

ALLAN RANDOLPH BREWER CARIAS

ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO



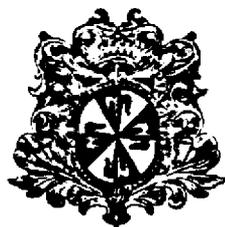
EDICIONES ROSARISTAS 1986

**ESTUDIOS
DE DERECHO
ADMINISTRATIVO**

**DE LA BIBLIOTECA
DE
ALLAN R. BREWER - CARIAS**

**ESTUDIOS
DE DERECHO
ADMINISTRATIVO**

**DE LA BIBLIOTECA
DE
ALLAN R. BREWER - CARIAS**



- © Profesor: Allan R. Brewer-Carías
ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO
- © Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario
1986
216 páginas, 24 x 17 cms.
Impreso por: MONTOYA & ARAUJO LTDA.

Derechos de Autor
Registrados de conformidad con la Ley
Prohibida su reproducción.

© Derechos reservados a favor de
COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
Bogotá, 1986

ALLAN RANDOLPH BREWER—CARIAS

Director del Instituto de Derecho Público
Universidad Central de Venezuela
Profesor Honorario del Colegio Mayor de
Nuestra Señora del Rosario, Bogotá

Contenido

	Pág.
Presentación - Dr. Alvaro Tafur Galvis	5
I El concepto del Derecho Administrativo en Venezuela ..	7
Sumario	9
II El Derecho Administrativo y la participación de los admi-	
nistrados en las tareas administrativas	25
Sumario	27
III La evolución del concepto de contrato administrativo ...	61
Sumario	63
IV Las cláusulas obligatorias y los principios especiales en la	
contratación administrativa	91
Sumario	93
V El régimen municipal y bases para su reforma	125
Sumario	126
VI La jurisdicción contencioso-administrativa	159
Sumario	160

Presentación

En los últimos años el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, en desarrollo de programas orientados a propiciar el estudio y profundización de variados temas científicos ha realizado en su sede, Cursos y Seminarios con participación de distinguidos profesores y académicos de diversos países con cuyas Universidades sostiene el Colegio relaciones de cooperación científica y cultural.

En los seminarios periódicamente efectuados en el ámbito del derecho público, y del derecho administrativo en particular, hemos tenido ocasión de contar con la presencia y activa participación del eminente profesor venezolano doctor Allan Randolph Brewer-Carías, tratadista cuyas obras han trascendido las fronteras de su país de origen, y constituyen obligado texto de consulta y análisis en América y Europa.

Este volumen publicado con la generosa autorización del Profesor Brewer-Carías, contiene los textos de ponencias y conferencias dictadas por él en la universidad rosarista, que constituyen aportaciones de particular profundidad e importancia teórica y práctica para la comprensión de las instituciones jurídicas y la solución de los diversos problemas que plantean las, cada día más complejas, relaciones que surgen entre los particulares y el Estado, con ocasión de las actividades que éste debe emprender para la satisfacción de los cometidos a su cargo.

Es muy grato, entonces, para el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, ofrecer, en las Ediciones Rosaristas a los estudiosos y estudiantes de las disciplinas jurídicas esta selección de trabajos científicos del Profesor Brewer-Carías, con el mensaje de fraterna comunión para las instituciones universitarias de la hermana República, en las que el notable académico ejerce la titularidad de las cátedras del Derecho Administrativo.

Alvaro Tafur Galvis
Rector

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

I

**El concepto
del derecho administrativo
en Venezuela**

SUMARIO: I. *Introducción.*- II. *La Administración Pública dentro del Sistema de Distribución del Poder Público:* 1. *La distribución Vertical del Poder Público y los sujetos de derecho estables.* 2. *La distribución horizontal del Poder Público y la Administración pública como complejo orgánico.* 3. *Las personas jurídicas en el Derecho Administrativo y la interaplicación del Derecho público y privado.*- III. *La Función Administrativa dentro de las Funciones del Estado.* IV. *La Actividad Administrativa dentro de las Actividades del Estado:* 1. *La actividad administrativa como actividad formal del Estado.* 2. *La actividad administrativa del Estado sometida al Derecho y controlable jurisdiccionalmente.* 3. *La actividad administrativa y los administrados.*- V. *Conclusión.*

INTRODUCCION

Podría parecer extraño que un profesor de Derecho Administrativo, con más de do décadas ininterrumpidas de docencia y de investigación, comience una conferencia como ésta, sobre el tema general del Derecho Administrativo en Venezuela, con una definición del Derecho Administrativo. Todos hemos pasado por ciclo de definir y de negar los intentos definitorios de nuestra disciplina, y todos hemos pensado, en más de una ocasión, en la posibilidad de encontrar ese criterio clave, casi mágico, para definir el Derecho Administrativo, que por los esfuerzos que han hecho tantos colegas en todo el mundo podría semejarse, para quien cuente la historia de la investigación en Derecho Administrativo, a la incesante búsqueda de El Dorado que motivó a muchos de nuestros conquistadores y que moldeó, más de lo que nos imaginamos, el carácter del latinoamericano.

Pues bien, heme aquí, en esta extraordinaria ciudad por donde salió todo el oro imaginable hacia Europa y que celebra los cuatrocientos cincuenta años de su fundación; en este magnífico Primer Congreso Boliviano de Derecho Administrativo que organizan nuestros colegas de esta tierra colombiana, con la cual los venezolanos estamos unidos desde la Independencia, que protagonizó Bolívar, cuyo natalicio, hace doscientos años, también conmemoramos; heme aquí, decía en el intento de exponerles, en el lapso de una conferencia, las líneas generales que caracterizan el Derecho Administrativo en Venezuela, y para ello es que precisamente he pensado que lo mejor es partir de una definición que, de entrada, les digo, renun-

ci a la existencia de un criterio mágico, pues tengo el convencimiento de que en nuestra disciplina no existe El Dorado.

Entendemos por Derecho Administrativo aquella rama del Derecho que regula a la Administración pública como complejo orgánico, su organización y funcionamiento; que norma el ejercicio de la función administrativa por los órganos del Estado; que regula la actividad administrativa del Estado, y que norma también las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración pública y los administrados, con motivo del ejercicio de la función administrativa o de alguna actividad administrativa.

De esta definición, por supuesto, resulta claro nuestro rechazo a adoptar un criterio único para definir nuestra disciplina. No se trata de una definición orgánica, ni de una definición material, ni de una definición formal. Insistimos. El Dorado no existe, y no creemos que exista el criterio clave absoluto para definir el Derecho Administrativo. De allí que optemos por una definición mixta, que mezcla los diversos criterios, y ello responde a una realidad de nuestra materia: el contenido de la misma es heterogéneo y mutable. El Derecho Administrativo de hace cinco o tres décadas no es el mismo del mundo contemporáneo, y ello por una razón fundamental: el Derecho Administrativo regula una parcela fundamental de la acción del Estado, y el Estado de la década de los años treinta o cincuenta, sobre todo en nuestros países latinoamericanos, no tiene nada que ver con el Estado contemporáneo. Por ello, siendo el contenido del Derecho Administrativo heterogéneo y mutable, más podríamos encontrar un criterio único e inmutable para definirlo.

Ahora bien, en la definición que hemos dado, sin embargo, si está la clave para identificar el contenido del Derecho Administrativo, particularmente en Venezuela.

Hemos dicho que nuestra disciplina regula, en primer lugar, a la Administración pública como complejo orgánico dentro de la estructura del poder del Estado. Ello nos conduce, necesariamente, a identificar el sistema de distribución del Poder público en Venezuela, donde encontramos una de las bases fundamentales de nuestro Derecho Administrativo, distribución que por nuestra peculiar forma federal del Estado no sólo es horizontal, sino vertical. A comentar este aspecto dedicaremos la primera parte de esta conferencia.

También hemos dicho, en segundo lugar, que el Derecho Administrativo regula el ejercicio de la función administrativa, lo que nos obliga a identificar las diversas funciones del Estado como tareas esenciales, cuya diferenciación no coincide ni con la separación de poderes ni con determinadas actividades estatales. Allí está la segunda de las bases constitucionales del Derecho Administrativo en Venezuela, la cual analizaremos en una segunda parte.

Además hemos dicho que el Derecho Administrativo regula a la actividad admi-

nistrativa, como una de las actividades del Estado, que en nuestro país se realiza por todos los órganos del mismo, en ejercicio de variadas funciones. Identificar la actividad administrativa, renunciando al criterio orgánico, pues no sólo es la resultante de la actuación de la Administración pública, y renunciando al criterio material, pues no sólo es la resultante del ejercicio de la función administrativa, es la tercera de las bases constitucionales del Derecho Administrativo venezolano, que trataremos en una tercera parte y que nos resulta de la definición propuesta.

Por supuesto, también hemos dicho, en cuarto lugar, que el Derecho Administrativo regula el conjunto de relaciones que se establecen entre la Administración pública y los administrados o entre los órganos estatales y éstos con motivo del ejercicio de la función administrativa o de una actividad administrativa, y ello no es otra cosa que un colorario de los tres elementos anteriores.

Esto nos conduce a identificar los sujetos de derecho que actúan en el campo del Derecho Administrativo y que pueden entrar en esa relación jurídica. En cuanto a los sujetos estatales, su identificación, en muchos países, resulta del sistema de distribución del Poder público en forma horizontal y del proceso de descentralización funcional que ha provocado la aparición en el mundo contemporáneo de entidades descentralizadas con personalidad propia, lo cual, como dijimos, estudiaremos en la primera parte, y en cuanto a los administrados, su ámbito de acción está íntimamente vinculado al ámbito de intervención del Estado y de regulación y limitación, con base constitucional de los derechos y garantías, es decir, a la actividad administrativa, la cual, como también dijimos, lo analizaremos en la tercera parte.

Por tanto, nuestra conferencia de esta tarde la dividiremos en tres partes, que corresponden a las tres bases constitucionales del Derecho Administrativo venezolano y que resultan de los elementos básicos de la definición que hemos formulado de nuestra disciplina.

II. LA ADMINISTRACION PUBLICA DENTRO DEL SISTEMA DE DISTRIBUCION DEL PODER PUBLICO

Hemos señalado que en Venezuela se ha establecido un sistema de distribución del Poder público, en forma vertical y en forma horizontal, que está a la base de toda la Construcción del Estado y, por ende, del derecho que le es aplicable; y, por supuesto, por Poder público entendemos, en la Constitución, la potestad genérica de actuar que tienen los entes estatales y que les permite imponer el interés público sobre el interés particular.

Ahora bien, la distribución vertical del Poder público en Venezuela da origen

a un sistema de descentralización política-formal, derivada de la forma federal del Estado, y la distribución horizontal del Poder público da origen a la separación orgánica de los poderes, siguiendo los criterios clásicos del constitucionalismo moderno. Veamos qué implicaciones tienen estos dos sistemas en nuestro Derecho Administrativo.

1. La distribución vertical del Poder público y los sujetos de derecho estatales

Conforme a nuestra Constitución, en sentido vertical, el Poder público tiene tres ramas: el Poder nacional, el Poder de los Estados y el Poder municipal, que se distribuye en un conjunto de tres niveles de personas jurídicas de derecho público estatales, que son: a nivel nacional, la República; a nivel estatal, los Estados que forman la Federación, más las otras entidades políticas federales, como el Distrito federal o los Territorios o dependencias federales, y a nivel municipal, los Municipios, como división político-territorial de los Estados.

Por tanto, jurídicamente hablando, y esto tiene una repercusión básica en nuestro Derecho Administrativo, en Venezuela no existe una sola Administración pública, como complejo orgánico, ni pueden las Administraciones públicas, como tales, ser personas jurídicas. En efecto, hemos dicho tenemos tres niveles político-territoriales, que son la República, los Estados y los Municipios. Por eso, definitivamente, la Administración pública en Venezuela, en los tres niveles territoriales, se muestra como subordinada a la instancia político-territorial-estatal respectiva. Así, cada una de estas instancias político-territoriales tiene su Administración pública, que no pasa de ser un complejo orgánico, cuya actuación se imputa a la persona jurídico-pública a la cual pertenece.

Este solo aspecto hace inaceptable en Venezuela la conocida tesis de Eduardo García de Enterría de definir la Administración pública como persona jurídica, negándole tal carácter al propio Estado en el derecho interno, definiendo el Derecho Administrativo como el que regula la actuación de esas personas jurídicas que configuran la Administración pública. En sus propias palabras, dice: "La personificación de la Administración pública es el dato primario y *sine qua non* del Derecho Administrativo", y éste se identifica por ser "el Derecho de las Administraciones públicas como persona jurídica". Debemos decir, además, que tampoco este criterio es aceptable en Venezuela, pues el Derecho Administrativo en nuestro país, como hemos dicho, si bien regula a la Administración pública como complejo orgánico, no se agota en ello. De allí que también rechazamos la conocida tesis orgánica de Fernando Garrido Falla, mediante la cual define el Derecho Administrativo como el que regula la Administración pública como complejo orgánico ubicado en el Poder ejecutivo, que el mismo ha comenzado a revisar y a abandonar después de la entrada en vigencia en España de la nueva Constitución de 1978.

En todo caso, la identificación del sistema de distribución vertical del Poder público y de las personas jurídico-públicas que lo ejercen en las tres ramas terri-

toriales, revalorizan la teoría de la personalidad jurídica en Derecho público. No exageraremos diciendo, como lo hacía Hauriou, que “la teoría de la personalidad comprende todo, explica todo, organiza todo”, pero sí diremos que es una pieza clave en la identificación del Derecho Administrativo en nuestro país.

2. La distribución horizontal del Poder público y la Administración pública como complejo orgánico

Pero además del sistema de distribución vertical del Poder en tres niveles territoriales, la Constitución establece un sistema de distribución horizontal del Poder público, que sigue las líneas clásicas de la separación de poderes, pero sólo como separación orgánica y no como separación funcional.

En efecto, en cada uno de los niveles territoriales, nacional, estatal y municipal, el Poder público tiene una distribución orgánica horizontal peculiar. En el nivel nacional se distinguen tres ramas del Poder público: el Poder legislativo nacional, el Poder ejecutivo nacional y el Poder judicial, correspondiendo su ejercicio a tres complejos orgánicos diferenciados y separados: las Cámaras legislativas; el Presidente, sus Ministros y el resto de la Administración pública, y la Corte Suprema de Justicia y demás Tribunales, respectivamente. Estos tres conjuntos orgánicos se encuentran separados, y cada uno de ellos tiene sus competencias constitucionales específicas. La Administración pública, como complejo orgánico, se encuentra ubicada, en principio, en el denominado Ejecutivo nacional, que conforma los órganos estatales que ejercen el Poder ejecutivo nacional.

Pero no sólo la Administración pública está integrada al Poder ejecutivo en Venezuela, y he aquí la primera disidencia contemporánea respecto de la teoría clásica de la separación de poderes: a nivel nacional, sobre todo a partir de 1961, han comenzado a encontrar encuadramiento constitucional diversos órganos estatales que configuran también parte de la organización administrativa y de la Administración pública como complejo orgánico, pero que no dependen del Ejecutivo nacional ni están subordinadas a ninguno de los tres conjuntos orgánicos clásicos del Estado: el legislativo, el ejecutivo o el judicial. Se trata de órganos con autonomía funcional, que también son órganos de la República, como persona político-territorial nacional y que son: el Ministerio Público, en particular; la denominada Fiscalía General de la República; la Contraloría General de la República; el Consejo de la Judicatura, y el Consejo Supremo Electoral. Por supuesto, en el Derecho venezolano, éstos son órganos que forman la Administración pública, regulados por Derecho Administrativo, aun cuando no forman parte del Ejecutivo nacional ni tengan personalidad jurídica propia. Por ello, el rechazo a la tesis orgánica y personalista para la definición de nuestra disciplina.

Pero decíamos que la separación orgánica de poderes, en forma horizontal, no sólo se daba en el nivel nacional, sino también en el nivel estatal e inclusive en el municipal. En los Estados de la Federación, en efecto, se distinguen dos complejos

orgánicos que ejercen el Poder legislativo y el Poder ejecutivo, conformados por las Asambleas Legislativas que existen en los Estados y por sus gobernadores, por lo que la Administración pública estatal está integrada, en principio, en las Gobernaciones de Estado, a las cuales hay que agregar los órganos, como las contralorías estatales, que en ese nivel tienen autonomía funcional. No existe un Poder judicial ni a nivel estatal ni a nivel municipal, a pesar de la forma federal, pues desde 1945 la Justicia puede decirse que fue nacionalizada en nuestro país.

Por último, en el nivel municipal, en general en Venezuela no ha habido una separación orgánica de poderes, y ejercen los poderes legislativos y ejecutivos locales los Concejos Municipales, como órganos colegiados en los cuales se mezclan, inconvenientemente, las tareas de legislar, gobernar, administrar y deliberar a nivel local. Quizá sólo ha sido en el Distrito federal donde se ha establecido en forma imperfecta un sistema de separación orgánica de poderes entre el Concejo Municipal del Distrito Federal y el Gobernador, que ahora está en vías de reforma, como todo el régimen local para, entre otros aspectos, separar orgánicamente los poderes legislativos de los ejecutivos municipales, entre un Concejo y un Alcalde, figura desaparecida entre nosotros desde la misma época de la Independencia. En todo caso, a nivel municipal, la Administración pública, como complejo orgánico, está en la actualidad, en principio, en los propios Concejos municipales, a los cuales hay que agregar las contralorías municipales, que también son órganos municipales, pero con autonomía funcional.

En todo caso, del principio de la distribución horizontal del Poder resulta que en Venezuela hay Administradores, como complejos orgánicos separados a nivel nacional y a nivel estatal e indiferenciada a nivel municipal.

El Derecho Administrativo regula, sin duda, esas Administraciones públicas, pero, por supuesto, como hemos dicho, no se reduce a ello, además de que también, por supuesto, no todo el Derecho que se aplica a la Administración pública es Derecho Administrativo.

3. Las personas jurídicas en el Derecho Administrativo y la inter-aplicación del Derecho público y privado.

En esta forma, aquella clásica ecuación del Derecho Administrativo de principios de siglo: Persona pública, Derecho público, Persona privada y Derecho privado, quedó en la historia bibliográfica del Derecho Administrativo, precisamente por los dos elementos que hemos destacado: La Administración pública es un complejo orgánico de determinadas personas político-territoriales, conforme a nuestro peculiar sistema de distribución vertical y horizontal del Poder, que se rige por el Derecho Administrativo, aun cuando en forma no exclusiva ni excluyente.

Esto nos conduce, de nuevo, a retomar el problema de la personalidad jurídica en el Derecho Administrativo y rechaza una vieja y confusa noción: la de persona pública como categoría supuestamente contrapuesta a las personas privadas.

En efecto, un dato es evidente en la Administración contemporánea: además de las personas político-territoriales mencionadas, se han venido creando, en virtud de autorización constitucional y legal, diversas personas jurídicas como medios para descentralizar servicios y actividades estatales. Ha surgido así ese museo viviente de entidades descentralizadas, compuestas por institutos o entes autónomos y empresas del Estado, que configuran quizá el signo más característico de las Administraciones contemporáneas.

Todos estos entes son sujetos de derecho, al igual que las personas constituidas por particulares. Sin embargo, ¿podría decirse que ellas, por pertenecer al ámbito de lo público, “son personas públicas” que podemos contraponer a las “personas privadas”, que serían las creadas por los particulares? Evidentemente que no. Ante el universo de las entidades que con personalidad jurídica actúan en el mundo contemporáneo, esa distinción clásica entre personas públicas y personas privadas es totalmente insuficiente y carente de contenido, y tanto el proceso de publicización del campo de lo privado, tan característico de la ruptura de los moldes clásicos del Estado liberal abstencionista, como la privatización jurídica del campo de lo público, por la tendencia creciente del Estado de despojarse de su *imperium*, han provocado su obsolencia.

Hoy por hoy, y ello es así en Venezuela, no se puede establecer la distinción entre los sujetos de Derecho, entre personas públicas y personas privadas, según un pretendido régimen jurídico que les es aplicable, imposible de aprehender en un mundo de interaplicación permanente del Derecho público y del Derecho privado a los diversos sujetos de Derecho, conforme al cual ni el Derecho privado se aplica sólo a los particulares, ni el Derecho Administrativo es el cuerpo normativo de las entidades estatales.

En sustitución de esa dicotomía inexistente, en cambio, surgen dos criterios de distinción paralelos, que en nuestro país se aplican para distinguir los sujetos de derecho: en primer lugar, según la forma jurídica adoptada por el ente concreto se distinguen las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado: las primeras, creadas por la Constitución o la ley o en virtud expresa de una disposición legislativa, que las hace partícipes también del Poder público, y las personas jurídicas de derecho privado, constituidas por medios autorizados en los Código Civil o de Comercio, aun cuando los socios o fundadores sean entes estatales, y, en segundo lugar, según la integración de los sujetos a la organización general de la Administración del Estado, se distinguen las personas estatales y las no estatales, pudiendo ser ambas categorías, indistintamente, entidades de derecho público o de derecho privado.

Como consecuencia de ello, frente a una persona jurídica determinada, en el Derecho Administrativo venezolano dos son las preguntas que nos formulamos: ¿Está o no integrada a la estructura general de la Administración del Estado y en qué forma?, es decir, ¿es una persona jurídica estatal o no estatal? y, además, ¿qué forma jurídica reviste la entidad?, ¿tiene una forma jurídica del derecho privado o es creada por el legislador?

Las respuestas a estas preguntas, sin duda, dan una serie de datos que contribuyen a construir, en concreto, las modalidades de su régimen jurídico y la preponderancia o no del Derecho Administrativo en el mismo, sin que éste, en caso alguno, sea el régimen exclusivo de algún sujeto de derecho estatal. Además, esas respuestas permiten que se configure como parte de la Administración pública, como objeto del Derecho Administrativo, el universo, tanto de esas personas jurídicas estatales como de las personas jurídicas con forma de derecho público.

III. LA FUNCION ADMINISTRATIVA DENTRO DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO

Pero hemos dicho que el Derecho Administrativo en Venezuela, además de regular la Administración pública como complejo orgánico en todo el universo de los sujetos de derecho que hemos visto, regula también el ejercicio de la función administrativa con los diversos órganos del Estado, lo cual nos conduce a la segunda parte de nuestra exposición.

Se advierte, de entrada, que hemos dicho propiamente que la función administrativa se ejerce por los diversos órganos del Estado, y no sólo por los órganos ejecutivos o por las Administraciones públicas. Y he aquí otra disidencia del Derecho administrativo venezolano respecto de las fórmulas teóricas derivadas de la interpretación extrema de la separación de poderes que la han convertido en una inexistente separación de funciones.

En efecto, las funciones del Estado se configuran como aquellas tareas esenciales al aparato estatal, que le dan razón de ser que no pueden ejercerse sino en virtud de la potestad constitucional que se identifica con el Poder público y se pueden clasificar en cuatro: la producción de normas que integran el ordenamiento jurídico, que es la función legislativa; la conducción política de la sociedad, que es la función de gobierno; la solución de conflictos entre partes, que es la función jurisdiccional, y la gestión, en concreto, del interés público por el Estado como sujeto de derecho que se relaciona con los administrados, que es la función administrativa.

Estas cuatro funciones estatales se ejercen, de acuerdo a nuestro sistema consti-

tucional, por los tres grupos de órganos separados horizontalmente y que ejercen el Poder público, por lo que el ejercicio de las funciones estatales no es ni exclusivo ni excluyente de ningún órgano estatal o, si se quiere, de alguno de los tres. "Poderes". Así, las Cámaras legislativas ejercen función propia la función legislativa, pero ello ni es exclusivo ni es excluyente: primero, porque también ejercen la función legislativa los órganos ejecutivos y judiciales cuando desarrollan la potestad reglamentaria; y segundo, porque las propias Cámaras legislativas ejercen, además, funciones administrativas y de gobierno, cuando, por ejemplo, administran su personal o su presupuesto o nacionalizan un sector de la economía, respectivamente.

Por su parte, los órganos del Ejecutivo nacional ejercen la función de gobierno y, en general, la Administración pública ejerce la función administrativa, pero ello tampoco es exclusivo ni excluyente: primero, en cuanto a la función administrativa, ésta se ejerce por las Cámaras legislativas, como se ha dicho y aun mediante leyes concretas, y por los tribunales cuando administran su personal y su presupuesto; y segundo, porque los propios órganos de la Administración ejercen funciones jurisdiccionales, toda vez que, por ejemplo, en el caso de autorizaciones administrativas, deban resolver conflictos entre partes interesadas o cuando ello suceda al decidir recursos administrativos y ejercen funciones legislativas al desarrollar la potestad reglamentaria.

Por último, los Tribunales, como función propia, desarrollan la función jurisdiccional, pero ello tampoco es exclusivo ni excluyente: primero, porque, como se dijo, también ejercen la función jurisdiccional los órganos de la Administración pública, y segundo, porque, también como se dijo, los propios Tribunales ejercen en funciones legislativas y administrativas cuando dictan cuerpos reglamentarios internos o administran su personal o presupuesto e, incluso, cuando realizan tareas de carácter disciplinario, de registro o de la llamada jurisdicción voluntaria.

Por tanto, en Venezuela no coincide la separación de poderes con una pretendida separación de funciones y, al contrario, como se señaló, las funciones estatales se ejercen por todos los órganos estatales. En esta forma, el Derecho Administrativo no sólo regula a la Administración pública, como complejo orgánico y, por supuesto, al ejercicio de la función legislativa y jurisdiccional por los órganos de las Administraciones públicas, sino que también regula el ejercicio de la función administrativa, así sea por los órganos del Poder legislativo y del Poder judicial. Contrastando con esta posición del Derecho Administrativo venezolano, la tesis orgánica, tan difundida por tantos tratadistas, ha tratado siempre de ignorar, ocultar o no darle importancia a estas funciones administrativas ejercidas por órganos legislativos o judiciales o ha tratado de convertir en "administrativas" las funciones legislativas o jurisdiccionales ejercidas por los órganos de la Administración pública. Ello, sin embargo, a lo que ha conducido es a confundir y a desnaturalizar conceptos reduciendo la teoría a la práctica, por lo cual ha comenzado

ahora a ser abandonada por sus destacados propulsores.

En todo caso, de lo dicho hasta ahora resulta claro que en la estructuración del Estado de Venezuela no hay coincidencia entre órgano y función, pero, aún más interesante, tampoco hay coincidencia entre función y acto estatal. Por ello, rechazamos la fácil y clásica ecuación: órgano administrativo-función administrativa y acto administrativo, pues la actividad administrativa en Venezuela ni está reservada a los órganos administrativos ni es el resultado del solo ejercicio de la función administrativa.

IV. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DENTRO DE LAS ACTIVIDADES DEL ESTADO

Esto nos conduce a la tercera parte de nuestra exposición sobre la actividad administrativa dentro de las actividades del Estado, pues el Derecho Administrativo, como dijimos, además de regular a la Administración pública como complejo orgánico y el ejercicio de la función administrativa de los diversos órganos del Estado, regula también a la actividad administrativa. Por supuesto, la actividad administrativa puede tener dos connotaciones, ambas fundamentales para entender el Derecho Administrativo, una formal y otra material, por lo que me referiré a ambas, conforme al Derecho venezolano.

1. La actividad administrativa como actividad formal del Estado

Desde el punto de vista formal, la actividad administrativa, como conjunto de actos jurídicos, es el resultado del ejercicio de las diversas funciones del Estado por los diversos órganos del Estado, y para identificarlas no puede seguirse un único criterio, sino la mezcla de los mismos, lo cual, en Venezuela, contrasta con la definición de las otras actividades estatales, las cuales constitucionalmente tienen una connotación orgánica y formal.

En efecto, los actos legislativos son las leyes y los actos parlamentarios sin forma de ley (actos privativos), y son formalmente definidos en la Constitución como emanados de las Cámaras legislativas; los actos del gobierno son los dictados por el Presidente de la República en ejercicio de atribuciones constitucionales, y en ellos se incluyen los Decretos-leyes. En ambos casos, la noción del acto legislativo y del acto de gobierno es orgánica y formal: orgánica, pues se definen según el órgano que los dicta, y formal por la graduación que tienen en el ordenamiento jurídico de ser actos dictados en ejecución directa de la Constitución.

El acto judicial, la sentencia, en el ordenamiento jurídico venezolano, se define también por el elemento orgánico y el formal: es un acto que sólo puede emanar de los tribunales, y tiene una fuerza definida en el ordenamiento derivado del va-

lor de cosa juzgada, siendo siempre de carácter sublegal, es decir, dictado en ejecución directa de la ley e indirecta de la Constitución.

En la definición de los actos legislativos, de gobierno y judiciales, por lo tanto, hay una identificación entre órgano y acto, además de criterios formales, y en ningún caso existen criterios materiales o derivados de la función que se ejerce. La razón jurídica es evidente: esos actos tienen una determinada homogeneidad derivada del carácter de garantía formal en su emisión que establece el ordenamiento jurídico.

En cambio, en la definición del acto administrativo, en Venezuela nada de lo anterior sucede en esta forma matemática, pues éste no se puede identificar ni orgánicamente ni funcionalmente: es dictado por los tres grupos de órganos estatales y en ejercicio de todas las funciones estatales. Así, tan acto administrativo es un reglamento dictado por el Ejecutivo nacional o los tribunales en ejercicio de la función legislativa, como un acto de ejecución presupuestaria o de personal dictado por el Ejecutivo nacional, los Tribunales o las Cámaras legislativas en ejercicio de la función administrativa, o un acto derivado por el propio Ejecutivo nacional, en ejercicio de la función jurisdiccional, al decidir una solicitud o un recurso administrativo.

La definición del acto administrativo, por tanto, en contraste con los otros actos estatales, requiere de una mezcla de criterios, dado el heterogéneo de los mismos: se emplea el criterio orgánico al identificar como actos administrativos los actos de la Administración pública en ejercicio de todas las funciones legislativa, jurisdiccional o administrativa; se utiliza el criterio material al identificar como actos administrativos los actos dictados por los Tribunales en ejercicio de las funciones administrativas y legislativas y los actos dictados por las Cámaras legislativas en ejercicio de funciones administrativas, y, en todo caso, siempre que se trate de actos de carácter sublegal, es decir, dictados en ejecución directa de la legislación e indirecta de la Constitución, y he aquí el tercer criterio que se utiliza: el formal.

2. La actividad administrativa del Estado sometida al Derecho y controlable jurisdiccionalmente

Esta forma de enfocar la definición del acto administrativo, clave en la misma noción del Derecho Administrativo, nos conduce directamente a otra de las bases fundamentales del Derecho administrativo venezolano: todos los actos estatales están sometidos al Derecho y todos son controlables jurisdiccionalmente por razones de constitucionalidad o de legalidad. Aquí está la esencia del principio de la legalidad.

En efecto, el sistema jurídico venezolano puede decirse que es un sistema cerra-

do de control jurisdiccional, conforme al cual ningún acto estatal escapa al control de la Corte Suprema de Justicia y demás Tribunales que controlan la constitucionalidad y la legalidad de aquéllos. Así, los actos de ejecución directa en la Constitución, es decir, las leyes, los actos parlamentarios sin forma de ley y los actos de gobierno están sometidos al control de la constitucionalidad que está a cargo de la Corte Suprema de Justicia, en pleno, por la vía de la acción popular y que corresponde a todos los habitantes del país en cualquier tiempo.

En cuanto a las sentencias, éstas están sometidas al control judicial ordinario de las apelaciones y, en materia de legalidad, al recurso de casación ante las Salas de Casación Civil y de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Y en cuanto a los actos administrativos, éstos están sometidos al control jurisdiccional contencioso-administrativo, que corresponde a la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa; a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo; a ocho Tribunales Superiores Regionales en lo Contencioso-Administrativo y a Tribunales especiales contencioso-administrativos, como los Tribunales del Impuesto sobre la Renta y el Tribunal de la Carrera Administrativa. Estos órganos judiciales forman parte del Poder judicial, por lo que queda claro que para haber jurisdicción contencioso-administrativa en un país no es necesario ni establecer un Consejo de Estado ni crear una jurisdicción administrativa separada de la judicial.

Lo importante a señalar sobre este control contencioso-administrativo en Venezuela, ejercido así por un cuerpo de tribunales especializados en la materia, es que el mismo se realiza sobre todos los actos administrativos, pudiendo los tribunales competentes declarar su nulidad, así sean actos administrativos emanados de los órganos de la Administración pública, de los órganos legislativos o de los tribunales.

Pero al referirnos a la jurisdicción contencioso-administrativa en Venezuela debemos establecer su relación con el Derecho Administrativo para proclamar que, afortunadamente, nuestro país no fue tributario de la influencia francesa en cuanto a definir el Derecho Administrativo a los solos efectos del control jurisdiccional, pues consideramos que es un auténtico desenfoque el identificar el problema teórico de la definición del Derecho Administrativo con el práctico de delimitar la competencia del juez administrativo.

En efecto, la repartición de competencias jurisdiccionales en Francia, como sabemos, ha sido un factor clave en el nacimiento y desarrollo del Derecho Administrativo y, en definitiva, ha sido la justificación de la propia disciplina, y ello en virtud de la peculiarísima dicotomía jurisdiccional, que distingue una jurisdicción administrativa de una jurisdicción judicial. Pero ello, como hemos dicho, no sucedió así en Venezuela, como tampoco sucedió en la generalidad de los países de América Latina. Insistimos: en nuestro país el Poder judicial es uno y único, y tiene a su cargo el monopolio de la actividad judicial y del control de la legalidad

de los actos administrativos, por lo que la jurisdicción contencioso-administrativa, que en nuestro país tiene rango constitucional, es parte del Poder judicial.

Por tanto, no existiendo dicotomía jurisdiccional, el Derecho Administrativo no se define según la competencia de determinados órganos judiciales. No hay que olvidar, sin embargo, que esta postura, sobre todo en Francia, originó la teoría del Derecho Administrativo y, materialmente, todos los países latinos hemos sido tributarios de las concepciones teóricas y de los criterios de las doctrinas y jurisprudencias francesas. Sin embargo, en general, no lo hemos sido respecto de las justificaciones prácticas y pragmáticas, motivadas por la repartición de competencias, por no existir dicha dicotomía. Ello ha provocado que al recibir la influencia teórica sin las justificaciones prácticas surgieran instituciones que no encajaban totalmente en nuestras realidades. De allí que la madurez del Derecho Administrativo en nuestros países comienza a observarse en la tendencia que apreciamos de abandonar tantas teorías y concepciones basadas en situaciones de origen administrativo, circunstancial por lo demás, y de estructurar nuestras propias concepciones. Como lo afirmamos en la conferencia que sobre “La evolución del concepto de contrato administrativo” pronunciamos en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, de Bogotá, en 1978, “no se trata innovar por innovar, sino de sustantivar el propio derecho administrativo conforme a las peculiaridades de nuestros países para dejar de importar”. Con base a ello, por ejemplo, concluíamos en la tesis de abandonar toda idea de un pretendido contrato administrativo por oposición a contratos de derecho privado de la Administración, que nosotros mismos hace veinte años propugnábamos en Venezuela. Al contrario, pensamos que los segundos no existen, pues toda la actividad de la Administración pública es administrativa, y, como señalamos, está sometida a un régimen mixto de derecho público y derecho privado. La preponderancia de una y otro y su utilización regular es lo que adquiere ahora importancia, tanto en la institución contractual da la Administración como, en general, en relación a todo el régimen jurídico de los sujetos de Derecho Administrativo y de su actividad.

3. La actividad administrativa y los administrados

Pero además de tener una connotación formal y manifestarse en actos administrativos o en contratos, la actividad administrativa se nos presenta también con una connotación material al identificar un conjunto de actuaciones del Estado que, en general, inciden en la esfera jurídica de los administrados. Por eso hemos dicho que el Derecho Administrativo, además de regular a la Administración pública, el ejercicio de la función administrativa y la propia actividad administrativa del Estado, regula también las relaciones entre los entes públicos y los administrados, resultantes de la gestión del interés público que, en concreto, éstos aumentan.

En estas relaciones está otro de los elementos claves de nuestro Derecho Administrativo y que además puede decirse que es el signo del Derecho Administrativo

contemporáneo: el equilibrio que busca establecer nuestra disciplina entre los poderes y prerrogativas de la Administración y los derechos de los particulares, lo cual plantea unas especiales exigencias dado el régimen democrático que existe en nuestro país.

En esta forma, ante el elenco de derechos y garantías que consagra la Constitución de 1961, cuya formulación está a la altura de las declaraciones universales de los Derechos Humanos, corresponde al Derecho Administrativo su regulación, actualización, limitación y protección concretas, dando origen así a las diversas formas de actividad administrativa, que se identifican en nuestro país y que responden a las clásicas formas de policía, fomento, servicio público y gestión económica.

La primera, la actividad de policía, resulta en definitiva en una limitación a los derechos constitucionales; la segunda, la actividad de fomento, se manifiesta como el estímulo al desarrollo pleno de los mismos derechos, con particulares connotaciones en el ámbito económico; la tercera, la actividad de servicio público, en esencia no es más que la obligación prestacional impuesta al Estado, consecuencia directa de algún derecho a prestaciones previsto constitucional o legalmente, y la cuarta de esas formas, la actividad de gestión, en un proceso creciente de intervencionismo, estatal, es el resultado de la acción del Estado como ordenador y regulador de la economía y como partícipe directo de la propiedad de los medios de producción, propia de un sistema político de economía mixta como el establecido en la Constitución.

En esta forma, la actividad administrativa, materialmente hablando, no puede concebirse sin su incidencia directa en la esfera jurídica de los particulares, pues, en definitiva, aquélla se concreta en una regulación, limitación, estímulo o protección de los derechos y garantías constitucionales.

La materia administrativa en nuestro país, por tanto, está conformada por todas aquellas regulaciones que permiten al Estado actuar en concreto, realizando cometidos y prestaciones y que a la vez se configuran como limitaciones a los derechos y garantías constitucionalmente permitidas, por lo que bien podría decirse que el Derecho Administrativo, materialmente hablando, es el derecho de las limitaciones y regulaciones al ejercicio de esos derechos.

V. CONCLUSION

Hemos pretendido hacer una muy apretada síntesis del Derecho Administrativo venezolano, partiendo de una definición de nuestra disciplina y de las implicaciones que ella conlleva. Estas consideraciones, lo sé muy bien, son sin duda polémicas, pues tocan a la vez dogmas y tesis tradicionales, sobre las cuales muchos de nosotros hemos levantado los cimientos de nuestra propia forma de concebir esta disciplina.

No es fácil, a veces, reconocer que los cimientos, o al menos parte de ellos, están fallos, sobre todo porque todo esfuerzo de revisión implica autocríticas. Pero es nuestra responsabilidad, precisamente por haber dedicado ya tantos años al estudio de las instituciones del Derecho Administrativo, hacérsola de vez en cuando, lo que a la vez no es sino un signo de madurez.

Por ello, para concluir, me parece oportuno comentar un trabajo reciente del profesor Fernando Garrido Falla, en el cual se revisan algunos criterios muy arraigados en la doctrina española y que tienen relación con lo que he expuesto anteriormente. En efecto, se trata de un estudio intitulado *Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho Administrativo español* lo que de por sí es un título sugestivo, publicado por el Instituto Nacional de Administración Pública de Madrid y reproducido en esta Revista y donde se revisan diversas concepciones tradicionales de nuestra disciplina.

Debo decirles que al leerlo íntegramente me reconcilié con el Derecho Administrativo español y sus autores, de quienes tanto hemos aprendido, junto con los franceses, inclusive, al separarnos de sus concepciones.

En el libro citado hay una frase que resume el problema y que Garrido formula al comentar el asunto de la personalidad. Dice: "Reducir la personalidad del Estado a la de la Administración no significa otra cosa que *reducir la teoría a la práctica*". Esto último produjo muchas distorsiones en el Derecho Administrativo español, y condujo a reducir la noción de acto administrativo a los solos emanados de la Administración pública orgánicamente considerada (su conocida tesis orgánica), lo que también podría decirse que era reducir la teoría a la práctica.

Los descubrimientos que ahora los autores españoles están haciendo, en cuanto a la reconstrucción de los límites formales del Derecho Administrativo partiendo de la nueva Constitución española, ya los habíamos comenzado a lograr nosotros, a la luz de la Constitución venezolana de 1961, con la cual la española, sin saberlo quizá, tiene gran similitud. Estos descubrimientos los reseña Garrido y tocan los aspectos centrales que hemos tratado esta tarde.

En primer lugar, concluye afirmando que la personalidad *jurídica es del Estado* (en nuestro caso, por la estructura federal, en el ámbito nacional de la República) y ello es algo que siempre hemos sostenido. En Venezuela, como hemos dicho, la Administración pública nunca ha tenido "personalidad". Como el mismo Garrido lo decía en su *Tratado*: la personalidad del Estado (la República) tiene relevancia práctica normalmente cuando actúan los órganos de la Administración: cierto, pero ello no puede llevar a confundir el todo (el Estado, la República) con la parte (uno de sus órganos). Siempre hemos sostenido que el Estado (la República) es quien tiene personalidad jurídica, y la Administración pública, los Tribunales y las Cámaras legislativas son todos órganos de la República.

En segundo lugar, admite Garrido que todos los actos de los órganos del Poder público (órganos de la Administración pública y del Poder ejecutivo, Cámaras legislativas y Corte Suprema de Justicia y Tribunales) están sometidos a la legalidad y constitucionalidad y son, por tanto, controlables por la propia Corte Suprema de Justicia como órgano de control de la constitucionalidad, lo cual es algo aceptado desde siempre en nuestro país. Nunca hemos compartido la doctrina de los actos excluidos del control jurisdiccional.

En tercer lugar, acepta que todos los órganos del Poder público tienen potestad reglamentaria, lo cual hemos sostenido desde siempre por nuestro Derecho Administrativo. Así no sólo el Presidente de la República tiene potestad de reglamentar las leyes y de dictar reglamentos autónomos, sino que la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales Superiores tienen asignada la potestad reglamentaria. En cuanto a las Cámaras legislativas, además de las leyes, dictan actos parlamentarios sin forma de ley, algunos, por supuesto, de carácter reglamentario, pero de la Constitución (Reglamento Interior y de Debates, Estatutos de Personal, etc.). Todos estos actos son fiscalizables por vía de control de la constitucionalidad o legalidad, según los casos.

En cuarto lugar, admite que además de los tres clásicos Poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), existen órganos estatales con autonomía funcional e, inclusive, potestad reglamentaria, como el Consejo General del Poder Judicial español, lo cual está aceptado en nuestro ordenamiento desde siempre. Así tenemos, como señalaba, no sólo el Consejo de la Judicatura, sino la Contraloría General de la República, el Ministerio Público y el Consejo Supremo Electoral, cuyos actos son controlables jurisdiccionalmente, sin límites, y en cuya formación se siguen las normas de la Ley orgánica de Procedimientos Administrativos.

En quinto lugar, señala que las Cámaras legislativas (Senado y Cámara de Diputados) realizan actividad administrativa, sometida al Derecho Administrativo y pueden dictar actos administrativos, inclusive controlables en vía contencioso-administrativa, lo cual hemos planteado siempre, y ello no afecta, en absoluto, la independencia del Parlamento, derivada de la separación orgánica de Poderes, de nuestro sistema constitucional.

En fin, concluye que acto administrativo es una noción clave del Derecho Administrativo, que no puede definirse orgánicamente (imputable a la Administración pública como una parcela del Poder ejecutivo), sino con una mezcla de criterios, y que, por tanto, la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para conocer de la impugnación de los actos administrativos que pueden emanar de los tribunales y de las Cámaras legislativas, además de la Administración pública, lo cual también es una tesis que hemos sostenido desde hace años, discrepando de otros autores venezolanos, quienes influenciados por la doctrina española han propugnado el criterio orgánico, ahora afortunadamente abandonado por los propios autores españoles.

II

El derecho administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas

SUMARIO: I. Introducción.- II. Los Dogmas del Derecho Administrativo Tradicional y el Tema de la Participación.- III. La Participación como Derecho y los Intereses Difusos y Colectivos.- 1. El interés difuso. 2. El interés colectivo. 3. El derecho de participar.- IV. Las Formas de Participación Administrativa.- 1. Las diversas formas de participación funcional. A. La participación procedimental.- a. La participación en la iniciación del procedimiento. b. La participación administrativa en la sustanciación del procedimiento. c. La participación en el procedimiento a través de mecanismos consultivos. B. La participación negocial o contractual. 2. Las diversas formas de participación orgánica. A. La participación en la gestión. a. Los casos de auto-gestión. b. Los casos de co-gestión. c. Los casos de participación en la gestión. B. La participación consultiva. C. La participación cooperativa.- V. Conclusión.

INTRODUCCION

A pesar de que el derecho administrativo sea una rama de las ciencias jurídicas en constante evolución, y que entre todas, sea la que más mutaciones ha sufrido en el mundo contemporáneo por los cambios operados en el papel del Estado en la economía y la sociedad, tenemos que convenir en que la estructura básica de nuestra disciplina, montada sobre el esquema de la administración del Estado Liberal de Derecho, en buena parte aún permanece inalterada.

En esta forma, casi todas las instituciones del derecho administrativo que nosotros aprendimos, que hemos enseñado y sobre las que hemos escrito, tienen por objeto la regulación de una Administración Pública y de una realidad administrativa bastante distinta de la contemporánea. Por ello, el derecho administrativo a veces se nos muestra como una disciplina desfasada en relación a la realidad de su objeto: la Administración Pública y sus relaciones con los administrados; y en general, está a la zaga de los cambios que en ella se han operado.

En el mundo contemporáneo esto es lo que sucede, precisamente, con el tema de la participación: la Administración Pública que moldeó los dogmas del derecho administrativo, no era una Administración participativa ni concebía la posibilidad

misma de la participación, y ello era así, tanto en su propia configuración interna como en sus relaciones con la Sociedad y los administrados.

Por ello, el fenómeno de la participación que ha penetrado al Estado contemporáneo, originalmente a través de la vía política, está tocando a las puertas de la Administración, y cuestionando los cimientos tradicionales de nuestra disciplina. El derecho administrativo, por tanto, está en revisión por el fenómeno participativo, y ello es precisamente lo que queremos estudiar, a cuyo efecto analizaremos separadamente, en primer lugar, los dogmas del derecho administrativo frente a la participación; en segundo lugar, la participación como derecho y los intereses difusos y colectivos; y en tercer lugar, las diversas formas de la participación administrativa.

I. LOS DOGMAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO TRADICIONAL Y EL TEMA DE LA PARTICIPACION.

La Administración Pública que como objeto moldeó los dogmas de nuestra disciplina, respondía al esquema burocrático weberiano: se trataba de un sistema regido por normas abstractas, sometido al principio de la jerarquía de las funciones, garantizado por el control estricto de la autoridad superior sobre los órganos subalternos y que utilizaba para su actuación los servicios de un funcionariado público permanente, especializado y estable. Esta Administración Pública, como organización burocrática, justificaba la construcción piramidal de tareas y empleos, así como la sumisión de los funcionarios a una estricta disciplina y a la autoridad del superior jerárquico; y todo, dentro de un esquema centralizado, conforme al cual los impulsos de la acción administrativa se lanzaban desde la cúspide de la jerarquía, los cuales eran seguidos por los niveles inferiores subordinados, sometidos estrictamente al deber de obediencia⁽¹⁾.

Todo el derecho administrativo que regula la organización administrativa y la función pública, repensémoslo, está montado sobre esta imagen de un aparato administrativo del Estado, unificado, que funcionaría como un bloque monolítico, coherente y disciplinado; pero en contraste, la realidad nos muestra que el esquema no sólo es superficial sino que no siempre ha correspondido totalmente a la realidad, y que en la actualidad, está resquebrajado.

Un solo ejemplo nos demuestra el desfase: el régimen de los funcionarios públicos en la Administración burocrática es un régimen estatutario, adoptado uni-

(1) Véase al respecto Jacques Chevalier, "La participation dans l'Administration Française: Discours et Pratique, en *Bulletin de l'Institut Internationale d'Administration Publique*, No. 37, Paris 1976, págs. 91 y sigts; y Manuel Sánchez Morón, *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Madrid 1980, pág. 67 y sigts. y 169 y sigts.

lateralmente; que excluye toda posibilidad de contratación colectiva y de la propia idea de derechos funcionariales adquiridos; cuya gestión no concibe la idea de la participación y, por supuesto, menos, la de la sindicalización. Los administrativistas seguimos aferrados a estas ideas, a pesar de que las realidades políticas de la

Administración moldeadas por la propia democracia, nos muestran otra cosa que, además, deliberadamente ignoramos y algunas veces declaramos ilegales: que los funcionarios públicos se han organizado en sindicatos, lo cual ya se admite generalizadamente en el ordenamiento jurídico⁽²⁾; que a pesar de su prohibición, los funcionarios públicos acuden a la huelga, lo cual se ha hecho normal en los sectores de salud, educación y telecomunicaciones⁽³⁾; que a pesar del esquema de unilateralidad, es cada vez más frecuente el establecimiento real de las condiciones de trabajo mediante Actas-Convenio a las cuales aún les negamos el calificativo de contratos colectivos⁽⁴⁾; y que la gestión de la función pública, frente al esquema jerarquizado, admite la participación directa de los funcionarios organizados, en los directorios de las Oficinas Centrales de Personal y en las Juntas de Avenimiento o conciliación funcional⁽⁵⁾.

Frente a todas estas realidades, los dogmas giran como fantasmas, nosotros nos revolvemos con la bandera de la legalidad en la mano, y la realidad comienza a sobrepasarnos.

Pero el problema es aún más grave en el esquema tradicional de la Administración Pública que moldeó nuestra disciplina, en sus relaciones con el medio externo: la Sociedad y los administrados que la componen. En efecto, la Administración Pública ideal objeto del Derecho Administrativo, está montada sobre el dogma superado en la realidad, pero no en las concepciones formales, de la separación entre Estado y Sociedad civil, el cual conlleva una serie de postulados que aún encontramos en los cimientos de nuestra disciplina: la Administración Pública en sus relaciones con el exterior, se caracteriza por su rigidez y su signo autoritario, manejada por un cuerpo de funcionarios que cerrados y al amparo de las prerrogativas del poder público, imponen su voluntad a los administrados, sin estar sometido a su influencia. Toda idea de participación, en este esquema, es visto con reticencia por los funcionarios, y la respuesta burocrática frente al administrado es el secreto y la reserva.

(2) Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Estatuto del Funcionario Público y la Ley de Carrera Administrativa*, Caracas 1971, págs. 4 2y sigts; y págs. 73 y sigts.

(3) *Idem*, págs. 89 y sigts.

(4) *Idem*, págs. 87 y sigts.

(5) *Idem*, págs. 181 y sigts.

Los administrados no participan en las tareas administrativas, y su única vía de penetración y participación, es a través de los medios representativos democráticos, es decir, mediante la elección de los representantes en el Parlamento, el cual como instancia política, debe orientar y definir la acción administrativa. Por ello la ausencia de legitimidad formal, en nuestra materia, de los grupos de presión.

Por otra parte, en este sistema, el Estado tiene el privilegio de definir el interés general y convertirlo en interés público; siendo la Administración la única intérprete de ese interés, pues a ella sola se atribuye su gestión⁽⁶⁾. Frente al interés general, convertido por la acción e interpretación de la Administración en interés público, solo están los intereses privados, particularizados, y que están protegidos por el modelo del Estado de derecho y la definición constitucional de los derechos y garantías como límites a la acción estatal, mediante los remedios jurisdiccionales de amparo, del contencioso-administrativo o de control de la constitucionalidad.

Por último, en ese esquema de Administración que todos hemos tenido alguna vez en mente, el dogma de la acción unilateral que moldeó toda la teoría del acto administrativo, excluye toda idea de participación de los administrados en las tareas administrativas: La Administración, al contrario, sola titular e intérprete del interés público, adquiere una actitud de denominación en relación a los administrados, imponiéndoles por la vía autoritaria su propia forma de entender la sociedad.

Este sistema, por supuesto, no es el que hoy existe en la realidad de nuestros Estados contemporáneos, pues las exigencias de la democratización —por los procesos políticos democráticos—, y del logro de una mayor eficiencia —provocado, como exigencia, por los procesos de intervención progresiva del Estado en la vida económica y social—, han transformado la Administración Pública de nuestros días, aún cuando no siempre hemos cambiado los dogmas de nuestra disciplina. De allí el desfase que a veces constatamos y que, también, a veces nos negamos a reconocer como realidades irreversibles, entre algunos esquemas formales de nuestra materia y la realidad del aparato de la Administración democrática, en sus relaciones con los administrados.

Así, el mundo moderno es testigo de una apertura progresiva de la Administración hacia la Sociedad y de una permeabilidad cada vez mayor de ésta a las exigencias sociales. La reticencia a la participación, de hecho, ha venido siendo sustituida por un esquema de colaboración entre administradores y administrados, provocado, primero, por el desarrollo de canales de información descendentes y

(6) Sobre la información administrativa en las dos vertientes, véase Comisión de Administración Pública, *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional*, Caracas 1972, tomo II, págs. 285 y sigts.

ascendentes antes menospreciados, y luego, por la apertura progresiva de las oficinas públicas, superándose el secreto y la reserva, y siendo sustituidas por la idea de la "transparencia administrativa"⁽⁷⁾. La situación, en este campo, sin embargo, sigue siendo contradictoria: hay leyes que continúan consagrando la reserva de los archivos públicos, como dogma tras el cual se ampara la arbitrariedad, y que se encuentran en contradicción con la garantía del derecho a la defensa frente al procedimiento administrativo, cuya efectividad exige el derecho a tener acceso a los expedientes, y a obtener copia de todos los documentos administrativos en ellos contenidos⁽⁸⁾.

Por otra parte, el mundo moderno ha mostrado cómo el mito de la representatividad a través de las Asambleas, como instancias políticas que debían comandar la acción administrativa, está roto y cómo el Parlamento se ha ido fosilizando, perdiendo su capacidad de legislación y de control⁽⁹⁾. Paralelamente, en su sustitución como instrumento de representación, han adquirido carta definitiva de naturaleza los partidos políticos, quienes han monopolizado realmente la representatividad, mediatizándola, y actuando directamente como vasos comunicantes entre el Parlamento y la Administración. Desde el punto de vista político-constitucional, los partidos políticos han sido reconocidos como instituciones de orden constitucional para canalizar la participación política del ciudadano en la vida nacional⁽¹⁰⁾; sin embargo, aún el derecho administrativo no termina de aceptarlos y es más, desde nuestras trincheras, el partido político en su actuación ante la Administración Pública, se nos aparece como un intruso o, simplemente, a pesar de su influencia, formalmente lo ignoramos, aún cuando en muchos casos sea el medio de participación en las tareas administrativas más efectivo.

Pero en uno de los campos que más cambios se han operado en los últimos años por el propio desarrollo democrático y pluralista de las sociedades contemporáneas, es en el del interés general. Este ya no es sólo el que convertido en interés público por su interpretación por la Administración, ésta asume y gestiona, como la legítima representante de aquél, y frente al cual se exige el derecho subjetivo o el interés personal, legítimo y directo de los administrados, únicos que encontra-

(7) Véase P. F. Divier "L'administration Transparente: l'accès des citoyens américains aux documents officiels" en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Paris 1975, No. 1, págs. 59 y sigs; Donald C. Rowat "Las nuevas y proyectadas leyes sobre el acceso público a los documentos oficiales" en *Revista de Derecho Público*, EJV., No. 9, Caracas, enero-marzo 1982, págs. 71 y sigs.

(8) Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas 1982, p. 115.

(9) Véase Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Caracas 1985, Tomo II, Págs. 446 y sigs.

(10) *Idem*, Tomo II, pág. 394 y sigs.

ban protección; no, la realidad social nos va mostrando progresivamente la aparición de intereses colectivos y de intereses difusos, que también forman parte del interés general pero no del monopolio interpretativo que de él tenía la Administración, y que comienzan a ser objeto de medios de gestión y protección reconocidos⁽¹¹⁾. Así, ciertos intereses colectivos como los de los trabajadores, comienzan a tener sus representantes e intérpretes en los sindicatos, los cuales progresivamente han asumido un rol participativo en la definición de las políticas públicas o en la gestión de tareas administrativas, y que van más allá de la sola reivindicación económica ante las empresas; asimismo, ciertos intereses difusos, como los de los vecinos, en un proceso de movilización social urbana que ha caracterizado a todos los países contemporáneos sometidos a la violencia de la urbanización, se han venido abriendo paso hacia el logro de una auténtica participación a nivel local⁽¹²⁾, la cual está en vías de conformarse formalmente. Por supuesto, la consolidación de los intereses colectivos y difusos ha venido golpeando el dogma de la legitimación procesal contencioso-administrativa, reducida al interés personal, legítimo y directo —y por ende individualizado—, para su apertura tendiente a la protección procesal de aquellos, lo cual es una de las efervecencias que hoy notamos en el régimen de la jurisdicción contencioso-administrativa y del propio procedimiento civil⁽¹³⁾.

Por último, ha sido precisamente esta irrupción de los intereses colectivos y difusos, en un mundo cada vez más democratizado, como copartícipes, también, de la idea del interés general junto con su conversión parcial en “público”, por la acción de la Administración, y ante el progresivo e inflacionario aumento de la intervención del Estado en todos los órdenes económicos y sociales; la que ha provocado un tremendo choque contra otro de los dogmas clásicos de la acción administrativa: la vía de acción unilateral. La realidad muestra al contrario, que informal o formalmente, la Administración Pública se ha abierto, y ha desarrollado contactos permanentes con los representantes de aquéllos intereses, hasta el punto de que en algunos casos, la idea del gobierno autoritario y unilateral comienza a ser reemplazado por el gobierno por convenio o contrato⁽¹⁴⁾; y así, la tradicional presión de los grupos de intereses se ha convertido en gestión, mediante fórmulas participativas orgánicas.

(11) Véase Miguel Sánchez Morón, *op. cit.*, pág. 112 y sigts.

(12) Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Régimen Municipal en Venezuela*, Caracas 1984, págs. 145 y sigts.; y

(13) Véase la obra colectiva *La tutela degli interessi collettivi nel diritto comparato*, Milan 1976; y M. Cappelletti, “La protection d’Interêt* collectifs et de groups dans le procès civil (“Metamorphose de la procédure civil”)), en *Revue Internationale de Droit Comparé*, París 1975, p. 571.

