



Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Criminológicas
Escuela de Derecho
Departamento de Derecho Procesal
Mérída - Venezuela



Derecho **ula**

Estado de Derecho Rechtsstaat



Universidad de Heidelberg y Universidad de
Los Andes Primera universidad y escuela de Derecho

Depósito Legal: ME2018000132
AÑO 1 • N°1 • ENERO - JUNIO 2019



ula
Girovom
Grupo de Investigación
Robert Von Mohl

Estado de Derecho Rechtsstaat

REVISTA DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

AÑO 1 • N°1 • ENERO - JUNIO 2019

Editor en Jefe:

Abdón Sánchez N.

Editores Adjuntos:

Jean-Denis Rosales Gutiérrez y María V. Marcano D.

Comité Editorial:

Aura M. Morillo P. (ULA)

Edualis Navas. (ULA)

Alex David Hernández. (ULA)

Frank Rivas Torres. (ULA)

Enrique Abraham Andara. (ULA)

Comité de Arbitraje:

Carlos García Soto. (UMA)

Ramsis Ghazzaoui. (UCAB)

José Gregorio Silva Bocaney. (UCV)

Carlos Luis Carrillo Artilles. (UCV)

Jesús María Alvarado Andrade. (UCV)

Serviliano Abache Carvajal. (UCV)

Alberto Blanco Uribe-Quintero. (UCV)

Ronald Chacín Fuenmayor. (LUZ)

David Gómez Gamboa. (LUZ)

Consejo de Redacción y/o Asesor.

Daniela Urosa Maggi. (UMA)

Ninoska Rodríguez Laverde. (UCAB)

Miguel A. Gómez O. (ULA)

José Luis Malaguera Rojas. (ULA)

Francisco Ferreira Abreu. (ULA)

Autoridades Administrativas:

Rector: Mario Bonucci Rossini.

Vicerrectora Académica: Patricia Rosenszweig Levy.

Vicerrector Administrativo: Manuel Aranguren Rincón.

Secretario: José María Andérez.

Decano: Aura Marina Morillo Pérez.

Depósito Legal: ME2018000132

Concepto Portada y Diseño:

David Acosta Blanco

Diagramación:

David Acosta Blanco

Logo:

Logo University of Heidelberg

Uni Heidelberg

Sello de la Universidad de Heidelberg.

<http://erevistas.saber.ula.ve/Rechtsstaat>
rechtsstaat@gmail.com

Queremos agradecer altamente a nuestra entrañable Tanya Camargo quien desde Ecuador nos ayudó a hacer efectivo el sueño de la Revista



LA REVISTA ESTADO DE DERECHO RECHTSSTAAT, POSEE ACREDITACIÓN DEL CONSEJO DE DESARROLLO CIENTÍFICO, HUMANÍSTICO, TECNOLÓGICO Y DE LAS ARTES. UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (CDCHTA-ULA).

LA REVISTA ESTADO DE DERECHO RECHTSSTAAT, ASEGURA QUE LOS EDITORES, AUTORES Y ÁRBITROS CUMPLEN CON LAS NORMAS ÉTICAS INTERNACIONALES DURANTE EL PROCESO DE ARBITRAJE Y PUBLICACIÓN. DEL MISMO MODO APLICA LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS POR EL COMITÉ DE ÉTICA EN PUBLICACIONES CIENTÍFICAS (COPE). IGUALMENTE TODOS LOS TRABAJOS ESTÁN SOMETIDOS A UN PROCESO DE ARBITRAJE Y DE VERIFICACIÓN POR PLAGIO.

LAS OPINIONES EXPRESADAS EN ESTA PUBLICACIÓN NO REPRESENTAN NECESARIAMENTE EL PENSAMIENTO DE LA REVISTA Y SON DE EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD DE SUS AUTORES.

TABLA DE CONTENIDO

 EXORDIO	02 - 04
 EDITORIAL El Estado de Derecho como un Valor Jurídico Inmanente del Estado-Organización <i>The rule of law as an inmanent juridic value of the state</i> Jean-Denis Rosales Gutiérrez	05 - 08
<hr/> ARTICULOS ORIGINALES	
 Convocatoria y elección de una constituyente: colisión con el poder constituido <i>Convocation and election of constituent power: conflict with constituted Power</i> Dolis Marina Sánchez Ramírez	09 - 30
 La negociación colectiva voluntaria como principio fundamental de la autonomía de la voluntad de las partes <i>The collective voluntary negotiation as premise of the fundamental principle of will`s autonomy</i> Francisco Enrique Ferreira Calderón	31 - 53
 Rescisión de los contratos de obra en el ámbito de las contrataciones públicas <i>Administrative contract's termination powers in public contract law</i> Luis Eduardo García Vielma	54 - 75
 Fiscalización tributaria en la ley orgánica de telecomunicaciones <i>Tax auditing in the organic's telecommunication law</i> Adriana Ángulo y Jorge Melean Brito	76 - 98
 La querrela funcionarial en el derecho administrativo venezolano <i>The administrative justice for state's agents</i> Yissiel Eloina Uzcátegui Nava	99 - 117
 SEMILLERO ACADÉMICO El proceso civil venezolano y los derechos fundamentales en relación a las medidas de protección y garantías procesales <i>The venezuelan civil process and fundamental rights regarding protective measures and procedural guarantees</i> Adalgisa Sifuentes	118 - 130
 ADDEMDUM JURISPRUDENCIAL Análisis de la Sentencia N° 301/2007-Artículo 31 LISLR) Nelson J. Camacho L	131 - 132

Exordio, Die Abgabe, Préliminaires, Introito o Presentation

En esta oportunidad, el Grupo de Investigación Robert Von Möhl (GIROVOM) presenta un órgano divulgativo propio llamado “Estado de Derecho: Rechtsstaat,” con la finalidad de brindar un espacio académico especial a los estudiosos, cuyos productos de investigación sean afines con la temática del Estado de Derecho, erigiéndose así, como un canal divulgativo multidisciplinario e interdisciplinario, conjugador de diversas disciplinas científicas tales como el Derecho, la Ciencia Política y la Filosofía del Derecho, pues en resumidas cuentas, el Estado es una organización cuya identidad arrastra la personificación jurídica de la Sociedad, con valores trascendentales, como el Estado de Derecho, Social, Democrático y de Justicia, como una innata brújula cultural o axiológica inspiradora de su variado accionar estatal, frente a los administrados y distintos miembros de la Comunidad Internacional, sin importar si son nacionales o extranjeros, que se hallan en territorio venezolano.

Naturalmente, que la ULA como institución universitaria de primer orden en Venezuela, busca desde este primer número, a través de las normas técnicas para la publicación de revistas científicas de la Universidad de Los Andes (ULA-Venezuela), y siendo una circulación arbitrada cuya autoría pertenecen a investigadores con amplia experiencia en sus nichos de estudio, pero que también, es creada a los fines, de abrir diferentes espacios académicos para investigadores noveles que pretenden colocar su granito de arena en el perfeccionamiento del saber jurídico, y social en general. Desde este punto de vista, la investigación científica, no puede quedar como un reducto cerrado de individuos dedicados de manera exclusiva a la producción científica, como un monopolio o un mundo cerrado, y elitesco. Las Universidades Venezolanas deben ampliar el espectro de acción de investigación científica, desde la base estudiantil con los cursos de pre-grado. Y no sólo, desde los Estudios de post-grado con las Especializaciones, Maestrías y cursos de Doctorado.

En este sentido, las Comisiones Internas del Órgano Divulgativo: Comité Editorial; Comité Arbitral y el Comité de Redacción, están conformados por un muy selecto grupo de competentes investigadores de diferentes Universidades Venezolanas, Públicas y Privadas, quienes han aceptado participar en el proyecto con especial interés, y a todos ellos, muchas gracias por formar parte del maravilloso grupo de trabajo, que permitió la concreción del presente medio divulgativo, configurado como una coalición académica inter-universitaria por la promoción del Estado de Derecho, la Democracia Constitucional y los Derechos Humanos, en Venezuela.

Aunado a lo anterior, GIROVOM como Grupo ha tenido amplio apoyo de la mayoría de las dependencias administrativas,

pero fundamentalmente del Consejo de Desarrollo Científico, Humanístico, Tecnológico y de las Artes de la Universidad de Los Andes, SABER-ULA, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas que es gerenciada por la Profesora Titular y Doctora Laboralista Aura M. Morillo Pérez; el Profesor de Derecho Internacional Privado Francisco Avendaño Angola -en su antigua condición de Director de Escuela de Derecho; el Profesor de Derecho Procesal Penal José Luis Malaguera Rojas (Jefe del Departamento de Derecho Procesal); el Profesor Frank Rivas Torres (Coordinador de GILOG, Sapienza Organizacional y especial fuente de inspiración a los dos Editores Adjuntos de ésta nueva adquisición científica de la Universidad de Los Andes (ULA), quien a pesar de ser un profesor de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales (FACES-ULA), motiva a toda una nueva generación de profesores de diferentes disciplinas científicas con su Doctorado en Ciencias Organizacionales; y que es una verdadera disciplina científica en mi opinión, que sirve de instrumento para perfeccionar los diferentes saberes, y las técnicas de trabajo en los diferentes entornos laborales, de cada tipo de Profesional, Licenciado y Técnico formado en Universidades e Institutos.

Dicha colaboración fue decisiva a nivel económico, pero también moral, para concretar el presente proyecto de vida académico, que como muy bien refieren, los dos co-autores intelectuales de la iniciativa de la Revista, en vista de que piensan dedicarse al presente proyecto académico, que requiere de tiempo, energía y dedicación: La educación no es una tarea que tiene descanso o vacaciones, es un proyecto de vida académico dedicado a la educación. Una educación que aspira a la excelencia en general, y no sólo académica o profesional, sino también cívica y moral: crear ciudadanos, no solo Venezolanos, sino del mundo; y, que tal como lo expresa el Artículo 1 de la Ley de Universidades del año 1970 “ la Universidad, es uno de esos ejes principales, que sirven de engranaje entre el Individuo, la Sociedad Civil, el Sector Privado, los Trabajadores y el Estado en Venezuela, como un afinado sistema, en función del desarrollo de la Sociedad”.

Igual de vital, es el artículo 109 Constitucional con su reseña a la libertad en la búsqueda del conocimiento, a través de la investigación al servicio espiritual y material de la Nación y el artículo 110, que estipula un gran derecho colectivo al desarrollo de la ciencia, la tecnología y a la innovación al servicio de la Nación. Los Grupos, Centros e Institutos de Investigación deben crear con fines, no sólo de gusto por el saber o el aprendizaje, sino con motivos de desarrollo de una Nación. Hasta tal punto, que este particularísimo Derecho puede considerarse como un verdadero Derecho Constitucional con contornos supraindividuales o difusos. E incluso, considerar con

unos fines expansivos, que el artículo 108 constitucionaliza, un deber jurídico a los Grupos, Centros e Institutos Investigativos de divulgar sus conocimientos e innovaciones a la sociedad para contribuir con su desarrollo pleno y que los Grupos de Investigación pueden considerarse como unos Centros Educativos.

Yo, como actual Editor en Jefe del presente proyecto académico, fui Profesor de los dos Editores Adjuntos hace mucho y me honran con su iniciativa de equipo de trabajo. Me agrada saber, que tanto el Grupo y la Revista, son un proyecto de vida académico. Un Proyecto que emerge con ellos, desde su inicio como Profesores. Y que ya, con apenas 4 años de vida universitaria, pueden dedicarse a él durante el resto de su vida.

También es importante destacar que “Estado de Derecho: Rechtsstaat,” cuenta con su sitio web en erevistas, administrado por www.saber.ula.ve en <http://web.ula.ve/girovom>, hecho que garantiza la visibilidad de las Ediciones a nivel nacional e Internacional, haciendo posible, que los productos científicos, sean divulgados, de manera oportuna y permanente.

Finalmente, GIROVOM y la Directiva de “Estado de Derecho: Rechtsstaat,” hacen una cordial invitación a los interesados en enviar los resultados de sus investigaciones a “Estado de Derecho: Rechtsstaat;” edición que emerge para fortalecer el trabajo de divulgación académica en un momento histórico que demanda el crecimiento, y la valía de nuestra tradicional, conservadora, histórica y heroica Universidad, frente a la sociedad y el mundo.

El Editor en Jefe
Abdón E. Sánchez Noguera
Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Los Andes (ULA)



EDITORIAL

EL ESTADO DE DERECHO COMO UN VALOR JURÍDICO INMANENTE DEL ESTADO- ORGANIZACIÓN

Jean-Denis Rosales Gutiérrez

Como Editor Adjunto de la Revista Electrónica: “Rechtsstaat: Estado de Derecho” adquiero un profundo compromiso personal, profesional y académico con la prestigiosa, y por supuesto, centenaria Universidad de Los Andes (ULA), que con ayuda de un fabuloso número de Profesores del Universo Ulandino sirven al entorno Local, Estatal, Regional, Nacional e Internacional con su intelectualidad, sus productos científicos y demás, no sólo para la eficaz, eficiente, y legítima toma de las decisiones estatales, sino incluso de fomentar un profundo entorno de cordialidad con los administrados. Los Administrados, etimológicamente, denotan un innegable nexo jurídico con el Estado-Administración. Ellos son su sustrato de acción, pues el artículo 141 Constitucional expone muy bien como, la Administración Sirve con Objetividad a los Intereses de los Individuos. Es la premisa máxima del Estado Prestacional Venezolano.

El Estado es una organización compleja. Conformada por un sin número de instituciones cuyo fundamento es el Texto Constitucional que otorga su nacimiento y personalidad jurídica. Y, a su vez, cada Institución está conformada por un número unidades administrativas inmersas dentro de la Institución; y, que a su vez, éstas Unidades Administrativas se encuentran conformadas por un amplio conjunto de individuos titulares de variadas prerrogativas públicas. Dichos individuos, o personas naturales investidas de autoridad, son las referidas células de la organización encargadas del óptimo funcionamiento del Estado. Son su Recurso Humano; sus Agentes; sus Servidores para los administrados. La herramienta de trabajo que materializa su oficio en un servicio personal para el Administrado. Ellos son, un engranaje más, en la estructura general del Estado Venezolano. Los representantes de carne y hueso del Estado, frente a la Sociedad misma de la cual provienen.

Muchas normas constitucionales de 1999, están alineadas de una manera más directa que otras con el Estado de Derecho. El artículo 2 Constitucional formula una forma jurídica del Estado en un sentido operativo o funcional: El Estado de Derecho, Social, Democrático y de Justicia. El artículo 4 Constitucional formula una forma jurídica del Estado en un sentido estático: El Estado Federal Descentralizado en los términos previstos por la Constitucional y las Leyes. El Artículo 5 formula la forma política del Estado: Republicanismo-Democracia Constitucional. El artículo 225 Constitucional formula el Sistema de

Gobierno de Venezuela: Presidencialismo: El artículo 3 enuncia los fines del Estado. Y el artículo 7 Constitucional formula el significado normativo de la Constitución en el Sistema Jurídico con sus respectivas consecuencias jurídicas. El artículo 136 formula la separación de poderes públicos, que, más que ser, un simple modelo organizativo del poder, es una garantía sustantiva oponible al Estado por parte de los Ciudadanos. Estas y muchas normas mas erigen un Estado de Derecho, sin olvidar a cada artículo de esa Parte Dogmatica: Los Derechos, Garantías y Deberes Constitucionales. Y esto es, porque cada uno de los elementos anteriores denota una garantía del Estado de Derecho en Venezuela.

Cada una posee un sustrato ontológico diferente. Cada una posee una función diferente. Cada una posee una manera de interpretarse; de conectarse con el resto; de aplicarse; de hacerse efectiva en la realidad. Si bien la Constitución es un Código de Convivencia Político, similar a un Código Civil, Penal, Mercantil, Procesal, este posee un rango superior en la Sociedad, en vista de que reúne en su solo cuerpo normativo por medio de la razón, y de una vez, dicho acto normativo.

Acto normativo con una legalidad social temporal, que refleja en un cuerpo sistemático de normas el reflejo de las diferentes aspiraciones sociales de cada grupo organizado dentro de ese específico grupo humano; y como deben terminar siendo armonizadas entre si, de una manera justa. Si, el Estado de Derecho es un conjunto de herramientas que aseguran un fin existencial cónsono con la paz social, que se traduce a través de un conjunto de técnicas de diferentes tipos: unas aseguran la viabilidad política de la sociedad; otras el orden normativo; y otras los Derechos Fundamentales.

