Tercero de Primera Instancia, se intentó un recurso de regulación de jurisdicción y subsidiariamente recurso de apelación, el cual fue conocido por el Tribunal Superior Octavo de la misma Circunscripción Judicial, que se resolvió mediante decisión de fecha 28 de mayo de 2019, en la cual se declaró, entre otras cosas, (i) sin lugar la regulación de jurisdicción, estableciendo que es el juez de juicio quien se debe pronunciar sobre la falta de jurisdicción y, (ii) improcedente el recurso de apelación, por considerar que no tenía lugar por la naturaleza de la decisión cuestionada.

Actualmente, el caso se encuentra en fase de audiencia preliminar y las partes deberán sustanciar todo el procedimiento de primera instancia, antes de obtener una decisión relativa a la defensa opuesta de falta de jurisdicción.

La falta de jurisdicción de los Tribunales Laborales frente a la existencia de una cláusula arbitral

#### *IV. Conclusiones*

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo no establece un procedimiento para tramitar cuestiones previas, tal cual como lo estipula el Código de Procedimiento Civil. Dicha ausencia, puede derivar de la intención del legislador de evitar incidencias al procedimiento y fomentar el uso de los medios alternativos en la fase de sustanciación, mediación y ejecución, sin embargo genera incertidumbre a las partes y hasta indefensión en casos como el que nos ocupa.

La LOPT establece que los tribunales laborales son competentes para conocer “Los asuntos contenciosos del trabajo, que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje”, en este sentido, al existir una cláusula de arbitraje en el contrato que vinculó a las partes, debía declararse la falta de jurisdicción frente al tribunal arbitral.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha aceptado que materias consideradas como de orden público o de especial interés por el hecho que regulan, sean conocidas por los árbitros, atendiendo al principio de autonomía de voluntad de las partes, siempre y cuando se resguarde la norma de fondo. Siendo entonces que, si una materia puede ser conocida por un juez, entonces también puede ser conocida y decidida por un árbitro.

El tribunal arbitral es el único que puede pronunciarse sobre su propia competencia. En el caso particular, independientemente de que el contrato que unió a las partes sea de naturaleza civil o laboral, al existir una cláusula de arbitraje, los tribunales ordinarios deben declinar su conocimiento al tribunal arbitral.

## **Impugnación de asambleas de accionistas mediante arbitraje en el Derecho venezolano**

*Pablo Andrés Trivella Landáez*

### **Sumario**

- I. Delimitación del objeto de este estudio
- II. Breve referencia a los mecanismos de impugnación de asambleas de accionistas en la sociedad anónima venezolana
  - A. El derecho de oposición (artículo 290 del Código de Comercio)
  - B. La acción autónoma de nulidad
- III. Controversias sobre la arbitrabilidad de la impugnación de asambleas
  - A. La incorporación de un acuerdo de arbitraje en los estatutos de la sociedad
    - i. ¿El acuerdo debe adoptarse de forma unánime, o por mayoría?
    - ii. ¿A quién es oponible un acuerdo de arbitraje estatutario?
  - B. Arbitrabilidad objetiva: ¿La impugnación de asambleas es una materia susceptible de transacción?
    - i. La acción de nulidad absoluta y sus problemas particulares
  - C. La existencia de un procedimiento especial en la ley (referencia al artículo 290 del Código de Comercio)
  - D. Posibilidad de acordar un arbitraje de equidad o un arbitraje ad hoc en esta materia
  - E. Los efectos del laudo que acuerda la nulidad de una asamblea
    - i. La anotación preventiva de la solicitud de arbitraje
- IV. Conclusiones

#### *I. Delimitación del objeto de este estudio*

En este trabajo intentaremos determinar si en Venezuela es posible someter a arbitraje la impugnación de asambleas de accionistas. Vamos a centrar nuestro estudio en las asambleas celebradas en las compañías anónimas, aún cuando pensamos que la mayoría de lo aquí expuesto es aplicable a otros tipos de sociedades, sean de naturaleza mercantil o civil. Veamos:

## II. Breve referencia a los mecanismos de impugnación de asambleas de accionistas en la sociedad anónima venezolana

ZERPA<sup>1</sup> explica que, en la sociedad anónima, la asamblea de accionistas “*es el órgano primario de formación de la voluntad social*”. Por su parte, el artículo 289 del Código de Comercio establece que las decisiones de la asamblea son obligatorias para todos los accionistas, inclusive para los que no hayan concurrido a ella. La única excepción a este principio se encuentra contenida en el artículo 282 del mismo Código, según el cual los socios que no convengan en el reintegro o el aumento del capital, o en el cambio del objeto social de la compañía, tienen derecho a separarse de ésta.

Partiendo de lo importante que es para la compañía esta reunión de accionistas, existen una serie de normas –algunas previstas en la ley, otras en los estatutos de las distintas sociedades– que regulan, entre otros aspectos, la forma en que la asamblea es convocada, el quórum necesario para considerarse constituida, los límites al poder decisorio de la asamblea, las mayorías requeridas para tomar las decisiones y las normas para efectuar la votación.

En el marco de lo anterior, es completamente posible –y bastante frecuente– que en el seno de la asamblea de accionistas se tomen decisiones que incumplan con las normas (legales o estatutarias) antes señaladas, situaciones para las cuales la ley debe prever un mecanismo de impugnación, o al menos de control, para los sujetos que se han visto perjudicados por tales actuaciones.

Así, actualmente, en nuestro país las decisiones de la asamblea de accionistas de la sociedad anónima pueden impugnarse a través de dos vías: (1) el derecho de oposición previsto en el artículo 290 del Código de Comercio y (2) la acción de nulidad ordinaria, al amparo de los artículos 6, 1341 y 1346 del Código Civil. Haremos a continuación una breve explicación de cada una de ellas:

### A. El derecho de oposición (artículo 290 del Código de Comercio)

Éste es el único mecanismo previsto expresamente en la ley venezolana para impugnar las asambleas de accionistas. La norma en cuestión es del siguiente tenor:

*“Artículo 290. A las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o la Ley, puede hacer oposición todo socio ante el Juez de Comercio del domicilio de la sociedad, y éste, oyendo previamente a los administradores, si encuentra que*

<sup>1</sup> Levis Ignacio Zerpa, *La impugnación de las decisiones de la asamblea en la sociedad anónima* (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1988), 12.

*existen las faltas denunciadas, puede suspender la ejecución de esas decisiones, y ordenar que se convoque una nueva asamblea para decidir sobre el asunto.*

*La acción que da este artículo dura quince días, a contar de la fecha en que se dé la decisión. Si la decisión reclamada fuese confirmada por la asamblea con la mayoría y de la manera establecida en los artículos 280 y 281, será obligatoria para todos los socios, salvo que se trate de los casos a que se refiere el artículo 282, en que se procederá como él dispone.”*

Se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, sujeto a un brevísimo lapso de caducidad, donde el accionista puede denunciar la violación de normas legales o estatutarias por parte de la asamblea ante el juez de comercio, quien luego de oír a los administradores de la compañía y de comprobar la existencia de los vicios delatados, puede ordenar la suspensión de los acuerdos impugnados y convocar a otra asamblea para que se discuta nuevamente sobre el punto. En este procedimiento el juez no tiene ningún poder decisorio sobre la legalidad de la asamblea: su función se limita, en último caso, a un simple poder de convocatoria, quedando siempre la decisión sobre mantener o revocar la decisión a los propios accionistas de la sociedad.

Debemos señalar que –evidentemente- la práctica judicial demostró que este procedimiento carecía de utilidad, pues, en definitiva, en la asamblea convocada por el juez con ocasión de la oposición hecha por alguno de los accionistas, la mayoría siempre podrá imponer a la minoría una decisión contraria a los estatutos o a la ley<sup>2</sup>. No obstante, ésta sigue siendo una vía judicial existente y vigente con la que cuenta el accionista para impugnar las decisiones de la asamblea, que en algunos casos podría serle de utilidad.<sup>3</sup>

#### B. La acción autónoma de nulidad

Aún cuando la ley mercantil venezolana no dice nada más con respecto a la impugnación de las decisiones tomadas por la asamblea de accionistas, hoy día –en respuesta a las circunstancias antes narradas- nuestra jurisprudencia, articulando el contenido del artículo 289 del Código de Comercio con las normas

<sup>2</sup> Roberto Goldschmidt, *Curso de derecho mercantil* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, edición 2002, actualizada por María Auxiliadora Pisani), 534.

<sup>3</sup> Para un estudio más profundo sobre el tema, ver: (1) la obra de Levis Zerpa, antes citada; y (2) Fidel Castillo, “Procedimiento de oposición a las decisiones de la asamblea de accionistas establecido en el artículo 290 del Código de Comercio”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, número 1 – 2018: 409.

sobre nulidad contractual previstas en los artículos 6, 1341 y 1346 del Código Civil, se ha decantado por otorgar, además del derecho de oposición antes descrito, la posibilidad de demandar de forma autónoma la nulidad de las decisiones de la asamblea que sean contrarias a los estatutos o a la ley. Dicho en otras palabras: se ha creado un sistema autónomo y diferenciado del derecho de oposición, que permite impugnar las decisiones de la asamblea de accionistas utilizando los principios generales sobre nulidad previstos en el Código Civil.<sup>4</sup>

A continuación, haremos un resumen realmente apretado sobre algunos de los aspectos más relevantes de esta acción, para que el lector pueda apreciar su alcance y sus esenciales diferencias con el derecho de oposición que hemos mencionado anteriormente:

La acción de nulidad de asamblea es de carácter contencioso y, justamente por su falta de regulación legal, no tiene un procedimiento especial para su trámite. Como hemos adelantado, puede demandarse la nulidad de una asamblea cuando se violen normas previstas en la ley o en los estatutos de la sociedad.

La resolución de la asamblea de accionistas se puede atacar tanto por vicios en el proceso de formación de la asamblea como por vicios en el contenido de la decisión definitiva. A su vez, la asamblea se puede atacar por contener vicios de nulidad absoluta o de nulidad relativa; siendo una labor realmente compleja determinar en cada caso concreto de qué tipo de nulidad se trata, y tocará siempre al juez –o árbitro– hacer la calificación definitiva.

ZERPA<sup>6</sup> explica que el objeto de esta acción es la declaratoria de ineficacia total o parcial de la asamblea de accionistas impugnada, para que la misma no surta los efectos deseados por los accionistas que tomaron la decisión. Creemos que es perfectamente posible acumular a la demanda de nulidad de asamblea otras pretensiones (por ejemplo, de daños y perjuicios) siempre que se cumplan las reglas ordinarias, valga decir, que los procedimientos sean compatibles y se respeten las normas sobre litisconsorcios.

La caducidad de la acción se verifica si ésta no se ejerce dentro del año siguiente de la publicación de la asamblea, según lo dispuesto en el artículo 56 de

---

<sup>4</sup> Entre las sentencias donde se consagró esta posibilidad, encontramos: (1) sentencia del 21 de enero de 1975 de la entonces Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de la Corte Suprema de Justicia; (2) sentencia de fecha 3 de febrero de 1994 de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia; (3) sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia número 196 de fecha 8 de febrero de 2002; (4) sentencia de la Sala Constitucional Tribunal Supremo de Justicia número 1513 del 8 de agosto de 2006; y (5) sentencia de la Sala de Casación Civil Tribunal Supremo de Justicia número 151 de fecha 30 de marzo de 2009.

<sup>5</sup> Ricardo Nissen, *Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias* (Buenos Aires: Depalma, 1989), 93.

<sup>6</sup> Ob. Cit. Página 143.

la Ley de Registros y del Notariado. En este aspecto Venezuela se aparta de otros ordenamientos jurídicos (por ejemplo, España o Perú) donde sólo existe una caducidad legal para los vicios de nulidad relativa; en nuestro caso, no importa si se trata de nulidad absoluta o relativa: las decisiones de la asamblea adquieren firmeza y son inimpugnables luego de transcurrir el señalado término de un año<sup>7</sup>.