(14) Véase Miguel Sánchez Morón, *op. cit.* pág. 68 y 107.

Por otra parte, y como reflejo de todo este proceso, las exigencias de la democratización y de la participación han provocado otro de los signos del proceso político-administrativo contemporáneo: la descentralización. En efecto, la magnitud y desproporción del aparato administrativo, producto del intervencionismo, y la lucha por acercar el poder al ciudadano, han provocado la crisis del Estado Nacional Centralizado, y los vientos de descentralización soplan tanto en los viejos Estados Unitarios como en los también ancianos Estados Federales⁽¹⁵⁾. Así han surgido los Estados Regionales o de Comunidades Autónomas en sustitución de los Estados Unitarios; y los esfuerzos por descentralizar las Federaciones Centralizadas no cesan de realizarse, en aras de una mayor democratización y como condición para la participación política. Pero además, en esta recomposición de la vieja Administración Pública unitaria y monolítica, el proceso de descentralización funcional ha sido quizás el signo más característico de la nueva Administración y del Derecho Administrativo contemporáneo, dando lugar a las más variadas formas jurídicas personificadas e, incluso, de asociación con los particulares, en mecanismos de cogestión o de auto gestión⁽¹⁶⁾.

Ahora bien, en el centro de todo este proceso de cambio, reajuste, contradicción y desfase del derecho administrativo, está el tema de la interconexión entre los particulares y la Administración; y precisamente los nuevos medios o formas de conexión entre esos dos extremos constituyen el terreno propio de la participación administrativa.

II. LA PARTICIPACION COMO DERECHO Y LOS INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS.

Ahora bien, al hablar de participación administrativa, es decir, de la intervención de los particulares en las tareas de la Administración, debemos señalar, ante todo, que para ella exista realmente, es necesario que esa intervención se haga en defensa o representación de intereses difusos y colectivos, de carácter supraindividuales⁽¹⁷⁾. Por tanto, no toda intervención de los administrados en la elaboración de las decisiones administrativas encaja dentro del concepto de participación administrativa que, como producto, a la vez, de un discurso político basado en la

(15) Véase Allan R. Brewer-Carías, "La Descentralización territorial: Autonomía territorial y Regionalización Política" en *Revista de Estudios de la Vida Local*, No. 218 Madrid 1983, págs. 209 a 232.

(16) Sobre las formas descentralizadas funcionalmente véase Allan R. Brewer-Carías, *Fundamentos de Administración Pública*, Tomo I, Caracas, 1980, págs. 241 y sigts.

(17) Véase Miguel Sánchez Morón, *op. cit.*, pág. 111 y sigts. 137 y 167.

democratización, y de un discurso tecnocrático, basado en la eficacia⁽¹⁸⁾, está tocando a las puertas del derecho administrativo, pidiendo un reconocimiento formal y teórico, para eliminar el desfase que hoy tiene con su objeto: la Administración.

En efecto, la participación individualizada de los particulares en representación de su particular interés o como individualidades, es una técnica vieja que se ha desarrollado en la Administración tradicional, sea para garantizar el derecho a la defensa, sea como técnica de administración consultiva o de ayuda pericial. En esta forma, el derecho a ser oído en los procedimientos administrativos que puedan afectar situaciones jurídicas subjetivas ha sido reconocido en el mundo moderno, en todas las regulaciones sobre procedimientos administrativos como una garantía procedimental del administrado, y ha sido precisamente por el reconocimiento de este derecho, que el dogma del secreto y la reserva de archivos administrativos ha comenzado a ceder, al reconocérsele al particular el libre acceso al expediente del cual pueda resultar una decisión que lo afecte⁽¹⁹⁾.

Por otra parte, la técnica de la administración consultiva desarrollada desde hace décadas, permite a la Administración oír la opinión de expertos o notables, designados éstos a título personal, antes de la toma de alguna decisión, para asegurar la adecuación de la actividad administrativa y la mejora técnica de la decisión⁽²⁰⁾. En el mismo orden, la Administración, con frecuencia, asocia a particulares en la toma de decisiones, mediante un requerimiento de colaboración personal o técnica, con el objeto de examinar un problema o adoptar una decisión, proceso en el cual el particular si bien no actúa defendiendo su propio interés personal y directo, tampoco lo hace en nombre de algún otro interés general concretizado. Todos estos supuestos en los cuales los particulares toman parte en el proceso de elaboración de una decisión administrativa han sido reconocidos y aceptados por el derecho administrativo, y no contienen ninguna novedad, pues en definitiva, en la casi totalidad de los casos, la relación entre la Administración y el administrado sigue siendo una relación entre el interés público que aquella representa, y un interés particular e individualizado.

La novedad que nos sugiere el tema de la participación administrativa, en cambio, está en aquellas conexiones entre Administración y administrados pero basada en otra ecuación de intereses, en la cual todos son intereses generales: Por una

(18) Véase Jacques Chevalier, *loc. cit.*, No. 37, pág. 88 y sigs.

(19) Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica...* cit., pág. 115 y sigs.

(20) Sobre la Administración Consultiva, véase la obra colectiva editada por Georges Langrod, *La Consultation dans l'Administration Contemporaine*, Paris 1972, 972 págs.

parte el interés público —porque el interés general ha sido publicizado al asumirlo la Administración— y por otra parte, otros intereses generales, difusos y colectivos, que pujan por ser reconocidos formalmente. Es en esta noción de intereses difusos o colectivos en la cual está la clave del tema de la participación en la Administración contemporánea y que provoca el desfase que hoy aún existe en nuestro derecho administrativo, cimentado en la noción de interés personal, legítimo y directo para regular las relaciones entre el Estado y el particular.

Esta perspectiva nos lleva a señalar que en el mundo contemporáneo, por el proceso de democratización, de pluralismo y de intervención del Estado en la vida económica y social, hay una multitud y heterogeneidad de intereses sociales, que exigen ser tutelados. Hasta ahora solo los que asumía el Estado directamente —el interés público— eran tutelados por éste mediante obligaciones de hacer (prestaciones) o de no hacer (libertades); y en el otro extremo, el interés personal, legítimo y directo del administrado, también resultaba tutelado, por las vías de control jurisdiccional de la acción administrativa.

En el mundo moderno, sin embargo, comienzan a hacer su aparición otros intereses sociales —aún no publicizados y de carácter supraindividual, que están presionando por ser tutelados, precisamente, a través de las formas participativas. Estos son, insistimos, los intereses difusos y colectivos.

1. El interés difuso

Ahora bien, por interés difuso se entiende un interés jurídicamente reconocido pero que corresponde a una pluralidad *indeterminada o indeterminable* de sujetos. Esa es su nota característica: la indeterminabilidad de los sujetos titulares. Su reconocimiento por el ordenamiento jurídico puede ser explícito o implícito, y potencialmente, en algunos casos, puede abarcar a todos los sujetos que integran la comunidad⁽²¹⁾.

En este sentido, la mayoría de los derechos sociales reconocidos en la Constitución se configuran como intereses difusos en el sentido señalado, algunos de los cuales se los ha calificado, como enunciados programáticamente, y entre ellos está el derecho a la protección de la familia (art. 73) el derecho al trabajo (art. 84), el derecho a la educación (art. 18), el derecho a una vivienda cómoda e higiénica (art. 73), el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 106), el derecho a disfrutar de una existencia digna y provechosa para la colectividad (art. 95).

En todos estos casos, esos “derechos” como intereses difusos no son intereses

(21) Véase Miguel Sánchez Morón, *op. cit.*, pág. 116 y sigts.

individualizados, relativos a una esfera personal y propia de los individuos; sino que se trata de intereses que pertenecen a todos y cada uno de los componentes de la pluralidad indeterminada e indeterminable de sujetos de que se trate. Tampoco son intereses propios de una comunidad organizada. Tampoco son intereses propios de una comunidad organizada, constituida por la sumatoria de los intereses de los individuos concretos que la componen, sino que constituyen intereses que son de todos los individuos y que poseen por el hecho de pertenecer a la pluralidad de sujetos a que se refiere la norma en cuestión.

Ahora bien, el interés difuso ha comenzado a penetrar el ámbito del derecho administrativo por la vía de la legitimación procesal, particularmente en el área contencioso-administrativo; y además, comienza a desarrollarse la convicción de que el logro de su efectividad, realmente será completa, a través del derecho de participación⁽²²⁾.

En efecto, en el campo de la legitimación procesal debemos señalar que el interés difuso no es un derecho subjetivo que pueda dar origen a un derecho a determinado tipo de prestación, independientemente del determinado en las leyes. Por ejemplo, el derecho a la protección de la salud no puede dar origen a una acción judicial de un individuo a que se le haga un determinado tipo de operación en un hospital público. Tampoco es un interés legítimo, personal y directo respecto de la legalidad de las actuaciones de la Administración que pudieran afectar la esfera subjetiva de un sujeto de derecho, en concreto, por ser *éste destinatario de un acto* o encontrarse en una situación jurídica directamente afectada por dicha actuación. Por ejemplo, la decisión administrativa de un hospital de despedir al personal afectado a un servicio determinado no podría ser impugnada por un sujeto con base en su interés difuso a la protección de la salud.

Pero el interés difuso tampoco es en el otro extremo, un simple interés a la legalidad o constitucionalidad que tiene todo habitante del país que, por ejemplo, en nuestro sistema podría dar lugar a la impugnación por vía de acción popular de leyes o reglamentos, sino que vinculado a un derecho de participación, es algo más, jurídicamente protegido. Por ello el interés difuso aparece vinculado a ciertas agrupaciones sociales, que responden a una especialización en razón del bien jurídico protegido. Por ejemplo, las *Asociaciones de Vecinos* reguladas en la Ley Orgánica de Régimen Municipal⁽²³⁾, a las cuales se encomienda la "tarea de gestionar, en nombre de la respectiva comunidad, la atención de sus problemas y la defensa de sus intereses generales" en el "Reglamento Parcial No. 1 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal sobre las Asociaciones de Vecinos"⁽²⁴⁾, se les

(22) *Idem*, pág. 118.

(23) Arts. 148 y sigts. véase en *Gaceta Oficial* No. 3371 Extraordinaria de 2 de abril de 1984.

(24) Véase art. 6, Decreto No. 3130 de 6-3-79 en *G. O.* No. 31692 de 8-3-79.

otorga además expresamente la legitimación procesal, en los siguientes casos: “Ejercer recursos respecto al otorgamiento ilegal de licencias para expendios de licores” y “Ejercitar en nombre de sus miembros o asociados, los recursos judiciales, administrativos y de cualquier índole que fueren menester para el cabal cumplimiento de la normativa general o especial concerniente a los aspectos urbanísticos y materias afines”⁽²⁵⁾.

En el mismo orden de ideas, aún cuando menos precisa jurídicamente hablando, las *Juntas para la Conservación, Defensa y Mejoramiento del Ambiente* establecidas en la Ley Orgánica del Ambiente⁽²⁶⁾, como “organizaciones al servicio de la colectividad, en la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente mediante el examen, la vigilancia y la fiscalización de las actividades que directa o indirectamente puedan incidir sobre aquél”, conforme al “Reglamento de la Ley Orgánica del Ambiente sobre Juntas para la Conservación, Defensa, y Mejoramiento del Ambiente”⁽²⁷⁾, tienen entre sus atribuciones la de “hacer la denuncia ante el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables y ante las Fuerzas Armadas de Cooperación cuando existan fundados indicios de irregularidades en la explotación y el aprovechamiento de los recursos naturales renovables, y en todos aquellos casos que constituyan violación de la regulación ambiental” así como “ejercer ante la Procuraduría del Ambiente la acción conferida a los ciudadanos en el artículo 32 de la Ley Orgánica del Ambiente”⁽²⁸⁾. De acuerdo a este último artículo de la Ley “Todo ciudadano puede acudir por ante la Procuraduría del Ambiente o sus auxiliares para demandar el cumplimiento de las disposiciones relativas a la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente, a fin de que las actividades o hechos denunciados sean objeto de investigación”. Por otra parte, las *Juntas de Consumidores* previstas en el artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor⁽²⁹⁾, conforme al Reglamento de las mismas tienen entre sus objetivos “denunciar por ante la Superintendencia de Protección al Consumidor, los hechos que puedan constituir violaciones a la Ley contra el acaparamiento y la Especulación, a la Ley de Protección al Consumidor, a las disposiciones del Código Penal y a las demás leyes, Reglamentos y Resoluciones que tiendan a la protección del consumidor”⁽³⁰⁾.

(25) Art. 6, literales K y N.

(26) Véase el art. 15, ord. en *Gaceta Oficial* No. 31004 de 16 de junio de 1976.

(27) Véase art. 1, Decreto No. 2127 de 18-4-77 en *G. O.* No. 31219 de 22-4-77.

(28) Art. 13, ord. 13.

(29) Véase en *G. O.* No. 1680 Extraordinaria de 2 de septiembre de 1974.

(30) Véase Art. 3, literal a, Decreto No. 1561 de 11-5-76 en *G. O.* No. 30981 de 14-5-76.

Ahora bien, en todos esos casos, el interés difuso se ha protegido por el ordenamiento jurídico al reconocerse a determinadas asociaciones con grado de permanencia un derecho a participar, en virtud de la especialización de las mismas, y previo su reconocimiento jurídico-formal, lo que supone un cierto grado de control público de ellas.

2. El interés colectivo.

Pero además del interés difuso como base de participación, también ha encontrado protección del ordenamiento jurídico en el interés colectivo, el cual se ha considerado como una especificación del interés difuso. Sin embargo, el interés colectivo, a diferencia del simplemente difuso, se concreta en comunidades compuestas por sujetos más o menos determinables; en definitiva, es el interés de un grupo más o menos determinable de ciudadanos, que se persigue en forma unificada, por tener el grupo características y aspiraciones sociales comunes⁽³¹⁾. Así, por ejemplo, la representación de intereses colectivos se identifica fácilmente en los sindicatos y asociaciones cooperativas.

De acuerdo al artículo 172 de la Ley del Trabajo, los sindicatos tienen “por objeto el estudio, defensa, desarrollo y protección de intereses profesionales y el mejoramiento social, económico y moral de sus asociados” y entre sus atribuciones vinculadas con la representación del interés colectivo, de acuerdo al artículo 176, literal a ésta la de “representar a sus miembros para asegurar el cumplimiento de las disposiciones de la Ley del Trabajo y sus Reglamentos; denunciar a los funcionarios competentes del trabajo las irregularidades observadas en la aplicación de las referidas disposiciones legales; y representar a sus miembros por ante los Tribunales del Trabajo de acuerdo con los preceptos legales concernientes a la representación judicial”. Asimismo tiene atribuciones para “celebrar contratos colectivos de trabajo y hacer valer los derechos que nazcan de esos contratos a favor de sus afiliados”; y “representar a sus miembros en las negociaciones y conflictos colectivos de trabajo, y especialmente en los procedimientos de negociación, conciliación y arbitraje”⁽³²⁾. En el mismo orden, el Reglamento de la Ley del Trabajo precisa entre las finalidades de los sindicatos “representar y defender los intereses profesionales y generales de los trabajadores y de los patronos, según sea la naturaleza de la organización, ante los organismos y autoridades públicas en los procedimientos de conciliación y arbitraje y en los conflictos y procedimientos colectivos”⁽³³⁾. Por otra parte, en cuanto a las asociaciones cooperativas, conforme a la

(31) Véase Miguel Sánchez Morón, *op. cit.*, págs. 125 y sigs.

(32) Art. 176, literales b y c.

(33) Art. 340, letra a del Reglamento de la Ley del Trabajo, en G. O. No. 1631 Extraordinario de 31 de diciembre de 1973.

Ley de Asociaciones Cooperativas, las Federaciones Cooperativas y las Centrales Cooperativas tienen entre sus competencias “representar y defender los intereses” de las Federaciones o cooperativas afiliadas⁽³⁴⁾.

En estos casos, entonces, estamos en presencia de intereses colectivos, que son representados por asociaciones caracterizadas por su especialidad y determinabilidad de sus asociados, que actúan no en representación de un interés individual, sino precisamente colectivo, y que también constituyen expresión de un derecho de participación.

3. El derecho de participar.

Ahora bien, el tema de la participación administrativa, o de la participación de los particulares en tareas administrativas, encuentra su fundamento, precisamente, en la expresión y representación de estos intereses sociales, difusos o colectivos, que no necesariamente son “públicos” en el sentido de que su representatividad no ha sido asumida monopolísticamente por el Estado⁽³⁵⁾.

Por tanto, la participación en la realidad administrativa contemporánea surge en el área de estos intereses sociales que se encajan entre los tradicionalmente opuestos: interés privado individual, por una parte, e interés público como legitimador de la acción de los poderes públicos, por la otra; precisamente, la efectividad de estos intereses difusos o colectivos es lo que está transformando progresivamente la propia Administración Pública, democratizándola y abriéndola, y además, golpeando a las puertas de los propios dogmas tradicionales del derecho administrativo. En este orden de ideas, podemos decir que la participación administrativa propiamente dicha se manifiesta realmente, cuando se produce la intervención de sujetos de derecho en la actividad administrativa en defensa de intereses *supraindividuales*; y esto puede ocurrir tanto en casos en los cuales es un individuo el que participa en representación de intereses colectivos o difusos de los que no es titular individualmente, sino como parte de una comunidad; como en los que es la asociación o comunidad la que participa, en representación de los intereses difusos o colectivos. En el primer caso se encuentran todos aquellos supuestos de participación de sujetos de derecho en la elección de representantes en el seno de organizaciones administrativas auto-gestionadas por la comunidad que integran. Es el caso, por ejemplo, de la integración en las Universidades Nacionales autónomas, de los Consejos Universitarios, de los Consejos de Facultad y de los Consejos de

(34) Art. 61, numeral 6 y art. 62, literal b de la Ley General de Asociaciones cooperativas en G. O. No. 1750 Extraordinario de 27 de mayo de 1975.

(35) Véase Jacques Chevalier, *loc. cit.*, No. 37, pág. 101.

Escuelas⁽³⁶⁾; tanto el profesor como el estudiante que vota para la elección de los representantes profesionales e incluso de los estudiantiles en los Consejos, no actúan representando realmente un interés individual sino colectivo, de la comunidad universitaria, y que tiene, precisamente, como derecho participativo, por pertenecer a ella, aún cuando la forma de ejercicio de ese interés colectivo sea de carácter individual. En estos casos se puede incluso hablar de una auténtica democracia administrativa.

También se ubica en esta participación individual en representación de intereses difusos, aquellos supuestos de ejercicio de funciones públicas por particulares, en tanto que carga ciudadana impuesta por ley: es el caso del ejercicio de cargos electorales, que es de carácter obligatorio⁽³⁷⁾; y la retención de impuestos y contribuciones que la ley impone a ciertos particulares⁽³⁸⁾. En estos casos, la participación administrativa es a título individual pero representando no un interés personal, sino el interés difuso de la totalidad de los electores o de las contribuyentes.

Sin embargo, en materia de participación administrativa en representación de intereses difusos y colectivos, la más comúnmente desarrollada en la Administración contemporánea es la participación colectiva, es decir, que se realiza colectivamente a través de grupos o estructuras sociales organizadas, a las cuales se reconoce en el ordenamiento jurídico, la legitimación necesaria para ello.

III. LAS FORMAS DE PARTICIPACION ADMINISTRATIVA.

Esta participación administrativa en defensa de intereses difusos o colectivos, puede adquirir básicamente, dos formas: o es una participación funcional; que opera sin que el sujeto participativo se integra en la organización administrativa, o es una participación orgánica, en el sentido de que dicho sujeto sí se integra en la organización. En el primer supuesto, el sujeto participativo tiene una participación desde el exterior, en el funcionamiento de la Administración, pues mantiene una separación estructural respecto del aparato administrativo; en el segundo supuesto, en cambio, el sujeto participativo se introduce en la propia estructura admi-

(36) Véase Ley de Universidades en G. O. N. 1429 Extraordinario de 8 de septiembre de 1970 (Consejo Universitario art. 24 y sigts.; Consejo de Facultad art. 58 y sigts.; y, Consejo de Escuela art. 69 y sigts.).

(37) Véase Ley Orgánica del Sufragio en G. O. No. 2127 Extraordinario del 29 de diciembre de 1977, artículos 21 y 29.

(38) Véase Ley de Impuesto sobre la Renta, G. O. No. 2894 Extraordinario de 23 de diciembre de 1981 (artículo 88 y 89).

nistrativa, institucionalizándose la participación⁽³⁹⁾.

1. Las diversas formas de participación funcional.

En la que hemos denominado participación funcional, por su parte, se pueden distinguir dos grandes formas de participación como medio de expresión de intereses difusos y colectivos en el funcionamiento de la Administración: la participación procedimental, y la participación negocial o contractual.

A. La participación procedimental.

La primera de las formas mencionadas de participación funcional en representación de intereses difusos o colectivos es la participación que ocurre en el procedimiento administrativo, y que sin duda, rompe uno de los moldes clásicos de la formación de la voluntad de la Administración.

En efecto, de acuerdo a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, los que pueden intervenir en los mismos, es decir, los interesados, son los titulares de un interés personal, legítimo y directo en caso de que se trate de la formación de un acto de efectos particulares; o de un simple interés particularizado, en caso de que se trate de la formación de un acto de efectos generales o normativo⁽⁴⁰⁾; regulación que responde a la fórmula clásica para configurar las relaciones entre el Estado y la Sociedad. Sin embargo, progresivamente el ordenamiento jurídico ha venido permitiendo formas de participación formal en el procedimiento a cargo de sujetos, no titulares de intereses personales legítimos y directos, sino de intereses difusos o colectivos. Esto se da en varias formas.

a. La participación en la iniciación del procedimiento.

La primera de las formas de participación administrativa funcional procedimental de los representantes de intereses difusos y colectivos, formalmente establecida, se da en la fase de iniciación del procedimiento.

Es el supuesto, por ejemplo, de las *iniciativas* para la discusión de regulaciones locales previstas a favor de los vecinos. En tal sentido la Ley Orgánica de Régimen Municipal otorga a las Asociaciones de vecinos, así como a las organizaciones sin-

(39) En general sobre esta clasificación véase Eduardo García de Enterría, "La participación del Administrado en las Funciones Administrativas" en *Moneda y Crédito*, Madrid 1977, págs. 305 y sigts.; y Miguel Sánchez Morón, *op. cit.*, págs. 165 y sigts.

(40) Art. 85 en concordancia con los artículos 112 y 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, cit., págs. 263 y sigts.; 331 y 332.

dicales, gremiales u otras agrupaciones representativas de sectores de la comunidad, legalmente constituídas, la legitimación para presentar a los Concejos Municipales proyectos de ordenanzas, aún cuando la iniciativa deberá estar respaldada por un número no menor de un mil electores, vecinos de la comunidad⁽⁴¹⁾. En estos casos, el acto de iniciativa legalmente establecido provoca la obligación del Concejo Municipal de proceder a conocer el texto en concreto aún cuando, por supuesto, el proyecto puede ser rechazado.

Pero cuando hablamos de participación en el inicio del procedimiento, ello no comprende, realmente, como forma de participación administrativa formalmente establecida, las que constituyen meras manifestaciones del ejercicio del derecho de petición constitucionalmente regulado⁽⁴²⁾ y que de acuerdo a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, pueden o no ser resueltas según su contenido⁽⁴³⁾. Incluso, en estas formas de iniciativa no participativas están las denuncias que puedan formular determinadas organizaciones titulares de intereses difusos, como los atribuidos a las Juntas de Conservación y Mejoramiento del Ambiente, ante los Procuradores del Ambiente⁽⁴⁴⁾ y las Juntas de Consumidores ante la Superintendencia de Protección al Consumidor⁽⁴⁵⁾. En realidad, formalmente, si con tal motivo se inicia el procedimiento administrativo o judicial sancionatorio, será por la decisión del ente respectivo que se inicie el procedimiento, es decir, de oficio⁽⁴⁶⁾ y no por la denuncia de aquellas.

b. La participación administrativa en la sustanciación del procedimiento.

Ahora bien, la participación procedimental de intereses difusos y colectivos se regula ordinariamente en la fase de sustanciación del procedimiento, y ésta puede ser mediante mecanismos consultivos formales o en un proceso de información o audiencia pública de los interesados, lo cual es frecuente en los procesos de planificación territorial y ordenación urbanística.

Por ejemplo, la Ley Orgánica para la *Ordenación del Territorio* establece, en el

(41) Art. 151.

(42) Art. 67.

(43) Art. 2.

(44) Art. 13, del Reglamento de la Ley Orgánica del Ambiente sobre las Juntas para la Conservación, Defensa y Mejoramiento del Ambiente, *loc. cit.*

(45) Art. 3, literal a. del Reglamento de las Juntas de Consumidores, *loc. cit.*

(46) Art. 48 de la LOPA.

proceso de elaboración de todos los planes territoriales que prevé (Plan Nacional, Planes Regionales y Planes de Ordenación Urbanística), la necesidad de que los proyectos elaborados se sometan “al conocimiento público con el objeto de oír la opinión de los interesados y recibir los aportes de la comunidad debidamente organizada⁽⁴⁷⁾. En particular, respecto de los planes de ordenación urbanística, la Ley prevé que “antes de su aprobación definitiva” serán sometidas “a un período de audiencia pública de 60 días continuos a fin de que los interesados puedan conocerlos y emitir observaciones sobre los mismos, a cuyo efecto, el organismo respectivo deberá darle la necesaria difusión”⁽⁴⁸⁾. En el mismo terreno de la ordenación urbanística, los *cambios de zonificación* que autoriza la Ley Orgánica de Régimen Municipal y que pueden adoptar los Concejos Municipales deben ser sometidos a una audiencia pública (“el Concejo determinará el día y la hora cuando la Cámara oirá públicamente a los interesados”), previa información al público del nuevo uso propuesto para la zona afectada⁽⁴⁹⁾, lo cual se regula en igual forma, por ejemplo, en la Ordenanza sobre Urbanismo, Arquitectura y Construcciones en general del Distrito Sucre del Estado Miranda de 1978⁽⁵⁰⁾.

c. La participación en el procedimiento a través de mecanismos consultivos.

También se han venido configurando como una forma de participación de los entes representativos de intereses difusos y colectivos en las tareas administrativas, los mecanismos consultivos en la Administración desarrollados como sistema auxiliar de la Administración activa. Esto se produce en todos los supuestos en los cuales en el curso de un procedimiento administrativo, la Administración deba obtener previamente la opinión de organizaciones representativas de intereses difusos y colectivos.

Por ejemplo, en materia de *ordenación del territorio* y de ordenación urbanística se ha previsto la exigencia de que la Administración, antes de producir una decisión, consulte a los grupos interesados. Así, el artículo 28 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio exige que elaborados los Planes Nacionales y Regionales de Ordenación del Territorio, los proyectos deben ser sometidos a “consulta” a través de los distintos organismos representativos de la colectividad; y el artículo 168 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal exige que para que pueda procederse a un cambio de zonificación “la solicitud para cambiar la zonificación deberá estar respaldada por la correspondiente Asociación de Vecinos, si la hubie-

(47) Art. 28 y 31 de la Ley, en G. O. No. 3238 Extraordinario de 11 de agosto de 1983.

(48) Art. 30.

(49) Art. 168.

(50) Arts. 31 y 32 en *Gaceta Municipal* Extraordinario del 18-8-78.

re, o por la mayoría absoluta de los vecinos del área permisada como unidad urbanística o de los vecinos residentes en el área que determine la oficina municipal que tenga a su cargo la planificación urbana, cuando el sector afectado no haya sido permisado como unidad urbanística⁽⁵¹⁾. En estos dos ejemplos resulta claro que la consulta requerida, además de ser obligatoria, puede o no ser vinculante, de acuerdo a la figura clásica.

B. La participación negocial o contractual.

Ahora bien, los mecanismos de participación administrativa que hemos denominado la participación procedimental, tienen la particularidad de referirse a un procedimiento administrativo conducente a la formación de un acto administrativo o decisión unilateral de la Administración, en el cual, sin embargo, participan los representantes de intereses difusos o colectivos. Por supuesto, se trata de una participación *externa*, en el sentido de que los mencionados intereses difusos y colectivos no se integran en la organización, sino que colaboran en la formación de la voluntad de la Administración, la cual se expresa en definitiva, mediante un acto unilateral.

Sin embargo, en muchas otras ocasiones, la participación de intereses difusos y colectivos en la Administración ha conducido a suplantar la forma tradicional de expresión unilateral de voluntad administrativa, por mecanismos negociales o contractuales, conforme a los cuales los representantes de aquellos intereses participan junto con la administración, en la formulación de un acto que es expresión de un convenio o contrato. No se trata ya de una participación consultiva, sino de una participación-negociación, en la cual en principio se sustituye el principio de autoridad por el de negociación o contratación con las partes interesadas; fórmula denominada en el ámbito anglosajón, como la del *government by contract*⁽⁵²⁾.

En el derecho de los países andinos, miembros del Acuerdo de Cartagena, por ejemplo, de acuerdo al artículo 28 de la Decisión No. 24 contentativa del Régimen Común sobre inversiones extranjeras, al reservarse a las empresas nacionales o mixtas el goce de las ventajas derivadas del programa de liberación⁽⁵³⁾, se previó que las empresas extranjeras que existían en los países miembros y que deseaban gozar de dichas ventajas debían "*convenir*" con el organismo competente del país respectivo su transformación en empresas nacionales o mixtas⁽⁵⁴⁾, precisando-

(51) Art. 168.

(52) Véase Miguel Sánchez Morón, *op. cit.*, págs. 70.

(53) Art. 27. Véase en G. O. No. 1620 Extraordinario de 1o. de noviembre de 1973.

(54) Art. 28.

se en detalle lo que debían contener “los convenios sobre transformación”⁽⁵⁵⁾. En el caso de Venezuela, además, en el Decreto No. 2442 de 8-11-77 que reglamentó la mencionada Decisión No. 24⁽⁵⁶⁾, se precisó que “los convenios destinados a la transformación de las empresas extranjeras en nacionales o mixtas, serán celebrado entre dichas empresas, actuando en representación de sus inversionistas y la Superintendencia de Inversiones Extranjeras”⁽⁵⁷⁾, regulándose el contenido de los mismos⁽⁵⁸⁾.

Pero independientemente de la previsión legal de esta forma en participación negocial en las actividades administrativas, la modalidad se ha venido utilizando en variadas circunstancias en el campo industrial. Por ejemplo, convenios para garantizar el abastecimiento de productos se firmaron en la última década entre la República y los productores, en los cuales se regularon, incluso, el otorgamiento de cupos de importación, la tramitación de exoneraciones, y se establecieron obligaciones de compra de materias primas producidas en el país. Ejemplos de estos convenios fueron los celebrados entre la República y la Asociación Venezolana de Industriales de Grasas y Aceites en representación de los industriales procesadores de Aceites y Grasas; entre la República y los industriales Productores de Harina de Maíz Precocida; y entre la República y las Industrias Fabricantes de Jabón. Otros ejemplos de esta participación contractual, fueron los convenios firmados entre la República y algunos sectores industriales para la fijación de la República y algunos sectores industriales para la *fijación de precios máximos* de venta de productos. Ejemplos de estos convenios fueron, el suscrito entre la República y los representantes del Sector fabricante de Cosméticos (1.984); entre la República y las empresas productoras de Cemento (1.981); y entre la República y las empresas productoras de hierro y acero (1.974)⁽⁵⁹⁾.

En todos estos casos, la participación de intereses colectivos y difusos, ha provocado el abandono de la acción unilateral de la Administración, sustituyéndose por la decisión convenida con los representantes de aquéllos.

2. Las diversas formas de participación orgánica.

Pero además de las formas de participación funcional, se distinguen también las formas de participación orgánica conforme a las cuales, los representantes de

(55) Art. 31.

(56) Véase en *G. O.* No. 2100 Extra de 15-11-77.

(57) Art. 47.

(58) Arts. 48 y sigts.

(59) Consultados en original.

los intereses difusos o colectivos, se insertan en la organización administrativa, sea asumiendo la gestión de un asunto, sea participando en órganos decisorios junto con funcionarios públicos o particulares, sea como participante de órganos consultivos, o sea como elementos cooperadores. Tres formas de participación orgánica, por tanto, pueden distinguirse: participación en la gestión, participación consultiva y participación cooperativa.

A. La participación en la gestión.

La primera de estas formas de participación orgánica corresponde a aquellas figuras organizativas de las cuales forman parte los representantes de los intereses difusos y colectivos, y tienen atribuida la facultad de decidir, o gestionar una actividad pública. Estos órganos pueden estar compuestos por representantes de dichos intereses solamente, o junto con funcionarios designados u otras personas a título individual. La participación en la gestión puede dar lugar, por tanto a una autogestión, una co-gestión o una simple participación en órganos decisorios.

a. Los casos de auto-gestión

En el campo de la auto-gestión administrativa, debe destacarse, como ejemplo, el régimen de las *Universidades Nacionales Autónomas*. De acuerdo a la Ley de Universidades los Consejos Universitarios, los Consejos de Facultad y los Consejos de Escuela están integrados por profesores, estudiantes y profesionales egresados, todos electos por sus respectivas comunidades, en representación del interés colectivo⁽⁶⁰⁾.

Por otra parte, también en las fórmulas de auto-gestión deben ubicarse los que corresponden a los *establecimientos públicos corporativos*, tanto estatales como no estatales. En los primeros están las Academias Nacionales creadas por Ley cuyos miembros nombrados por cooptación, auto gestionan las entidades⁽⁶¹⁾; en los segundos están los *Colegios Profesionales*, también creados por Ley, y que auto-gestionan las actividades de los gremios⁽⁶²⁾. Estos entes corporativos se han denominado como "personas públicas participativas no territoriales" y administrativamente configuran una forma de descentralización funcional, para el control del ejercicio de profesiones liberales.

(60) La Ley de Universidades (Véase cita No. 36).

(61) Véase en *Compilación Legislativa de Venezuela*, Parte Segunda, Segunda Edición, Editorial Andrés Bello, Caracas (pág. 972 y sigts., VII-2).

(62) Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública, G. O. No. 30273 de 5-12-1973 (artículo 13 y sigts.); Ley de Ejercicio de la Odontología, G. O. No. 29.288 de 10-8-1970 (artículo 19 y sigts.); y, Ley de Abogados G. O. No. 1081 Extraordinario de 23-1-1967 (artículo 32 y sigts.).

Por último, también se ubican en estos casos de auto gestión, los supuestos regulados por Ley en los cuales se atribuye a una persona jurídica privada, por ejemplo, las Bolsas de Valores que deben constituirse como compañías anónimas, el ejercicio de tareas administrativas y de control, vinculadas, en ese caso, al mercado de valores⁽⁶³⁾.

b. Los casos de co-gestión.

Por otra parte, es frecuente la participación de los representantes de intereses difusos y colectivos en órganos administrativos, junto con funcionarios y otros particulares a títulos individual, en forma de co-gestión.

En este esquema debe situarse la organización del sistema de elecciones. De acuerdo a la Constitución, los partidos políticos concurrentes en un proceso electoral tienen “derecho de vigilancia” sobre el mismo, y además se prevé que “los organismos electorales estarán integrados de manera que no predomine en ellos ningún partido o agrupación política”⁽⁶⁴⁾. De acuerdo a esto, la Ley Orgánica del Sufragio reguló la integración del *Consejo Supremo Electoral* a cuyo cargo está la conducción de los procesos electorales y el control formal de los partidos políticos, disponiendo su composición con 9 miembros elegidos por las Cámaras Legislativas al inicio de cada período constitucional en la siguiente forma: cinco (5) de ellos son electos “mediante postulación que harán los partidos políticos nacionales que hubieren obtenido mayor número de votos en las últimas elecciones para Cámaras Legislativas Nacionales”; y los cuatro (4) restantes, “deberán ser ciudadanos sin afiliación política”⁽⁶⁵⁾, que conforme a la práctica democrática de los últimos años, son escogidos por los dos partidos mayoritarios. además, la ley prevé que los partidos políticos nacionales no representados en el Consejo, pero que hubieren obtenido por lo menos el 3% de los votos válidos en las últimas elecciones legislativas, pueden designar un representante ante dicho organismo con derecho a voz⁽⁶⁶⁾.

En materia de seguridad social también se identifica un régimen de participación tripartita, en tanto que co-gestión, al prever la Ley de Seguro Social, que el Consejo Directivo del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, organismo el cual compete la administración del mismo, “estará constituido por representantes

(63) Véase Ley de Mercado de Capitales, G. O. 1744 Extraordinario de 22 de mayo de 1975 (artículo 89 y sigts.).

(64) Art. 113.

(65) Art. 39. Véase en *Gaceta Oficial* 2117 Extraordinario de 29-12-1977.

(66) Art. 39.

en número igual del Ejecutivo Nacional, de los patronos y de los asegurados y por un representante de la Federación Médica Venezolana, este último con voz pero sin voto”⁽⁶⁷⁾.

A los efectos de la designación, el Reglamento de la Ley⁽⁶⁸⁾ establece que el Ministerio del Trabajo, mediante Aviso Oficial, debe solicitar listas de candidatos de las federaciones y confederaciones de patronos y trabajadores, así como de la Federación Médica Venezolana. Dichas Federaciones y Confederaciones de patronos y trabajadores deben presentar cinco candidatos y tres la Federación Médica Venezolana, y de no hacerlo en el lapso que se establezca, el Ministerio del Trabajo confeccionará o completará las listas con personas que considere idóneas para ejercer la debida representación, a los efectos de la designación por el Presidente de la República⁽⁶⁹⁾.

Pero en materia laboral debe destacarse, por su importancia, la gestión tripartita que ha regulado la Ley contra Despidos Injustificados⁽⁷⁰⁾ al establecer las *Comisiones Tripartitas* permanentes, como organismos administrativos, con el objeto de proteger a los trabajadores contra los despidos sin causa justificada. Estas Comisiones Tripartitas corresponde designarlas al Ministerio del Trabajo, “integradas por sendos representantes del Ministerio del Trabajo, de los patronos y de los trabajadores”, y tienen por misión fundamental calificar los despidos⁽⁷¹⁾. A los efectos de la designación de los representantes de los patronos y de los trabajadores, dispone el Reglamento de la Ley⁽⁷²⁾ que “el Ministerio del Trabajo, por órgano de las respectivas Inspectorías del Trabajo, solicitará de las organizaciones más representativas de ellos, la postulación de sendas ternas”, para la escogencia entre ellas de los representantes. En caso de que no se le envíen las mencionadas ternas en el lapso que se prevea, el Ministerio procederá a efectuar la designación⁽⁷³⁾.

c. Los casos de participación en la gestión.

En otros casos, la participación de representantes de intereses difusos y colec-

(67) Art. 53 Véase en *Gaceta Oficial* 1096 Ext. de 6-4-1967.

(68) Véase Decreto No. 1563 en *G. O. No. 1631* Ext. de 31-12-1973.

(69) Art. 14 y 16.

(70) Véase en *G. O. 30468* de 8-8-1974.

(71) Art. 1.

(72) Véase en *G. O. No. 1631* Ext. de 31-12-1973.

(73) Arts. 14 y 15.

tivos no se hace a título de autogestión o cogestión, sino de simple participación en la gestión que en forma determinante sigue en manos de funcionarios.

Recientemente esta ha sido la fórmula seguida en la Ley que crea la *Comisión Nacional de Costos, Precios y Salarios*⁽⁷⁴⁾, la cual tiene a su cargo la formulación de criterios de política sobre dicha materia: dicho órgano está integrado por tres Ministros, un representante de la Confederación de Trabajadores de Venezuela y un representante de la Federación de Cámaras y Asociaciones de Comercio y Producción designados por el Ejecutivo Nacional, de una terna de candidatos propuesta por cada una de las instituciones mencionadas⁽⁷⁵⁾. Sin embargo, la misma puede sesionar válidamente con tres de sus miembros⁽⁷⁶⁾ que pueden ser los tres Ministros, por lo que la participación de los intereses representados en la misma no es determinante para la toma de las decisiones, entre las cuales está la atribución de "dictaminar previamente sobre cualquier fijación y modificación de precios de los bienes y servicios declarados de primera necesidad"⁽⁷⁷⁾, que deba adoptar el Ministro de Fomento de acuerdo a la Ley de Protección al Consumidor.

Una figura similar de participación de intereses difusos y colectivos en la gestión de entidades públicas está en la configuración del Directorio del *Banco Central de Venezuela*. De acuerdo a la Ley de dicha institución⁽⁷⁸⁾ el Directorio está compuesto por un presidente y siete directores designados por el Presidente de la República. Estos directores son designados así: cuatro directores escogidos entre funcionarios públicos de diversos Ministerios, Oficinas Presidenciales e Institutos Autónomos; un director escogido entre los presidentes de los bancos e institutos de crédito miembros del Consejo Bancario Nacional, de una terna que le presente al Presidente de la República; un director escogido de una terna sometida a consideración del Presidente de la República por la Federación de Cámaras y Asociaciones de Comercio y Producción; y un director designado de otra terna sometida a consideración del Presidente por la Confederación de trabajadores de Venezuela⁽⁷⁹⁾.

(74) Véase en G. O. No. 33011 de 2-7-1984.

Véanse los comentarios a dicha Ley en *Revista de Derecho Público* No. 20, Caracas Octubre-Diciembre de 1984, en Comentarios Legislativos por Allan R. Brewer-Carías pág. 120 y sigs. y Aristides Rengel Romberg (pág. 105 y sigs.) y Judith Rieber de Bentata (págs. 86 a 95).

(75) Art. 3.

(76) Art. 14.

(77) Art. 6. Ord. 4.

(78) Véase en G.O. 1711 Ext. de 30-12-1974.

(79) Art. 20.

Lo interesante a destacar de esta normativa es que la Ley establece la forma cómo deben ser elegidos las ternas en las organizaciones representativas de los intereses difusos y colectivos en el Consejo Bancario Nacional, mediante votación en la cual no tendrán ni voz ni voto los representantes de Bancos Oficiales ni el Superintendente de Bancos; en Fedecámaras, mediante elección en "Asamblea General convocada con tal fin, del propio seno de dichos organismos"; y en la CTV, mediante elección "en asamblea general convocada con tal fin del propio seno de dicho organismo"⁽⁸⁰⁾. Ninguna de las personas incluidas en todas esas ternas puede ser funcionario público.

- Otro ejemplo de importancia de participación de intereses difusos y colectivos en la gestión es el previsto en la *Ley de Representación de los Trabajadores en los Institutos, Organismos de Desarrollo Económico y Empresas del Estado*⁽⁸¹⁾, que establece la necesidad de que en las Juntas Directivas de estas organizaciones estatales haya "una representación de los trabajadores organizados"⁽⁸²⁾. Esta representación, de acuerdo con dicha Ley, "la ejercerá la Confederación, Federación o Sindicatos más calificado o de mayor importancia en la correspondiente rama industrial"⁽⁸³⁾; y la designación del representante laboral corresponde efectuarla al órgano ejecutivo de adscripción de la entidad pública⁽⁸⁴⁾. Una vez designado, dicho representante "formará parte del órgano directivo en igualdad de condiciones que los demás miembros de ese organismo"⁽⁸⁵⁾.

En particular, y en lo que concierne al régimen de la función pública, la *Ley de Carrera Administrativa*⁽⁸⁶⁾ dispone que el Directorio de la Oficina Central de Personal estará integrado por el Director-Ejecutivo de la Oficina, nombrado por el Presidente de la República, un Director nombrado por el Congreso; y un Director escogido por el Presidente de la República, "de una terna que le presentará

(80) Art. 20.

(81) Véase en G. O. 29105 de 23-12-1969. Béase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías "La Ley de representación de los Trabajadores en los Institutos, Organismos de Desarrollo y Empresas del Estado", en *Revista de la Facultad de Derecho*, UCAB, No. 4, Caracas 1966-1967, págs. 199 a 212.

(82) Art. 1.

(83) Art. 2.

(84) Art. 3.

(85) Art. 5.

(86) Véanse en G. O. No. 29497 de 30-4-1971. Véanse los comentarios de Allan R. Brewer-Carías, *El Estatuto del Funcionario Público y la Ley de Carrera Administrativa*, Caracas, 1971, págs. 181 y sigts. 87 art. 8.

la Confederación de Trabajadores de Venezuela o en su defecto la central sindical nacional que afilie a la mayoría de los trabajadores organizados del país, en consulta con la Unión Nacional de Empleados Públicos o en su defecto con la organización sindical que agrupe a la mayoría de los empleados públicos”.⁽⁸⁷⁾.

La participación en la gestión también está prevista para representantes de intereses difusos y colectivos de carácter no laboral, en *institutos autónomos de orden económico*. Así por ejemplo, la Ley de la Corporación de Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria⁽⁸⁸⁾ prevé que en el Directorio de la misma, un director representará las Empresas del sector, escogido de la terna que presente el organismo gremial mayoritariamente representativo de los artesanos, pequeños y medianos industriales⁽⁸⁹⁾. Asimismo, la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo⁽⁹⁰⁾ establece que en el Directorio del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo, de 6 miembros, dos serán elegidos por el Presidente de la República seleccionándolos de dos ternas que serán presentadas por la Federación Venezolana de Entidades de Aorro y Préstamo⁽⁹¹⁾. Igualmente, en la Junta Administradora del Fondo de Crédito Industrial, establecido como Instituto autónomo a partir de 1978⁽⁹²⁾, de los siete miembros, tres de ellos son elegidos de ternas que presentarán el Consejo Venezolano de la Industria, la Confederación de Trabajadores de Venezuela y la Federación de Pequeños y Medianos Industriales de Venezuela⁽⁹³⁾.

Este mismo tipo de participación en la gestión, se ha establecido también en patrimonios autónomos de orden económico, como sucede con el Fondo de Financiamiento a las Exportaciones, en cuyo directorio debe estar un representante de la Asociación Venezolana de Exportadores⁽⁹⁴⁾.

B. La participación Consultiva.

Pero además de los casos mencionados de participación de las organizaciones representativas de los intereses difusos y colectivos en la gestión administrativa, en

(87) Art. 8.

(88) Véanse en G. O. No. 1748 Ext. de 26 de mayo de 1975.

(89) Art. 3.

(90) Véase en G. O. No. 1739 Ext. de 13-5-1975.

(91) Art. 16.

(92) Véase en G. O. 2254 Ext. de 22-5-1978.

(93) Art. 9.

(94) Véase en G. O. 30217 de 28-9-1973 art. 11.

la generalidad de los casos ha tenido un mayor desarrollo la participación consultiva, es decir, la participación orgánica de representantes de dichos intereses en órganos consultivos de la Administración. La misma Constitución establece la disposición del Estado a este tipo de participación consultiva, precisamente de intereses difusos y colectivos, al prever el artículo 109 que “La Ley regulará la integración, organización y atribuciones de los cuerpos consultivos que se juzguen necesarios para oír la opinión de los sectores económicos privados, la población consumidora, las organizaciones sindicales de trabajadores, los colegios de profesionales y las universidades, en los asuntos que interesan a la vida económica”.

Sin duda se encuadra de este tipo de participación, la figura del *Consejo de Economía Nacional* 1944), creado por Decreto Ejecutivo⁽⁹⁵⁾ a la usanza de lo establecido en otras latitudes, como “organismo autónomo, apolítico y de carácter consultivo”, con el objeto de “asesorar al Ejecutivo Nacional en todas aquellas cuestiones que interesen al desarrollo y coordinación de la Economía Nacional”⁽⁹⁶⁾. El Consejo en su regulación original está formado por 17 miembros principales: tres graduados en alguna de las facultades o escuelas Universitarias, dos empleados, dos obreros y uno por cada una de las siguientes instituciones o actividades: Banco Central, Banca, Comercio, Industria, Transporte, Agricultura, Cría, Pesca, Hidrocarburos y Minería” y en cuanto a la forma de elección, sólo los representantes de empleados y obreros se designan por el Ejecutivo Nacional de entre listas de candidatos presentadas por las Asociaciones o Sindicatos. El resto de los representantes son designados directamente por las organizaciones representativas de los intereses: los Rectores de las Universidades, el Directorio del Banco Central, el Consejo Bancario Nacional, y las Cámaras, asociaciones o corporaciones “representativas de las actividades correspondientes”, eterminadas por Fedecámaras”⁽⁹⁷⁾.

En el mismo orden del Consejo de Economía Nacional, y para facilitar la coordinación de los grandes programas de inversión pública y privada que sirvieran de apoyo a la producción de insumos y a la dotación de servicios, y con el objeto de incorporar a los sectores que participaban en las distintas manifestaciones del quehacer colectivo, de manera especial a los que actuaban en la producción y el abastecimiento, al proceso de reorganización de la economía nacional, en 1974 se creó el *Consejo Nacional para la Producción y el Abastecimiento*, como órgano asesor para la formulación de recomendaciones al Ejecutivo Nacional en la materia, integrado además de por altos funcionarios públicos, por los Presidentes de la Fundación Instituto Venezolano de Productividad, de la Federación de Cámaras y

(95) Véase en *Compilación Legislativa de Venezuela II*, Decreto No. 211, Orgánico del Consejo de Economía Nacional, pág. 801, V-15.

(96) Art. 1.

(97) Arts. 2 y 3.

Asociaciones de Comercio y Producción, de la Confederación de Trabajadores de Venezuela, de la Federación Campesina de Venezuela, del Consejo Venezolano de la Industria, de la Asociación Pro-Venezuela, de la Federación Nacional de Ganaderos y de la Federación de Pequeños y medianos Industriales⁽⁹⁸⁾.

Pero al margen de estos grandes cuerpos consultivos multisectorial, en el campo económico, innumerables Consejos, Comisiones y Comités Consultivos han sido establecidos, en los cuales participan representantes de intereses difusos y colectivos. Tradicionalmente, la diferencia entre estas instituciones se ha establecido con base al lugar que ocupan en la jerarquía consultiva y a la permanencia o temporalidad de su función. Los Consejos por tanto, se encuentran generalmente en la cúspide de la Administración Consultiva, multi-sectorial (interministerial) o sectorial, y tienen carácter permanente. Las Comisiones por lo general, con misiones de asesoría, son temporales pues se refieren a una actividad determinada, aún cuando muchas de ellas, en escala ministerial, se constituyen como *cuerpos consultivos* permanentes. Los Comités, básicamente son cuerpos colegiados para trabajos específicos, designados en el seno de una organización administrativa.

Ahora bien como principio, en todos estos cuerpos consultivos es cada vez más frecuente la participación de representantes de organizaciones de intereses difusos y colectivos. Por ello, la propia Ley Orgánica de la Administración Central⁽⁹⁹⁾ faculta al Presidente de la República para "crear Comisiones, permanentes o temporales, integradas por funcionarios públicos u otras personas representativas de los diversos sectores de la vida nacional" para el examen y consideración de determinadas materias, remitiendo al Reglamento la determinación de "la integración de la representación de los sectores organizados, económicos, laborales, sociales y culturales en esas Comisiones"⁽¹⁰⁰⁾.

Conforme a esta orientación, entonces, multitud de mecanismos de participación consultiva se han establecido formalmente a todo lo largo y ancho de la Administración Pública, pasando a configurar un hábito administrativo contemporáneo. Por ejemplo, de acuerdo a la Ley General de Bancos y otros institutos de Crédito⁽¹⁰¹⁾ el *Consejo Bancario Nacional* está integrado que un representante de cada uno de los bancos y otros institutos de crédito, regidos por la ley, de los banco o entidades de crédito oficial y por la Superintendencia de Bancos⁽¹⁰²⁾ organis-

(98) Art. 2 del Decreto No. 293 de 31-7-74 en G. O. No. 30462 de 1-8-74.

(99) Véase en G. O. 1932 Ext. de 28-12-1976.

(100) Art. 7.

(101) Véase en G. O. 1742 Ext. de 22-5-1975 (artículos 146 y sigts.).

(102) Arts. 146.

mo que tiene la misión de servir de enlace en las relaciones entre el Ejecutivo Nacional y el sector bancario. Expresamente la Ley prescribe que "Las relaciones entre el Ejecutivo Nacional y el sector bancario e institutos privados representados en el Consejo Bancario Nacional deberán efectuarse necesariamente a través de este Consejo"⁽¹⁰³⁾, y además tiene carácter consultivo respecto del Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela.

En el sector seguros, la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros⁽¹⁰⁴⁾ también establece el *Consejo Nacional de Seguros*, integrado por el Superintendente de Seguros, un representante de cada una de las empresas de seguro, y de las empresas de reaseguro, tres representantes de los productores de seguro y un representante de las sociedades de corretaje de seguros, al cual se atribuyen funciones consultivas y asesoras respecto del Ejecutivo Nacional y la Superintendencia de Seguros⁽¹⁰⁵⁾.

Con el mismo carácter sectorial, también a título de ejemplo, pueden mencionarse los siguientes casos: el *Consejo de Desarrollo Agrícola*, en el cual participan representantes de la Federación Nacional de Asociaciones de Productores Agropecuarios, de la Confederación de Productores Rurales, de la Federación Nacional de Ganaderos y de la Federación Venezolana de Pesquería⁽¹⁰⁶⁾; el *Consejo Nacional de la Vivienda*, en el cual participan representantes del sector empresarial de la construcción, del Colegio de Ingenieros de Venezuela y de los Trabajadores de la Construcción⁽¹⁰⁷⁾; el *Consejo Nacional de Recursos Humanos*, en el cual participan representantes de la Federación de Cámaras y Asociaciones de Comercio y Producción⁽¹⁰⁸⁾; el *Consejo Nacional de la Cultura*, en el cual participan un representante propuesto de común acuerdo por la Federación de Ateneos, la Asociación de Escritores de Venezuela y el Colegio Nacional de Periodistas⁽¹⁰⁹⁾; el *Consejo Nacional de la Energía*, en el cual participan representantes del Colegio de Ingenieros de Venezuela, de Fedecámaras, de la Federación Petroleros, Químicos y su similares de Venezuela, y de los partidos políticos Nacionales inscritos en el

(103) Art. 150.

(104) Véase en G. O. 1763 Ext. de 8-8-1975.

(105) Arts. 19 y 24.

(106) Véase Decreto No. 1797 en G. O. 31091 de 19-10-76.

(107) Véase Decreto 398 en G. O. 29331 de 1-10-70.

(108) Véase Decreto No. 1649 en G. O. 31012 de 19-6-76.

(109) Véase la Ley del CONAC en G. O. No. 1768 Extra de 29-8-75.

Consejo Supremo Electoral⁽¹¹⁰⁾; y el *Consejo Siderúrgico Nacional* en el cual participan el Presidente de la Asociación de Industriales Metalúrgicos, y el Presidente de la Sociedad de Ingenieros de Minas y Metalúrgicos⁽¹¹¹⁾.

A nivel ministerial también se ha constituido órganos colegiados consultivos en áreas sectoriales específicas en los cuales participan representantes de intereses colectivos y difusos. Como ejemplo pueden mencionarse diversos *Comités Consultivos* en el área industrial que se han establecido por el Ministerio de Fomento como órganos consultivos permanentes de dicho Despacho: el *Comité Consultivo de la Industria Automotriz*, en el cual participan representantes de las Cámaras de la Industria de Vehículos Automotores, Cámara de Fabricantes Nacionales de Productores Automotores, Asocación y Neumáticos, Asociación de Fabricantes de Vidrios, Cámara Nacional de Importadores y Distriuidores de Repuestos Automotrices, Consejo Nacional de Distribuidores de Automotores y Máquinas, Cámara de Talleres Mecánicos, Central Unica de Asociaciones Profesionales de Conductores de Autos de Alquileres, libres y por puestos, un representante de los Trabajadores organizados del sector, nombrado por el organismo sindical más calificado o de mayor importancia en la correspondiente rama industrial⁽¹¹²⁾ y el *Comité Consultivo de la Industria de la Construcción*, en el cual participan representantes del Colegio de Ingenieros de Venezuela; de cada uno de los subsectores industriales siguientes: Empresas constructoras de prefabricados; empresas constructoras de vivienda de función social; empresas constructoras de edificaciones residenciales e institucionales; empresas constructoras de obras de infraestructura —vitalidad y obras hidráulicas—; un representante de cada uno de los siguientes sub-sectores suministradores de insumos para el sector: Productores de cemento, cal, yeso y otros productores de cabillas, aceros estructurales y otros productos similares; productores de materiales de alfarería; productores de pinturas; productores de piezas de herrería para la construcción, como ventanas, puertas, etc.; productores de carpintería para la construcción; productores de piezas sanitarias y porcelanas y productos similares; productores de materiales para instalaciones sanitarias; productores para instalaciones eléctricas; representantes de equipos y maquinarias para la construcción; un representante de los consumidores de los productos del sector, escogidos por el Ministerio de Fomento; y un representante de los trabajadores organizados del sector, designado del organismo más calificado o de mayor importancia en la correspondiente rama industrial⁽¹¹³⁾.

(110) Véase Decreto No. 1462 en *G. O.* 30940 de 12-3-76.

(111) Véase Decreto No. 69 en *G. O.* 30387 de 2-3-74.

(112) Véase Resoluciones No. 3790 y 5902 en *G. O.* No. 29283 de 4-8-70 y *G. O.* 29366 de 11-11-70.

(113) Véase Resoluciones No. 1673 en *G. O.* 29203 de 29-4-70.

Pero el tema de la participación consultiva también se ha plasmado en regulaciones que inciden en la Administración regional. En este aspecto, debe señalarse la reforma del Reglamento de Regionalización adoptada en 1980, convertido en Decreto sobre Regionalización y Participación de la Comunidad en el Desarrollo Regional⁽¹¹⁴⁾ en base a considerar que “la participación de la población organizada en la formulación de políticas, favorece la regionalización”. El mismo se dispuso que “en las Entidades Federales (los Estados, el Distrito Federal, los Territorios Federales y las Dependencias Federales) funcionará una *Asamblea de Participación*, que tendrá como finalidades plantear las aspiraciones colectivas, emitir opinión sobre los planes de desarrollo y precisar los aportes que los diversos sectores harán para su ejecución⁽¹¹⁵⁾, integrada por altos funcionarios de las Entidades, y representantes de los Concejos Municipales tanto de Municipios urbanos y rurales y además, por representantes de las organizaciones mayoritarias del sector empresarial; de las asociaciones de productores independientes, de las cooperativas; de la organización mayoritaria del sector campesino y del sector laboral; de las Universidades, de los Institutos de Educación Superior de las Entidades culturales legalmente constituidas, de los gremios profesionales, de las asociaciones de profesionales egresados de otros Institutos de Formación Profesional y cuatro representantes de las Asociaciones de Vecinos⁽¹¹⁶⁾, asimismo se prevé en el Decreto que el Gobernador respectivo propiciará la creación de *Comités Municipales de Participación Ciudadana*, que tendrán como finalidades plantear las aspiraciones colectivas, emitir opinión sobre los planes de desarrollo y propiciar los aportes que los diversos sectores harán a la ejecución de sus programas”⁽¹¹⁷⁾.