Ese conjunto de herramientas, de técnicas, son las garantías; las garantías, son esas partes que giran en torno a los Derechos. Siendo esto así, no hay Derecho sin garantías. Y cada Institución del Estado tiene como objetivo constitucional garantizar a los fines del Estado, a los Derechos y los Deberes de los individuos. El Estado de Derecho es un concepto construido en torno a dos claros elementos: El Derecho y sus Garantías, y, que, dentro del sistema, cada parte del mismo, es un engrane con su propia particularidad mecanicista. No hay mayor complicación en lo anteriormente dicho.

Pero, el Estado de Derecho posee una connotación sociológica muy particular, que, siendo un constructo propio del entero mundo del Derecho, termina siendo un mecanismo de control social, que, es planteado como una idea política que se concretiza formalmente en un documento escrito con un carácter vinculante por los firmantes.





Donde, el mismo grado de compromiso de los individuos, quedará por verse. El Estado de Derecho no es, entonces, un producto acabado, que se sanciona con una Constitución. De allí, el sentido teórico del Estado de Derecho Formal, porque el Sistema Jurídico puede tener contemplado los diferentes elementos de un Estado de Derecho, pero, si semejantes instituciones de control que son creadas por la Constitución, no aseguran sus propios fines estatutarios, esto es, los principios jurídicos organizacionales fundamentales de las instituciones: eficacia, eficiencia, efectividad, transparencia, unidad; o los fines estatutarios de los individuos en la Sociedad: los Derechos y Deberes, no existiría un Estado de Derecho Material. De lo contrario, ¿Por qué existirían las Cortes, Tribunales y Jueces, o el Derecho en si mismo?

Entonces, el Estado de Derecho no es un producto acabado; que se decreta formalmente, y se cumple, así no más. Es un largo trayecto, o recorrido que deben transitar los individuos de una manera individual con sus libertades personales, comerciales, laborales, profesionales; o, a través del ejercicio de su derecho soberano de elegir a sus representantes como funcionarios públicos de carácter representativo, frente a sus representados; que son, ante todo, y por razones de dignidad jurídica, ciudadanos, y no simples electores. El Estado de Derecho es un macro-procedimiento de legitimación social. Es un autentico estilo de vida intrincado con los valores más significativos de una Sociedad, pero, que implican un arduo, un continuo y permanente labor de fiscalización por parte de los individuos, la Sociedad Civil, los Comerciantes, e incluso, el mismo Estado, a través del Principio Jurídico de Autovinculación: El es su propio creador con su Derecho Positivo-Estatutario, y al mismo tiempo, su principal victimario. Hoy en día es así!

El Estado de Derecho y sus conceptos jurídicos consecuenciales del Estado Social, el Estado Democrático y el Estado de Justicia, son un autentico estilo de vida; son acción; son movimiento; son un constructo vehicular de protección de los derechos subjetivos. De tal manera, que inmerso en el mundo de la vida constitucional de un Estado, el Estado de Derecho, es una herramienta global de diferentes técnicas garantizantes de los Derechos. La conexión lógica entre ambos, es imposible de romper por la misma dinámica del Constitucionalismo, o del Espíritu Constitucional, tanto en un sentido Estático, como Dinámico. Entonces, el Estado de Derecho, es una búsqueda incansable del buen porvenir ciudadano, que no esta sujeta a condición, ni termino, ni respeto del propósito del Derecho. En otras palabras, el Estado de Derecho como fin o valor organizacional, no es posible concretizarlo adecuadamente, ni siquiera por un tiempo

determinado. Es, una tarea que nunca acabará, pero, que no obstante, debido a su misma naturaleza, que ésta no pueda nunca abandonarse, o detenerse su conquista temporal!

En términos de Organización, Gestión y Gerencia, el Estado de Derecho coincidirá con sus stakeholders, que son aquellos que participarán en su consecución, cuando sus Gobernantes y sus Ciudadanos, se dediquen incansablemente a intentar su conquista.



CONVOCATORIA Y ELECCIÓN DE UNA CONSTITUYENTE: COLISIÓN CON EL PODER CONSTITUIDO

CONVOCATION AND ELECTION OF CONSTITUENT POWER: CONFLICT WITH
CONSTITUTED POWER

Dolis Marina Sánchez Ramírez ⁽¹⁾

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2019.01.01.01>

Recepción: 05 de Noviembre de 2017 Aceptación: 05 de Febrero de 2018

9

RESUMEN

La Constitución de 1999, establece de manera expresa, el derecho del pueblo venezolano a convocar una Asamblea Nacional Constituyente, no previendo otro requisito distinto “al ejercicio por parte del pueblo de Venezuela, de sus poderes creadores”, como reza su Preámbulo, con lo que se deduce la imposibilidad del Poder Constituido de normarlo. En el presente artículo se analiza la circunstancia del vacío del mecanismo para dicha convocatoria y elección de sus integrantes, sin la participación del Poder Electoral ni de ningún otro órgano del Poder Constituido, para contribuir con el debate necesario que permita resolver el problema dentro del marco constitucional. La presente investigación concluye que, si un órgano de un Poder Constituido cualquiera ejerce los Poderes Constituyentes del Pueblo Soberano, eso implica sin lugar a dudas, una Usurpación de Funciones del abstracto “órgano depositario” de la Soberanía Nacional: El Pueblo. Y que su inconstitucional convocatoria por parte de un Poder Constituido puede ser recurrida ante la SC-TSJ.

Palabras Clave: *Poder Constituyente, Constitución, Poder Constituido, Convocatoria.*

ABSTRACT

The Constitution of 1999, sets of way Express, the right of the Venezuelan people to convene an National Constituent Assembly, not anticipating another requirement different “to the exercise from the people of Venezuela, of their creators powers “, as says its preamble, with what is deduces the impossibility of the constituted power of regulate it. In the present article is analyzes the circumstance of the vacuum of the mechanism for such call and choice of their members, without the participation of the Electoral Power or no other organ of the constituted power, in order to contribute with the necessary debate that allow resolve the problem within the constitutional frame. The investigation concludes that, if a Constituted's Power put in practice inconstitutionally, the soberanity, that State's Act implies a Power's Usurpation of Venezuelan's soberanity. And if a public's organ calls inconstitutionally the People's Power, the same Venezuelan's people can active the Constitutional Court's power to avoid the new Constitutional congress's calling.

Keywords: *Constituent Power, Constitution Law, Constituted Power, Popular`s Calling.*

(1) Abogada Egresada de La Universidad del Zulia. Cursante de la Especialización de Derecho Administrativo (CIEPROL-ULA). Abogado en Ejercicio. Dolisanchez04@gmail.com

INTRODUCCIÓN:

Ante la compleja situación política que vive Venezuela en los últimos años, la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente ha sido invocada por la crisis estructural que padece. No es la primera vez, que en la historia venezolana se produce un proceso de ésta naturaleza. La evolución constitucional venezolana está marcada por los siguientes hitos constituyentes:

- a. 1811. Congreso General, convocado para constituir a Venezuela como Estado soberano de la corona española, con la Primera constitución de Venezuela
- b. 1819. Congreso Constituyente de Angostura, convocado por Simón Bolívar para constituir a la República de Colombia - "la Grande."
- c. 1830. Congreso Constituyente, convocado en Valencia por José Antonio Páez para constituir el Estado venezolano separado de la Gran Colombia
- d. 1858. Gran Convención Nacional, convocada por Julián Castro después de la "Revolución de Marzo"
- e. 1864. Asamblea Constituyente, convocada por Juan Crisóstomo Falcón tras el triunfo federal
- f. 1893. Asamblea Nacional Constituyente, convocada por Joaquín Crespo tras el triunfo de la "Revolución Legalista"
- g. 1901. Asamblea Nacional Constituyente, convocada por Cipriano Castro luego del triunfo de la "Revolución Liberal Restauradora"
- h. 1904. Luego de la derrota de la "Revolución Libertadora" el mismo presidente Cipriano Castro dispuso que el Congreso asumiera las funciones, facultades y derechos que corresponden al Poder Constituyente, y sancionó la Constitución de ese año
- i. 1914. Congreso de Diputados Plenipotenciarios, convocado por Juan Vicente Gómez, sancionando la constitución de ese año
- j. 1946. Asamblea Constituyente, convocada tras el triunfo de la "Revolución de Octubre" y que aprobó la constitución de 1947
- k. 1953. Asamblea Constituyente de los Estados Unidos de Venezuela, convocada por la Junta Militar y electa popularmente, la cual sancionó la constitución de ese año
- l. 1958-1961. Reforma Total de la Constitución por parte del Congreso electo en 1958, aprobando la constitución de 1961
- m. 1999. Asamblea Nacional Constituyente, propuesta por Hugo Chávez, convocada por el pueblo en Referéndum Consultivo y electa popularmente,

con la cual se sancionó la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (afirma Allan Brewer Carías que "...Por primera vez en nuestra historia se plantea claramente la posibilidad de convocar una Asamblea Constituyente, pero en democracia, para precisamente evitar la ruptura del hilo constitucional y reconstituir el sistema político en libertad...")

Puede alegarse entonces, que el Proceso Constituyente es parte, en cierta manera, del legado histórico de la democracia venezolana, esto es, no se está en presencia de un hecho inesperado, sobrevenido, insólito o desconocido para el pueblo venezolano. Pero, si hay un problema radical que destaca Álvarez (2007) al respecto "es que confunde el concepto de Poder Constituyente con el de soberanía popular." Pág. 169, de igual manera Álvarez (2007) dice "... para concluir que la previsión de inviolabilidad contemplada en el artículo 250 de la Constitución de 1961 se dirigía a ese Poder Constituido, y no al Poder Constituyente. No toda consulta, a través de la Convocatoria de Referendo, puede considerarse un proceso constituyente." Pág. 249.

Al corriente, derivado de lo indicado al respecto en la norma constitucional, el pueblo venezolano es el "depositario" del Poder Constituyente Originario. Hay un vacío normativo al respecto, en lo referente a los mecanismos para la convocatoria y elección de una Asamblea Constituyente, argumentando algunos sectores, sea por adversar la idea, sea por desconocimiento o intención de generar confusión e incertidumbre, que un proceso constituyente solamente puede ser convocado desde el Poder.

No obstante, es importante señalar, que a raíz de los artículos 1 y 350 que institucionalizan un enmarcamiento político-liberal bolivariano: la Doctrina de Simón Bolívar acerca del significado del Poder Constituyente y la Constitución, que Guerrero (2005) diga:

Acá identificamos, la primera distinción frente al Liberalismo de Constant, en tanto para ese autor el foco central es suministrar una estructura constitucional destinada a garantizar la libertad del individuo, y para Bolívar el punto neutral está en erigir tal estructura, de manera de permitir la creación y permanencia de la República en el tiempo. Es decir, en ambos personajes se plantea la necesidad de disponer de una Constitución, sólo que en un caso, el fin al que se dirige todo esfuerzo, es la garantía de la libertad individual, y en el otro, el fin, es la existencia misma de la República. Pág. 134.

El presente artículo busca resaltar algunas notas y apuntes al respecto, precisamente en la intención de contribuir al debate de este complejo tema, el cual debería ser abordado en sus distintas perspectivas: académica, política, legal y social, precisamente por estar en juego la definición y características de la República, del Estado y sus instituciones, de la sociedad en el ejercicio de sus garantías y derechos, y en cuanto al cumplimiento de deberes y obligaciones, en fin, el futuro de Venezuela como nación.

No es un tema exclusivo del Derecho Constitucional, y debe analizarse también desde el Derecho Administrativo con motivo al referido

acto de gobierno de la Convocatoria Constituyente del Presidente Ejecutivo Nicolás Maduro Moros, precisamente por la peculiaridad y complejidad del mismo, “por no estar sometido y consecuentemente, no haber normas jurídico-constitucionales,” que reglamenten al Proceso Constituyente en sus distintas fases, y la importancia, que tiene en este preciso lapso, para que desde la misma sociedad venezolana se supere la situación crítica que tiene sumido al país en un ambiente de caos económico y político, ingobernabilidad, ilegitimidad y violencia.

Y finalmente, para cerrar, pero también abrir, y comenzar, Guerrero (2005):

La Constitución no es sólo una estructura jurídico-política, sino también ética, en tanto ha de fundarse en esa voluntad del ciudadano republicano dirigida a ordenar la suma de prohibiciones y prescripciones que hagan posible la renuncia de ese ciudadano a sí mismo (a su individualidad) para consagrar su vida a ese Proyecto público moral que entraña la República. Pág. 135.



1. El Poder Constituyente Y Poder Constituido.

El poder constituyente, es definido como la “voluntad política creadora del orden, que requiere naturaleza originaria, eficacia y carácter creador”, es utilizado desde la Revolución Francesa (1789), siendo el abate Emmanuel Sieyès, el primero en teorizar sobre el mismo, afirmando, que es la potestad que tiene un pueblo de constituir un Estado, y de darse la respectiva organización Jurídica y Política que más le convenga.

Sánchez (1958) afirma “que el poder constituyente es la soberanía originaria, extraordinaria, suprema y directa en cuyo ejercicio la sociedad política (ciudadanos) se identifican con el Estado, para darle nacimiento y personalidad, y para crearle sus órganos de expresión necesarios y continuos” Pág. 92.

Este autor, establece las siguientes características del Poder Constituyente: a) Originaria: porque es su primera manifestación de soberanía y da origen al orden jurídico. b) Extraordinaria: porque a diferencia de los poderes constituidos, que son ordinarios y permanentes, el Poder Constituyente solo actúa cuando es necesario dictar una constitución y cesa cuando ha llenado su cometido. c) Suprema: porque es superior a toda manifestación de autoridad, por cuanto crea al poder constituido, determina su naturaleza, organiza su funcionamiento y fija sus límites. d) Directa: porque según la doctrina que inspiró su creación, su ejercicio requiere la intervención directa del pueblo.² Puede afirmarse que el Poder Constituyente es un poder natural, inmanente al ciudadano, su razón de ser es existencial y no normativo. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del Poder Público y ese pueblo tiene el derecho humano a ser protagonista de su destino.

Bidegain, afirma que el Poder Constituyente “es la potestad de dictar la Primera Constitución de un Estado, o de cambiar la Constitución vigente

dándole un sentido político sustancialmente diferente”. Para este autor, este poder es “ilimitado, autónomo e incondicional”, caracterizado “por su libertad total.”

Partiendo de lo anterior, por ser la soberanía nacional atributo del pueblo, es al pueblo a quien está atribuido el Poder Constituyente. La manera como el pueblo ejerce este principio, varía según las normas de cada Constitución Nacional, sea para modificarlas, o sustituirlas. Puede ser ejercido, por delegación, a través de Asambleas, Cortes; o Congresos Constituyentes convocados al efecto. Igualmente, en algunos países, la Reforma Constitucional puede ser realizada por la institución legislativa ordinaria.

Por su parte, el Poder Constituido es el conjunto de órganos e Instituciones del Estado creadas por el Poder Constituyente, definidos por la Constitución. El ejercicio del poder según Quisbert (2006) “(Gestión de Gobierno, Formulación de Leyes, Decretos y Sentencias) es derivado, en cuanto todas sus actuaciones deben estar apegadas estrictamente al marco constitucional, por lo que colida con ella o no esté conforme a la norma constitucional no tiene validez ni vigencia.”

Los poderes constituidos pueden ser modificados de acuerdo a lo previsto en el texto constitucional, siendo “poderes mediatos, con poder de ejecución, secundarios, heterónomos, indirectos, sin poder retroactivo, se agotan en sus funciones, fundados, posteriores, ejercen la soberanía que el pueblo les ha encomendado, condicionados, dependientes, reducidos a sus facultades, exteriorizados, estáticos, y en el estado de derecho los poderes constituidos se deben circunscribir al hecho de que al Estado todo lo que no le está permitido le está prohibido”, o sea, son completamente limitados, no pueden actuar más allá de su competencia, creados y normados para gobernar en el ámbito correspondiente.

Puede decirse entonces que es clara la diferencia entre ambos poderes: el primero crea el Estado, reconoce los derechos humanos y sus garantías y establece los Poderes del Estado. Por su parte, el poder constituido (poderes del Estado: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, Poder Ciudadano y Poder Electoral). Por ello, y por determinar su integración y competencia, el poder constituido “se encuentra en un escalón por debajo de su creador.”

2._ Marco Constitucional Y Legal.