La legitimación pasiva en el juicio de nulidad de asamblea corresponde a la sociedad<sup>8</sup>. La legitimación activa es un tema muy discutido, que –como veremos más adelante– puede inclusive afectar la arbitrabilidad de la materia. La jurisprudencia de nuestros tribunales ha dejado severas confusiones en cuanto a este punto, inclusive llegando al absurdo extremo de decir que aún en casos de nulidad absoluta la legitimación corresponde únicamente al accionista. Nosotros pensamos –contrariamente a lo anterior– que la manera correcta para determinar quién tiene la legitimación para demandar en estos juicios (al igual que en la acción de nulidad en general) es analizar si se trata de vicios de nulidad absoluta o de nulidad relativa. Así, la legitimación para interponer la acción de nulidad absoluta corresponderá a cualquier persona (socio o tercero en sentido amplio) que demuestre tener interés; en cambio, la legitimación activa en casos de nulidad relativa recaerá únicamente en cabeza de los accionistas, y no de cualquier accionista, sino de aquéllos directamente afectados por el vicio que se alega, y que tenían dicha condición para el momento en que se celebró la asamblea impugnada.

Hacemos constar que en el último capítulo de este trabajo vamos a profundizar sobre los efectos de las decisiones que se tomen en estos juicios, al analizar los posibles efectos del laudo arbitral y su oponibilidad a terceros.

Finalmente señalamos que, a diferencia de la oposición prevista en el artículo 290 del Código de Comercio, en el juicio de nulidad de asamblea pueden dictarse medidas cautelares. La más común es la medida innominada de suspensión de efectos de la asamblea impugnada, para cuyo decreto deben acreditarse las presunciones cautelares previstas en el Código de Procedimiento Civil. También es aceptado en nuestro foro que puedan dictarse medidas como la prohibición de enajenar y gravar o el nombramiento de un veedor, siempre que

---

<sup>7</sup> El caso de España es realmente interesante. El artículo 205 de la Ley de Sociedades de Capital establece que la acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de un año, salvo que tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá. Si bien hay autores en Venezuela que han querido sostener una tesis similar para nuestro país, pensamos que ello no tiene cabida, pues la Ley de Registros y Notariado no hace tal distinción.

<sup>8</sup> Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia número 493 del 24 de mayo de 2010.

no exista una intervención judicial en la sociedad y no se afecten derechos de terceros<sup>9</sup>.

### III. *Controversias sobre la arbitrabilidad de la impugnación de asambleas*

Hemos explicado que, actualmente, en Venezuela se reconoce la existencia de dos vías diferentes para impugnar las decisiones de la asamblea de accionistas. Una de ellas (el derecho de oposición) es de jurisdicción voluntaria, tiene un procedimiento especial y sólo puede ser ejercida por los accionistas. La otra vía (la acción autónoma de nulidad) es de carácter contencioso, se tramita por el procedimiento ordinario y, dependiendo del vicio alegado, puede ser interpuesta por los accionistas o aún por terceros con interés.

Habiendo entendido las características básicas de ambos mecanismos, llegamos a la pregunta que pretendemos abordar en este trabajo: ¿Serán arbitrables estos procedimientos de impugnación de asambleas de accionistas bajo el ordenamiento jurídico venezolano?

Desde ahora adelantamos que se trata de un tema realmente álgido en derecho comparado. A modo de ejemplo, existen países como Guatemala donde la jurisprudencia ha determinado que no es una materia arbitrable<sup>10</sup>. En otros países (por ejemplo España) se admite legalmente la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales; sin embargo, aún allí, donde la propia ley dice que es una materia arbitrable, se ha entendido que las demandas de nulidad absoluta (por violación del orden público) no se pueden encauzar por la vía del arbitraje<sup>11</sup>.

Lamentablemente en Venezuela no se han producido precedentes de fondo sobre esta materia. Existe únicamente una decisión dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia donde, luego de hacer un

---

<sup>9</sup> Ver en tal sentido sentencia vinculante número 1066 de fecha 9 de diciembre de 2016, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

<sup>10</sup> Así lo ha dicho la Corte Constitucional de Guatemala al menos en seis (6) decisiones, según se expresa en el siguiente trabajo: María González, “Análisis jurídico de los criterios jurisprudenciales de la corte de constitucionalidad respecto de la necesidad de ventilar la impugnación de un acuerdo de asambleas de accionistas de sociedades anónimas por la vía jurisdiccional a pesar de la existencia de un acuerdo arbitral”, (Tesis de grado, Universidad de Itzmo, 2018). Recuperado de: [https://unis.edu.gt/wp-content/uploads/2018/02/Rubi-Gonzalez\\_-\\_Analisis-juridico-de-los-criterios-jurisprudenciales.pdf](https://unis.edu.gt/wp-content/uploads/2018/02/Rubi-Gonzalez_-_Analisis-juridico-de-los-criterios-jurisprudenciales.pdf)

<sup>11</sup> Ver en ese sentido dos excelentes trabajos, que citaremos a lo largo del presente estudio: (1) María Rodríguez Roblero, “Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje”, (Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2010). Recuperado de: <http://eprints.ucm.es/11611/1/T32148.pdf> ; y (2) Susana Pérez Escalona, “La impugnación de acuerdos sociales mediante arbitraje en derecho de asociaciones: admisibilidad teórica y viabilidad práctica”, *Boletín de la facultad de derecho*, número 28 – 2006. Recuperado de: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BED-2006-28-43356C99/PDF>

análisis *prima facie*, se declaró la falta de jurisdicción de los tribunales ordinarios para conocer de una acción de nulidad contra una asamblea, pues en los estatutos de una sociedad civil existía un acuerdo de arbitraje<sup>12</sup>. Inclusive a nivel doctrinario existe disparidad de criterios: hay quienes sostienen que es posible someter a arbitraje este tipo de procedimientos (entre ellos BARIONA<sup>13</sup> y LEPERVANCHE<sup>14</sup>) y quienes niegan esta posibilidad para los casos de nulidad absoluta (MATA<sup>15</sup>).

Ante la falta de leyes o precedentes nacionales sobre el tema, pensamos que la mejor manera de enfrentar este trabajo es recopilando las razones por las cuales se ha negado (o al menos discutido) la arbitrabilidad de la impugnación de asambleas en el derecho comparado, y analizar dichos argumentos a la luz del ordenamiento jurídico venezolano. Dicho lo anterior, tenemos:

#### A. La incorporación de un acuerdo de arbitraje en los estatutos de la sociedad

La primera interrogante que surge en torno a este tema es la siguiente: si se pretende encauzar por un arbitraje la impugnación de las asambleas de una determinada sociedad, ¿dónde se incluye el acuerdo de arbitraje?

La solución lógica y común es que esto ocurra a través de la incorporación de un acuerdo de arbitraje dentro de los estatutos de la compañía. De hecho ésta ha sido considerada como una buena práctica mercantil, incorporada expresamente en múltiples legislaciones<sup>16</sup>. En Venezuela, aún cuando no existen normas expresas que regulen la materia, ha sido admitido por la doctrina que ello es posible y deseable, y pensamos que el hecho de que (1) la ley no lo prohíbe expresamente y (2) que en la sentencia de la Sala Político – Administrativa que ya citamos se declinara la jurisdicción con base en un arbitraje estatutario, son argumentos a favor de su procedencia.

---

<sup>12</sup> Sentencia número 621 de fecha 12 de mayo de 2011.

<sup>13</sup> Mario Bariona, “El arbitraje como medio alternativo de solución de disputas en las sociedades”, *Legal Report*, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje CEDCA, mayo/junio 2012: 56-59. Recuperado de:  
[http://cedca.org.ve/sites/default/files/Business\\_327.pdf](http://cedca.org.ve/sites/default/files/Business_327.pdf)

<sup>14</sup> Carlos Lepervanche, “Aproximación a la solución de conflictos societarios mediante el arbitraje”, *Legal Report*, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje CEDCA, 2010. Recuperado de:  
<http://www.cedca.org.ve/legal-report/>

<sup>15</sup> Luis Mata, “La acción de nulidad absoluta como medio de impugnación de las decisiones de las asambleas de la sociedad anónima”, *Revista de la facultad de derecho*, número 67-70, 2012 – 2015. Recuperado de:

<http://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/temas/index.php/rfderecho/article/view/3657>

<sup>16</sup> Así ocurre en España, Colombia y Chile. En este último, el arbitraje estatutario es la regla, salvo que los socios pacten lo contrario.

Sin embargo, el problema no termina allí. El arbitraje estatutario trae consigo una serie de dudas importantes; aprovecharemos la oportunidad para tratar dos de ellas (sucintamente) a continuación:

i. *¿El acuerdo debe adoptarse de forma unánime, o por mayoría?*

En primer lugar, es sencillo entender que el acuerdo de arbitraje incluido en el documento constitutivo – estatutario de la sociedad, al haber sido aceptado por los socios fundadores, es oponible a todos ellos. Sin embargo: ¿qué ocurre cuando el acuerdo se incorpora a través de una modificación estatutaria? ¿Debe ser aceptado por todos los accionistas, o rige el principio mayoritario? En esta materia existen dos tesis muy diferenciadas:

Un primer sector de la doctrina entiende que es posible incorporar el acuerdo de arbitraje a través de una decisión mayoritaria. De hecho, existen países donde la propia ley ha establecido que se puede incorporar el arbitraje estatutario de esta forma; el caso más cercano y palpable es el de España, donde el 20 de mayo de 2011, a través de la Ley 11/2011, se incorporó en la Ley de Arbitraje una norma que dice:

*“Artículo 11 bis. Arbitraje estatutario.*

*“1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen.*

*2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social.*

*3. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral.”*

No obstante, nosotros nos inclinamos por la posición contraria: creemos, junto al otro sector de la doctrina, que el acuerdo de arbitraje estatutario debe ser tomado de forma *unánime*. Para ello ofrecemos las siguientes razones:

Como ya precisamos anteriormente, el artículo 289 del Código de Comercio establece que las decisiones de la asamblea son obligatorias para todos los accionistas, inclusive para los que no hayan concurrido a ella, y las únicas excepciones se encuentran en el 282 del mismo Código, que brinda un derecho

de separación a los socios disidentes en materia de aumento o reintegro del capital, o de cambio del objeto social de la compañía.

Sin embargo, como bien explica HUNG<sup>17</sup>, la asamblea encuentra un límite de su competencia en los llamados derechos individuales o particulares de los socios, pudiendo ser impugnada “*cuando conculque o modifique los derechos individuales o particulares de los socios sin la anuencia de éstos*”. Dentro de esta categoría, el profesor MORLES<sup>18</sup> identifica los derechos administrativos (entre ellos: participación, voto, impugnación de asambleas y denuncia de irregularidades) y derechos patrimoniales (utilidades y cuota de liquidación).

Así, frente a casos donde la mayoría pretenda eliminar o modificar estos derechos individuales o particulares de un accionista sin su consentimiento, en nuestro criterio, al menos a primera vista, nace para el socio afectado la posibilidad de impugnar la decisión de la asamblea. Por ejemplo, si la mayoría decide quitarle a una acción determinada su derecho a voto sin que el titular de ésta lo apruebe, transformando su acción a una sin voto, no cabrían dudas en cuanto a que esa decisión asamblearia podría ser impugnada.

Al analizar un caso parecido (el de las acciones privilegiadas o preferidas) HUNG<sup>19</sup> profundiza sobre esta idea y precisa lo siguiente:

*“En relación con los derechos individuales o particulares de determinada categoría de socios a los cuales hemos hecho referencia bajo el número 3, la doctrina entiende que los mismos son inderogables por la mayoría. En otras palabras, cuando el documento constitutivo de la sociedad consagra privilegios especiales para determinadas categorías de accionistas, tales derechos no pueden serle conculcados por una decisión mayoritaria de la asamblea. A los fines de eliminar los derechos particulares será necesario el consentimiento de sus titulares.”*

Ahora bien: dicho lo anterior, en nuestra opinión no resulta posible para la mayoría modificar el derecho de impugnación de un accionista sin su consentimiento. Creemos que la inclusión de un acuerdo de arbitraje evidentemente modifica el comentado derecho, pues si bien el arbitraje es una vía adecuada y trae múltiples ventajas, no podemos olvidar que conlleva también algunas renunciaciones importantes, entre ellas el acceso a los recursos y a la gratuidad

<sup>17</sup> Francisco Hung, *Sociedades* (Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2002), 234.

<sup>18</sup> Alfredo Morles, *Curso de derecho mercantil: Las sociedades mercantiles Vol.2* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2002), 1102 - 1130.

<sup>19</sup> Ob. Cit. Página 140.

de la justicia. La unanimidad para la inclusión del acuerdo de arbitraje es compartida en nuestro foro por el profesor BARIONA<sup>20</sup>.