La participación en estas Comisiones o Comités en todo caso, también está prevista a nivel local en la Ley Orgánica de Régimen Municipal⁽¹¹⁸⁾, al prescribir que “el Concejo Municipal podrá requerir al *cooperación vecinal* mediante la incorporación de personas o de representantes de la comunidad en: a) Comisiones asesoras, permanentes o especiales, del propio Concejo; b) Comisiones o Juntas de carácter administrativo a las cuales se les encomienden gestiones específicas de orden material, cultural, cívico, recreacional o moral o que le asesoren en tales áreas; y c) cualesquiera otra forma de organización o colaboración vecinal”⁽¹¹⁹⁾.

(114) Decreto No. 478 de 8-1-80 en G. O. 2545 Ext. de 14 de enero de 1980.

(115) Art. 31.

(116) Art. 32.

(117) Art. 38.

(118) Véase en Ley Orgánica de Régimen Municipal G. O. No. 3371 Extraordinario del 2 de abril de 1984.

(119) Art. 156.

En todo caso, exige la Ley que se procurará que en dichos organismos los casos, tengan representación las diversas organizaciones sindicales, gremiales u otras agrupaciones representativas de sectores de la comunidad.

C. Participación cooperativa.

Pero además de la participación en la gestión administrativa y de la participación consultiva, puede distinguirse un tercer tipo de participación, la cooperativa, coforme a la cual la estructura participativa de los intereses difusos o colectivos no llega a integrarse en la gestión de la actividad administrativa ni en la organización consultiva, sino que se establece como un mecanismo la organización consultiva, sino que se establece como un mecanismo paralelo de cooperación o colaboración con la Administración. Un ejemplo de esta figura es la de la comunidad educativa regulada en la Ley Orgánica de Educación⁽¹²⁰⁾, como "institución formada por la finalidad de "colaborar en el logro de los objetivos consagrados en la Ley". A tal efecto, en la Ley se estableció que la comunidad educativa debe contribuir "materialmente, de acuerdo con sus posibilidades, a las programaciones y a la conservación y mantenimiento del plantel. Su actuación será democrática, participativa e integradora del proceso educativo"⁽¹²¹⁾. Para desarrollar normativamente la institución se dictó el Reglamento de la Comunidad Educativa⁽¹²²⁾ en el cual se precisaron sus objetivos como mecanismo de participación cooperativa, regulándose las Sociedades de Padres y Representantes, las organizaciones estudiantiles y las de Educadores.

Esta forma de participación cooperativa se puede también identificar en materia de *Defensa Civil* en cuyo Decreto regulador⁽¹²³⁾ se creó la Comisión Nacional de Defensa Civil, asignándosele la función de "fomentar y cooperar la acción de las instituciones especializadas en rescate, combate de incendios, servicios de salvamento y todas aquellas que por su naturaleza tengan que ver con la Defensa Civil"⁽¹²⁴⁾. A ello se agrega la norma de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa⁽¹²⁵⁾ que establece la potestad del Presidente de la República "para disponer el alistamiento de la población o de determinado sector de la misma para integrarse a la defensa civil", previéndose la obligatoriedad "para toda la población" de las

(120) Véase en G. O. 2635 Ext. de 28 de julio de 1980.

(121) Arts. 73 y 74.

(122) Véase Decreto No. 1360 de 28-12-81 en G. O. 32388 de 7-1-82.

(123) Véase Decreto No. 533 de 12-11-74 en G. O. No. 30554 de 18-11-74.

(124) Art. 5.

(125) Véase en G. O. 1899 Ext. de 26 de agosto de 1976.

normas, órdenes e instrucciones dictadas en materia de defensa civil⁽¹²⁶⁾.

En estos casos, por tanto, la participación cooperativa se puede convertir en una participación obligatoria no sólo de los grupos de intereses colectivos y difusos, sino de todos los individuos tal como se ha regulado tradicionalmente en materia de incendios forestales⁽¹²⁷⁾.

CONCLUSION

Como puede verse, la participación, de hecho, ha venido penetrando progresivamente a la Administración Pública, en las más variadas formas; y las normas sobre su organización han venido regulando, también paulatinamente, estas formas de colaboración o integración de los particulares o representantes de intereses diuos y colectivos en las tareas administrativas. La propia Constitución ha dado la pauta y no sólo regula los mecanismos de participación consultiva⁽¹²⁸⁾, sino que prescribe incluso que “las obligaciones que corresponden al Estado en cuanto a la asistencia, educación y bienestar del pueblo no excluyen las que, en virtud de la solidaridad social, incumbe a los particulares según su capacidad”⁽¹²⁹⁾. Y es que la participación no sólo debe verse como el ejercicio de un derecho por parte de los grupos de intereses, sino como la imposición de una carga con base a los deberes derivados de la solidaridad social. A tal efecto, también, la propia Constitución regula en los derechos sociales, la obligación del Estado de proteger “las asociaciones, corporaciones, sociedades y comunidades que tengan por objeto el mejor cumplimiento de los fines de la persona humana y de la convivencia social y fomentará la organización de cooperativas y demás instituciones destinadas a mejorar la economía popular”⁽¹³⁰⁾.

En todo caso, lo cierto es que la legislación reguladora de la Organización Administrativa, por esta irrupción de la participación derivada de la democratización que se ha querido imprimir a nuestra Administración, ha venido estando signada por el espíritu de la participación. Baste destacar el ejemplo de la Ley Orgánica de la Administración Central (1976) la cual, al regular las competencias ministeriales insiste en la tesis de la participación. Así, entre las atribuciones del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, está la de “orientar los proce-

(126) Arts. 28 y 30.

(127) Art. 26 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas en G. O. No. 1004 Extraordinario de 26 de enero de 1966.

(128) Art. 109.

(129) Art. 57.

(130) Art. 72.

so educativos y culturales a fin de promover una conciencia ambiental y conservacionista, y el fomento de iniciativas públicas y privadas que estimulen la participación ciudadana en los problemas relacionados con el ambiente y los recursos naturales renovables⁽¹³¹⁾; entre las atribuciones del Ministerio de Desarrollo Urbano está “la ejecución de las obras de desarrollo urbano de los centros poblados con la participación de la comunidad”⁽¹³²⁾; y entre las atribuciones del Ministerio de la Juventud está la de “garantizar la participación de la juventud en el desarrollo económico-social del país”, y en particular, “promover la participación de los sectores públicos y privados” en las actividades destinadas a la protección y desarrollo de la infancia, la juventud y la familia. “En tal sentido, se establecerán los mecanismos necesarios, a objeto de asegurar la participación de núcleos familiares organizados en la elaboración de las estrategias y planes generales del deporte, la recreación, la protección y desarrollo social de la infancia, la juventud y la familia”⁽¹³³⁾. En cuanto al sistema de planificación, la misma Ley Orgánica de la Administración atribuye a la Oficina Central de Coordinación y Planificación el “establecer los mecanismos necesarios a objeto de asegurar la participación de los sectores privados en el establecimiento de las estrategias de desarrollo económico y social y los Planes de la Nación”⁽¹³⁴⁾.

La participación, por tanto, está en el derecho positivo y está presente en la práctica del gobierno y la Administración; puede decirse que es el signo de nuestro tiempo. Sin embargo, como hemos dicho, la dogmática del derecho administrativo aún no acepta la idea misma de la participación. Al contrario, nos resistimos a superar el concepto de que la participación ciudadana sólo se circunscribe a las instancias políticas representativas; y consecuentemente al particular y a los intereses difusos o colectivos, todavía los vemos como destinatarios o beneficiarios de normas y actos que se dictan unilateralmente; y si el derecho administrativo destaca su presencia, es para calificarlos de grupos de presión o para montar todo un sistema sancionatorio con base en la psicosis de la corrupción. Parecería que el dogma es que todo contacto entre la Administración y los particulares, debe verse con recelo, pues se estima que son irreconciliables el interés público, que legitima la actuación del Estado, y el interés particular y privado de los individuos. Este esquema solo cambiará, cuando comprendamos desde nuestras trincheras administrativas, que el interés general no es monopolio del Estado y su Administración Pública, y que también puede ser asumido —incluso con mayor efectividad— por particulares tomando cuerpo los intereses difusos y colectivos; y que, por tanto,

(131) Art. 36, od. 17.

(132) Art. 37, ord. 17.

(133) Art. 39, ord. 13.

(134) Art. 47, ord. 19.

la propia actividad administrativa enjuiciable en el contencioso-administrativo, ya ni siquiera es monopolio, tampoco, de los órganos administrativos clásicos, pues por la impregnación de la participación, comienzan a ser considerados como actos administrativos y, por tanto, sometidos al derecho administrativo, muchos adoptados por particulares. Cuando todo esto lo entendemos, un nuevo paso de transformación ocurrirá en nuestra disciplina, tan necesitada de sacudimiento.

III

La evolución del concepto de contrato administrativo

SUMARIO: I. Introducción.- 1. La importancia del tema de los contratos administrativos. 2. El problema de la autonomía del derecho administrativo y la sustantividad del contrato administrativo.- II. Las diversas formas contractuales del actuar administrativo.- 1. Los contratos interadministrativos. A. Los contratos entre entidades político-territoriales. B. Los contratos entre entes del derecho público territoriales y no territoriales. C. Los contratos entre personas jurídicas estatales de derecho público y de derecho privado. 2. Los contratos Administración-Administrados. A. Las diversas formas contractuales. B. Los contratos de contenido patrimonial. C. Los nuevos contratos no patrimoniales como técnica de administración. a. El arreglo amigable expropiatorio; b. Los convenios fiscales; c. Los convenios de ejecución de planes de desarrollo. D. La figura ampliada de los contratos de interés nacional.- III. El sentido actual de la distinción entre los contratos administrativos y los contratos de Derecho Privado de la Administración. 1. El origen de la distinción. 2. El concepto del contrato administrativo y la autonomía del derecho administrativo. 3. El régimen común de derecho público de todos los contratos de la Administración. 4. El régimen preponderante de derecho público en la ejecución de ciertos contratos de la Administración. A. Algunos contratos con régimen preponderante de derecho público y sus consecuencias. B. Las llamadas cláusulas exorbitantes. a. Las decisiones unilaterales de la Administración en la ejecución de los contratos. b. Los poderes de modificación unilateral de los contratos. c. Las reglas contractuales que afectan a terceros. C. La ausencia de un régimen jurídico unitario para los contratos de la Administración con régimen preponderante de derecho público. IV. Conclusión.

I. INTRODUCCION

1. La importancia del tema de los contratos administrativos.

El tema de los contratos administrativos, no parece necesario insistir en ello, es uno de los temas medulares del derecho administrativo. De allí que todos los

que hemos tenido que estudiar y escribir sobre esta rama del derecho, alguna vez nos hayamos tenido que enfrentar con su análisis, y con las dificultades que entraña⁽¹⁾. En nuestra disciplina, en efecto, si hay un tema difícil de asir, es precisamente este: aparentemente sencillo, implica una toma de posición general sobre ella.

Por ello, Liet-Veaux lo ha calificado, con razón, como uno de los capítulos más desesperantes del derecho administrativo⁽²⁾; y si esto lo indica un autor francés, en cuyo país nació y se desarrolló la teoría de los contratos administrativos, con mayor razón tenemos que afirmarlo los autores latinoamericanos, influidos por el derecho francés.

Sin embargo, el problema, en nuestro caso, es que el concepto de los contratos administrativos, como categoría jurídica contrapuesta a los contratos de derecho privado de la Administración, ha sido tributario, solamente, de las concepciones teóricas y de los criterios de la doctrina y jurisprudencia francesa, pero no de las justificaciones prácticas y pragmáticas de aquella distinción.

La repartición de competencias jurisdiccionales en Francia, ha sido factor clave en el nacimiento y desarrollo del derecho administrativo y en la concepción misma del contrato administrativo; en definitiva, ha sido la justificación del propio derecho administrativo. En nuestros países y en la gran mayoría de los que han sido tributarios del derecho francés, ello no ha ocurrido, ni es así. De allí la tendencia observada, una vez lograda la necesaria madurez doctrinal, por abandonar tantas teorías y concepciones basadas en una situación de origen adjetivo, circunstancial por lo demás, y por estructurar nuestras propias concepciones. No se trata de innovar por innovar, sino de sustantivar el propio derecho administrativo conforme a las peculiaridades de nuestros países para dejar de importar. Allí está la labor de los últimos veinte años de la doctrina española la cual, sin desconocer los aportes de las concepciones francesas, ha desarrollado una formidable

(1) Véanse mis trabajos sobre el tema: "La formación de la voluntad de la Administración Pública Nacional en la contratación administrativa", en *Revista de la Facultad de Derecho*, UCV, No. 28, Caracas, 1964, pp. 61 a 112; "La facultad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos", en libro *Homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt*, Caracas, 1967, pp. 755 a 778; "Algunas reflexiones sobre el equilibrio financiero en los contratos administrativos y la aplicabilidad en Venezuela de la concepción amplia de la teoría del hecho del príncipe", en *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, Año XIII, No. 65, Caracas, 1972, pp. 86 a 93; "Consideraciones sobre la ruptura de la ecuación económica de un contrato administrativo por una ley declarada nula por inconstitucional", en *Cuadernos de Derecho Público*, ULA, No. 2, Mérida, 1976, pp. 5 a 26.

(2) Véase el comentario de Liet Veaux, en *Revue Administrative*, 1956, p. 498, cit. por E. García de enterría, "La figura del contrato administrativo", en *Revista de Administración Pública*, No. 41, Madrid, 1963, p. 110.

labor doctrinal cuyas influencias se comienzan a hacer sentir en nuestros países"⁽³⁾. Dentro de esta tendencia a sustantivizar nuestro propio derecho administrativo es que se encuadra la orientación que se presente, de abandonar toda idea de un pretendido contrato administrativo por oposición a contratos de derecho privado de la Administración.

A nosotros nos corresponde plantear, en estas notas, algunas ideas sobre la evolución del concepto de contrato administrativo, y ello nos llevará a la conclusión de que, en la actualidad, en realidad, la noción de contrato administrativo sólo puede aceptarse para identificar un tipo de contrato de la Administración el cual, por la finalidad perseguida por el Estado al contratar, está sometido a un régimen preponderante de derecho público, pero no porque tenga un régimen de derecho público por contraposición a otros contratos de la Administración que estarían sometidos a un régimen de derecho privado. La preponderancia de uno u otro y su utilización regular, es lo que adquiere ahora importancia.

Pero antes de insistir en las conclusiones, vayamos a la médula del razonamiento, lo cual haremos en dos partes: en una primera parte, analizaremos las diversas formas contractuales del actuar administrativo, mucho más variadas, ahora, respecto de las simplificadas que a comienzos de siglo dieron origen a la distinción señalada; y en una segunda parte, estudiaremos el sentido actual de la distinción entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la Administración, para tratar de desentrañar la situación contemporánea. Antes, sin embargo, quiero insistir en que un aspecto señalado anteriormente: el problema de la autonomía del derecho administrativo y la sustantividad del contrato administrativo.

2. *El problema de la autonomía del Derecho Administrativo y la sustantividad del contrato administrativo.*

En efecto, además de desesperante, el tema de los contratos administrativos es un tema polémico o, como dice E. García de Enterría, tiene una sustancia polémica⁽⁴⁾. Obliga, aunque no se quiera, a tomar una posición, generalmente contradictoria o conflictiva con otras, inclusive con posiciones que uno mismo ha sostenido

(3) Respecto de la labor de la doctrina española, debe destacarse la realizada a través de las páginas de la *Revista de Administración Pública (RAP)*, editada desde 1950, inicialmente por el Instituto de Estudios Políticos, transformado recientemente en Centro de Estudios Constitucionales, Madrid; y de la *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, editada desde 1974 por la Editorial Civitas, Madrid.

(4) Véase Eduardo García de Enterría: "La figura del contrato administrativo", *loc. cit.*, p. 100.

en otras épocas⁽⁵⁾.

Lo polémico del tema, en todo caso, surge de su carácter medular para el derecho administrativo: en su estudio están implicadas las cuestiones básicas del derecho administrativo; el “problema” del contrato administrativo es, por tanto, el “problema” del derecho administrativo, y en no pocas ocasiones, la sustantividad del propio derecho administrativo y de su autonomía.

En efecto, en el mundo jurídico, en la relación derecho administrativo-derecho civil, nos encontramos con una evolución modular: el derecho civil ha prestado instituciones al derecho administrativo, y éstas, al resultar comunes, han exigido e impuesto, primero, su diferenciación, y luego, la fijación de su propia sustantividad⁽⁶⁾. Por eso, frente a todas sus instituciones, al derecho administrativo se le ha presentado la exigencia de ir afirmando su autonomía dentro de esa tarea diferenciadora y sustantivadora. Como lo señala S. Martín Retortillo, determinar cuándo esas instituciones, incorporadas ya al tronco común del derecho administrativo, son realmente algo distinto, constituye ni más ni menos que la comprobación de su propia sustantividad dentro de dicho ámbito⁽⁷⁾.

Pero esta tarea de reclamar su autonomía, como rama de derecho, frente a cada institución y con motivo de su estudio, ya parece injustificada. Nuestra disciplina ya no necesita justificar su autonomía: la tiene, la realidad jurídica nos lo demuestra. Nuestro esfuerzo, como especialistas, debe estar guiado por la necesidad de superar ese “triste signo del derecho administrativo” del que hablaba el propio S. Martín Retortillo en su magistral estudio: *El Derecho Civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, que parece que paradójicamente ha de comenzar, en cada una de sus figuras, por plantear y justificar la misma existencia de unos hechos, y de unas instituciones que ya son vivas y existen⁽⁸⁾.

La institución contractual en el campo de la actuación de la Administración ya no se puede poner en duda. No existe ya aquella famosa contradicción que se destacó a fines del siglo pasado y aun a comienzos del presente, que resultaba de in-

(5) En contraste con lo que sostenemos en estas notas, véase lo expuesto en el Capítulo I del Título Tercero. “La Teoría de los Contratos Administrativos”, de nuestro libro: *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, pp. 157 y ss.

(6) Véase Sebastián Martín-Retortillo Bacquer: *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones*, Sevilla, 1960, p. 7.

(7) *Idem.*, p. 8.

(8) *Ibidem*, pp. 131 y 132.

sertar, en el derecho público, la figura *par excellence* del derecho privado, el contrato: figura en la cual, aparentemente, no estaban presentes las notas características del actuar público: superioridad de la Administración y ausencia de igualdad frente a los particulares, y la titularidad, por aquélla, de potestades públicas y prerrogativas que le permitían imponer su voluntad unilateralmente. Por ello, Otto Mayer señalaba que la figura del contrato, al exigir posiciones igualitarias, era extraña al derecho administrativo, pues la Administración siempre mandaba unilateralmente⁽⁹⁾.

Sin embargo, queda claro que la misma igualdad, tan preconizada como base de la institución contractual del derecho privado, no es de la esencia de los contratos⁽¹⁰⁾. Allí están los contratos de adhesión en el propio derecho privado para desmentir tal afirmación.

En todo caso, por supuesto, esta posición jurídica quedó en la historia. La institución contractual es tan propia del actuar administrativo como la decisión unilateral, y sobre ello ya no tenemos dudas, afortunadamente. Esto no es lo que se discute; el centro de discusión está ahora, en la diferenciación de los diversos tipos de contratos que celebra la Administración.

II. LAS DIVERSAS FORMAS CONTRACTUALES DEL ACTUAR ADMINISTRATIVO

En efecto, si observamos la realidad administrativa de cualquiera de nuestros países, es evidente la conclusión de que la actividad de la Administración no proviene, ni se realiza, mediante la sola actuación de su voluntad unilateralmente formulada. Es cada vez más frecuente que la Administración establezca vínculos con otros sujetos y acuda al concurso de otras voluntades para sus diversas actividades.

Estos actos jurídicos formados conjuntamente por la intervención de dos o más sujetos de derecho y que establecen entre ellos un vínculo jurídico, configuran lo que se denomina la actividad contractual de la Administración. Una primera distinción de formas contractuales en el actuar administrativo se nos aparece de inmediato, y ella proviene de la consideración de los sujetos de derecho que intervienen en la relación: si ambos contratantes son personas jurídicas estatales, la realidad jurídica será distinta a la que se presenta si uno de los contratantes es un particular. Se distinguieron, por tanto, los contratos interadministrativos de los contratos Administración-Administrados. Veámoslos separadamente.

(9) Véase Otto Mayer: *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires, 1919. Tomo I. pp. 27 y ss.

(10) Véase Sebastián Martín-Retortillo Bacquer: *op. cit.*, p. 177.

1. *Los contratos interadministrativos.*

La proliferación de sujetos de derecho, y por tanto, con personalidad jurídica, que han ido configurando el universo de los entes públicos y estatales en el derecho administrativo, ha dado origen a que, con frecuencia, las Administraciones Públicas, para actuar, celebren entre sí diversos convenios y acuerdos que configuran típicos actos contractuales. Estas figuras, nuevas y posteriores al nacimiento de la distinción entre el contrato administrativo y el contrato de derecho privado de la Administración, han sido la consecuencia del proceso de descentralización administrativa que ha caracterizado a la Administración contemporánea de los últimos cincuenta años. En ese proceso descentralizador han aparecido, como entes estatales, tanto entes de derecho público como entes de derecho privado, y entre todos ellos, diversas figuras contractuales se celebran, incluso, con previsión expresa y general en las leyes.

A. Los contratos entre entidades político-territoriales

En primer lugar, se destacan los contratos celebrados entre Administraciones territoriales, es decir, entre personas político-territoriales los cuales, si bien, en general no tienen como contenido prestaciones de carácter patrimonial, por ello no dejan de tener naturaleza contractual. En Venezuela, por ejemplo, se destacan los numerosos acuerdos entre la República y los Estados que conforman la Federación. Un típico ejemplo de estos contratos está regulado en la Ley Orgánica de coordinación de la inversión del situado constitucional con planes administrativos desarrollados por el Poder Nacional⁽¹¹⁾, y que da origen a acuerdos de coordinación que resultan indispensables para que pueda ser invertido el cincuenta por ciento de lo que los Estados federados reciben del presupuesto nacional como aporte financiero, denominado situado constitucional. Estos convenios, suscritos entre el Ministerio de Relaciones Interiores y los Gobernadores respectivos, configuran auténticas formas contractuales⁽¹²⁾.

Entre entes territoriales también se destacan otras figuras contractuales: convenios entre la República, Estados y Municipalidades, como por ejemplo, el convenio para el establecimiento de la Policía Metropolitana de Caracas⁽¹³⁾; convenios

(11) Véase, en: *Gaceta Oficial*, No. 2715 Extr. de 30-12-80.

(12) El artículo 4o. de la Ley Orgánica, establece que una vez aprobados los diferentes programas de los Estados que deban ser coordinados con los planes administrativos nacionales, "se celebrarán convenios entre el Ejecutivo Nacional, por órgano de los Ministerios competentes en razón de la materia, y de los gobernadores de las entidades federales en las cuales se vayan a realizar las obras o a prestar los servicios. Podrán igualmente participar en la celebración de estos convenios otras personas jurídicas de carácter público.

(13) El Convenio para el establecimiento de la Policía Metropolitana de Caracas, de diciembre de 1969, fue suscrito entre la República, a través del Ministerio de Relaciones Interiores; el Distrito Federal, a través del Gobernador del mismo y al Estado Miranda, a través de su Gobernador.

entre Estados como los relativos a cesiones de su territorio⁽¹⁴⁾; convenios entre Municipios como los convenios de mancomunidad previstos también en la Constitución⁽¹⁵⁾, y cuyo ejemplo más característico es el convenio de mancomunidad en materia de ordenación urbanística del Area Metropolitana de Caracas, que originó el establecimiento de una autoridad pública común para el área, así como de una Ordenanza sobre ordenación urbanística común, aprobada en las dos Municipalidades que integran el Area Metropolitana⁽¹⁶⁾. Todas estas figuras son típicas figuras contractuales administrativas.

B. Los contratos entre entes de derecho público territoriales y no territoriales

En segundo lugar, se destacan los contratos suscritos entre entes territoriales y entes de derecho público no territoriales, como los institutos autónomos. Estos convenios pueden o no tener contenido patrimonial, y el mundo de la Administración conoce innumerables tipos. Por ejemplo, en el campo de los convenios sin contenido patrimonial, se destacan los acuerdos celebrados entre la República y el Banco Central de Venezuela para el establecimiento del tipo de cambio para las divisas provenientes de la exportación del mineral de hierro y del petróleo⁽¹⁷⁾; en el campo de los convenios de contenido patrimonial, están los múltiples supuestos de contratos de sociedad, suscritos entre la República y los institutos autónomos,

(14) Artículo 10.

(15) Artículo 28. Conforme al artículo 26 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, de 18 de agosto de 1978 (G. O. No. 2.297 Extr.), "Las mancomunidades son entidades formadas mediante acuerdo entre dos o más Municipios o Distritos Metropolitanos, o entre éstos y uno o más Municipios, para la realización de determinados fines municipales o metropolitanos".

(16) El Convenio de fecha 27 de enero de 1972, se suscribió entre las Municipalidades del Distrito Federal y del Distrito Sucre del Estado Miranda, y con base en la Cláusula Tercera del Convenio, ambas Municipalidades sancionaron y promulgaron la Ordenanza sobre ordenación urbana de Area Metropolitana de Caracas y su zona de influencia, La Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978 regula, ahora, en sus artículos 26 y siguientes los acuerdos de Mancomunidades entre Municipios G. O. No. 2.297 Extr. de 18-8-78).

(17) Conforme a lo establecido en el artículo 92 de la Ley del Banco Central de Venezuela Decreto Ley No. 507, de 30-10-74, en G. O. 1.711 Extr. de 30-12-74): "En el convenio que celebre el Banco Central de Venezuela con el Ejecutivo Nacional para fijar el o los tipos de cambio de bolívar, se establecerán los márgenes de utilidad que porán obtener tanto el Banco Central de Venezuela como los bancos comerciales que intervengan en la compraventa de divisas". Estos convenios son suscritos entre la República de Venezuela, representada por el Ministro de Hacienda, y el Banco Central de Venezuela, representado por su Presidente. Véase, por ejemplo, el convenio de 18-2-73. (G. O. No. 30.039 de 21-2-73) y los convenios de modificación de 8-1-75. (G. O. No. 30-596 de 13-1-75), y de 10-9-75. (G. O. No. 30-792, de 11-9-75).

para la constitución de empresas públicas con forma societaria⁽¹⁸⁾. No son infrecuentes, por otra parte, los contratos de obras o servicios, y aun las concesiones de servicios públicos celebradas entre entes territoriales y personas de derecho público: allí están los convenios para la prestación del servicio público de alcantarillado y distribución de agua potable suscritos entre las Municipalidades y el Instituto Nacional de Obras Sanitarias⁽¹⁹⁾.

C. Los contratos entre personas jurídicas estatales de derecho público y de derecho privado.

En tercer lugar, se destacan los convenios suscritos entre entes de derecho público, territoriales o no territoriales y personas jurídicas estatales de derecho privado, particularmente las empresas del Estado con forma societaria mercantil, los cuales, por la forma jurídica adoptada por éstas, se aproximan a los contratos suscritos entre la Administración y los particulares.

Todo este universo de figuras contractuales interadministrativas forman, sin duda, una categoría peculiar en el mundo de la actividad contractual de la Administración, que no debe dejarse de lado a la hora de trazar la evolución del concepto de contrato administrativo. Ellas, que no existían en el momento en que surge este concepto, son ahora, quizás, los contratos públicos por excelencia.

2. Los contratos Administración-Administrados

A. Las diversas formas contractuales

Pero la figura contractual administrativa, sin duda, está montada sobre el acuerdo para establecer un vínculo jurídico celebrado entre una Administración y un particular. En base a esta modalidad fue que se construyó toda la teoría del contrato administrativo frente al contrato de derecho privado de la Administración: en unos convenios, que siempre tenían como cocontratante a un particular, la Administración aparecía en situación de superioridad, como autoridad, y en los otros, en el mismo plano jurídico que su cocontratante.

(18) Véase, por ejemplo, el acta constitutiva de la C. A. Nacional de Reforestación (CONARE), en la cual aparecen como accionistas la República, el Instituto Agrario Nacional, el Instituto Nacional de Obras Sanitarias y las Corporaciones de Desarrollo Regional de los Andes, Centro-Occidente, Nor-Oriente y el Zulia. Véase en Cordiplán: *Resumen Informativo de Entidades de la Administración Pública Nacional*, Tomo 4, Caracas, 1980, p. 166.

(19) Véanse los comentarios al anteproyecto de contrato de concesión de servicio de abastecimiento de agua y alcantarillado del Arca Metropolitana de Caracas, en Allan R. Brewer-Carías: *Derecho y Administración de las Aguas y otros Recursos Naturales Renovables*. Caracas, 1976, pp. 211 y ss.

Sin embargo, también con posterioridad a esta construcción doctrinal, fueron apareciendo, en el actuar administrativo, nuevas figuras contractuales que nada tenían que ver con las que dieron origen a aquella teoría y a aquella distinción, porque no establecían, *stricto sensu*, relaciones patrimoniales entre los contratantes.

En efecto, en el universo de las relaciones contractuales que se celebran entre la Administración y los particulares, no sólo aparecen aquéllas que suponen la utilización, por la Administración, de instrumentos contractuales dentro del ámbito de relaciones patrimoniales, sino que hoy es cada vez más frecuente la existencia de figuras contractuales que se limitan a fijar la medida de una obligación o ventaja jurídico-pública previamente establecida legalmente, y sin que aparezca colaboración patrimonial alguna. Se distinguen, por tanto, dos tipos de contratos Administración-Administrados.

B. *Los contratos de contenido patrimonial*

En primer lugar, los contratos de contenido y relación patrimonial, en los cuales, como dice E. García de Enterría, la Administración actúa como "cliente" de los empresarios privados, esto es, en un terreno de simple colaboración o intercambio patrimonial: paga dinero o transfiere posibilidades de actuación frente al público a ella reservados, a cambio de bienes y servicios que busca o recibe⁽²⁰⁾. Este es el universo de figuras contractuales propias del tradicional contrato de la Administración, tanto del denominado contrato administrativo como del denominado contrato de derecho privado.

C. *Los nuevos contratos no patrimoniales como técnica de Administración*

Pero, en segundo lugar, frente a esas figuras contractuales tradicionales, en las relaciones Administración-Administrados comienzan a aparecer nuevas formas contractuales denominadas Acuerdos, Convenios o conciertos y las cuales, en general, no encuentran paralelo en el derecho contractual privado, porque el vínculo jurídico que establecen y regulan no supone colaboración patrimonial entre partes, sino, en realidad, un acuerdo para fijar la medida de una sujeción jurídico-pública o de una ventaja también jurídico-pública, establecidas legalmente⁽²¹⁾.

La Administración en efecto, a pesar de sus poderes públicos de acción unila-

(20) Véase Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I. Madrid, 1974, p. 484.

(21) *Idem.*, p. 485.

teral, en muchos casos, por incapacidad o por política predeterminada, busca establecer las modalidades de su acción respecto de los particulares, acudiendo a la vía negocial. No se trata de que en estos contratos se establezcan los poderes de la Administración; éstos preexisten, pero por la debilidad de la acción unilateral en el cumplimiento de ciertos cometidos en el campo económico, o, al contrario, por el esfuerzo de la Administración de promover la participación de los particulares en las tareas comunes, los entes públicos han recurrido a estos acuerdos con los particulares, como una técnica de Administración: la Administración mediante convenios. Varios ejemplos nos muestran el orden jurídico contemporáneo.

a. *El arreglo amigable expropiatorio*

En primer lugar, los arreglos amigables en la expropiación. En efecto aún cuando no se acuda a la vía judicial, la expropiación nunca es una compraventa. Decretada la expropiación, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en Venezuela, la expropiación procede por las buenas o por las malas⁽²²⁾. Por tanto, aun mediando el convenio expropiatorio o arreglo amigable, este no es una compraventa, sino en realidad, una adhesión a la expropiación, que implica, además, un convenio para fijar el monto de la indemnización a través de los peritos. El convenio, en realidad, es un acuerdo para designar peritos, lo que implica allanarse frente a la potestad expropiatoria⁽²³⁾.

b. *Los convenios fiscales*

En segundo lugar, los convenios o conciertos fiscales que tienen por objeto el establecimiento de la base imponible a través de la determinación contractual de precios. Por ejemplo, en esta figura encuadraban los convenios para el establecimiento de precios de referencia para la determinación de la base imponible del impuesto sobre la renta a las empresas petroleras, suscritos conforme a la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1970, entre la República y las empresas contribuyentes⁽²⁴⁾.

(22) Véase la sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación, de 14-3-52, en *Gaceta Forense* No. 10, Caracas, 1952, p. 148, y en Allan-R. Brewer-Carías: *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo VI, Caracas 1980, p. 298.

(23) Véase la misma sentencia citada en la nota anterior, en *Gaceta Forense*, No. 10, *cit.*, pp. 146 y 147; y en Allan-R. Brewer-Carías: *Jurisprudencia... cit.*, Tomo VI, p. 345.

(24) Conforme al artículo 41 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, de 16-12-66. (*G. O.* 1.069 Extr., de 23-12-66), se autorizó al Ejecutivo Nacional para "celebrar convenio previo con el contribuyente hasta por un plazo de cinco años para establecer las bases con arreglo a las cuales se hará la determinación de los valores de los artículos o mercancías exportados en el puerto venezolano de embarque". Esta modalidad de convenios para fijar los valores de referencia se aplicó hasta la reforma de la ley, en diciembre de 1970, mediante la cual se convirtió en una facultad unilateral del Estado la fijación de los valores de exportación (Art. 10). Véase en: *G. O.* No. 29.397, de 18-12-70.

c. Los convenios de ejecución de planes de desarrollo

En tercer lugar, están todas las figuras contractuales que giran en torno a la idea contemporánea de la "Administración concertada"⁽²⁵⁾, propia del orden económico, y mediante la cual, la Administración tiende a renunciar al ejercicio imperativo y unilateral de sus poderes, buscando convenir con los administrados la aplicación concreta de los mismos, ganándose la colaboración y participación de los empresarios en las tareas comunes de desarrollo económico y social. Mediante estos conciertos o acuerdos, los particulares aceptan como vinculante un plan que, *per se*, era indicativo, a cambio de la obtención de determinados beneficios o incentivos, que la Administración renuncia a manejar discrecionalmente. Sin embargo, al igual que las otras figuras señaladas, estos convenios requieren de habilitación legal expresa⁽²⁶⁾.

Por supuesto, en estas figuras negociales, la Administración, evidentemente, no procura proveerse de bienes y servicios, es decir, no establece una relación patrimonial, pero no por ello dejan de tener carácter contractual. Son auténticos contratos de la Administración, ciertamente nuevos, que al estudiar la evolución del concepto de contrato administrativo, no podemos ignorar.

D. La figura ampliada de los contratos de interés nacional

Pero dentro de los contratos Administración-Administrados, y concretándonos a aquellos que tienen contenido estrictamente patrimonial en el vínculo jurídico que establecen, debe destacarse que, en la actualidad, comienza a configurarse una categoría específica de *contratos de interés nacional*, sometidos a ciertas condiciones de control parlamentario, aun cuando la entidad que contrate con el

(25) Véase: E. García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *op. cit.*, Tomo I. p. 485.

(26) Conforme a lo dispuesto en la Decisión 24 del Acuerdo de Cartagena sobre Régimen común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías (G. O. 1.620 Extr., de 1-11-73) las empresas extranjeras que existiesen en los países del Acuerdo que desearan gozar de las ventajas del programa de liberación, debían "convenir con el organismo competente del país receptor... su transformación en empresas nacionales o mixtas, en forma gradual y progresiva..." (Art. 28). De acuerdo a ello, el Decreto No. 63, de 29-4-74 (G. O. No. 30.412, de 31-5-74), mediante el cual se dictó el Reglamento de la Decisión 24, precisó: que "los *convenios* destinados a la transformación de las empresas extranjeras en nacionales o mixtas, serán celebrados entre aquellas, actuando en representación de sus inversionistas, y el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Fomento" (Art. 47).

particular no sea, *stricto sensu*, una Administración Pública⁽²⁷⁾.

En efecto, la Constitución venezolana, en su artículo 126, establece que los contratos de interés nacional deberán someterse, previamente, a la aprobación del Congreso, salvo aquellos que sean normales en el funcionamiento de la Administración. Es decir, se regula una categoría específica de contrato que, aun cuando no tenga como contratante, del lado público, a una Administración Pública tradicional (ente de derecho público territorial o no territorial, como los institutos autónomos) sí tiene a una entidad estatal, aun cuando con forma jurídica de derecho privado.

En efecto, en el universo de los sujetos que actúan en el campo del derecho administrativo, se destacan las personas jurídicas estatales, en las cuales se ubican, no sólo los sujetos de derecho con forma jurídica de derecho público, sino también, los entes jurídicos con forma de derecho privado que forman parte, sin embargo, de la organización general del Estado⁽²⁸⁾. No hay duda que, por ejemplo, los contratos que exceden de la normal administración y que suscriban las empresas del Estado con forma societaria, son auténticos contratos de interés nacional, no sólo sometidos a la aprobación previa del Congreso, sino también al régimen jurídico propio de los que tradicionalmente se califican como contratos administrativos. Por ejemplo, dentro de los contratos de obra pública celebrados en Venezuela, ¿cuál más importante por su magnitud económica e incidencia en el proceso de desarrollo económico, que el contrato para la tercera etapa de la Represa Raúl Leoni, o Represa de El Guri, de las más importantes en producción de energía hidroeléctrica de América Latina? ¿Qué sentido tiene decir que es un contrato administrativo el que suscribe la República para la construcción de un camino de penetración agrícola cualquiera, y que el de la 3a. etapa de la Represa de El Guri, por ser suscrito por una empresa del Estado con forma societaria (Electricidad del Caroní S. A.), no es contrato administrativo?

(27) Sobre la noción de contratos de interés nacional y la intervención parlamentaria para su aprobación, véase Carlos Tinoco Rodil: "Contratos de Interés Nacional", en *Revista de Derecho y Legislación*, Tomo XXIX, Caracas, 1940, pp. 135 y ss.; A. Rodríguez Cirimele, E. Provenzali Heredia y J. M. Casal Montbrun: *Procedimiento parlamentario para la aprobación de contratos de interés nacional*. Caracas, 1973; y Luis Brito García: "Régimen Constitucional de los Contratos de Interés público", separata de la revista *Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*. Véase, además, Eloy Lares Martínez: "Contratos de interés nacional", en este mismo libro: *Homenaje al Profesor Moles Caubet*, pp. 117 y ss.

(28) Véase: Allan-R. Brewer-Carías: "La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho", en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, No. 17, Buenos Aires, 1977, pp. 19 y ss., y 28 y ss.; y en *Revista de la Facultad de Derecho*, UCV, No. 57, Caracas, 1976, pp. 115-135.

En realidad, la figura de los contratos de interés nacional ha venido a ampliar la categoría de contratos administrativos, al comprender, como tales, muchos contratos que aún cuando no sean suscritos por un ente de derecho público, sin embargo, se consideran como de interés de derecho público, que los contratos tradicionalmente calificados como administrativos. Por supuesto, para ello se requiere de una normativa legal que lo especifique, lo que ha ocurrido con los contratos de empréstito público regulados en la Ley Orgánica de Crédito Público: de acuerdo a esta normativa, tan contrato administrativo de crédito público es que celebra la República como el que celebra una empresa del Estado con forma societaria. Ambos están sometidos a la normativa especial de dicha ley⁽²⁹⁾.

De todo lo anteriormente señalado, no hay duda, puede concluirse en que la Administración Pública, además de su actividad unilateral, realiza con normalidad una actividad contractual, cuya naturaleza corresponde a verdaderos contratos administrativos. Esto ya no se discute en la doctrina.

Frente a todas esas figuras, sin embargo, la carga dogmática del derecho administrativo tradicional lo que ha conducido es a la discusión respecto de la naturaleza jurídica de dichos contratos ¿se trata, siempre, de contratos administrativos o algunos de ellos son contratos de derecho privado suscritos por la Administración?

Esto nos conduce a precisar el sentido actual de esta distinción.

III. EL SENTIDO ACTUAL DE LA DISTINCION ENTRE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LOS CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION

1. *El origen de la distinción*

La idea misma del contrato administrativo, como categoría propia del derecho administrativo erigida frente a la figura del contrato de derecho privado, aún el suscrito por la propia Administración, proviene de la doctrina francesa, tan influyente en el derecho público contemporáneo. En el nacimiento de esa noción y en la justificación original de la distinción, está la partición de competencias entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción judicial. Por ello se ha dicho, en razón, que la única justificación de la noción del contrato administrativo estuvo en la atribución de competencias al órgano jurisdiccional contencioso-administrativo, o en pocas palabras, en esa época, la única singularidad de los contratos administrativos era una singularidad de régimen jurisdiccional, que no afectaba, en ningún caso, ni a su naturaleza ni a su regulación de fondo, que seguirían siendo las pro-

(29) Véase la Ley Orgánica de Crédito Público, de 19-12-80 en *G. O. Extr. No. 2.714* de 13-12-80.

pias de toda cuestión civil⁽³⁰⁾.

Pero, por supuesto, esta es una distinción que surge durante la primera década de este siglo. Durante el siglo pasado, a pesar de la dualidad de jurisdicciones, la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado suscritos por la Administración no existía, ni hubiera tenido razón de ser, en virtud de la unidad de jurisdicción que había en favor de la Administración.

En efecto, en su origen, la repartición de competencias entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción judicial estaba basada en un criterio orgánico: la jurisdicción administrativa era competente en todas las relaciones jurídicas en las que interviniera la Administración, por lo que todos los contratos en los cuales ella fuera parte caían bajo su jurisdicción⁽³¹⁾, la jurisdicción judicial, por su parte, sólo era competente para conocer de los actos entre particulares. Aún en la época del predominio de la tesis de los actos de autoridad y actos de gestión como criterio del derecho administrativo, es de destacar que a pesar de considerarse a la actividad contractual como de gestión, su conocimiento continuaba correspondiendo a la jurisdicción administrativa en virtud del criterio orgánico. Por ello, durante todo el siglo pasado, en Francia, no había distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado, pues no sólo no había necesidad de distinguirlos por su régimen jurídico, sino que tampoco había un motivo jurisdiccional para ello.

Es a comienzos del presente siglo, con la aparición del criterio de servicio público, cuando comienza a formularse la idea de un contrato administrativo, sometido a un régimen de derecho administrativo, como contrapuesto al contrato de derecho privado, sometido a las regulaciones del derecho civil, con sus razones jurisdiccionales: los primeros quedaban sometidos a la jurisdicción administrativa, en cambio que los últimos caían bajo la competencia de la jurisdicción judicial. En el inicio de esta distinción jurisdiccional está la célebre decisión contenida en el *arrêt* Terrier, de 1903, en el cual el Consejo de Estado francés señaló que todo lo que concernía a la organización y funcionamiento de los servicios públicos, fuera que la Administración actuase por vía de los servicios públicos, fuera que la Administración actuase por vía de contrato o de autoridad, constituía una operación administrativa, que por su naturaleza, era del dominio de la jurisdicción adminis-

(30) Véase Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: *Curso...*, cit., tomo I, p. 492.

(31) Véase José Ramón Parada Vázquez; *Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español*. Sevilla, 1963, pp. 32 y ss.

trativa⁽³²⁾.

La noción del servicio público, por tanto, fue la que dio origen a la distinción y corresponde a Jéze como ductor de la escuela de Burdeos o del servicio público, desarrollar la teoría de los contratos administrativos⁽³³⁾.

La justificación posterior de estos contratos administrativos, sometidos, como los servicios públicos, a un régimen jurídico especial, estuvo en la noción de las cláusulas exorbitantes del derecho común, que les daban una sustantividad propia. Por ello, el derrumbamiento del criterio del Servicio Público, como noción clave del derecho administrativo francés y de la partición de competencias entre las jurisdicciones administrativa y judicial, no produjo consigo el derrumbamiento de la distinción entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado suscritos por la Administración. La distinción ya había adquirido sustantividad y perdido su base adjetiva con base en la idea clave de las cláusulas exorbitantes del derecho común, las cuales siempre estaban presentes en los primeros y no se encontraban en los segundos⁽³⁴⁾.

Por supuesto, paralelamente a la idea de las cláusulas exorbitantes del derecho común, que más que la causa de la distinción era su consecuencia, la doctrina del derecho administrativo, en las últimas décadas, ha venido elaborando los más variados criterios de distinción entre las dos categorías de contratos⁽³⁵⁾. La imposibilidad real de lograr una neta distinción entre ambas figuras contractuales es lo que ha provocado el desespero de los autores y que la propia teoría de los contratos administrativos siga siendo, como lo dice, E. García Enterría: "notoriamente insatisfactoria"⁽³⁶⁾.

2. *El concepto del contrato administrativo y la autonomía del derecho administrativo*

(32) Véase la decisión del Consejo de Estado Francés, de 6-2-1903, conocida como *arrêt Terrier*, en M. Long. P. Weil y G. Braibant: *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Paris, 1978, pp. 53 y ss.

(33) En la obra de Gaston Jéze: *Principios generales del Derecho Administrativo*, 6 tomos, Buenos Aires, 1949 - 1950, los tres últimos están destinados a la: "Teoría general de los contratos administrativos".

(34) Véase Eduardo García de Enterría: "La figura del contrato administrativo", *loc. cit.*, pp. 108-109.

(35) Véase, por ejemplo, Miguel Angel Bercaitz: *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, 1952, pp. 169 y ss.

(36) Véase Eduardo García de Enterría: "La figura del contrato administrativo", *loc. cit.*, p. 110.

Como se dijo anteriormente, la autonomía del derecho administrativo, incuestionable por supuesto, se ha pretendido vincular, inconscientemente, a la sustantividad propia de todas las instituciones de esta rama del derecho, particularmente respecto de las que provienen del tronco común del derecho privado, y a la aplicabilidad, a la Administración, de un régimen jurídico especial y propio, distinto del derecho civil. Allí está el origen de la insatisfacción, del desespere y de las posiciones polémicas que caracterizan a la teoría del contrato administrativo.

Ante todo, como lo ha puntualizado Dromi⁽³⁷⁾, debe quedar claro que la mayoría de las figuras jurídicas son comunes a las distintas ramas del derecho. Por ello, el contrato, tal como lo afirma E. García de Enterría⁽³⁸⁾, es una institución general a todo el Derecho, por lo que no es una figura propia de una rama jurídica específica; es común al derecho civil, al derecho mercantil, al derecho laboral y al derecho administrativo; y se lo califica de civil, mercantil, del trabajo o administrativo, cuando se le suman, a sus características básicas y genéricas, las notas peculiares y específicas del régimen regulado en esas ramas del derecho. El hecho histórico de que el contrato, como institución, haya tenido su origen sustantivo en el derecho privado, y que allí haya encontrado su aplicación y regulación más depurada, no puede conducir a la conclusión de que sea figura exclusiva del derecho civil, y de que a las instituciones contractuales similares que tienen vida en otros ámbitos jurídicos, haya que construirles, a toda costa, una sustantividad propia. El derecho administrativo, para justificar su autonomía, no necesita ya del esfuerzo encomiable y quizás fundamental, por sustantivizar sus propias instituciones. Por otra parte, si bien el derecho administrativo es el que regula a la Administración Pública, la ecuación Administración-Derecho Administrativo no es válida en la actualidad, por la evidente interaplicación del derecho público y del derecho privado, tanto a los sujetos del derecho administrativo como a los particulares⁽³⁹⁾.

La Administración, por tanto, si bien preponderantemente regulada por el derecho administrativo, en la actualidad está sometida, tanto al derecho público como al derecho privado, y su actividad, regida por ambas ramas del derecho, será siempre una actividad administrativa⁽⁴⁰⁾. No hay, en realidad, actividad privada de

(37) Véase José Roberto Dromi: "Contratos de la Administración: Régimen Jurídico Unitario", *Rassegna dei Lavori Pubblici*, Estrato dal No. 11, Noviembre, 1977, pp. 4 y 5.

(38) Véase Eduardo García de Enterría: "La figura del contrato administrativo", *loc. cit.*, p. 115.

(39) Véase Allan-R. Brewer-Carías: "La distinción entre las personas públicas y las personas privadas...", *loc. cit.*

(40) Aun en los supuestos de la denominada "administración del derecho privado", esta está regida por el derecho público. Véase Allan-R. Brewer-Carías: "La impugnación de los Actos Administrativos de Registro ante la jurisdicción contencioso-administrativa", en *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez Covisa*. Caracas, 1975, p. 460.

la administración: así como no existen actos privados de la Administración⁽⁴¹⁾. La actividad de la Administración y en general, de todos los sujetos de derecho administrativo, está sometida a un régimen preponderante de derecho administrativo o preponderante de derecho privado, pero ello no autoriza a concluir que, en el primer supuesto, la actividad sea administrativa y en segundo, sea privada.

En materia de contratos de la Administración, entonces, habrá contratos con un régimen preponderante de derecho administrativo o preponderante de derecho civil⁽⁴²⁾ o si se quiere habrá contratos en los cuales la modulación administrativa de los mismos alcanza una mayor o menor intensidad⁽⁴³⁾.

Por tanto, en nuestro criterio, en la actualidad, y en países como Venezuela, en los cuales la jurisdicción contencioso-administrativa ha sido tradicionalmente competente para conocer de todos los litigios concernientes a los contratos de cualquier naturaleza en que sea parte la Administración, la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado, parece no tener el interés jurídico que ha tenido en otros países, o que pudo tener hace algunas décadas⁽⁴⁴⁾, derivado del interés en sustantivar nuestro propio derecho administrativo. Nosotros mismos, en un libro escrito hace quince años, al escribir sobre la teoría del contrato administrativo como una de las instituciones fundamentales del derecho administrativo venezolano, establecimos la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado basados en la finalidad perseguida por la Administración al contratar⁽⁴⁵⁾.

(41) *Cfr.*, José Roberto Dromi, *loc. cit.*, p. 10.

(42) *Idem*, p. 11.

(43) Véase Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: "Curso...", cit. p. 497.

(44) En 1964 sostuvimos el interés de la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración en base a la competencia jurisdiccional en nuestro libro: *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, cit., p. 158. Esta distinción parece ahora recogerla la Ley Orgánica de la Corte Suprema de justicia, (G. O. No. 1.893 Extr., de 30-7-76), en cuyo artículo 42, ord. 14, se atribuye competencia a la Corte Suprema de Justicia, para "conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los *contratos administrativos* en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades". La interpretación de esta expresión, por supuesto, está por hacerse en vía jurisprudencial. En todo caso, la competencia de la Corte y de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa en conflictos que puedan tener origen contractual, parecería que fuera total cuando los entes públicos sean demandados, y se distribuye sólo por la cuantía (arts. 42, ord. 15; 181, ord. 2o. y art. 185, ord. 6o.).

(45) Véase Allan-R. Brewer-Carías: *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, cit., pp. 160 y ss.

En todo caso, hay unos contratos de la Administración —esto ya no parece necesario reafirmarlo— que tienen siempre, como lo señala J. R. Parada Vázquez, un régimen mixto⁽⁴⁶⁾, el cual según su finalidad, será un régimen preponderante de derecho privado, de acuerdo al interés público envuelto en el vínculo jurídico que se establezca. Por ello, puede decirse que no sólo la presencia de una Administración Pública en la relación contractual, sino la finalidad perseguida por esa Administración, más o menos vinculada al servicio público, como noción genérica, es lo que provocará la preponderancia y las modalidades específicas de dicha relación.

Esto, sin embargo, no excluye el hecho de que todos los contratos de la Administración estén sometidos a un conjunto de regulaciones comunes de derecho público, y la posible preponderancia del derecho público o del derecho privado a que hemos hecho referencia, se reduzca, en realidad, a las modalidades de ejecución y cumplimiento del contrato. Aquí es donde adquieren sentido las denominadas cláusulas exorbitantes del derecho común, las cuales, en realidad, y en general, no son tales cláusulas contractuales, sino que resultan de los propios poderes de acción unilateral de la Administración, como gestora del interés público. Su utilización o está prescrita en ninguna de las relaciones contractuales de la Administración, ni siquiera en aquellas tradicionalmente calificadas como de derecho privado, por lo que en ellas podrán ser usadas según la apreciación del interés general envuelto en la relación contractual que haga la propia Administración.

Por otra parte, y aún en aquellos contratos tradicionalmente calificados como administrativos, debe recordarse que respecto de ellos, a pesar de que predomine el régimen de derecho público, no ha existido nunca un régimen jurídico uniforme sino que, en general, se han admitido tantos regímenes como relaciones contractuales celebra la Administración para el cumplimiento de sus fines públicos.

He aquí tres cuestiones básicas que tenemos que analizar a continuación:

3. *El régimen común de derecho público de todos los contratos de la Administración*

En efecto, señalamos, en primer lugar, que todos los contratos de la Administración, es decir, toda la actividad contractual de la Administración, cualquiera sea su forma, está siempre sometida a un régimen común y uniforme de derecho público. Bajo ese ángulo, no tiene interés jurídico plantear distinción alguna entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración. Este régimen unitario y común a todos los contratos de la Administración, se refiere al proceso de formación de la voluntad administrativa en la actividad con-

(46) Véase José Ramón Parada Vázquez: *op. cit.*, p. 11.

tractual⁽⁴⁷⁾.

En este campo, donde la aplicación del derecho público es evidente, no hay duda que estamos en persona de un régimen común a los denominados contratos administrativos y a los contratos de derecho privado. Veámos.

En primer lugar, las reglas de competencia. Estas se aplican y son de orden público, sea cual sea la Administración que actúe y sea cual sea la finalidad que la Administración persiga al actuar. No hay aquí distinguos: siempre, la Administración contratante debe ser la competente en los términos prescritos por el derecho administrativo, sin que quepa hablar de que tratándose de contratos de derecho privado se aplicarían las reglas civiles de la capacidad⁽⁴⁸⁾.

En segundo lugar, las reglas del procedimiento administrativo. En todos aquellos supuestos en que exista finalmente prescrito un procedimiento para contratar, la Administración debe sujetarse al mismo, sea cual sea la posible naturaleza de la relación contractual. Como ejemplo de ello deben citarse, en Venezuela, las normas sobre formalidades en la tramitación de contratos establecidas uniformemente para todos los contratos de la Administración Ministerial en el Reglamento del Estatuto Orgánico de Ministerios de 1971⁽⁴⁹⁾.

En tercer lugar, las reglas relativas a las formalidades previas previstas en ciertas relaciones contractuales: opinión previa del Senado o de la Contraloría General de la República en las relaciones contractuales en las cuales se enajenen bienes inmuebles o muebles, respectivamente, por ejemplo⁽⁵⁰⁾; opinión previa del Consejo de Ministros o de la Contraloría en los contratos que impliquen transacciones⁽⁵¹⁾.

En cuarto lugar, las reglas relativas a las previsiones presupuestarias y al control fiscal externo. Todos los contratos celebrados por la Administración, cuando implican compromisos financieros, y por tanto, gastos, para poder ser celebrados, debe haberse previsto dichos gastos en el presupuesto anual. La previsión constitu-

(47) Cfr., Eduardo García de Enterría: "la figura del contrato administrativo", *loc. cit.*, p. 113; José Roberto Dromi: *loc. cit.*, p. 11; José Ramón Parada Vázquez, *op. cit.*, pp. 12 y 13.

(48) Véase Allan-R. Brewer Carías: *Introducción al Estudio de la Organización Administrativa Venezolana*. Caracas, 1978, pp. 62 y ss.

(49) Véase Decreto No. 539, de 10-2-71, en *Gaceta Oficial* No. 29.438, de 11-2-71.

(50) Véase el artículo 150, ord. 2o. de la Constitución y artículos 23 y 24 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

(51) Véase art. 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

cional venezolana de que no se hará del Tesoro gasto alguno no previsto en la Ley de Presupuesto⁽⁵²⁾, se aplica a cualquier gasto originado en cualquier actividad administrativa, incluso su actividad contractual.

Por otra parte, todos los contratos de la Administración, sea cual fuere la finalidad perseguida y su naturaleza, y salvo las excepciones de base cuantitativa o de urgencia previstas en la ley, están sometidos a las modalidades de control fiscal previo por parte de la Contraloría General de la República⁽⁵³⁾. Este organismo, respecto de cada contrato que implique compromiso financiero, deberá verificar la correcta imputación del gasto programado al crédito presupuestario establecido; la disponibilidad de las respectivas partidas presupuestarias; la previsión de precios justos y razonables; y la existencia de las debidas garantías constituídas por el cocontratante a favor de la Administración⁽⁵⁴⁾. Este régimen de derecho público, es común a todos los contratos celebrados por la Administración.

En quinto lugar, están las reglas de selección de contratistas. Cuando éstas están legal o reglamentariamente prescritas, las mismas se aplican a todos los contratos de la Administración, estableciéndose, en general, excepciones, en base a la cuantía y no en base a la naturaleza de la relación que se establece entre la Administración y el Administrado. Por tanto, la licitación, el concurso y todas las formas de selección se aplican, indistintamente, en todos los contratos de la Administración⁽⁵⁵⁾.

4. *El régimen preponderante de derecho público en la ejecución de ciertos contratos de la Administración.*

A. Algunos contratos con régimen preponderante de derecho público y sus consecuencias

Hemos señalado que aparte del régimen común y uniforme de derecho público de todos los contratos de la Administración, sin duda, ciertos contratos que ésta celebra, por su vinculación al interés general o por su finalidad de servicio público, tienen un régimen preponderante de derecho público aplicable a las modalidades de ejecución, cumplimiento y extinción del contrato.