Pueden encontrarse fundamentos referentes al proceso constituyente, en diversos instrumentos internacionales referentes a los derechos humanos de naturaleza política, a saber:

- a) Declaración Universal de Derechos Humanos: En el artículo 21 se dice, que la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público.
- b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: En su artículo 25 se establece que, todos los ciudadanos gozaran de los siguientes derechos y oportunidades: 1) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente, o por medio de representantes libremente elegidos.

c) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: En su artículo 20, se establece que, toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el Gobierno de su país, directamente, o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuino, periódico y libre.

d) Carta Democrática Interamericana: En su artículo 3 se establece que: son elementos esenciales de la democracia, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo.

e) Carta Andina de Promoción y Protección de Derechos Humanos: En este documento se reitera el compromiso con el contenido de la Carta Democrática Interamericana y de la Resolución 2002/46 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre “Nuevas Medidas para Promover y Consolidar la Democracia.”

f) Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos): En su artículo 23, se establece que, todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades. Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente, o por medio de representantes libremente elegidos.

g) Carta de la OEA: En su artículo 3, se establece que, todo Estado tiene Derecho a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, y organizarse en la forma que más le convenga.

En este sentido, y conforme a lo anterior, Sartori (1988) expone “más que un mero instrumento adjetivo, constituye un fenómeno sustancial y cultural con indudables efectos políticos, sociales y jurídicos, que debe dominar el ejercicio del Poder Público en todas sus manifestaciones.” Pág. 21. En 1999, el Presidente Hugo Chávez Frías convocó al Proceso Constituyente desde el Poder, pero tuvo que invocar al pueblo soberano, como depositario del Poder Constituyente Originario para derogar la Constitución de 1961, ya que ésta no tenía prevista su modificación por medios diferentes a los establecidos en ella misma. Se invocó a la Soberanía Popular, y se sometió a consulta del pueblo, la Convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, aunque el ejercicio de ese poder público, no estuviere en términos jurídico-administrativos de las potestades administrativas, reglado en la Constitución de 1961.

El Pueblo Venezolano aprobó entonces en Referendo Consultivo, la invitación a un Proceso Constituyente, que luego, fue declarado como supuestamente Poder Originario por la misma Asamblea Constituyente, sin que éste tuviere un fundamento jurídico expreso, sino como muy bien expone la Sentencia del 19 de Enero de 1998, “es un conjunto de poderes implícitos que se presume tiene directamente el Pueblo, aunque la Constitución expresamente no estipule como ejercerlo.”

En su Preámbulo, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), expresa claramente que para la activación del Poder Constituyente no hay otro requisito distinto al ejercicio de los poderes creadores del pueblo venezolano.

En su artículo 5, la Constitución dedica justamente el principio de la representación popular por estimar que:

La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la Ley e indirectamente, mediante el Sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público, es decir, que el medio para depositar ese poder soberano es el sufragio. Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos...



15

Adicionalmente, el Texto Constitucional establece en su artículo 62, la obligación y deber relativo a la práctica de la participación política:

Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente, o por medio, de sus representantes elegidos o elegidas. La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica.

Mas adelante, en su artículo, se reafirma la iniciativa constituyente como uno de “los medios de participación y protagonismo del pueblo, en ejercicio de su soberanía, en lo político.” De manera taxativa, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela sostuvo la previsión que originó su propio nacimiento consagrado en su artículo 347: “El pueblo de Venezuela es el depositario del Poder Constituyente Originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico, y redactar una nueva Constitución.” Pero cabe destacar, que ese enunciado jurídico tan abierto que pudiere considerarse ambiguo o dilatado, es contrario al espíritu democrático del Estado Venezolano que posee según la Constitución de 1961, hoy, también, la Constitución de 1999 vía artículo 2, con los Poderes Públicos, el Constituyente incluido, pues, al respecto muy bien dice el maestro excelso Araujo Juárez (2017):

En consecuencia, el modelo jurídico-político del Estado Democrático constituye dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico, la columna sustentadora de la inclusión, el equilibrio, la igualdad, la transparencia, el debido proceso, la libertad de los asociados en sus relaciones con los centros o complejos orgánicos del Poder Público, y sobre todo, de seguridad jurídica.” Pág. 264.

Y, aunque el Constituyente de 1999 fue muy explicito con los Artículos 347 y 348 al determinar:

a) El titular o depositario del Poder Constituyente (el pueblo de Venezuela, al que calificó de supuestamente “originario”), cuando éste no es nunca Originario, pues, si precisamente aparece previsto en la Constitución, y se convoca según la Constitución de 1999 vigente, entonces, éste es un Poder Público Constituido, Derivado, o Instituido.

b) El fin perseguido con el ejercicio del poder constituyente (transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución): que en esencia, son tres formas diferentes de decir lo mismo.

c) Los titulares de la Iniciativa y los Requisitos para la Convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, los cuales son (Artículo 348): 1) El Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; 2) La Asamblea Nacional mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; 3) Los Concejos Municipales en cabildo, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos; y 4) El quince por ciento de los electores inscritos en el Registro Electoral.

No obstante, pareciera, que los actuales términos constitucionales de una Asamblea Constituyente coincidieran según Combellas (2005) “con la posición de Carl Schmitt, Pedro de Vega, o Carré de Malberg, quienes niegan la naturaleza jurídica del poder constituyente, más bien considerado como *res facti no res iuris*, y por tanto, un concepto ajeno a la ciencia del Derecho Público. Pág. 5. Cuando otros autores como Boeckenfoerde (1961) “inspirándose en los principios éticos de Herman Heller, argumenta la relevancia de estos principios, que enraizados en la cultura de un Pueblo, dan sentido y justificación al Derecho Positivo.” Pág. 241, pues Combellas (2005) considera “que el Poder Constituyente no se entiende aquí como una facticidad ajena al Derecho e ilimitada, pues está sometido a esos principios jurídicos suprapositivos que encauzan su despertar en una situación histórica-concreta.” Pág. 6.

3.- Cotejo del Problema I: La Ausencia Constitucional Reguladora Explícita en la Constitución de 1999.

Uno de los grandes problemas regulativos del Texto Constitucional de 1999, es la enorme imprecisión normativa del Poder Constituyente como mecanismo de ejercicio de la soberanía nacional en Venezuela. La primera indicación precisa fue advertida por el mismo Brewer-Carías (2017) sobre la misma Constitución de 1999, al decir, que ésta representa:

El desprecio (a la misma) la Constitución de 1999 puede decirse que lo inició la misma Asamblea Constituyente de ese año al adoptar sin aprobación popular y a pesar de que ya había concluido sus funciones, un “Régimen Transitorio” (22-12-1999), que dio origen a otra “Constitución” paralela cuya duración fue de varios lustros, contraria a lo que se prometía en el texto aprobado popularmente, y destinada a asegurar que la misma no se pudiera cumplir, en lo que entonces calificó como de un golpe de Estado constituyente. (Comentarios Añadidos). Pág 19

Porque la misma Constitución de 1999 establecía con un carácter vinculante, que ésta permitía su modificación total o parcial por cualquier Poder Constituido Nacional, en vista, de que cualquiera de los anteriores Poderes Públicos podía llevar a cabo actuaciones por encima de ella, siempre que fuere fundamentado por razones de soberanía nacional, conforme a mecanismos de participación ciudadana directa, propios de una democracia directa; capitalmente, por los Poderes Públicos indicados en el Artículo 348 Constitucional: el Poder Legislativo Nacional, Poder Ejecutivo Nacional, ¿los Poderes Públicos Municipales organizados en Cabildos??? Y la sociedad civil organizada.

De hecho, la misma norma constitucional mediante su artículo 349, indica, que los Poderes Públicos Constituidos, creados por la propia Constitución de 1999, no pueden impedir la sanción de una Nueva Constitución. Entendiéndose con esto, que ni siquiera la propia Sala Constitucional del TSJ, con sus poderes anulatorios, puede anular actuaciones de rango legislativo, de ejecución directa a la Constitución, como dichos Decretos Presidenciales -Actos de Gobierno- de convocatoria directa de una Asamblea Nacional Constituyente.

De tal manera, que en una apreciación personal, pareciera, que el tantas veces cuestionado Artículo 349 Constitucional, hubiera revivido el dogma político de la antigua inmunidad judicial de los actos de gobierno de carácter presidencial, en Venezuela. La Constitución, entonces, en vez de edificar un Estado Constitucional de Derecho, completamente expreso: Artículo 2 Constitucional, -donde la existencia de una Constitución, denota un Estado sujeto a la misma Constitución- resulta que la Constitución de 1999, de un modo bastante contradictorio, con su reciente sanción, la desmonta.

Convirtiéndose la Constitución de 1999, entonces, en una Carta Magna muy peculiar. Por un lado, ésta instituye el principio jurídico de rigidez constitucional, cuya significancia radica en que la misma Constitución establece sus mecanismos de revisión, total, o parcial, de conformidad con las previsiones de la mismísima Constitución vía artículo 7, y su respectivo sometimiento posterior, a la aprobación popular, y sin que ningún Poder Público Constituido, Instituido, o Derivado: (todos sinónimos) puedan iniciar semejante proceder estatal, bajo métodos o mecanismos distintos, a los previstos en ella; y por el otro lado, ella misma abre la posibilidad dentro de la Sección de la Asamblea Nacional Constituyente (artículos 347 al 350), que la nueva Constitución pueda implementarse, bajo un acabado desenfreno total, de pasiones políticas sumamente peligrosas ante una omisión procedimental, que fue interpretada como una supuesta discrecionalidad constituyente.

Pero es que además, pareciere, que la idea de un Decreto Presidencial de Convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente (ANC), como el dictado por el Presidente Ejecutivo, pretendiere dismantelar la idea cardinal de un Estado de Derecho, bajo el pretexto de defensa de la Democracia. Como si la Democracia acaso, pudiere desbocar, las formas esenciales de un Estado Derecho. Cuando, el Estado Democrático, al igual que el Estado Social, está enmarcado en un Estado de Derecho.

Entonces, si bien es cierto que la misma iniciativa constituyente incumbe esencialmente al Poder Público Legislativo, y Ejecutivo, y Municipal, éste también corresponde al Poder -no público-, pero sí Civil, y organizado, por éste tratarse de un acontecimiento político de suprema trascendencia nacional (Artículo 71), y que debe ser sometido por entero, a la discusión de la ciudadanía, mediante los canales públicos, transparentes y democráticos, que en definitiva, terminen desembocando en un Referéndum Aprobatorio de un nuevo Texto Constitucional.

En este sentido, la Iniciativa Constituyente no es una competencia única o exclusiva de los Poderes Públicos Constituidos, sino que éste es un poder jurídico perfilado como un accionar político-constitucional de carácter conjunto, entre los Poderes Públicos Constituidos, con la sociedad civil organizada. Aunque, se puede decir, que un última instancia, la anterior afirmación político-constitucional puede ser desvirtuada excepcionalmente, cuando la Iniciativa Constituyente parte de la propia sociedad civil organizada, más no, cuando ésta es fraguada unilateralmente por los Poderes Públicos Constituidos, como el Ejecutivo, en el momento actual. Ya que en todo caso, si, la intención de la actual Asamblea Nacional Constituyente era, propiciar las bases consultivas o comiciales de un nuevo texto constitucional con la participación de los más amplios sectores populares de la sociedad venezolana, -cosa que nunca fue procesada- entonces el Presidente Ejecutivo reunido en Consejo de Ministros, como órgano rector del Poder Público Constituido Ejecutivo, usurpó un poder jurídico, que constitucionalmente, concernía en conjunto con la sociedad civil, porque tal competencia político-constitucional, y constituyente también, debe ejercerse de un modo conjunto con la sociedad civil, más no unilateralmente, ni en sustitución de la sociedad civil, o tristemente, o peor aún, en representación de la sociedad civil, porque de lo anterior, denota más una democracia indirecta que una directa; más representativa, que participativa, y en fin, lo contrario a lo alegado como posición oficial del Gobierno sobre el tema.

Claro, que los Poderes Públicos Constituidos pueden plantear una iniciativa constituyente, pero bajo la predica de una consulta político-ciudadana previa o ad solemnitatem, que bajo el imperativo constitucional, debe, en todo caso, respetarse. Pero la Constitución de 1999, aunque constitucionalmente formulada en términos democráticos, bajo la predica jurídica expresa de las disposiciones preliminares con el Estado Democrático, la forma Republicana y demás, ésta no fue regulada en su Sección de la Asamblea Nacional Constituyente, con matices de democraticidad o participatoriedad, sino, con una ausencia absoluta de normas procedimentales, que en todo caso, tenían que resolverse mediante remiendos interpretativos propios de las endonormas constitucionales, como trazaba Bachoff, para blindar un muy posible vaciamiento democrático del Estado Venezolano, -y que se dió plenamente, claro es- a través de normas constitucionales sucesivas, que pudieren entrar bajo la extraña categoría de las normas constitucionales, que son inconstitucionales, y que existen, a lo largo del articulado constitucional nuestro, en sus diferentes partes.

Y ello se debe, a como advierte Schmidt-Assman (1993) "...que ciertamente son numerosas las relaciones que guarda el procedimiento administrativo con el principio democrático, en cuanto que éste debe asegurar

la legitimación de todas las decisiones administrativas definitivas, a través de la calidad democrática de tales decisiones.” Pág 334.

Y si bien es cierto, que lo arriba dicho sobre el Principio Democrático es solo para las potestades administrativas procedimentalizadas legalmente, la Sentencia N° 23 de la Sala Constitucional del TSJ, en fecha 22 de Enero de 2003, exhibe muy bien “que éste principio jurídico-constitucional informa la estructura y la actuación del Estado y sirve al objetivo de legitimar al Poder Público,” amplificando así, entonces, de esta manera, el espectro del anterior principio jurídico para cualquier Poder Público, Función y actuación del Estado.

Así, las normas 347 al 350 de la Constitución de 1999 fueron distorsionadas, ya que éstas cuatro normas, nunca fueron interpretadas, o mejor dicho aplicadas, según las Disposiciones Preliminares de la Constitución actual. De esta manera, el Presidente Ejecutivo incurrió en una desviación de poder constitucional; procedió a implementar dicho poder público constituyente, constituido, no para consultar la viabilidad de un proyecto político, sino para éste imponer un proyecto político de carácter personalista como si fuese de la sociedad civil, o incluso, ya conocido en secretos por sus adeptos, más no por el resto de la ciudadanía.

Siendo esto así, es incuestionable, que la actual Constitución de 1999 posee una multiplicidad de enormes deficiencias de carácter normativo, pues el Artículo 71 Constitucional especifica el motivo de un Referéndum Consultivo, más no alude a las Asambleas Nacionales Constituyentes. Y tampoco aparece contemplado en las regulaciones Constitucionales, la necesidad de la ejecución de un Referéndum Consultivo, ni Aprobatorio, como presupuestos de validez, legitimidad y eficacia de una nueva Constitución, tras la realización de la “plenipotenciaria” Asamblea Nacional Constituyente. Lo cual, es profundamente contradictorio, pues, por el mismísimo formato de la Constitución de 1999, ésta necesitó de ambos módulos de participación político-ciudadana para su entrada en vigencia.

Cabe decir, que ésta enorme contradicción jurídico-constitucional, y político-democrática también, en el nacimiento de la Constitución de 1999, y su vigencia tras 18 años, denota una temible y aventurada interpretación política nuestra -y sociológica también- de los acontecimientos de los últimos 20 años de la historia republicana venezolana. De que posiblemente, éstos acontecimientos de las últimas dos décadas, sean la fase final de un posible periodo de transición política: de 20 años, que en definitiva, constituyen el camisón jurídico-constitucional apropiado para corroer, socavar y desgastar a la sociedad venezolana, para en definitiva, con una Constitución nacida democráticamente, pero con un contenido completamente antidemocrático, justificar -desde la perspectiva de la configuración de las bases de una Dictadura Constituyente, como la actual- la promulgación de una Constitución nueva, bajo el amparo de normas constitucionales inconstitucionales, y que se encuentran vigentes.

Desafortunadamente, el Gobierno publicita ante la sociedad internacional, bajo un velo de presunta constitucionalidad, debido a un marco constitucional, que expresamente reconoce semejantes poderes estatales,

como acciones respaldadas por la Constitución actual. Pero nada puede hacerse, pues los Gobiernos tiránicos, absolutistas y totalitarios siempre buscarán justificar sus actuaciones con velos de democraticidad.