Aquí queremos precisar un hecho importante: como ya vimos, en España se permitió la incorporación del acuerdo de arbitraje por mayoría (por cierto, otorgando un derecho de separación al disidente, que en Venezuela sólo existe por otras causas); sin embargo, creemos que es pertinente señalar algunas diferencias entre el ordenamiento español y el venezolano, que para nosotros hacen definitiva la imposibilidad de adoptar una norma de este tenor en nuestro país.

Con respecto al derecho de oposición, el artículo 290 del Código de Comercio establece que “*a las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o la Ley, puede hacer oposición todo socio ante el Juez de Comercio*”. Por su parte, más allá de la discusión antes planteada, la jurisprudencia ha indicado que la legitimación para demandar la nulidad de una asamblea corresponde a cada socio<sup>21</sup>. Es decir: el derecho a impugnar las asambleas es un derecho individual o particular del socio individualmente considerado, que le corresponde sin importar qué tan grande o pequeña sea su participación en el capital social.

Pero en España esto no es así. Si revisamos la Ley de Sociedades de Capital (reformada en 2014) veremos que, por ejemplo, la impugnación de acuerdos sociales es un derecho que corresponde a las minorías y no al accionista individual. En tal sentido, el artículo 206 de dicha ley establece que podrán impugnar los acuerdos anulables (viciados de nulidad relativa) “*los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital*”.

Como vemos, la política legislativa en España decidió alejarse del esquema tradicional que consideraba el derecho de impugnación como un derecho que asiste a cada accionista (al menos en los casos de nulidad relativa), y –en nuestra opinión- bajo ese esquema pareciera más factible que la mayoría pudiera adoptar un acuerdo de arbitraje e incluirlo en los estatutos.

Sin embargo, repetimos, en Venezuela esto no parece posible. La ley, doctrina y jurisprudencia han sido claras y contestes en cuanto a que el derecho de impugnar las asambleas es un derecho individual y particular de los socios, y el ordenamiento jurídico venezolano tiende a la protección –casi excesiva- de estos derechos. Para ello solo basta recordar que la Sala Constitucional del

---

<sup>20</sup> Ob. Cit. Página 58.

<sup>21</sup> Ver, entre muchas otras: (1) la sentencia de fecha 21 de enero de 1975 dictada por la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de la Corte Suprema de Justicia y (2) sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia número 33 de fecha 19 de febrero de 2009.

Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia número 585 del 12 de mayo de 2015, declaró la nulidad parcial de la norma prevista en el artículo 291 del Código de Comercio, por considerar que resultaba inconstitucional y violatorio de los derechos individuales de los minoritarios la exigencia de un porcentaje del 20% de las acciones para denunciar ante el juez de comercio las irregularidades de los administradores.

Además de las razones legales antes anotadas, pensamos que existen también argumentos de índole constitucional que apoyan la necesidad de que el acuerdo de arbitraje estatutario se tome de manera unánime.

En tal sentido, no nos quedan dudas en cuanto a que a través del arbitraje se alcanza el derecho a la tutela judicial efectiva; sin embargo, debemos tener en cuenta que uno de los pilares del arbitraje es su carácter netamente *voluntario*, expresamente previsto en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial, y que viene amparado por el artículo 20 de la Constitución, según el cual: “*toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social*”. También creemos que la imposición de un arbitraje por la mayoría violaría el derecho al juez natural de los disidentes, previsto en el artículo 49.4 de la Constitución, que dispone: “*Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley*”.

Como bien resume el autor español PÉREZ<sup>22</sup>: “*la imposición a la minoría societaria de un arbitraje deja en manos de la mayoría el ejercicio por aquélla de su derecho fundamental e inderogable de exigir del Estado (de Derecho) la prestación Jurisdiccional (...) Pierden la libertad y con ella la legitimidad de la solución arbitral.*”

ii. *¿A quién es oponible un acuerdo de arbitraje estatutario?*

Ahora bien, existiendo en los estatutos sociales un acuerdo de arbitraje válido, toca determinar a quiénes resultaría oponible. Para nosotros quedan sometidos al acuerdo de arbitraje: (1) la sociedad, pues como explica TARRÍO<sup>23</sup>, existe una identificación entre la voluntad de la unanimidad estatutaria con la voluntad social; (2) los socios que adoptaron el pacto arbitral; (3) los herederos y legatarios de un socio fallecido, salvo que exista entre los herederos un menor de edad, caso en el cual deberá acudir ante los tribunales de protección; y (4) los

<sup>22</sup> José Carlos Pérez, “Incorporación a los estatutos sociales de la cláusula arbitral: notas sobre la constitucionalidad del sistema”, *Diario La Ley*, España, 28 de octubre de 2015. Recuperado de:

<https://www.ontier.net/ia/estatutosocialesclausulaarbitral/josecarlosperezberengenalaley281015.pdf>

<sup>23</sup> Manuel Tarrío, “La cláusula estatutaria para la sumisión a arbitraje de la impugnación de los acuerdos sociales: esquema de situación”, *Cuadernos de derecho y comercio*, Dykinson, 2011. 135.

administradores y comisarios, dada su relación orgánica con la sociedad, y además por el imperativo legal de que su actuación debe estar sujeta a los estatutos, previsto en múltiples artículos del Código de Comercio.

El caso que –según hemos observado- ha generado mayor controversia en este sentido, es la aplicación del acuerdo de arbitraje a los socios que ingresan a la sociedad con posterioridad a su adopción, sea a través de un aumento de capital o por la venta o cesión que haga un accionista determinado de sus acciones. En este sentido, se ha advertido que podría considerarse a la sociedad como un contrato de adhesión, y en Venezuela se ha entendido que los acuerdos de arbitraje en los contratos de adhesión son tomados como cláusulas sospechosas de ser abusivas.

Sin embargo, sobre este tema concordamos con BARIONA<sup>24</sup>:

*El artículo 1.163 del Código Civil establece que quien contrata lo hace para sí y para sus herederos y causahabientes, por lo cual pareciera que el cesionario o adquirente de acciones entra perfectamente en la categoría de causahabiente (en este caso por un acto entre vivos y no mortis causa, como solemos entender las sucesiones). Adicionalmente, por efecto de la publicidad que otorga el Registro Mercantil al acta constitutiva y a los estatutos, quien desea adquirir unas acciones de una sociedad, se presume que conoce perfectamente las estipulaciones societarias. Si se incluyó una cláusula compromisoria arbitral, le será aplicable al cesionario.”*

No obstante, siguiendo al profesor BARIONA, y tomando en cuenta que el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial establece que en los contratos de adhesión la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente, consideramos prudente que en el acto de cesión o venta haya una manifestación expresa por parte del adquirente aceptando el acuerdo de arbitraje.

B. Arbitrabilidad objetiva: ¿La impugnación de asambleas es una materia susceptible de transacción?

En Venezuela, como en muchos otros países, la ley no establece un catálogo de materias arbitrables, sino simplemente se limita a determinar: (1) que podrán ser objeto de arbitraje “*las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir*” y (2) que existen una serie de

<sup>24</sup> Ob. Cit. Páginas 57-58.

supuestos expresos en los cuales las partes no podrían someter sus controversias a arbitraje. Esto se estipula en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial, cuyo texto es el siguiente:

*“Artículo 3. Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.*

*Quedan exceptuadas las controversias:*

*Que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme;*

*Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público;*

*Que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas;*

*Relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial;*

*Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme.”*

Revisado el artículo anterior, a los efectos de este apartado tenemos que analizar si la impugnación de asambleas: (1) califica como una controversia “que sea contraria al orden público” y (2) es una materia susceptible de transacción.

Con respecto a lo primero pensamos que existe una confusión generalizada. En tal sentido, este artículo lo único que dice es que si la controversia *es en sí misma contraria al orden público*, no será arbitrable, al igual que el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil establece que no será admisible la demanda si la pretensión es contraria al orden público.

Sin embargo, dicha norma de ninguna manera implica que las materias donde esté interesado el orden público no sean arbitrables. Afortunadamente así

lo ha entendido reiteradamente nuestro Tribunal Supremo de Justicia<sup>25</sup>, al fijar la siguiente doctrina:

*“(…) la declaratoria de orden público por parte del legislador de una determinada materia lo que comporta es la imposibilidad de que las partes puedan relajar o mitigar las debidas cautelas o protecciones en cabeza del débil jurídico, las cuales son de naturaleza sustantiva; siendo, por el contrario que la libre y consensuada estipulación de optar por un medio alternativo -vgr. Arbitraje, mediación, conciliación, entre otras- en directa e inmediata ejecución de la autonomía de la voluntad de las partes es de exclusiva naturaleza adjetiva.”*

Por ello, si bien en la impugnación de asambleas existen aspectos en los cuales podría estar interesado el orden público, lo cierto es que el arbitraje no afecta el contenido de estas normas sino sólo el cauce procesal por el cual se hacen valer, de manera que nunca pudiera objetarse la arbitrabilidad de la materia por considerarla “*contraria al orden público*”.

Con respecto al segundo punto, valga decir, si la nulidad de asambleas es una materia susceptible de transacción, tenemos:

Existen autores para los cuales la nulidad es una materia en la cual las partes no pueden transigir, y por ende no pueden delegar su resolución en árbitros<sup>26</sup>. Sin embargo, en Venezuela esta tesis pierde fuerza desde que el artículo 7 de la Ley de Arbitraje Comercial reconoce expresamente la facultad que tienen los árbitros de declarar la nulidad de un contrato. En efecto, la señalada norma dice así:

*Artículo 7. El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje.”*

---

<sup>25</sup> Sentencia de la Sala Constitucional número 1541 de fecha 17 de octubre de 2008, ratificada en la decisión número 702 de fecha 18 de octubre de 2018.

<sup>26</sup> Andrés Rebaza, “Laudando sacrilegamente: consideraciones en torno al carácter arbitrable de la nulidad del acto jurídico”, *Revista derecho & sociedad*, número 21, 2003. 302-307. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/viewFile/17386/17669>

También debemos señalar, a favor de la arbitrabilidad de la acción de nulidad en general, que la propia Sala Constitucional<sup>27</sup> ha establecido que: “*para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes*”.

Creemos que para entender que la materia es susceptible de transacción y arbitraje, sólo basta tener en cuenta dos aspectos: (1) que los legitimados activos pueden ejercer o no el derecho de impugnación a su elección, y de no hacerlo, los acuerdos se presumen válidos según el artículo 289 del Código de Comercio; y (2) la naturaleza jurídica eminentemente *disponible* de la asamblea de accionistas, que hace que sus decisiones puedan ser revocadas, subsanadas o modificadas por ella misma en cualquier momento.

*i. La acción de nulidad absoluta y sus problemas particulares*

Ahora bien: todo lo que hemos dicho resulta inobjetable en el campo de la nulidad relativa, que como bien explicaba LÓPEZ HERRERA<sup>28</sup>, busca proteger intereses netamente privados. Sin embargo: ¿aplicará para la nulidad absoluta?

En contraposición a la nulidad relativa, la nulidad absoluta busca proteger el interés general. Esa es la razón por la cual no es convalidable, puede ser decretada de oficio y cualquier tercero interesado puede oponerla.

Sin embargo, como ya habíamos adelantado, es una labor difícil determinar en cada caso concreto si se está frente a vicios de nulidad absoluta o relativa. Un ejemplo de la complejidad de este tema lo encontramos en los ordenamientos sectoriales (por ejemplo, el bancario y el mercado de valores) donde se sustrajeron múltiples aspectos de la autonomía de la voluntad de las partes, en principio, para proteger a la comunidad. No obstante —en nuestra opinión— aún cuando en las leyes que regulan este tipo particular de sociedades existen múltiples normas imperativas o prohibitivas, continúa siendo discutible que cualquier infracción a dichas reglas pueda viciar la asamblea de nulidad absoluta, pues, en nuestro criterio, no toda norma inderogable protege el interés general de forma inmediata. Piénsese el siguiente caso: el artículo 63 de la Ley de Mercado de Valores expresamente establece que habrá anualmente un reparto obligatorio de dividendos en las sociedades que formen parte del mercado de valores; pero si al repartirse los dividendos se excluye a un socio en particular: ¿Cualquier tercero puede impugnar la asamblea? ¿Afecta esto de manera inmediata a la colectividad? Nosotros creemos que no, y por ello mantenemos

<sup>27</sup> En la sentencia número 1541 del 17 de octubre de 2008, antes citada.