(52) Art. 227.

(53) Arts. 18 y ss., de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. (G. O. No. 1.756 Extr., de 30-6-75).

(54) Art. 18 *idem*.

(55) Véase arts. 427 y ss. de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y el Instructivo Presidencial No. 24, de 26-1-77, sobre las normas de licitación para la contratación de obras y adquisición de bienes muebles. (G. O. No. 31.161, de 26-1-77).

Ciertamente, por su carácter reiterativo y de utilización permanente, a ciertos contratos se los ubica, en forma fija, dentro de esta categoría con régimen de preponderancia de derecho público, por ejemplo, los contratos de obra pública o las concesiones de servicio público. Sin embargo, ello no implica que en un momento determinado, no pueda la Administración juzgar que, en una relación contractual cualquiera, aparentemente similar a las de derecho privado, no se haga presente un interés general que exija aplicar las modalidades propias del derecho público.

Ese carácter normal y reiterativo de aquellos contratos, por otra parte, ha llevado, por ejemplo, a la Administración, a la elaboración unilateral de cláusulas de condiciones generales y específicas, como las previstas en los contratos de obra pública, y a la elaboración, inclusive, del texto de los contratos por la sola Administración, configurándose, para los cocontratantes, en cabales contratos de adhesión⁽⁵⁶⁾. Además, esas cláusulas de condiciones generales, por el interés público envuelto en la ejecución del contrato, inclusive llegan a regular situaciones jurídicas no previstas normalmente en contratos suscritos entre particulares, por ejemplo, en el campo de variación y revisión de precios y tarifas, que resultan ser más favorables a éstos⁽⁵⁷⁾.

Sin embargo, insistimos, este régimen preponderante de derecho público, manifestado en los aspectos señalados, si bien es normal en ciertos contratos tradicionalmente calificados como administrativos, ello no implica que haya otros contratos de la Administración, con pretendido régimen de derecho privado, en los cuales estén proscritas las modulaciones de derecho público. Esto resulta evidente en lo que concierne a las reglas de derecho público que afectan la ejecución, el cumplimiento y la extinción de los contratos llamados administrativos, y que dan origen a las denominadas cláusulas exorbitantes del derecho común.

B. *Las llamadas cláusulas exorbitantes*

Dos cuestiones deben quedar claras en torno a estas llamadas cláusulas exorbitantes: en primer lugar, como se dijo, en general no son cláusulas en el sentido de que no son estipulaciones contractuales, sino que, en realidad, son manifestaciones del poder de acción unilateral propio de la Administración Pública; y en segundo lugar, no son exorbitantes del derecho común, pues la Administración, por lo señalado anteriormente, puede utilizarlas aun en aquellas relaciones contractuales en las cuales exista una preponderancia de régimen de derecho privado.

(56) Véase la Resolución No. 388, de 26-3-75, del Ministerio de Obras Públicas sobre condiciones generales de contratación para la ejecución de obras, en G. O. No. 30.786, de 4-9-75.

(57) Por ejemplo, las cláusulas 09-01 y ss., en *idem*.

Además, como lo ha dicho G. Vedel, la tal exorbitancia, en realidad no implica que las mismas pudieran ser ilícitas en contratos privados, sino que son desacostumbradas y poco verosímiles⁽⁵⁸⁾. De allí que no sirvan como criterio para fundamentar una distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración.

Pero ¿cuáles son, en realidad, estas famosas cláusulas exorbitantes que sólo podrán darse en el campo del contrato administrativo? Eduardo García de Enterría ha hecho un magistral análisis de las mismas⁽⁵⁹⁾, que conviene repasar.

a. *Las decisiones unilaterales de la Administración en la ejecución de los contratos*

En primer lugar, están todas aquellas decisiones unilaterales de la Administración Pública en materia contractual, y que se refieren, como lo ha señalado la jurisprudencia venezolana, a la dirección, interpretación, incumplimiento, sanción, y extinción de la relación contractual⁽⁶⁰⁾. Sin embargo, como lo señala E. García de Enterría, estas cláusulas, en realidad son extracontractuales y provienen de los poderes propios de acción unilateral de la Administración como gestora del interés público. Por ello, con razón, la jurisprudencia venezolana ha establecido que estas cláusulas no necesitan estar previstas en el texto contractual⁽⁶¹⁾; por supuesto que no, pues como se dijo, no son realmente estipulaciones contractuales, ni podría serlo. En todo caso, conforme a ello, la Administración, unilateralmente, puede decidir sobre la dirección en la ejecución del contrato, sobre la interpretación de sus cláusulas, sobre las situaciones que originan incumplimiento del contrato, sobre la aplicación de las sanciones legalmente previstas y sobre las situaciones que permiten decidir la rescisión unilateral. Estas decisiones son actos administrativos unilaterales, que gozan tanto de ejecutividad como de ejecutoriedad, y que deben ser impugnados previamente, como tales actos administrativos, antes de procederse a acudir a la vía contencioso-administrativa de plena jurisdicción en materia contractual, salvo que las pretensiones de condena planteadas en esta última vayan acompañadas de las respectivas pretensiones de anulación.

Estas decisiones unilaterales de la Administración, como se dijo, en general, no

(58) Véase Georges Vedel: "Remarques sur la notion de clause exorbitante", en *Etudes en l'honneur d' A. Mestre*. Paris, 1956, pp. 545 y ss., cit. por Eduardo García de Enterría: "La figura del contrato administrativo", *loc. cit.*, p. 122. Cfr. André de Laubadère: *Traité des Contrats Administratifs*. Paris, 1956, p. 99.

(59) Véase Eduardo García de Enterría: "La figura...", *loc. cit.*, pp. 122 y ss.

(60) Véase Allan-R. Brewer-Carías: *Las Instituciones Fundamentales...* cit., pp. 196 y sigts.

(61) *Idem*, p. 196.

son cláusulas contractuales y resultan del propio poder de acción unilateral de la Administración previsto en el ordenamiento jurídico. Por supuesto, esta decisión unilateral no puede afectar elementos que sean de la esencia del vínculo jurídico contractual⁽⁶²⁾; por ejemplo, los daños y perjuicios por incumplimiento, si no existe cláusula penal expresa, no pueden estimarse unilateralmente, y la Administración tendrá que probarlos en vía judicial⁽⁶³⁾.

En todo caso, estos poderes de decisión unilateral se pueden utilizar frente a cualquier relación contractual de la Administración, sea de las que tienen un régimen preponderante de derecho público o de derecho privado; dependerá su utilización de la apreciación del interés general envuelto en la relación contractual que haga la Administración. Por ello, al no ser cláusulas contractuales, no pueden servir para distinguir unos contratos de otros.

b. Los poderes de modificación unilateral de los contratos

En segundo lugar, están todos los poderes o prerrogativas de la Administración que pueden conducir a la modificación de las cláusulas contractuales. Esto sucede, no sólo cuando es la propia administración contratante la que modifica el contrato unilateralmente, sino cuando lo hace otra autoridad pública, mediante el denominado "hecho del príncipe". De nuevo, aquí nos encontramos con el poder de acción unilateral de la Administración, que no tiene su fuente en el contrato, y que no afecta la esencia de la relación contractual.

En efecto, en caso de modificación e incluso, de rescisión unilateral del contrato por la Administración cocontratante por razón de interés público, la Administración debe indemnizar al cocontratante, por lo que la equivalencia de prestaciones, cuyo equilibrio puede ser roto por la decisión unilateral, se restablece con el derecho a indemnización⁽⁶⁴⁾. La rescisión o modificación unilateral no afecta, realmente, la esencia del contrato, y lo que no puede el cocontratante, es alegar ilicitud en el poder de modificación unilateral y demandar a la Administración el cumplimiento. El incumplimiento siempre es posible en las obligaciones de hacer, y la incoercibilidad del cumplimiento específico de éstas se sustituye con la equivalencia indemnizatoria⁽⁶⁵⁾. La legalidad de la decisión unilateral que modifique o extinga un contrato, está vinculada al interés público envuelto y sus límites son

(62) Cfr., Eduardo García de Enterría: "La figura...", *loc. cit.*, pp. 123 y 124.

(63) Véase Allan-R. Brewer-Carías: *Las Instituciones Fundamentales...* cit., p. 199.

(64) Véase, Eduardo García de Enterría: "La figura...", *loc. cit.*, p. 126.

(65) Véase José Ramón Parada Vázquez: *op. cit.*, pp. 216 y ss.

los límites de la discrecionalidad, por lo que no puede ser arbitraria⁽⁶⁶⁾.

Por otra parte, las modificaciones contractuales derivadas del hecho del príncipe, y que también dan derecho a indemnización, de nuevo derivan de los propios poderes de acción unilateral del Estado y la Administración, con los cuales no sólo se pueden afectar contratos suscritos entre la Administración y un particular, sino contratos suscritos entre particulares: piénsese sólo, por vía de ejemplo, en los efectos de la expropiación sobre contratos interpartes.

En todo caso, la modificación unilateral de los contratos de la Administración y que proviene de decisiones unilaterales de ésta, es una facultad que ella tiene respecto de todos los contratos que suscriba, sean de régimen preponderante de derecho público o de derecho privado, es decir, sean contratos administrativos o de derecho privado. Su aplicación a las relaciones contractuales siempre será posible y dependerá de la apreciación del interés general envuelto en la situación jurídica concreta. No debe dejar de mencionarse, por ejemplo, que la decisión más importante de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela en materia de contratos administrativos, dictada en 1954⁽⁶⁷⁾, fue producida con motivo de un contrato suscrito entre la República y un particular para el suministro de conejos con fines de investigación y experimentación por parte del Ministerio de Agricultura y Cría. Un contrato de suministros de conejos con esos fines, realmente, no parecía, a primera vista, como un contrato de los denominados administrativos; sin embargo, por una epidemia observada en los conejos, la Administración decidió rescindirlo unilateralmente, y con ello "descubrió" que su régimen era uno preponderante de derecho público, dada la apreciación que del interés general envuelto realizó la Administración.

c. Los efectos de los contratos respecto de terceros.

En tercer lugar, como parte de las llamadas cláusulas exorbitantes, están todos aquellos efectos de los contratos respecto de terceros extraños a la relación contractual Administración-Administrado. En efecto, como consecuencia de ciertos contratos administrativos, particularmente de las concesiones, resulta que los terceros pueden quedar afectados por cargas específicas⁽⁶⁸⁾. Por ejemplo, en las con-

(66) Véase Allan-R. Brewer-Carías: "Los límites al poder discrecional de las autoridades administrativas", en *Revista de la Facultad de Derecho*, UCAB, No. 2, Caracas, 1965-1966, pp. 9 y ss.

(67) Véase en Allan-R. Brewer-Carías: *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974, y Estatutos de Derecho Administrativo*. Tomo III, Vol. 2, Caracas 1977, pp. 661, 729, 732, 767, 804, 828 y 893.

(68) Véase Eduardo García de Enterría: "La figura...", *loc. cit.*, pp. 126 y 127.

cesiones mineras y en las antiguas concesiones de hidrocarburos, el concesionario podía, por subrogación de la potestad estatal, ejercer la potestad expropiatoria respecto de inmuebles de propiedad particular necesarios para la explotación o exploración del objeto de la concesión⁽⁶⁹⁾; en los contratos de obra pública, el cocontratante de la Administración puede ocupar temporalmente propiedades ajenas a los efectos de la construcción contratada⁽⁷⁰⁾; en las concesiones ferrocarrileras, el concesionario tiene derecho a extraer materiales de propiedades privadas cercanas a la línea del ferrocarril, a los efectos de la construcción de la misma⁽⁷¹⁾; en fin, en las concesiones de servicio público, los concesionarios tienen derecho a percibir las tasas por la prestación del servicio, y a ejercer potestades de policía del servicio público⁽⁷²⁾. En ellas mismas, además, los bienes del concesionario afectados al servicio público, no son embargables de inmediato por vía judicial⁽⁷³⁾.

La doctrina francesa ha visto en estas cargas o efectos respecto de terceros, una ruptura del principio de la relatividad de los efectos de los contratos, limitados a las partes. Sin embargo, es necesario destacar, como lo ha dicho André de Laubadère, que lo que se califica como efectos respecto de terceros no provienen, en realidad, del contrato Administración-Administrado, sino directamente de la ley⁽⁷⁴⁾. En Venezuela, por ejemplo, son las Leyes de Minas, de Hidrocarburos, de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, de Ferrocarriles, de la Procuraduría General de la República y los cuerpos normativos locales de servicios públicos, los que prevén estos efectos respecto de terceros. Por tanto, no son los contratos los que tienen efectos respecto de terceros, sino las previsiones legales respectivas, actualizadas y concretizadas mediante una relación contractual.

Estas "cláusulas exorbitantes", en todo caso, además de no ser, exclusivamente, tales cláusulas, su posibilidad está regulada por ley, y es ésta la que establece, al preverlas, en definitiva, una preponderancia de régimen de derecho público, al que hemos hecho referencia.

(69) Véase el artículo 9 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, y artículo 52 de la Ley de Hidrocarburos.

(70) Artículos 47 y ss. de la Ley de Expropiación por Causa Pública o Social.

(71) Artículo 17 de la Ley de Ferrocarriles, del 25-7-57. (G. O. No. 25.425, de 7-8-57).

(72) Por ejemplo, los artículos 32 y ss. de la vieja Ley de concesiones Ferrocarrileras de 1918, derogada por la ley de 1957.

(73) Véase art. 46 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, de 20-12-65 (G. O. No. 27.921, de 22-12-65).

(74) Véase André de Laubadère: *Traité des Contrats Administratifs*. Cit., Tomo II, pp. 86 y ss.

C. La ausencia de un régimen jurídico unitario para los contratos de la Administración con régimen preponderante de derecho público.

Tal como hemos señalado, en el universo de las figuras contractuales del actuar administrativo, pueden identificarse algunos contratos que, por su utilización frecuente para fines públicos o por la finalidad concreta de servicio público perseguida, están sometidos a un régimen mixto público y privado, pero preponderante público en cuanto a la ejecución, cumplimiento y extinción de los contratos. Estos contratos, normalmente, se los denomina administrativos.

Ahora bien, en esta categoría de contratos, es necesario puntualizar que los mismos no tienen, en absoluto, un régimen uniforme de preponderancia de derecho público. No encontramos en todos ellos las mismas cláusulas exorbitantes ni las mismas normas de derecho público. Basta recordar, de nuevo, los ejemplos citados anteriormente respecto de los efectos de los contratos con relación a terceros. Las normas de derecho público variarán, según la mayor o menor regulación legal positiva de que haya sido objeto la figura contractual. Por tanto, frente a los contratos administrativos, ni siquiera podemos hablar de un régimen unitario preponderante de derecho público.

IV. CONCLUSION

Nuestro tema consistía en exponer la evolución del concepto de contrato administrativo. Creo que los planteamientos formulados han cumplido su cometido.

En todo caso, la evolución que nosotros observamos en grandes líneas, se puede resumir en los siguientes trazos:

1) En Francia, durante el siglo pasado, no se planteaba la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración: los contratos de la Administración tenían un solo régimen jurídico y su conocimiento correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa en virtud de su competencia con fundamento orgánico. Cuando se formula el criterio diferenciador de actos de autoridad y actos de gestión, a pesar de que a los contratos se los ubicaba en esta última categoría, su control jurisdiccional, por vía de excepción continuaba bajo la competencia de la jurisdicción administrativa.

2) Con la aparición del criterio de servicio público, a principios del presente siglo, como criterio del derecho administrativo, no sólo se consolida la autonomía de esta disciplina, sino que se comienzan a sustantivizar las diversas instituciones utilizadas en el actuar administrativo. Los contratos administrativos quedaron vinculados a la noción de servicio público, y los mismos caían bajo la competencia de la jurisdicción administrativa. Los otros contratos que celebraba la Administración, caían bajo la competencia de la jurisdicción judicial, con lo que se rompió la unidad adjetiva y jurisdiccional en materia contractual. Se diferenció, entonces, al contrato administrativo del contrato de derecho privado de la Administración, y se sustantivizó el primero, como un contrato típico del derecho administrativo, por oposición al de derecho civil, identificable jurídicamente por la presencia en ellos de cláusulas exorbitantes del derecho común.

3) Ante el abandono del criterio del servicio público, ya la teoría del contrato administrativo había desarrollado una sustantividad tal que, básicamente, estaba fundamentada en la presencia de las cláusulas exorbitantes. Ello era suficiente para seguir sosteniendo la distinción, a los solos efectos jurisdiccionales, como criterio de repartición de competencias.

4) Esta teoría del contrato administrativo, materialmente fue la que se recibió en los países como los nuestros, cuyos sistemas jurídicos han sido tributarios del derecho francés. Importamos, en general, la distinción teórica, pero sin la justificación jurisdiccional práctica. Por ello, la doctrina universal trató de justificar la distinción, formulando los más variados y diversos criterios.

5) En la actualidad, consolidaba y maduraba la doctrina administrativa en los países latinoamericanos, se comienza a observar, al igual que en la doctrina española, un proceso de revisión y crítica a la distinción importada y trabajada. No existiendo, en general, una repartición de jurisdicciones a la usanza francesa, y no necesitando actualmente el derecho administrativo de sustantivar sus instituciones por oposición al derecho civil, de donde provienen la mayoría, el problema de los contratos administrativos se plantea en otros términos.

6) En realidad, toda la actividad contractual de la Administración de carácter administrativo. No hay contratos privados de la Administración. Todos los contratos de la Administración tienen un régimen mixto de derecho público y de derecho privado. Una parte sustancial de dicho régimen es común a todos los contratos, y es de derecho público. Se trata de las normas relativas a la formación del contrato. En materia de ejecución, cumplimiento y extinción del contrato, el régimen será preponderante de derecho público o preponderante de derecho privado, según la finalidad de servicio público perseguida por la Administración. Pero ello no autoriza a plantear una distinción y régimen estático. La gestión del interés general puede hacer variar las condiciones de ejecución, según la apreciación de la Administración, y por tanto, la preponderancia del régimen.

7) En todo caso, esta preponderancia de régimen de derecho público proviene, en general, de poderes propios de acción unilateral de la Administración y no tienen su fuente en el contrato. Por otra parte, no se presenta este régimen como uniforme en los llamados contratos administrativos, pues varía según los cuerpos normativos que regulan cada figura contractual.

8) En definitiva, la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración está en la actualidad superada, y ya no tiene interés jurídico. Insistimos, toda la actividad contractual de la Administración es administrativa, y habrá, en ciertos contratos, según la finalidad de servicio público perseguida, una preponderancia de régimen de derecho público. Si a estos contratos los queremos llamar contratos administrativos, ello será por convencionalismo y tradición terminológica. Legítima, pero no porque sean opuestos a los contratos de derecho privado que celebre la Administración.

IV

Las cláusulas obligatorias y los principios especiales en la contratación administrativa

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Cláusulas Obligatorias en los Contratos de la Administración.* 1. *Cláusulas obligatorias en la Constitución.* A. *La inmunidad de jurisdicción.* B. *La cláusula calvo.* C. *La Cláusula temporal en las concesiones.* 2. *Cláusulas obligatorias previstas en leyes y reglamentos.* A. *Cláusulas de inclusión de las condiciones generales de contratación.* B. *Las cláusulas de garantías.* C. *Cláusula de denominación en moneda nacional.* D. *Cláusula presupuestarias.* III. *Los principios Especiales o Cláusulas Exorbitantes en los Contratos Administrativos.* - 1. *La facultad de dirección y control.* 2. *La facultad de sancionar administrativamente el incumplimiento del cocontratante.* 3. *La facultad de modificar unilateralmente el contrato.* 4. *La facultad de rescisión unilateral del contrato.* 5. *La facultad de tomar decisiones ejecutivas respecto a a la inteligencia del contrato.* - IV. *Conclusión.*

I. INTRODUCCION

El Decreto No. 222 de 2 de febrero de 1983 dictado por el Presidente de Colombia en uso de sus facultades extraordinarias que le confirió el Congreso, relativo a las "Normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas"⁽¹⁾, contiene disposiciones expresas sobre las llamadas estipulaciones o cláusulas obligatorias y los principios especiales en la contratación administrativa. Estas normas, sin duda, son las que motivan el título de esta conferencia en la cual intentaremos analizar las instituciones equivalentes en el derecho venezolano.

En efecto, el Título VI del Decreto 222 habla de las "cláusulas obligatorias" de los contratos de la Nación, o como lo precisa el artículo 60, de "las cláusulas que forzosamente deben contener los contratos". Un dato debe destacarse de la lectura de ese título, y es que regula unas cláusulas obligatorias respecto a todos los contratos de la Nación, y no sólo respecto de los llamados contratos adminis-

(1) Véase el texto en la edición de la Contraloría General de la República, *Compilación de la Normatividad sobre contratación administrativa*, Separata Gaceta 1 de 1984.

trativos. Por tanto se trata de cláusulas que son obligatorias para todos los contratos de la Administración, con lo cual, al menos, en esta materia queda desdibujada la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración. Lo mismo sucede en relación a los llamados principios especiales, que el artículo 60 manda a incluir tanto en los contratos administrativos como en los contratos de derecho privado de la Administración en que se pacte la caducidad.

Pero incluso con este ámbito de aplicación, la lectura del artículo 60 del Decreto No. 222 plantea una duda, pues ese artículo comienza diciendo: que "*Salvo disposición en contrario*, en todo contrato se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza y, además, las relativas a caducidad administrativa; sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales; garantías; multas; pena pecuniaria y renuncia a reclamación diplomática cuando a ello hubiere lugar...". Si tales cláusulas son obligatorias, sin embargo, no está prevista la obligatoriedad total *ex lege* ya que si se pueden establecer disposiciones en contrario, queda la duda sobre el tal carácter obligatorio. De todos modos, tomando como punto de referencia esas cláusulas obligatorias, nuestra intención es construir el sistema de cláusulas obligatorias que puede establecerse en Venezuela, donde no tenemos un cuerpo normativo que regule la contratación administrativa, similar al del Decreto No. 222 colombiano.

En cuanto a los principios especiales en la contratación administrativa, el artículo 18 del Decreto 222, los regula, en principio, referidos sólo a los "contratos administrativos", siguiendo la dicotomía tradicional entre contratos de derecho privado de la Administración y contratos administrativos, y se refiere a la "terminación, modificación e interpretación unilaterales" de dichos contratos. Estos principios especiales regulados legislativamente en Colombia, son los que en la doctrina y jurisprudencia en Venezuela denominamos "cláusulas exorbitantes" propias de los contratos administrativos, y que sin estar en forma expresa, se refieren a la rescisión unilateral, a la modificación unilateral y, a la interpretación unilateral de los contratos⁽²⁾.

Por tanto, tomando como punto de referencia estas normas del Decreto 222, nos vamos a referir al sistema que podríamos llamar de cláusulas exorbitantes y cláusulas especiales en la contratación administrativa en el derecho venezolano, insitiendo en el hecho de que en Venezuela, no hay un cuerpo normativo general que se refiera a todos los contratos del Estado, en el sentido del anterior Decreto 150 y ahora el No. 222 de Colombia. Para esta exposición, por tanto, no tenemos un punto de referencia normativo general donde encontrar todas estas cláusulas

(2) Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas 1964, págs. 196 y sigts.

obligatorias y estas cláusulas exorbitantes o principios especiales de los contratos de la Administración. Sin embargo, el sistema normativo resulta ser casi exacto, pero establecido por otras vías; sea porque las cláusulas obligatorias están establecidas en la Constitución o en leyes dispersas, e incluso, en algunos casos, en las llamadas "condiciones generales de contratación" para ciertos tipos de contratos aprobados por Decreto Presidencial⁽³⁾, sea porque en el caso de las cláusulas exorbitantes, los denominados principios especiales en la legislación colombiana, son reconocidos y aceptados por la jurisprudencia con la nota fundamental que identifica a los contratos administrativos⁽⁴⁾. La diferencia en este último caso está, sin embargo, en que a pesar de llamarlas cláusulas exorbitantes, no se consideran "cláusulas contractuales" sino que son atribuciones que derivan de los poderes de la Administración que, por tanto no necesitan estar expresamente en el contrato. En esta forma, aunque por vías distintas, podemos llegar en Venezuela a una construcción doctrinal de los mismos elementos: cláusulas obligatorias y principios especiales o cláusulas exorbitantes en la contratación administrativa.

II. CLAUSULAS OBLIGATORIAS EN LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION.

Nos corresponde analizar, en primer lugar, el tema de las cláusulas obligatorias en los contratos de la Administración en Venezuela; y nos referimos, a "contratos de la Administración", porque se trata de cláusulas que deben contener todos los contratos que celebre la Administración, por lo cual la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado en esta materia, no opera; se trata de cláusulas obligatorias para todos los contratos que celebre el Estado y no sólo para un tipo de contrato. Y así es definitivamente, como está regulado el sistema de las cláusulas obligatorias en Venezuela, cuya obligatoriedad se extiende no sólo a la República y sus entes descentralizados, sino a los entes territoriales, los Estados y los Municipios, y en buena medida también, a sus entes descentralizados.

Estas cláusulas, en nuestro país, están establecidas en dos cuerpos normativos de rango distinto. En primer lugar, hay una serie de estas cláusulas establecidas directamente en la Constitución y, en segundo lugar, hay también cláusulas obligatorias establecidas en leyes y decretos ejecutivos.

(3) Véase el decreto No. 1802 de 20 de enero de 1983 sobre las Condiciones Generales de Contratación para la ejecución de Obras en *Gaceta Oficial* Extra No. 3111 de 18-3-83.

(4) Véase por ejemplo, entre las recientes, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 11-8-83 en *Revista de Derecho Público* No. 16, Oct. - Dic. 1983, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, p. 162 y sigts.

1. Cláusulas obligatorias en la Constitución.

En cuanto a las cláusulas obligatorias establecidas en el texto constitucional, en ella encontramos dos categorías; unas que son obligatorias y generales para todo tipo de contrato de la Administración y otras que se refieren, básicamente, a cierto tipo de contratos, particularmente, las concesiones. En cuanto a las cláusulas obligatorias generales para todo tipo de contrato de la Administración, la Constitución prevé dos, que encontramos también en la legislación Colombiana, y que son tradicionales en América Latina: en primer lugar, la cláusula de inmunidad de jurisdicción, y en segundo lugar, la cláusula llamada Cláusula Calvo o de las reclamaciones diplomáticas. En cuanto a las concesiones, en la Constitución encontramos dos tipos de cláusulas obligatorias: en primer lugar, la referida a la reversión, como figura derivada de las concesiones; y en segundo lugar, la cláusula que podríamos llamar de temporalidad, que por vía constitucional se exige respecto a las concesiones. Por tanto, en Venezuela, estas son las cuatro cláusulas obligatorias previstas en el texto fundamental.

A. La inmunidad de la jurisdicción.

En cuanto a la cláusula de inmunidad de jurisdicción, el artículo 127 de la Constitución dice:

“En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aún cuando no estuviera expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, en conformidad con sus leyes”.

Esta norma constitucional ha planteado, al igual que otras, diversos problemas interpretativos, sobre todo por la expresión que utiliza la Constitución al hablar de “contratos de interés público”, la cual ha originado una larga discusión en torno a qué de entenderse por los tales “contratos de interés público”⁽⁵⁾. Algunos los identifican con los “contratos administrativos”, buscando establecer la dicotomía tradicional, y otros pretenden identificarlos con ciertos contratos de particular importancia, magnitud o cuantía tratando de encontrarle algún contenido a un con-

(5) Véase en general Allan R. Brewer-Carías, “Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa” en *Revista de Derecho Público*, No. 11 julio-septiembre, 1982, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, p. 49 y sigs.

cepto jurídico indeterminado como es el "interés público"⁽⁶⁾. Creemos, sin embargo, que el problema es menos complicado jurídicamente. En realidad, aún no se ha definido en ley alguna, qué ha de entenderse por interés público o "contrato de interés público", por lo que la interpretación de esta expresión es mucho más formal y simple, que la que se ha planteado en la doctrina.

En la Constitución, el interés público, como el Poder Público, se refiere, en una forma federal del Estado, a lo que concierne a los tres niveles estatales derivados de la distribución vertical del Poder. Por ello, el texto constitucional habla del interés público nacional, de interés público estatal y de interés público municipal, para hacer referencia a un solo interés público que concierne a los tres niveles territoriales.

Por tanto, contratos de interés público son los contratos suscritos por la República, cualquiera que sea su contenido, y también todos los contratos suscritos por los Estados y por los Municipios. Esta noción de interés público que engloba los tres niveles territoriales tiene relación con otros aspectos fundamentales del Derecho Público Venezolano, como el concepto de Estado o el de Poder Público⁽⁷⁾. Por ejemplo, la noción de Estado engloba la suma de todas las entidades político-territoriales, por lo que cuando la Constitución habla de "Estado" como destinatario de determinadas obligaciones, se entiende que se está refiriendo, no a un ente particularizado, sino englobando a la República, como Estado Nacional, a los Estados Federados y a los Municipios. Lo mismo sucede con el tema del interés público.

En esta forma, estimamos que no hay complicación alguna en señalar que contrato de interés público, en la Constitución, es todo contrato suscrito por los entes públicos territoriales, cualquiera que sea su naturaleza y contenido, es decir, por la República, los Estados y los Municipios, y aún más, también, por los entes descentralizados de derecho público de esos tres niveles. Por tanto, un contrato suscrito por un instituto autónomo nacional, estatal o municipal, también se considera como contrato de interés público.

Este, sin duda, es el primer tema que nos sugiere el artículo 127 de la Constitución, y ello nos conduce a interpretar que se trata, realmente, de una cláusula obligatoria, en el sentido de que todo contrato que suscriban todos los entes del Estado Venezolano, en los tres niveles territoriales e, incluso, en los niveles de

(6) Véanse las diversas opiniones en Isaber Boscán de Ruesta, "La Inmunidad de Jurisdicción en los Contratos de Interés Público", *Revista de Derecho Público* No. 14, abril-junio 1983, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas págs. 23 y sigts.

(7) Véase Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Caracas 1985, Tomo I, págs. 353 y sigts.

descentralización funcional deben contener esta cláusula cuyo objeto es, primero, estipular que la interpretación, aplicación y ejecución de esos contratos debe someterse a la Ley Venezolana, y segundo, que las controversias y dudas que de ellos surjan, deben también someterse al conocimiento de los Tribunales Venezolanos. Este principio, que se deriva de esta cláusula, encuentra también su fundamento en el principio universal del derecho internacional, de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros⁽⁸⁾.

La cláusula del artículo 127 de la Constitución, sin embargo, desde el ángulo de la inmunidad jurisdiccional, se aparta del carácter absoluto tradicional, y encaja dentro de la llamada "inmunidad relativa de jurisdicción". En efecto esa norma prescribe que esa cláusula debe estar presente en todos los contratos de la Administración "si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos". Esto conecta nuestra disciplina en materia de contratos, con un tema clásico de derecho internacional, que muestra la evolución que ha tenido en el derecho contemporáneo el tema, desde una inmunidad absoluta a la inmunidad relativa de jurisdicción⁽⁹⁾.

El origen de esta cláusula, en el sistema constitucional venezolano, se remonta a la Constitución de 1893⁽¹⁰⁾, en la cual se estableció lo que puede calificarse como el principio de la inmunidad absoluta. El artículo 149 de ese texto dispuso que:

"...En todo contrato de interés público, se establecerá la cláusula, de que "las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre su inteligencia y ejecución, serán decididas por los tribunales venezolanos y conforme a las leyes de la República..."

De acuerdo a esta norma del Texto Fundamental de 1893 la fórmula era distinta al texto vigente: primero, preveía la inmunidad absoluta, y segundo, prescribía la obligación de que en todo contrato se estableciera la cláusula, lo que difiere del sistema actual conforme al cual en virtud de la Constitución, se entiende incorporada la cláusula a los contratos. En aquél texto sólo se decía que en

(8) Véase, Tatiana Bogdanowsky de Maekelt, "inmunidad de Jurisdicción de los Estados" en *Libro Homenaje a José Melich Orsini*, Vol. I, Caracas 1982, págs. 213 y sigts.

(9) Véase en general Ian Sinclair, "The Law of Sovereign Immunity: Recent Development", *Académie International de Droit Comparé, Recueil des Cours*, 1980, Vol. II, La Haya 1981, p. 201 y sigts.

(10) El texto de esta Constitución y las otras puede verse en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Madrid 1985.

esos contratos debía incorporarse la cláusula, por lo que la misma tenía neto carácter contractual.

En la Constitución de 1947 cambiaron estos dos elementos: se abandonó el sistema de inmunidad absoluta, sustituyéndose por uno de inmunidad relativa, porque la cláusula se consideraba incorporada en los contratos "si fuera procedente de acuerdo a la naturaleza de los mismos"; y además, se adoptó el esquema actual de considerar incorporada la cláusula aún cuando no estuviera expresa, con lo cual no es necesario que se indique en el texto del contrato que esa cláusula forma parte del mismo, sino que en virtud de la Constitución ella está incorporada.

Esta cláusula, como señalaba, tiene una evidente vinculación con el Derecho Internacional, y hoy puede decirse que refleja una situación universalmente aceptada y adoptada en todo el mundo, la del principio de la relatividad de la inmunidad de soberanía o de inmunidad jurisdiccional de los Estados.

Por supuesto, ello no implica que también haya unanimidad absoluta en la doctrina en relación a determinar cuándo la *naturaleza* de un contrato implica la renuncia a la inmunidad de jurisdicción. Sobre el particular puede decirse que no hay criterios universalmente aceptados, aún cuando todavía se recurra a la distinción tradicional abandonada en el campo del derecho administrativo, entre los actos de autoridad (*jure imperii*) y los actos de gestión (*jure gestionis*) para la interpretación de los casos en los cuales debe haber inmunidad de jurisdicción. La misma doctrina del Fisco, elaborada también durante el siglo pasado, incluso, tuvo sus repercusiones en el Derecho Internacional en este tema de la inmunidad jurisdiccional.

En todo caso, puede decirse que esas distinciones tradicionales, en el momento actual no tienen valor como tal, porque todo acto del Estado siempre tiene una finalidad pública y no puede decirse que haya actos que el Estado cumple como un particular pura y simplemente; de allí, nuestra insistencia, en cuestionar la propia distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración, ya que el Estado nunca deja de ser Estado en sus actuaciones⁽¹¹⁾.

Sin embargo, la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión con todas sus consecuencias, condicionó la elaboración de un documento que, en el ámbito del Derecho Internacional Privado y su incidencia en los contratos administrativos fue muy importante en América Latina. Se trata del *Código Bustamante*,

(11) Véase Allan R. Brewer-Carías, "La evolución del concepto de contrato administrativo" en el Libro *El Derecho Administrativo en América Latina*. Curso Internacional, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1978, pág. 143 y sigts.

es decir, la Convención sobre Derecho Internacional Privado del 1928⁽¹²⁾, que suscribieron casi todos los países de América Latina y, del cual es parte Venezuela. En esa Convención, puede decirse, se comenzó en el ámbito internacional de América Latina, a erosionar el principio de la inmunidad absoluta de jurisdicción de los Estados.

En efecto, en ese texto se admitió, como principio, que había inmunidad absoluta, pero salvo el caso de que un Estado hubiera admitido una sumisión expresa a la ley extranjera, en cuyo caso habría un consentimiento expreso a someterse a la jurisdicción de Tribunales extranjeros.

En tal sentido, el artículo 333 del Código establece lo siguiente:

Art. 333.- Los jueces y Tribunales de cada Estado contratante *serán incompetentes* para conocer de los asuntos civiles o mercantiles en que sean parte demandada los demás Estados contratantes o sus Jefes, si se ejercita una acción personal, *salvo el caso de sumisión expresa* o de demandas reconventionales”.

Pero además, en el Código Bustamante, y de allí la importancia de este documento en el derecho internacional, también se estableció el principio de que a pesar de la inmunidad establecida, ciertas acciones podían dar origen a la renuncia a la inmunidad de jurisdicción, particularmente las acciones reales vinculadas a la propiedad inmueble y los juicios universales⁽¹³⁾. Sin embargo, para regular esta materia, en 1928 el Código seguía el parámetro de la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión.

En efecto, los artículos 334 y 335 del Código establecían lo siguiente:

Art. 334: En el mismo caso y *con la propia excepción, serán incompetentes* cuando se ejerciten *acciones reales*, si el Estado contratante o su Jefe *han actuado* en el asunto *como tales y en su carácter público*.

Art. 335: Si el Estado contratante o su Jefe *han actuado como particulares o personas privadas, serán competentes* los jueces o tribunales para conocer de los asuntos en que se ejerciten *acciones reales* o mixtas, si esta competencia les corresponde conforme a este Código.

(12) Véase en *Textos de los documentos de la Organización de los Estados Americanos sobre la posibilidad de revisión del Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante*, OEA, Ser/I/VI, (español) CIJ-90, p. 433 y sigts.

(13) Art. 336 del Código.

Conforme a estas normas, por tanto, si se trata de acciones reales, en asuntos en los cuales el Estado actúa como poder público, dictando actos de autoridad, se mantiene el principio de la inmunidad absoluta; en cambio, si lo que está envuelto en el asunto, es un acto de gestión en el cual el Estado actúa como particular o persona privada entonces, puede estar sometido a la jurisdicción de otro Estado.

Es claro, sin embargo, que actualmente esta distinción no puede seguirse sosteniendo, como no se sostiene ya en el Derecho Internacional, sobre todo en virtud de la expansión económica de los Estados, pues ha sido justamente en las últimas décadas que los Estados han venido desarrollando un intenso proceso de intervención en la economía. En este campo de la actuación económica del Estado, ello no puede implicar que en las mismas, los Estados dejen de ser tales Estados soberanos, a pesar de que cumplan actividades comerciales o industriales en cualquier nivel. El tema, se ha discutido en el campo del derecho internacional, llegándose, incluso, a afirmaciones mucho más definidas que las que a veces encontramos en el derecho administrativo interno. Por ejemplo, Ian Sinclair afirma que “es una sobre-simplificación pretender que todas las actividades del Estado en el campo económico —como el manejo estatal de una industria, las compras o ventas del Estado— son necesariamente de naturaleza de “derecho privado” y que cumpliéndolas el Estado actúa como persona privada”⁽¹⁴⁾; y Chetien ha sostenido que “El Estado no adopta acto alguno, ni interviene en cualquier relación jurídica, sin que ello esté motivado, directa o indirectamente, por la necesidad de mantener su alta misión gubernamental... si uno va al fondo de las cosas, el Estado no se puede presentar jamás como una persona privada⁽¹⁵⁾.”

Por tanto, por el hecho de que el Estado realice actividades comerciales o industriales, no implica que deja de estar sometido al derecho público y que actúe enteramente regido por el derecho privado.

En consecuencia, abandonada la distinción entre actos de autoridad y acto gestión, o entre Estado persona y Estado poder público, en el derecho internacional, para evaluar las cláusulas de inmunidad de jurisdicción, la discusión se centra en la naturaleza de la actividad del Estado más que en su finalidad, que siempre es pública; y la tendencia es a admitir la excepción al principio de la inmunidad basada en el carácter comercial de las actividades que realice un Estado, sobre todo en el ámbito internacional, lo que ha provocado la admisión del principio de la inmunidad relativa de jurisdicción.

(14) *Loc. cit.*, pág. 209.

(15) *Idem.*, pág. 209.

En esta orientación, hay varios instrumentos jurídicos internacionales adoptados en los últimos años. El primero de ellos es la Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados del año 1972⁽¹⁶⁾, en la cual se señalaron los casos en los cuales los Estados no podían invocar la inmunidad de jurisdicción, los cuales son: cuando se trate de contratos de trabajos o laborales que deben ser ejecutados en el Estado del foro; cuando un Estado tenga oficinas o agencias que realicen actividades industriales, comerciales o financieras, de la misma manera que personas privadas; los procedimientos relativos a patentes, marcas de fábricas y todo lo vinculado al derecho industrial; y las acciones relativas a propiedad inmueble y sobre sucesiones y donaciones⁽¹⁷⁾.

Esta Convención Europea fue seguida en cuanto al abandono progresivo de la inmunidad absoluta, por una ley muy importante, que la Ley de Inmunidad de Soberanía de los Estados Unidos de 1976⁽¹⁸⁾, particularmente por tratarse de un Estado en el cual ha habido, históricamente, muchos conflictos y búsqueda de excepciones al sometimiento de los Estados extranjeros a las leyes americanas. En esa Ley se estableció, como principio, que bajo el ámbito del derecho internacional, los Estados no son inmunes en materia de jurisdicción en relación a sus actividades comerciales⁽¹⁹⁾; las cuales se definen en el mismo estatuto, como las actividades regulares de conducta comercial, o las transacciones particulares de tal carácter comercial. En este texto, además, se precisa que "El carácter comercial de una actividad debe determinarse en relación a la naturaleza de la conducta, la transacción particular o el acto, antes que en referencia a su objetivo o finalidad"⁽²⁰⁾.

El mismo principio se adoptó en la Ley de Inmunidad del Estado, del Reino Unido, de 1978⁽²¹⁾, lo cual fue también muy importante, porque Inglaterra había sostenido siempre el principio de la inmunidad absoluta. Fue a partir de 1978 cuando se abandonó el principio e incluso se definieron los casos a los cuales no se podía alegar la inmunidad jurisdiccional basado en el principio de la naturaleza comercial de la transacción, tales como: suministros de bienes o servicios; préstamos y transacciones que tienen relación con el financiamiento a los países o garantías

(16) Véase el texto en *American Journal of International Law*, Vol. 66, 1972, págs. 923 y sigts.

(17) Artículos 5 a 10.

(18) *US Foreign Sovereign Immunity Act 1976*.

(19) Art. 1602.

(20) Art. 1603, d.

(21) *UK State Immunity Act 1978*.

o indemnizaciones relativas a estos préstamos y financiamiento así como cualquier otra transacción o actividad, sea comercial, industrial, financieras, profesional o de carácter similar, en las cuales un Estado entra en relación con otro, sin que quede comprometido realmente el ejercicio de su autoridad soberana⁽²²⁾.

Esta misma orientación la sigue el Proyecto de Convención Interamericana de Inmunidad de Jurisdicción de los Estados, aprobado en 1983 por el Comité Jurídico Interamericano⁽²³⁾, en el cual se plantea también la excepción a la inmunidad jurisdiccional en el caso de actividades mercantiles y comerciales, en los siguientes términos: "la realización de una determinada transacción o acto comercial o mercantil como parte del desarrollo ordinario de su comercio", agregándose también, los asuntos laborales y contratos de trabajo.

El tema tiene gran importancia en Venezuela, porque toca un principio constitucional que es el contenido en esta cláusula obligatoria; obligatoriedad que está, sin embargo, sujeta a la excepción basada en la naturaleza del contrato, en cuyo caso no se aplica el principio de la inmunidad.

Por supuesto, la discusión se ha plantado en torno al tema de la naturaleza del contrato⁽²⁴⁾; y aquí no se pueden dar fórmulas universales. A la conclusión que se ha llegado, después de interpretaciones contradictorias, es que el criterio debe incidir en la naturaleza práctica del negocio que está en juego, lo cual ha tenido particular aplicación a principio de esta década, con motivo de los contratos de empréstitos públicos y obligaciones financieras que asumía el Estado en territorio de Estados Extranjeros ⁽²⁵⁾

Por supuesto, en materia de empréstitos públicos el tema de la inmunidad jurisdiccional se ha planteado desde siempre, y ha habido toda una discusión, tanto en el derecho financiero como en el derecho internacional, sobre la naturaleza de los contratos de empréstitos. En todo caso, si se utiliza la distinción de actos de autoridad y actos de gestión (*jure imperii-jure gestione*) nadie podía afirmar que un contrato de empréstito público no sea un acto de autoridad, y no sea un contrato administrativo: más público, en cualquier sentido, que un contrato de em-

(22) Sección 3.

(23) Véase Isabel Boscán de Ruesta, *loc. cit.*, págs. 24 y sigts.; Alfredo Morales, "La inmunidad de Jurisdicción y las operaciones de crédito público" en *Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Tomo III, Caracas 1979, págs. 1701 y sigts.; y la doctrina de la Procuraduría General de la República, en *20 años de Doctrina de la Procuraduría General de la República 1962-1981*, Caracas, 1984, Tomo IV, vol. 2, págs. 169 y sigts.

(24) Véase A, Morales, *loc. cit.*, pág. 1701 y sigts.

(25) Art.10 de la Ley en *Gaceta Oficial* No. 3247 Extra de 26-8-83.

préstitos, no habría. Por ello, la solución al problema no se basa en considerar si el Estado suscribe el contrato haciendo uso de su soberanía o de sus poderes públicos, o si son o no contratos administrativos, sino en la naturaleza de las operaciones. En el caso de los empréstitos, sin duda, el Juez que pueda estar llamado a conocer de un problema judicial en relación a ellos, lo que debe conocer en realidad son cuestiones mercantiles y comerciales. Por eso, y con base en la excepción prevista en la Constitución, los contratos de empréstitos no contienen la cláusula de inmunidad de jurisdicción y por tanto, están sometidos en su ejecución que se produce además fuera del país, a las leyes y Tribunales donde se realiza la operación. Este además, es el principio aceptado en todos los países en el momento actual.

Por último, debe decirse que este principio constitucional se repite en relación a otros contratos en leyes diversas. Por ejemplo, hemos encontrado la norma repetición en la Ley sobre concesiones de obras en caso de obras viales y de transporte del año 1983 y, así mismo, está la misma exigencia de la cláusula con la misma excepción de la naturaleza del contrato, en el Decreto 1.802 del año 1983 que estableció las Condiciones Generales de Contratación en los contratos de obras públicas.

B. La cláusula Calvo

La segunda cláusula de rango constitucional y de carácter obligatorio, además de la cláusula de inmunidad jurisdiccional, por supuesto, vinculada tradicionalmente a ella en toda nuestra evolución constitucional, es la denominada en el ámbito del derecho internacional, "Cláusula Calvo", es decir, la exigencia conforme a la cual, en los contratos de interés público también se considera incorporada una cláusula que establezca que por ningún motivo ni causa la ejecución de esos contratos puede dar origen a reclamaciones extranjeras.

El origen de ésta Cláusula también se remonta a la Constitución de 1983⁽²⁶⁾ en la cual, al regularse los contratos de interés público se señaló que los mismos en ningún caso podían ser motivo de reclamaciones internacionales. Esta cláusula establecía, por tanto, la improcedencia de las reclamaciones diplomáticas de Estado extranjeros contra el Estado Venezolano, actuando aquellos Estados por cuenta de súbditos extranjeros, y partía del supuesto de que los extranjeros en el territorio del Estado Venezolano se hallan en las mismas condiciones que los nacionales, por lo que si tienen alguna reclamación deben acudir únicamente a los órganos locales cuando se puedan considerar lesionados. El objeto de la cláusula en definitiva, era impedir que las divergencias que pudieran surgir entre partes contratantes

(26) Art. 9.

en la cual una parte fuera un ciudadano extranjero, pudieran ser consideradas como de naturaleza internacional.

El origen de esta cláusula y por eso su denominación de "Cláusula Calvo", está en la exposición contenida en el libro de Carlos Calvo, *Tratado de Derecho Internacional*, editado inicialmente en 1868⁽²⁷⁾ en el cual, después de estudiar la intervención Franco-Inglesa en el Río de la Plata y la intervención Francesa en México, expresó lo siguiente: "Además de móviles políticos, las intervenciones han tenido siempre por pretexto aparente lesiones a intereses privados, reclamaciones y pedidos de indemnizaciones pecuniarias a favor de extranjeros cuya protección no era justificada la mayoría de las veces. Según el derecho internacional estricto, el cobro de créditos y la gestión de reclamaciones privadas no justifican de plano la intervención armada de los Gobiernos, y como los Estados Europeos siguen invariablemente esta regla en sus relaciones recíprocas, no hay razón para que no se la impongan también en sus relaciones con los otros Estados del nuevo mundo"⁽²⁸⁾. Incluso, la propia Cláusula Calvo influyó en la concepción de la llamada Doctrina Drago formulada en 1902 por el Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina Luis María Drago, quien ante medidas de fuerza adoptadas por Alemania, Gran Bretaña, Italia contra Venezuela formuló su tesis denegatoria del cobro compulsivo de las deudas públicas por los Estados⁽²⁹⁾.

Por supuesto, sobre la propia Cláusula Calvo se ha discutido en torno a su validez: unos han estimado que es nula porque las personas privadas no pueden contraer obligaciones que importen dejar sin efecto el derecho de su Estado de origen de protegerlas en el exterior; otros en cambio, estiman que es válida porque constituye una estipulación formal explícita entre dos partes contratantes: una parte, que la ha propuesto como condición para celebrar el contrato y, una persona privada que la acepta. Por eso hay una obligatoriedad absoluta de esta Cláusula en todo tipo de contrato de interés nacional y en particular, por supuesto, en materia de contratos de empréstitos en los cuales incluso, como se ha dicho, puede haber la excepción de la cláusula de inmunidad jurisdiccional.

C. La Cláusula de Reversión

Aparte de las dos cláusulas obligatorias generales previstas en la Constitución relativas a la inmunidad jurisdiccional y a la llamada Cláusula Calvo o de reclamaciones extranjeras, están previstas también en la propia Constitución, algunas

(27) Carlos Calvo, *Le Droit International Théorique et Pratique*, Paris, 1887.

(28) *Op. cit.*, Tomo I parágrafo 205. Cit., por L. A. Podestá Corta, *Derecho Internacional Público*, Tomo I, Buenos Aires, 1955, págs. 445 y 446.

(29) Véase en *Gaceta Oficial* No. 29577 de 6-8-71.

cláusulas obligatorias pero en relación a determinado tipo de contrato. En especial, para los contratos de concesión se prevé el principio de la reversión, particularmente en materia de concesiones mineras y de hidrocarburos.

En efecto, el artículo 103 de la Constitución establece lo siguiente:

Artículo 103.- Las tierras adquiridas con destino a la exploración de concesiones mineras, comprendidas las de hidrocarburos y demás minerales combustibles, pasarán en plena propiedad a la Nación, sin indemnización alguna, al extinguirse por cualquier causa la concesión respectiva.

Este artículo de la Constitución que establece el principio de la reversión, tuvo una enorme importancia en el proceso de pre-nacionalización petrolera que, incluso, condujo a que en 1970 se dictara la Ley sobre bienes afectos a reversión en las concesiones de hidrocarburos⁽³⁰⁾. Por supuesto, después de la nacionalización éstas concesiones de hidrocarburos no existen, pero el principio de la reversión sigue vigente en materia de concesiones mineras. En tal sentido, en la Ley de Minas⁽³¹⁾ se establece el principio de la reversión en los términos siguientes:

Art. 61.- La concesión que vuelve a poder del Estado pasa a éste libre de todo gravamen, y con todas las obras y demás mejoras permanentes que en ella hubiere, además de la maquinaria, útiles, enseres y materiales que se encuentren abandonados dentro del perímetro de la concesión”.

La reversión también se prevé, a nivel legislativo, respecto de otra serie de contratos de concesión. Por ejemplo en materia de concesiones ferrocarrileras, la Ley de Ferrocarriles de 1957⁽³²⁾ establece lo siguiente:

Artículo 9.- En caso de concesiones extinguidas por vencimiento del término de su duración, la Nación readquirirá sin pagar indemnización alguna, todos los derechos concedidos y se hará propietaria de todas las obras, material rodante, construcciones e instalaciones efectuadas durante la concesión.

Así mismo, en dicha Ley también se establece el principio de la reversión en caso de caducidad por incumplimiento de las obligaciones por parte del contratante. En este sentido, el artículo 10 establece que las obras realizadas, el material rodante y las construcciones e instalaciones efectuadas, en ese supuesto también deben pasar a ser propiedad de la Nación, “sin indemnización alguna por parte de ésta”.

(30) Véase en *Compilación Legislativa de Venezuela*, Caracas 1950, Tomo III, pág. 901.

(31) Véase en *Gaceta Oficial* No. 25425 de 7-8-57.

(32) Véase en *Gaceta Oficial* No. 1004 de 25-1-66.

La cláusula de la reversión⁽³³⁾ también está establecida expresamente en las concesiones para el aprovechamiento de los recursos hidráulicos. En este caso es la Ley Forestal de Suelos y Aguas de 1976⁽³⁴⁾, la que prevé expresamente en su artículo 95 que concluido el tiempo previsto para la concesión, “todas las obras que hubiere hecho el concesionario quedarán en beneficio de la Nación”.

El principio se establece también, con carácter general, respecto a las concesiones de servicio público municipales. En este campo, la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978, reformada en 1984, al establecer las condiciones mínimas que deben contener las concesiones de servicios públicos municipales, así como las concesiones de explotación de bienes del Municipio prevé en el artículo 13, ordinal 10, “El traspaso gratuito al Municipio libre de gravámenes de todos los bienes derechos y acciones objeto de la concesión, al extinguirse de ésta por cualquier causa”.

Por otra parte, la Ley de construcción, explotación y mantenimiento de obras viales y de transporte en régimen de concesión de 1983⁽³⁵⁾, estableció expresamente en su artículo 76 que “vencido el término de la concesión, los bienes de la concesionaria afectados a la prestación del servicio, pasarán a propiedad de la República, sin indemnización y libre de gravamen y carga”.

En esta forma, a través del principio constitucional y el desarrollo en leyes especiales que regulan la figura del contrato de concesión, puede deducirse que una de las cláusulas obligatorias en materia de concesiones es, justamente, la reversión es decir, la obligación para el concesionario de transmitir al Estado, libre de todo gravamen y en forma gratuita, los bienes afectos a la concesión una vez que ésta se extingue por cualquier causa.

D. La cláusula temporal en las concesiones.

En relación a las concesiones, también puede identificarse en el ordenamiento jurídico venezolano, otra cláusula de carácter obligatorio y que también tiene su fundamento en la Constitución. Se trata de la cláusula de temporalidad, cuyo fundamento se puede ubicar en el artículo 97 de la Constitución, que prohíbe los monopolios y agrega una norma que establece lo siguiente:

“Art. 97.- Sólo podrán otorgarse, en conformidad con la ley, concesiones con carácter de exclusividad, y por tiempo limitado *para el establecimiento y la explotación de obras y servicios de interés público*”.

(33) Véase en *Gaceta Oficial* No. 3371 Extra de 2-4-84.

(34) Véase en *Gaceta Oficial* No. 3247 Extra de 26-8-83.

(35) Véase en *Gaceta Oficial* No. 3111 Extra de 18-3-83.

Es evidente, por tanto, de acuerdo a esta norma, que dentro del régimen de la libertad económica en nuestro país y prohibido como están en la misma norma constitucional los monopolios, la única excepción respecto a obras y servicios de interés público, es la posibilidad de que el Estado otorgue, con carácter de exclusividad, concesiones para el establecimiento y explotación de los mismos, pero ello debe hacerse por tiempo limitado. De manera que la temporalidad es una característica de todas las concesiones por lo que las leyes especiales que las regulan, prevén lapsos variables, pero siempre precisos, de duración de las mismas.

En este sentido, las concesiones de servicios públicos municipales, de acuerdo al artículo 13, ordinal a) de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, sólo pueden tener un plazo máximo de veinte años; las concesiones ferrocarrileras reguladas en la Ley de Ferrocarriles, de acuerdo a su artículo 9, deben tener una duración máxima de cuarenta años; las concesiones de explotación de productos forestales reguladas en la Ley Forestal de Suelos y Aguas, conforme al artículo 68, deben tener una duración máxima de cincuenta años; y así mismo, las concesiones de obra pública previstas en la Ley de Construcción, Explotación y Mantenimiento de Obras Viales y de Transporte en Régimen de Concesión, de acuerdo al artículo 9, deben tener una duración máxima de cincuenta años. Por último, en cuanto a las concesiones para el aprovechamiento de aguas, de acuerdo a la Ley Forestal de Suelos y Aguas, artículo 92, la duración de las mismas debe ser de sesenta años máximo.

2. Cláusulas obligatorias previstas en leyes y reglamentos

Además de las cláusulas obligatorias en los contratos de la Administración que están expresamente establecidas en la Constitución o que tienen su fundamento en ella, debe destacarse que hay otra serie de cláusulas obligatorias que deben contener dichos contratos, o al menos algunos de ellos, previstas en leyes y reglamentos especiales; entre éstas deben destacarse las de inclusión de las Condiciones Generales de Contratación; las de garantías; las de denominación en moneda nacional; y las presupuestarias.

A. Cláusulas de inclusión de las condiciones generales de contratación.

El Decreto 1.802 del 20 de enero de 1983 estableció las Condiciones Generales de Contratación para la ejecución de obras⁽³⁶⁾ que deben estar contenidas en todos los contratos de obras públicas que celebren los entes públicos.

(36) Véase Luciano Lupini Bianchi y Gabriel Ruan Santos, "Consideraciones sobre las condiciones generales de Contratación para la Ejecución de Obras de la Administración Pública" en *Revista de Derecho Público*, No. 12, EJV., Caracas, 1982, págs. 5 a 21.

En efecto, el artículo 1o. de dicho decreto, establece lo siguiente:

“Artículo 1o.- Las condiciones generales de contratación a que se refiere este Decreto, *regirán* para los contratos de esa naturaleza que celebren los Ministerios, los institutos autónomos, las empresas del Estado y cualesquiera otros entes de la Administración Pública Nacional”.

De acuerdo a este artículo, por tanto, los entes públicos que celebren contratos para la ejecución de obras están obligadas a incorporar en el texto de los mismos, las condiciones generales de contratación previstas en el Decreto, y sólo dentro del mismo esquema, podrán dejar de aplicar alguno o algunos de los artículos de dicho texto, es decir, de las condiciones generales de contratación en él previstas, cuando se convengan expresamente con el contratista.