La Constitución Democrática de 1999, no es más que una simple portada, fachada o funda jurídica, de falsa democraticidad, y que debe ante todo develarse. Argumentar, a la Constitución de 1999, como un experimento normativo perverso de deliberada ambigüedad jurídica, a los fines de servir de fundamento implícito a cualquier aventura totalitaria con un matiz mínimo de legitimidad constitucional. Recuérdese, que la Dictadura Constituyente según Mortati (1975):

...que ésta se caracteriza, porque se trata de un nuevo Gobierno, de carácter provisorio, que surge para sustituir uno anterior, que generalmente ha sido derrocado. El cual, supuestamente en un corto tiempo, propiciará la vuelta a la normalidad constitucional. Al igual que la categoría anterior (la Dictadura Comisoria) implica la concentración de los poderes supremos en un solo órgano, la suspensión de las garantías de los derechos fundamentales y la sustracción al ejercicio de los controles por parte de los otros poderes. (Comentarios Añadidos). Pág 179

Ahora bien, el artículo 349 de la Constitución de 1999 instauro lo siguiente "El Presidente o Presidenta de la República no podrá objetar la nueva Constitución. Los Poderes Constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea nacional Constituyente." Cabiendo destacar, entonces, que la Dictadura Constituyente no es un acontecimiento jurídico de nueva data en Venezuela. Al contrario, ésta Dictadura Constituyente ha concurrido en Venezuela desde 1999, aunque de una forma latente, y que finalmente fue activada en el año 2017 de una manera inconstitucional, y por supuesto inconsulta, para refundar la República, bajo una concepción totalmente Socialista. Desafortunadamente, la actual Dictadura Constituyente forma parte expresa de la estructura constitucional vigente de Venezuela de una forma contradictoria con las Normas Constitucionales Preliminares, que trazan la Democracia Constitucional como forma política imperante en Venezuela.

La 4_. Cotejo del Problema II: Hay Colisión Entre el Poder Constituyente y el Poder Constituido?

Ahora bien, la Asamblea Nacional Constituyente es erigida como el órgano Rector del Poder Constituyente en Venezuela según la Constitución de 1999, donde los Constituyentes quedan como los representantes electos de la sociedad civil, a través de mecanismos electorales universales, libres, directos y secretos. Que, ante todo, denotan entonces la existencia de la técnica de la democracia representativa o indirecta combinada con el Poder Constituyente. Falseando la aludida democracia directa pura alegada por el Presidente Ejecutivo con el Poder Constituyente, ya que como fue expuesto, dentro de la temática del Poder Constituyente, la técnica de la democracia representativa es combinada con las 2 técnicas de democracia directa de tipo refrendaria: el

Referéndum Consultivo y el Referéndum Aprobatorio. ¿Pero, con cual Poder Constituyente, el Originario o el Derivado?

Constitucionalmente, el Artículo 347 de la Constitución de 1999 tipifica al Poder Constituyente Originario. Sin embargo, el Poder Constituyente Originario de dicha norma constitucional, no es semejante cosa. Es un Poder Constituyente Derivado, Constituido, o Derivado, en vista de que se trata de un Poder Público ad-hoc instaurado por la Constitución de 1999 para cumplir con un único propósito: redactar una nueva Constitución. Y que en consecuencia, en palabras de Peña (2008):

Resulta natural predicar la existencia de límites de ese Poder, en virtud de que en si mismo constituye una potestad limitada, que tiene su origen en la voluntad del Poder Constituyente Originario de establecer en la nueva Constitución, un método, sujeto a determinadas reglas, de revisión de dicha Constitución. Pág. 268.

Hablar de un Poder Constituyente Originario significa un Poder Político o de facto, que es ante todo un Poder Pre-Jurídico, o anterior a la Constitución y al Derecho. Y que en definitiva, da origen al nuevo Texto Constitucional, y en consecuencia, al resto del ordenamiento jurídico de un País, pues la Constitución como producto del ejercicio del Poder Constituyente Originario, es la partida de nacimiento del Estado. Siendo esto así, el Poder Constituyente Originario es uno en la Historia Político-Constitucional del País: el Primero, aquél de Diciembre de 1811. Mientras, que el Poder Constituyente Derivado, Constituido o Instituido, es aquél que plasma las reiteradas enmiendas, reformas, y las nuevas Constituciones, en fechas posteriores, a la Constitución de 1811, inclusive aquél, que da nacimiento a la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente de 2017. En este sentido, Peña Solís (2008) dice:

Que si el denominado Poder Constituyente Constituido es un Poder limitado en si mismo, no debe extrañar que encuentre límites, no solo de naturaleza procedimental, sino de naturaleza sustantiva, destinados a preservar el núcleo esencial de la Constitución sancionada por el Constituyente Originario. Pág. 269.

La constitucionalización de un Poder Constituyente Originario en un Texto Constitucional como el vigente, después de 188 años es un auténtico contrasentido. Y en especial, pues Venezuela ha tenido 27 Constituciones en términos impropios, contando al Estatuto Temporal de Abril de 1914. El Poder Constituyente Originario indicado en el artículo 347 constitucional es contradictorio con la esencia de un verdadero Poder Constituyente Originario, o con su expreso reconocimiento en un Texto Constitucional, en vista de que, si éste es originario es político, y si está en un artículo constitucional, entonces éste sería un poder juridificado, o mejor dicho, un poder completamente jurídico.

Dicho desatino jurídico, podría difícilmente ser calificado como de descuido. A lo sumo, éste podría considerarse como deliberado, o incluso

malintencionado por parte de los Constituyentes de 1999, pues los resultados jurídicos que podían esperarse en un futuro –que es hoy- se hicieron presentes. Ello es debido, al infeliz uso del Poder Constituyente Constituido de la Asamblea Nacional Constituyente como un poder jurídico completamente ilimitado, y que termina siendo utilizado para fines distintos al tipificado constitucionalmente, como legislar, “controlar” al Poder Ejecutivo a niveles financieros, o convocar elecciones, en fin. A sabiendas, de que una Asamblea Nacional de ese tipo, sirve únicamente para redactar un nuevo Texto Constitucional, y proceder a su sanción. Es un asunto de sentido común.

En vista de esto, el Constituyente del 1999 cometió un grave error. El Poder Constituyente Originario en los términos del artículo 347, e incluso, en los términos más peligrosos del artículo 349 Constitucional, entran en franca contradicción con el Constitucionalismo Moderno, cuando elaboran la teoría del Poder Constituyente Originario y Derivado, y de los demás Poderes Constituidos por la atribución de poderes jurídicos, que en esencia, no pueden serle atribuidos. Pero no es lo único.

Jurídicamente, por ejemplo, el Derecho Administrativo Venezolano expone un principio jurídico de la obligatoriedad para los procedimientos administrativos, esto es, en palabras de Araujo (2010) “que todos los actos administrativos deben ajustarse, para que sean válidos al procedimiento administrativo legalmente establecido, esto es, los trámites, etapas y lapsos prescrito por la Ley.” Pág. 117. Y de hecho, dicho postulado jurídico aplica para las Sentencias como manifestación del Poder Judicial con las normas procedimentales de Códigos y Leyes especiales; y con las Leyes como expresión del Poder Legislativo, de conformidad con el Texto Constitucional de 1999. Y en todos estos casos, actos administrativos, sentencias y leyes, la omisión de una etapa esencial del procedimiento acarreará el nacimiento de un vicio invalidatorio del acto jurídico estatal, que traerá consigo su nulidad.

Por eso, el Poder Constituyente, de la Asamblea Nacional Constituyente, debe estar procedimentalizado. De allí, que existe, incluso en opinión de muchos autores, un derecho al debido procedimiento como mecanismo de legitimación de las actuaciones estatales. El Constituyente de 1999, nunca procedimentalizó con normas constitucionales expresas el “Poder Constituyente Originario,” ni siquiera se especifica, los mecanismos jurídicos procedimentales de convocatoria y elección de los Constituyentes de la Asamblea Nacional Constituyente.

Raffalli Arismendi expone algo similar con relación a lo ocurrido en 1999, que (1999) “esos delicados puntos se hubieran de resolver con una sola norma que se incluyera dentro de la Constitución vigente, no para retrasar sustancialmente el proceso constituyente, sino para darle fluidez, seguridad y estabilidad.” Pág. 22.

Siendo esto así, Araujo (2011) “Todo poder está sometido al respeto de un procedimiento por el hecho de su atribución legal.” Pág. 285. Y también Goy (1980) “Hay un procedimiento para cada poder y un poder para cada procedimiento.” Pág. 321. Entonces, el Poder Constituyente Derivado, Constituido o Instituido, no puede ser nunca una excepción, pues de éste enmarcamiento de tipo positivista reconocido en el propio sistema jurídico,



puede sustraerse un principio jurídico de Derecho Público, como la imperativa proceduralización de las actuaciones de los Poderes Públicos. No importa, que las anteriores citas sean de famosos autores del Derecho Administrativo, pues dicha traslación es posible con el Poder Público Constituyente. Con la potestad administrativa, lo dice sumamente bien Benvenuti (1952) “el procedimiento administrativo es la historia de la transformación del poder en acto, la historia determinada por toda la serie de actos necesarios para que el poder se manifieste en una realización concreta.” El procedimiento jurídico a cumplir, queda como un requisito de legitimidad de cualquier actuación estatal.

Y ante la posibilidad de convocatoria y elección de una Asamblea Nacional Constituyente, surge una cuestión obvia: ¿Cómo se pueden votar a sus integrantes? La respuesta es: desde el Poder Constituido, pues se remite a lo establecido en el Capítulo V “Del Poder Electoral” de la Constitución. Así, el Artículo 293 instituye al Consejo Nacional Electoral como órgano rector, que tiene entre sus funciones “...la organización, administración, dirección y vigilancia de todos los actos relativos a los cargos de representación popular de los poderes públicos, así como de los referendos...” Nuevamente, Raffalli (1999) expone:

Lo cierto es que, al menos hasta hoy, esta situación de vacío legal, ha generado confusiones y conflictos serios, pues se produce en una confusión entre las competencias naturales del Consejo Nacional Electoral, las atribuciones del Congreso de la República en esta materia prevista en la propia Constitución; y las competencias que se ha atribuido el Presidente de la República... Pág 232

La Constitución de 1999, no es clara al respecto. Ni siquiera en términos de intento, de justificar, una supuesta posición constitucional de democracia directa en materia de Poder Constituyente, porque ésta no está expresamente reconocida. Y es muy importante resaltar, que el sistema representativo no fue sustituido por un sistema participativo y protagónico como exponen a vox populi muchos dirigentes oficialistas. La Constitución de 1999 allí, si es bastante contundente al respecto, ya que, ni siquiera con la materia del Poder Constituyente, la técnica democrático-indirecta de la representatividad, desaparece. De hecho, Peña (2008) sostiene:

En nuestro criterio, tal tesis carece de fundamentación jurídica, porque la base del sistema continua estando signada por la representación política, la cual, como señalamos antes, aparece articulada a las ideas de libertad y sufragio universal, razón por la cual, sin el principio de representación, vinculado al sufragio, ninguna de las aludidas técnicas de democracia directa tendrían aplicación en ordenamiento alguno, porque reiteramos que ese sistema de democracia está caracterizado por una imposibilidad material de aplicación, y solo presta algunas de sus técnicas a la democracia representativa con la finalidad tendencial de perfeccionarla... Pág. 313.

El ejercicio único de la soberanía constitucional a través de los poderes públicos constituidos fue modificado con la Constitución de 1.999 consintiendo dicha movilidad desprocedimentalizada, a través del aparte único del artículo 5 Constitucional, esto es, sin ataduras constitucionales previas que deslegitimaren una andadura constituyente libre por parte del Estado para los ciudadanos. Pero, esa cláusula de apoderamiento general de la sociedad civil y los poderes públicos resquebrajan el principio de supremacía constitucional, convirtiendo dicho poder jurídico desjuridificado, y lo contrario a cualquier sistema democrático, e incluso al mismo artículo 2 Constitucional, que es el pivote del sistema jurídico venezolano.

Aunque en el año 1999, fue afirmado con la CSJ como principio fundamental del Proceso Constituyente, que la activación del Poder Constituyente Originario es y será siempre anterior y superior a cualquier constitución, por lo que no puede ser codificado ni por ella misma, sino puramente, que tiene reconocerlo e indicar algunas referencias para la convocatoria a la activación del mismo, reconociendo que su origen y su ser responden a la voluntad originaria del pueblo, eso no es cierto, porque la tendencia del constitucionalismo moderno es la juridificación del poder político. Ciertamente, la propia Corte Suprema de Justicia en Fecha 19 de Enero de 1999, sentenció lo siguiente:

...Un sistema participativo... (...) ... consideraría que el pueblo retiene siempre la soberanía ya que, si bien puede ejercerla a través de sus representantes, también puede por sí mismo hacer valer su voluntad frente al Estado. Indudablemente quien posee un poder y puede ejercerlo delegándolo, con ello no agota su potestad, sobre todo cuando la misma es originaria, al punto que la propia Constitución lo reconoce. De allí que el titular del poder (soberanía) tiene implícitamente la facultad de hacerla valer sobre aspectos para los cuales no haya efectuado su delegación...

...El Poder Constituyente Originario se entiende como potestad primigenia de la comunidad política para darle una organización jurídica y constitucional. En este orden de motivos, la idea del Poder Constituyente presupone la Vida nacional como unidad de existencia y de decisión. Cuando se trata del gobierno ordinario, en cualquiera de las tres ramas en que se distribuye su funcionamiento, estamos en presencia del Poder Constituido. En cambio, lo que organiza, limita y regula normativamente la acción de los poderes constituidos es función del Poder Constituyente. Este no debe confundirse con la competencia establecida por la Constitución para la reforma de alguna de sus cláusulas. La competencia de cambiar preceptos no esenciales de la Constitución, conforme a lo previsto en su mismo texto, es Poder Constituyente Instituido o Constituido, y aun cuando tenga carácter extraoficial, está limitado y regulado, a diferencia del Poder Constituyente Originario, que es previo y superior al régimen jurídico establecido.

De allí que cuando los poderes constituidos propendan a derogar la Carta Magna a través de “cualquier otro medio distinto del que ella dispone” y, en consecuencia, infrinjan el límite que constitucionalmente se ha establecido para modificar la Constitución, aparecería como aplicable la consecuencia jurídica prevista en la disposición transcrita en relación con la responsabilidad de los mismos, y en modo alguno perdería vigencia el Texto Fundamental. Sin embargo, en ningún caso podría considerarse al Poder Constituyente originario incluido, en esa disposición, que lo haya nugatorio, por no estar expresamente previsto como medio de cambio constitucional. Es inmanente a su naturaleza de poder soberano, ilimitado y principalmente originario, el no estar regulado por las normas jurídicas que hayan podido derivar de los poderes constituidos, aún cuando éstos ejerzan de manera extraordinaria la función constituyente. Ésta, indudablemente, es la tesis recogida por el propio constituyente de 1961, el cual, consagró normas reguladoras de la reforma o enmienda de la Constitución dirigidas al Poder Constituido y a un tiempo, incluso desde el Preámbulo, la consagración de la democracia como sistema político de la nación, sin soslayar, coherentemente, el reconocimiento de la soberanía radicada directamente en el pueblo. Ello conduce a una conclusión: la soberanía popular se convierte en supremacía de la Constitución cuando aquella, dentro de los mecanismos jurídicos de participación decida ejercerla. Pág 29

Puede afirmarse entonces, que el Constituyente dejó claramente establecido en los Artículos 347, 348 y 349 el carácter originario del Poder Constituyente y la imposibilidad del Poder Constituido de normarlo, o incluso contenerlo, y de igual modo, quiso el Constituyente evitar cualquier interpretación regresiva, autoritaria o antinacional del Poder Originario de la Asamblea Constituyente, estableciendo en el artículo 350, la correspondiente contención jurídica, y los frenos a cualquier tendencia política, social, e incluso judicial, que vaya en contra de lo establecido en ella, apelando a referentes políticos e históricos de la formación de Venezuela como Nación, y que atente contra la sociedad venezolana y su democracia.

Al intentar normar, regularizar o reglamentar desde el Poder Constituido, a cualquiera de las fases del proceso, no cabe nunca el evento de suponer elementos para establecer un vicio de inconstitucionalidad por violar presuntamente violar el ejercicio del Poder Constituyente Originario por parte del pueblo en la invitación a una Asamblea Nacional Constituyente por su iniciativa popular, además de que se actuaría contrariamente a las expectativas legítimas del pueblo venezolano para el ejercicio del Derecho Humano a la Participación Política, por cuanto se pretendería imponer requisitos distintos a los establecidos por el Constituyente en el Artículo 348.