<sup>28</sup> Francisco López Herrera, *La nulidad de los contratos en la legislación civil de Venezuela* (Caracas: Empresa El Cojo, 1952).

que siempre corresponderá al juez (o árbitro) calificar el alcance del vicio que se le impute a la asamblea.

Igual ocurre con la convocatoria. Aún cuando pareciera existir un consenso en cuanto a que los vicios relacionados con la convocatoria sólo acarrear la nulidad relativa de la asamblea<sup>29</sup>, encontramos opiniones como la de LUQUE<sup>30</sup>, para quien las normas sobre convocatoria también protegen a la colectividad; y en el caso particular de la falta total de convocatoria, algunos autores<sup>31</sup> y la jurisprudencia<sup>32</sup> han dicho que se trata de un supuesto de nulidad absoluta.

Sin embargo existen casos donde los autores se han mostrado contestes; por ejemplo, se entiende de forma casi unánime que la aprobación de balances falsos<sup>33</sup> es un vicio que acarrea la nulidad absoluta de la asamblea. Lo mismo ocurre con la falta de quórum y de mayorías, que como explica CORSI<sup>34</sup>, afectan directamente la emisión de la voluntad social.

También existe un consenso en cuanto a que la asamblea estará viciada de nulidad absoluta cuando afecte derechos de terceros. Sin embargo, al menos localmente, son situaciones muy poco comunes. Por ejemplo, en una sentencia de vieja data encontramos un caso que nos llamó la atención, y pensamos que califica como una verdadera nulidad absoluta: nos referimos a la decisión de la Sala de Casación Civil de la antigua Corte Suprema de Justicia dictada en fecha 15 de junio de 1988. Dicho caso se trataba, según pudimos observar, de una demanda de daños y perjuicios incoada por una persona llamada “C. Martínez” contra la compañía C.A. Poli – Industrial Aragua, basada en lo siguiente: (1) que el señor Martínez fue administrador –no accionista- de la demandada durante el período comprendido entre el 10 de julio de 1984 y 30 de junio de 1985, (2) que durante ese período la asamblea ordenó pagar a los administradores un porcentaje de las utilidades por su buen desempeño y (3) que la asamblea revocó unos meses después esa decisión, reduciendo el porcentaje que habría de pagarse. Por su parte, al momento de contestar la demanda, los abogados de C.A. Poli – Industrial Aragua argumentaron entre otras defensas que el demandante tuvo que presentar

---

<sup>29</sup> Ver, entre otros: (1) Jorge Núñez, *Sociedades mercantiles: La sociedad anónima*, Vol. 2 (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1979), 246; y (2) Manuel Acedo Mendoza y Luisa Acedo de Lepervanche, *La sociedad anónima* (Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2000), 291.

<sup>30</sup> Ob. Cit. Páginas 457 – 459.

<sup>31</sup> Entre otros: Luis Corsi, “Un panorama de las formas de invalidez de los acuerdos de las asambleas de la sociedad anónima”, *Bicentenario del Código de Comercio Francés*, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Católica Andrés Bello y Embajada de Francia en Venezuela, 2008). 731.

<sup>32</sup> Sentencia dictada el día 3 de febrero de 1994 por la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia.

<sup>33</sup> Rodríguez Roblero, María. Ob. Cit. Página 341.

<sup>34</sup> Ob. Cit. Página 734.

la correspondiente demanda de nulidad de asamblea, y al no hacerlo, las decisiones de la asamblea surtían plenos efectos contra él. Curiosamente en ese caso la Corte Suprema de Justicia determinó que ese argumento no era procedente, pues un administrador no accionista –en criterio de la Sala– carecía de legitimación para demandar la nulidad de asamblea. Nosotros estamos en desacuerdo con ese criterio, pues pensamos que ése resultaba un vívido ejemplo de una asamblea viciada de nulidad absoluta por violación de derechos de terceros, y que en efecto el administrador debió demandar la nulidad de la asamblea, pudiendo reclamar adicionalmente los daños y perjuicios <sup>35</sup>.

Ahora bien: a diferencia de lo que se ha sostenido en otras legislaciones, nosotros creemos que sigue siendo indiscutible la arbitrabilidad objetiva de estas materias, pues –repetimos– la asamblea de accionistas aún podría subsanar, revocar o modificar las decisiones viciadas de nulidad absoluta. Piénsese el caso de la aprobación de un balance falso: más allá de las implicaciones penales que ello podría tener, la asamblea siempre podrá discutir nuevamente el punto y dejar sin efecto el acuerdo anterior, lo cual ratifica su carácter estrictamente disponible. Igual pasaría con la asamblea donde se tomaron decisiones vulnerando las mayorías o el quórum, o inclusive aquéllas donde se afectaron derechos de terceros. Recordemos además que el único *test* de arbitrabilidad exigido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como vimos, es el hecho de que la materia pueda ser conocida por un juez, y de allí que sea irrelevante el carácter absoluto o relativo de la nulidad invocada.

Sin embargo, creemos que el único problema posible (netamente práctico) radica en la posibilidad, antes explicada, que tienen los terceros de impugnar estas decisiones a través de la acción de nulidad, y el hecho de que estos terceros no se encuentran atados al acuerdo de arbitraje. En tal sentido, PÉREZ ESCALONA <sup>36</sup> explica:

*“Al margen, aunque pudieran encontrarse y aceptarse argumentos que justifiquen que el interés afectado por el acuerdo impugnado no obsta la arbitrabilidad teórica de la impugnación, parece que los intereses afectados por los vicios determinantes de la infracción pueden revelarse como relevantes para condicionar su operatividad práctica, porque no queda claro que la apertura del procedimiento arbitral impida, per se, la actualización del riesgo de duplicidad de procedimientos y, muy particularmente, el supuesto de que un*

<sup>35</sup> Sentencia de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia de fecha 15 de junio de 1988. Disponible en: Ramírez & Garay. Jurisprudencia Venezolana. Tomo CIV. Caracas: Ramírez & Garay S.A. 1988.

<sup>36</sup> Ob. Cit. Páginas 24-25.

*tercero con interés legítimo, respecto del que es discutible que se pueda extender la eficacia de cosa juzgada de un laudo firme, decida iniciar un procedimiento judicial de impugnación del acuerdo social objeto de arbitraje. Si, como parece, es muy discutible que la eficacia subjetiva del laudo —no del convenio arbitral como cláusula estatutaria inscrita— cubra a todos los sujetos eventualmente legitimados para impugnar el acuerdo social, lo cierto es que el riesgo de contradicción de pronunciamientos y/o de duplicidad de procedimientos puede terminar dando al traste con la bondad de la arbitrabilidad por empobrecer, en términos de litigiosidad de los acuerdos, la eficiencia de la solución arbitral de las impugnaciones.”*

En efecto, como bien explica la citada autora, podría darse perfectamente el caso que, en simultáneo, dentro del término de caducidad de un año previsto en la Ley de Registros y del Notariado, un tercero y un accionista impugnen la asamblea, uno ante el tribunal arbitral y el otro ante el tribunal ordinario. Esto podría traer problemas prácticos, pues al no poderse acumular los procedimientos, existe la posibilidad de que se dicten sentencias contradictorias. Para esos casos, la autora española RODRÍGUEZ ROBLERO<sup>37</sup> opina que la solución lógica es que la jurisdicción ordinaria conozca de ambas demandas:

*“Por otra parte, al tener legitimación los terceros para impugnar los acuerdos nulos, no se les puede obligar a acudir a la vía arbitral porque ellos no están vinculados por la cláusula arbitral estatutaria, a menos que voluntariamente la suscriban y estén de acuerdo todas las partes del convenio arbitral. En este caso no puede impedirseles a los terceros que insten un proceso de impugnación judicial de acuerdos sociales sobre cuestiones que estatutariamente se prevé su resolución mediante arbitraje, ya que frente a ellos no puede oponerse la declinatoria de jurisdicción, por no estar vinculados por el pacto arbitral; ni la excepción de litispendencia, por no haber identidad subjetiva en ambos procedimientos.*

*Además, por la naturaleza inicialmente contractual del convenio arbitral, no puede un tercero pretender acogerse a la vía arbitral por su propia voluntad. En este caso será necesario que las partes lo autoricen y todos estén de acuerdo*

---

<sup>37</sup> Ob. Cit. Página 332.

*a través de un convenio arbitral ad hoc, ya que de no ser así no podrá acudir al arbitraje como vía alternativa a la jurisdicción ordinaria para resolver sus conflictos. En este caso en concreto, de impugnación de un acuerdo nulo de una sociedad de capital, están los terceros perfectamente legitimados para instarlo, pero no a través de la vía arbitral (artículos 9 LA y 117.1 LSA).*

(...)

*En estos casos, como ya se ha repetido a lo largo de este trabajo de investigación, habría que optar por la vía judicial en razón de criterios legales y prácticos. Legales, por cuanto es la única vía que vincula a todos: socios y terceros; y, prácticos, para evitar dos resoluciones paralelas que podrían ser incluso contradictorias, con el consiguiente gasto de recursos y energías, además de que ambas tendrían la eficacia de cosa juzgada con las consiguientes complicaciones.”*

Si bien entendemos la problemática, nuestra opinión es que el árbitro siempre puede conocer de las demandas de nulidad de una asamblea por vicios de nulidad absoluta. Para fundamentar lo anterior, creemos que sólo resulta necesario entender el alcance de la decisión que se toma en los juicios de esta índole; en ese sentido, CORSI<sup>38</sup> explica que el fallo estimatorio de la pretensión produce efectos *para todos los accionistas*, pero cuando la sentencia rechaza la pretensión de nulidad, surte efectos *sólo para quienes demandaron la nulidad*. Luego, si un accionista demanda a través de un tribunal arbitral la nulidad de una asamblea, y esta pretensión es rechazada, la decisión solamente tiene efectos entre el demandante y la sociedad, quedando abierto el camino para cualquier tercero de impugnar la asamblea ante los tribunales ordinarios. Si por el contrario la pretensión es acogida, entonces el tercero ni siquiera tendrá necesidad de demandar esta nulidad, quedándole la posibilidad –si se le causó algún perjuicio– de ejercer una acción de daños. Esta solución es cónsona con los principios básicos de la cosa juzgada. Por ello pensamos que, en esta materia tan particular, la duplicidad de juicios no resulta necesariamente un problema de envergadura, como señala la doctrina española.

Para quienes no compartan nuestra posición anterior, que pensamos es la correcta, entonces proponemos otra solución: existe una norma muy interesante en el derecho argentino, establecida en el artículo 253 de la Ley General de Sociedades de ese país, según la cual, una vez recibida la demanda, el juez puede

<sup>38</sup> Ob. Cit. Página 736.

dictar las medidas cautelares que considere pertinentes (entre ellas la suspensión de efectos de la asamblea); sin embargo, sólo se proseguirá el juicio después de vencido el lapso de caducidad (en su caso, de tres meses), esto a fin de que todas las posibles acciones se hayan interpuesto y luego puedan acumularse, a cuyo efecto los administradores tendrán obligación de informar en cada expediente la existencia de las demás.

Pensamos que aún cuando en Venezuela –obviamente– no existe una solución análoga, podría procederse de forma similar: en nuestro criterio, el árbitro puede conocer de la demanda de nulidad absoluta; sin embargo, si desea evitar la posibilidad de decisiones contradictorias, podrá esperar a que se cumpla el lapso de caducidad de la acción de nulidad<sup>39</sup>. En caso que un tercero impugne la misma asamblea ante la jurisdicción ordinaria, la sociedad deberá notificarlo, y en ese momento el árbitro declarará su falta de jurisdicción, a fin de evitar decisiones contradictorias.

En conclusión: en nuestra opinión, en Venezuela son arbitrables las impugnaciones de asambleas por nulidad relativa o nulidad absoluta. El único problema se presentaría en el supuesto que, frente a un vicio de nulidad absoluta, un tercero impugne la asamblea, en cuyo caso la doctrina ha señalado que todas las acciones deben corresponder a un tribunal judicial ordinario. Nosotros creemos que esto no obsta para que el árbitro conozca sin limitaciones la pretensión de nulidad; sin embargo, como solución subsidiaria proponemos que el tribunal arbitral conozca de la reclamación pero sin dictar el laudo hasta que venza el lapso de caducidad, para que en caso que exista impugnación de un tercero, decline su jurisdicción sobre el asunto.