En relación a estas condiciones generales de contratación se ha discutido sobre su carácter contractual o reglamentario⁽³⁷⁾; si se admite su carácter reglamentario, es necesario concluir en que para que rijan respecto de los contratos de obras públicas no sería necesaria la adhesión expresa del contratante particular con la Administración a las referidas cláusulas generales; en cambio, si se admite su carácter contractual, debe admitirse que el hecho de que aparezcan en un Decreto las referidas cláusulas, no es más que una manifestación unilateral de voluntad de la Administración de uniformizar las normas contractuales, pero que para que rijan en los contratos resulta indispensable que sean aceptadas por los contratistas, en el documento de contrato, a los efectos de que formen parte del mismo.

El problema surge sin duda, de la propia redacción del artículo 2 del Decreto 1802 donde se establecen las condiciones generales de contratación; allí se dice expresamente “*integrarán* el instrumento contractual y por tanto, *se considerará que forman parte del contrato* los siguientes documentos: ...2) Las presentes Condiciones Generales de contratación”. De esto parecería establecerse expresamente que forman parte integrante de los contratos para la ejecución de obras, las condiciones generales de contratación. Sin embargo, en vista de que, como hemos visto, se pueden convenir en dejar de aplicar alguna o algunas de las cláusulas contenidas en el Decreto e incluso, se pueden establecer condiciones especiales de contratación parece lo más lógico atribuirle el carácter contractual a dichas cláusulas, en el sentido de que para que rijan en un contrato debe indicarse en el instrumento contractual, que forma parte del mismo, como lo exige el artículo 2.

B. Las cláusulas de garantías

En el Decreto 222 de Colombia relativo a la contratación administrativa, se

(37) Véase en *Gaceta Oficial* No. 3482 Extra de 14-12-84.

destaca el artículo 67 por el contraste con la situación venezolana relativo a la obligación de garantizar el contrato.

En esa norma, en efecto, se establece que en todo contrato se pactará expresamente la obligación del contratista de garantizar el cumplimiento de contrato; el manejo y buena inversión del anticipo que le fuere otorgado, caso en el cual la garantía debe constituirse previamente a su entrega; la estabilidad de la obra o la calidad del servicio; el pago de salario así como prestaciones sociales e indemnizaciones del personal que halla de utilizar para la ejecución del contrato; y el correcto funcionamiento de los equipos que deba asumir o instalar; agregándose, sin embargo, que la cláusula de garantía no será obligatoria en los contratos de empréstitos, en los de arrendamiento cuando la entidad pública fuere arrendataria, y en los contratos interadministrativos.

No existe, en el ordenamiento venezolano, ninguna norma legal que establezca algo similar, aún cuando es evidente que la práctica administrativa ha llevado a establecer sucesivamente la necesidad de garantizar la ejecución de los contratos, además de tener ello un apoyo indirecto en la legislación.

En efecto, puede decirse que existe una previsión indirecta de estas cláusulas de garantía, como cláusulas de carácter obligatorio en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República⁽³⁸⁾ al regular el régimen del control fiscal previo en la contratación administrativa.

En efecto, el artículo 18 de dicha Ley establece la necesidad de una aprobación previa obligatoria por parte de la Contraloría General de la República, de los contratos de adquisición de bienes o servicios y de todo contrato que implique algún compromiso financiero para la República, y precisamente, en estos casos, cuando se enumeran las atribuciones de la Contraloría, se establece que ésta debe verificar "que se hayan previsto las garantías necesarias y suficientes para responder de las obligaciones que haya asumido el contratista".

Por tanto, de esta norma puede deducirse claramente, en forma indirecta, el establecimiento como cláusula obligatoria, de la necesidad de prever garantías en todos los contratos que impliquen compromisos financieros para la República, así como en los contratos de adquisición de bienes o servicios.

Por su parte, la legislación especial ha venido también estableciendo, en las regulaciones relativas a contratos específicos, la necesidad de establecer garantías. Por ejemplo, en la Ley Forestal de Suelos y Aguas se prevé, en el artículo 4o., que

(38) Véase Allan R. Brewer-Carías, "Aspectos del Régimen Jurídico de la Moneda" *Revista de Derecho Público* No. 13, EJV, Caracas 1983, págs. 5 a 20.

quienes aspiren a tener concesiones, contratos o permisos de explotación de productos forestales, deberán constituir garantías suficientes, a juicio del Ejecutivo Nacional, para asegurar el buen cumplimiento de sus obligaciones. Por su parte la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en el ordinal 4o. del artículo 13, al establecer las condiciones mínimas en las concesiones de servicios públicos municipales o de explotación de bienes de los Municipios, se prevé que deben establecerse "garantías por parte del concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones".

En el mismo sentido, la Ley de Construcción, Explotación y Mantenimiento de Obras Viales y de Transporte en régimen de Concesión tiene una serie de normas que implican la obligatoriedad de prever garantías para la ejecución de dicho contrato. Por ejemplo, el artículo 5, cuando regula la emisión del Decreto relativo a cada concesión, se establece que el mismo debe contener, entre otros aspectos (ordinal 6), "el monto de la garantía que el proponente deberá presentar para la celebración del contrato". Asimismo, se prevé expresamente que dentro de las normas que debe contener el contrato obligatoriamente, debe estar la que establezca la determinación de las garantías (artículo 37, ordinal 4). Pero además, en el propio texto de la Ley se establecen diversas garantías que deben constituir los concesionarios, tanto para garantizar el cumplimiento del programa de ejecución de las obras previstas en la concesión (art. 42), como para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario durante la etapa de explotación (art. 51) y además, para garantizar la entrega en buen estado de la totalidad de las obras e instalaciones afectadas o destinadas a la prestación del servicio (art. 74).

En esos casos se elige del concesionario, el constituir una fianza por el monto y en los términos que establezca el Decreto de la concesión en cuanto al cumplimiento del programa de ejecución de las obras; o fianza por un monto del porcentaje que sobre el valor de la inversión en el tramo respectivo, establezca el Decreto de concesión, en el caso de la garantía para el cumplimiento de las obligaciones del concesionario de la etapa de explotación. En cuanto a la garantía de la reversión la Ley exige a la concesionaria constituir en el Banco Central de Venezuela, durante los últimos cinco (5) años de duración de la concesión, un fondo de garantía equivalente al (10%) de los gastos de inversión.

Por último, en materia de garantías debe destacarse que también las Condiciones Generales de Contratación previstas en el Decreto 1802 del 20 de enero de 1983 prevén, dentro de éstas, la fianza de fiel cumplimiento. En tal sentido, el artículo 10 del Decreto establece que "para garantizar el fiel cumplimiento de todas las obligaciones que asume según el contrato, el contratista deberá constituir previamente a la firma del mismo, una fianza otorgada por un instituto bancario o empresa de seguros, a satisfacción del ente público de acuerdo al texto elaborado por éste y hasta por la cantidad que se indique en el documento principal". Por otra parte, el artículo 85 de las referidas Cláusulas de Condiciones Generales de Contratación se refiere a las garantías laborales, y en este sentido

prevé que “En garantía del cumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivadas de la ejecución del contrato, el ente público retendrá al contratista el cinco por ciento (5%) del monto de cada valuación”.

C. Cláusula de denominación en moneda nacional.

De acuerdo a los artículos 1737 y siguiente del Código Civil y al artículo 79 de la Ley del Banco Central, no hay duda en admitir que en Venezuela pueden celebrarse contratos denominados en moneda extranjera, sea como medio o cláusula de pago o como medio o cláusula de cuenta, es decir pueden nominarse en moneda extranjera como moneda de pago o como moneda de cuenta⁽³⁹⁾. No existe, por tanto, en el ordenamiento venezolano, ninguna obligación de estipular cláusulas de pago en moneda nacional en los contratos que celebre la administración. Sin embargo, de acuerdo al artículo 96 de la Ley del Banco Central lo que si resulta una cláusula obligatoria es la cláusula en la cual, aún cuando el contrato esté denominado en moneda extranjera, debe expresarse siempre su equivalencia en bolívares.

D. Cláusulas presupuestales.

En el Decreto Ley No. 222 de Colombia se prevé una cláusula obligatoria, en el artículo 66, llamado de la “sujeción a las apropiaciones presupuestarias”, estableciéndose en ese artículo que “en todo contrato que afecte el presupuesto deberá estipularse precisamente que la entrega de las sumas de dinero a que la entidad contratante queda obligada, se subordina a las apropiaciones que de las mismas se hagan en los respectivos presupuestos. La entidad contratante se compromete a incluir las partidas necesarias de su proyecto o proyectos anuales de gastos”.

Puede decirse que en Venezuela no existe una cláusula expresa de esta naturaleza aún cuando es evidente que la misma tiene consagración indirecta en la Constitución. En efecto, el artículo 227 de nuestra Carta Fundamental establece el principio general de que “no se hará del Tesoro Nacional gasto alguno que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto”; por lo que es evidente que en todo contrato que implique un gasto deben perverse expresamente las cláusulas presupuestarias. La Ley Orgánica de Régimen Presupuestario así lo establece⁽⁴⁰⁾ y además surge también en forma indirecta de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; en ésta, en efecto, cuando se regulan los elementos que deben ser verificados por la Contraloría en el control previo de los compromisos, se establecen, en el artículo 18, los dos siguientes elementos: primero, que el

(39) Véase en *Gaceta Oficial* No. 1893 Extra de 30 de julio de 1976.

(40) Véase en *Gaceta Oficial* No. 3777 de 23-12-82.

gasto esté correctamente imputado a la correspondiente partida del Presupuesto o a créditos adicionales legalmente acordados; y segundo, que exista disponibilidad presupuestaria.

Por tanto, las llamadas Cláusulas Presupuestarias son evidentemente obligatorias en nuestro país, en virtud del mencionado principio constitucional de que no puede hacerse gasto alguno que no esté previsto en el Presupuesto, lo que implica que no podrá realizarse una contratación que implique un gasto que no esté previsto en la Ley de Presupuesto. Esto ha tenido tanta importancia, que ha conducido incluso a que la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público⁽⁴¹⁾ haya regulado la figura de la malversación tanto genérica o específica, cuando no se respetan las apropiaciones presupuestarias.

En efecto, en cuanto a la malversación genérica el artículo 60 de dicha Ley castiga con pena de prisión de 6 meses a 3 años, al funcionario que ilegalmente diere a los fondos o rentas a su cargo, una aplicación diferente a la presupuestada o destinada; y el artículo 61 de la propia Ley, pena con prisión de 1 a 3 años, al funcionario que excediéndose en las disposiciones presupuestarias y sin observancia de las previsiones legales sobre crédito público, efectúe gastos o contraiga deudas o compromisos de cualquier naturaleza que hagan procedente reclamaciones contra la República o contra una de las entidades o instituciones a las cuales se aplica dicha Ley. En este caso, solo se exceptúa de la pena cuando el funcionario, a los fines de evitar la paralización de un servicio, obtuviere la autorización del gasto por parte del Presidente de la República en Consejo de Ministros, en cuyo caso debe notificarse esta autorización a las Comisiones Permanentes de Finanzas del Congreso de la República o a la comisión Delegada.

De todas estas normas resulta claro, por tanto, que las llamadas Cláusulas Presupuestarias son no sólo obligatorias por fundamento constitucional sino que la violación de las mismas pueden acarrear sanciones de carácter penal, que se han regulado en los tipos de malversación mencionados.

(41) El artículo 16 establece que son contratos administrativos: los de la concesión de servicios públicos; los de obras públicas; los de prestación de servicios; los de suministros; los interadministrativos internos que tengan estos mismos objetos; los de explotación de bienes del Estado; los de crédito celebrados por la Compañía de Fomento Cinematográfico, los de conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo; y los que celebren instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se las considere como tratados o convenios internacionales.

III. LOS PRINCIPIOS ESPECIALES O CLAUSULAS EXORBITANTES EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

De acuerdo al citado Decreto No. 222 relativo a Normas sobre contratación de la Nación y sus Entidades descentralizadas de 1983, de la República de Colombia, los denominados "Principios Especiales" relativos a "terminación, modificación e interpretación" que deben contener "los contratos administrativos" (art. 18), vienen a ser equivalentes a lo que en la jurisprudencia y doctrina venezolanas se denominan las cláusulas exorbitantes del derecho común, consustanciales a los contratos administrativos.

Sin embargo, cuando el Decreto 222 colombiano exige que todos los contratos administrativos se rijan por esos principios especiales, es porque en su artículo 16 enumera los que se consideran como tales "contratos administrativos"⁽⁴²⁾. Nada igual sucede en Venezuela, donde no existe una enumeración legal de qué ha de entenderse por contrato administrativo, por lo que incluso hemos propuesto la revisión de la clásica distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración⁽⁴³⁾, y la adopción de una terminología que abarque ambos tipos de contratos, como contratos de la Administración.

Sin embargo, y aún en ausencia de una normativa semejante al Decreto No. 222 colombiano, que enumere o defina los contratos administrativos para fundamentar la distinción, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976⁽⁴⁴⁾ la presupone al definir la competencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa.

En efecto el artículo 42, ordinal 14 atribuye a dicha Sala competencia para:

"Conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los *contratos administrativos* en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades".

(42) Véase Allan R. Brewer-Carías, "La Evolución de la Noción de contrato administrativo" en el Libro *El Derecho Administrativo Latinoamericano*, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1978, págs. 143 a 167; y en *Libro Homenaje a Antonio Moles Caubet*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1981, Tomo I, pág. 41 a 69.

(43) Véase en *G. O.* 1893 Extra de 30-7-76.

(44) Véase por todos Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolanas*, Caracas 1964, págs. 155 a 223; Luis H. Fariás Mata, "La Teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia Venezolana", *Libro Homenaje a Antonio Moles Caubet*, cit., Tomo III, pág. 935 a 977. En cuanto a la Jurisprudencia véase Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Administrativo y Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1975*, Tomo III, Vol. 2, Caracas 1977, págs. 727 a 950.

Hasta la promulgación de esta norma, el tema de la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado había sido preocupación de la Corte Suprema, para limitar, *motu proprio*, su competencia, y trabajo de la doctrina⁽⁴⁵⁾; después de 1976, el problema es de orden legal, derivado de la necesidad de delimitación de las competencias jurisdiccionales, por lo que en todo conflicto en el cual esté envuelto un contrato de la Administración, puede decirse que inevitablemente surgirá el problema de su calificación como contrato administrativo o como contrato de derecho privado. Independientemente de los criterios que tradicionalmente manejó la doctrina, ya la Corte Suprema de Justicia ha tenido ocasión, recientemente, de insistir en los criterios de distinción. Así lo hizo, por ejemplo, en sentencia de 11 de julio de 1983, que la misma Corte acota en sentencia de 11 de agosto de ese mismo año 1983, en la siguiente forma:

“Para llegar a una clara identificación de los “contratos administrativos” al menos en nuestro derecho positivo, la Sala en la oportunidad dicha (sentencia del 11-07-83, exp. 2471) partió de los orígenes mismos de esta teoría en la jurisprudencia francesa, pionera en la materia, según la cual el criterio predominante de distinción se encontraba en la existencia de las llamadas “cláusulas exorbitantes” del derecho común en los contratos administrativos, considerando como tales las que consagraban en el convenio, a favor o aún en contra de la Administración, un régimen excepcional por comparación al Derecho privado. De esta forma, se estaría en presencia de un contrato administrativo, cuando las partes —una de las cuales es siempre la Administración— han manifestado su voluntad de sustraerse al derecho común insertando cláusulas que lo deroguen (cláusulas “exorbitantes”).”

“No obstante las ventajas de su simplicidad, que la hacían práctica, años más tarde la realidad puso a prueba esta tesis”.

“Por su parte, la jurisprudencia venezolana de la época, apartándose de la francesa en la que predominaba el criterio de las cláusulas exorbitantes para identificar los contratos de naturaleza administrativa, volvió a centrar la teoría del contrato administrativo en la noción, abandonada en Francia, del servicio público como factor clave para la identificación de dichos contratos”.

“Así, una sentencia de la Corte Federal dictada el 12 de noviembre de 1954 contiene expresiones tales como ‘interés público’, ‘prestación de utilidad pública’ que resultan premonitorias del desarrollo ulterior de la jurisprudencia extranjera y especialmente francesa. En efecto, dos años después, una decisión del Consejo de Estado francés (20-1-1956), calificó como administrativo un contrato verbal celebrado entre la Administración y los esposos Bertin, en razón de que ‘encargaba’ a dos particulares de la ‘ejecución misma del servicio público’”.

(45) Se refiere al autor, en el estudio citado en pág. 41.

“La evolución de la teoría del contrato administrativo sucintamente y el hecho evidente de su consagración legislativa en nuestro derecho positivo (Art. 43, ord. 14 L.O.C.S.J.) conducen a la Corte a concluir en la existencia de negociaciones celebradas por las administraciones públicas que están sometidas a un régimen de derecho público del cual dimanar importantes consecuencias jurídicas, siendo una de las más resaltantes, como ya se ha dicho en este fallo, el órgano de competencia jurisdiccional para conocer de los litigios que se produzcan con motivo de tales negociaciones”.

“Por esta circunstancia, no coparte la Sala el criterio del autor patrio citado por los recurrentes acerca de que ‘la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración está en la actualidad superada y ya no tiene interés jurídico’⁽⁴⁶⁾. Para la Sala, la presencia de ‘cláusula exorbitante’ en un contrato celebrado por la Administración Pública constituye índice evidente de la existencia de un contrato administrativo, pero ellas no hacen otra cosa que revelar la noción de interés general o colectivo que el servicio público entraña. En otras palabras, si bien las ‘cláusulas exorbitantes’ son importantes para identificar un contrato administrativo, no obstante ante la ausencia de éstas en una negociación pública, la noción de servicio público, que lleva implícita la de interés general o colectivo, recobra su plena y absoluta vigencia. Si se trata de una negociación de este tipo, es decir, en la cual evidencia la presencia de cláusulas que soborden el ámbito del derecho común (cláusulas exorbitantes) o en las que prive el interés del servicio público en su realización, la competencia corresponde a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. En cambio, cuando la Administración Pública celebra convenios con los particulares en un plano de igualdad frente a éstos o que no sean determinantes para la realización del servicio público, el conocimiento de los litigios que pueden derivar de ellos compete a los órganos jurisdiccionales ordinarios”.

“De allí que, antes como ahora, en nuestro derecho sigue siendo importante el contenido o la naturaleza de la negociación celebrada por la Administración para extraer el criterio diferenciador que determine el reparto jurisdiccional de competencias”⁽⁴⁷⁾.

Sin embargo, y dada la necesidad legal de establecer una distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración, debe tenerse en cuenta que, sin duda, los criterios variarán en la jurisprudencia, pues sin una enumeración rígida, como la colombiana, no será posible elaborar “el criterio”

(46) Véase en *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, No. 16, Caracas 1983, pág. 163 y 164.

(47) Véase por ejemplo las sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 9-8-84 en *Revista de Derecho Público*, EJV, No. 20 Caracas 1984, pág. 140 a 142.

diferenciador⁽⁴⁸⁾. En cuanto a las cláusulas exorbitantes o principios especiales propios de los “contratos administrativos”, en todo caso, insistimos en que éstas son de la naturaleza de los contratos administrativos, y que no tienen que estar en forma expresa en el texto contrato, como desde siempre lo tiene establecido nuestra jurisprudencia⁽⁴⁹⁾, a pesar de lo indicado en la citada sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1983 al destacar la influencia de la doctrina francesa. Por tanto, no tienen carácter contractual sino que derivan de los poderes propios de la Administración, y hasta cierto punto no son causa de que un contrato sea administrativo, sino que son el efecto de que la Administración en un momento determinado, con base en su apreciación del interés público envuelto, interprete que un contrato deben ejercerse estos poderes exorbitantes o prerrogativas que hacen, materialmente, que el contrato se convierta en “administrativo”.

Estas cláusulas exorbitantes o prerrogativas de la Administración en la ejecución de los contratos administrativos, la antigua Corte Federal las ha calificado de “facultades para adoptar decisiones ejecutivas sobre el cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos del contrato”⁽⁵⁰⁾, a las que haya que agregar la facultad de control y dirección sobre la prestación objeto del contrato y la facultad de sancionar administrativamente los incumplimientos del contratante, también correspondientes a la Administración.

1. La facultad de dirección y control.

La desigualdad jurídica en que se hallan las partes en el contrato administrativo y que está caracterizada por la situación de subordinación en que se encuentra el cocontratante de la Administración respecto a ella, trae como consecuencia la facultad de la autoridad administrativa de dirigir y controlar, inspeccionando y fiscalizando, la marcha de la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.

El cocontratante de la Administración, en cierto sentido es un colaborador de ésta en la consecución de la finalidad pública en miras de la cual se contrata. Por tanto, la Administración tiene el deber de dirigir y controlar a su cocontratante como tuteladora que es el interés general, pues éste, en fin de cuentas, persigue principalmente un interés privado al ejecutar la prestación de utilidad pública.

Pero esta facultad de la Administración no tiene la misma vigencia en todos

(48) Véase por ejemplo, la sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación de 5 de diciembre de 1945, citada en Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales..... cit.*, pág. 196.

(49) Idem.

(50) Arts. 1264 y 1271 del Código Civil.

los contratos administrativos: por ejemplo, en los contratos de empréstito público, en que el cocontratante de la Administración no realiza generalmente una prestación continua, sino por una sola vez, y en los cuales la ejecución posterior queda como obligación de la Administración de restituir, el poder de dirección y control no juega prácticamente ningún papel.

En otros casos, sin embargo, el cocontratante de la Administración debe acatar las órdenes de ésta en cuanto a la ejecución de las prestaciones a que está obligado. Así resulta, por ejemplo, de lo previsto en el Decreto No. 802 de 1983 sobre las condiciones generales de contratación en los contratos de obra pública. Allí, por ejemplo, se establece que “el ente público ejercerá el control y fiscalización de los trabajos que realice el contratista para la ejecución de la obra” (artículo 40) y se regulan detalladamente las consecuencias de la inspección de los trabajos (arts. 40 a 44) y las atribuciones del Ingeniero Inspector (arts. 45 a 52).

2. La facultad de sancionar administrativamente el incumplimiento del cocontratante.

La facultad de dirección y control conlleva la de sancionar administrativamente el incumplimiento del cocontratante a sus obligaciones contractuales, pues es la forma lógica como puede la Administración constreñir a su cocontratante al cumplimiento estricto del contrato. Representa esta facultad uno de los rasgos más característicos de la relación de subordinación en que se encuentra el cocontratante frente a la Administración.

Las sanciones que puede imponer el Estado en este respecto pueden ser pecuniarias o coercitivas. Respecto a las sanciones pecuniarias, estas están representadas por multas administrativas previstas en leyes o reglamentos.

Sin embargo, en virtud del principio general de que el incumplimiento de las obligaciones contractuales acarrea la responsabilidad por daños y perjuicios por parte del contraventor⁽⁵¹⁾, es práctica de la Administración fijar, en el momento de conclusión del contrato, el monto de los daños y perjuicios que deba pagar el cocontratante, por la inejecución de su obligación o por el retardo en la ejecución.

(51) Art. 1258 Código Civil. La cláusula penal, evidentemente, libera a la Administración de la obligación de probar los daños sufridos y su valor en dinero; por su parte, el contratista, con ella, sabe anticipadamente a cuánto alcanza la indemnización debida por incumplimiento. Véase la sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación en Sala Federal de 17 de marzo de 1951, *cit.*, en Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales...*, *cit.*, p. 198.

Entonces, en estos casos de contratos administrativos con cláusula penal⁽⁵²⁾ la Administración puede ejecutivamente pedir el cumplimiento de lo debido al cocontratante.

Cuando no se especifica nada en el contrato sobre los daños y perjuicios, la Administración no puede imponer ejecutivamente, y sin intervención de la autoridad judicial, sanciones pecuniarias por daños y perjuicios, sin incurrir en una ilegalidad. Sí puede imponer la multa administrativa por infracción de la ley cometida por el cocontratante, pero no puede imponer otra sanción no prevista, por ella.

En cuanto a la previsión de estas sanciones como cláusula penal, debe destacarse que el Decreto No. 1802 de 20 de enero de 1983 mediante el cual se dictaron las condiciones generales de contratación para la Ejecución de Obras, por ejemplo, establece que “si el contratista no comenzare los trabajos dentro del plazo estipulado en el Documento Principal o durante la prórroga si la hubiere, pagará al ente público, sin necesidad de requerimiento alguno, en concepto de cláusula penal, por cada día de retraso en el comienzo, la cantidad que se señale en el Documento Principal” (art. 18). En igual sentido, respecto del incumplimiento del plazo para la terminación de los trabajos, también se prevé la necesaria indicación de una cláusula penal representada en una cantidad por cada día de retraso (art. 93).

Pero además de las sanciones pecuniarias, la Administración puede imponer sanciones coercitivas, pero por causas más graves. Se destaca, en efecto, entre las sanciones más graves que la Administración puede imponer al incumplimiento de las obligaciones del cocontratante, la rescisión unilateral del contrato. Si es una prerrogativa, como ha sostenido la jurisprudencia, la posibilidad por parte de la Administración de rescindir un contrato administrativo, aún cuando no haya falta por parte del cocontratante, con mayor razón esa potestad es real en los casos de falta del cocontratante por incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Expresamente, sin embargo, se prevé la posibilidad de la rescisión unilateral por incumplimiento, en diversas disposiciones legales y reglamentarias. Entre estas últimas destaca, en efecto, el Decreto No. 1802 de 1983, contenido de las Condiciones Generales de contratación, y que prevé la “resolución del contrato” por “faltas del contratista”, cuando incurra entre otras, en alguna o algunas de las siguientes faltas enumeradas extensivamente en el artículo 118: ejecutar los trabajos en desacuerdo con el contrato, o efectuarlos en tal forma que no lo sea posible concluir la obra en el término señalado; haber acordado su disolución o liquida-

(52)Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales...* pág. 200; y “La facultad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos” en *Libro Homenaje a Roberto Goldschmidt*, Caracas 1967, pág. 775 a 778.

ción; haber solicitado que se le declare judicialmente el estado de atraso o de quiebra, o cuando alguna de esas circunstancias haya sido declarada judicialmente; haber cedido o traspasado el contrato sin autorización del ente público dada por escrito; etc.

3. La facultad de modificar unilateralmente el contrato.

Ya hemos indicado que la jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema reconoce a la Administración el derecho de modificar unilateralmente los contratos administrativos, cambiando la extensión de las prestaciones a efectuar por el cocontratante⁽⁵³⁾.

Esta facultad tiene su fundamento en la finalidad que constituye la naturaleza del contrato: la Administración debe amoldar su acción y las de sus colaboradores a las exigencias cambiantes del interés público; por tanto puede imponer obligaciones nuevas, no previstas originalmente, al cocontratante.

Pero esta facultad de modificación unilateral, en vista del interés público que corresponde a la Administración, tiene en ciertos casos una contrapartida en el interés privado, pero también legítimo, del cocontratante. Esta contraprestación es el derecho de este último a una indemnización, cuando la modificación impuesta por la Administración afecta lo que la Corte denomina “ecuación económica del contrato” o “equilibrio financiero” del mismo. Sobre el derecho de indemnización del cocontratante por ruptura del equilibrio financiero del contrato hablaremos más adelante.

En esta materia también deben destacarse las regulaciones del Decreto 1802 de 1983 contentivo de las Condiciones Generales de contratación en los contratos de obras públicas, cuyo artículo 59 regula los llamados “aumentos” de obra, por modificaciones de la obra autorizada por el ente público, y cuyo artículo 62 regula las obras adicionales (extras, complementarias o nuevas), derivadas, entre otras, de modificaciones ordenadas por el ente público, y que deben ser pagadas por la Administración.

4. La facultad de rescisión unilateral del contrato.

Ha expresado la antigua Corte Federal que “en el campo de acción de los contratos administrativos, y aunque no conste en las cláusulas de la convención, la rescisión unilateral de ellos, cuando así lo demandan los intereses generales y públicos, es una facultad que la Administración no puede enajenar ni renunciar; y así, conforme lo decidió la Corte Federal y de Casación, hoy extinguida, en sen-

(53) Véase las citas en Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales...* cit., pág. 201.

tencia de fecha 5 de diciembre de 1945, en esos contratos administrativos, por cuanto en ellos va envuelto el interés general, el particular contratista no puede oponer a la Administración la regla *inadpleti non est adimpledum*⁽⁵⁴⁾.

Por otra parte, aún en el caso de que una cláusula del contrato establezca que el incumplimiento por parte del cocontratante de una cualquiera de las cláusulas que se estipulan en el contrato da derecho a la Administración para demandar judicialmente la resolución del mismo, la Administración puede también rescindir unilateralmente el contrato. Esta cláusula sólo consignaría, a mayor abundamiento, el derecho que en todo caso asiste a la Administración para pedir judicialmente, si así lo creyere conveniente, conforme al artículo 1167 del Código Civil, la resolución del contrato en caso de incumplimiento del mismo por parte del cocontratante, pues, al lado de ese derecho, queda siempre incólume la facultad de la Administración, conforme a lo expresado, de rescindir unilateralmente el contrato administrativo sin incurrir en violación de éste ni exponerse a ilegalidad en el acto administrativo que dicta la ejecución.

En definitiva, la facultad de rescindir unilateralmente el contrato administrativo es consecuencia inmediata del carácter de subordinación de la relación jurídica, que crea el contrato como resultado del fin perseguido. Esta facultad es, quizás, una de las características más originales de la Teoría de los Contratos Administrativos, ya que contradice de una manera radical los principios fundamentales del Derecho privado en materia contractual. Por otra parte, la facultad es tan inherente al contrato administrativo que la Administración no podría renunciar a ella ni enajenarla.

Esta facultad de rescindir unilateralmente el contrato administrativo puede utilizarla la Administración, haya falta o no del cocontratante. Es decir, puede ser utilizada por la Administración como sanción al incumplimiento del cocontratante a sus obligaciones contractuales, sobre lo cual ya hemos hablado. En este caso, cuando de parte del cocontratante hay una falta, la rescisión unilateral del contrato por parte de la Administración no produce derecho de indemnización en favor del cocontratante de ésta: él ha incumplido y justamente ha sido sancionado.

Pero la facultad de rescindir unilateralmente el contrato administrativo es un derecho inherente a la función administrativa aún cuando la Administración lo ejerza sin falta alguna por parte del cocontratante, sino en atención a las exigencias cambiantes del interés público o general.

Pero en este último sentido ha establecido la Corte Suprema que la facultad de la Administración para rescindir unilateralmente el contrato, cuando así lo exija el

(54) *Idem*. pág. 203.

interés general, i
tante cuando pa
indemnización e
de utilidad públic

de una manera absoluta, de indemnizar al cocontra-
su culpa, se han derivado perjuicios de la rescisión. La
como cuando se trata de una expropiación por causa
s lo conforme con la justicia y la equidad⁽⁵⁵⁾.

Esta figura de la rescisión unilateral de los contratos, similar a los casos, por ejemplo, de rescate anticipado de la concesión de las concesiones de obra pública previstas en la Ley respectiva (arts. 79 y 80) y en cuanto a las concesiones municipales de servicios públicos o explotación de bienes en el artículo 13 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, está regulada con carácter general en el Decreto No. 1802 de 1983 sobre Condiciones Generales de Contratación en los contratos de obra pública. En efecto, el artículo 115 del Decreto establece con carácter general que "el ente público podrá desistir en cualquier momento de la construcción de la obra, aún cuando ésta hubiere sido comenzada y aunque no haya mediado falta del contratista": en cuyo caso, conforme al artículo 1161, el ente público debe pagar el contratista no sólo el valor de la obra ejecutada y de los materiales y equipos que hubiere adquirido para la obra, sino una indemnización conforme a unos porcentajes expresamente previstos.

5. La facultad de tomar decisiones ejecutivas respecto a la inteligencia del contrato.

La antigua Corte Federal desde 1954 ha sostenido la facultad, por parte de la Administración, de tomar decisiones ejecutivas respecto a la inteligencia del contrato, es decir, respecto a la interpretación del mismo⁽⁵⁶⁾. Y ciertamente, si se tiene en cuenta que el contrato obliga al cocontratante, no solamente a cumplir lo expresado en él, sino a cumplir todas las consecuencias derivadas de las exigencias de la utilidad o interés público general ó de la finalidad de servicio público, fácil es comprender la facultad de la Administración de tomar decisiones ejecutivas respecto a la interpretación del contrato y el alcance de las obligaciones del contratante.

Esta facultad, sin embargo, no será normalmente regulada en forma expresa. Por ejemplo, en el Decreto No. 1802 de 1983, sobre las Condiciones Generales de Contratación en los contratos de obra pública lo que prevé para aclarar al contenido del Documento Principal del contrato o para determinar cualquier otra circunstancia no prevista en ellos, es la posibilidad de que el ente público y el contratista celebren acuerdos o convenios con tal fin (art. 4); sin embargo, si con motivo de la inspección del contrato surgen divergencias de opinión entre las partes, el ente público tiene la potestad de decidir en forma razonada sobre la interpretación concreta del contrato (art. 51).

(55) *Idem.* pág. 203.

(56) *Idem.* pág. 203

IV. CONCLUSION

De la exposición anterior creo que podemos convenir en que la construcción de estos principios especiales y cláusulas obligatorias en la contratación administrativa, puede hacerse en los regímenes jurídicos actuales contemporáneos, con o sin cuerpo normativo global que las consagre. En el caso venezolano, justamente en ausencia de un cuerpo normativo, desde la Constitución hasta Decretos reglamentarios nos permiten construir los principios especiales o cláusulas exorbitantes en los contratos así como las cláusulas obligatorias, y que depende de la fuente normativa que las consagre. En efecto, ¿qué pasa cuando una cláusula obligatoria no está en el contrato? Si se trata de una cláusula obligatoria prevista en la Constitución como por ejemplo, la de inmunidad jurisdiccional, la cláusula Calvo, la de reversión y la de temporalidad y se suscribe un contrato contrario a alguna de estas cláusulas, el contrato será nulo, de nulidad absoluta, por violación de la Constitución. Si se trata de otras de las cláusulas obligatorias que hemos mencionado previstas en leyes y decretos, en realidad, son obligaciones para los funcionarios que suscriben los contratos.

Por ejemplo, la omisión de un contrato de obras públicas de incorporar expresamente las Condiciones Generales de Contratación, la omisión en un contrato de ciertas otras cláusulas que aparecen como obligatorias en la legislación, como la de denominación en moneda nacional, o las mismas aprobaciones presupuestarias, ¿qué efectos tiene? Sin duda no es el de la nulidad absoluta.

Podría plantearse la anulabilidad si afectan elementos esenciales del contrato; pero en general, la no existencia de dichas cláusulas no produce efectos jurídicos sobre el contrato, y lo que sí daría lugar sería a responsabilidades y sanciones disciplinarias y administrativas.

Por ejemplo, en materia presupuestaria, en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República no se consagra el control de este organismo como requisito de validez del contrato, sino como una condición para su ejecución. Sin embargo, si aún sin control previo este se ejecuta, el efecto se concentra en la responsabilidad de los funcionarios y las sanciones a estos pero no inciden sobre el contrato en sí. En cambio, sí quedaría afectado el contrato, en caso de que por alguna razón, contengan cláusulas contrarias a las obligatorias que están en la Constitución.

Y en cuanto al tema de los llamados principios especiales, en nuestro criterio, en realidad, no son cláusulas en sentido estricto, a pesar de que las calificuemos en la jurisprudencia y la doctrina, como las "cláusulas exorbitantes". Realmente, no pertenecen a los elementos contractuales del acuerdo, sino que son poderes de la Administración que, justamente, la doctrina ha señalado que como tales poderes, no requieren estar expresos en el contrato y pueden ser utilizados por la

Allan R. Brewer-Carías

Administración para vigilar la ejecución del contrato en los casos en que, por supuesto, se estime que se trata de un contrato administrativo.

V

**El régimen municipal
y bases para su reforma**

SUMARIO: I. *El Municipio en la Organización del Estado.*- 1. *Venezuela como Estado Federal.* 2. *El sistema de distribución vertical del poder.* A. *El Poder Público Nacional.* B. *El Poder Público de los Estados (Estatal).* C. *El Poder Público Municipal.*- II. *El Municipio en la Constitución.*- 1. *La autonomía municipal.* A. *Autonomía política.* B. *Autonomía normativa.* C. *Autonomía tributaria.* D. *Autonomía administrativa.* 2. *Las competencias municipales propias de la vida local.* 3. *La organización municipal.* A. *La ausencia de autonomía organizativa.* B. *Los principios constitucionales y su inejecución.* C. *El uniformismo municipal.* 4. *El autogobierno local.* III.- *Las Diversas Entidades Territoriales Locales.*- 1. *Los Municipios.* A. *Creación y fusión.* a. *Requisitos.* b. *Iniciativa.* B. *Extinción.* 2. *Los Distritos Metropolitanos.* A. *Creación y fusión.* B. *Competencias.* 3. *Las Mancomunidades.* IV. *Bases para la Reforma del Régimen Municipal.* 1. *La superación de la artificial base de población.* 2. *La superación del uniformismo en el Régimen Organizativo Municipal.* 3. *La superación del Régimen Colegiado de Gobierno y Administración Local.* 4. *La superación del uniformismo en la configuración de las entidades locales.* 5. *La superación del uniformismo del sistema electoral de representación proporcional.* 6. *Conclusión.*

La República de Venezuela es un Estado Federal, peculiar, como en realidad lo son todos los Estados federales, ya que ni hay una federación perfecta, ni existe un tipo único de federación. En este sentido, la Constitución venezolana de 1961 prescribe que "Venezuela es un Estado Federal en los términos que establece esta Constitución" (art. 2o.). La Federación venezolana, por tanto, responde a los propios términos previstos en el texto fundamental, contradictorios hasta cierto punto, pues si se analiza toda la estructura constitucional del Estado, resulta que en realidad se trata de un Estado centralizado.

La Constitución regula así, una federación centralizada, y ello sin duda, se configura como una contradicción *in terminis*, porque toda federación debería responder a un esquema de descentralización política. Esta situación, por supuesto, es producto de una larga evolución, a través de la cual la forma federal siempre ha estado a la base de las instituciones estatales venezolanas.

La Constitución de 1811 estructuró una confederación, pues era la figura constitucional de la cual se disponía en ese momento histórico, para integrar políticamente a las Provincias de la Capitanía General de Venezuela al momento de la Independencia. Por su parte, la Constitución de 1830, la primera que se dictó después de la separación de Venezuela de la Gran Colombia, es una Constitución que se denominó Centro-Federal, y fue producto de un pacto de las fuerzas políticas centrífugas y centrípetas que actuaron en nuestros países, sobre todo en el siglo pasado. Al amparo de esta Constitución se comenzó a desarrollar un poder central importante, hasta el punto de que la Constitución de 1857, puede considerarse como la primera reacción centralista contra la federación, y pretendió sustituirla

con una institución que se ha considerado como un fenómeno peculiar en América Latina, el llamado Poder Municipal. Esta Constitución es de las pocas de América Latina que utiliza ese término. Poder Municipal, con el cual se buscó la eliminación de las Provincias.

Esta reacción centralista contra la federación condujo, sin duda, al calor de otros problemas sociales, a las guerras federales, pues al año siguiente (1858) se volvió a cambiar la Constitución, con un mayor acento federalista. Las guerras federales culminaron en 1863, con el establecimiento, ya definitivo, de un Estado con todo el esquema formal de un Estado federal, que luego se ha venido desarrollando con tendencias centralistas, hasta el esquema peculiar que destacábamos en la Constitución de 1961, de una federación "en los términos que la Constitución consagra".

En toda la evolución política de Venezuela puede decirse que hay una constante, y esa es la lucha permanente, más acentuada en el siglo pasado que durante el presente siglo, entre centralismo y federalismo, entre disgregación e integración, entre las fuerzas políticas centrífugas y centrípetas, que ha conducido a la figura actual, de una federación centralista, contradictoria, porque lo es formalmente federal resulta en el texto mismo de la Constitución, con instituciones centralistas.

2. El sistema de distribución vertical del poder.

En todo caso, aunque sea una figura contradictoria, la federación en Venezuela está montada sobre un sistema de distribución vertical del poder, es decir, sobre un sistema de descentralización político-territorial del Poder Público en tres niveles: nacional, estatal y municipal.

A. El Poder Público Nacional

El Poder Público en el nivel nacional, que inclusive ya no se llama "federal", como sucedió hasta 1953, sino que se llama simplemente Poder Nacional, corresponde a una persona jurídica territorial que es la República, así denominada en la Constitución. En el texto fundamental, el término "República" tiene dos connotaciones: una, la "República de Venezuela" como Estado en su globalidad, titular del Poder Público; otra, en el ángulo de la distribución vertical del poder, la "República" a secas, como la persona jurídico-pública territorial nacional.

B. El Poder Público de los Estados (Estatal).

Existe un segundo nivel de distribución del Poder Público que es el nivel estatal, conformado por veinte Estados, un Distrito Federal, dos Territorios Federales y las Dependencias Federales, que conforman la Federación. Los Estados están configurados como personas jurídico-públicas en pie de igualdad política, con au-

tonomía; aun cuando por el proceso centralizador señalado se haya producido un vaciamiento progresivo de competencias propias en este segundo nivel, en beneficio del nivel nacional.

En Venezuela los Estados son, sin duda, autónomos y con una gran autonomía propia de un sistema federal; sin embargo, esa autonomía es inútil e inocua, porque le hemos venido quitando la materia (competencias) sobre las cuales desarrollarse, incluso, Venezuela conserva dentro de los sistemas federales, el esquema clásico de distribución de competencias según el cual, las competencias residuales están en el segundo nivel, el nivel estatal, pues las competencias nacionales (primer nivel) y las competencias municipales, en el tercer nivel, deben ser de carácter expreso. Por tanto, todo lo que no se asigne al Poder Nacional y al Poder Municipal, corresponde al Poder Estatal, es decir, a los Estados de la Federación. Sin embargo, es tan extensa la enumeración de las competencias nacionales y municipales que, como residuo, ha quedado muy poco. Debido a esto, los Estados tienen una competencia residual, materialmente sin residuo efectivo, por lo que progresivamente se han venido configurando como instituciones político territoriales sin competencias reales.

Esto ha conducido a la situación actual de que además de no tener mayores competencias precisas, a pesar de los esfuerzos que se hacen ahora por encontrar y definir las, los Estados dependen totalmente desde el punto de vista financiero del Poder Nacional, a través de una partida del Presupuesto Nacional, que se denomina "Situado Constitucional", equivalente al 15 por ciento de los ingresos ordinarios y que se reparte entre los Estados, el Distrito Federal y los Territorios Federales. Hasta cierto punto es un mecanismo de devolución a los Estados de ingresos tributarios que antes tenían. Así, a través del Situado Constitucional, se redistribuye parte de los impuestos nacionales, hacia su fuente originaria que eran los Estados.

C. El Poder Público Municipal

El tercer nivel de descentralización político-territorial, además del nivel nacional y del nivel estatal, es el nivel municipal. Se trata de un tercer nivel de distribución vertical del Poder Público, por lo que hasta cierto punto, en el régimen constitucional actual, se trata de un vestigio de aquel esquema que algunos han considerado imperfecto y a veces vacío de la Constitución de 1857, que hablaba del Poder Municipal. Lo cierto es que a pesar de todo el tiempo que ha transcurrido, la Constitución sigue hablando de que hay un Poder Nacional, un Poder de los Estados y un Poder Municipal.

En esta forma, el Municipio en nuestro país, es partícipe del Poder Público en este sistema de distribución vertical del poder que trae la Constitución. No se trata de una simple demarcación administrativa dentro de la estructura del Estado. No es sólo una administración más dentro de una Administración unitaria; sino que es

un nivel político-territorial, con una Administración pública municipal propia, que ejerce una cuota-parte del Poder Público en el sistema de distribución vertical del poder. El Poder Municipal, en definitiva, es una de las ramas del Poder Público en el contexto del artículo 118 de la Constitución.

En todo caso, el esquema de nuestra federación centralista es un sistema de división político-territorial en tres niveles, con tres conjuntos de personas jurídicas —la República, los Estados y los Municipios—, teniendo cada una su autonomía, precisamente establecidas en la Constitución; sus competencias, unas con más, otras con menos, y en el nivel intermedio, con competencias residuales casi inexistentes; su propio sistema de gobierno democrático, pues hay autoridades electas en los tres niveles; y sus recursos propios, incluso los derivados de las potestades tributarias. En esta materia, sin embargo, debe destacarse en el nivel intermedio, el proceso de vaciamiento de competencias y de atracción por el nivel nacional y el nivel municipal, de lo que otrora fueron competencias tributarias de los Estados de la Federación.

En todo caso, el Municipio, en nuestro país, se enmarca dentro de ese sistema de Federación centralizada, aún cuando sin haber sufrido los efectos del centralismo, en la forma como lo han sufrido los Estados de la Federación.

II. El Municipio en la Constitución.

El Municipio es definido en la Constitución como “la unidad política, primaria y autónoma en la organización nacional” (artículo 25). En esta forma el Municipio se concibe, ante todo, como una unidad política; por ello señalábamos que se trata del nivel menor, territorialmente, del sistema de distribución vertical del poder, que participa y ejerce una rama del Poder Público en el nivel local.

El Municipio así, es parte del sistema de organización política del Estado y es además, una unidad primaria, lo cual significa que debe estar más cerca del ciudadano, como el instrumento por excelencia, de participación política.

Por otra parte, se trata de una entidad autónoma, lo que implica que en sus competencias propias no hay injerencia de los otros niveles. En esta forma es, en nuestro país, una entidad política descentralizada, que forma parte de la división político-territorial del Estado, con personalidad jurídica propia, carácter autónomo, competencias propias, y un autogobierno de base democrática.

Ahora bien, ¿cómo se caracteriza el Municipio en la Constitución? Ello se establece analizando cuatro aspectos: en primer lugar, la autonomía y lo que esto significa en la Constitución venezolana; en segundo lugar, las competencias que se atribuyen al Municipio, lo cual es importante ya que autonomía sin competencia es autonomía inútil; en tercer lugar, la organización que se le da a la institución

municipal; y, en cuarto lugar, las bases del sistema de autogobierno municipal que consagra la Constitución.

1. La autonomía municipal.

En cuanto al primer aspecto, la autonomía, no sólo la Constitución dice que el Municipio es “la unidad política primaria y autónoma” dentro de la organización nacional, sino que luego destina un artículo, el 39 en el cual se prescribe que la autonomía del Municipio comprende la elección de sus propias autoridades; la libre gestión en las materias de su competencia, y la creación, recaudación e inversión de sus propios ingresos.

Esta enumeración, sin duda, le da a la autonomía municipal en Venezuela, una amplitud considerable que abarca una autonomía política, normativa, tributaria y administrativa.

A. Autonomía política

En primer lugar, está la autonomía política que es la que da origen al autogobierno, y que implica la elección de sus autoridades a través de mecanismos que la Constitución exige que sean siempre de carácter democrático. Por eso, en la Constitución venezolana no se concibe el Municipio sin su autonomía, políticamente hablando, es decir, sin su carácter democrático representativo, lo que conduce a que sus autoridades o representantes, que la Ley identifica en los Consejos Municipales en número variable según la población, sean electos por votación universal, directa y secreta y, con representación proporcional de las minorías (art. 3 de la Ley Orgánica del Sufragio).

B. Autonomía normativa

En segundo lugar, los Municipios tienen autonomía normativa, es decir, se dictan su propio ordenamiento en las materias de su competencia. Por ello, las ordenanzas municipales, en nuestro país, tienen carácter de leyes locales y así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde hace ya cuatro décadas. Es decir, las normas que los Consejos Municipales producen, tienen carácter de ley en relación, por supuesto, con las materias propias de la competencia municipal. De lo contrario no se entendería, por ejemplo, cómo mediante ellas se pueden establecer impuestos, lo cual está reservado a la ley (art. 224 de la Constitución). Esta competencia normativa, además se ejerce con entera autonomía, en el sentido de que no está sujeta a la Ley Nacional o Estatal en las materias que sean propiamente municipales y donde no haya concurrencia, y solo está sujeta al control jurisdiccional conforme lo dispone el artículo 29 de la Constitución.

Ahora bien, la Constitución establece en algunos casos, materias en las cuales hay concurrencia de competencias entre los diversos niveles, y en estos casos, co-

responde a la Ley Nacional establecer el ámbito que corresponde a cada nivel. Sin embargo, en las materias propias de la vida local, donde no hay concurrencia, el Municipio es enteramente autónomo y las ordenanzas son dictadas sin sujeción a la norma nacional, porque ésta no puede invadir las competencias municipales.

Ha sido muy frecuente la participación de la Corte Suprema de Justicia, frente a ordenanzas municipales y leyes nacionales, tanto denunciadas por los Municipios como por el Poder Nacional, en el sentido de que se considera que hay invasión de competencias o usurpación de funciones, cuando un órgano del Poder Municipal invade competencias de un órgano del Poder Nacional y viceversa. La Corte Suprema tiene una extensa jurisprudencia donde delimita las competencias en los casos de conflicto.

C. Autonomía tributaria

Pero además de la autonomía política y normativa, el Municipio tiene autonomía tributaria, en el sentido de que en la Constitución se prevén sus tributos propios. Por tanto, podemos señalar que así como los órganos del Poder Nacional tienen una potestad tributaria originaria, también los Municipios tienen una potestad tributaria originaria. Es la Constitución la que establece cuáles tributos son nacionales y cuáles son municipales, y éstos son desarrollados por los propios Municipios en sus propias ordenanzas, no pudiendo el Poder Nacional intervenir en estas regulaciones tributarias locales. En esta forma, el artículo 31 del texto fundamental, por ejemplo, establece, como ingresos municipales, “las patentes sobre industria, comercio y vehículos y los impuestos sobre inmuebles urbanos y espectáculos públicos”, los cuales son regulados con entera autonomía, en cada Municipio, en sus respectivas Ordenanzas, con las limitaciones previstas en el artículo 18 del texto fundamental. Además, la Constitución prevé la posibilidad de que pueda haber transferencia de ciertos tributos nacionales hacia el nivel municipal (art. 137).

Contrasta esta potestad tributaria originaria de los Municipios, con la situación señalada del nivel intermedio, de los Estados, donde no está directamente consagrada la competencia tributaria originaria, por el peculiar sistema de distribución de competencias en la Constitución.

D. Autonomía administrativa.

Además de la autonomía política, normativa y tributaria, los Municipios tienen por supuesto, también, una autonomía administrativa. El artículo 29 de la Constitución habla de la libre gestión de las materias de su competencia lo que implica no sólo autonormación, sino también autoadministración y, por lo tanto, la posibilidad de invertir los ingresos municipales en la forma como lo juzguen conveniente, sin intervención alguna del Poder Nacional o del Poder Estatal.

Podríamos señalar, sin embargo, que una limitación a esta libre gestión sólo se

podría deducir del sistema del Situado Constitucional, en cuanto a los ingresos del Municipio provenientes del Situado que se asignan a los Estados y que éstos, a su vez, deben transferir en un porcentaje, a los Municipios. En este caso, la Ley nacional de coordinación de la inversión del Situado Constitucional con los planes administrativos desarrollados por el Poder Nacional, ha establecido limitaciones a la inversión por los municipios de esta parte que reciben como ingreso del Situado Constitucional, al exigir que una parte de ello lo deben invertir coordinadamente con planes desarrollados por los Estados.

2. Las competencias municipales propias de la vida local

Ahora bien, toda esta autonomía política, normativa, tributaria y administrativa no tendría sentido, si no hay una asignación de competencias propias al Municipio para que aquella sea ejercida. Es por ello que la Constitución, directamente consagra las competencias municipales y las enumera en su artículo 30, aun cuando con carácter enunciativo lo que se evidencia de dos expresiones que se utilizan en el artículo 30. En efecto, la Constitución establece como competencia de los municipios, las *materias propias de la vida local*, y agrega además, que éstos tienen la libre gestión de los *intereses peculiares de la entidad*. La Constitución entonces, utiliza estas dos expresiones (intereses peculiares de la entidad, materias propias de la vida local) y luego, agrega, "tales como" y enumera: urbanismo, cultura, salubridad, circulación, asistencia social, abastos, turismo, institutos populares de crédito y policía municipal. Estas son materias propias de la vida local, que incumben a intereses propios de la entidad, pero que se enuncian pura y simplemente, sin carácter restrictivo. El enunciado sobre las competencias municipales, sin duda, es bastante amplio, pero ello no significa que en todos los casos, la competencia sea exclusiva del Municipio, pues, en otras partes del texto constitucional se regulan casi todas esas competencias en forma concurrente, de manera que también al Poder Nacional se le asignan ciertas competencias en materia de urbanismo (art. 136, ord. 14), transporte (art. 136, ord. 20), cultura (art. 136, ord. 24), salud (art. 136, ord. 17), policía (art. 136, ord. 5), turismo (art. 136 ord. 24) e institutos de crédito (art. 136, ord. 24).

En esta forma, con gran frecuencia, las competencias municipales inciden en áreas concurrentes de competencias que el Poder Nacional tiene, también en virtud de la Constitución. Esto trae como consecuencia que para determinar con precisión la competencia municipal, sea necesario que una Ley nacional con claridad hasta dónde llega la competencia nacional, y hasta dónde la local, en estas áreas concurrentes.

No siempre se han dictado estas leyes, y las que se han dictado no necesariamente han sido en un todo, acordes con la Constitución, por que en más de una ocasión ha habido un exceso del Poder Nacional en la regulación de las competencias, por lo que también, en más de una ocasión, la Corte Suprema de Justicia ha intervenido, sobre todo anulando normas nacionales que han invadido las compe-

tencias municipales o han hecho nugatorias estas competencias, a través de una extensión excesiva de las mismas en el nivel nacional.

En el año 1978 se dictó la Ley Orgánica de Régimen Municipal que exigía la Constitución, y a la cual nos referiremos más adelante. Sin embargo, aquí solo queremos hacer mención a un aspecto, y es el de su incidencia en el problema de las competencias municipales. En efecto, esta Ley tiene una clara tendencia centralista, como ha sido la tradición legislativa en el país, y si bien estableció una enumeración aún más amplia de las competencias municipales, previó una restricción a ellas al señalar en el artículo 7, primer aparte, que buena parte de esas competencias, debían ejercerse en la forma como se estableciera en la legislación nacional. Hemos sostenido que esta norma es inconstitucional porque si la Constitución no establece sujeción de las competencias locales a lo previsto en las leyes nacionales, no puede una ley nacional establecer una sujeción, y si lo hace, como sucede en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, dicha norma sería inconstitucional.

Además, la Ley incurre en una nacionalización de competencias locales, sobre todo en materia de servicios públicos, al establecer que cuando un servicio municipal se preste en más de una jurisdicción municipal por una sola entidad o empresa, o cuando requiera instalaciones en más de una jurisdicción municipal, se considera que la competencia respecto de dicho servicio es nacional (art. 7, último aparte): Esto, en nuestro criterio, es también inconstitucional, porque no hay en la Constitución previsión alguna para que se nacionalice un servicio municipal, por el hecho de que lo preste, por ejemplo, una empresa pública en más de una jurisdicción municipal.

En todo caso, lo que debemos aquí destacar es que frente a una enumeración constitucional muy amplia de la competencia municipal, la concurrencia que la misma Constitución establece, exige que se dicten una serie de leyes, para deslindar esas competencias. No siempre éstas se han dictado, con lo cual hay una zona fronteriza que origina conflictos. Sin embargo, frente a esta situación, la Ley Orgánica de Régimen Municipal, lejos de dilucidar los ámbitos de competencia y reforzar al Municipio, lo que ha hecho es limitarlo, nacionalizando algunas de las competencias locales y limitando el ejercicio de otras, lesionando la autonomía municipal.

3. La organización municipal

A. La ausencia de autonomía organizativa

El tercer elemento que caracteriza al Municipio en la Constitución, está conformado por los principios de organización que el texto fundamental establece. En esta materia debemos indicar, de entrada, que en el régimen constitucional de los Municipios, si bien la autonomía municipal es política, normativa, tributaria y

administrativa, sin embargo, no está prevista una autonomía organizativa.

El Municipio no es totalmente libre para organizarse a sí mismo; y al contrario, la Constitución establece (art. 26) un principio de sujeción de la organización municipal, primero, a lo que disponga la Ley Orgánica Nacional que es la Ley Orgánica de Régimen Municipal, al desarrollar los principios constitucionales, y segundo, a lo que desarrollen las leyes dictadas por las Asambleas Legislativas de los Estados de la Federación, en materia municipal. Con ello la Constitución, en materia de organización definió con precisión una jerarquía de las fuentes: la Constitución y los principios de organización que ella establece; las leyes nacionales que desarrollen esos principios, y las leyes de los Estados, que en cada Estado de la Federación, deben desarrollar los principios de organización municipal conforme a los cuales, los municipios de cada Estado deben organizarse.

B. Los principios constitucionales y su inejecución.

La Constitución establece en esta forma, una serie de principios de organización de los Municipios que, sin embargo, no han sido llevados a la práctica todavía. En efecto, ante todo debe señalarse que la Constitución, luego de prever todo un Capítulo (Cap. IV del Título I) destinado al Municipio, en la Disposición Transitoria Primera dispuso que hasta tanto se dictara la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que se dictó 17 años después de la sanción de la Constitución, debía seguir en vigencia el régimen y organización municipal de la Constitución anterior (1953), régimen que era el mismo que venía desde el año 1904, es decir, un régimen municipal propio de una dictadura, primero, la dictadura de Castro-Gómez a principios de siglo, y luego, la de Pérez Jiménez hasta 1958. Ese régimen previó la existencia, no del Municipio, sino del Distrito Autónomo, que es la figura que transitoriamente aún subsiste.

En esta forma, la Constitución estableció un Municipio democrático, pero por la Disposición Transitoria Primera señaló que la estructura local iba a regirse transitoriamente por el régimen anterior a su vigencia, hasta tanto se dictará la Ley nacional. Hasta 1978, por tanto, el Municipio siguió sin existir en Venezuela, y sólo existieron los Distritos Autónomos. Pero esta Ley, en materia organizativa, de nuevo estableció una Disposición Transitoria (art. 163) que permitió la supervivencia del Distrito Autónomo hasta que los Estados no modificaran su división territorial, aun cuando obligaba a que durante el primer período constitucional de su vigencia (1979-1984), los Estados de la Federación debían dictar una serie de normas, para adoptar la organización municipal transitoria del Distrito Autónomo, a la prevista en la Constitución y en la propia Ley Orgánica de Régimen Municipal. Las Asambleas Legislativas salvo el caso aislado del Estado Monagas, durante el período constitucional (1979-1984) no ejecutaron realmente los principios de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, por lo que a comienzos de 1984, la República aún no contaba con Municipios, sino con los transitorios Distritos Autónomos.