Este vacío jurídico-normativo hay que abordarlo en cada una de las fases del procedimiento del Poder Constituyente. En 1999, la Convocatoria fue realizada por el entonces Presidente Chávez, quien consultó al pueblo

venezolano si estaba o no de acuerdo con convocar al Poder Constituyente Originario y con las Bases Comiciales propuestas por el mismo Presidente. De donde, el convocante no tiene que invocar al pueblo soberano como depositario del Poder Constituyente Originario, ya que la Constitución de 1961, vigente para ese momento, no tenía prevista su modificación por medios distintos a los señalados en ella misma. La soberanía popular invocada fue sometida a Referendo Consultivo (15 de Abril de 1999), ciertamente organizado y controlado por el Consejo Nacional Electoral, siendo aprobado por referendo la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, que en uso de sus atribuciones, declaró como “Originario” a dicho proceso constituyente.

Puede alegarse entonces, que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, abrió a los venezolanos la extraordinaria posibilidad de organizarse para solicitar desde las mismas bases de la población nacional, para convocar a una Asamblea Nacional Constituyente. Las reglas para regir ese proceso debe ser el propio pueblo venezolano, el que tenga la facultad de establecerlas sin delegar esa potestad en nadie, de acuerdo a lo que está expresado en los artículos 347 y 348, pudiendo entonces definir las bases comiciales sometiéndolas a la aprobación de los firmantes que apoyen la solicitud para cumplir el requisito establecido del 15% de los electores inscritos en el registro electoral (artículo 348 CRBV).

Es descabellado, que una vez activada la convocatoria, el proceso de organización, administración, dirección y vigilancia del proceso de elección, pueda entonces hacerlo libremente el propio pueblo, sin la pertinente injerencia de los poderes públicos constituidos (ejecutivo, legislativo, judicial, ciudadano y electoral). En consecuencia, es al pueblo soberano a quien le corresponde decidir la idea del proyecto de la iniciativa constituyente, pero según lo estipulado en la Constitución.

El problema se agrava precisamente por la misma diatriba política, donde las pasiones desbordadas en la actualidad, no permiten un análisis serio y objetivo por parte de los actores políticos, y muy particularmente, desde el propio poder constituido ejecutivo, por creer según el propio “Presidente de la República,” que, “está en peligro la supervivencia del Estado Venezolano y la Democracia,” aunque puede interpretarse que lo que está en juego es el ejercicio del poder por parte del grupo dominante en la actualidad.

CONCLUSIONES

Ante el evidente vacío normativo al respecto, se requiere un debate franco y abierto de los diversos sectores del país, especialmente, el sector académico y muy particularmente, desde el Colegio de Abogados, las Facultades de Derecho de las Universidades venezolanas, el Gremio de los profesionales del Derecho en general, precisamente por lo complejo e interesante del tema.

Las visiones desde el poder constituyente chocan con el espíritu, propósito y razón de ser constitucionalismo moderno con el Poder Constituyente. La CRBV, al definir como Originario al Poder Constituyente del artículo 347 Constitucional, y establecer su autonomía del Poder Constituido, ahonda esa complejidad, la cual será superada seguramente, sólo desde el punto de vista político, pero se impone la necesidad de un criterio academicista

y técnico jurídico al respecto, que supere las enormes imprecisiones técnico-constitucionales al respecto.

Analizadas las características específicas de ambos Poderes Públicos, y el marco constitucional vigente, puede afirmarse que ciertamente está presente esa colisión, ese choque de perspectivas jurídico-políticas, y consecuente forma de acción, pero que asumiendo la tradición histórica constitucional y democrática de la sociedad venezolana, y el referido espíritu e intención del Constituyente en 1999, el poder constituyente no es en verdad, el poder supremo en el Estado venezolano, precisamente por incumbir su acción directa en su depositario: el pueblo venezolano, en quien reside verdaderamente la soberanía, y al cual desde todos los sectores, se apela constantemente como sujeto y actor principal de la democracia venezolana, de conformidad con la Constitución de 1999, que es el texto jurídico, que le sirve de fundamento.

Pero sobre todas las cosas, hallando, que los Poderes Públicos legitimados para fraguar una Constituyente, constituyen apenas, un vehículo, a través del cual, se intenta canalizar el alma del Estado Venezolano: la soberanía nacional, en un acto jurídico formalizante del proyecto de vida de la sociedad. Volviendo a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 19 de Enero de 1999, resaltando, que la misma se originó por un recurso de interpretación ante el máximo tribunal, en plena vigencia de la Constitución de 1961:

El Estado Constitucional venezolano cimenta su estructura y razón de ser en dos principios fundamentales: a) Por un lado, en la tesis de la democracia o "gobierno del pueblo por el pueblo y para el pueblo"; b) por el otro, en el principio de la Supremacía de la Constitución, que coloca a ésta en la cúspide del ordenamiento jurídico del Estado, lo cual obliga tanto a los gobernantes como a los gobernados a someterse a ella. Si la Constitución, como norma supremo y fundamental puede prever y organizar sus propios procesos de transformación y cambio, en cuyo caso, el principio democrático quedaría convertido en una mera declaración retórica, o si se estima que, para preservar la soberanía popular, es al pueblo a quien corresponderá siempre, como titular del Poder Constituyente, realizar y aprobar cualquier modificación de la Constitución, en cuyo supuesto la que se verá corrosivamente afectada será la idea de supremacía. Se dice que difícilmente cabrá otorgar a la Constitución el calificativo de Ley Suprema si sus obligados y más elementales adaptaciones al cambio histórico no pueden ser previstas ni reguladas por ella misma. En otras palabras, para realizar el cambio que el país exige, es el Poder Constituyente, como poder soberano previo y total, el que puede, en todo momento, modificar y transformar el ordenamiento constitucional. Pero ello no podrá hacerse sino en el ejercicio de sus atribuciones soberanas, operando como titular de la soberanía. A la inversa el poder de revisión, o Poder Constituido, en la medida en que aparece reglado y ordenado en la Constitución, se convierte en un poder

limitado. En esa línea de pensamiento, los autores hablan de medios pacíficos y de medios violentos de reforma constitucional. Se concretaría en esta forma la distancia y la separación que media entre la acción prevista en los cauces constitucionales y la revolución, entendiendo por ésta, como dice Cossio, la ruptura en el orden lógico de los antecedentes” o, según afirman otros, la ruptura del hilo constitucional dentro del Estado”. Consideran algunos tratadistas que en un régimen de derecho, toda modificación de la Constitución, para que sea legal, debe efectuarse dentro de las previsiones constitucionales, ya que el Poder Constituyente ilimitado sólo actúa a través de una solución de fuerza (revolución, golpe de Estado, cuartelazo, pronunciamiento, etc.). Dentro de los procesos de esta naturaleza están las soluciones que obedecen a otros criterios que se manejan frente al cambio, atendiendo fundamentalmente a la idea de justicia y redención social. Ello supone una serie de ajustes que, más allá de modificaciones de fachada, implican transferencia de poder, transformación de estructuras, redistribución de la riqueza, fortalecimiento de los derechos humanos. En suma, nuevas estructuras y nuevas instituciones jurídicas y políticas. El asunto planteado es el dilema de si a la propia Constitución, le es dado regular sus propios procesos de modificación y de reforma o si se considera que la soberanía corresponde directamente al pueblo, como titular del Poder Constituyente, reordenando al Estado. En el primer caso estaríamos en presencia del poder constituido. En el segundo, el Poder Constituyente tendría un carácter absoluto e ilimitado. Pareciera ocioso indicar que la idea de supremacía deja de tener sentido cuando se considera que Poder Constituyente y Poder Constituido se identifican y que el Poder Constituyente es creado por la Constitución, en lugar de considerarse a la Constitución como obra del Poder Constituyente...

Lo cierto, es que las características de la crisis estructural venezolana, la acentuación de objeciones, la desinstitucionalización del país, la desjuridificación del Poder, la deslegitimación del Estado, ha llegado a un extremo donde la anomia, la inseguridad, tanto personal como jurídica, y la propia desesperación de amplios sectores de la sociedad venezolana, ha llevado al país a situaciones de anarquía y violencia que ponen en riesgo hasta la propia vida de Venezuela como nación y como pueblo unido e indisoluble. Surge entonces, la total intención de activar una mayor rigidez y precisión normativo-constitucional, escoltada de un conjunto de normas sustantivas; competenciales; y procedimentales, que delineen el correcto ejercicio del “Poder Constituyente Originario” para superar esta situación de anarquía institucional en Venezuela, que en gran parte se debe al todavía existente sustrato revolucionario del Poder Constituyente, que debe prontamente superarse.

La aspiración es, precisamente, que, a través de los mecanismos de debate y discusión profunda, en todos los sectores de la sociedad, más allá de las élites, y los Partidos Políticos, los Empresarios, las Universidades y los Trabajadores, pueda llegarse a la completa certeza de lograr una salida pacífica y ampliamente aceptada que beneficie al pueblo venezolano, sin distingo político, social o económico. Y de ese debate, se insiste, no pueden

abstraerse los estudiantes quienes están conexos al ejercicio del derecho en Venezuela, en aras de contribuir en esa intención.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Álvarez, T. (2007) "*Constituyente, Reforma y Autoritarismo del Siglo XXI.*" UCAB. Caracas, Venezuela.

Araujo, J. (2010) "*Derecho Administrativo General: Procedimiento Administrativo y Recurso Administrativo.*" Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela. Págs. 495.

Araujo, J. (2011) "*Derecho Administrativo General: Acto y Contrato Administrativo.*" Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela. Págs. 356.

Araujo, J. (2017) "*Derecho Administrativo Constitucional.*" Colección Manuales y Obras Generales Vol. 1. CIDEP-EJV. Caracas, Venezuela.

Bachoff, O. (1979) "*Wege zum Rechtsstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht,*" Athenaum Verlag, Königstein. Págs. 1 y ss.

Benvenuti, F. (1952) "*Funzione Amministrativa, Procedimento, Processo,*" en Revista Trimestrale de Diritto Pubblico. Roma, Italia.

Boeckenfoerde, E. (2000) "*Estudios Sobre el Estado de Derecho y la Democracia.*" Editorial Trotta. Madrid, España.

Brewer-Carías, A. (1999) "*Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente.*" Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela.

Brewer-Carías, A. (2000). *Las Asambleas Constituyentes en la Historia de Venezuela.* Consultado en Internet.

Brewer-Carías, A. (2017) "*La Inconstitucional Convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en 2017 como una Muestra más de Desprecio a la Constitución,*" en Estudios Sobre la Asamblea Nacional Constituyente. Consultado en Internet el 27 de Julio de 2017.

Combellas, R. (2005) "*Introducción Teórica al Poder Constituyente y al Poder de Revisión de la Constitución,*" en Procesos Constituyente y Reformas Constitucionales en la Historia de Venezuela: 1811-1999. Tomo I. Coordinación Elena Plaza. UCV. Caracas, Venezuela.

Constantino, M. (1975) "*Instituzioni di Diritto Pubblico.*" Consultado en Internet: Google Books. Cedam. Padova, Italia. Págs. 1.421.

Esparza, M. (1995) "*Poder Constituyente y Poderes Constituidos.*" Consultado en Internet.

Goy, R. (1980) "*La Notion de Detournement de Procedure,*" en Recueil d'Études en Homenajes a Charles Eisenman. París, Francia. Pág. 125.

Guerrero, C. (2005) "*Liberalismo y Republicanismo en Bolívar (1819-1830): Usos de Constant por el Padre Fundador.*" Serie: Trabajos de Grado N° 3. UCV. Caracas, Venezuela.

Hernández, R. (1993). El Poder Constituyente Derivado y los Límites Jurídicos del Poder de Reforma Constitucional, "*En Revista Española de Derecho Constitucional. Año 13. N° 37*" Madrid, España. Págs. 143-158.

Linares, S. (1978). "*Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional.*" Buenos Aires, Argentina. Editorial Plus Ultra.

Ossorio, M. (2000). "*Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales.*" Heliasta. Buenos Aires, Argentina. Págs. 797.

Peña, J. (2008) "Lecciones de Derecho Constitucional General. Volumen I. Tomo I." Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, Venezuela. Págs. 506.

Peña, J. (2008) "*Lecciones de Derecho Constitucional General. Volumen I. Tomo II.*" Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, Venezuela. Págs. 532.

Quiroga, H. (1995). "*Lecciones de Derecho Constitucional.*" Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. Págs. 424.

Quisbert, E. (2001) "*Poder y Asamblea Constituyente.*" Consultado en Internet.

Rafalli, J. (1999) "*El Reconocimiento Judicial del Proceso Constituyente y sus Consecuencias,*" en Revista Política y Gobierno: Poder Constituyente y Reforma de la Constitución. Vol. 1, N° 1. Enero-Junio." Caracas, Venezuela. Págs. 7-29.

Sánchez, L. (1996). "*Lecciones de Derecho Político.*" Editora Nacional. Madrid, España. Págs. 479.

Sánchez, C. (1958). "*Manual de Derecho Constitucional.*" 3° Edición. Editora Kapeluz. Buenos Aires, Argentina. Págs. 512.

Sartori, G. (1988) "*Teoría de la Democracia.*" Editorial Alianza. Madrid, España.

Schmitt-Assman, E. (1993) "*Teoría General del Derecho Administrativo Como Sistema.*" Traducción Colectiva. Consultado en Internet. INAP-Marcial Pons. Madrid. España. Págs. 475.

Sentencia del 19 de Enero de 1999 de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), bajo Ponencia del Magistrado Humberto J. La Roche.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA VOLUNTARIA COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

THE COLLECTIVE VOLUNTARY NEGOTIATION AS PREMISE OF THE
FUNDAMENTAL PRINCIPLE OF WILL'S A

Francisco Enrique Ferreira Calderón⁽¹⁾

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2019.01.01.02>

Recepción: 30 de Diciembre de 2017 Aceptación: 20 de Mayo de 2018

31

RESUMEN

En una clara lectura del Artículo 437 de la Ley Orgánica del Trabajo, de las Trabajadoras y Trabajadores (LOTTT) publicada en Gaceta Oficial N° 6.076 Extraordinaria del 07 de Mayo del 2012 puede evidenciarse expresarse “un conflicto normativo” que se encuentra en la LOTTT, cuando ésta estipula la “expresa obligación” que recae sobre el Empleador de “negociar y celebrar” una Convención Colectiva de Trabajo, o, a “negociar y acordar” un Pliego de Peticiones de carácter conciliatorio con la organización sindical que obtenga la mayor representatividad de sus trabajadores, que deriva en una firme violación de los postulados constitucionales enmarcados en los artículos 3 y 19 Constitucionales, que ofrecen una definición de la característica garantista de la Constitución. Los Principios Rectores de la Negociación Colectiva creados por la **OIT-Convenio 98** (1949): “las pautas en que debe enmarcarse la negociación colectiva para ser viable y eficaz parten del Principio de Independencia y Autonomía...y del carácter libre y voluntario de las negociaciones.” Y en fin, el término “Negociación” y la utilización del verbo “Obligar” es paradójico.

Palabras Clave: *Negociación Colectiva, Autonomía Contractual, Coerción, Libertad Sindical.*

ABSTRACT

In a clear reading of article 437 of the Organic Law of Labor, Workers and Workers (LOTTT) published in May 7, 2012 can be evidenced express “a normative conflict” found in the LOTTT, when it stipulates the “express obligation” that falls on the Employer to “negotiate and conclude” a Collective Labor Agreement, or, to “negotiate and agree” a Petition of conciliation with the trade union organization that obtains the greatest representation of its workers, which derives in a firm violation of the constitutional postulates framed in Articles 3 and 19 of the Constitution Law, which it offers a definition of the guarantee characteristic of the Constitution. The Guiding Principles of Collective Bargaining created by the **IJO-Convention 98** (1949): “...the collective in order to be viable and effective are based on the principle of independence and autonomy ... and the free and voluntary nature of negotiations. Finally, “Negotiation “and the verb “Compel” is paradoxical.