C. La existencia de un procedimiento especial en la ley (referencia al artículo 290 del Código de Comercio)

Ya explicamos que, a diferencia de la acción de nulidad, el derecho de oposición a las decisiones de la asamblea tiene un procedimiento especial establecido en la ley, concretamente en el artículo 290 del Código de Comercio.

Por su parte, hemos podido observar que ésta es justamente una de las razones por las cuales se ha negado la arbitrabilidad de la impugnación de asambleas en el derecho comparado: la supuesta existencia de normas imperativas de orden procesal que harían imposible trasladar este tipo de controversias a la esfera del arbitraje; de hecho, fue una de las razones definitivas para que en

---

<sup>39</sup> En ese mismo sentido: Francisco Vicent Chuliá, “Arbitraje de impugnación de acuerdos sociales: acto final”, *Anuario de justicia alternativa*, número 1 - 2001. 114.

España no pudiese arbitrarse la impugnación de asambleas durante muchos años<sup>40</sup>.

Sin embargo, creemos que en Venezuela esta tesis no sería sostenible, pues –como hemos visto- ya la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha determinado que a través de la adopción del acuerdo de arbitraje solamente se modifica el cauce para ventilar la pretensión, siendo obligatorio para los árbitros respetar las normas de orden público que rodeen el asunto que se someta a su decisión.

Así, naturalmente, si se plantea una oposición por el artículo 290 del Código de Comercio ante un tribunal arbitral, éste debe seguir las pautas previstas en dicho artículo: (1) deberá constatar que quien presenta la solicitud es un accionista, (2) deberá notificar a la sociedad, (3) oír a los administradores y comisarios, y (4) si considera que la solicitud es procedente, ordenará la suspensión de los acuerdos tomados y convocará a una nueva asamblea. Lo que no podrían hacer los árbitros –ni tampoco los jueces- sería desnaturalizar el procedimiento, y por ejemplo, anular la asamblea, dictar medidas cautelares o pronunciarse sobre los vicios de fondo.

#### D. Posibilidad de acordar un arbitraje de equidad o un arbitraje *ad hoc* en esta materia

Si revisamos la Ley española 11/2011 de 20 de mayo, podremos observar que se permite la impugnación de acuerdos sociales mediante arbitraje, pero encomendándose “*la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral*”. Si bien en Venezuela nada se ha dicho sobre el tema, ni existe un mandamiento legal expreso, pensamos que esta solución es deseable, en vista del escaso desarrollo que ha tenido en nuestro foro el arbitraje *ad hoc*.

Adicionalmente, por ejemplo, tanto en España<sup>41</sup> como en Chile<sup>42</sup> se discute si esta materia puede ser sometida a un arbitraje de equidad, pareciendo imponerse la tesis de que es factible hacerlo. Lamentablemente en Venezuela la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia<sup>43</sup>, al resolver sobre la arbitrabilidad de las controversias sobre arrendamiento comercial, dispuso que

<sup>40</sup> Pérez Escalona. Ob. Cit. Página 16.

<sup>41</sup> Pilar Perales Viscasillas, “Arbitraje Estatutario”, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz* (Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015). 776.

<sup>42</sup> María Vásquez, “Revisión del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el Derecho societario (obligatoriedad y arbitrabilidad). Formulación de una propuesta en aras de la modernización”, *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N° 1, 2014, Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 408 - 409. Recuperado de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v20n1/art17.pdf>

<sup>43</sup> En la decisión número 702 de fecha 18 de octubre de 2018, antes citada.

ello es posible “*siempre que se trate de un arbitraje de derecho, el cual obliga al árbitro a utilizar las normas sustantivas*”. Creemos que esta decisión marca un precedente negativo que impediría someter a arbitraje de equidad la impugnación de asambleas, debido a las normas de orden público que rodean las dos acciones que hemos venido estudiando en este trabajo.

#### E. Los efectos del laudo que acuerda la nulidad de una asamblea

Éste es uno de los puntos más álgidos en la impugnación de asambleas. Si estudiamos las obras de LÓPEZ HERRERA<sup>44</sup>, MELICH<sup>45</sup> y OCHOA<sup>46</sup>, veremos que, en nuestra legislación, una vez declarada la nulidad absoluta o relativa de un contrato *debe reputarse como si éste jamás se hubiera suscrito*; es decir, debe tenerse como si el contrato nunca produjo efecto alguno de derecho. Si la nulidad decretada es total, queda todo el contrato anulado, y si es parcial (por ejemplo, una cláusula determinada) sólo esa parte desaparece.

Además encontraremos que la declaratoria de nulidad puede crear efectos (1) entre las partes del acto y (2) entre éstas y terceros. Con respecto a los efectos entre las partes, si el contrato nunca se ejecutó, declarada la nulidad ese acto jurídico simplemente deja de existir; no obstante, si se ejecutó y existió una prestación entre las partes, nace la obligación de restituir. Con respecto a los efectos hacia los terceros, veremos que es unánime la doctrina en cuanto a que los derechos adquiridos por terceros –aún de buena fe– decaen totalmente con la declaración de nulidad, salvo el caso de los bienes muebles, donde únicamente decaen los derechos del poseedor de mala fe, quien deberá inclusive devolver los frutos recibidos.

Como queda claro, las consecuencias de la nulidad civil son realmente graves; pero estas consecuencias no podrían –ni deben– ser aplicadas a rajatabla en materia societaria. La doctrina nacional se ha pronunciado en ese sentido: concretamente, al analizar los vicios del documento constitutivo, MORLES<sup>47</sup> explica con su acostumbrada claridad que las reglas clásicas de la nulidad son incompatibles con el contrato plurilateral, pues el interés público envuelto en la nulidad civil “*es desplazado por el interés envuelto en la preservación de la seguridad del tráfico económico*”. HUNG<sup>48</sup> también dice al respecto que “*dadas las especiales características del contrato de sociedad como contrato plurilateral y en atención a los derechos de terceros que hubieren contratado con la sociedad,*

<sup>44</sup> Ob. Cit. Páginas 201-208.

<sup>45</sup> José Mélich, *Doctrina general del contrato* (Madrid: Marcial Pons, 1997), 386.

<sup>46</sup> Óscar Ochoa, *Teoría general de las obligaciones: derecho civil III. Vol. 2.* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2009), 431-432.

<sup>47</sup> Ob. Cit. Página 1028.

<sup>48</sup> Ob. Cit. Página 112.

*es necesario hacer una aplicación moderada de la teoría de las nulidades de los contratos en general”.*

CORSI<sup>49</sup> coincide con esto, al señalar que “*ni la sentencia que reconozca la nulidad de un acuerdo, ni la constitutiva que invalidó un acuerdo, podrá afectar a los derechos que el tercero de buena fe haya podido adquirir por consecuencia del acuerdo impugnado*”.

De hecho, pensamos que todos estos planteamientos de la doctrina se recogieron acertadamente en el artículo 62 de la Ley de Registros y del Notariado, donde se dejaron a salvo los derechos de terceros adquiridos de buena fe en caso de declaratoria de nulidad. La señalada norma es del siguiente tenor:

*“Artículo 62. La declaración de inexactitud o nulidad de los asientos del Registro Mercantil no perjudicará los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme a derecho.”*

Otro punto relevante es la aplicación del “efecto retroactivo” o “efecto cascada” de la nulidad civil en el campo de la nulidad de asamblea. Este es un tema realmente espinoso, porque en muchos casos resulta muy difícil lograr una solución justa que –pensamos- debe decidirse atendiendo a cada caso concreto, pues sólo el juez (o árbitro) puede hacer la correspondiente ponderación de los intereses en juego. No obstante debemos señalar que nuestra jurisprudencia no ha vacilado en aplicar el efecto retroactivo a los casos de nulidad de asamblea, e inclusive lo utilizó en un caso que terminó anulando los traspasos accionarios ocurridos en una compañía de seguros por un período de casi diez años<sup>50</sup>.

Pensamos que los efectos antes explicados resultan exactamente iguales si la decisión es producida en el marco de un arbitraje, pues la cosa juzgada que deriva de una decisión (llámese laudo o sentencia) únicamente tiene efectos entre las partes, dado su carácter “*res inter alios iudicata*”. De allí que sea lo mismo que la decisión se tome en un tribunal arbitral o en la jurisdicción ordinaria. Al igual que ocurre con la sentencia de nulidad, pensamos que un extracto del laudo debe participarse al registro mercantil, y desde ese momento surtirá efectos frente a la colectividad.

#### *i. La anotación preventiva de la solicitud de arbitraje*

Más allá de lo que hemos explicado, creemos que existe una manera de evadir la aplicación del artículo 62 de la Ley de Registros y Notariado, haciendo

<sup>49</sup> Ob. Cit. Página 739.

<sup>50</sup> Por ejemplo, revisar sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia número 668 de fecha 5 de diciembre de 2011, que confirmó la decisión del Tribunal Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancarios de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas del día 7 de noviembre de 2007 (expediente número 8556 de su nomenclatura interna).

oponible a terceros la decisión sobre la nulidad: *la anotación preventiva de la demanda*. Pensamos, desde un punto de vista muy personal, que en los casos de impugnación de asambleas no existirían discusiones en torno a los efectos de la sentencia hacia terceros si se hubiese hecho, con la admisión de la demanda, una anotación preventiva de ésta en el registro de comercio.

La anotación preventiva de la demanda está consagrada en el artículo 1921 del Código Civil y en los artículos 45 y 46, numeral 7° de la Ley de Registros y del Notariado, y su fundamento es sencillo: desde el momento en que consta en el propio título la existencia de una demanda, se presume de conocimiento general su contenido, y por ello los efectos de las decisiones que se tomen en ese juicio son oponibles a cualquier tercero. En palabras de la Sala de Casación Cívils<sup>51</sup>:

*“La anotación preventiva de la demanda impide la eficacia protectora de la fe pública registral para el tercer adquirente, siendo su efecto fundamental el evitar que éste pueda alegar con posterioridad que no tenía conocimiento o que ignoraba la existencia de un juicio que pudiera afectarlo, de modo que lo que se persigue a través de ella es hacer pública una situación litigiosa sobre determinado bien o derecho en pro de la seguridad jurídica.”*

Es importante destacar, a favor de la tesis que estamos planteando, que el artículo antes anotado (1921 del Código Civil) ordena el registro de demandas de nulidad que son análogas a la que nos ocupa: concretamente, las contenidas en los artículos 1279 del Código Civil (acción pauliana), 1350 *ejusdem* (rescisión por lesión) y 1466 *ibídem* (nulidad de donación); y con ese registro se busca, justamente, hacer oponible a los terceros la sentencia que se dicte en esos procesos.

En este mismo sentido, ÁLVAREZ<sup>52</sup> explica que en España la anotación preventiva de la demanda de impugnación de un acuerdo asambleario es completamente posible, y que con ella se asegura la efectividad de la retroacción de los pronunciamientos de la sentencia correspondiente, al determinar anticipadamente los límites dentro de los cuales pueden ser desenvueltos retroactivamente los efectos de un fallo judicial, los cuales –en ese caso– serán oponibles a todos los terceros, incluyendo aquellos que contraten de buena fe. En igual sentido se pronunciaba NISSEN<sup>53</sup> para el derecho argentino.

De hecho, pensamos que la anotación preventiva de la demanda de nulidad de asamblea debería ordenarse, de oficio, desde el mismo momento en que se

<sup>51</sup> Sentencia número 805 del 5 de diciembre de 2014.

<sup>52</sup> Ob. Cit. Página 225.

<sup>53</sup> Ob. Cit. Página 204.

admite. No obstante, en caso que se pensare que en el Código Civil no está establecida expresamente la anotación preventiva de las demandas de nulidad en general (sino únicamente los casos específicos que hemos señalado), estimamos que también puede pedirse a través de una medida cautelar innominada (a tenor de lo previsto en el párrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil), pues con ella el árbitro (1) autoriza la ejecución de un determinado acto, esto es, el registro de la demanda; para (2) cesar la continuidad de la lesión, que es justamente la posibilidad de que se produzca un daño al contratar la sociedad con un tercero basándose en la asamblea impugnada.