C. El uniformismo municipal.

Por otra parte, aún en la regulación del Municipio inexistente, la Ley Orgánica Nacional, en materia de organización municipal, ha ejecutado en forma incompleta y deficiente las previsiones constitucionales, lo cual se agrava con el mencionado régimen transitorio y provisional, que ha permitido que pervivan instituciones anteriores. Por eso, cuando se analiza la organización municipal en la actualidad, nos encontramos con que está lejos de establecer, como la pauta la Constitución (art. 27), regímenes diferentes para los Municipios según su actuación geográfica, su población, su desarrollo, su carácter urbano, o su carácter rural, etc.; y al contrario, se aprecia un esquema municipal absolutamente uniforme. Por lo demás, este uniformismo realmente intolerable en la organización municipal, proviene de una tradición que se remonta a comienzos de siglo.

Por ejemplo, la Ley establece una base única de población para que existan los Municipios, de 12.000 habitantes (art. 15), que ha sido ampliamente criticada. Estimamos que nada autoriza, en la estructura territorial y de la población de Venezuela, a prescribir que el Municipio solo existe cuando exista un territorio con 12.000 habitantes y un centro poblado de 2.500 habitantes (artículo 15, ord. 1o. y 3o.). Al dictarse la Ley Orgánica en 1978, lamentablemente no se hicieron estudios previos poblacionales ni geográficos, serios.

Pero como se dijo, aún sobre la base de este requisito uniforme y rígido de población, el mismo aún no se ha ejecutado, y los municipios no existen; en sustitución de ellos, seguimos teniendo municipalidades ubicadas a nivel de los Distritos que son una división inmediata de los Estados de la Federación. Por tanto, aún en la transitoriedad existe la uniformidad, si bien no con esa base poblacional de 12.000 habitantes, sí dentro del esquema de división distrital de los Estados, conforme a lo cual en cada uno de esos Distritos existen municipalidades. Allí es donde está, en la actualidad, la institución municipal, e incluso, si se aplica esa base de población, de 12.000 habitantes, a los Distritos Autónomos actuales, de los 191 que había en el país a fines de 1983, y que dan origen a las 191 municipalidades ubicadas en dichos Distritos, 24 de ellos no llegan a los 12.000 habitantes y tendrán que desaparecer como tales municipalidades.

En todo caso, este uniformismo provoca que no existan diferencias entre los diversos tipos de municipios. Todos tendrían el mismo régimen organizativo: el de las grandes ciudades y el pequeño municipio rural tendrían el mismo régimen jurídico. Por ello hemos señalado que la Ley Orgánica de Régimen Municipal resultaría realmente inaplicable en los pequeños municipios rurales y aun, en los pequeños municipios urbanos, como lo es hoy inaplicable a las municipalidades ubicadas en los Distritos Rurales o en pequeños centros poblados.

Por otra parte, no se han desarrollado los preceptos constitucionales que admiten otras entidades locales distintas al Municipio. Tanto el artículo 17, ord. 2o.

como el artículo 26, en efecto, habla del Municipio y demás entidades locales, y el artículo 28 habla de la agrupación de Municipios en Distritos y de las Mancomunidades. Sin embargo, la Ley Orgánica de Régimen Municipal sólo reguló los Distritos Metropolitanos y las Mancomunidades como agrupaciones voluntarias de municipios, aun cuando la propia Constitución da pie para la agrupación forzosa de Municipios en los mal regulados Distritos Municipales. Nada de esto se ha desarrollado, y la Ley Orgánica de Régimen Municipal sigue con el uniformismo de considerar al Municipio como la sola entidad local, a pesar de las normas todavía de ejecución imperfecta, en materia de mancomunidades y Distritos Metropolitanos.

Por otra parte, el uniformismo como norma, lo encontramos también en el órgano representativo municipal. En efecto, Venezuela tiene un sistema colegiado de gobierno local. Todas las municipalidades tienen un Concejo Municipal y la única diferencia entre ellas, es el número de miembros, que varía de 7 a 17 según la población de la entidad (art. 31), pero en todos hay un solo tipo de órgano representativo, colegiado, que es este que denominamos Concejo Municipal.

Por tanto, en materia de organización municipal tenemos un régimen transitorio, primero por la Constitución, después, por la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que no ha permitido una ejecución eficiente y completa en la estructura municipal contrario al que requiere un país democrático, como la Venezuela del momento actual.

4. El autogobierno local

El cuarto aspecto que caracteriza el régimen municipal, además de la autonomía, la competencia, y la organización, es el autogobierno local. La Constitución, por ello, regula como un signo de la autonomía, la elección de sus autoridades (art. 29, ord. 1o.), agregando que la organización municipal será democrática y responderá a la naturaleza propia del gobierno local (art. 27).

La Ley Orgánica de Régimen Municipal regula como único órgano de gobierno municipal a los Concejos Municipales (art. 30), y es ese cuerpo representativo municipal, de carácter colegiado el que es electo, y así ha sido en nuestro país desde la década de los 30, con la interrupción de los años de la dictadura de Pérez Jiménez (1948-1958).

Ahora bien, durante los últimos 25 años, el sistema de elección que se ha utilizado para estructurar este cuerpo colegiado, que gobierna y administra al Municipio, ha sido el sistema de representación proporcional de las minorías con el esquema quizás más absoluto, el sistema d'Hont, que permite una representación completa de las minorías (art. 13 de la Ley Orgánica del Sufragio).

En nuestro país se ha suscitado una larga discusión sobre la posibilidad de establecer el sistema de elección municipal para los concejales, e inclusive, se formula-

ron propuestas en 1977, para consagrar, en ese nivel, las elecciones uninominales. Contra esas propuestas se argumentó que la Constitución (art. 113) establece que las elecciones deben asegurar, en todos los niveles, la representación proporcional de las minorías; y ante ello hemos contra-argumentado que conforme a la Constitución, en materia municipal, el Concejo Municipal, como cuerpo colegiado, no es una institución constitucional, ya que la Constitución no habla de Concejo Municipal, sino sólo del órgano de representación municipal, y además, que la representación proporcional sólo sería un principio constitucional obligatorio si las elecciones municipales se realizan en circunscripciones plurinominales, pero por supuesto, no si éstas son uninominales. Por ello, estimamos que se podía admitir la elección uninominal, a nivel local. En todo caso, la discusión fue zanjada constitucionalmente y en marzo de 1983 se sancionó la Enmienda Constitucional No. 2, cuyo primer artículo está destinado a permitir un sistema de elección en los municipios, distinto al sistema para la elección de los diputados a las Asambleas Legislativas de los Estados y para los diputados y senadores al Congreso Nacional. En esta forma, en la actualidad, conforme a esta Enmienda Constitucional No. 2, expresamente se permite el cambio del sistema de escrutinos a nivel de elecciones locales, y la sustitución del de representación proporcional de las minorías.

En todo caso, la aplicación hasta ahora del sistema de representación proporcional en las elecciones locales, en amplias circunscripciones territoriales mediante listas bloqueadas, ha provocado una crisis de representatividad a nivel local, originada por varios factores. En primer lugar, porque la Constitución de 1961 y el pacto político que la provocó, el Pacto de Punto Fijo de 1958, suscrito por los partidos políticos más importantes una vez caída la dictadura, ha conducido a consolidar a un sistema de "Democracia de Partidos", y para ello, uno de los sistemas para hacerlo funcionar es, precisamente, la representación de partidos, a través del sistema de circunscripciones plurinominales con representación proporcional. Este, puede decirse, es el instrumento ideal para la representación de los partidos, pero no necesariamente, a nivel local, para la representación de las comunidades, de las vecindades y, en última instancia, de los ciudadanos. En segundo lugar, porque, la elección mediante el sistema de escrutinio de representación proporcional se ha realizado en amplias circunscripciones plurinominales coincidentes con el territorio de los Distritos Autónomos; y en tercer lugar, porque en ellos, la elección de los concejales se ha hecho mediante listas cerradas y bloqueadas sin posibilidad alguna de cambio o escogencia por parte del elector.

Ha sido esta crisis representativa, la que ha conducido a que se planteen, ahora, otros sistemas de elección, motivados por las ideas de reforma que se ha venido discutiendo en los últimos años.

Por otra parte, el período de estas autoridades que conforman el autogobierno local, es un período que tradicionalmente ha coincidido con el período constitucional nacional que es de cinco años. La Constitución, sin embargo, no es rígida

en este sentido y permite que los períodos de gobierno de los Estados de la Federación y de los Municipios puedan ser menores de cinco años, aún cuando no menores de 2 (art. 135), con lo cual podría haber un proceso de elección a mitad de período en las entidades locales, lo cual también es otro aspecto que se está discutiendo. En este sentido, la Ley Orgánica de Régimen Municipal establece un período, en la práctica, de cinco años (art. 173), aun cuando prevé teóricamente que habría dos períodos legales municipales: uno de tres años y otro de dos años (art. 33). Sin embargo, al establecer en una Disposición Transitoria (art. 173) que para que ello se actualice, es necesario un acuerdo de las dos terceras partes de los miembros del Congreso, en la práctica ha seguido siendo de cinco años.

Esta situación ha llevado a que, transcurridos 25 años de democracia y consolidado nuestro sistema democrático, se comience a plantear, tanto de adentro como de afuera de los partidos políticos, la necesidad de reformar el Régimen Municipal en Venezuela, a cuyo efecto se han venido formulando propuestas de reformas que son centro de atención y discusión en la actualidad.

III. Las diversas entidades territoriales locales

Hemos analizado anteriormente los principios generales relativos al Municipio, como entidad local por excelencia. Sin embargo, como hemos dicho, la Constitución a pesar de que destina su Capítulo IV del Título I a regular a “los Municipios”, no reduce las entidades territoriales locales a éstos, sino que permite afirmar que, además de los Municipios, puede haber otras entidades locales.

En efecto, el artículo 26 de la Constitución, se refiere a “la organización de los Municipios y demás *entidades locales*”, al prescribir las fuentes legales de las mismas. Por su parte, el artículo 28 se refiere a dos entidades locales distintas al Municipio: los Distritos y las Mancomunidades. Además, en el artículo 17 de la Constitución, en el cual se regula la competencia de los Estados, se le atribuye la siguiente, en el ordinal 2o.:

La organización de sus Municipios y *demás entidades locales*, y su división *político-territorial*, en conformidad con esta Constitución y las leyes nacionales.

De conformidad con estas normas, aun cuando en forma limitada y sin haber aprovechado todas sus potencialidades, la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978, al establecer los principios de la organización municipal, distingue tres tipos de entidades territoriales locales: los Municipios, los Distritos Metropolitanos y las Mancomunidades.

1. Los Municipios

A. Creación y fusión

Los Municipios son las colectividades territoriales básicas en las cuales se divide el territorio nacional, y deben ser creados por la Asamblea Legislativa de cada Estado, los cuales, en su respectiva Ley de División Político-Territorial, deben determinar el territorio que corresponda a cada uno (art. 14).

En todo caso, conforme al artículo 14 de la Ley, cuando dos o más centros urbanos formen una unidad geográfica, económica y social y aun cuando podrían adquirir la categoría de Municipios si cumplen los requisitos que se indican a continuación, por disposición expresa de esta Ley, deben constituir un solo Municipio y no pueden adquirir el carácter de entidades separadas.

a. Requisitos

Para la creación de un Municipio, conforme a lo expresado en el artículo 15 de la Ley Orgánica, es necesario:

1. Un territorio determinado por la Asamblea Legislativa del Estado respectivo;
2. Una población mínima de 12.000 habitantes;
3. Un centro de población no menor de 2.500 habitantes que sirva de sede a las autoridades del gobierno local; y
4. La posibilidad de generar recursos suficientes para atender los gastos de gobierno, administración y de la prestación de los servicios mínimos obligatorios señalados en los artículos 9 y 10.

Además, de acuerdo a lo previsto en el artículo 102, no podrá crearse ningún Municipio sin que se le dote de ejidos, con una extensión no menor de 2.500 hectáreas, a cuyo efecto la Asamblea Legislativa debe hacer las gestiones necesarias.

La declaratoria de creación de los Municipios que reúnan los requisitos mencionados es obligatoria para las Asambleas Legislativas, conforme se declara expresamente en el artículo 15 de la Ley Orgánica.

En cuanto a la fusión de Municipios, el artículo 16 de la Ley Orgánica prescribe que dos o más Municipios podrán constituir uno solo, cuando dicha fusión sirva para atender con mayor eficacia la administración y prestación de servicios públicos.

En todo caso, la decisión para la creación, fusión o incorporación de los Municipios debe tomarse con el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los integrantes de la Asamblea Legislativa, y la misma debe entrar en vigencia en el

siguiente período legal y no en el período legal en el cual es propuesta (artículos 17, 18).

Ahora bien, en los casos de creación de un Municipio por separación de una parte de otro existente o de incorporación a otro, la Asamblea Legislativa debe determinar lo referente a los bienes, derechos y obligaciones de los Municipios afectados, siempre que los Concejos correspondientes no hayan llegado a un acuerdo o tomado una determinación sobre lo mismo. Cuando dichos bienes comprendan terrenos ejidos, éstos deben ser adjudicados al nuevo Municipio en cuya jurisdicción estén ubicados, de acuerdo a la respectiva división territorial (art. 20).

b. Iniciativa

La iniciativa para la creación de un Municipio, su fusión o incorporación a otro corresponde conforme a lo previsto en el artículo 17 de la Ley: a la Asamblea Legislativa; a los Concejos Municipales interesados; o a los ciudadanos integrantes de la comunidad o comunidades interesadas, en un número no menor del veinte por ciento (20%) de los inscritos en el Registro Electoral Permanente.

B. Extinción

Cuando un Municipio deje de llenar los requisitos establecidos en el artículo 15 de la Ley durante un lapso ininterrumpido de tres (3) años, conforme a lo dispuesto en el artículo 20, debe adquirir el carácter de Municipio foráneo. Por ello se obliga a la Asamblea Legislativa a proceder a la reforma de la Ley de División Político-Territorial del estado respectivo, con la debida anticipación a la fecha de las siguientes elecciones municipales. En todo caso, cuando la Asamblea Legislativa correspondiente no se reúna en forma ordinaria en el primer semestre del último año del período municipal, la Comisión Delegada o el Gobernador del Estado deben hacer una convocatoria a sesiones extraordinarias de aquélla, para discutir acerca de la extinción del Municipio, respecto de lo cual la Asamblea Legislativa debe emitir un pronunciamiento con seis (6) meses de anticipación a la fecha fijada para las elecciones municipales.

2. Los Distritos Metropolitanos

A. Creación y fusión

La Ley Orgánica de Régimen Municipal, además de los Municipios, ha establecido una segunda categoría de entidad municipal o ente descentralizado territorialmente, para atender el problema político-administrativo que plantea el desarrollo de centros urbanos que abarquen varios municipios. Por ello, el artículo 21 de la Ley establece la posibilidad de creación de Distritos Metropolitanos, en los casos en los cuales existan dos o más Municipios cuyas capitales se hayan exten-

dido en forma tal, que constituyan una unidad urbana, social y económica y que tenga más de cien mil (100.000) habitantes. La Ley establece que cuando una conurbación reúna estos requisitos, la declaratoria de creación de los Distritos Metropolitanos es obligatoria para la Asamblea Legislativa correspondiente, aun cuando la iniciativa para la creación de dichos Distritos corresponde dicha Asamblea Legislativa o a los Concejos Municipales interesados (art. 21). Hasta 1984 no existía en el país ningún Distrito metropolitano creado de acuerdo a las previsiones de la Ley.

B. Competencias

La creación de un Distrito Metropolitano, por tanto no extingue los Municipios que preexistían, sino que conduce a una distribución de competencias entre el nivel metropolitano, y el nivel estrictamente local. Por ello, el artículo 22 de la Ley Orgánica en concordancia con el artículo 7, ordinales 1o., 2o., 3o., 5o., 9o. y 10o. precisa las competencias del nivel metropolitano, lo cual conllevaría, en caso de creación de uno de estos entes, a la pérdida de competencia en esas áreas de los Municipios que formen, en el nivel local, la conurbación. Estas competencias del Distrito Metropolitano comprende las siguientes materias, cuando las mismas no sean de carácter nacional: acueductos, cloacas y drenajes; distribución y venta de electricidad y gas en las poblaciones de su jurisdicción; planes de desarrollo urbano local que hayan sido elaborados en acuerdo con las normas y procedimientos técnicos establecidos por el Poder Nacional, en la forma prescrita en el artículo 7, ordinal 3o. de la Ley; transporte colectivo de pasajeros y demás materias relativas a la circulación urbana; aseo urbano y domiciliario, y servicios de prevención y lucha contra incendios en las poblaciones (artículo 7, ordinales, 1o., 2o., 5o., y 10o. y artículo 22).

Además de estas competencias, el Distrito Metropolitano tendría también competencias concurrentes con los niveles locales, conforme a lo establecido en el artículo 22 en concordancia con los artículos 8o., ordinal 1o., en las siguientes materias: contribución y cooperación con el saneamiento ambiental; servicios de policía municipal correspondientes a la vigilancia y control de las actividades relativas a las materias de la competencia del Distrito Metropolitano (artículo 7o., ord. 13 y artículo 22).

En todo caso, la Asamblea Legislativa, por iniciativa propia o a solicitud de los Concejos Municipales o del Distrito Metropolitano conforme al mismo artículo 22 de la Ley podrá extender esta competencia a otras materias municipales.

3. Las Mancomunidades

Desde la promulgación de la Constitución de 1961, se había previsto la posibilidad de que los Municipios pudieran constituir mancomunidades para la realiza-

ción en común de ciertos cometidos o servicios. Sin embargo, la ausencia de una regulación legal no había permitido crear auténticas entidades territoriales, resultantes de convenios o acuerdos entre Municipios, aun cuando se habían realizado importantes experiencias asociativas, como la de la denominada Mancomunidad Urbanística de Caracas en 1972.

Los artículos 26 y 27 de la Ley Orgánica regulan ahora con precisión la materia, al establecer que las Mancomunidades son entidades con personalidad jurídica propia, formadas mediante acuerdo entre dos o más Municipios o Distritos Metropolitanos, o entre éstos y uno o más Municipios, para la realización de determinados fines municipales o metropolitanos. Como se trata de un convenio entre entidades territoriales, la creación de una Mancomunidad requiere la aprobación del acuerdo respectivo por cada una de las entidades que concurran a su formación.

La iniciativa para el establecimiento de una Mancomunidad puede partir de dos o más Municipios, de dos o más Distritos Metropolitanos o éstos y uno o más Municipios.

Para la creación de una Mancomunidad, conforme a lo establecido en el artículo 27 de la Ley, se requiere la elaboración de un Estatuto que ha de establecer los fines para los cuales se crea, y el cual además, debe precisar los siguientes aspectos: el nombre, objeto y domicilio de la Mancomunidad y las entidades que la constituyen; los fines para los cuales se crea; el tiempo de su vigencia; los aportes a que se obligan las entidades que la crean; la composición de su organismo directivo, la forma de designarlo, sus facultades y responsabilidades; el tiempo de duración y el procedimiento para reformar o disolver la Mancomunidad; la manera de resolver las divergencias que puedan surgir en relación a su gestión y a sus bienes; y la determinación del control fiscal de la Mancomunidad por parte de los entes creadores.

En todo caso, las Mancomunidades no pueden comprometer a los Municipios o Distritos Metropolitanos que las integren más allá de los límites señalados en el Estatuto (art. 28).

IV. Bases para la reforma del régimen municipal.

Hemos visto como la Constitución venezolana establece, formalmente, un sistema de distribución vertical del Poder Público y de descentralización territorial. Sin embargo, este sistema, origen de la estructura federal es imperfecto e incompleto: la descentralización es formal y, realmente, lo que tenemos es un Estado centralizado. El nivel intermedio (estatal) ha sido vaciado de competencias y los Estados no son, realmente, instrumentos de descentralización; y el nivel municipal no está estructurado en una escala suficiente como para ser instrumento de participación.

Hemos visto también cómo el Municipio, a pesar de que la Constitución lo califica como “la unidad política, primaria y autónoma dentro de la organización nacional” (art. 25), no llega a serlo, y no sirve como instrumento de participación local, pues actualmente está lejos del ciudadano.

Por otra parte, la Constitución regula al Municipio dentro de las entidades locales, es decir, destina su Capítulo IV del Título I a “La República y su división territorial”, y en esta división a nivel local no sólo se refiere a los Municipios, sino también a las “demás entidades locales” (art. 26). Es decir, la Constitución no reduce el nivel local a los solos Municipios, sino que permite que existan otros niveles que denomina “entidades locales”. Estas no han sido reguladas ni imaginadas por el legislador y, más bien, hemos seguido una tradición reformista limitada, en el sentido de que lo único que hemos estructurado, como autoridad a nivel local, es a los solos Municipios.

Pero a pesar de que la Constitución destine a los Municipios este Capítulo IV del Título I, y además, hable de otras entidades locales, la verdad es que en la actualidad puede decirse que no existen ni el uno ni las otras, desde el punto de vista político. Hemos visto así, que el régimen transitorio de la Constitución, a pesar de la Ley Orgánica Municipal de 1978, no ha cambiado en el sentido de que la estructura territorial de la República sigue siendo una división en Estados, los Estados en Distritos, y los Distritos en Municipios; pero los “Municipios” de esta división territorial no se corresponden con los Municipios como realidad política, a los cuales se refiere la Constitución. En la actualidad las Municipalidades, como entidad política, están ubicadas a nivel de los Distritos; y en esta forma, en realidad, lo que tenemos son “Distritos Autónomos”, establecidos desde 1904, pero ni hemos tenidos ni aún tenemos, realmente, Municipios Autónomos. La Constitución de 1961 sentó las bases para cambiar esta tendencia, y si se quiere, devolvió la autonomía a los Municipios, pero por razón del régimen transitorio, en 1984 aún está pendiente de ejecución.

Por otra parte, la Constitución no estableció como obligatoria la división de los Estados en Distritos, sino sólo dice:... “que los Municipios podrán ser agrupados en Distritos...” (art. 28) como una posibilidad, pero no como una obligación de la estructura político-territorial de los Estados; y esos Distritos, como agrupación de Municipios, también son “entidades locales”.

Sin embargo, hoy por hoy, por la transitoriedad, primero de la Constitución en la Disposición Transitoria Primera hasta que se dictó la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978; y luego, en virtud de esta Ley Orgánica, sigue todavía vigente, un régimen municipal diferente al que quiere la Constitución: existe autonomía en los Distritos y Municipalidades a nivel de los Distritos y no a nivel de los Municipios.

La situación en la actualidad, por lo tanto, es la siguiente: el país está dividido en 20 Estados (además del Distrito Federal, dos Territorios Federales y las Dependencias Federales) y estas entidades están divididas, en 1984, en algo más de 200 Distritos. En las últimas elecciones municipales de 1979 teníamos 191 municipalidades en los 191 Distritos Autónomos; y estos 191 Distritos Autónomos estaban divididos entre 714 Municipios, pero éstos no tenían ni tienen ninguna autonomía político-territorial, sino que eran y son simples demarcaciones administrativas de los Distritos Autónomos, es decir, de las Municipalidades.

En la actualidad, por tanto, si la Constitución se aplica, en cuanto al régimen municipal, ello sucede a nivel de los Distritos, los cuales por otra parte, tienen una configuración territorial y poblacional muy variada.

En efecto, con base en los datos de población del Censo de 1981 a nivel de Distrito, y teniendo en cuenta la cifra de 191 Distritos que existían para ese momento, podemos destacar estos elementos: sólo había una Municipalidad de más de un millón de habitantes, la del Distrito Federal; había 4 Municipalidades en Distritos con más de 500.000 habitantes y hasta un millón; y había 24 Municipalidades que tenían una población entre 100.000 y 500.000 habitantes. Por tanto, de las 191 Municipalidades o Distritos Autónomos, sólo 29 tenían más de 100.000 habitantes; por lo que la gran mayoría (162) tenía menos de 100.000.

Pero de estas 161 Municipalidades o Distritos Autónomos, 29 tenían una población entre 50.000 y 100.000 habitantes. Por tanto, de las 191 Municipalidades, 133 tenían menos de 50.000 y sólo 58 tenían más de 50.000 habitantes; y de estas 133 Municipalidades, había 64 que tenían 25.000 y 50.000, y 45, entre 12.000 y 25.000 habitantes.

Esta realidad pone en evidencia que en la actualidad, la mayoría de las Municipalidades están ubicadas en unidades poblaciones menores de 50.000 habitantes y no en poblaciones mayores; y esta es una de las críticas que se puede formular a la Ley Orgánica de Régimen Municipal, y es que, si se analiza su contenido detenidamente, se constata que es una Ley concebida para un Municipio de 500.000 habitantes o más, y para cuya redacción se pensó más en las Municipalidades de la Capital de la República que en la gran mayoría de las Municipalidades que están entre esos niveles de 12.000 y 50.000 habitantes.

Pero, además, la propia ley estableció una base de población fija para la existencia de los Municipios, en 12.000 habitantes, sin percatarse sus redactores que 24 de los 191 Distritos Autónomos que existían al momento de su promulgación tenían menos de 12.000 habitantes, por lo que si se aplicara la Ley, desaparecerían al no calificar estos Distritos como Municipios.

Realmente, esta base de población de 12.000 habitantes que estableció la Ley no tiene ningún fundamento o base, y esa es quizás una de las razones por las

cuales no se ha aplicado la Ley. Por ejemplo, como hemos dicho, si se analiza la situación del Estado Cojedes, nos encontramos con que conforme al censo de 1981 de los 7 Distritos, 4 no tenían 12.000 habitantes. Dicho Estado tenían una población muy pequeña, de 135.000 habitantes: El Distrito San Carlos, cuya capital es la del Estado, tenía 55.000 habitantes; el Distrito Tinaco tenía 19.000, donde está la segunda población; luego el Distrito Falcón que tenía 31.000. Estos son los tres que tenían más de 12.000. Luego está el Distrito Anzoátegui que tenía 8.000, el Distrito Girardot que tenía 5.000; el Distrito Pao 9.000 y el Distrito Ricaurte 5.000 habitantes.

Frente a esa situación, frente a la regulación que está en la Ley Orgánica de Régimen Municipal y frente a la transitoriedad del régimen anterior a 1961, deberíamos preguntarnos sobre, ¿cuál es el sistema que debería establecerse para hacer de los Municipios, realmente, la entidad que hoy no existe; es decir, para crear el Municipio?

Estamos convencidos que la reforma del régimen local, realmente, tiene por objeto más que modificar al Municipio, crearlo o inventarlo, pues el que está previsto en la Constitución no existe. Para crear ese Municipio inexistente proponemos desarrollar cinco principios fundamentales: en primer lugar, superar la base artificial de población para su existencia; en segundo lugar, superar el uniformismo en el régimen organizativo municipal; en tercer lugar, superar el régimen colegiado en el gobierno y administración local; en cuarto lugar, superar el uniformismo en la configuración de las entidades locales; y en quinto lugar, superar el uniformismo del sistema electoral de representación proporcional.

1. La superación de la artificial base de población

En primer lugar, debemos superar la artificial base poblacional para la existencia del Municipio. En efecto, en la Constitución no se establece límite mínimo de población para que exista un Municipio, y solo lo regula como la unidad política, primaria y autónoma dentro de la organización nacional (art. 25). Esta norma permite ubicar el Municipio, territorialmente, como persona jurídica, a cualquier nivel espacial. No necesariamente, debe tener una gran extensión de territorio o una determinada población, sino que en realidad, lo que se requiere es que sea efectivamente una unidad política, primaria y autónoma.

Pero para determinarla, el legislador no optó por descubrir las realidades sociales o los vínculos de vecindad, sino que estableció uniformemente que "para la creación de un Municipio deben concurrir: 1) una población no menor de 12.000 habitantes; 2) un territorio determinado; 3) un centro de población no menor de 2.500 habitantes que sirva de asiento a sus autoridades; y 4) la posibilidad de generar recursos suficientes para atender los gastos de gobierno, administración y prestación de los servicios mínimos obligatorios" (art. 15).

Por supuesto, esos elementos son necesarios, todos, para la existencia de un Municipio: la población, el territorio, el centro poblado y la generación de recursos; sin embargo, no necesariamente deben ser valorados cuantitativamente sino cualitativamente. La ley, al exigir una población determinada, desequilibró las exigencias de la norma, pues pudo también exigir un número de kilómetros cuadrados como territorio, lo cual afortunadamente no hizo. La cuantificación población, sin embargo, no obedece a ningún criterio racional, y hemos visto como la gran mayoría de los Distritos Autónomos tiene menos de 50.000 habitantes. Por tanto, más que un número de habitantes, el legislador debió preguntarse realmente, sobre ¿qué es lo que caracteriza a un Municipio? ¿Acaso sólo un número de habitantes o, al contrario, el ser una realidad sociológica que deriva de la existencia de vínculos estables y permanentes de una población cualquiera? En realidad, lo que importa para calificar un Municipio es que sociológicamente permita configurarse en una unidad política primaria dentro de la organización territorial del país: puede tratarse de una comunidad pequeña, siempre que tenga vida y existencia propias y sea capaz de tener su propia autoridad local.

Por ello, estimamos que la primera base para una reforma del régimen local, tiene que ser la superación de la base artificial de población de 12.000 habitantes, para que exista un Municipio que, como medida para la existencia de ellos, establece la Ley Orgánica de Régimen Municipal. Al Contrario, pensamos que debe concebirse al Municipio como una unidad con vínculos permanentes, donde el elemento de la vecindad esté actualizado y donde exista, por tanto, una comunidad.

Ahora bien, cabría preguntarse: ¿de dónde salió esta norma que establece las condiciones básicas de un Municipio?

Realmente, tenemos que convenir en que el legislador tuvo temor en que de no establecerse un límite poblacional, se pudiera producir una proliferación incontrolada de nuevos Municipios autónomos, en número superior a los actuales Distritos autónomos, quedando ello a la sola decisión de las Asambleas Legislativas en cada Estado, tal y como sucedía con la creación de Distritos Autónomos en los Estados.

Esto último, incluso, tuvo sus repercusiones en cuanto al número de los Diputados de las Asambleas Legislativas. En efecto, antes de la última reforma importante de la Ley Orgánica del Sufragio (1973), los diputados a las Asambleas Legislativas estaban conformados por un número variable, pero no en base a la población del Estado, sino en base al número de Distritos en los cuales éste se dividía territorialmente. Así, por ejemplo, si un Estado se dividía en 11 Distritos, se elegían dos diputados por cada Distrito, y la creación de Distritos por la propia Asamblea provocaba que algunas de ellas tuvieran un número muy considerable de miembros. Tal fue el caso de los Estados Táchira, Sucre, Anzoátegui y

Nueva Esparta, que con relativa poca población tenían Asambleas Legislativas numerosas.

Esta situación, que sin duda se configuró como una forma de ampliar la base de sustentación política de los activistas de partidos, fue corregida en la Ley Orgánica del Sufragio, al establecer para la elección de diputados a las Asambleas Legislativas una base de población, independientemente del número de Distritos que componían cada Estado.

El mismo criterio, hasta cierto punto privó en el legislador para establecer ahora una base de población para la existencia de Municipios: se trata de una forma, uniforme, de controlar la proliferación de entidades municipales autónomas.

Sin embargo, debe convenirse en que ese límite es totalmente artificial y para llegar a la cifra de los 12.000 habitantes no se realizó ningún estudio poblacional previo a la sanción de la Ley Orgánica. Tanto no se realizó que, como señalaba, si se aplicase la norma actualmente, desaparecerían 24 de los 191 Distritos que existían en 1981, es decir, casi el 12 por ciento de las Municipalidades.

En lugar de esa rigidez poblacional, en cambio, estimamos que el legislador debe optar por el establecimiento de un sistema que atienda, por la existencia de un Municipio, más a aspectos sociológicos y políticos que al número de pobladores, y para elló había que comenzar por admitir la idea de que para que haya un Municipio es necesario que existan vínculos permanentes de vecindad de carácter político.

Pero por supuesto, para llegar a esta idea tendría que cambiarse otro supuesto del régimen actual, que es el uniformismo en la organización municipal. En efecto, tenemos que ir hacia una diferenciación de regímenes municipales según la condición geográfica de las entidades, su población y desarrollo económico y, según que el municipio sea rural o urbano. Necesariamente, nuestro país tiene que llegar a esa diferenciación, pues no puede pretenderse regular hoy un Municipio de 12.000 habitantes en la misma forma que uno de un millón de habitantes.

Por tanto, conforme a lo establecido en el artículo 27 de la Constitución, el legislador debe optar por establecer un sistema diferenciado de regímenes para los Municipios, atendiendo a su desarrollo económico, y su situación geográfica, y así permitir el establecimiento de Municipios en áreas rurales y urbanas, siempre que haya núcleos de población donde existan vínculos de vecindad suficientemente estables como para que exista vida local concreta, tanto desde el punto de vista social como desde el punto de vista político.

Con una reforma del régimen municipal en estos términos, antes que ir hacia la eliminación de entidades locales, más bien deberíamos buscar la proliferación de

comunidades. En otros términos, a nivel de Municipios, antes que provocar la eliminación de algunos, más bien tenemos que ir hacia la multiplicación de Municipios, en relación a las 191 Municipalidades que existían en 1981. Una auténtica reforma del régimen municipal, por tanto, tendría que conducir a que existan más Municipios que las 191 Municipalidades, pero quizás sin llegar a los 714 Municipios en los cuales aquéllas se dividían.

2. La superación del uniformismo en el Régimen Organizativo Municipal

El segundo principio de la reforma del régimen local es la superación del uniformismo del régimen organizativo de los Municipios en la actualidad y su sustitución por un sistema que permita la diferenciación de regímenes municipales. Puede decirse que este uniformismo es, quizás, una de las constantes del régimen municipal venezolano, que no proviene de la Ley Orgánica de 1978, sino que es un producto de una larga evolución de varias décadas.

En efecto, durante toda la evolución de nuestro régimen municipal, particularmente durante este siglo y antes de que se dictara la Ley Orgánica de Régimen Municipal, el rasgo fundamental del Municipio, en cuanto a su régimen, era su carácter uniforme establecido en las leyes o códigos orgánicos que los Estados dictaban sobre organización municipal, copiados unos de otros. Así, a pesar de que habían 20 leyes, entre ellas se encuentra una asombrosa similitud. En particular, por ejemplo, después de la Constitución de 1961, todos los Estados dictaron sus leyes de Régimen Municipal, pero lo que hicieron fue copiar las normas constitucionales, en lo necesario, y en materia de organización, copiar el sistema anterior conformado desde principios de siglo. Por ejemplo, el único órgano municipal que todas esas leyes preveían, era el Concejo Municipal, como órgano colegiado compuesto de 7 concejales, y que tenía todos los poderes de gobierno, legislación y administración local, independientemente del tamaño de la entidad municipal. Por ello, el segundo principio de la reforma del régimen local busca la superación del uniformismo en el régimen organizativo, consolidado por la Ley Orgánica de Régimen Municipal conforme al régimen anterior, partiendo del supuesto de que el único principio uniforme que exige la Constitución es, que la organización municipal sea siempre democrática y responda a la naturaleza del gobierno local.

Puede decirse que el legislador de 1978, ciertamente, no atendió al llamado que le hizo el artículo 27 de la Constitución, en el sentido de que la ley podía establecer “diferentes regímenes para la organización, gobierno y administración de los Municipios, atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico, situación geográfica y otros factores de importancia”, pues a pesar de esa exigencia, sin embargo, el legislador optó por el uniformismo. En efecto, las diferencias en el régimen de los Municipios en la ley vigente son realmente risibles.

En primer lugar, está la prevista en el artículo 31, según el cual el número de miembros de los Concejos Municipales varía de 7 a 17, según la población: en esta

forma, si la población llega a 50.000 habitantes, como es el caso de la mayoría de los Distritos Autónomos actuales, los Concejos Municipales tienen 7 concejales; y solo tiene 17 concejales cuando la población es mayor de 1.000.000 de habitantes; y entre esos dos límites, la ley establece una graduación de cinco escalas para 9, 11, 13 y 15 concejales, según que la población, llegue a 250.000, 500.000, 750.000 y 1.000.000 de habitantes, respectivamente. Sin duda, esta escala se elaboró en forma arbitraria, si saberse realmente cuál era la población del país distribuida en los Municipios y mucho menos pensando en los pequeños Municipios. De acuerdo a las cifras del último censo de población de 1981, de los 714 Municipios que existían, 489 tenían menos de 12.000 habitantes, es decir, bastante más del 50 por ciento; y 589 tenían menos de 25.000 habitantes. En cuanto a los Distritos Autónomos, como se dijo, de los 191, 24 tenían menos de 12.000 habitantes.

En segundo lugar, otra diferencia en el régimen organizativo de los Municipios, también basada en la población, establece que en los Municipios con más de 50.000 habitantes es obligatoria la existencia de un Administrador Municipal, y si el Municipio tiene más de 100.000 habitantes, ese Administrador debe poseer un título de educación superior y suficiente experiencia en la Administración Pública. En cambio, en los Municipios con menos de 50.000, no hay administrador Municipal como tal, sino que el Presidente del Concejo desempeña sus funciones.

Estas dos son, en definitiva, las grandes diferencias que establece la Ley en el régimen organizativo de los Municipios, lo cual por supuesto, no tiene relevancia alguna.

Al contrario, estimamos que si se quiere fortalecer el régimen municipal, el segundo principio para su reforma plantea la necesidad del establecimiento de distinciones, por ejemplo, según que el Municipio sea un municipio urbano o rural y, asimismo, en los municipios urbanos, entre los grandes municipios urbanos y los pequeños. Por tanto, al menos tendríamos que establecer tres regímenes distintos para los Municipios del país. En esta forma, pensamos que se podrá crear el Municipio y rehacer la vida política en el interior del país y realizar la vida municipal de acuerdo a las peculiaridades propias de cada unidad poblacional, de cada comunidad, de cada localidad, de cada vecindad.

3. La superación del Régimen Colegiado de Gobierno. y Administración Local

El tercer principio de la reforma del régimen local, está basado en la necesidad de superar el régimen colegiado como principio básico de gobierno y administración municipal, y establecer, en sustitución del mismo, un régimen en el cual se diferencian orgánicamente las entidades ejecutivas de las legislativas a nivel local. Como se sabe, la Constitución no califica el órgano que debe tener a su cargo el gobierno y administración del Municipio; sólo, dice el artículo 25, que la repre-

sentación de los Municipios la ejercen los órganos que determine la Ley y que la organización municipal debe ser democrática. Hasta allí los principios constitucionales, pero el texto fundamental no dice qué organismo debe ejercer la representación municipal en el gobierno y administración local.

La tradición uniformista venezolana, sin embargo, estableció siempre en las leyes de los Estados, lo cual recogió luego la Ley Orgánica de Régimen Municipal, el principio de la administración municipal colegiada, conforme al cual, un órgano colectivo es el que gobierna y administra los Distritos Autónomos actuales, el Concejo Municipal, y el que en el futuro, de acuerdo a sus normas, deberá gobernar y administrar los futuros Municipios. En este sentido, la Ley Orgánica califica a los Concejos Municipales como órganos deliberantes, normativos y administrativos (art. 30), agregando la norma que existirá, además, un “órgano ejecutivo de la Administración que es el Administrador Municipal”. Sin embargo, el Administrador Municipal aparece simplemente como un Director de Administración de la entidad municipal, pues, desde el momento en que se atribuye al Concejo, además de las funciones deliberantes y normativas, funciones administrativas, el órgano que efectivamente gobierna y administra la Municipalidad, sin duda es el Concejo Municipal. Además, en virtud de que la Constitución exige que la organización municipal “será democrática y propia del gobierno local”, no puede concebirse un Administrador Municipal efectivo nombrado por un Concejo, sino que el mismo debe ser electo: si es nombrado, no es más que un agente del Concejo Municipal y no Administrador realmente del Municipio; si es electo, vendría a ser un Alcalde, que es lo que debería ser.

En todo caso, fue esta norma del artículo 30 de la Ley, que atribuye funciones administrativas al Concejo Municipal, la que provocó la declaratoria de nulidad por la Corte Suprema de Justicia, del artículo 51 de la misma ley que declaraba irresponsable a los concejables, como los Concejos Municipales, que la misma ley (art. 30) declaraba como de carácter administrativo, conforme al artículo 51 no se les pudiera exigir responsabilidad en ningún tiempo por las opiniones emitidas en el desempeño de sus funciones, como si ese órgano fuera solo de carácter deliberante? Este artículo 51 frente al artículo 30, era contradictorio e inconstitucional, porque al ser el Consejo un órgano administrativo, sus miembros tenían que ser responsables, y por ello su declaratoria de nulidad.

Ahora bien, frente a ese régimen uniforme de gobierno y administración colegiado, y que concibe al Concejo Municipal como un órgano en el cual se confunden las funciones legislativas, deliberantes, de control, administrativas y de gobierno local, surge el tercer aspecto de la reforma propuesta, y que atiende a sustituirlo por un sistema en el cual se diferencie la autoridad ejecutiva de la entidad local, el Alcalde; de las autoridades legislativas, deliberantes y de control que deben ser Concejos Municipales.

Siempre hemos pensado que la situación actual de los Concejos, como órganos

deliberantes, legislativos, de control y de administración a la vez, ha sido uno de los factores que más ha conspirado contra la ordenada vida local en Venezuela, y estimamos que es uno de los aspectos que más ha contribuido a convertir a las Municipidades, en la forma más elocuente de ineficiencia administrativa. Inclusive, estimamos que los Concejos Municipales actuales, nunca podrán ser eficientes con un sistema colegiado de gobierno y administración, pues nunca se podrá gobernar y administrar eficientemente la entidad local, con el sistema colegiado. No se trata de un problema de recursos o de personas, pues sin duda, en los últimos años, en muchos Concejos Municipales ha habido como concejales personas muy honorables pero que, colegiadamente no pudieron funcionar, pues en definitiva no se puede administrar una ciudad como un órgano colegiado, con base en votaciones de sus miembros.

La gran revolución administrativa originada por la Revolución Francesa, consistió, precisamente, en sustituir la administración colegiada del Estado Absoluto por la administración unipersonal, propia de la administración napoleónica, es decir, sustituir los cuerpos colegiados o cámaras como órganos de administración, por órganos unipersonales. Nosotros en materia local, nos hemos olvidado hasta de la Revolución Francesa y pretendemos administrar las ciudades con órganos colegiados.

Basta para darse cuenta de lo imposible que ello es, con asistir a una sesión de un Concejo Municipal, y constatar como, en una misma sesión se discuten algunos artículos de una ordenanza; se da un permiso no remunerado a una enfermera de un hospital; se aprueba un contrato; se concede una beca; o se revoca un permiso de construcción. Lo grave es que por la dispersión política en la configuración de los Concejos, igual vale un voto para aprobar una Ordenanza, que es una ley local, que para dar el permiso a una enfermera. Ello, en ciertas ocasiones, ha generado un sistema de compromisos, que a veces hacen incomprensibles ciertas votaciones, lo cual se agrava si ningún partido político controla mayoritariamente a los Concejos, lo cual no es frecuente.

Frente a esto, hemos pensado que uno de los puntos centrales de la reforma del régimen venezolano a nivel local, es diferenciar la autoridad ejecutiva local, el Alcalde, de la autoridad legislativa local, los Concejos, y atribuirle el gobierno y la administración de las ciudades a un Alcalde, como órgano ejecutivo, electo por votación popular; y que ese órgano esté controlado por un órgano colegiado que a la vez tenga funciones deliberantes y normativas. Debe señalarse, en todo caso, que en nuestro sistema actual, el Presidente de los Concejos Municipales no es un órgano ejecutivo, sino es sólo lo que literalmente es: Presidente del Concejo, es decir, presidente del órgano colegiado, pero sin poderes ejecutivos propios. En el sistema que proponemos, el Alcalde sería la autoridad ejecutiva efectiva, y además, presidiría el órgano colegiado.

En definitiva, estimamos que en Venezuela debe superarse el régimen colegiado

tradicional por un régimen municipal que establezca la mencionada separación orgánica entre los órganos ejecutivos: los Alcaldes, y los órganos legislativos, deliberantes y de control que serían los Concejos Municipales, con la peculiaridad de que el Alcalde debe presidirlos. Ambos órganos, por supuesto, deben ser electos por cotavión popular, pues por mandato constitucional el régimen municipal debe ser democrático.

En todo caso, no sería conveniente que se estableciese un Alcalde electo popularmente y un Concejo Municipal también electo popularmente, presidido por uno de los concejales, y no por el Alcalde, pues de inmediato surgiría un enfrentamiento entre el Presidente del Concejo que se crearía todavía Presidente del Concejo tradicional, y el Alcalde. El Alcalde tendría así dos funciones: Alcalde-Presidente del Concejo y autoridad ejecutiva electa. Por tanto, las reuniones del órgano colegiado la presidiría el Alcalde, y a la vez éste sería la autoridad ejecutiva electa directa. Además, los concejales del Concejo serían electos en forma uninominal a cuyo efecto, el territorio del Municipio, se dividiría en pequeñas circunscripciones, coincidentes con las entidades locales menores, para elegir, en cada una de ellas a un concejal.

En todo caso, esta diferenciación de funciones que proponemos, permitiría racionalizar más las funciones administrativas y de gobierno local, en relación a las funciones legislativas, deliberantes y de control.

Como consecuencia de la separación orgánica propuesta, también deben regularse las remuneraciones de los concejales. En tal sentido, si el Concejo Municipal deja de ser administrador, y se convierte en un órgano normativo, deliberante y de control, la remuneración del concejal debe estar en relación con las tareas municipales que se les asignen, tal como incluso es la orientación formal de la ley actual: en el Concejo Municipal su tarea será asistir a las sesiones y por ello recibirá su dieta; y en su tarea de ser Presidente de la Junta Parroquial, Comunal o Vecinal de la entidad local menor donde fue electo, tendrá también una remuneración, pero en este caso de carácter permanente de acuerdo al trabajo que realice.

4. La superación del uniformismo en la configuración de las entidades locales

El cuarto aspecto de la reforma del régimen local que planteamos, busca superar el uniformismo en la configuración de las entidades locales y su reducción al Municipio, y en su lugar, establecer un sistema escalonado de gobierno y administración local, no solo por arriba del Municipio que es la unidad, sino también por debajo del mismo.

En esta forma, en lugar del uniformismo actual del Distrito Autónomo, como única autoridad local, se debería establecer un sistema escalonado variable de dos o tres niveles, según las peculiaridades propias de la entidad local respectiva.

En efecto, en la actualidad, la entidad local básica es el Distrito Autónomo y excepcionalmente se regulan, por sobre ellos, las figuras del Distrito Metropolitano y de las Mancomunidades. En su lugar, al crearse realmente los Municipios, estimamos que éstos deben ser divididos territorialmente, para dar paso a nuevas entidades locales menores, y a esas divisiones territoriales, bien podría denominárselas parroquias, vecindades o comunidades. En el caso de ser Parroquias se seguiría la terminología del Distrito Federal, y mejor, la terminología eclesiástica conforme a la cual las parroquias tienen un territorio y una población más o menos racional.

En esta forma, con un Municipio más pequeño territorialmente, al liberarse la exigencia de los 12.000 habitantes como rígida base de población, y por tanto, al colocárselo más cerca del ciudadano, podría a su vez ser subdividido en parroquias, comunidades o vecindades, como nuevas entidades locales, con autoridades electas y autonomía, en las cuales se confundan como órganos de gestión local las asociaciones de vecinos.

Además, los Municipios en algunas regiones, podrían ser agrupados en Distritos, pues los Estados se dividirían en Municipios y no en Distritos; pudiendo ser dichos Distritos, Distritos Metropolitanos si se trata de agrupar Municipios Urbanos o Distritos, si se trata de Municipios rurales.

En esta forma, se establecía un sistema escalonado de gobierno local a dos o tres niveles, dependiendo del Estado y de su realidad geográfica y de población, conforme al cual el Municipio sería la entidad básica, primaria; las parroquias, comunidades o vecindades serían una subdivisión de los Municipios, y habría la posibilidad de que los Municipios se agruparan en Distritos Municipales o en Distritos Metropolitanos, según que sean rurales o urbanos.

En todo caso, tanto en los nuevos Municipios como en sus subdivisiones, en entidades locales menores, las autoridades deben ser electas y esto distingue lo que hemos llamado Parroquia, Comunidad o Vecindad del actual "Municipio", que lo que tiene es una Junta Comunal designada a dedo y un Jefe Civil, comúnmente llamado "Alcalde", también designado a dedo.

De acuerdo a ello la entidad local menor (Vecindad, Comunidad, Parroquia), estructurada políticamente cerca del ciudadano estaría gobernada por una Junta Parroquial, Vecinal o Comunal, presidida por el concejal del Concejo del Municipio, electo uninominalmente en la circunscripción electoral de la entidad local, e integradas, además, por 2 ó 4 miembros designados de entre los presidentes de las Asociaciones de Vecinos que funcionen en la misma.

Por ejemplo, en un Municipio cuyo Concejo Municipal tengan 17 miembros, el Alcalde-Presidente y 16 concejales, su territorio debe dividirse en un número de entidades locales menores, igual a 16. En cada una de ellas se elige un concejal

uninominalmente. Ese concejal es miembro del Concejo Municipal, que es un órgano deliberante, pero a la vez es presidente de su Junta Parroquial, Comunal o Vecinal, integrada además por dos o cuatro consejeros más, escogidos de entre los dirigentes vecinales. En este último carácter, el concejal sería Alcalde de su entidad local menor.

Con esta división de los Municipios en entidades locales menores (Parroquias, Comunidades o Vecindades) surgiría una nueva entidad local, como un instrumento de participación política, en las cuales actuarían las Juntas de Vecinos como instrumentos de gestión local.

Por supuesto, el aspecto clave para estructurar estas entidades locales, es la distribución de competencias locales en los diversos niveles, dejando en el nivel inferior las competencias estrictamente locales, de mantenimiento y de control. En este nivel no habría competencia, por ejemplo, para hacer un plan de urbanismo, ni un plan de vialidad urbana, sino que las competencias serían básicamente de mantenimiento y de control. Las Juntas de Vecinos encontrarían en estas Juntas Parroquiales, Comunidades o Vecinales su medio de gestión local, y dejarían de ser meros organismos de presión, para que otros niveles tomen la decisión, convirtiéndose en verdaderas instancias político-locales responsables de sus decisiones. Participación es ejercer competencias con responsabilidad; presionar es pretender gobernar sin responsabilidad por las decisiones que otros adoptan.

Pero además, este sistema de gobierno local escalonado daría origen a otras entidades locales nuevas no sólo por debajo del Municipio, sino por encima del Municipio, y esas serían los Distritos. La Constitución, en efecto, señala que "los Municipios podrán ser agrupados en Distritos, y que también podrán constituir Mancomunidades para determinados fines de su competencia..." (art. 28). Esta norma, sin embargo, no ha sido interpretada cabalmente, con imaginación. En nuestro criterio ella puede perfectamente conducirnos a considerar que habría dos formas de agrupar municipios: una agrupación forzosa y una agrupación voluntaria.

En efecto, la Constitución dice que los Municipios podrán ser "agrupados en Distritos; ¿por quién? Evidentemente que no por los propios Municipios, porque éstos lo que pueden hacer es agruparse en Mancomunidades. La agrupación en Distritos corresponde a una instancia superior con competencia en la organización municipal, y esa no es otra que las Asambleas Legislativas de los Estados. En estos casos, la agrupación en Distritos sería forzosa para los Municipios; en cambio, la agrupación de éstos en Mancomunidades, sería producto de un acto voluntario de los Municipios involucrados.

En esta forma, podría establecerse un sistema de agrupación forzosa de Municipios en determinadas áreas, para atender servicios y tareas públicas. Ese sería el caso, por ejemplo, de Caracas; La Ley de Régimen Municipal del Estado Miranda

podría establecer, por ejemplo, en el Area Metropolitana de Caracas, que los Municipios que actúen en ella deben ser agrupados en un Distrito Metropolitano que tendría, por ejemplo, funciones tales como la aprobación del plan de urbanismo; el establecimiento de las tarifas uniformes de los impuestos municipales, el sistema de transporte colectivo y otras similares.

5. La superación del uniformismo del sistema electoral de representación proporcional.

El quinto aspecto de la reforma del régimen local en Venezuela, tiene que incidir en el sistema electoral para la elección de las autoridades municipales y locales. Hemos dicho que la Constitución exige un régimen municipal democrático, por lo que habría que establecer un sistema electoral nuevo para los diversos niveles locales. Así, el Alcalde sería electo por votación universal y directa en todo el Municipio; pero los conehales serían electos uninominalmente en pequeñas circunscripciones territoriales en las que aquéllos se dividan, que hemos denominado Parroquias, Comunidades o Vecindades.

Debe insistirse en que de acuerdo con la Constitución, el sistema de escrutinio por representación proporcional es obligatorio sólo cuando la elección se hace en circunscripciones plurinominales, las cuales son de obligatoria utilización en las elecciones para Senadores y Diputados al Congreso Nacional. Para las elecciones municipales no es constitucionalmente obligatorio establecer, ni las circunscripciones electorales plurinominales, ni el sistema de representación proporcional de las minorías, lo cual se confirmó con la Enmienda Constitucional No. 2. Por ello la propuesta de elegir los Concejales en circunscripciones uninominales, superando el sistema tradicional de elección en circunscripciones plurinominales, mediante listas cerradas y bloqueadas y aplicación del principio de la representación proporcional. Con la elección uninominal la representación de los Concejales sería de las comunidades y vecindades electoras y no de los partidos políticos, lo cual fomenta la elección en circunscripciones plurinominales.

Además, en cada una de estas entidades locales, habría una Junta Parroquial, Comunal o Vecinal presidida por el concejal electo uninominalmente, como Alcalde, e integrada por doso cuatro consejeros más, escogidos de entre los presidentes de las Asociaciones de Vecinos que actúan en la entidad.

La duración del mandato también debería regularse completamente. En esta materia, el artículo 135 de la Constitución establece que los períodos constitucionales del Poder Nacional, son de 5 años, agregando que los períodos de los poderes públicos estatales y municipales deben ser determinados por la Ley, no serán menores de 2 años y mayores de 5 años. Inclusive, si se establece el lapso máximo de 5 años, la Constitución no exige que tenga que ser coincidente con el período constitucional nacional. En todo caso, estimamos que la duración del mandato de

los Concejos Municipales, debe ser de dos años y medio y en cambio, por su carácter de administrador y gobernante local, el Alcalde debe tener un mandato de duración coincidente con el lapso máximo de 5 años.

Por otra parte, en esta materia electoral debe consolidarse definitivamente la separación de las elecciones locales respecto de las elecciones nacionales y estatales, que ya se ha iniciado desde 1979, a los efectos de que la elección municipal tenga su propia entidad.

6. Conclusión

Como puede observarse, en Venezuela no sólo tenemos la contradicción institucional de una federación centralista, sino que también tenemos una contradicción institucional, entre un Municipio perfectamente definido en el texto constitucional, que no termina de ser desarrollado por el legislador en la práctica política, y una realidad municipal impropia de un régimen democrático.

Cierto que ha habido un período de consolidación de la democracia, con un signo claro de Democracia de Partidos, pero pasados estos cinco lustros, hay un consenso que se empieza a advertir tanto para la reforma de este Régimen local, como para llevar adelante, quizás, uno de los más grandes retos que tiene nuestra democracia en el momento actual: comenzar a autoperfeccionarse, a través de la reforma de las instituciones del Estado, reforma que por supuesto, tiene que hacerse mediante los propios mecanismos del sistema democrático, y por supuesto, por los propios partidos.

En tal sentido, la reforma del Régimen Local aparece como un reto del perfeccionamiento de nuestra democracia, porque en definitiva, si queremos que sea más participativa, como está planteado, tenemos que descentralizar el poder y reforzar el nivel municipal. En efecto, partimos del criterio de que no hay, realmente, efectiva posibilidad de participación política, si no hay una efectiva descentralización política a nivel local, llevando el poder cerca del ciudadano, y ello solo es posible lograrlo en un régimen democrático.

Fue con base, precisamente, a las ideas expuestas anteriormente, que el autor elaboró el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, el cual fue presentado a la consideración de los partidos políticos y de las Cámaras Legislativas, al instalarse ésta en enero de 1984.