Keywords: *Collective Negotiation, Autonomy, Coertion, Associative Freedoms.*

(1) Abogado Egresado de la Universidad de Los Andes (ULA): Mención Summa Cum Laude. 1º de su Promoción. Abogado en Consultoría Jurídica del Ministerio de Agricultura y Tierras (MAT). Cursante de la Especialización en Derecho Laboral y de la Seguridad Social con GLOG-FACES-ULA. Pendiente Entrega de TEG. frankferreira57gmail.com

INTRODUCCIÓN:

Tras un minucioso análisis del Artículo 437 de la Ley Orgánica del Trabajo, de las Trabajadoras y Trabajadores (LOTTT) publicada en la Gaceta Oficial N° 6.076 Extraordinaria del 07 de Mayo del 2012 surge la inquietud ¿Priva el Derecho tutelado del Trabajo como hecho social de la Norma 96 Constitucional referente a la Negociación Colectiva Voluntaria y enmarcado en el 437 de la LOTTT sobre el precepto garantista de la autonomía privada, en el contexto del artículo 19 también constitucional, o bajo la premisa universal del Derecho Canónico con el Principio Fundamental de la Autonomía de la Voluntad de las partes?

¿Suprime el Legislador en esta norma el Principio Jurídico inalienable de la Autonomía de la Voluntad de las Partes que tiene la persona del empleador debido al Hecho Social Trabajo?

¿Es posible la aplicación de ambos principios en el mismo cuerpo orgánico legal sin violentar los Derechos Constitucionales contentivos en alguno de ellos?

Siendo, que en la Negociación el consentimiento mutuo “es la piedra angular” como fundamento incuestionable en que se basa el Principio de la Autonomía de la Voluntad; ese principio, de que la voluntad del hombre libremente manifestada es lo único que hace falta para contratar, y que se establece en aceptar el hecho de que toda persona solo puede obligarse en virtud de su propia voluntad ejercida de manera libre, manifiesta, consensuada y espontánea, sin coacción de ningún tipo, ¿Cómo puede entonces entenderse que en el cuerpo orgánico legal 437 LOTTT, se obliga a una de las partes envueltas en el conflicto a negociar, y a acordar un Pliego de Peticiones para celebrar una Convención Colectiva de Trabajo, sin violentar el Principio de Progresividad de los Derechos Humanos contemplado en la Constitución? Si de esa forma se garantiza, también los Derechos Constitucionales que tienen los Trabajadores a realizar Negociaciones y Convenciones Colectivas de Trabajo.

La Constitución de 1.999 instauró una serie de garantías mínimas que deben estar presentes en cualquier tipo de negociación y de procedimiento. Entre ellas “el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los Derechos Humanos”. El ámbito Laboral no escapó de esa premisa fundamental. Razón por el cual, se exigió la transformación medular de los procesos laborales para ajustarlos al nuevo Texto Constitucional, que se constituye como el máximo garante formal de los Derechos Humanos. De allí, la calificación de la Constitución de 1999, como “Garantista”.

Siendo así, la Ley Orgánica del Trabajo, de las Trabajadoras y Trabajadores (LOTTT), en el espíritu legislador originario, busca la mayor eficacia al proteger al Trabajador de los potenciales abusos de su Empleador, y con el firme objeto de salvaguardar el Trabajo como el Hecho Social que es. Y garantizar así, los Derechos Constitucionales inherentes a la persona trabajadora, y para estar a la par de los Convenios y Tratados Internacionales firmados y ratificados por la República, esta desarrolla en su texto orgánico legal los dispositivos y mecanismos por el cual la ley regulará la participación de las partes en conflicto al momento de negociar una Convención Colectiva de Trabajo.

Quizás el término “obligar” no es el apropiado en dicho dispositivo orgánico laboral, lo cual llevaría a una posible reformulación del referido artículo, por una acepción mucho más ajustada, y sin irrumpir en el mismo “Espíritu del Legislador,” presente un mandato, acorde con los Principios Constitucionales comprometidos, sin menguar en los Derechos Inalienables, que tiene el mencionado Trabajador en el Hecho Trabajo. Pero, como está formulada la norma, es de una acción “obligante para el empleador negociar,” lo que en la rama del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el Constitucional, es contrario a la “letra de la ley” y a los Principios Generales de Derecho.

Como Conclusión Introdutoria puede decirse, que la pretensión del Trabajo Científico, más que una simple propuesta es: a) entender lo importante que es para el legislador tener una clara visión del alcance de las normas que elabora, b) aplicar la hermenéutica jurídica al analizar el propósito de la Ley, el fin que persigue y su alcance, y c) lograr una clara armonía entre el posible conflicto de Principios que pueda suscitarse en la aplicación de esta norma laboral.

DESARROLLO

1.- La Etimología de la Palabra Negociación.

Este término está formado por el verbo transitivo e intransitivo “negociar” y del sufijo “ción” que indica efecto, hecho o acción de, también viene del latín “negotiatio.” La palabra negociación procede del latín negotiatio, -onis.

De hecho, Manuel Ossorio (1984) expresa:

Contrato colectivo de condiciones de trabajo, también llamado contrato colectivo, o convención colectiva, a todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores, o, una o varias organizaciones de empleadores, por una parte; y por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por éstos últimos, de acuerdo a la legislación nacional.

2.- Definición y Naturaleza Jurídica del Convenio Colectivo del Trabajo:

La Doctrina Laboral más calificada del momento señala, a través de Alegría (2005) que un Convenio Colectivo Laboral “es un instrumento de gobierno de las relaciones industriales.” Pág. 219.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (2018) expone:

f. Acción y el efecto de negociar. 2. f. Der. Serie de tratos dirigidos a la conclusión de un Convenio o Pacto. 3. f. “Tratar y comerciar, comprando y vendiendo, ofertando, o cambiando géneros de mercancía y valores para aumentar el caudal.

Una breve definición de Negociación puede hallarse en el *Business Dictionary* (2019):

Proceso entre una o más partes, cada una con sus propios objetivos, necesidades y puntos de vista, buscando descubrir una base común y alcanzar un acuerdo para solucionar un caso de mutua preocupación o resolver un conflicto. Forma nominal del verbo negociar. Bargaining (give and take) process between two or more parties (each with its own aims, needs, and viewpoints) seeking to discover a common ground and reach an agreement to settle a matter of mutual concern or resolve a conflict.
Noun form of the verb negotiate.

De igual manera, Cabanella (1993) provee la siguiente definición jurídica:

Negociación: Acción o efecto de negociar. Trato mercantil o lucrativo. Comercio. Transmisión o traspaso. Cesión. Endoso. Descuento de valores. Compra o venta de efectos, títulos o valores en bolsa o mercado. Gestión diplomática de cierta importancia o laboriosa; ya sea de tratado de paz, de alianza o de comercio; de alguna dificultad propia o de asunto en el cual se intervenga por iniciativa propia o ante requerimiento de otra potencia. Trámite de canje de prisioneros.

Y para entender, de una forma más amplia ésta definición, se complementará con la definición, que el mismo Diccionario Jurídico anteriormente citado, ofrece acerca del término “*Negociar.*”

Negociar: Comerciar, tratar. Comprar. Vender, o cambiar mercaderías o valores para lucrarse. Ceder, endosar o transmitir una letra de cambio, un cheque u otro documento de crédito mercantil. Descontar valores al cobro. Ocuparse de resolver asuntos públicos o privados. Ventilar o gestionar diplomáticamente, de potencia a potencia, un asunto de interés recíproco o para la causa de un tercero, que requiere negociación, y por el cual se procura algo. Corromper, sobornar.

Por tanto, la conclusión en una definición muy particular de la *Negociación* es:

Aquél proceso por medio del cual las partes interesadas, incursas en un conflicto, de buena fe, se ocupan en resolver un asunto de interés recíproco, concertando líneas de conducta de manera diplomática, buscando las ventajas individuales y/o colectivas más favorables, procurando obtener los resultados que sirvan a sus intereses mutuos, sin olvidar que forma parte de los mecanismos legales para la resolución alternativa de conflictos o situaciones que impliquen una acción multilateral.

Se vislumbra así, porqué la mayoría de los eruditos del mundo del Derecho, consideran a la Negociación como un Arte, del que no todos pueden desempeñar, ni tienen el don para hacerlo.

1.3_. La Negociación Colectiva en la Doctrina.

La Doctrina es amplia en éste especial particular. Se limitará a presentar tan solo algunos criterios de autores ampliamente reconocidos por el Foro Internacional. **Colosi-Berkely** (1981) en la obra “Negociación Colectiva: Arte de Conciliar Conflictos,” halla que “las negociaciones se pueden definir prácticamente como el proceso que les ofrece a los contendientes la oportunidad de intercambiar promesas y contraer compromisos formales, tratando de resolver sus diferencias.”

De igual manera, **Nierenberg** (1981) sostiene:

¿Qué es la Negociación? Nada puede ser tan simple en su definición, y tan amplio en su sentido. Cada deseo, que demanda satisfacción (y todos lo necesitan), es en definitiva, una potencial ocasión para que la gente incite un proceso de negociación. La negociación depende de la comunicación. Esto ocurre entre individuos que actúan ellos mismos, o como representantes. Cada vez que la gente intercambia ideas con la intención de relacionarse, cada vez que intentan acuerdos, uno de ellos está negociando. Pág 211

Así pues, **Monsalve** (1988) en su Obra Estrategias y Técnicas de Negociación, dice:

La Negociación es un proceso, y una técnica mediante los cuales, dos o más partes construyen un Acuerdo. Las Partes empiezan discutiendo sobre el asunto en el cual tienen intereses, lo que genera entre ellas variados sentimientos. Los motivos que asisten a cada negociador generan en ellos conductas que, a menudo, se expresan en propuestas verbales. Este intercambio hace que las partes desarrollen intensos deseos de controlar el tema que les preocupa.

En igual sentido, **Correa y Navarrete** (1997) exponen: “Es el proceso de lograr aceptación de ideas, propósitos e intereses, buscando el mejor resultado posible, de tal manera que todas las partes sean beneficiadas.” Ahora bien, la parte que atañe en este particular análisis, es sobre “La Negociación Colectiva.” **Caldera** (1961) expone:

No es, como se ha dicho varias veces, un contrato; pero participa de la condición de contrato, en cuanto, es un acuerdo de voluntades entre partes de intereses distintos, para regular, en cierto aspecto al menos, derechos patrimoniales. Al mismo tiempo, participa de la Ley, en cuanto significa un ordenamiento colectivo obligatorio que, dentro de muchas legislaciones, no es

susceptible de ser renunciado por acuerdos individuales; y que tiene un carácter neto de institución de Derecho Público, no sólo por tocar materias de gran importancia en la vida social, sino porque en sí misma representa un fenómeno delicadísimo, que regula aspectos vitales de la organización colectiva moderna. Pero tampoco, es propiamente una Ley, porque no es un acto legislativo, sino que tiene el origen de un acuerdo bilateral. Pág. 134.

Por otro lado, **Carnelutti** (1936) sostiene “que la Convención Colectiva es un híbrido que tiene el cuerpo de contrato, y el alma de Ley.” Pág. 56. Jurídicamente, la Constitución de 1999 establece: “que todos los trabajadores y las trabajadoras del sector público y del privado tienen derecho a la negociación colectiva voluntaria, y a celebrar Convenciones Colectivas de Trabajo, sin más requisitos que los que establezca la Ley.” Entonces, las Convenciones Colectivas en Venezuela son un Derecho Constitucional, que amparará, tutelarán a los trabajadores activos al momento de su suscripción, y a quienes ingresen con posterioridad, sin hacer distinción del sector, público, o privado.

Cabe decir, que el antiguo artículo 507 de la subrogada Ley Orgánica del Trabajo (1998) no establecía mención alguna del condicionamiento impositivo del Derecho a la Convención Colectiva. No obstante, éste artículo legal establecía, que su finalidad era, establecer las condiciones conforme a las cuales, se debe prestar el trabajo, y los derechos, y también, las obligaciones, que correspondan, a cada una de las partes. Y en especial, porque la norma constitucional 96 -todavía vigente- explica dicho derecho como una negociación colectiva voluntaria, esto es, de una manera muy diferente a la prevista a posteriori con el artículo 437 de la LOTTT, que niega el carácter libre o voluntario del Derecho a las Convenciones Colectivas.

Por último, es importante señalar, que el Derecho a la Convención Colectiva, pertenece a cualquier tipología de trabajador, sin importar, si estos se encuentran legítimamente sindicalizados o no, conforme con la Administración del Trabajo Venezolano, y su *contenido esencial queda reducido a tres vertientes diferentes en cuanto a las características de las estipulaciones contractuales*: 1) *La Regulación de las condiciones laborales*; 2) *El establecimiento de medios para la solución de los conflictos*; 3) *La protección de los Trabajadores y de sus Familias, en función del interés colectivo, y del desarrollo económico y social de la Nación*.

No obstante, aunque la anterior Tesis de los contenidos obligacionales de la Convención Colectiva proviene del Derecho Alemán, el francés **Raynaud**, agregó una categoría adicional, y que éste calificó “de la envoltura del Convenio,” constituido por aquellas disposiciones, que tienen como objetivo asegurar la aplicación de la Convención Colectiva. Y esa doctrina Germánica, la Francesa también, fue añadida cabe decir, en el Reglamento actual de la LOTTT (1999).

El contenido del primer grupo de los contenidos obligacionales son: a) La Jornada Laboral; b) las Vacaciones; c) Pagos por Trabajos en Días de Descanso o Feriados; d) Utilidades; e) Prestaciones Sociales. El contenido

del segundo grupo, es el tema de las Licencias, los Permisos a Directivos Sindicales, las Inamovibilidades Adicionales, las Contribuciones Económicas a las Organizaciones Sindicales; la duración del Convenio Colectivo, los Plazos de Discusión, los Procedimientos de Conciliación y el Arbitraje Laboral. Cabiendo decir una importante particularidad del tiempo de duración de las Convenciones Colectivas, que si bien es cierto, que puede que no haya acuerdo acerca de la prórroga de las estipulaciones en las Convenciones Colectivas, el Reglamento de la LOT vía artículo 523, establece un lapso máximo de tres años para su duración, en caso de no darse la prórroga.

1.4._ La Negociación Colectiva en el Derecho Internacional.

No puede entonces, de dejar de ofrecerse, la definición formal, e institucional, que la OIT (1985) ofrece en cuanto a la *Negociación Colectiva*:

La negociación colectiva se concibe en los instrumentos de la OIT como la actividad o proceso encaminado a la conclusión de un acuerdo colectivo. El contrato o convenio colectivo se define así en la **Recomendación Núm. 91, Párrafo 2**: [...] todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional. Pág. 856.

A raíz del **Convenio Núm. 154** adoptado en 1981 por la misma OIT, ésta Organización (1985) enuncia una definición minuciosa del concepto de Negociación Colectiva en su Artículo 2:

La expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores u organizaciones, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez. Pág. 1626.

A manera de comentario final, se añade que la única “obligación” aquí presente, es aquélla que la misma **OIT** (1985) establece en:

Todo contrato colectivo ha de obligar tanto a sus firmantes como a las personas en cuyo nombre se celebre, y que las disposiciones de los contratos de trabajo individuales contrarias a aquel deberían considerarse como nulas y sustituirse de oficio por las cláusulas correspondientes del mismo, pese a lo cual deberían respetarse las

disposiciones de los contratos individuales que sean más favorables a los trabajadores que aquellas previstas por el contrato colectivo. Págs. 856 y 857.

Que interesante, que la **Recomendación Núm. 91** sentó en 1951, el *Principio Jurídico del Carácter Vinculante del Contrato Colectivo, y de su primacía y prioridad sobre el Contrato de Trabajo de Carácter Individual*, con la única salvedad, de garantizar las disposiciones de éste, más beneficiosas para los Trabajadores, sin que con ello se menguara los derechos humanos de las partes intervinientes.

Como se puede notar, solo es vinculante, de estricta, y obligatoria sumisión, el acuerdo suscitado por las partes, no la manera de llegar al acuerdo en sí. No obstante, cabe mencionar la opinión de Alegría (2005) al decir:

Que las estipulaciones de la Convención Colectiva se convierten en Clausulas obligatorias, y en parte de los contratos de trabajo celebrados, o que se celebren durante su vigencia en el ámbito de la Convención, aún para aquéllos trabajadores, que no sean miembros del Sindicato que haya suscrito la Convención. Pág. 224.

Dicho fenómeno, es llamado por los juristas del mundo Laboral como la *Tesis de la Incorporación*, que cabe puntualizar, opera, tan sólo con los contenidos normativos, más no con los referidos contenidos obligacionales de las Convenciones.