La única duda que podría generarse en torno a este punto sería el deber de confidencialidad del arbitraje, previsto expresamente –entre otras normas- en el artículo 42 de la Ley de Arbitraje Comercial. Nosotros creemos que la necesidad de extender a terceros los resultados del proceso va por encima del deber de confidencialidad; sin embargo, podría remitirse al registro de comercio *in extracto* de la solicitud de arbitraje, donde se deje claro cuáles son los puntos de la asamblea cuya nulidad se ha solicitado, a fin de que los terceros puedan conocer si la operación que pretenden realizar con la sociedad corre peligro de ser abrazada por el laudo. Igual solución (que sea sólo un extracto) se ha dado en el derecho comparado a la participación del laudo al registro de comercio.

#### IV. Conclusiones

Las conclusiones que hemos obtenido luego del análisis precedente, son las siguientes:

**Primera:** En Venezuela es posible incluir en los estatutos sociales de las compañías anónimas un acuerdo de arbitraje. Dicho acuerdo deberá ser aprobado por unanimidad de los socios. El acuerdo es oponible a la sociedad, a los socios presentes, a los administradores y a los comisarios. El acuerdo también es oponible a los socios que adquieran acciones con posterioridad a su adopción; sin embargo, en esos casos es recomendable que suscriban expresamente, por documento aparte, su aceptación a someter a arbitraje sus controversias.

**Segunda:** La impugnación de acuerdos societarios es una controversia arbitrable en Venezuela, aún cuando existen normas de orden público involucradas en la materia. Son arbitrables las impugnaciones de asambleas por nulidad relativa o nulidad absoluta. El único problema se presentaría en el supuesto que, frente a un vicio de nulidad absoluta, un tercero impugne la asamblea, en cuyo caso la doctrina ha señalado que todas las acciones deben corresponder a un tribunal judicial ordinario. Nosotros creemos que esto no obsta para que el árbitro conozca sin limitaciones la pretensión de nulidad absoluta; sin embargo, como solución subsidiaria proponemos que el tribunal arbitral conozca

de la reclamación pero sin dictar el laudo hasta que venza el lapso de caducidad, para que en caso que exista impugnación de un tercero, decline su jurisdicción sobre el asunto.

Tercera: La oposición por el artículo 290 del Código de Comercio también es una controversia arbitrable; no obstante, los árbitros deberán ceñirse al procedimiento previsto en la señalada norma para tramitarla.

Cuarta: Es recomendable someter la impugnación de acuerdos sociales a un arbitraje institucional. No parece posible someterla a un arbitraje de equidad.

Quinta: Los efectos del laudo en esta materia son exactamente iguales a los que produce la sentencia judicial. La única forma de que decaigan los derechos adquiridos por terceros es haciendo la anotación preventiva de la demanda de arbitraje, o al menos de un extracto de ésta, para preservar el principio de confidencialidad de las actuaciones arbitrales.

## Arbitrabilidad y Derecho de Competencia

Rodolfo A. Mejias G.

### Sumario

- I. Sobre la Arbitrabilidad
- II. Arbitrabilidad (objetiva) del Derecho de competencia
  - A. Prima facie, la aplicación del Derecho de competencia se reserva a la Administración Pública
  - B. Los principios *pro-arbitri* y de universalidad de la cláusula arbitral permiten la aplicación privada (por árbitros) del Derecho de competencia y, en consecuencia, a su arbitrabilidad
  - C. El Derecho administrativo de la competencia económica no debe expandirse hasta censurar el derecho (fundamental) de acceso al arbitraje
- III. Conclusiones

#### I. Sobre la Arbitrabilidad

Modernamente, la transabilidad y el orden público no se consideran determinantes a los fines de establecer la arbitrabilidad «objetiva» de una materia, siendo que, se propende a la aplicación (de consuno) de los principios *pro-arbitri* y tuitivo.

El principio *pro-arbitri* al imponer una interpretación del Derecho que promueva y favorezca el acceso y eficacia del arbitraje,<sup>1</sup> permite establecer una presunción en favor de la arbitrabilidad, que se expande a la universalidad de las materias y áreas del Derecho Privado y, en unos casos, incluso Público, salvo que se probare la inarbitrabilidad, de acuerdo con el Derecho aplicable a la cláusula arbitral y/o la *lex arbitri* (Art. 44,f) Ley de Arbitraje Comercial; y Art. V(1)(a) de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudo Arbitrales Extranjeros). La presunción en favor de la arbitrabilidad, al admitir prueba en contrario, podrá ser sometida a un examen *a posteriori* -desaconsejándose su examen *a priori*- al revisarse o ejecutarse el laudo arbitral.<sup>2</sup>

Dice la Sala Constitucional:

<sup>1</sup> Sobre el principio *pro-arbitri* o *pro-arbitraje* cfr. Díaz-Candía, Hernando, (2011), El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje (Teoría general del arbitraje). Caracas-Venezuela: Legis, pp. 39 y ss.

<sup>2</sup> En este sentido, Cfr. Hierro, Antonio, (2015), Towards a Global Arbitration Law, en: Spain Arbitration Review. Madrid-España: Club Español de Arbitraje (CEA), pp. 55-63. Específicamente, p. 58.

*Inclusive, todo lo anterior (que luce abstracto y general) resultará fácilmente comprobable con el examen o test que se haga -en cada caso- de la medida o extensión del propio juez ordinario; en otras palabras, para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes. Esto, en contraposición al ámbito exclusivamente reservado al conocimiento de una autoridad administrativa, en donde no pueden llegar los árbitros, como tampoco el Juez.<sup>3</sup>*

A la inversa, el principio tuitivo excluirá la arbitrabilidad en materias y áreas del Derecho, en que deban tutelarse o ampararse sustantivamente a quienes *in casu* puedan considerarse débiles jurídicamente,<sup>4</sup> al rechazarse cuando el proceso arbitral, y las cláusulas arbitrales, parecieren impuestas en ejercicio de un excesivo poder de mercado (o económico), y pudieren traducirse en una violación de los derechos (sustantivos) de una parte o colectividad que, al caracterizarse por su no profesionalidad (p. ej., consumidores y usuarios), no procederá, probablemente, a invocar la tutela y amparo de sus derechos frente a un Tribunal arbitral.

## *II. Arbitrabilidad (objetiva) del Derecho de competencia*

A continuación, pues, pasaremos a establecer unas premisas a partir de las cuales tomaremos posición en cuanto a la arbitrabilidad del Derecho de competencia, a saber:

### *A. Prima facie, la aplicación del Derecho de competencia se reserva a la Administración Públicas*

Es preciso señalar, como se diría, que la arbitrabilidad de una materia o área del Derecho, está supeditada al hecho de que pueda conocerse por un Juez (Poder Judicial), y no correspondiere al de la Administración Pública, como pareciera ser el caso de la declaración, cesación y sanción del ilícito *antitrust* o

<sup>3</sup> Cfr. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia de fecha 17-October, 2008, (caso Sansó et al.).

<sup>4</sup> Cfr. en particular Díaz-Candia, Hernando, ob. cit., pp. 39 y ss.

<sup>5</sup> En Venezuela, se admite únicamente el « Public Enforcement » del Derecho de competencia, reservándose su aplicación a un órgano administrativo especializado, i.e., Superintendencia Antimonopolio.

contrario al Derecho de competencia,<sup>6</sup> de conformidad con el «Procedimiento en caso de Prácticas Prohibidas» (Art. 32 y ss., Ley Antimonopolio). En estos casos, es sólo *a posteriori* que se admite al Juez y, en su caso, a un panel de árbitros, conocer acerca de las acciones de daños (acciones «*follow-on*»)<sup>7</sup> que pudieran incoar las personas (empresarios o consumidores) que se consideraren afectadas. En consecuencia, la arbitrabilidad de un ilícito anticompetitivo, se excluiría o al menos debería rechazar hasta que la Administración Pública procediere a establecerlo o declararlo a través de un procedimiento administrativo necesariamente previo al arbitraje (Art. 57 *eiusdem*).

El Derecho de competencia o *antitrust* suele hacer descansar su aplicación en la Administración Pública, al haber un evidente interés (y orden) público en que el Estado a través del Derecho, censure y sancione los poderes de mercado que no se encuentren sometidos a una verdadera competencia y, por tanto, puedan ejercerse salvajemente en perjuicio del empresario o conjunto de empresarios del mercado relevante, y de sus consumidores. En este sentido, se dice, los intereses personales y privados presentes en el mercado no propenderán a promover el interés público y el bien común de las sociedades,<sup>8</sup> si no se les somete a una competencia verdadera y más o menos efectiva (*workable competition*), la cual, puede no darse necesariamente y con espontaneidad.<sup>9</sup>

Y, además, porque la Administración Pública al supervisar la economía, se encontraría en mejor posición (frente al particular) a los fines de acceder a la prueba y, en consecuencia, poder establecer la existencia de un ilícito *antitrust*, precisándose en ocasiones de una masiva cantidad de información micro y, a veces, macro-económica acerca del mercado relevante. En unos casos, la Administración además deberá hacer consideraciones de política económica. Piénsese en una concentración económica (fusión) que pudiere derivar en un monopolio u oligopolio y, sin embargo, pueda estimársele conveniente a los fines de internalizar más eficientemente una externalidad de mercado (p. ej. reducir la contaminación).<sup>10</sup> En efecto, se considera que, mientras más empresas y más

---

<sup>6</sup> Quedan a salvo los ilícitos de competencia desleal, para los cuales estaría expedita la vía judicial (o, en su caso, la arbitral).

<sup>7</sup> Las acciones *follow-on* se apoyan en un procedimiento administrativo (sancionador) que previamente hubiere establecido unos hechos y su conformación como ilícito *antitrust*, a los fines de fundamentar la demanda civil.

<sup>8</sup> La teoría que establece que en los mercados el interés personal y privado, cuando se ejerce libremente, propende a la promoción del interés público y el bien común, se debe al prominente pensador y economista (clásico) Adam Smith.

<sup>9</sup> Maillet, Antoine, (2015), Variedades del neoliberalismo. Innovación conceptual para el análisis del rol del Estado en los mercados, en: Revista de Estudios Políticos. Madrid-España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 110-114.

<sup>10</sup> Las externalidades de mercado son los efectos o daños no compensados que causan las actividades (económicas) de unos en otros.

competencia, menos se internalizarán las externalidades de mercado. En este caso, se precisarían varias consideraciones y valoraciones en cuanto a qué objetivos (político-económicos) deben buscarse, las cuales, correspondería en propiedad realizarlas a la Administración Pública, y no a un Juez ni, *a fortiori*, a un árbitro.

- B. Los principios *pro-arbitri* y de universalidad de la cláusula arbitral permiten la aplicación privada (por árbitros) del Derecho de competencia y, en consecuencia, a su arbitrabilidad

Los principios *pro-arbitri* y de universalidad de la cláusula arbitral, imponen que el consentimiento que en ésta expresaron sus partes, debe considerarse e interpretarse expansivamente, y presumirse su extensión al universo de acciones que pudieren derivarse del contrato, bien sean contractuales o extra-contractuales (fundadas en una norma legal) cuando se causaren con ocasión a la ejecución y cumplimiento del contrato. La arbitrabilidad de la acción y el daño extra-contractuales, no debe rechazarse simplistamente y *a priori*, aunque se admite, su examinación debe considerar la amplitud del acuerdo de arbitraje (y su lenguaje), caso por caso, siendo que, cuando el acuerdo se refiriere a acciones «relacionadas con este contrato» u «ocasionadas en la ejecución o incumplimiento de este contrato», la respuesta pro-arbitraje deberá favorecer la competencia (jurisdicción) del Tribunal Arbitral.<sup>11</sup>

En efecto, una acción y daño extra-contractuales pudieran derivar de la violación de normas del Derecho antitrust durante la ejecución o cumplimiento de un contrato que previere una cláusula arbitral. Piénsese en un monopolio, en el cual el empresario (monopolista) al contratar con otros empresarios o, incluso, con consumidores, pudiere incurrir sistemáticamente en discriminaciones de precios y/o de las condiciones de contratación. En este sentido, y al preverse una cláusula arbitral, consideramos que, si bien el Tribunal arbitral no podría declarar la existencia, cesación, ni sanción del monopolio, nada impediría que procediere a condenar in casu al empresario (monopolista) a la reparación de los daños que hubiere causado, e incluso, a la no repetición de la práctica discriminatoria.