VI

La jurisdicción contencioso-administrativa

SUMARIO: *Introducción.*- I. *Las características de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.* II. *La Competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.* 1. *Delimitación de la competencia.* 2. *Los poderes del Juez.* 3. *Las excepciones a la competencia.* 4. *Los problemas de la competencia.* III. *El Procedimiento Contencioso-Administrativo.* 1. *Características generales.* A. *Carácter contencioso.* B. *Elementos inquisitivos.* C. *El carácter no suspensivo.* 2. *Los requisitos procesales y la admisibilidad.* A. *La legitimación.* B. *El agotamiento de la vía administrativa.* C. *El lapso para interponer el recurso.* D. *Otros requisitos procesales.* 3. *El auto de admisibilidad.* 4. *Aspectos particulares.* A. *El recurso contencioso de anulación.* B. *El recurso contencioso de plena jurisdicción.* - IV. *Los Recursos Contencioso-Administrativos.*- 1. *Distinción con los recursos administrativos.* 2. *Distinción entre los recursos administrativos.*- V. *El Recurso Contencioso-Administrativo de Anulación.* 1. *Características generales.* 2. *Diferencias con otros medios judiciales de impugnación.* 3. *Objeto del recurso: el acto administrativo.* A. *Las condiciones de recurribilidad de los actos administrativos de efectos particulares.* a. *Que el acto administrativo sea definitivo.* b. *Que el acto administrativo cause estado.* c. *Que el acto administrativo no sea firme.* B. *El caso del silencio administrativo.* 4. *Los motivos del recurso.* A. *Vicios de inconstitucionalidad.*- a. *Violación directa de la Constitución.* b. *La incompetencia de orden constitucional.* a'. *La usurpación de autoridad.* b'. *La usurpación de funciones.* B. *Vicios de ilegalidad.* a. *La violación de la Ley u otra norma de Derecho Administrativo.* b. *Los vicios que afectan los requisitos de fondo de los actos.* a'. *La incompetencia.* b'. *La ausencia de base legal.* c'. *El vicio en el objeto.* d'. *La desviación de Poder.* e'. *El abuso o exceso de poder.* a''. *Vicios en la comprobación de los hechos.* b''. *Vicios en la calificación y aplicación de los hechos.* a'''. *Las violaciones al principio de la racionalidad.* b'''. *Las violaciones al principio de la justicia.* c'''. *Las violaciones al principio de la igualdad.* d'''. *La violación del principio de la proporcionalidad.* c. *Vicios que afectan los requisitos de forma de los actos administrativos.* a'. *Los requisitos adjetivos.* b'. *Los requisitos formales.* d. *Vicios que afectan los efectos de los actos administrativos.* a'. *En relación a los efectos temporales de los actos.* b'. *En relación a la cosa juzgada administrativa.* c'. *En relación a la ejecución de los actos administrativos.* 5. *Decisión del recurso.*- VI. *El Recurso Contencioso-Administrativo de Plena Jurisdicción.*- VII. *El Recurso Contencioso-Administrativo de Interpretación.*- VIII. *El Recurso Contencioso-Administrativo contra la Abstención Administrativa.*

INTRODUCCION

Es indudable que en Venezuela, en la base de la jurisdicción contencioso-administrativa, se encuentra el principio de la legalidad, es decir, aquel axioma jurídico según el cual toda actuación de la Administración Pública debe cumplirse con arreglo a la ley, lo que, por otra parte, es de la esencia del Estado de Derecho⁽¹⁾.

El principio de la legalidad, en este sentido, surge con el Estado de Derecho al formularse la necesidad de que el Estado se someta a la ley, lo que implica que la no sujeción de la Administración a la ley es susceptible de ser considerada por los tribunales. La jurisdicción contencioso-administrativa es, en esta forma, entonces, una de las *garantías* del principio de la legalidad.

En efecto, como se ha visto, los particulares pueden exigir el control de la legalidad y de la oportunidad de los actos administrativos mediante el ejercicio de los recursos administrativos, es decir, del recurso jerárquico, del recurso de reconsideración y del recurso de revisión regulados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981. Estos tres tipos de recursos administrativos permiten a los interesados exigir el control de la legalidad de los actos dentro de la propia Administración, además de que les permite exigir un control y revisión de la oportunidad de los actos cuestionados. Es decir, en el ámbito administrativo puede decirse que, además de la garantía de la legalidad, existe la garantía del control de la oportunidad o inoportunidad de una actuación administrativa.

Pero fuera del seno de la propia Administración, el principio de la legalidad tiene su respuesta en la garantía jurisdiccional frente a los actos y las actuaciones administrativas, la cual se configura en la jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, en el conjunto de órganos jurisdiccionales encargados de controlar el cumplimiento del principio de la legalidad y de la legitimidad por la Administración, por sus actos y actividad administrativa, y por las relaciones jurídico-admini-

(1) Antonio Moles Caubet, *El principio de Legalidad y sus Implicaciones*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Caracas, 1974.

nistrativas, en las cuales aquélla intervenga⁽²⁾.

La norma fundamental que consagra esta jurisdicción en Venezuela está contenida en el artículo 206 de la Constitución de 1961, cuyo texto es el siguiente: "La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás Tribunales que determine la ley". "Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa". Ha sido precisamente con base en esta norma constitucional que en Venezuela se construyó la teoría del contencioso-administrativo *venezolano*, destacándose además su importante efecto en lo que se ha llamado el proceso de constitucionalización del derecho administrativo. Con arreglo a esta teoría, elaborada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁽³⁾ y desarrollada por la doctrina nacional⁽⁴⁾, se elaboró la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976⁽⁵⁾ que regula en la actualidad, transitoriamente, el procedimiento contencioso-administrativo y los órganos de esta jurisdicción especial.

En efecto, de acuerdo a la Constitución, y a la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la jurisdicción contencioso-administrativa en Venezuela está integrada al Poder Judicial, por lo que los tribunales que tienen competencia en esta jurisdicción, lo que tienen en realidad es una competencia especial. En Venezuela, por tanto, el derecho administrativo no se construye con base en los

-
- (2) Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y La Jurisprudencia Venezolana*, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, pp. 295 y ss.
- (3) Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo V, *La Jurisprudencia Contencioso-Administrativa*, Vol. 1 y 2, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1978.
- (4) Luis Torrealba Narváez, "Consideraciones acerca de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, su Procedimiento y Algunas Relaciones de este con el de la Jurisdicción Judicial Civil", en *Avales de la Facultad de Derecho*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1951; Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, 4a. edición, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1978; Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones...*, *op. cit.*, pp. 295 y ss. Hildegard Rondón de Sansó, *El Sistema Contencioso-Administrativo de la Carrera Administrativa*. Instituciones. Procedimiento y Jurisprudencia. Ediciones Magón, Caracas, 1974.
- (5) Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia del 30 de julio de 1976 en Gaceta Oficial No. 1.893, Extraordinaria del 30-7-76.

critérios de distinción entre jurisdicción judicial y jurisdicción administrativa, tan extendido en el derecho administrativo francés. Por ello, sin lugar a dudas, puede decirse que la evolución y la concepción de la jurisdicción contencioso-administrativa en Venezuela es distinta de la que surge en Francia. En efecto, en Venezuela hay una tradición bastante larga de una competencia especializada de determinados tribunales para conocer de litigios en los cuales interviene la Administración, per integrados en el poder Judicial⁽⁶⁾. Por ejemplo, en materia de anulación de actos administrativos, es la Constitución de 1925 la que por primera vez consagró la posibilidad de que la antigua Corte Federal y de Casación declarase la nulidad de ciertos actos, decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo, referidos más precisamente, en esa época, a los decretos y reglamentos del Presidente de la República y de los actos ejecutados con "extralimitación de facultades"⁽⁷⁾. Este principio, establecido en 1925 tuvo una evolución bastante rápida, pues en la Constitución de 1931 se amplió a todos los actos administrativos e incluso agrega, los viciados "de ilegalidad o abuso de poder"⁽⁸⁾.

Pero la competencia atribuida a la Corte Suprema de Justicia en materia administrativa no se inicia en el año de 1925, sino que realmente se remonta a la Constitución del año 1830, la cual atribuyó a la Corte competencia para conocer de controversias que resultaran de contratos o negociaciones en los cuales interviniera el Ejecutivo Nacional⁽⁹⁾. Esta competencia se amplió en 1864 y se estableció la distinción entre "juicios civiles cuando sea demandada la República" y "contratos o negociaciones que celebrare el Presidente de la Unión", lo que permite ver una aplicación de la célebre "Teoría del Fisco"⁽¹⁰⁾.

En el año de 1925, la Constitución también se refiere a la materia de contratos, al regular en forma ampliada las competencias del Tribunal Supremo para conocer las cuestiones de nulidad, caducidad, resolución, alcance, interpretación y cumplimiento de los contratos celebrados por el Ejecutivo Nacional⁽¹¹⁾, y en el texto de 1961, se aclaró definitivamente el panorama, como se deduce de la norma citada

(6) Martín Pérez Guevara, "Prólogo", en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo II, *Ordenamiento Orgánico y Tributario del Estado*, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1976, pp. 1-10.

(7) Artículo 119, ordinales 12 y 42, Constitución 1925.

(8) Artículo 120, ordinal 12, Constitución 1931.

(9) Artículo 147, ordinal 5, Constitución 1830.

(10) Artículo 89, ordinales 6 y 10, Constitución 1864.

(11) Artículo 120, ordinal 13, Constitución 1925.

contenida en el artículo 206, la cual incluye la competencia de la Corte en materia de responsabilidad de la Administración en general, lo cual abarca no sólo la contractual, sino también la extracontractual. Este principio ha sido desarrollado en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976.

Se puede decir por tanto que en Venezuela, la jurisdicción contencioso-administrativa surge en materia de contencioso de anulación en 1925, y en materia de plena jurisdicción, en el ámbito contractual en 1830, como un fuero judicial especial para la Administración Pública.

I. Las características de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

El proceso de configuración de esta jurisdicción especial culmina en la Constitución de 1961, y del texto constitucional, ahora desarrollado por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, pueden distinguirse algunas características fundamentales de la misma, que analizaremos a continuación.

En primer lugar, como se ha señalado, no se trata de una jurisdicción administrativa en contraposición a la jurisdicción ordinaria civil o mercantil, sino de una competencia especializada dentro de un único Poder Judicial que corresponde a ciertos tribunales, a la cual están sometidas ciertas personas derecho administrativo y que juzga determinados actos de éstas, o relaciones jurídicas de derecho administrativo; y esa jurisdicción especial, con competencia específica, se le atribuye a la Corte Suprema de Justicia, como principio general, la cual se había venido ampliando al atribuirse también en forma especializada a determinados tribunales como los Tribunales de Impuesto sobre la Renta, sustituidos recientemente por los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Tributario; el Tribunal de la Carrera Administrativa, el Tribunal Superior Agrario y el Tribunal de Inquilinato. La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, además, ha creado tribunales con competencia general contencioso-administrativa en forma transtiroia: la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo y los Tribunales Superiores con competencia en esta materia⁽¹²⁾.

En segundo lugar, aparte de tratarse de una jurisdicción especial, la jurisdicción contencioso-administrativa tiene por objeto controlar a la Administración Pública, y en este sentido la noción de "Administración Pública" puede delimitarse, según los casos, conforme al artículo 206 de la Constitución, de acuerdo a un criterio material o un criterio orgánico. De acuerdo al criterio material, cuando la Constitución se refiere a la "responsabilidad de la Administración" en realidad se refiere a las consecuencias de una actividad pública administrativa, poniendo mayor énfasis en la actuación que en la persona actuante. Con base al criterio orgánico por

(12) Véase lo indicado anteriormente, pp. 589 y ss. Tomo II.

administrativa se establece como un fuero general, respecto de casi todas las personas jurídicas estatales. Por tanto, no sólo los juicios de nulidad de actos administrativos emanados de los entes de derecho público corresponden a esta jurisdicción, sino que también compete a sus órganos el conocimiento de las demandas por cualquier causa intentadas no sólo contra los entes públicos, sino también contra las empresas del Estado⁽¹⁶⁾.

Por otra parte, el control contencioso-administrativo, puede ser de la legitimidad o de la legalidad de la actuación de los entes de la Administración. Mediante el control de la legalidad de los actos administrativos, los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, mediante su competencia de *anulación*, pueden anular los actos administrativos, generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; e incluso pronunciar condenas a la Administración (pago de daños por ejemplo) como consecuencia de la anulación del acto. Mediante el control de la legitimidad de la actuación de los órganos de la Administración, los tribunales contencioso-administrativos deben vigilar que dicha actuación no se realice sin título determinado, es decir, sin poder legítimo fundado en la Ley. El conocimiento de estas cuestiones que no conllevan la anulación de un acto administrativo, da origen a una competencia llamada de *plena jurisdicción*, la cual implica la posibilidad para declarar a la Administración responsable por daños y perjuicios, restablecer situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la Administración, o condenar al pago de sumas de dinero a la Administración. En definitiva, esta competencia de plena jurisdicción da origen a potestades judiciales de condena, pura y simplemente.

II. La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Definidas las características de esta jurisdicción, interesa precisar cuál es la competencia de la misma, y los problemas a analizarse con tal motivo son, por una parte, determinar la materia que esta jurisdicción está obligada a conocer y, por la otra, precisar los poderes del Juez en el conocimiento de esa materia a la cual está obligado a conocer, teniendo en cuenta que en Venezuela, la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa es de orden público⁽¹⁷⁾.

1. Delimitación de la competencia

En cuanto a la delimitación de la competencia, en términos generales, la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en Venezuela ya no está esta-

(16) Artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y Allan R. Brewer-Carías, *Régimen Jurídico...*, op. cit., pp. 78 y ss.

(17) Artículo 6 del Código Civil.

blecida exclusivamente por la materia, como sucedía antes de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Así, puede decirse que antes de 1976, dicha competencia se establecía por la naturaleza de los litigios en que intervenía la Administración Pública y, por supuesto, para determinar esa naturaleza, decían tenerse particularmente en cuenta las tres nociones que indica el artículo 206 de la Constitución: actos administrativos, Administración y actividad administrativa. Empleando estos tres elementos se podía decir, entonces, que la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa abarcaba el conocimiento de los litigios en que la Administración era parte, originados ya sea en sus actos administrativos o en su actividad administrativa⁽¹⁸⁾.

La ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 ha variado esta definición de la competencia por la materia, y ahora se define como un fuero de los órganos del Estado o de los Sujetos de derecho público. Así, es competente la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de los juicios de nulidad contra las personas jurídicas de derecho público estatales y contra las empresas de Estado⁽¹⁹⁾.

En todo caso, este ámbito de competencia debe precisarse. En primer lugar implica, como es obvio, la exclusión de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa de las actividades de otros entes jurídicos extraños al Estado venezolano y a la Administración Pública venezolana. Litigios entre particulares, por ejemplo, no pueden ser objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa, y un conflicto entre partes privadas no puede ser llevado nunca ante esa jurisdicción, así como tampoco lo puede ser un litigio en el cual interviene un Estado extranjero y un particular. En definitiva, para que intervenga la jurisdicción contencioso-administrativa, es necesario que en el conflicto incida una actividad realizada por una persona jurídica estatal. Este elemento es el que nos ha llevado a pensar que la mayoría de los litigios de los cuales conoce el Tribunal de Apelaciones de Inquilinato no son contencioso-administrativos, porque la esencia de los mismos es en realidad, un conflicto entre particulares. En la reclamación de un reintegro pago indebido de alquileres, es un inquilino quien reclama a un arrendador, por lo que materialmente, el conflicto por el mayor o menor canon de arrendamiento pagado entre el inquilino y arrendador, es un conflicto entre partes, donde la Administración muy poco hace, y si en algo hay una intervención administrativa por razones de interés social, esa actuación se limita a la determinación de un elemento del contrato de arrendamiento: el canon, pero el litigio que surge es realmente un litigio entre particulares.

(18) Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones...*, op. cit., pp. 108 y ss.

(19) Artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En segundo lugar, el principio también implica la exclusión de toda competencia de esta jurisdicción en relación a los actos legislativos, judiciales y de gobierno. Esto no implica, por supuesto, que los actos administrativos de las Cámaras Legislativas y de los Tribunales no sean recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Un acto de policía interna de las Cámaras, o un acto de éstas relativo al Estatuto del Personal de sus funcionarios permanentes, son actos administrativos recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, a pesar de que emanen de un órgano legislativo, el cual, en este caso, actúa en ejercicio de una función administrativa. Por ello, al señalar que quedan excluidos los actos legislativos, en realidad nos referimos a los actos cumplidos en ejercicio de la función legislativa o de gobierno; pero los actos que se cumplen por dichos órganos legislativos, en ejercicio de la función administrativa, sí son actos susceptibles de ser recurridos ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Este mismo razonamiento se aplica respecto de los actos administrativos del Poder Judicial⁽²⁰⁾.

En cuanto a los actos de gobierno, es decir, aquellas actividades del Poder Ejecutivo cumplidas en ejercicio directo de la Constitución, quedan también excluidas de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues caen bajo el ámbito de la jurisdicción constitucional⁽²¹⁾.

2. Los poderes del Juez

Pero al hablar de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, además de determinar su ámbito, debemos precisar cuáles son los poderes que el Juez puede ejercer en relación a las materias de las cuales puede conocer.

En efecto, en primer lugar, el Juez contencioso-administrativo puede declarar la nulidad de los actos administrativos por ilegalidad, en general, por contrariedad al derecho. Ello está establecido no sólo en los artículos 206 y 215 de la Constitución, sino también en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, cuya normativa es la que regula legalmente, por ahora, esta competencia en Venezuela. Conforme a estas normas, la Corte Suprema de Justicia y los tribunales con competencia en lo contencioso-administrativo, tienen competencia para conocer de "la nulidad de actos administrativos, generales o individuales, contrarios a derecho, incluso por desviación de poder". Esto es lo que da origen a un tipo de competencia, que es la *competencia de anulación*, y pr tanto, a un tipo de recurso para que se produzca el ejercicio de esta competencia por la Corte, o sea, el recurso contencioso-administrativo de anulación.

(20) Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones...*, op. cit., pp. 108 y ss.

(21) *Idem*, y Allan R. Brewer-Carías, *El Control de la Constitucionalidad de los Actos Estatales*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos, No. 2, Caracas, 1977.

Pero además de declarar la nulidad de los actos administrativos, al declarar procedente el recurso en la sentencia definitiva⁽²²⁾ el Juez contencioso administrativo puede declarar inadmisibile el recurso, cuando no se cumplen las condiciones de recurribilidad o requisitos procesales del mismo, lo cual si bien debe decidirse en el auto de admisión, puede serlo posteriormente, en la decisión definitiva⁽²³⁾. Pero además, de acuerdo al artículo 131 de la Ley Orgánica, con la pretensión de anulación puede también formularse una demanda de condena derivada, precisamente de esa anulación, y así la sentencia, además de anular el acto, puede resolver condenar a la Administración al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios, originados en responsabilidad de la administración, así como disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

Aparte de estas cuestiones de anulación o de inadmisibilidad que se pueden suscitarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, deben destacarse todas las otras cuestiones en las cuales no se plantea pura y simplemente, la nulidad de actos administrativos. En efecto, la Constitución en su artículo 206 también atribuye competencia a los tribunales contencioso-administrativos para restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. Ello da origen, a la *competencia de plena jurisdicción* regulada en la Ley Orgánica de la Corte de Justicia, en la cual los tribunales contencioso-administrativos no entran a declarar o no la nulidad de un acto administrativo por motivos de ilegalidad, sino que, tienen una competencia amplia y plena, para conocer y decidir con plenitud, dentro de los límites de su competencia, de todas las demandas que se intenten contra los entes públicos estatales y empresas del Estado⁽²⁴⁾.

En esta forma, de acuerdo a la Ley de 1976 en el caso del contencioso de plena jurisdicción, la decisión del Juez puede ser cualquier decisión jurídicamente útil que se solicite, en la cual no esté envuelta la nulidad de un acto administrativo. Esto cambia la situación que existía antes de la Ley^(24 bis). La Constitución, en ese sentido, señala algunos supuestos de la competencia de plena jurisdicción cuando insiste en su artículo 206 sobre "la condena al pago de sumas de dinero, la reparación de daños y perjuicios, originados por responsabilidad de la Administración; o el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa".

(22) Artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(23) Artículos 115, 124 y 130 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(24) Artículos 103 y ss., y 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(24 bis) Véase la situación anterior en Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales...*, cit. pp. 336 y ss.

De acuerdo a esta norma, es indudable que estamos ante una competencia plena, lo suficientemente amplia como para admitir cualquier tipo de pedimento frente a la Administración e parte de un particular lesionado, por supuesto, en un derecho subjetivo, antes de la ley de 1976, incluso, en la competencia de plena jurisdicción, el Juez contencioso podía conocer de la anulación de actos administrativos. En este sentido, debe indicarse que si bien había una distinción entre el recurso de anulación, por una parte, y el recurso de plena jurisdicción, por la otra, ello no implicaba que en el recurso de plena jurisdicción no se pudiera pedir la nulidad de un acto, cuando un particular intentaba una demanda contra la Administración, exigiendo por ejemplo, una indemnización por determinada cantidad de dinero, por resolución unilateral de un contrato, en la cual plateaba la nulidad del acto administrativo que le negó el pago de esa cantidad o del acto administrativo que ordenó la resolución del contrato, sin que se acordara la indemnización. En estos casos, sin embargo, el problema estaba en determinar los efectos de la anulación. Dada la naturaleza de la contención que se establecía en el recurso de plena jurisdicción, que era realmente una contención entre una parte y el Estado por el restablecimiento de una situación jurídica subjetiva lesionada, su decisión tendría efectos *inter partes*. Por ella podía surgir la pregunta de si la decisión que el Juez tomase anulando un acto en el caso de un recurso de plena jurisdicción, era una decisión que tenía solo efectos *inter partes*; o, al contrario, efectos *erga omnes*, como serían los de la anulación dictada por vía del recurso contencioso-administrativo de anulación⁽²⁵⁾.

A partir de 1976, esta situación ha cambiado, pues si la pretensión de condena a la Administración, deriva de la ilegalidad de un acto administrativo, debe formularse la pretensión de anulación, y anexo a ella en el contencioso de anulación, la pretensión de condena de acuerdo a lo previsto en el citado artículo 131 de la Ley Orgánica. En esta forma el contencioso de plena jurisdicción después de la Ley de 1976, queda reducido a las demandas contra la República y los otros entes estatales, exclusivamente, sin que en ella se planteen pretensiones de anulación. y el contencioso de anulación se convirtió en un *contencioso de los actos administrativos*, sea reducido solo a la pretensión de anulación de los mismos o con pretensiones de condena anexas a ésta.

En tercer lugar, además de los poderes de anulación y de plena jurisdicción, un tercer tipo de competencia puede ser ejercida por la jurisdicción contencioso-administrativa. Se trata de las competencias de interpretación.

En relación a estas últimas, debe señalarse que antes de 1976 no era usual hablar en Venezuela de que existiera una competencia de interpretación en el ámbito

(25) "Nos habíamos inclinado por la primera solución, dada la naturaleza del recurso". Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones...*, *op. cit.*, pp. 336 y ss.

de la jurisdicción contencioso-administrativa. En efecto, el problema no se había planteado ni siquiera en la doctrina hasta 1965 cuando con motivo de un litigio particular, hubo la oportunidad de trabajar un problema contencioso de interpretación, basado en el análisis de la existencia en Venezuela de un recurso contencioso-administrativo de interpretación en materia contractual, fundamentando en la antigua Ley Orgánica de la Corte Federal cuyas normas atribuían a la Corte Suprema de Justicia competencia para conocer, en juicio contencioso, de todas las cuestiones por nulidad, resolución, *alcance*, *interpretación*, etc., en relación a los contratos suscritos por la Administración Pública Nacional⁽²⁶⁾. Por otra parte, en la Ley de Carrera Administrativa de 1970 se consagró de la misma manera el recurso de interpretación, ante el Tribunal de la Carrera Administrativa, en relación a las dudas que surgeran en cuanto a la aplicación e interpretación de dicha Ley y su Reglamento, aclarándose que el ejercicio de dicho recurso no podía ser motivo para la paralización de ninguna medida que las autoridades competentes puedan ordenar⁽²⁷⁾. Mediante esta norma legal se puede decir que prop primera vez en Venezuela se consagró expresamente la competencia de interpretación atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa, aun cuando en este caso, limitada al contencioso funcional.

Posteriormente, en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se estableció en forma general, la competencia del Supremo Tribunal para “conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales”, pero “en los casos previstos en la Ley”⁽²⁸⁾, con lo cual queda por ser regulada dicha competencia. En base a ello, en todo caso, la Corte Suprema se ha reservado conocer, incluso, del recurso de interpretación previsto en la Ley de Carrera Administrativa.

Una cuarta competencia general de la jurisdicción contencioso-administrativa deriva de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, y es la atribuida a la Corte y a los Tribunales Superiores respectivos, para “conocer de la abstención o negativa de los funcionarios nacionales, estatales y municipales a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas”^(28 bis).

(26) Allan R. Brewer-Carías y Enrique Pérez Olivares, “El Recurso Contencioso-Administrativo de Interpretación en el Sistema Jurídico Venezolano”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Central de Venezuela, No. 32, Caracas, 1965, pp. 103-126.

(27) Artículo 64 de la Ley de Carrera Administrativa.

(28) Artículo 42, ordinal 24 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(28 bis) Artículos 42, ordinal 23, y 182 ordinal 1, LOCSJ. Véase Allan R. Brewer-Carías, “La abstención, silencio y negativa de la Administración y su control” en *El Derecho Venezolano en 1982*, UCV, Caracas 1982, pp. 603 y ss.

3. Las excepciones a la competencia.

Ahora bien, el principio que se deduce de todo lo anteriormente señalado, de reservar a los tribunales contencioso-administrativos competencia para declarar la nulidad de los actos administrativos, generales o individuales, y para conocer de los recursos de plan jurisdicción y de interpretación, tiene en Venezuela algunas excepciones sobre todo en materia de anulación de actos administrativos. En efecto, en dos supuesto tribunales que no pertenecen a la jurisdicción contencioso-administrativa tendrían competencia, hasta cierto punto, para declarar la nulidad de ciertos actos administrativos: se trata de algunos supuestos relativos a procedimiento de amparo y de expropiación, ambos relacionados con la protección de la libertad personal y de la propiedad.

En primer lugar, en el procedimiento de amparo a la libertad personal —*habeas corpus*— el Juez Penal tiene competencia para anular actos administrativos restrictivos a la libertad personal, al ordenar, por ejemplo, la excarcelación de una persona. Implícitamente la orden de excarcelación implica indudablemente, la anulación del acto por el cual se ordenó el encarcelamiento. En este supuesto, se trata de un tribunal penal declarando la nulidad de un acto administrativo *indirectamente*. Pero debe quedar claro que esta excepción sólo puede darse en el procedimiento de amparo a la libertad personal, es decir, de *habeas corpus*, regulado en las Disposiciones Transitorias de la Constitución de 1961⁽²⁹⁾. Respecto de cualquier otro recurso de amparo que se ejerza en relación a cualquier otra libertad o garantía constitucional, un tribunal ordinario no podría nunca decidir, ni siquiera indirectamente, en relación a la legalidad de una actuación administrativa. En este sentido debe destacarse la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa y en Sala de Casación Penal, declarando la incompetencia de los tribunales penales ordinarios para conocer de la legalidad de las actuaciones de la Administración Pública con ocasión del ejercicio de recursos de amparo distintos al de *habeas corpus*⁽³⁰⁾.

Aparte de la excepción referida al amparo de la libertad personal, otro supuesto que también podría verse como una excepción al principio de la exclusiva competencia de anulación de actos administrativos de la jurisdicción contencioso-administrativa, está previsto en el procedimiento de expropiación, el cual prevé, como una de las causas de oposición a la expropiación, la violación de la Ley⁽³¹⁾. En

(29) Disposición Transitoria Quinta de la Constitución de 1961.

(30) Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975.

(31) Ley de expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social y Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo VI, *Propiedad y Expropiación*, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979.

esos casos, cuando se alega ante un Juez Civil con competencia en materia de expropiación, la oposición al procedimiento basada en violación de Ley, al decidir esa oposición, el juez en realidad decide sobre la ilegalidad de la actuación administrativa, configurándose entonces la competencia que se señala de un Tribunal Civil en relación a la declaratoria o no de la nulidad de un acto administrativo.

4. Los problemas de la competencia

Por último, y en relación a la competencia, en general debe señalarse que ante la jurisdicción contencioso-administrativa pueden plantearse los problemas generales de la competencia, es decir, la acumulación de acciones y las cuestiones prejudiciales. En este último caso, nuestro criterio es que la prejudicialidad civil en el procedimiento contencioso-administrativo, por ejemplo, no suspende el procedimiento, sino que es el tribunal contencioso-administrativo quien debe conocer de la misma. En cuanto a la prejudicialidad administrativa en el proceso civil, al contrario, estimamos que el procedimiento civil debería suspenderse y remitirse la cuestión a los tribunales contencioso-administrativos competentes para su decisión⁽³²⁾.

Por otra parte, en relación con la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, debe señalarse que también pueden plantearse conflictos de competencia en materia de contencioso-administrativo, por ejemplo, entre tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. En estos casos, es la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa quien debe decidir los conflictos⁽³³⁾.

III. El procedimiento contencioso-administrativo.

Al hablar del procedimiento contencioso-administrativo, el primer punto que había que destacar es que en Venezuela no existe una ley especialmente destinada a regular la jurisdicción contencioso-administrativa⁽³⁴⁾. Ha sido sólo en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, donde se han regulado los

(32) Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones...*, op. cit., pp. 331 y ss.

(33) Artículo 42, ordinal 21, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y artículo 215, ordinal 9 de la Constitución, 1961.

(34) Debe indicarse que en 1971 se preparó por la Comisión de Administración Pública un Proyecto de Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el cual se incorporó junto con los Proyectos de Ley Orgánica de la Administración Pública Nacional de Ley Orgánica de Entidades Descentralizadas, de Ley de Procedimientos Administrativos y de la Ley de la Jurisprudencia Constitucional como parte de la Reforma del Régimen Jurídico de la Administración. Véase en el *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional*, Comisión de Administración Pública, Vol. II, Caracas, 1972, pp. 439 y ss.

aspectos centrales del procedimiento contencioso-administrativo aplicable no sólo a los juicios que se desarrollan ante la propia Corte Suprema, sino transitoriamente ante los otros tribunales contencioso-administrativos que regula: la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo y los tribunales superiores con competencia en la materia. En esta normativa, la Ley Orgánica recogió una rica tradición jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo.

A continuación destacaremos aspectos importantes del procedimiento contencioso-administrativo, insistiendo en las características generales previstas en la Ley; los requisitos procesales; y algunos aspectos particulares.

1. Características generales

A. Carácter contencioso

En primer lugar, se trata de un procedimiento de carácter contencioso; de ahí el mismo nombre de contencioso-administrativo, aun cuando debe decirse que dicho carácter no lo tuvo inicialmente en Venezuela. Sin embargo, por principios establecidos en los artículos 103 y siguientes de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y por la aplicación jurisprudencial, está perfectamente configurado el procedimiento como teniendo por base una contención, con un actor "demandante" en el caso del recurso de plena jurisdicción, y un "recurrente" en el supuesto del recurso de anulación. En este último no debe hablarse propiamente de demandante pues en el mismo, realmente, no se demanda a la Administración, sino que lo que se demanda es la nulidad de un acto, y quien demanda la nulidad del acto puede inclusive, ser la propia Administración⁽³⁵⁾. Por ello, a pesar de que hay una *contención* sobre la legalidad, en nuestro criterio, en el caso del recurso de anulación no es propio hablar de demandante, sino de *recurrente*. La contención insistimos, es en torno a un acto, no necesariamente contra una Administración Pública determinada; recae sobre un acto administrativo que puede ser recurrido por un particular; pero que puede ser definido o no por la Administración, según su conveniencia; e inclusive el acto puede ser recurrido por la propia Administración, por ser el Procurador General de la República o el Fiscal General de la República quien acuda a la Corte, pidiendo la nulidad del acto administrativo⁽³⁶⁾ y el acto pueda que beneficie a un particular que puede resultar siendo el defensor del acto ante el tribunal⁽³⁷⁾. En este caso, queda claro que no podría hablarse de demandante y demandado porque ni demandante sería el Procurador o Fiscal, ni demandado el particular que defiende el acto⁽³⁸⁾.

(35) Véase, por ejemplo, artículo 116 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(36) Artículo 116 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(37) Artículo 137 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(38) Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones... op. cit.*, pp. 304 y ss.

En el supuesto del procedimiento contencioso de anulación, por tanto, es más propio hablar de *recurrente*, y de *defensor* del acto, que puede ser cualquier interesado; y así como el interés personal, legítimo y directo cualifica la legitimación activa para solicitar la nulidad del acto, ese mismo interés legítimo es exigido en la legitimación pasiva, en la defensa de dicho acto⁽³⁹⁾.

En todo caso el carácter contencioso se materializa en el hecho de que en el procedimiento siempre hay un "emplazamiento", aun cuando no una "citación". En efecto, intentado el recurso en el auto de admisión el Juez debe resolver notificar al Fiscal General de la República y según los casos, al funcionario que haya dictado el acto y al Procurador General de la República⁽⁴⁰⁾ y emplazar los interesados mediante cartel, para que tengan oportunidad de decir lo que les convenga en defensa de sus intereses en el recurso⁽⁴¹⁾. Eso da oportunidad, por tanto, a que el acto recurrido sea defendido, inclusive por particulares, que puedan beneficiarse del mismo. En el procedimiento, además, confirma el carácter contencioso de las pretensiones, el lapso de pruebas que se abre⁽⁴²⁾.

B. Elementos inquisitivos

La segunda característica del procedimiento contencioso-administrativo deriva de los elementos inquisitorios del mismo. A diferencia del procedimiento civil, normalmente de carácter acusatorio pues la iniciativa del procedimiento está sólo en las partes, en el caso del procedimiento contencioso-administrativo, la iniciativa, además de estar en las partes, en virtud de ley expresa está en el propio Juez, quien interviene en la dirección del procedimiento y en la promoción de pruebas. En todo caso, estas facultades inquisitorias requieren texto expreso, por lo que en ausencia de estas autorizaciones legales expresas rige el artículo 82 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que establece que "la Corte conocerá de los asuntos de su competencia a instancia de parte interesada, salvo los casos en que pueda proceder de oficio de acuerdo con la Ley".

En efecto, la ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia atribuye al Juez poderes para dirigir el procedimiento, al dejarle a su decisión el solicitar el expediente a la Administración cuando se intenta un recurso de anulación de un acto administrativo, sin necesidad de que el particular lo exija⁽⁴³⁾. El Juez además, es quien

(39) Artículo 137 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(40) Artículos 115 y 125 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(41) Artículos 115 y 125 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(42) Artículo 126 de la ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(43) Artículo 123 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

debe resolver, de oficio, notificar al Procurador General de la República sin que el particular lo solicite⁽⁴⁴⁾. El propio Juez, por otra parte, es quien debe resolver emplazar o no a los interesados mediante cartel⁽⁴⁵⁾. O sea, en el procedimiento contencioso-administrativo, el Juez tiene un amplio poder de dirección del mismo, que ejerce de oficio, sin que haya instancia de parte, en los casos previstos en la Ley en forma expresa.

Otro aspecto fundamental de los elementos inquisitivos del procedimiento, es la posibilidad del Juez de intervenir en las pruebas, es decir, de promoverlas y evacuarlas. En efecto, en el contencioso de anulación, estando de por medio una situación jurídica objetiva cuestionada por un particular, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia autoriza al Juez, en cualquier estado de la causa, para promover y evacuar pruebas, aun cuando las partes no las pidan. En este sentido, la Ley Orgánica expresamente establece que la Corte podrá "solicitar las informaciones y hacer evacuar de oficio las pruebas que considere pertinentes"⁽⁴⁶⁾.

C. El carácter no suspensivo

Pero aparte del carácter contencioso y del carácter inquisitorio, hay una tercera característica del procedimiento contencioso-administrativo, y es el *carácter no suspensivo* del procedimiento. En efecto, el hecho de que se intente un recurso contencioso-administrativo no implica, en principio, que el acto recurrido se suspenda en sus efectos. El principio que rige es totalmente el contrario, es decir, es el de la *ejecutoriedad* de los actos administrativos, cuyos efectos no se suspenden cuando se intenta contra los mismos cualquier tipo de recurso, pudiendo, a pesar de ello, ser ejecutados por la Administración⁽⁴⁷⁾.

Esta característica del procedimiento contencioso-administrativo es muy importante por sus consecuencias, y fundamentalmente en relación al procedimiento que conforme al artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se le puede formular al Juez de suspender los efectos del acto administrativo cuando su ejecución pueda causar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva. Esta competencia de los tribunales contencioso-administrativos de

(44) Artículo 125 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(45) Artículos 116 y 125 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(46) Artículo 129 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(47) Allan R. Brewer-Carías, "Aspectos de la Ejecutividad y ejecutoriedad de los Actos Administrativos Fiscales y la Aplicación del principio *Solve et Repete*", en *Revista de Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, No. 33, Caracas, 1965, pp. 17-26, y en *Revista del Ministerio de Justicia*, No. 53, Caracas, 1965, pp. 67-86.

decidir la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado por vía de previo pronunciamiento, antes de su consagración legal expresa en la Ley Orgánica, había sido establecida jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia desde hace años⁽⁴⁸⁾. En todo caso, confirma el principio de que intentado un recurso, ello no implica que el acto queda suspendido en sus efectos, lo cual también se ha regulado, ahora, expresamente en materia de recursos administrativos.⁽⁴⁹⁾

El principio por otra parte tiene una serie de aplicaciones en el campo administrativo, y un derivado del mismo es el llamado principio del *solve et repete*, que implica que para intentar ciertos recursos administrativos fiscales es necesario haber satisfecho o pagado la contribución debida o haberla afianzado cuando la Ley lo admite, para poder reclamar. En estos casos inclusive, el propio pago o afianzamiento se constituye en uno de los requisitos procesales para que se admita el recurso⁽⁵⁰⁾.

2. Los requisitos procesales y la admisibilidad

En el procedimiento contencioso-administrativo también con carácter general pueden distinguirse tres requisitos procesales; la legitimación; el agotamiento de la vía administrativa; y la interposición del recurso en tiempo útil, además de otros establecidos en los artículos 84, 111 y 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.⁽⁵¹⁾

Por su especial importancia en el procedimiento los analizaremos separadamente, no sin advertir que operan como condiciones de admisibilidad de los recursos.

A. La legitimación

En cuanto a la legitimación como requisito procesal, ésta varía según el tipo de recurso y el tipo de objeto de algunos de ellos. En efecto, en la legitimación debe

(48) Allan R. Brewer-Carías. "Los Efectos no Suspensivos del Recurso Contencioso-Administrativo de Anulación y sus Excepciones", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Central de Venezuela, No. 37-38, Caracas 1968, pp. 293-302.

(49) Artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

(50) Allan R. Brewer-Carías, "Aspectos de la Ejecutividad...", *op. cit.*, y artículo 122 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(51) Allan R. Brewer-Carías, "Aspectos Procesales de la Decisión sobre la Admisibilidad o Inadmisibilidad en los Recursos Contencioso-Administrativos de Anulación", en Moles Caubet y otros, *Contencioso-Administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos, No. 10, Caracas, 1981, pp. 125-178.

ante todo distinguirse la legitimación para intentar un recurso de anulación de aquella que se exige para intentar un recurso de plena jurisdicción⁽⁵²⁾.

En el caso de un recurso de anulación debe indicarse que la legitimación también depende del objeto del acto. Si el acto que se impugna es un acto administrativo de efectos generales, por ejemplo, un reglamento, la legitimación activa exigida es la de un simple interés calificado, es decir, el interés de cualquier ciudadano por la legalidad de la actuación administrativa, siempre que ésta lo afecte en alguna forma en sus derechos e intereses⁽⁵³⁾. Se trata por tanto de un simple interés particularizado.

Si por el contrario se trata de un acto administrativo de efectos particulares, la legitimación activa exigida es la de un interés legítimo, personal y directo⁽⁵⁴⁾, o sea, que el interés en la legalidad sea especialmente calificado y especialmente protegido por el legislador, por ser el recurrente, por ejemplo, la persona destinataria del acto, o por estar colocado en una especial situación de hecho frente a dicho acto administrativo que exija aquella protección.

En esta forma, por ejemplo, la legalidad o no de un acto administrativo fiscal que establece una multa o que liquida un impuesto, puede ser impugnada por el destinatario de dicho acto quien tiene evidentemente un interés legítimo, personal y directo en su legalidad. Un tercero que no tiene interés en cuanto a los impuestos que paga o no otra persona, no tendría la legitimación activa necesaria para recurrir ese acto de carácter fiscal. Pero el interés legítimo también puede surgir por la especial situación de hecho en que un particular se encuentre. Por ejemplo, el recurso contra un permiso ilegal de construcción sobre un inmueble urbano otorgado por una autoridad municipal, puede ser impugnado por los propietarios de inmuebles vecinos al ilegalmente permisado, en cuyo caso, el interés legítimo, personal y directo surge de la especial situación de hecho en que se encuentran respecto a aquél.

En cuanto a la legitimación pasiva en el recurso contencioso de anulación, ésta corresponde a los interesados a quienes se emplaza y quienes deben tener un interés legítimo, personal y directo en el mantenimiento del acto, si se trata de un acto administrativo de efectos particulares; o un interés calificado si

(52) Allan R. Brewer-Carías, "El Recurso Contencioso-Administrativo contra los Actos de Efectos Particulares", en *El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, Ediciones del Instituto de Derecho Público, Caracas, 1979, pp. 169-194.

(53) Artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(54) Artículos 121 y 124, ordinal 1o. de la ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

se trata de un acto administrativo de efectos generales⁽⁵⁵⁾.

En principio, este interés en defender el acto impugnado puede asumirlo también el Procurador General de la República o el Fiscal General de la República, aun cuando no necesariamente tienen que hacerlo. En efecto el dictamen del Fiscal General o del representante judicial del Estado puede admitir pura y simplemente la nulidad del acto administrativo, y al contrario, su defensa puede ser llevada por un particular con interés en él, sosteniendo la legalidad del acto.

En el supuesto del recurso de plena jurisdicción la legitimación varía, pues el problema a resolver en el mismo no es el de la situación jurídica objetivo lesionada, sino que gira en torno a una situación jurídica subjetiva. Por tanto, el actor en el procedimiento tiene que ser titular de una situación jurídica subjetiva lesionada por la actividad administrativa. No basta por tanto, el interés legítimo, ni mucho menos un simple interés, para intentar un recurso de plena jurisdicción que pretenda, por ejemplo, la condena al pago de sumas de dinero por los daños y perjuicios causados por la Administración por responsabilidad extracontractual o contractual; o un recurso que persiga el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. En todos estos casos, la legitimación activa tiene que estar fundamentada en un derecho subjetivo o una situación jurídica subjetiva específica.

En los supuestos del recurso de plena jurisdicción la legitimación pasiva sí corresponde propiamente a un "demandado", pues en estos recursos sí puede hablarse propiamente de una demanda contra el Estado, o contra una persona pública, la cual como tal debe "citarse"⁽⁵⁶⁾, asemejándose el procedimiento, por tanto, al procedimiento ordinario civil, aun cuando con excepciones que corresponden a las entidades públicas nacionales demandadas en forma de "prerrogativas procesales". Estas prerrogativas implican que aún cuando no haya contestación expresa a la demanda por la República se enciende por contestada la demanda; que la República demandada no puede ser condenada en costas procesales; que no puede exigirse caución a la República para la práctica de cualquier medida preventiva o ejecutiva en el procedimiento; que es necesario notificar al Procurador General de la República para cualquier actuación procesal, no rigiendo el principio de que "las partes están a derecho" propio del procedimiento civil ordinario, en cuanto concierne a la República demandada⁽⁵⁷⁾.

(55) Artículo 137 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia

(56) Artículo 106 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(57) Artículos 38 y ss. de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y artículos 30. y ss. de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

En el supuesto del recurso de interpretación la legitimación activa es similar a la del de anulación, es decir, es necesario un interés legítimo, personal y directo en la interpretación, pues un simple interés como legitimación podría dar lugar a un exceso de recursos de interpretación inmotivados.

B. El agotamiento de la vía administrativa

El segundo requisito procesal del procedimiento contencioso-administrativo, es la necesidad de que se agote la vía administrativa previamente a su iniciación, lo cual se exige, aun cuando con características distintas tanto en los recursos de anulación como de plena jurisdicción.

En el supuesto del recurso de anulación es necesario que el acto administrativo de efectos particulares impugnado cause estado, es decir, que el acto sea la última palabra de la Administración, o de un inferior, cuando no existe recurso jerárquico a intentar contra su acto⁽⁵⁸⁾.

En estos casos se habla de acto que causa estado, cuando no hay otra instancia administrativa que pueda revisarlo. Por ello, la forma normal para agotar la vía administrativa es el ejercicio del recurso jerárquico. En Venezuela, el recurso jerárquico no estaba regulado con carácter general en vía general, pues es sólo a partir del 1o. de enero de 1982 que rige la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁽⁵⁹⁾. Esta Ley, ahora, establece una completa regulación de los recursos administrativos que complementa lo previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia sobre requisitos de admisibilidad⁽⁶⁰⁾.

Por supuesto, si se trata de la impugnación de un acto administrativo de efectos generales, no se exige este requisito procesal de agotamiento de la vía administrativa.

En el recurso contencioso-administrativo de plena jurisdicción también se plantea el agotamiento de la vía administrativa, pero no a través de algún recurso jerárquico, sino mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previo

(58) Artículo 124, ordinal 2o.; y Allan R. Brewer-Carías, "Las Condiciones de Recurribilidad de los Actos Administrativos en la vía Contencioso-administrativa", en *Revista del Ministerio de Justicia*, No. 54, Caracas, 1966, pp. 83-112; y en *Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX*. Homenaje al Profesor Enrique Sayagués Laso, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969, Tomo V, pp. 743-769.

(59) Artículo 95 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

(60) Artículos 84, ordinal 5o. y 124, ordinal 2o. de la Ley orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

a las demandas contra la República, establecido en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República⁽⁶¹⁾. La necesidad de cumplir este procedimiento, por ejemplo en acciones por daños y perjuicios o para lograr la condena al pago de sumas de dinero o el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la administración, sin embargo, no incide en la duración del lapso normal de prescripción que la acción pueda tener desde el punto de vista del derecho común. En nuestro criterio, dicho lapso rige plenamente de manera que para iniciar la reclamación administrativa previa ante la Administración, el particular puede dejar pasar, por ejemplo, los diez años de prescripción normal, y antes de los diez años agotar el procedimiento administrativo previo y acudir a la vida judicial contencioso-administrativa. En todo caso, si la demanda tiene su origen en un acto administrativo; y la condena depende de la anulación de éste, se plantea la duda respecto al lapso de caducidad y su inicio.

C. El lapso para interponer el recurso

Lo anterior conduce a plantear el tercer requisito procesal contencioso-administrativo, esto es, que los recursos se intenten en lapso útil.

En el supuesto del recurso de anulación contra los actos de efectos particulares, el lapso para intentar el recurso es de seis (6) meses contados a partir del momento en que el acto impugnado comienza a surtir efectos⁽⁶²⁾. Si se trata de un acto administrativo individual que se notifica al interesado, es a partir de la notificación cuando comienza a surtir efectos; si se trata de un acto individual o general que se publica, ello se produce a partir de la publicación⁽⁶³⁾.

Debe señalarse, en todo caso, que si se trata de un acto administrativo de efectos particulares temporales, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia establece un lapso especial de 30 días en lugar de los 6 meses. Además debe advertirse que las leyes especiales pueden establecer también lapsos más breves, lo que sucede en los denominados casos de "recursos jerárquicos impropios" (apelaciones ante la Corte) los cuales tienen un tratamiento de recursos contencioso-administrativos de anulación.

En todo caso, vencido ese lapso sin que se intente el recurso contra el acto administrativo, éste queda firme, aún cuando siempre puede oponerse la excepción

(61) Artículo 35 y ss. Véase, artículo 84, ordinal 5o. de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(62) Artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(63) Artículos 72 y 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

de ilegalidad. Con esto pueden precisarse dos condiciones de recurribilidad de los actos administrativos mediante el recurso de anulación: por una parte, que el acto cause estado, es decir, que agote la vía administrativa; y por la otra, que el acto no sea firme, es decir, que todavía pueda ser impugnado por no haber caducado los lapsos para intentar el recurso⁽⁶⁴⁾.

En los casos de los recursos contencioso-administrativos contra actos de efectos generales, conforme al artículo 134 de la Ley Orgánica, estos pueden intentarse en cualquier tiempo.

En el caso del recurso contencioso de plena jurisdicción, tal como se dijo, se aplica el lapso de prescripción ordinaria de las acciones que estén envueltas en el recurso para que pueda iniciarse el procedimiento administrativo previo a las acciones contra la República.

D. Otros requisitos procesales

Además de los requisitos señalados pueden identificarse como condiciones de inadmisibilidad de los recursos contencioso-administrativos los siguientes: que la ley prohíba el recurso⁽⁶⁵⁾, que exista un recurso paralelo o acción ante otro Tribunal⁽⁶⁶⁾, que se acumulen acciones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles⁽⁶⁷⁾, cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción es admisible⁽⁶⁸⁾, que no se cumplan los requisitos formales del recurso⁽⁶⁹⁾, que sea manifiesta la falta de representación que se atribuye el actor⁽⁷⁰⁾.

Además, se considera como causal de inadmisibilidad en las demandas contra la República, y en los recursos contencioso-administrativos de anulación de los actos de efectos generales, cuando exista cosa juzgada⁽⁷¹⁾, y en los

(64) Allan R. Brewer-Carías, "Las Condición de Recurribilidad...", *op. cit.*, pp. 83 y ss.

(65) Artículo 84, ordinal 1o. de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(66) Artículos 84, ordinal 2o. y 124, ordinal 3o. de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(67) Artículo 84, ordinal 4o. de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(68) Artículo 84, ordinal 5o. de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(69) Artículo 84, ordinal 6o. de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(70) Artículo 84, ordinal 7o. de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(71) Artículo 105 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

recursos contencioso-administrativos contra los actos de efectos particulares, el incumplimiento del requisito *solbe et repete*⁽⁷²⁾.

3. *EL auto de admisibilidad*

La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, al regular las condiciones procesales de los recursos y establecer causales precisas de inadmisibilidad, ha previsto la necesidad de que el Juez contencioso-administrativo verifique, de oficio, la admisibilidad del recurso a cuyos efectos, al inicio del procedimiento, debe dictar un auto de admisibilidad o inadmisibilidad del recurso⁽⁷³⁾. En este último caso, el Juez debe motivar el auto.

Debe señalarse que esta es una innovación de la Ley⁽⁷⁴⁾, pues antes de su vigencia, en general, era en la sentencia definitiva que el Juez decidía esta materia. Conforme a la Ley Orgánica, en todo caso, luego de admitido el recurso, si se oponen por los interesados excepciones de inadmisibilidad, el Juez debe decidir las en la sentencia definitiva, a menos que considere que deben resolverse previamente⁽⁷⁵⁾.

4. *Aspectos particulares*

Pero aparte de las características generales del procedimiento contencioso-administrativo y sus requisitos procesales antes indicados, hay algunos aspectos particulares del mismo respecto de cada uno de los recursos que interesa destacar.

A. El recurso contencioso de anulación

En efecto, en relación al recurso contencioso-administrativo de anulación, las normas fundamentales que regulan su procedimiento están contenidas en los artículos 112 y siguientes de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, los cuales recogen los principios fundamentales que se habían iniciado por la jurisprudencia de la Corte, aplicando principios generales del derecho administrativo, y supletoriamente, en los casos en que fueran admisibles, las normas del Código de Procedimiento Civil, las cuales conforme al artículo 81 de la Ley siguen siendo supletorias.

(72) Artículo 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(73) Artículos 84, 105, 115, 123 y 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(74) Allan R. Brewer-Carías, "Aspectos Procesales...", *op. cit.*, pp. 125 y ss.

(75) Artículo 130 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Interesa destacar aquí algunos elementos centrales del procedimiento del recurso contencioso-administrativo tal como están regulados en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a la iniciación del procedimiento, si bien en el artículo 113 de la Ley Orgánica se habla del "libelo de demanda" debe admitirse que, en realidad, el recurso se inicia con un "escrito de recurso" en el cual, en primer lugar, deben exponerse las razones de hecho y de derecho en las cuales se fundamenta el recurso, así como las normas constitucionales y legales cuya violación se denuncie. Por tanto, el Juez contencioso-administrativo sólo puede conocer de los motivos de legalidad enunciados en el escrito del recurso. La jurisprudencia, en ese sentido, también había exigido que en el escrito se expresaren violaciones legales concretas, y no de tipo general o en forma genérica⁽⁷⁶⁾, y en todo caso, había establecido que el recurso no podía fundamentarse sólo en la infracción del artículo 117 de la Constitución, lo cual ahora se prevé expresamente en el artículo 183 de la Ley Orgánica.

La Ley Orgánica, además, siguiendo los principios sentados por la jurisprudencia⁽⁷⁷⁾, exige también que en el escrito se identifique claramente el acto administrativo que se impugna, y se acompañe copia del acto impugnado⁽⁷⁸⁾.

Por otra parte, tratándose de una acción que exige una determinada legitimación activa, se ha exigido también la indicación precisa de todos los datos y la presentación de los documentos que acrediten la representación, aplicándose aquí los principios generales del proceso⁽⁷⁹⁾.

Al escrito del recurso debe también acompañarse constancia o indicación del agotamiento de la vía administrativa, la fecha de notificación o de publicación del acto —según el caso—⁽⁸⁰⁾ y la constancia de haber satisfecho lo exigido por el acto, en aquellos supuestos en que se exija la aplicación del principio *solve et repete*, mediante la presentación de la planilla de liquidación pagada, o la fianza respecti-

(76) Véase por ejemplo, Sentencia de la Antigua Corte Federal del 9 de abril de 1959, citada en Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones...*, *op. cit.*, p. 371.

(77) Véase, por ejemplo, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, del 19 de diciembre de 1961, citada en Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones...*, *op. cit.*, p. 371.

(78) Artículo 113 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(79) Artículos 84, ordinal 7o. y 113 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(80) Artículos 84, ordinales 3o. y 5o. y 124, ordinal 2o. de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

va, en su caso⁽⁸¹⁾.

Presentado el escrito de recurso, al darse cuenta del mismo, el Juez puede decidir solicitar el expediente administrativo a la autoridad cuyo acto se impugna⁽⁸²⁾. Recibidos éstos, el Juez debe pronunciarse sobre la admisibilidad, notificando al Fiscal General de la República, y si lo estima necesario al Procurador General de la República, de acuerdo a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República⁽⁸³⁾. En este mismo auto de admisión, el Juez debe decidir si emplaza a los interesados, mediante cartel⁽⁸⁴⁾ a los efectos de que comparezcan ante el Tribunal a hacer valer sus derechos e intereses, sea como defensores de la legalidad del acto que se impugna, sea como coadyuvantes en la anulación del acto. En nuestro procedimiento por tanto, se admite la figura del coadyuvante administrativo, así como el que interesados defiendan el acto, en cuyo caso deben tener la misma legitimación que el recurrente⁽⁸⁵⁾.

En el procedimiento del recurso de anulación, en realidad puede decirse que no existe un solo acto de contestación efectivo del recurso. El emplazamiento se hace a los particulares para que concurran dentro de las 10 audiencias siguientes a la publicación del cartel, "a darse por citados" dice el artículo 125 de la Ley, y exponer lo que estimen conveniente sobre la legalidad o no del acto.

Durante el lapso de comparecencia, los interesados pueden solicitar que la causa se abra a pruebas, paralo cual al vencerse el lapso de comparecencia se abre un lapso probatorio de 5 audiencias para promover pruebas y de 15 para evacuarlas, de acuerdo a lo que establece el artículo 127 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema, pudiendo la Corte en este caso, con carácter inquisitorio, promover y evacuar pruebas⁽⁸⁶⁾.

La Ley establece además un lapso de relación de la causa de 25 días, en medio del cual se realiza el acto de informes, constituyendo estos informes, la última actuación de las partes en relación a la materia litigiosa que sea objeto del juicio⁽⁸⁷⁾.

(81) Artículo 122 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones...*, *op. cit.*, p. 372.

(82) Artículo 123 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(83) Artículos 116 y 125 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y artículo 30 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

(84) Artículos 116 y 125 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(85) Artículo 137 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(86) Artículo 129 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(87) Artículos 94, 95 y 96 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

La sentencia definitiva, conforme a lo establecido en el artículo 131 de la Ley Orgánica, debe declarar si procede o no la nulidad del acto impugnado, y en caso de que la solicitud hubiese planteado una pretensión de condena consecucional, la sentencia podrá condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados por responsabilidad administrativa, así como disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

B. El recurso contencioso de plena jurisdicción

En el supuesto del recurso contencioso-administrativo de plena jurisdicción, la situación es distinta a la anteriormente descrita respecto al de anulación, dado el carácter de la pretensión del recurso. En este caso, el procedimiento se orienta por las normas del procedimiento ordinario, conforme lo prescribe el artículo 103 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, aplicándose, básicamente, el Código de Procedimiento Civil salvo las excepciones que, por vía legal, están establecidas en la Ley, entre las cuales debe destacarse el auto de admisión o inadmisión previsto en el artículo 105 de la Ley Orgánica, y las normas establecidas en relación a la actuación de la Administración. En este análisis nos limitaremos a precisar el alcance de esas últimas excepciones.

En efecto, en cuanto a la citación, cuando se trata de un recurso contra la República, ésta se realiza en cabeza del Procurador General de la República conforme a lo establecido en el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, la cual establece claramente la forma cómo esa citación debe hacerse, y cuándo comienza a surtir efecto.

Otras normas específicas de carácter excepcional respecto al proceso ordinario también están establecidas en la propia Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, la cual, en realidad lo que ha hecho es recoger lo ya establecido hace muchos años en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional. Tal es el supuesto, por ejemplo, de la no comparecencia del Procurador a la contestación de la demanda, en cuyo caso, se estima dicha ausencia como un acto de contradicción tácita de la demanda, invirtiéndose por tanto, el principio del Código de Procedimiento Civil según el cual la no comparecencia al acto de contestación de la demanda equivale a una confesión⁽⁸⁸⁾.

En materia de medidas preventivas también se establece otra excepción a los principios generales del proceso. En efecto, de acuerdo a la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la

(88) Artículo 276 del Código de Procedimiento Civil, y artículo 6 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

República, hay limitaciones a la posibilidad de que un Juez dicte una medida de embargo, de secuestro, de hipoteca o de cualquier otra naturaleza preventiva o definitiva, sobre bienes, rentas, derechos y acciones pertenecientes a la Nación. El principio, de acuerdo a la última de las leyes citadas, se extiende a los bienes pertenecientes a particulares cuando estén afectados a un uso, destino o servicio público. En estos casos, de acuerdo a la Ley, debe notificarse a la Nación para que adopte las medidas conducentes a asegurar la continuidad del servicio público⁽⁸⁹⁾.

Otra excepción a las normas del Código de Procedimiento Civil en el procedimiento contencioso de plan jurisdicción, es el lapso de 35 días que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia establece para la relación así como la modalidad de los informes, el cual se aplica, tanto al recurso de anulación como el de plena jurisdicción⁽⁹⁰⁾.

En materia de condena en costas procesales, en los procedimientos en los cuales intervengan la Nación, en ningún caso ella podrá ser condenada en cosas, tal como lo establecen las dos Leyes Orgánicas citadas⁽⁹¹⁾.