En este sentido, el autor Agüero (1991) expone:

Que el artículo 508 consagra el efecto automático de los Convenios Colectivos de Trabajo, al ordenar, que las estipulaciones de dichos convenios se conviertan en Clausulas Obligatorias, y en parte integrante de los Contratos Individuales. En consecuencia, toda estipulación del contrato laboral individual, menos favorable, o violatoria de alguna norma contenida en la Convención, carece de validez, y por tanto, debe ser aplicada la norma convencional. Pág. 113.

Claro, que lo anterior, obedece el antiguo Artículo 508 de la LOT, que todavía hoy, tiene una fuerte vigencia, a la luz de la progresividad de los derechos laborales, en éste caso, de los derechos laborales colectivos, pues el anterior núcleo duro de tipo constitucional, para los derechos laborales, constituye un principio, de contención, que obliga: *a) A Reformar en Condiciones Más Favorables: Reformatio in melius, esto es, la reformatio in pejus queda completamente prohibido; b) El Principio de Extensión a Terceros (Artículo 173RLOT); c) Principio de Inderogabilidad; d) El principio de ultra-actividad; y e) el Principio de Intangibilidad (Artículo 190RLOT)*. De donde Villasmil (1995) dice: “que una Convención Colectiva que persiga sustituir las condiciones de trabajo, hasta ese entonces vigentes, debe concertarse en unas condiciones más favorables a las contenidas en los contratos de trabajo celebrados bajo su ámbito.” Pág. 118.

2_. Los Principios Rectores de la Negociación.

2.1_. El Principio de la Negociación Libre y Voluntaria.

La misma OIT establece en el Artículo 4 del **Convenio Núm. 98**, el carácter voluntario de la Negociación Colectiva, pues establece en su postulado que dicho carácter “se constituye en un aspecto fundamental de los principios de la libertad sindical.” (OIT, 1996a, Párrafo 844). Se entiende, pues, que para la OIT, el deber de fomentar la Negociación Colectiva exceptúa, el recurso a medidas de coacción (OIT, 1981, Pág. 22/6).

Como dice un dicho popular: “Lo que es bueno para el Pavo, también es bueno para la Pava.” De esta manera, se encuentra, que el principio jurídico rector de toda negociación voluntaria, es la libre voluntad de las partes intervinientes, tanto para los Trabajadores, como para el propio Empleador. Es por ello, por lo que en los *Convenios de la OIT Sobre la Negociación Colectiva*, se hace clara su posición al respecto, pues nunca se promueve a la obligación formal de negociar. Lo que si fomentan, es que los órganos del Estado, que regulan las Convenciones Colectivas de Trabajo prevean, que las Organizaciones Sindicales más representativas tomen parte en las negociaciones colectivas (OIT, 1994a, párrafo 245).

Asimismo, la OIT insiste en que los mecanismos de auxilio a la negociación, es decir, los Medios Alternativos para la resolución de conflictos (Negociación, Conciliación, Mediación o Arbitraje) tengan un carácter voluntario, no entendiéndose como algunas legislaciones obligan a las partes a seguir un procedimiento fijo que regula todas las etapas e incidentes del proceso y que prevé intervenciones obligatorias y sucesivas de la autoridad administrativa, con arreglo a plazos predeterminados (ibíd., párrafo 246).

Para completar lo aquí expuesto, se permite citar a la **OIT**, ya que la principal organización internacional en materia laboral, es sumamente clara y concisa, en vista de que el Comité de Libertad Sindical, desarrolló, aún más explícitamente, los principios rectores anteriormente citados:

Todo contrato colectivo ha de obligar tanto a sus firmantes como a las personas en cuyo nombre se celebre, y que las disposiciones de los contratos de trabajo individuales contrarias a aquel deberían considerarse como nulas y sustituirse de oficio por las cláusulas correspondientes del mismo, pese a lo cual deberían respetarse las disposiciones de los contratos individuales que sean más favorables a los trabajadores que aquellas previstas por el contrato colectivo. Págs. 856 y 857.

En este sentido, el Artículo 166 del RLOT instituye, que la iniciativa en la elaboración del Proyecto y la Elaboración del mismo antes de su presentación a la Administración del Trabajo corresponde a los Sindicatos, pero ésta también, dice que podrá corresponder al mismo Patrón. Aunque, no son frecuentes esos casos. Y de igual forma ocurre con los trabajadores no organizados sindicalmente (Artículo 168 RLOT); con los Colegios Profesionales (Artículo 144 RLOT). Las Convenciones Colectivas serán desarrolladas siguiendo el referido procedimiento establecido en los Estatutos Sindicales, de

ser el caso, por supuesto, pues de lo contrario, en el caso de los Trabajadores no Sindicados, éstos deberán seguir el Procedimiento de la LOTTT y su Reglamento Ejecutivo.

2.2_. El Principio de Progresividad de los Derechos Humanos.

De una clara lectura de una Sentencia dictada por la Sala Única de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua, ésta pauta lo siguiente:

El Artículo 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece el deber del Estado de garantizar “a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen. Corte de Apelaciones, Circuito Judicial Penal estado Aragua. (19 Octubre 2014) Sentencia N° 488 [P. Alejandro Perillo].

En dicha norma constitucional se reconoce claramente el **Principio Jurídico de la Progresividad en la Protección de los Derechos Humanos**, según el cual, el Estado se encuentra en el deber de garantizar a toda persona natural o jurídica (en éste caso el Empleador y a los Trabajadores), sin exclusión de ninguna especie, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de tales derechos.

Dicho principio jurídico, se resume en el progreso consecutivo de la esencia de los Derechos Fundamentales, en tres aspectos fundamentales: 1.- Ampliación de su número, 2.- Desarrollo de su contenido y 3.- Fortalecimiento de los mecanismos institucionales para su protección. En este contexto, surge la imperiosa necesidad de que la creación, interpretación y aplicación del universo de Leyes que cuadran el ordenamiento, se realice venerando el contenido de los Derechos Fundamentales aquí descritos.

Es importante resaltar, que la norma constitucional 19 no debe aislarse de su entorno sistémico, sino que ésta norma debe interpretarse concomitantemente con los Artículos 22 y 23 de la Constitución de 1999, que complementan de una manera integral su contenido, declarando de ésta manera el fundamento para la protección de los Derechos Humanos.

Por consiguiente, en dichos preceptos constitucionales se establecen, que:

Los Tratados, Pactos y Convenciones en materia de derechos humanos, que hayan sido suscritos y ratificados por Venezuela, predominarán en el orden jurídico interno en la medida en que contengan normas referidas al goce y ejercicio de los derechos humanos más favorables que las contenidas en la Constitución y en

las leyes de la República, es decir, cuando tales Tratados reconozcan y garanticen un derecho o una garantía de forma más amplia y favorable que la Constitución -u otra normativa - dichos instrumentos internacionales se usarán inmediata y directamente por todos los órganos del Poder Público, especialmente cuando se trate de operadores de justicia...

Cabe señalar, que la misma Sala de Apelaciones en **Sentencia N° 1654** del 13 de Julio de 2005, referente al Principio de Progresividad de los Derechos Humanos el Juzgador acota “que la tendencia general, es la de mejorar cada vez más, la protección y el tratamiento de estos derechos”, y manifiesta que “la progresividad de los derechos humanos de unos, no puede ir en detrimento de los derechos humanos del resto de las personas, pues sería contradictorio con el verdadero sentido de la Justicia y la Equidad perseguido por el Constituyente de 1999.”

Peña Solís (2008) dice “que éste rasgo de los Derechos Humanos involucra reconocer que éstos se encuentran en un continuo de perfección con la finalidad de promoverlos y protegerlos al máximo. Pág. 479. Y bajo ningún concepto, un acto jurídico puede modificar desfavorablemente el contenido de un Derecho Laboral. Y es porque entonces, constitucionalmente, vía artículo 19, esa posibilidad queda completamente prohibida.

En este sentido, **Ayala** (1994):

Que ese principio es aplicado por los organismos internacionales puede incluso llevar a la aplicación del Derecho Constitucional con preferencia al Derecho Internacional, en aquéllos casos, en que el primero consagre en la instancia internacional de protección, la norma constitucional sobre derechos humanos más beneficiosa sobre la norma internacional. Pág. 171.

Un buen ejemplo, es el punto relacionado con la jornada laboral, pues la Constitución estipula un número de horas laborales semanales: y la nueva LOTTT estipula una jornada laboral semanal inferior a la contemplada en la Constitución 1999, que, si bien es cierto, termina siendo incompatible por vulnerar el principio de supremacía constitucional, la regulación legal termina siendo progresiva, frente a la normativa constitucional. Desde luego, que el principio jurídico también puede operar en un sentido inverso: la aplicación de la norma internacional más favorable, sobre la norma interna.

De al manera, que la progresividad constituye un rasgo característico de los Derechos Laborales bajo examen, que encuentran concreción en la indicada regla, que en el área hermenéutica se traduce como: *principio pro hominen o favor libertatis*, pues la progresividad de los derechos se encuentra contemplado como una norma preliminar en la parte dogmática de la Constitución de 1999, que sirve entonces, de antesala para la totalidad de los Derechos Constitucionales, entre ellos, como es obvio, los Derechos Laborales.

2.3_ El Principio de la Autonomía de la Voluntad.

La Autonomía de la Voluntad es un Principio General del Derecho Civil, del Derecho Contractual, del Derecho Privado, que gravita en la total, plena o absoluta libertad, que reconoce el ordenamiento a las personas, bien sean éstas, naturales o jurídicas, con el nítido propósito de que las mismas autorregulen sus actuaciones e intereses. Ésta autonomía se materializa a través del acto jurídico, útil herramienta, que el Derecho otorga para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

El valor de el Principio se fundamenta en el **Derecho Canónico (Siglos XII, XIII y XIV)**, en el hecho, de considerarse, como una expresión de la libertad plena del individuo, cuyo reconocimiento por todas las Legislaciones se impone. Y que se traduce, en la voluntad del hombre libremente manifestada, como lo único, que hace falta para contratar, naciendo de un consentimiento libre y autónomo. Lo cual indica la posibilidad, que tienen las personas de regular libremente sus negocios e intereses; y, ejercitar los Derechos Subjetivos de los cuales son titulares y concertar negocios jurídicos.

En este orden de ideas, el autor **Pergolessi** (1955) habla “de un derecho de todos los ciudadanos a la negociación jurídica.” Pág. 449. Y el Italiano **Virga** (1955) sostiene “que la autonomía privada es un Derecho Fundamental, o un Derecho de Libertad, como el Derecho a la Libertad Económica; un Derecho que vale frente al Estado, y además, frente a todos los miembros de la Comunidad.” Pág. 541. Y en su clasificación de los derechos públicos subjetivos, **Biscarretti Di Ruffia** (1956) dice “que la propia autonomía privada forma parte de una categoría aparte con los Derechos de Libertad Civil, entre los que coloca los derechos de libertad con contenido económico, o libertad patrimonial.” Pág. 588. Que entre tantas cosas, otros autores como **Luigi Ferri** (1969) catalogan a tales Libertades Públicas, “como unos Derechos Esenciales de la persona.” Pág. 295.

De igual forma, **Cassarino** (1969) expone:

La autonomía privada no es sólo, ni principalmente libertad; sus manifestaciones, no son mero ejercicio de un Derecho Subjetivo, como lo son andar o arar las fincas propias. La autonomía privada es, ante todo, poder, y los negocios jurídicos son manifestaciones de poder concreto del libre desenvolvimiento de la personalidad del individuo. Pág. 297.

Concluir un contrato, en el presente caso, una Convención Colectiva entre las partes intervinientes: *Patrono y Trabajadores*, es disciplinar minuciosamente una actividad negocial, como ocurre con el andar, o el arar, de la cita; y ni siquiera, se limita a prohibir cualquier tipo de acción dirigida a impedir su libre acción, sino, que interviene, ante todo, para conferir a los particulares contratantes, un poder jurídico concreto de determinar los efectos de sus tratos con un carácter vinculante, de una forma similar, que una Ley: Y precisamente, por así permitirlo la Ley.

La libertad Negocial entonces, es un poder jurídico plenamente reconocido por el ordenamiento jurídico, salvo prohibición expresamente instituida por la Ley. Y salvo, que, dicha prohibición, sea compatible con el ordenamiento constitucional. La autonomía contractual, o mejor dicho, la propia libertad contractual o negocial, es un poder jurídico normativo de legislar, propio, de los particulares, en sus áreas de competencia, y esa es, precisamente, la concepción jurídica que tiene el clásico del Derecho Público, Georges Jellinek (1900) en su **Staatlehre**.

Y tal como lo ratifica Delgado (2003) "*Obviamente la Autonomía de la Voluntad no puede verse al margen del ordenamiento jurídico existente*, su existencia emana de él, pues su reconocimiento en la Ley, constituye un presupuesto indispensable para su ejercicio." Pág. 41. (*Cursivas Añadidas*). Y en ese sentido, **Trabuchi** (1959) "la idea del poder no es en absoluto extraña a la idea del negocio, y, que es común, la intuición de que el poder, es un presupuesto subjetivo del negocio jurídico." Pág. 300. Esto es, que inclusive, los actos contractuales entre Patronos y Trabajadores derivan de un poder jurídico antes reconocido por el ordenamiento. Siempre, que, cabe decir, que se fundamente en una norma previa, que en el presente caso, es la norma constitucional del Derecho, o de la Libertad Sindical.

Y es bastante particular, decir, que la libertad contractual en materia sindical es un poder jurídico reconocido constitucionalmente en primera instancia, y luego, desarrollado de una manera legislativa. De tal modo, que el desarrollo legislativo posterior del derecho subjetivo posee primero, un origen constitucional primero, al cual, debe primero, y en todo momento, sujetarse plenamente, desde un sentido reglamentario, como también, principista. Al respecto, Hernández, K. & Guerra, D. (2012) refieren lo siguiente:

Pues precisamente, la esencia del principio radica en el poder que el ordenamiento reconoce a los particulares de regular por sí sus intereses o relaciones jurídicas con los demás sujetos. Sin que ello implique que al proceder a hacerlo no deban observar los requisitos exigidos, o que no obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad. Pág. 75.

De hecho, es de observarse, que, el *Derecho Laboral Individual* no está nunca por arriba del *Derecho Laboral Colectivo*. En definitiva, la autonomía de la voluntad, debe ser valorada, como uno de los principios más importantes del Derecho, en virtud del cual los particulares, libremente, y según su mejor conveniencia, son llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y las modalidades de sus actos jurídicos; principio, que posee un mayor reconocimiento en el ámbito contractual, pero, que bajo el amparo del ordenamiento constitucional, según el artículo 20, posee limitaciones inmanentes, pues, si bien es cierto, que los poderes jurídicos privados no se ejercen por un deber, sino de manera espontánea, los actos contractuales o convencionales del *Derecho Laboral Colectivo* deben ser compatibles con la integridad del sistema jurídico. Pero, una Ley no puede obligar a ejercer un poder privado, que por su misma naturaleza, depende de la libertad inmanente del individuo.

En el Derecho Laboral Colectivo Venezolano cabe destacar, los grandes aportes de Caldera Pietri (1991) al expresar “que la Administración del Contrato incluye la Resolución de toda clase de problemas, verdaderos o imaginarios, que surgen día a día, y que supone una interacción permanente, entre la empresa y sus trabajadores, organizados o no.” Pág. 32.

Esa amplia gama de situaciones muy diversas, y la necesidad, que existe de cumplir de buena fe, lo que se tiene acordado, obliga a la implementación de unas políticas, y de orientaciones, que puedan hacer posible una correcta aplicación del Convenio, del que se tiene firmado; es decir, políticas para la administración de ese Convenio.

No obstante, la misma autora Caldera Pietri (1991) afirma:

Que con la Administración del contrato, se busca crear el contexto adecuado para facilitar la interdependencia entre las unidades participantes en él (capital y trabajo). Esto es, establecer las condiciones necesarias para su aplicación, y de esa manera, prever el incumplimiento de las normas creadas. Y si sus preceptos son transgredidos, la Administración debe establecer los mecanismos propios para restaurar el orden violado. Pág. 32.

Convirtiéndose, la Administración Laboral en un árbitro concedor de los conflictos normativos e interpretativos derivados de las Convenciones Colectivas, que en líneas generales, promueven las bases para una rápida y adecuada revisión, y resolución de las diferencias de interpretación de los términos del Contrato, así como de su aplicación a cada caso particular.