Así, pues, puede propenderse hacia una conveniente aplicación privada del Derecho de competencia,<sup>12</sup> mediante la aceptación de acciones « stand-alone » sin un procedimiento administrativo previo,<sup>13</sup> y conocidas por Tribunales

<sup>11</sup> Sobre el principio de universalidad de la cláusula arbitral cfr. Díaz-Candia, Hernando, ob. cit., pp. 110 y ss.

<sup>12</sup> Esto se conoce como « *Private Enforcement* » del Derecho de competencia, que se admite en países como los Estados Unidos de América.

<sup>13</sup> En el caso de las acciones *stand-alone*, no hay un procedimiento o actuación administrativa previa, debiéndose establecer la responsabilidad y probar los hechos que conformen el ilícito *antitrust*.

arbitrales (en exclusión del Juez, y sin perjuicio de la Administración Pública). Y es que, pensamos que el hecho de verse expuesto a no uno sino varios procedimientos (arbitrales, no administrativos) que pudieren derivar en la condena a unos daños in concreto, puede persuadir más eficazmente al empresario a los fines de hacer cesar o abandonar, caso por caso, y espontáneamente, sus prácticas contrarias a la competencia.

- C. El Derecho administrativo de la competencia económica no debe expandirse hasta censurar el derecho (fundamental) de acceso al arbitraje<sup>14</sup>

Concibiéndose el acceso al arbitraje, como conformando el derecho fundamental al acceso a la justicia y a la tutela efectiva de los derechos e intereses,<sup>15</sup> consideramos que éste se constituiría en un límite al crecimiento y expansión de las competencias de la Administración Pública, cuando tendieren en forma exorbitante a la censura de las del árbitro. En todo caso, debe preservarse el derecho de las personas a decidir qué procedimiento dará más protección a sus derechos e intereses,<sup>16</sup> si un procedimiento administrativo, o un arbitraje. Sin pensar que, el procedimiento arbitral deba anular las competencias de la Administración que permanecerán incólumes, ni viceversa. Y es que, el laudo arbitral (y sus motivaciones y pruebas) podría estimarse como evidencia a favor o en contra de la existencia del ilícito anticompetitivo, dándole inicio o incorporándose como prueba a un procedimiento administrativo (sancionador) ya iniciado.

Correctamente ha comentado González de Cossio, al afirmar la convivencia de las dos competencias (la administrativa, y la de los árbitros) postulando que deben « ignorarse », sin que una excluya a la otra, señala que:

*Que los tribunales arbitrales resuelvan disputas en base al derecho aplicable, y que las autoridades de competencia económica determinen la existencia de violaciones en base a su legislación de competencia, sin que uno prevalezca sobre el otro. Ello tiene implicaciones en ambos lados: [...] el que surja una arista de competencia económica en un arbitraje*

<sup>14</sup> Tomo la expresión que me parece acorde en estas líneas de Hernández G., José Ignacio (2012), El Derecho Mercantil como límite a la expansión del Derecho Administrativo, en: *Temas Generales de Derecho Mercantil* (I). Caracas-Venezuela: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, pp. 187 y ss.

<sup>15</sup> Sobre el acceso al arbitraje, como un derecho fundamental y constitucional cfr. Hernández-Breton, Eugenio (2005), Arbitraje y Constitución: El Arbitraje como Derecho Fundamental, en: *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*. Caracas-Venezuela: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, pp. 23-34. Específicamente, pp. 30-32.

<sup>16</sup> Cfr. en particular Díaz-Candia, Hernando, *ob. cit.*, p. 32 y 33.

*no lo hace inarbitrable, no le resta competencia al tribunal arbitral, ni es motivo para anular o dejar de ejecutar un laudo por ser la materia de orden público. [...] El que exista un laudo que determine la legalidad o ilicitud de cierta conducta es irrelevante para la perspectiva de competencia. La autoridad de competencia analizará de novo la conducta y derivará las consecuencias a la luz de dicha disciplina en base a los elementos que considere relevantes, que pueden o no involucrar un laudo arbitral. El que exista una investigación de competencia no debe suspender el arbitraje. Per se, no es razón suficiente para que un tribunal arbitral deje de conocer de la controversia.<sup>17</sup>*

### III. Conclusiones

La transabilidad y el orden público no se consideran determinantes a los fines de establecer la arbitrabilidad «objetiva», en tanto, tiende a dársele aplicación a los principios *pro-arbitri* y tuitivo. Debe admitirse una presunción en favor de la arbitrabilidad, que se expande a la universalidad de las materias y áreas del Derecho Privado y, en unos casos, incluso Público, salvo que se prueba lo contrario. El *test* o examen de arbitrabilidad debe hacerse *a posteriori*, desaconsejándose un examen *a priori*, cuando se revisare o ejecutare el laudo arbitral. El principio tuitivo permitirá excluir la arbitrabilidad en materias y áreas del Derecho, en que deban tutelarse o ampararse sustantivamente a quienes *in casu* puedan considerarse débiles jurídicamente, rechazándosele cuando el proceso arbitral, y las cláusulas arbitrales, parecieren imponerse en ejercicio de un excesivo poder de mercado (o económico), y pudieren traducirse en una violación de los derechos (sustantivos) de una parte o colectividad que, al caracterizarse por su no profesionalidad (p. ej., consumidores y usuarios), no procederá, probablemente, a invocar la tutela y amparo de sus derechos frente a un Tribunal arbitral.

En principio, la aplicación del Derecho de competencia o *antitrust* parece reservársele a la Administración Pública y, por tanto, su arbitrabilidad excluirse. Empero, los principios *pro-arbitri* y de universalidad de la cláusula arbitral, imponen que el consentimiento que en ésta expresaron sus partes, debe considerarse e interpretarse expansivamente, y presumirse su extensión a acciones y daños extra-contractuales que pudieran derivar de la violación de normas del Derecho *antitrust* y con ocasión a la ejecución o cumplimiento de un contrato que previere una cláusula arbitral. En ese sentido, puede propenderse -y

---

<sup>17</sup> Cfr. González de Cossio, Francisco, *Arbitrabilidad de la competencia económica: un caso particular del Principio de Peter*. Disponible en: [www.gdca.com.mx](http://www.gdca.com.mx)

convenientemente creemos- hacia una conveniente aplicación privada (*Private Enforcement*) del Derecho de competencia, mediante la aceptación de acciones *stand-alone*, sin un procedimiento administrativo previo, y que se conocerían por Tribunales arbitrales (en exclusión del Juez, y sin perjuicio de la Administración Pública), siendo que, pensamos que un sistema de acciones (privadas) puede contribuir más eficazmente al cese de las prácticas contrarias a la competencia.

Finalmente, al concebirse el acceso al arbitraje, como conformando el derecho fundamental al acceso a la justicia y a la tutela efectiva de los derechos e intereses, éste se constituiría en un límite al crecimiento y expansión de las competencias de la Administración Pública, cuando tendieren en forma exorbitante a la censura de las del árbitro. En todo caso, debe preservarse el derecho de las personas a decidir qué procedimiento dará más protección a sus derechos e intereses, si un procedimiento administrativo, o un arbitraje. Sin pensar que, el procedimiento arbitral deba anular las competencias de la Administración, ni viceversa.

## El trasplante de la cláusula arbitral

*Rosnell V. Carrasco Baptista*

### Sumario

- I. Planteamiento del problema
- II. El derecho fundamental al arbitraje
- III. La naturaleza jurídica del arbitraje
  - A. Teoría jurisdiccional
  - B. Teoría contractual
- IV. Naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje
- V. El principio de la relatividad de los contratos en el arbitraje
- VI. Cláusulas back to back

#### *I. Planteamiento del problema*

El derecho es un instrumento que persigue resolver de forma pacífica las controversias que se puedan presentar en la sociedad, y es por ello que uno de sus fines esenciales es la paz social.

Con la finalidad de dar cumplimiento a ese objetivo, se ha creado la jurisdicción arbitral, la cual solo se activa en caso de que la partes manifiesten su voluntad por escrito, mediante la suscripción de una cláusula de arbitraje.

De esta manera se reconoce como uno de los fundamentos de la institución arbitral, el consentimiento libremente manifestado. Sin embargo, en el mundo moderno, las relaciones comerciales suelen ser dinámicas, por lo que puede haber casos en los cuales un mismo negocio, sea instrumentado o documentado mediante varios documentos o contratos.

En este supuesto, no es poco frecuente que en esos contratos se acuerden diferentes mecanismos de solución de controversias, a pesar de que ellos están vinculados, por haber una misma relación económica subyacente.

En estos casos, en los que a pesar de la unidad económica con las partes han concebido el negocio, formalmente sean pactados indistintamente en unos y otros contratos arbitraje y jurisdicción ordinaria, podrían presentarse problemas verificados conflicto entre las partes, que podrían causar procesos arbitrales y judiciales paralelos.

Por lo expuestos, mediante estas líneas buscamos ofrecer alguna solución jurídica a esta realidad, mediante la aplicación de la teoría del trasplante de la cláusula arbitral prevista en algún contrato a aquellos en los que no se han previsto

ningún mecanismo de solución de controversias, o se ha previsto la jurisdicción ordinaria.

En efecto, cuando se trasplanta medicamente un órgano de un cuerpo a otro, lo que se persigue es mantener vivo el organismo, siempre que existan compatibilidades. Pues, con el trasplante de la cláusula arbitral, siempre que esas compatibilidades existan, y sin pretender desconocer el principio de la voluntad libremente expresada, como fundamento del arbitraje, pretendemos revitalizar el cuerpo contractual, que por virtud de las carencias del o los contratos podría morir en un entramado de procesos judiciales y arbitrales paralelos, que consideramos contrario a la tutela efectiva de los derechos.

## *II. El derecho fundamental al arbitraje*

El arbitraje es un medio alternativo de solución de controversias que es parte del sistema de justicia y que en consecuencia debe ser promovido por el legislador (artículos 253 y 258).

Como consecuencia de lo antes expuesto es necesario señalar que los particulares tienen un verdadero derecho constitucional a disponer que las controversias que surjan como consecuencia de sus relaciones jurídicas con terceros sean resueltas por Tribunales Arbitrales, lo que implica la derogación convencional de la jurisdicción de los tribunales ordinarios de justicia, en favor de la justicia arbitral.

En consecuencia, el establecimiento del arbitraje como medio de solución de controversias entre particulares, es una verdadera manifestación del derecho constitucional a la tutela efectiva de los derechos y al debido proceso (artículos 26 y 49 de la Constitución), por lo cual debemos concluir que existe un verdadero derecho fundamental al arbitraje.

Esto sería así, incluso si consideráramos que los artículos 253 y 258 de la Constitución no contienen un derecho autónomo al arbitraje, ya que el formaría parte del contenido esencial del derecho fundamental a la tutela efectiva de los derechos. Efectivamente, el artículo 26 de la Constitución señala que toda persona tiene derecho de acceso a los “órganos de administración de justicia” y a la “tutela efectiva de los mismos”.

La norma analizada, no expresa que los únicos órganos de administración de Justicia sean los del Poder Judicial, así como tampoco judicializa la tutela efectiva de los derechos, por lo que podemos efectivamente concluir que la justicia arbitral forma parte de los órganos de administración de justicia, y que mediante el recurso al arbitraje también se tutelan efectivamente los derechos, por

lo que el derecho fundamental al arbitraje tiene rango constitucional de conformidad con lo dispuesto en los artículos 26, 253 y 258 de la Constitución<sup>1</sup>.

Las consideraciones anteriores, nos permiten sostener que la columna vertebral de este derecho fundamental lo encontramos en el artículo 26, por establecer este el derecho fundamental a la tutela efectiva de los derechos, con independencia de lo que dispongan las otras dos normas.

Esto es especialmente relevante en virtud de la coyuntura política que vive nuestro país, en el que se ha pretendido imponer a la sociedad una Asamblea Nacional Constituyente, que, de facto, podría pretenden derogar la vigente Constitución.

A pesar de los argumentos por todos conocidos sobre la ilegalidad e ilegitimidad de ese órgano, los cuales no vamos a desarrollar, y de la nulidad e ineficacia de sus actos, una interpretación como la que venimos sosteniendo, garantizaría la continuidad del funcionamiento institucional de la justicia arbitral a la luz de la Ley de Arbitraje Comercial, con independencia de que la “constitución”, que ese órgano redacte borre o elimine las normas contenidas en los artículos 253 y 258, ya que es poco probable que desaparezca totalmente, por lo menos en el aspecto formal, de un futuro texto “constitucional”, el derecho fundamental a la tutela efectiva de los derechos.