En cuanto al procedimiento de ejecución de la sentencia también prevé de la Nación, al declarar que los bienes del Estado son inembargables⁽⁹²⁾. Además, en este sentido, rige el propio Código de Procedimiento Civil, el cual contiene un capítulo especial destinado a las "demandas en que tengan interés las rentas públicas", el cual se aplicaba, en particular, en los procedimientos del recurso de plena jurisdicción cuando fuera parte no sólo la Nación, sino cualquier otra entidad pública de carácter territorial (Estados o Municipios). De acuerdo a dichas normas, en los supuestos de medidas de ejecución, éstas no pueden dictarse sobre bienes del Estado, y en tales casos, el Juez debe suspender la ejecución y notificar al ente público para que éste resuelva la forma cómo ha de cumplir la condena en el caso de que se trate de condena al pago de sumas de dinero. Esta regulación del Código de Procedimiento Civil, que data de 1916, indudablemente que puede originar situaciones injustas para el particular demandante, pues la forma y modalidad del pago de sumas de dinero queda entera y exclusivamente en manos del órgano administrativo. En la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia al contrario, se establecen, en sus artículos 173 y 174, algunas normas que buscan corregir esta situación a través del otorgamiento al Juez contencioso-administra-

(89) Artículo 46 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

(90) Artículo 94 y siguientes de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(91) Artículo 8 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

(92) Artículo 16 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

tivo, de poderes de sanción mediante multas, a los funcionarios que por alguna razón no cumplan con las decisiones judiciales, o las cumplan en una forma evidentemente negligente. Debe advertirse, en todo caso, que en el ámbito municipal la situación ha variado totalmente con las normas de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (Art. 81) que dejan en manos del juez, en definitiva, la determinación del modo de ejecución de la sentencia de condena.

Como conclusión, puede decirse que en el procedimiento del recurso contencioso de plena jurisdicción rige, en principio, el Código de Procedimiento Civil⁽⁹³⁾, salvo las excepciones previstas en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública y en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

IV. Los recursos contencioso-administrativos.

En términos generales, los recursos contencioso-administrativos se han definido como medios jurídicos, puestos a la disposición de los particulares y de las pretensiones de los administrados, para obtener una satisfacción de las mismas, por medio de un pronunciamiento jurisdiccional de los órganos especiales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁽⁹⁴⁾.

Se trata por tanto, de medios jurídicos para satisfacer pretensiones procesales y, en ese sentido, se asemejan, como tales, a los otros medios jurídicos de carácter procesal. Por eso vale la pena precisar el ámbito del recurso contencioso-administrativo, distinguiéndolo de otros medios jurídicos para la satisfacción de pretensiones. Procede, por tanto, por una parte precisar la distinción entre los recursos administrativos y los recursos contencioso-administrativos; y, por la otra, establecer su distinción respecto de otros medios jurisdiccionales.

1. Distinción con los recursos administrativos

En relación a la distinción con los recursos administrativos, ésta surge, en primer lugar, de la autoridad que decide el recurso. El recurso administrativo lo decide una autoridad administrativa dentro de la jerarquía de la Administración Pública⁽⁹⁵⁾, en tanto que el recurso contencioso-administrativo lo decide una autoridad jurisdiccional con competencia especial, como hemos visto, integrada en la denominada Jurisdicción Contenciosa-Administrativa.

(93) Artículos 681 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

(94) Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones...*, op. cit., p. 295.

(95) Artículos 94, 95, 96 y 97 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En segundo lugar, la distinción surge de los motivos de los recursos. El recurso administrativo puede ser interpuesto por cualquier tipo de motivo, pues en realidad se trata de una reclamación administrativa y como tal, pueden contener variados fundamentos de hecho y de derecho: que el acto es ilegal, o que es inconveniente o inoportuno, o simplemente que no le satisface adecuadamente su pretensión administrativa. Por tanto, cualquier motivo útil, jurídicamente hablando, puede ser alegado por el administrado en el recurso administrativo⁽⁹⁶⁾. En cambio, en el recurso contencioso-administrativo, el motivo está limitado al alegato de contrariedad al derecho, por lo que sólo motivos de ilegalidad pueden ser invocados ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁽⁹⁷⁾.

En tercer lugar, la distinción surge del análisis de los poderes del Juez y del ente administrativo decisor. En el recurso administrativo, el superior jerárquico, por ejemplo, tiene todos los poderes para decidir e inclusive decidir más de lo pedido; hay posibilidad, por tanto, de *ultra petita* en la decisión⁽⁹⁸⁾. En cambio, en el recurso contencioso-administrativo, no hay posibilidad sino de que se decida lo que se pida y lo que se alega prueba. Por ello, la Ley Orgánica de la Corte insiste en la necesidad de que en el recurso se especifiquen las razones de ilegalidad y de hecho en que se funda el recurso, debiendo ceñirse el Juez a lo pedido por el recurrente⁽⁹⁹⁾.

Es interesante destacar además, que en el caso del recurso administrativo, la posible decisión más allá de lo pedido, puede ser en perjuicio del propio recurrente, admitiéndose entonces la llamada *reformatio in pejus*. En el recurso administrativo, realmente los poderes de la autoridad administrativa son sumamente amplios porque se trata todavía de una competencia administrativa, lo que permite que si el superior jerárquico encuentra que hay otros motivos para reformar el acto, o que el particular tenía todavía menos razón de la que podía haber alegado, pueda decidir conforma a los propios elementos que tenga y en ningún caso ciñéndose exclusivamente a lo que puede haber alegado el particular en su recurso.

Por último, la distinción entre los recursos administrativos y los contencioso-administrativos surge de la naturaleza de la decisión correspondiente. Tratándose de una autoridad administrativa quien decide el recurso administrativo, el acto decisor es evidentemente un acto administrativo⁽¹⁰⁰⁾. En cambio, en el recurso

(96) Artículos 86 y 97 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

(97) Artículo 206 de la Constitución de 1961.

(98) Artículos 89 y 90 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

(99) Artículos 82, 130 y 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(100) Artículo 90 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

contencioso-administrativo, el acto decisor es un acto judicial.

2. Distinción entre los recursos contencioso-administrativos.

Pero aparte de la distinción anterior, entre los propios recursos de anulación y plena jurisdicción, también pueden establecerse una serie de distinciones que es conveniente retener.

En efecto, en cuanto a la regulación del procedimiento, si bien ahora la Ley Orgánica de la Corte trae una regulación global del mismo, sin embargo, se distinguen porque en el caso del recurso contencioso-administrativo de anulación se aplica, con preferencia, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y supletoriamente el Código de Procedimiento Civil, en tanto que en el recurso contencioso de plena jurisdicción el principio es el contrario: de acuerdo a lo establecido en la Ley, se aplica con preferencia el Código de Procedimiento Civil, salvo las normas especiales de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, aplicables a los procedimientos de las demandas contra la República o los demás entes públicos.

Hay otra serie de diferencias entre dichos recursos, las cuales también se han visto, fundamentalmente en relación a los requisitos procesales. En efecto, ya señalamos la distinción que surge en cuanto al lapso de interposición de ambos recursos: en el caso del recurso de anulación contra los actos de efectos particulares, el lapso de interposición es de seis (6) meses, contados a partir del momento en que el acto comienza a surtir efectos; en el caso del recurso contencioso de plena jurisdicción, rige el lapso ordinario de prescripción de la acción que va envuelta en el propio recurso.

La legitimación activa también es distinta en los diversos recursos: en el caso del contencioso de anulación contra actos de efectos particulares, está dada a quien tiene un interés legítimo, personal y directo; y a quien tiene un simple interés calificado cuando se trata de un acto administrativo reglamentario. En el recurso de plena jurisdicción, en cambio, se exige como elemento de la legitimación activa, el que el recurrente sea titular de una situación jurídica subjetiva lesionada por la actividad de la administración.

El agotamiento de la vía administrativa también distingue claramente ambos recursos: en el supuesto del contencioso de anulación contra actos de efectos particulares, el agotamiento de la vía administrativa se realiza a través del ejercicio de los recursos administrativos, y fundamentalmente el recurso jerárquico; en cambio, en el caso del contencioso de plena jurisdicción, el agotamiento de la vía administrativa se realiza por el cumplimiento del procedimiento administrativo previo a las demandas contra la Nación que prevé la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Pero existen también otras distinciones entre ambos recursos, las cuales es interesante retener. En primer lugar, en relación al objeto del recurso: en el de anulación, el objeto del recurso es, como lo indica su nombre, la anulación total o parcial de un acto administrativo, aun cuando a partir de 1976, la Ley Orgánica admite que a la pretensión de anulación se acompañen pretensiones de condena conforme se regula en el artículo 131. En cambio, en el recurso de plena jurisdicción el objeto de la acción es una pretensión de condena: puede ser, por ejemplo, la condena al pago de sumas de dinero por daños y perjuicios, originados por responsabilidad contractual o extracontractual, o la condena al restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas, lo cual también puede implicar la anulación de actos administrativos.

En cuanto a los poderes del Juez, también hay una distinción muy característica entre ambos recursos. En efecto, en el recurso de anulación el Juez tiene facultad para declarar la nulidad o no del acto, pero no tiene facultad para reformarlo, no pudiendo sustituirse o decidir por la Administración. El Juez, en efecto, puede anular un acto, lo que consecuentemente tiene que producir el que la Administración dicte otro acto o sustituya el que había dictado, pero el Juez no puede reformar por sí mismo directamente el acto.

En el recurso de plena jurisdicción, en cambio, por estar envuelta una situación jurídica subjetiva, el Juez puede decidir la condena de la Administración y hasta cierto punto, obligarla a tomar una decisión más directamente, cuando se trata, por ejemplo, del restablecimiento de una situación jurídica subjetiva lesionada por la actividad administrativa. En esos casos, el Juez, cuando decide restablecer la situación jurídica y coloca, por ejemplo, a un funcionario en ejercicio del cargo del cual había sido destituido ilegalmente, tiene un poder de decisión evidentemente más amplio que la sola decisión de declarar o no la nulidad de un acto.

También conlleva una clara distinción, los efectos de la decisión que en cada caso adopte el Juez. En el recurso contencioso de anulación, la decisión tiene efectos *erga omnes*, es decir, de validez general; en cambio, en el recurso de plena jurisdicción, al tratarse de una demanda de un administrado contra la República, la decisión tiene efectos *inter partes*, dado que se trata de pretensiones de condena. Si se trata de un recurso de anulación con pretensiones de condena, los efectos de la decisión también serían *erga omnes*. En estos casos la decisión del Juez de anular un acto administrativo con motivo de decidir un recurso contencioso de anulación, debe también tener efecto *erga omnes*, por el objeto mismo de la decisión y de la pretensión de anulación que la provoca.

Por último, también surgía una distinción entre los recursos derivada de la naturaleza de la situación jurídica en que se fundamenta. El recurso contencioso de anulación anteriormente sólo buscaba básicamente el restablecimiento de la legalidad, por eso se le calificaba como recurso de ilegalidad e inclusive como recurso

objetivo. En este último caso, el calificativo de objetivo surgía de la situación jurídica general, objetiva e impersonal establecida en la Ley que había sido violada y que debía ser restablecida. En cambio, el restablecimiento de la situación jurídica que se busca en el recurso de plena jurisdicción se refiere a una situación jurídica subjetiva, y por eso también se lo califica como recurso subjetivo. Sin embargo, esta distinción, a partir de la Ley de 1976 no es tan nítida, dada la posibilidad de acompañar al recurso de anulación con pretensiones de condena.

V. El recurso contencioso-administrativo de anulación.

1. Características generales

El recurso contencioso-administrativo de anulación ha sido definido como medio de impugnación jurisdiccional de los actos administrativos por razones de ilegalidad⁽¹⁰¹⁾. De acuerdo a esta definición, tiene algunas características particulares que deben destacarse.

En primer lugar, se trata de un medio de impugnación jurisdiccional, que se ejerce ante órganos jurisdiccionales especiales contencioso-administrativos y que, por tanto, tiene carácter de orden público. Esto implica, en primer lugar, que el recurso no puede ser relajado por convenios entre particulares, al igual que cualquier tipo de recurso jurisdiccional⁽¹⁰²⁾, y en segundo lugar, que se puede ejercer, sin necesidad de que una ley expresa lo consagre.

Es más, el principio del carácter de orden público de este recurso ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de tal forma, que se ha establecido que en aquellos supuestos en que alguna ley disponga que "contra un acto administrativo no habrá recurso alguno", ello no puede abarcar al recurso contencioso-administrativo de anulación, sino que esa expresión que se consagra en algunas leyes especiales, se refiere exclusivamente a los recursos administrativos⁽¹⁰³⁾. En otras palabras, se trata de la consagración indirecta de que una decisión agota la vía administrativa y que contra la misma no procede ejercer ni el recurso jerárquico ni el de revisión o de reconsideración, sin que implique, en ningún caso, la imposibilidad de intentar el recurso contencioso de anulación que, como recurso de orden público, es siempre procedente.

Pero además de ser un medio de impugnación jurisdiccional, el recurso de anulación está dirigido exclusivamente a impugnar actos administrativos unilaterales,

(101) Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones...*, op. cit., p. 390.

(102) Artículo 6 del Código Civil.

(103) Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones...*, op. cit., p. 392.

sean de carácter general o sean de carácter individual. Por tanto, del recurso están excluidos otros actos distintos a los administrativos y, en particular, los judiciales, legislativos, o de gobierno, así como los actos administrativos de carácter bilateral y contractual. En este último caso, el contrato administrativo puede ser, en principio, objeto de un recurso contencioso de plena jurisdicción, pero aun en el supuesto de que se solicite la anulación de un contrato, la Ley Orgánica en el artículo 111 ordena que se siga el procedimiento del recurso contencioso de plena jurisdicción.

Pero además de tratarse de un medio de impugnación jurisdiccional dirigido contra actos administrativos unilaterales, el recurso de anulación sólo puede intentarse por razones de ilegalidad, quedando excluidas las razones de mérito.

2. Diferencia con otros medios judiciales de impugnación.

Ahora bien, aun caracterizado en esa forma, el recurso de anulación debe ser cuidadosamente diferenciado de otros medios de impugnación jurisdiccionales que establece nuestro ordenamiento jurídico respecto de otro tipo de actos, particularmente del recurso de cesación y del recurso por inconstitucionalidad.

En efecto, el recurso de casación también es un medio de impugnación jurisdiccional, pero de sentencias, es decir, de actos jurisdiccionales, y como tal, tiene similitud con el contencioso-administrativo de anulación en cuanto a que también es un medio de control de la legalidad de los actos del Estado. Sin embargo, si bien el recurso de casación es un típico medio de control de la legalidad de ciertas sentencias que son recurribles ante la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia⁽¹⁰⁴⁾, el recurso de anulación es un medio de control de legalidad de los actos administrativos. Se distinguen ambos recursos, por tanto, por el objeto: en el recurso de Casación el objeto es un acto jurisdiccional y en el recurso de anulación un acto administrativo.

Ambos recursos requieren además, el agotamiento de la vía precedente: en el recurso contencioso de anulación la vía a agotarse es la vía administrativa, en tanto que en el recurso de Casación, la vía a agotarse es la vía jurisdiccional ordinaria, pues no toda sentencia judicial es recurrible en casación.

En cuanto a la legitimación activa de dichos recursos también pueden establecerse ciertas distinciones: en el de casación, para que haya legitimación, es necesario haber sido parte en el proceso previo, en tanto que en el recurso de anulación, si bien se requiere ser titular de un interés legítimo, el recurrente no necesariamente

(104) Artículo 215, ordinal 10 de la Constitución de 1961 y Artículo 418 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

te tiene que haber actuado en el procedimiento de agotamiento previo de la vía administrativa. El recurso administrativo, como medio de agotar la vía administrativa, puede haber sido interpuesto por cualquier interesado, y el recurso contencioso también, aun cuando el recurrente sea distinto al interesado que introdujo el recurso administrativo que agotó la vía administrativa.

Por último, debe señalarse que si bien es cierto que ambos recursos son medios de control de la legalidad de actos del Estado, hay una mayor amplitud de control en el recurso contencioso-administrativo de anulación, el cual procede por contradicción al derecho, que en el recurso de casación cuyos motivos son más limitados⁽¹⁰⁵⁾.

Otro medio de impugnación jurisdiccional que también se distinguía del recurso contencioso-administrativo de anulación, y respecto del cual había mucha confusión, era el recurso por inconstitucionalidad, pero ahora la Ley Orgánica ha hecho una asimilación, en cuanto al procedimiento, de los juicios contra los actos de efectos generales y de los juicios de inconstitucionalidad contra los actos estatales de rango legal. La distinción, ahora es de orden procesal; y no en cuanto a los motivos de impugnación⁽¹⁰⁶⁾.

Debe recordarse que en el recurso contencioso de anulación contra actos de efectos particulares, pueden alegarse motivos de inconstitucionalidad. Sin embargo, no todo motivo de inconstitucionalidad puede alegarse en la jurisdicción contencioso-administrativa, pues sólo pueden esgrimirse motivos de inconstitucionalidad que impliquen violación directa de una norma constitucional. Un acto administrativo individual que establezca, por ejemplo, una discriminación por razón de la raza, el credo o la condición social, es un acto administrativo que viola directamente el artículo 61 de la Constitución y por tanto a pesar de que no haya propiamente una ley violada, es un acto susceptible de ser declarado nulo por la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, cuando se trata de una violación indirecta de la Constitución la que afecta al acto, y se trata de una incompetencia, no es posible alegar por sí solo los motivos de inconstitucionalidad, consistentes en violación del artículo 117 de la Constitución, sino que es necesario alegar, también, motivos de violación de Ley, conforme lo exige el artículo 133 de la Ley Orgánica⁽¹⁰⁷⁾.

3. Objeto del recurso: el acto administrativo

(105) Artículos 419 y 420 del Código de Procedimiento Civil.

(106) Véase lo expuesto en el punto anterior de esta Parte, pp. 602, Tomo II.

(107) Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones...*, op. cit., pp. 396 y 397.

En efecto se ha señalado que hay tres condiciones de admisibilidad del recurso contencioso de administración contra los actos administrativos de efectos particulares los cuales a la vez operan como requisitos procesales, la legitimación activa, otorgada a quien tiene un interés legítimo; el agotamiento de la vía administrativa, buscando que el acto emane del superior jerárquico; y que el recurso se intente en un lapso de caducidad específicamente establecido en la ley y que es de seis (6) meses. Cumplidos estos requisitos procesales, debe tenerse en cuenta que el objeto del recurso tiene que ser siempre un *acto administrativo* general o individual, de carácter unilateral, no procediendo el recurso, se insiste, ni contra actos legislativos, judiciales o de gobierno, ni contra hechos o actuaciones de la Administración que no configuren un acto administrativo.

Pero, para que un acto administrativo de efectos particulares pueda ser objeto de un recurso contencioso-administrativo de anulación, además, el mismo debe cumplir una serie de requisitos o condiciones; es necesario, que el acto administrativo lesione un interés legítimo, para que pueda producirse la legitimación activa, y además, es indispensable que se trate de un acto definitivo, que cause estado y que no sea firme

A. Las condiciones de recurribilidad de los actos administrativos de efectos particulares.

Tres son, por tanto, las condiciones de recurribilidad de los actos administrativos en la vía contencioso-administrativa, que analizaré separadamente⁽¹⁰⁸⁾.

a. Que el acto administrativo sea definitivo

Un acto administrativo es definitivo cuando implica la resolución, con plenos efectos jurídicos, de la cuestión sometida a conocimiento o decisión de la Administración. El acto definitivo, por tanto, es el que resuelve el fondo del asunto⁽¹⁰⁹⁾, y por ello, no necesariamente es un acto que emana del superior de la jerarquía administrativa. Normalmente, el acto es definitivo a niveles inferiores de la jerarquía, y por ello se distingue el acto definitivo del acto que causa estado.

Por contraposición al acto definitivo se habla de actos de trámite o preparatorios de la decisión y que forman parte del procedimiento administrativo⁽¹¹⁰⁾. Serían actos de trámite, y por tanto, no recurribles, las actas de iniciación de un procedimiento, las citaciones y notificaciones, los actos consultivos (opiniones,

(108) Allan R. Brewer-Carías, "Las Condiciones de Recurribilidad...", *loc. cit.*

(109) Artículo 62 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA).

(110) Artículos 9 y 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

dictámenes) y en fin, todos los actos destinados a permitir y preparar la decisión de fondo. Por ello, los actos de trámite no ponen fin al asunto y en cambio, el acto definitivo sí pone fin al asunto, en tanto en cuanto resuelve el fondo del mismo. Para que un acto sea recurrible es necesario, por tanto, que sea de estos actos administrativos definitivos.

Pero sin duda, algunos actos administrativos de trámite pueden tener fuerza de definitivos porque impiden la continuación del procedimiento administrativo o deciden indirectamente el fondo del asunto. En estos casos, aún cuando se trate de actos de trámite, por tener fuerza de definitivos, son también susceptibles de ser recurridos en vía contencioso-administrativa. Se asemeja esta situación a lo que sucede en materia de recurso de casación, en el cual procede el recurso no sólo contra las sentencias definitivas de última instancia, sino contra la interlocutorias que pongan fin al juicio o hagan imposible su continuación; y a lo regulado en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en materia de recurso administrativos⁽¹¹¹⁾.

b. Que el acto administrativo cause estado

Un acto administrativo causa estado cuando no es revisable en vía administrativa porque se ha agotado la misma; y la vía administrativa se agota, sea porque el acto ha sido dictado por el superior jerárquico y no se prevé legalmente ningún recurso de reconsideración contra el mismo; sea porque el acto del inferior se ha recurrido por vía jerárquica ante el superior, y su decisión agota dicha vía, o se ha recurrido por vía de reconsideración del acto por ante el inferior; sea porque el acto inferior, *per se*, legalmente agote la vía administrativa al no preverse su revisión ni por vía de reconsideración, ni por vía jerárquica.

El ordenamiento jurídico, en este sentido, es variable y prevé esas diversas formas de agotamiento de la vía administrativa: por ejemplo, en materia de registro de la propiedad debe recurrirse el acto del Registrador para ante el Ministro de Fomento; en materia del Impuesto sobre la Renta, la vía administrativa se agota con la decisión, por parte del Administrador respectivo, del recurso de reconsideración que se intente contra su liquidación; y en materia de inquilinato, la decisión del Director respectivo agota la vía administrativa.

Con este requisito de recurribilidad se persigue que el acto administrativo, para poder ser impugnado, debe estar investido de la necesaria estabilidad de manera que no pueda ser ya revisado, legalmente, por la propia Administración.

c. Que el acto administrativo no sea firme

(111) Artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Por último, para que sea recurrible en vía contencioso-administrativa, el acto administrativo de efectos particulares no debe ser un acto firme, es decir, irrecurrible para el interesado, por haberse vencido el lapso de caducidad previsto en la Ley⁽¹¹²⁾. La firmeza equivale, entonces, a irrecurribilidad por transcurso del lapso de caducidad dentro del cual debe intentarse el recurso, que no puede interrumpirse y se cumple fatalmente. Por supuesto, la firmeza es una característica de los actos administrativos de efectos particulares, y por eso la diferencia de procedimiento en relación a los actos administrativos de efectos generales o contenido normativo: éstos no tienen lapso de caducidad para impugnarlos pues no adquieren firmeza; al crear situaciones jurídicas generales, las mismas pueden ser modificadas o derogadas en cualquier momento, y por tanto, también impugnadas en cualquier tiempo.

De acuerdo al artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte, el lapso de caducidad establecido para la impugnación de los actos administrativos de efectos particulares es de 6 meses contados a partir del comienzo de los efectos del acto, es decir, a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República o de su notificación al interesado, "si fuere procedente y aquélla no se efectuare". Parecía, de esta norma, que se dejaba a la Administración la Posibilidad de recurrir siempre a la publicación de los actos para que comenzaran a surtir efectos obviando el requisito de su notificación personal, lo cual ha sido ahora eliminado por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981⁽¹¹³⁾. La Ley no regula, sin embargo, los supuestos de lapsos de caducidad más reducidos, establecidos en leyes especiales. En estos casos, como lo ha establecido la jurisprudencia, estimamos que deben aplicarse con preferencia las normas especiales que establecen plazos específicos.

De acuerdo a lo antes señalado, por tanto, los actos administrativos de efectos individuales para que puedan ser recurribles deben ser definitivos, que causen estado, y que no sean firmes.

B. El caso del silencio administrativo

Ahora bien, para que proceda el recurso, es necesario que exista un acto administrativo, es decir, que se haya manifestado la voluntad de la Administración en forma previa. Por ello, en principio, si no hay acto definitivo que cause estado no habría recurso contencioso-administrativo. Sin embargo, la Ley Orgánica de la Corte admite dos supuestos de recurso en la ausencia de un acto que reúna las condiciones de recurribilidad señaladas.

(112) Artículo 97 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

(113) Artículos 73 y siguientes de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En efecto, en primer lugar, admite un recurso contra la inacción o el silencio total de la Administración, al atribuir a la Corte competencia para “conocer de la abstención o negativa de los funcionarios nacionales a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con la Ley” (Art. 42, Ord. 23); atribución que se confiere, en la misma forma, a los Tribunales Superiores, en los casos de abstención o negativa de las autoridades estatales o municipales (Art. 182, Ord. 1o.). Este recurso contra la inacción, sin embargo, está sujeto a lo que dispongan las leyes especiales, por lo que en la actualidad, la atribución no parece ser directamente efectiva.

En segundo lugar, la Ley prevé la posibilidad de recurrir un acto administrativo que no causa estado por no haberse decidido el recurso administrativo interpuesto contra el mismo en un lapso de noventa días a contar de la interposición. A pesar de que no haya causado estado, la Ley admite el recurso en el lapso de seis meses contados a partir de la publicación o notificación del acto del inferior que se ha recurrido (Art. 134).

En esta forma se asegura el derecho al recurso jurisdiccional, del interesado, aún ante el silencio de la Administración.

Esta disposición de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia ha sido modificada por la ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981, la cual además cambia el sentido de la regulación anterior.

En efecto, el artículo 4o. de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece, al contrario de la Ley Orgánica de la Corte Suprema, un verdadero efecto negativo, del silencio, en el sentido de que transcurrido el lapso de decisión, se presume que se produce una decisión tácita denegatoria, y además se prevé esta decisión negativa, no sólo en los casos de recursos administrativos no decididos en el lapso prescrito, sino de peticiones y solicitudes no resueltas en los lapsos regulados en la Ley⁽¹¹⁴⁾.

4. Los motivos del recurso

La jurisdicción contencioso-administrativa tiene por objeto controlar la conformidad con el ordenamiento jurídico, de los actos administrativos, y por ello, la Constitución le da atribución para declarar la nulidad de dichos actos por “contrariedad al derecho”. La expresión, que ya se ha comentado, implica que el control no es sólo un control de la legalidad en sentido estricto —sumisión a la ley— sino de la conformidad con el orden jurídico; y éste abarca no sólo el derecho escrito sino también los principios generales del derecho administrativo. No es

(114) Artículos 4 y 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

difícil comprender cuán importante ha sido el control ejercido por la Corte Suprema sobre la Administración tomado como base los principios generales del derecho administrativo, en ausencia de cuerpos normativos que establezcan y precisen el régimen jurídico del actuar administrativo.

En base a este control de sumisión al derecho de los actos administrativos, el panorama de los motivos del recurso contencioso-administrativo de anulación contra los actos administrativos de efectos particulares, o en otras palabras, de los vicios de dichos actos, es sumamente amplio. Por ello, a continuación nos limitaremos a exponer las líneas generales de dichos motivos, destacando los de mayor importancia, en dos grandes grupos: los vicios de inconstitucionalidad y los vicios de ilegalidad, donde incluiremos todos los vicios de contrariedad al derecho⁽¹¹⁵⁾.

A. *Vicios de inconstitucionalidad*

El vicio de inconstitucionalidad puede acompañar al acto administrativo cuando éste viola, directamente, una norma constitucional, o cuando está viciado de incompetencia, pero de orden constitucional.

a. *Violación directa de la Constitución*

La violación directa de la Constitución se produce cuando el acto administrativo vulnera, directamente, una norma constitucional. Esto sucede, por ejemplo, en un acto discriminatorio que viole el principio de la igualdad consagrado en el artículo 61 de la Constitución.

Sin embargo, como se dijo, no toda norma constitucional puede invocarse como violada a los efectos de la procedencia del recurso contencioso-administrativo de anulación de los actos administrativos: la infracción del artículo 117 de la Constitución, que prevé que este texto “y las leyes definen las atribuciones del Poder Público, y a ellas debe sujetarse su ejercicio”, conforme al artículo 133 de la Ley Orgánica de la Corte “no podrá invocarse como fundamento” del recurso. La razón de esta norma, que recoge una doctrina jurisprudencial, es evitar que se impugnen actos administrativos por incompetencia, con la sola invocación del artículo 117 de la Constitución, sin la indicación precisa de las normas legales o constitucionales atribuidas de competencia que han sido lesionadas.

b. *La incompetencia de orden constitucional*

(115) Véase Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre la ilegalidad de los Actos Administrativos en el Derecho Venezolano”, en *Revista de Administración Pública*, Instituto de Estudios Políticos, No. 43, Madrid, enero-abril 1964, pp. 427-456; y en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Nos. 127-128, Caracas, 1964, pp. 19-61 y Allan R. Brewer-Carías. “El Recurso Contencioso-Administrativo”..., *loc. cit.*

El segundo vicio de inconstitucionalidad de los actos administrativos es la incompetencia de orden Constitucional, que puede ser o la usurpación de autoridad o la usurpación de funciones.

a'. La usurpación de autoridad.

La usurpación de autoridad se produce cuando una persona sin investidura, asume una función pública y realiza actividades administrativas. Según la Constitución (Art. 119) "toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos"; y dicho vicio se da no sólo en la ausencia de investidura del autor del acto, sino en los casos de investidura ya concluída o de investidura irregular o anulada.

b'. La usurpación de funciones

La usurpación de funciones, por otra parte, se produce cuando se dicta un acto administrativo por una autoridad administrativa con investidura pero ejerciendo funciones públicas a otro órgano de otro Poder del Estado. Existiría este vicio cuando la autoridad administrativa dicta el acto usurpando funciones atribuidas a los Tribunales o a las Cámaras Legislativas. Se trata de una incompetencia de orden constitucional, pues en dicho texto es que se establece la separación orgánica de poderes.

B. Vicios de ilegalidad

Además de los vicios de inconstitucionalidad, los actos administrativos de efectos particulares pueden estar viciados y dar motivo al recurso de nulidad, por diversas contravenciones al derecho o al ordenamiento jurídico. A pesar de que el término "ilegalidad" podría identificarse con la sola violación de Ley, por simple convencionalismo y debido a su uso común, emplearemos la expresión "vicios de ilegalidad" para englobar todos estos vicios de contrariedad al derecho, que ordenaremos en cuatro grandes grupos: la violación de la Ley u otra norma de derecho administrativo; vicios que afectan los requisitos de fondo de los actos administrativos; vicios que afectan los requisitos de forma de los mismos; y vicios que afectan los efectos de dichos actos.

a. La violación de la Ley u otra norma de derecho administrativo

El primer grupo de vicios de los actos administrativos se produce cuando al dictarlos, el funcionario viola directamente alguna de las fuentes del derecho administrativo aplicable a su actuación, sea una Ley, un reglamento o un principio general del derecho administrativo. Debe señalarse que, en particular, en este último supuesto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en admitir la violación de principios generales del derecho administrativo como vicio de los actos. Tal ha sucedido, por ejemplo, como se verá, con el principio *audi*

alteram parti (audiencia del interesado)⁽¹¹⁶⁾.

b. Los vicios que afectan los requisitos de fondo de los actos

Los vicios de los actos administrativos que afectan sus requisitos de fondo tienen que ver con la competencia, la base legal, el objeto, la finalidad, y la causa y sucesivamente se denominan: incompetencia, ausencia de base legal, vicio en el objeto, desviación de poder y abuso o exceso de poder. Sin dejar de hacer una rápida mención respecto de todos ellos, me detendré algo en el análisis del vicio de abuso o exceso de poder, o vicio en la causa del acto administrativo que abre un riquísimo campo de control en el contencioso-administrativo, particularmente respecto de los actos discrecionales.

a'. La incompetencia

Sin duda, la incompetencia es el vicio más común de los actos administrativos de efectos particulares, también denominado en la doctrina, extralimitación de atribuciones. En efecto, la competencia, en derecho público, requiere texto expreso, por lo que la misma no se presume. Por tanto, todo acto dictado por un funcionario que no tenga atribución expresa para emanarlo es un acto viciado de incompetencia. Esta incompetencia, por otra parte, puede ser por la materia, el territorio, el tiempo y el grado jerárquico⁽¹¹⁷⁾.

Debe señalarse, además, que así como la competencia requiere texto expreso, las desviaciones de la competencia, es decir, la delegación y la avocación, también requieren texto expreso. Por tanto, también sería ilegal el acto administrativo dictado en base a una delegación no autorizada legalmente.

b'. La ausencia de base legal

Pero el acto administrativo de efectos particulares también puede estar viciado cuando se dicta por un órgano competente, pero sin base legal. Por ejemplo, el registrador de la propiedad industrial tiene competencia para negar el registro de una marca que tenga similitud con otra ya registrada; sin embargo, si ésta ya había pasado al dominio público, la negativa de registro carecería de base legal, es decir, el supuesto de derecho no sería el aplicable al supuesto de hecho que es la causa del acto administrativo.

(116) Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones...*, op. cit.

(117) Allan R. Brewer-Carías, *Introducción al Estudio de la Organización Administrativa Venezolana*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Monografías Administrativas, No. 1, Caracas, 1978.

c'. El vicio en el objeto

El tercer vicio que afecta los requisitos de fondo del acto administrativo, es el vicio en el objeto, cuando éste constituye un ilícito (delito), cuando es indeterminado o indeterminable, o es de ejecución imposible. En estos casos la sanción al vicio es la nulidad absoluta⁽¹¹⁸⁾.

d'. La desviación de Poder

El vicio en la finalidad del acto administrativo, por ejemplo, cuando ésta no se cumple o se desvía, se denomina “desviación de poder”, término consagrado en el artículo 206 de la Constitución. Conforme a ello, estarían viciados de desviación de poder, los actos dictados por un funcionario competente y conforme al supuesto legal aplicado, pero buscando un fin distinto, particular del funcionario y aun público, pero distinto al previsto en la norma.

c'. El abuso o exceso de poder

Por último, además de la incompetencia, de la ausencia de base legal, de los vicios en el objeto y de la desviación de poder, los actos administrativos pueden también estar viciados en su causa o en sus motivos, y al vicio en la causa o motivo lo denomina la jurisprudencia como “abuso o exceso de poder”.

En nuestro criterio, este es el vicio que muestra mayor interés práctico, pues entre otros factores, su desarrollo por la jurisprudencia ha permitido el control de los motivos, particularmente en el acto discrecional.

En efecto, la causa o motivo del acto administrativo está configurado por las circunstancias o presupuestos de hecho que provocan la adopción del acto. Previa a la emisión de todo acto administrativo, por tanto, la Administración debe realizar una doble operación: la comprobación de los hechos y la calificación y apreciación de los mismos. En ambas operaciones pueden surgir vicios.

a". Vicios en la comprobación de los hechos

En el procedimiento administrativo, en general, y particularmente en los procedimientos sancionatorios, la carga de la prueba de los presupuestos de hecho está en manos de la administración. Ella, por tanto, debe comprobar los hechos; y en esta comprobación de los hechos la administración —al igual que en materia procesal civil y en el ámbito del control de Casación⁽¹¹⁹⁾— puede violar una norma legal establecida para valorar el mérito de la prueba, sea porque valore una prueba, para

(118) Artículo 19, ordinal 3o. de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

(119) Artículo 435 del Código de Procedimiento Civil.

probar hechos para los cuales no se admite; sea porque le dé valor pleno a una prueba mal hecha; sea porque incurra en falso supuesto, es decir, admita como probados hechos que no lo han sido en el expediente administrativo, dé por probados hechos que del mismo expediente administrativo resultan inexactos; o atribuya la existencia de menciones en actas del expediente administrativo que no las contengan.

En todos estos supuestos, el vicio en la comprobación de los hechos que constituyen la causa del acto administrativo acarrea la ilegalidad del acto y su impugnabilidad.

b''. Vicios en la calificación y aplicación de los hechos

Pero una vez comprobados los hechos, la Administración debe calificarlos y apreciarlos, y en esta operación puede tergiversar los hechos, falseando los presupuestos, o puede apreciarlos erradamente, produciéndose un error de hecho. En estos casos, el acto administrativo dictado estaría también viciado.

Pero en este campo de la apreciación de los hechos es precisamente donde se manifiesta plenamente el ejercicio del poder discrecional de la Administración y, por tanto, donde éste debe ser limitado para controlar la tendencia a la arbitrariedad. En efecto, la esencia del poder discrecional está en la libertad de apreciación de los hechos o motivos y de la oportunidad y conveniencia de la acción, que el legislador otorga a la autoridad pública; y precisamente, con el control contencioso-administrativo de los motivos, es decir, de la apreciación de los hechos por la Administración, se persigue limitar la arbitrariedad administrativa.

Pero antes de señalar esos límites a la discrecionalidad, deben distinguirse los supuestos que la configuran, de la apreciación que puede existir en los casos de previsión legal de conceptos jurídicos indeterminados. En estos supuestos, por ejemplo, cuando las Ordenanzas Municipales autorizan a las autoridades respectivas a decidir la demolición de los inmuebles que amenacen o se encuentren en ruina, la Autoridad Municipal al apreciar el estado de "ruina" lo único que hace es aplicar la Ley y determinar si el inmueble se encuentra o no en ruina. Hay una sola solución a adoptar en estos casos, aun cuando, por supuesto, puede haber error de hecho en la apreciación. Sin embargo, la administración no tiene libertad de apreciación discrecional.

En la discrecionalidad auténtica, en cambio, la Administración sí tiene libertad de apreciación de los hechos y de la oportunidad y conveniencia de su acción, concedida legalmente. La jurisprudencia contencioso-administrativa en este sentido, ha venido apelando a los principios generales del derecho para limitar la discrecionalidad y anular actos administrativos, y entre ellos, a los principios de la racio-

nalidad, justicia, igualdad y proporcionalidad⁽¹²⁰⁾, los cuales han sido acogidos recientemente por el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

a". Las violaciones al principio de la racionalidad

La primera limitación al poder discrecional es que éste debe ejercerse racionalmente tanto en relación a la oportunidad de la actuación como en cuanto a las apreciaciones técnicas que sean necesarias.

En cuanto a la elección del momento oportuno de la actuación, éste debe ser congruente con la medida adoptada. Si por ejemplo, existe peligro de infección de carne de cerdo, la prohibición de importación no puede imponerse una vez que el mismo ha pasado. Por otra parte, se hace necesario que la libertad de apreciación responda a criterios técnicos racionales. En el mismo ejemplo, si el peligro de infección de la carne existe en determinados países, no tiene por qué prohibirse la importación respecto de países de otros continentes. Las medidas administrativas deben así obedecer a criterios de racionalidad técnica, de manera que si la Administración se aparta de ella, incurre en ilegalidad.

La limitación de mayor importancia en este campo a nivel del derecho positivo la encontramos en el Reglamento general de Alimentos que autoriza a la autoridad administrativa para adoptar, con discrecionalidad, las medidas sanitarias que considere convenientes para la mejor alimentación del país. Sin embargo, agrega el Reglamento, que cuando dichas medidas deban tomarse a juicio de la autoridad sanitaria, deben estar fundadas en principios, normas, directrices o apreciaciones de carácter científico o técnico, y no pueden ser el resultado de una actuación arbitraria. Tal sucede, por ejemplo, en la prohibición que puede adoptarse de utilización de determinados utensilios metálicos en la preparación de alimentos.

b". Las violaciones al principio de la justicia

El acto administrativo discrecional, además de tener que ser racional, debe ser justo y equitativo, por lo que si, por ejemplo, una situación determinada se debe a la acción u omisión de la propia Administración, no podría ella sancionarla y dejar caer en el particular todas las consecuencias de la misma. Es clásico, en este sentido, el ejemplo de la jurisprudencia italiana: no es procedente la separación de un funcionario de su cargo por bajo rendimiento en el trabajo, si la disminución

(120) Allan R. Brewer-Carías, "Los Límites al Poder Discrecional de las Autoridades Administrativas" en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, No. 2, Caracas, 1966, pp. 9-35; y en *Ponencias venezolanas al VII Congreso Internacional de Derecho Compravado* (Upsala, agosto 1966). Publicaciones del Instituto de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966, pp. 255-279.

de su capacidad ha sido por causa del propio servicio público. Los actos inequitativos, por tanto, también estarían viciados.

c". Las violaciones al principio de la igualdad

Este principio, en Venezuela de rango constitucional, impone a la Administración la obligación de ser imparcial frente a los particulares y de dar un tratamiento igual a los que se encuentren en iguales condiciones. Todo acto administrativo que dé tratos de favor o tratos disperejos está viciado por discriminatorio. En este campo, por otra parte, tiene una enorme importancia el precedente administrativo: si frente a una situación de hecho la Administración adoptó una decisión, sería violar el principio de la igualdad si frente a otra situación de hecho igual adoptase otra decisión.

d". La violación del principio de la proporcionalidad

Pero no sólo el acto discrecional que sea irracional, injusto o desigual estaría viciado, sino que también habría vicio en los supuestos del acto administrativo desproporcionado. En efecto, si la Ley autoriza a la Administración para tomar las medidas que juzgue convenientes dentro de una escala (un límite máximo y mínimo para multas, por ejemplo), la Administración no puede actuar arbitrariamente, sino que debe adecuar su acto a los supuestos de hecho, de manera que la relación que se establezca sea proporcional. Por ello, sería desproporcionado que ante una falta leve, se imponga la sanción máxima.

c. Vicios que afectan los requisitos de forma de los actos administrativos

Además de los vicios que afectan los requisitos de fondo de los actos administrativos, también pueden distinguirse los vicios que afectan los requisitos de forma de dichos actos, y que podemos clasificar en requisitos adjetivos y formales.

a'. Los requisitos adjetivos

En cuanto a los requisitos adjetivos, éstos tienen que ver con el cumplimiento del procedimiento administrativo y todos sus trámites y exigencias, regulados ahora en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981. Este, como todo procedimiento, está constituido por una serie de actos concatenados cuyo cumplimiento resulta indispensable para su continuación y para la debida garantía del particular.

En este campo, por supuesto, muchos vicios podrían detectarse, por lo que nos limitaremos a señalar los de mayor relevancia. En cuanto a la iniciación del procedimiento, por ejemplo, es de destacar que los procedimientos sancionatorios

generalmente deben iniciarse con el levantamiento de un acta en la cual se deja constancia de los hechos normalmente en presencia del interesado. La ausencia o defectos de esta acta afecta el acto administrativo que en definitiva se dicte.

Por otra parte, todo acto administrativo que afecte los derechos e intereses de un particular, debe ser dictado previa audiencia del interesado, pues de lo contrario —lo que sucede con mucha frecuencia— se cercenaría el derecho a la defensa del particular. En estos casos el acto también estaría viciado.

En el curso del procedimiento administrativo, muchos actos de trámite son de obligatorio cumplimiento de manera que los actos podrían resultar viciados si esos trámites no se cumplen. Esto sucede, por ejemplo, en materia de consultas o dictámenes. Es muy frecuente la exigencia de obtención obligatoria de opiniones de órganos consultivos antes de que se dicte una providencia; la no obtención de la consulta obligatoria viciaría el acto administrativo; y si la consulta, además de obligatoria, es vinculante, el hecho de que no la siga el órgano que dicta el acto también lo viciaría.

En todo caso, la ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente pautado, daría origen a un vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos, conforme se prevé en el artículo 19, ordinal 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

b'. Los requisitos formales

Pero además de requisitos adjetivos o procedimentales, cuyo incumplimiento vicia el acto administrativo, también existen una serie de requisitos formales de necesario cumplimiento.

Por ejemplo, en cuanto a la formación de la voluntad de los órganos colegiados, es indispensable la observancia de los requisitos de quórum para la instalación, para la deliberación y para la votación; de lo contrario —lo que también es muy frecuente— el acto estaría viciado.

Por otra parte, el acto administrativo debe ser en general, expresado formalmente por escrito con fecha, firma y sello, y demás requisitos establecidos en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y la ausencia de estos requisitos podría afectar el acto.

Por último, entre los requisitos formales de los actos administrativos, la jurisprudencia ha venido exigiendo la motivación de los mismos, es decir, la expresión formal de los motivos en su texto, lo que equivale, conforme al artículo 9 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, a la ordenada exposición de las razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento al acto. La motivación,

en esa forma, se ha considerado como la condición esencial para que pueda ejercerse el derecho a la defensa del acto administrativo.

La motivación, aparte de que la exige expresamente la Ley, con carácter general, debe estar presente en todo acto mediante el cual se imponga una sanción o un reparo o se afecte un derecho subjetivo; y en general, en los actos discrecionales, de manera que pueda ejercerse el control sobre los motivos que hemos señalado, y salvo, por supuesto, que la Ley exima expresamente a la Administración de la obligación de motivar, lo cual no es infrecuente.

d. Vicios que afectan los efectos de los actos administrativos

Pero los vicios de los actos administrativos no sólo pueden surgir en relación a los requisitos de fondo o forma de los mismos, sino también en cuanto a los efectos del acto. Diversos supuestos de vicio pueden destacarse en estos casos.

a'. En relación a los efectos temporales de los actos

En primer lugar, en relación a los efectos temporales de los actos administrativos. Estos deben tener efectos hacia el futuro, por lo que los actos administrativos de efectos retroactivos estarían viciados, siendo de destacar, entonces, que la irretroactividad no sólo es característica de los actos de efectos generales, sino también de los actos de efectos particulares de carácter constitutivo⁽¹²¹⁾. La retroactividad sólo sería admisible si beneficia al administrado.

Pero en relación a los efectos temporales de los actos administrativos debe señalarse que, en principio, éstos no pueden someterse ni a condición ni a término, suspensivos o extintivos, salvo que la ley lo autorice expresamente. Todo acto administrativo condicionado sin autorización legal, estaría viciado.

Por último, debe también señalarse que los efectos de los actos administrativos, salvo cuando exista condición resolutoria o término extintivo, se presumen indefinidos, no pudiendo la Administración suspender dichos efectos a su arbitrio. Toda suspensión de efectos de un acto administrativo no autorizada legalmente estaría viciada.

b'. En relación a la cosa juzgada administrativa

Pero también en relación a los efectos de los actos administrativos éstos no pueden ser dictados desconociendo los efectos de otros actos administrativos que hayan producido cosa juzgada administrativa.

(121) Artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En efecto, los actos administrativos firmes, creadores o declarativos de derechos a favor de particulares, son actos irrevocables, por lo que sus efectos son obligatorios y no pueden ser desconocidos ni por la propia Administración Pública ni por los particulares. Por tanto, todo acto administrativo que viole la cosa juzgada administrativa, y que por ello, implique la modificación o renovación de un acto firme irrevocable, estaría viciado de nulidad absoluta y también sería susceptible de ser impugnado⁽¹²²⁾. Quedan a salvo, por supuesto, los casos extremos y excepcionales de nulidad absoluta frente a la cual no puede oponerse la irrevocabilidad proveniente de la cosa juzgada administrativa⁽¹²³⁾.

c'. En relación a la ejecución de los actos administrativos.

Pero además de los vicios en cuanto a los efectos temporales y en cuanto a la violación de la cosa juzgada administrativa, los actos administrativos también pueden resultar viciados en los medios de ejecución adoptados por la Administración. En particular, ciertos actos administrativos pueden ser ejecutados en forma forzosa por vía administrativa y previa autorización legal. Por tanto, toda ejecución no autorizada legalmente o por medios no admitidos, estaría también viciada⁽¹²⁴⁾.

5. Decisión del recurso

El recurso contencioso-administrativo de anulación concluye con una determinada decisión características peculiares deben también precisarse. En primer lugar, el contenido de la decisión, tal como se ha señalado, es la declaratoria o no de nulidad del acto atacado⁽¹²⁵⁾. El Juez no puede reformar el acto, sino que debe restablecer la legalidad objetiva lesionada, declarándolo nulo o no. Además, la Ley Orgánica admite ahora que mediante un recurso de anulación se pueden plantear pretensiones de condena a la Administración y solicitar el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas, tal como se regula en el artículo 131.

En esta forma, la decisión definitiva del recurso: la improcedencia del mismo; o la declaratoria de nulidad del acto en forma parcial o total, y en su caso, y como consecuencia, si hay pretensiones de condena, la condena a la Administración.

La inadmisibilidad se produce en aquellos supuestos en que en virtud de una

(122) Artículo 19, ordinal 2o. de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

(123) Artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

(124) Artículo 80 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

(125) Artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

excepción de inadmisibilidad opuesta por una de las partes, el Juez constata que no se cumplen los requisitos procesales que han visto, es decir, cuando hay una adecuada lefitimación, cuando el acto es firme porque se ha vencido el lapso para impugnarlo, o cuando no se ha agotado la vía administrativa. Esas condiciones de admisibilidad del recurso deben verificarse, en principio, al inicio del procedimiento, al dictarse el auto de admisión, y solo excepcionalmente cuando después de admitido el recurso, se opone una excepción por una de las partes, es que el Juez puede decidir resolver esta cuestión en la definitiva⁽¹²⁶⁾.

En todo caso, cuando se declara inadmisibile un recurso, esta decisión trae como consecuencia que el acto subsidia sin problemas de legalidad, aun cuando, por supuesto, queda vigente siempre la posibilidad de que se oponga la excepción de ilegalidad contra los actos firmes⁽¹²⁷⁾; Esta, sin embargo, tiene que intentarse, como toda excepción, en un proceso distinto. En el supuesto, por ejemplo, de un acto administrativo de liquidación de impuestos, si este acto queda firme, y la Administración intenta el cobro por vía judicial ordinaria, en ese proceso de cobro, el contribuyente puede alegar la excepción de ilegalidad produciéndose una especie de cuestión prejudicial para ante los tribunales contenciosos, para la decisión de esta ilegalidad.

La decisión del recurso puede ser también de declaratoria de improcedencia del mismo. En efecto, si el recurso es admisible porque se han cumplido todas las condiciones de admisibilidad, la decisión puede ser una decisión de improcedencia de la anulación solicitada porque el acto no tenga los vicios señalados, o porque éstos no hayan sido probados. La decisión de la improcedencia, en todo caso, tiene efectos *inter partes*, es decir, efectos relativos, lo que implica que la misma persona, por los mismos motivos, no puede impugnar nuevamente el acto.

El tercer contenido posible de la decisión del recurso es la anulación del acto teniéndose que atender el Juez en este caso a lo alegado y probado en el proceso⁽¹²⁸⁾. Por ello, en la decisión del recurso de anulación, no puede haber *ultrapepetita*. Esta anulación, en caso de que proceda, los efectos en el tiempo⁽¹²⁹⁾. En primer lugar, respecto del acto impugnado, la anulación hace desaparecer el acto con sus efectos. Para determinar el ámbito de los efectos de la anulación, según se trate de una nulidad absoluta o de una nulidad relativa. El efecto de la anulación

(126) Artículo 130 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(127) Artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(128) Artículo 82 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(129) Artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

cuando se trata de un vicio de nulidad absoluta⁽¹³⁰⁾, se extiende tanto hacia el pasado como hacia el futuro, y debe advertirse que los supuestos en que procede la nulidad absoluta, son de derecho estricto, establecidos en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y que abarcan los siguientes supuestos: la incompetencia manifiesta, es decir, burda y evidente; los casos en que el objeto del acto sea imposible o constituya en sí mismo un delito; los casos en que haya falta absoluta y total del procedimiento cuando estaba exigido por la Ley; y los casos en los cuales la Constitución o la Ley declaren el acto como nulo; y cuando el acto revoque un acto anterior creador de derechos a favor de particulares

Aparte de esos supuestos que son excepcionales, lo normal es la anulabilidad del acto, o nulidad relativa, produciéndose los efectos de la anulación solamente hacia el futuro.

Por otra parte, respecto de los administrados, los efectos de la anulación son siempre *erga omnes*, de carácter absoluto; y respecto de la Administración, ésta está obligada a tomar las medidas necesarias para que la anulación pronunciada sea efectiva. Si por ejemplo, el acto se ha anulado por vicios de forma, la Administración debe corregirlos. La Ley Orgánica de la Corte Suprema para ello, ha establecido efectivos mecanismos para obligar a la Administración a cumplir lo decidido por el Juez Contencioso-Administrativo⁽¹³¹⁾.

Por último, debe señalarse que la decisión de anulación puede estar, además, acompañada de unadecisión de condena a la Administración, conforme lo indica el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte, si la pretensión de condena se ha planteado en la solicitud.

Los supuestos de pretensiones tendientes al restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la Administración consecuenciales de la anulación de un acto, surgen por ejemplo, en el contencioso funcional con motivo de la aplicación de la Ley de Carrera Administrativa y que no se agotan en solas decisiones de anulación. En efecto, en cuanto a estas últimas pretensiones un acto administrativo de aplicación de la Ley de Carrera Administrativa impugnado implica, en la mayoría de los casos, el que surjan pretensiones más allá de las de anulaciones. En estos casos, la decisión que se pretende no es sólo de anulación o no del acto administrativo, sino en realidad lo que se persigue son satisfacciones a las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas en las cuales basa el recurso, lo que se produce por la condena al pago de cantidades de dinero, o a través del restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas.

(130) Artículo 19 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(131) Artículo 173 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Esta mezcla de pretensiones, por supuesto, tiene particular importancia en relación a los efectos de la sentencia, pues, la decisión de las pretensiones de condena indudablemente que sólo tiene efectos *inter partes*, a pesar de que la decisión sobre la anulación tenga efectos *erga omnes*.

VI. El recurso contencioso-administrativo de plena jurisdicción.

En cuanto al recurso de plena jurisdicción, se trata también de un medio de control, no ya de la legalidad, sino de la legitimidad de la actividad administrativa, básicamente derivada de hechos y de relaciones jurídico-administrativas.

Estos recursos de plena jurisdicción han sido definidos como medios jurídicos puestos a la disposición de los particulares para controlar la conformidad de la actividad administrativa con el ordenamiento jurídico, y por lo tanto, determinar la legitimidad de la actividad de la Administración, a través del análisis de la existencia o no de un título jurídico que le permita a la Administración actuar de una forma concreta⁽¹³²⁾.

Este recurso de plena jurisdicción, a diferencia del de anulación, sí es propiamente una demanda: se intenta contra la Administración fundado en una situación jurídica subjetiva lesionada por la autoridad administrativa o por la actividad de la Administración y con el objeto de que se restablezca esa situación jurídica lesionada o se satisfaga un derecho subjetivo en particular. por ello, en este recurso no se busca impugnar un acto administrativo, sino que se plantean frente a la Administración pretensiones de condena que tienen su origen en hechos o relaciones jurídicas que han lesionado situaciones jurídicas subjetivas.

En cuanto a la legitimación, se ha señalado que en el recurso de plena jurisdicción debe invocarse un derecho subjetivo como fundamento de la pretensión de condena, que es la que se busca. La situación jurídica subjetiva lesionada, puede tener como origen un contrato, en supuestos de responsabilidad extracontractual de la Administración, o de la violación por ella de alguna ley que dé origen a una pretensión de indemnización. En estos casos, la decisión que se pide es de condena a la Administración al pago de sumas de dinero; o al restablecimiento de la situación jurídica subjetiva lesionada.

En el contencioso de plena jurisdicción, por tanto, la decisión puede versar sobre cualquier materia jurídicamente útil que se le solicite al Juez. La decisión puede también implicar la inadmisibilidad del recurso, al igual que en el supuesto del contencioso de anulación, cuando se opongan excepciones. Esto sucede por ejemplo, cuando la acción está prescrita o cuando no se ha cumplido el procedi-

(132) Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones...*, *op. cit.*

miento administrativo previo a las demandas contra la República previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. La decisión puede contener también la declaratoria de improcedencia del recurso cuando se lo declara sin lugar.

Las decisiones del recurso de plena jurisdicción al referirse a una pretensión de condena, en todo caso, produce efectos *inter partes*.

VII. El recurso contencioso-administrativo de interpretación.

En cuanto al recurso de interpretación, que conforme al artículo 42, ordinal 24, corresponde ser decidido por la Corte Suprema de Justicia incluso en materia de carrera administrativa⁽¹³³⁾ no tiene un procedimiento legalmente prescrito.

Sin embargo, estimamos que sus requisitos procesales y las normas de procedimiento deben ser lo más parecido a los que corresponden al recurso contencioso-administrativo de anulación contra los actos administrativos de efectos generales.

VIII. El recurso contencioso-administrativo contra la abstención administrativa

La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia ha establecido, por último, como competencia de los tribunales contencioso-administrativos, el conocer de la abstención o negativa de los funcionarios públicos a cumplir actos a que están obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas⁽¹³⁴⁾.

En estos recursos, en definitiva, se plantea una pretensión de condena frente a la Administración, a los efectos de que el Juez le ordene adoptar una decisión en un asunto pendiente. La Ley tampoco prescribe procedimiento alguno, por lo que debe aplicarse, por analogía el prescrito al respecto en los juicios de nulidad de los actos administrativos de efectos particulares, incluso, en relación a sus requisitos procesales de admisibilidad⁽¹³⁵⁾.

(133) Véase la sentencia de la Corte Suprema en *Revista de Derecho Público*, No. 19.

(134) Artículos 4, ordinal 24 y 182, ordinal 1 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(135) Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 28-9-82, en *Revista de Derecho Público*, No. 12, octubre-diciembre 1982, pp. 176 y ss. Véase en general Allan R. Brewer-Carías, "La abstención, silencio y negativa de la Administración y su control", en *El Derecho Venezolano en 1982*, Ponencias al XI Congreso internacional de Derecho Comparado, Caracas, 1982, pp. 603 y ss.

Esta obra se terminó de imprimir en Bogotá, en los Talleres Gráficos de Montoya y Araújo Ltda., Carrera 8a. No. 62-08 - Teléfonos: 249 90 18 - 211 52 89, bajo la dirección de Eduardo Montoya Rivera, el día 5 de agosto de 1986.

LAUS DEO