### *III. La naturaleza jurídica del arbitraje*

#### *A. Teoría jurisdiccional*

En cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje se ha debatido si esta es jurisdiccional o contractual, y es que por una parte se sostiene o se defiende que es la ley, la que atribuye a los árbitros competencia para decidir el derecho aplicable a un caso concreto, y es justamente la naturaleza jurisdiccional la que permite otorgar al laudo la fuerza de la cosa juzgada, ya que no existe otra forma de entender esa característica del laudo.

Quienes se oponen a esta tesis sostienen por ejemplo la necesidad de requerir la colaboración del Poder Judicial en distintas materias y supuestos previstos en la ley, como por ejemplo para la evacuación de algunas pruebas, para suplir la omisión en la designación de árbitros en caso de arbitrajes independientes, o para la ejecución forzosa.

---

<sup>1</sup> Hernández-Breton, Eugenio. Arbitraje y Constitución: El arbitraje como derecho fundamental, publicado en *Arbitraje Comercial Interno e Internacional*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos, Caracas, pp. 31 y 32.

En todos estos casos el arbitraje requiere la colaboración del Poder Judicial, y quienes se oponen a la tesis, consideran que este es un argumento que permite dar cuenta de la ausencia de poder jurisdiccional en la actividad que realizan los árbitros.

Sin embargo, en nuestra opinión lo jurisdiccional del arbitraje se pone en evidencia principalmente en la facultad de los árbitros de decidir un conflicto con autoridad de cosa juzgada, que es lo que permite luego la ejecución forzosa de esa decisión, siendo este punto el contenido esencial de la potestad jurisdiccional.

#### B. Teoría contractual

En otro sentido, es necesario señalar que hemos puesto de relieve que el requisito previo para poder hacer efectivo el derecho constitucional al arbitraje, como medio alternativo de solución de controversias, es pactar una cláusula o contrato de arbitraje.

En efecto, esto es así, puesto que la piedra angular de este medio alternativo de solución de conflictos, es el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes de manera libre deciden hacer uso de este especial mecanismo procesal.

La teoría contractualista entiende que son las partes, mediante el recurso a la autonomía privada de la voluntad, quienes, mediante el acuerdo o contrato de arbitraje facultan a los árbitros para decidir su controversia, está faceta contractual es la que podría por ejemplo hacer efectiva la responsabilidad de los árbitros por no haber cumplido correctamente con su función de decidir la controversia.

De esta manera también se puede explicar cómo la justicia arbitral condena en costas a aquel que ha resultado totalmente victorioso en el proceso, por no haber satisfecho su obligación (contractual) de pagar los gastos administrativos del centro de arbitraje, en el caso de los arbitrajes institucionales, a lo cual estaría obligado por la disposición legal que obliga a ejecutar los contratos de buena fe (artículo 1160 del Código Civil).

En nuestra opinión ambas posturas son válidas, porque permiten explicar y entender diversos aspectos del arbitraje, por lo que dependiendo del ámbito podremos dar mayor relevancia a una u otra, pero para nosotros, no son teorías excluyentes, sino que por el contrario resultan complementarias.

#### IV. *Naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje*

En Venezuela el arbitraje encuentra sustento, como vimos, especialmente en el artículo 26 de la Constitución, y en el 253 y 258 que complementan aquella

norma, pero su verdadero desarrollo jurídico lo encontramos en la Ley de Arbitraje Comercial (LAC) publicada en Gaceta Oficial N° 36.430 de fecha 07 de abril de 1998, según la cual para que las partes de una relación jurídica puedan someter válidamente sus controversias a arbitraje deben haber suscrito una cláusula arbitral, el cual constituye un acuerdo, que debe ser escrito, por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de sus controversias contractuales o no contractuales (artículo 5 de la LAC).

En efecto, en este aspecto podemos ver como se hace énfasis en la parte contractual del arbitraje, siendo el acuerdo o cláusula de arbitraje un verdadero contrato, cuyos efectos son principalmente procesales.

La obligación principal o prestación característica de este contrato es la derogación convencional de la jurisdicción ordinaria, en beneficio de la jurisdicción arbitral, y de sus árbitros, quienes son los llamados a conocer por virtud del acuerdo de las partes, la controversia surgida entre las partes, y cuya decisión está revestida de la cosa juzgada.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial el acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria. De esta manera nuestra legislación consagra los efectos que produce este acuerdo, los cuales se pueden describir de la siguiente manera.

El primero es un efecto positivo, según el cual las partes deben recurrir a la jurisdicción del Tribunal Arbitral a resolver la controversia planteada, y el segundo de tipo negativo, según el cual las partes deben abstenerse de acudir a la jurisdicción ordinaria, y en caso de que alguna lo haga, los jueces deben abstenerse de conocer el asunto, y deben remitir a las partes a arbitraje.

Este contrato surte un efecto adicional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Arbitraje Comercial, según el cual la cláusula es autónoma e independiente del contrato principal, lo que implica que la nulidad o resolución del contrato principal, no afecta a la cláusula de arbitraje, la cual mantiene su validez.

Así, cuando las partes acuden a arbitraje, no están haciendo más que dar cumplimiento al contrato de arbitraje en virtud del cual decidieron hacer uso de este especial medio alternativo de solución de controversias, por lo cual resultarían aplicables al mismo “todas las normas sobre ejecución de los contratos del derecho común”<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> De Jesús O, Alfredo. Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho Venezolano, publicado en *Arbitraje Comercial Interno e Internacional*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos, Caracas, pp. 103 y 104.

En especial queremos destacar la obligación de las partes de ejecutar este contrato de buena fe, la cual está prevista en el artículo 1.160 del Código Civil, norma que sirve al mismo tiempo para interpretar la conducta de las partes (buena fe en sentido objetivo), que verbigracia, permitiría solicitar la responsabilidad civil contractual derivado de la obligación de ejecutar el contrato de buena fe, por ejemplo en los casos de que alguna de las partes decida ir a la jurisdicción ordinaria, o que en el caso de los arbitrajes independientes alguna parte no designe a su árbitro, o que en el arbitraje institucional alguna parte no pague los gastos administrativos del centro de arbitraje.

Por último, nos parece relevante hacer mención a que la cláusula de arbitraje es un contrato formal, por lo que el consentimiento no basta para su perfeccionamiento.

En este sentido, tenemos norma expresa en nuestra legislación que señala que el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos, que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje (artículo 6).

En cuanto a esta formalidad se ha sostenido que “las obligaciones no nacen mientras el consentimiento no se haya manifestado de forma escrita”<sup>3</sup>.

Estas consideraciones no permiten concluir de forma contundente que la cláusula de arbitraje, es un verdadero contrato formal, y que en consecuencia tal calificación permite desencadenar un conjunto de consecuencias jurídicas, referidas a la responsabilidad civil, reglas de interpretación, y ejecución, entre otros muchos aspectos.

#### *V. El principio de la relatividad de los contratos en el arbitraje*

En efecto, en materia contractual existe el reconocido principio de relatividad de los contratos (artículo 1166 del Código Civil), según el cual los contratos no tienen efectos sino entre las partes, y no dañan, ni aprovechan a terceros, **salvo los casos permitidos por la ley**.

De lo transcrito se observa que el mencionado principio si bien es un principio general del derecho, no es de orden público, razón por la cual admite excepciones establecidas en la ley, o en la voluntad de las partes contratantes.

---

<sup>3</sup> Araque Benzo, Luis Alfredo. Manual de Arbitraje Comercial. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. P. 50.

Es así como expresamente el artículo 8 de la Ley de Arbitraje Comercial, señala que “*los árbitros tendrán siempre en cuenta las estipulaciones del contrato, y los usos y costumbres mercantiles*”.

De esta manera, es comprensible que en el derecho comercial moderno es común que los comerciantes en el ejercicio de sus actividades económicas suscriban contratos o convenios que surtan efectos sobre terceros y es en este contexto que es relevante entender que existen contratos independientes pero que de alguna forma están conectados y en consecuencia su vigencia, cumplimiento y ejecución puede producir efectos sobre otro u otros contratos, hablando de esta manera entonces del fenómeno de los contratos enlazados o vinculados.

En este sentido, se ha señalado que para que un contrato se considere vinculado es necesario que exista una conexión en el objeto o en la causa del contrato. En cuanto a las partes, se sostiene que no es necesaria, no obstante que las partes del contrato sean las mismas es un elemento que permite determinar un mayor grado de conexión o vinculación contractual.

Sobre este tema es necesario señalar que si bien y de manera general aun cuando exista vinculación entre contratos no es posible el “trasplante de cláusulas”, no es menos cierto que una excepción a esa principio lo constituye la hipótesis en la cual varios contratos enlazados por estar dirigidos a la obtención de un único fin o propósito comercial -vinculación en la causa-, y suscritos entre las mismas partes, en los que algunos tienen cláusulas de arbitraje y otros no, “es más fácil, y parece que la doctrina, así como la jurisprudencia arbitral (...) insinúan una voluntad implícita por parte de las partes en someter todas las controversias que puedan surgir al arbitraje al haber aceptado la cláusula arbitral en uno de los varios contratos del ensamble contractual”<sup>4</sup>

De igual manera la misma doctrina señala que en sentido contrario es más complicado la extensión de los efectos de las cláusulas de arbitraje a un tercero parte de un contrato enlazado en el que no hay identidad absoluta entre las partes contratantes.

## VI. *Cláusulas back to back*

Si bien hemos sostenido que resulta de forma general más complejo el trasplante de la cláusula de arbitraje, en los casos de contratos enlazados en el que no hay identidad absoluta entre las partes contratantes, en nuestra opinión ello

---

<sup>4</sup> Todas las referencias e ideas sobre los contratos enlazados expuestos han sido tomados de la obra de Rodner S. James-Otis. Los Contratos Enlazados. El subcontrato. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios 77, Caracas, 2008.

puede ser resultado a la luz de la consideración de los efectos concretos de las denominadas cláusulas *back to back*.

En efecto, en la sociedad moderna, donde la técnica y la especialización parecen ser las constantes de un mundo marcado por la tecnología y el avance de la ciencia, es totalmente normal que, en las materias relacionadas con la prestación de servicios o construcción de obras, se recurra al fenómeno de la subcontratación, es decir a la incorporación contractual de un tercero ajeno a la relación principal, a los efectos de colaborar con el deudor en el cumplimiento de sus obligaciones.

En este caso entran en juego las denominadas cláusulas *back to back* mediante las cuales el deudor principal o contratista traslada al subcontratista o deudor secundario algunas de sus obligaciones en la ejecución del contrato principal.

De esta manera, podemos entender que, si bien en el sub contrato, el cual es el contrato enlazado por antonomasia, no existe identidad de partes, resulta incuestionable que existe una unidad o fin económico y comercial que es común a todas las relaciones jurídicas relacionadas: el correcto cumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato principal.

Es así como, puede darse el caso de que en el contrato principal las partes hubieran pactado una cláusula de arbitraje, pero que en el sub contrato, no se hubiera pactado nada con relación a este medio alternativo de solución de controversias.

Pues bien, somos de la opinión, según la cual, por virtud del principio espejo, según el cual el contratista traslada al subcontratista las cargas y beneficios obtenidos del acreedor principal, en los casos en los que se ha pactado una cláusula *back to back*, entonces el subcontratista podría aprovechar la cláusula de arbitraje pactada en el contrato principal.

Las conclusiones anteriores, en nuestra opinión podrían tener fundamento en el denominado “arbitraje por referencia”, establecido en el segundo párrafo del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, según el cual “*La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje, constituirá un acuerdo de arbitraje, siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato*”.

En este sentido, queremos destacar que la norma no exige que el acuerdo referido deba ser entre las mismas partes, solo basta que se haga la referencia a un documento que contenga una cláusula de arbitraje.

En cuanto al requisito según el cual la referencia debe implicar que la cláusula forma parte del contrato, puede considerarse satisfecha con la

incorporación de la cláusula *back to back*, puesto que si con este tipo de cláusula se trasladan las cargas de la relación principal, también deberían trasladarse los beneficios procesales, especialmente ya que de lo contrario, ante algunos supuestos de incumplimientos o potenciales conflictos, podrían generarse procesos judiciales y arbitrales paralelos, que podrían igualmente producir sentencias contradictorias.



ISSN 1317-2778



9 771317 277003