2.4.- La Norma, y la Norma Contractual, y sus Características.

En este particular, y por efecto de espacio, no se ahondará mucho en éste sentido, limitándose por presentar algunos tópicos sobre la norma, donde hay, una definición, que Cabanellas (2003) da, en su Diccionario Jurídico Elemental:

Norma. Regla de conducta. Precepto. Ley. Criterio o patrón. Práctica. Jurídica. Regla de conducta cuyo fin es el cumplimiento de un precepto legal. Para **Otto Von Gierke**, “la norma jurídica es aquella regla que, según la convicción declarada de una comunidad, debe determinar exteriormente, y de modo incondicionado, la libre voluntad humana.

Que interesante entonces, notar acá la expresión “la libre voluntad humana” en la definición de “Norma.” Pues bien, desde el punto de vista socio-económico del Derecho, la norma no es más que un “Hecho Social, ya que ésta nace de la sociedad. Se nutre de ella, y va a regular todo lo concerniente al desenvolvimiento de la persona con ese entorno social. De ésta manera, normará el comportamiento de los integrantes entre sí y sus congéneres, muy independientemente de la voluntad de sus integrantes, pues tiene carácter de Orden Público, por lo que no puede ser relajado por las partes.

Es evidente, que la persona dentro de esa libertad personal, que propugna la norma escrita reglamentará su libre desenvolvimiento, en concordancia con lo que el ordenamiento jurídico de la Sociedad promulgue, pues además, “mi derecho termina donde comienza el del otro.” Y es que esta característica de la norma está dada en función de la voluntad del individuo, y se corresponde a una clasificación de ésta, que se denomina Normas Imperativas, porque “obligan independientemente de la voluntad del individuo.”

Es menester, mencionar entonces, que en ésta clasificación de la norma se encuentran también, las normas dispositivas, pues estas “obligan cuando no existe una voluntad expresa en contrario del individuo.” Algunos autores incluyen dentro de ésta categoría a las Normas Supletivas. También creerse como Norma Dispositiva, la Norma Interpretativa, es decir, aquella que va orientada a determinar e interpretar la voluntad de las partes.

Se ha notado, la claridad de la norma, en cuanto a la voluntad de la persona, pues esta voluntad va a estar regulada por la sociedad, a través del sistema jurídico, sin que ello menoscabe en el libre desenvolvimiento de la voluntad humana. Y es que así, es el deber ser, pues constitucionalmente está establecida en el dispositivo Constitucional 20 “Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social”. (Cursivas Añadidas).

La norma entonces regulará la Autonomía de la Voluntad, que es un principio básico del Derecho Contractual. Anteriormente, se ha manifestado el valor de éste principio, que se aprecia en el hecho de considerarse como una manifestación de la libertad del individuo, cuyo reconocimiento por la misma norma, como Derecho Positivo, se impone, el cual se traduce en la posibilidad, que tienen las personas dentro de la Sociedad, de regular libremente sus intereses, y ejercitar los derechos subjetivos de los cuales son titulares y concertar negocios jurídicos. Hernández y Guerra (2012) dicen:

Independientemente de ser creído como uno de los principios más importantes en el Derecho Civil y específicamente en el Derecho de Contratos, no es admitida de forma absoluta, por cuanto tiene restricciones previstas en la Ley y otras, que se desprenden de las circunstancias o de las situaciones de hecho. Dichas restricciones se manifiestan en forma de límites y limitaciones que la norma establece. Págs. 72.

Es interesante resaltar la clasificación de la norma que Hart (1961) ofrece:

Que lo que diferencia al Derecho de otros sistemas normativos, es que está formado por otros sistemas de normas: Normas Primarias y Normas Secundarias; en donde las Normas Primarias son las normas de conducta, normas de comportamiento, y que califican de prohibido, de permitido y de obligatorio, ya que éstas imponen obligaciones... Pág 303

Como es el caso, del ya mencionado Artículo 437 de la LOTT, mientras que las secundarias, ungen potestades, y procedimentalizan, las normas potestativas, y que, está en consonancia con la posición de **Richard Schmidt y Burkhard**.

Y para finalizar lo relativo a la Norma, contractual, se mostrará los elementos interpretativos de la Ley, y, que según Anchondo (2012) son “los medios de que dispone el intérprete para establecer el o los posibles sentidos y alcances de la ley interpretada.” Págs. 98. Estos medios, son comúnmente aceptados por la doctrina, y en ocasiones consagrados expresamente por los propios ordenamientos jurídicos. Estos elementos, son el elemento gramatical, el histórico, el lógico, el sistemático y el teleológico.

El Elemento Gramatical o elemento literal, es aquel que permite establecer el o los sentidos, y alcances de la ley, inclusive de una Ley Contractual, pero haciendo uso del tenor de las propias palabras de la Ley Contractual, es decir, al significado de los términos y frases de que se valió el legislador o las partes en el Contrato, para expresar y comunicar su pensamiento. Éste método interpretativo parte del supuesto, de que la voluntad e intención del Legislador está impregnada en la Ley Escrita; y como, la referida Ley, está escriturada, entonces, la mejor manera, de descifrar, la verdadera intención legislativa, es a través de las palabras de que hace éste.

El Elemento Histórico permite interpretar el derecho legislado, aludiendo para ello a la historia del texto legal que se trata de interpretar. Esta historia se ve reflejada en cada una de las historias o etapas del proceso de formación de la ley.

El Elemento Sociológico, es el que debe atenderse, al interpretar las normas, a la “realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”. Si una norma nacida en un contexto histórico estipulado, se debe aplicar en un tiempo diferente, puede producir un resultado indeseable si el cambio de las circunstancias es lo suficientemente sensible. No basta con saber, por qué, y para qué, se dictó la norma en concreto, sino también, por si las nuevas ocurrencias reinantes consienten o no, que permanezca invariado el sentido original.

El Elemento Sistemático permite interpretar a la Legislación, atendiendo a las conexiones de ésta, con la totalidad del ordenamiento jurídico del cual forma parte, incluso los mismos Principios Generales del Derecho. Se trata, de considerar a la norma jurídica, no como un enunciado aislado, sino como una parte de un conjunto mucho más amplio, que le proporciona sentido, fundamento, y coherencia, y, por último...

El Elemento Teleológico, que es aquél, que permite establecer el sentido o el alcance de un precepto legal atendiendo al fin de ésta, esto es, a los objetivos que se buscó conseguir, mediante su establecimiento.

Aplicando entonces, lo aquí transcrito referente a la norma, no es difícil descifrar el verdadero alcance jurídico del Artículo 437 LOTT, cuando en la letra de su grafía:

Ordena la obligación de negociar y de celebrar una Convención Colectiva de Trabajo, o a negociar y a acordar un Pliego de Peticiones de carácter conciliatorio o conflictivo, con la organización sindical de mayor representatividad entre los Trabajadores de la Empresa...

Con un elemento gramatical imperativo como lo es “la expresa obligación al Empleador de negociar,” lo que es, totalmente contrario a los principios constitucionales, doctrinales y generales del Derecho, anteriormente mencionados; un elemento histórico, en donde se evidencia las luchas sindicales y sociales por lograr los beneficios, y Derechos en los Trabajadores; un elemento Sociológico, en donde se evidencia la realidad del Trabajo, como un Hecho Social, y que la norma debe ser interpretada, bajo la lupa de éste criterio social, por lo que los Derechos de los Empleados y los Trabajadores, son de un primer orden constitucionalmente; un elemento sistemático, en donde se evidencia, que ésta norma, no esta cónsona con los postulados constitucionales de los DDHH, en cuanto al consentimiento y a la libre voluntad de la persona, ya que ésta no proporciona un sentido, fundamento y coherencia con los otros Principios Constitucionales, los Principios Generales del Derecho, y los Convenios y Tratados suscritos y ratificados por la República.

Y por último, un elemento teleológico, que es aquél espíritu del legislador originario, el que con ésta norma busca preservar al trabajo como un Hecho Social, y así garantizar, “a los trabajadores como creadores de la riqueza socialmente producida y sujetos protagónicos de los procesos de educación y trabajo para alcanzar los fines del Estado,” tal cual lo expresa la Disposición Preliminar 1 de la Ley. Con la pequeña acotación, que, más que el Estado mismo, el objetivo de la Ley Orgánica del Trabajo debería ser, repercutir de una manera positiva en la sociedad, sin desmejorar las condiciones jurídicas, de tipo económico, social y cultural del entorno laboral. Y tal como Viñuela (2016) explica “acerca de la asertividad, en como hacer valer y defender nuestros derechos, sin violar o alterar, los derechos de los demás; premisa fundamental, que la norma debe tener en cuenta para encontrar una plena aceptación, o una legitimidad, de cara a los individuos de la sociedad.” Pág. 38.

2.5.. La Ley Orgánica del Trabajo, de las Trabajadoras y Trabajadores.

La Ley Orgánica del Trabajo, de las Trabajadoras y Trabajadores (LOTTT), en el Artículo 437 reza lo siguiente:

El patrono o la patrona estará obligado u obligada a negociar y celebrar una convención colectiva de trabajo, o a negociar y acordar un pliego de peticiones de carácter conciliatorio o conflictivo con la organización sindical de mayor representatividad entre los trabajadores y las trabajadoras bajo su dependencia y que tenga la junta directiva dentro de su periodo estatutario (*Negritas Personal*).

Esta norma legal esta enlazada con el Artículo 115 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, y el cual establece lo siguiente:

Cuando se exigiere al patrono o patrona negociar colectivamente o se ejerciere el derecho al conflicto, la organización sindical solicitante o, en su defecto, el sujeto colectivo legitimado, deberá representar a la mayoría absoluta de los trabajadores y trabajadoras interesados. A estos fines, si el patrono o patrona u otra organización sindical interesada negare la referida representatividad, el *Inspector o Inspectora del Trabajo* competente la determinará a través del procedimiento de referéndum sindical previsto en la Sección Quinta del Capítulo III del presente Título o, cuando ello no fuere posible o resultare inconveniente, por cualquier otro mecanismo de constatación siempre que garantice imparcialidad y confidencialidad. **Parágrafo Único:** Dos o más organizaciones sindicales podrán actuar conjuntamente a los fines de obligar al patrono o patrona a negociar colectivamente o para ejercer el derecho al conflicto". (*Cursivas Añadidas por el Autor*).

Como se ha indicado inicialmente, se nota acá "la obligación" o "la exigencia" que tiene el empleador de negociar un contrato colectivo con el sindicato que posea la mayor representatividad. La doctrina es clara en este particular. Y los Principios Generales del Derecho también, cuando "se habla de Negociación." Y los términos que subyacen relacionados a ella, son los Principios de la Autonomía y la Voluntad contractual. No se puede usar el término "obligar," "exigir", ya que eso iría en contraposición al derecho individual que posee el empleador, pues estaría en detrimento de la voluntad de la persona, libremente manifestada y que ella tiene como un derecho individual reconocido por casi todas las legislaciones del mundo de decidir sin coacción alguna lo que atañe a sus intereses y negociaciones.

Peces-Barba (1980) dice "la finalidad genérica, que puede englobar a todas las categorías de los derechos fundamentales, es favorecer el desarrollo integral de la persona humana, potenciar todas las posibilidades derivadas de su condición." Pág. 119. Un Comerciante: enfoque de Derecho Mercantil; con su Patrono: Enfoque de Derecho Laboral, no ve respetada su condición humana bajo ninguna de las dos perspectivas, que puntualizan la doctrina. Desde la perspectiva liberal: a través de la creación de un ámbito de autonomía y de libertad, en este caso contractual; y en sus perspectivas democráticas, a través de la creación de cauces de participación. Dando a entender, con lo anterior, de la norma transcrita, que, sustantivamente, ni adjetivamente, el patrono -comerciante- ve respetada su libertad económica, vista desde un enfoque contractual, laboral, porque no respeta el dialogo ordenado por el Constituyente, o la LOTTT, como base axiológica de convivencia de dos derechos antagónicos como la libertad económica y el derecho de los trabajadores. No obstante, ¿Y los derechos colectivos o difusos de los consumidores o usuarios como destinatarios de la actividad comercial

de la sociedad mercantil con ayuda de los trabajadores? Son dos derechos individuales: Patrono y Trabajador, pero, vale la pena sacrificar uno u otro, para satisfacer la masa de consumidores y usuarios.

El Artículo 18.5 de los Principios Rectores indica:

Que el trabajo es un hecho social y goza de protección como proceso fundamental para alcanzar los fines del Estado, la satisfacción de las necesidades materiales morales e intelectuales del pueblo y la justa distribución de la riqueza. La interpretación y aplicación de esta Ley estará orientada por los siguientes principios: (...) 5. Cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas o en la interpretación de una determinada norma **se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora. La norma adoptada se aplicará en su integridad (...)** (*Negritas Añadidas*).

Como se ve, la Ley es clara, y estipula, la imperiosa necesidad de aplicarla siempre en favor del Trabajador: *In Dubio Operario* del Artículo 89.4 Constitucional. Y es que se entiende, el propósito de la Ley en este aspecto, velar por los Derechos de los Trabajadores, y que estos son de suma relevancia, pero sin menoscabar los Derechos que como persona tiene el Empleador, en el legítimo ejercicio de su Derecho a la Propiedad y la Libertad Económica. A veces,

En el Artículo 24 y 25 de la LOTT se transcribe la “*concepción del Trabajo como Proceso Social fundamental, para alcanzar los fines esenciales del Estado,*” tal cual crea, el dispositivo constitucional 3 en su último aparte, el cual dice “La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines.” Es curioso, y digno de notar, que dicho aparte constitucional está precedido de unas “Garantías Constitucionales,” en donde se afirma que:

El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.

Y el Artículo 2 LOTT refrenda lo que constitucionalmente se afirma:

Las normas contenidas en esta ley y las que deriven de ella, son de orden público y de aplicación imperativa, obligatoria e inmediata, priorizando la aplicación de los principios de justicia social, solidaridad, equidad y *el respeto a los derechos humanos.*” (*Cursivas por el autor*).

No obstante, hay una crítica a las normas constitucionales, y legales también. Que son vistas, tan sólo, unidimensionalmente, no desde la perspectiva tridimensional: Empresario-Patrono; Trabajador; y Consumidores

y Usuarios. No hay un enfoque sistemático. No hay puentes, a nivel de las normas, o conexiones, que permitan armonizar diferentes intereses envueltos en un mismo entorno, pues el conflicto, es principalmente enfocado, con el entorno laboral, o interno, de dicha organización empresarial; pero no, desde el enfoque jurídico-externo con el público en general. La Constitución señala limitaciones legales a la huelga como Derecho. En si, la Ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP) considera, que el Derecho Constitucional, Legal también, de los referidos Funcionarios Públicos a la Huelga, que si no se respeta, la continuidad del servicio administrativo vinculado por su Estatuto, y que debe prestarse al público, incurre en una infracción. Hay requisitos, limitaciones, entonces, a nivel de los derechos de los trabajadores también, frente al público en general. Y no sólo, de los Empresarios, como se acostumbra a ver en las declaraciones Oficiales. Los Trabajadores y Funcionarios Públicos violan también, los Derechos que algunos autores llaman prestacionales. Posiblemente, esa sea la razón para, OBLIGAR a sentar a las partes del conflicto a resolver el problema. No obstante, la libertad del patrono, implica paralelamente la libertad del trabajador. Y la libertad es un valor clave la Constitución de 1999 según el artículo 2. Y puede considerarse, que esa norma, es más importante, que cualquier otra norma jurídica, porque es una Disposición Preliminar de la Constitución.

La norma analizada es, desde cualquier ángulo o enfoque, de los derechos individuales, inconstitucional. Sin lugar a dudas, pero, habria, que ver, también el enfoque de los derechos colectivos o difusos, frente a los conflictos laborales de las características de la Huelga. Otros estudios deberán, analizar ese enfoque también.

CONCLUSIÓN

Ha sido interesante reflexionar en este Trabajo sobre lo que la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras establece en el Artículo 437 y en el Reglamento de la Ley -el artículo 115- cuando se establece en ambos articulados “la obligación o exigencia” al empleador de firmar algún acuerdo con un Sindicato.

La Ley debe ser clara, concisa, explícita, asertiva y entendible en términos regulares, cuya interpretación sea práctica, de manera que se entienda su alcance y propósito, y que su contenido a normar no sea contrario a ella misma.

Cuando se explica en Hermenéutica Jurídica ésta normativa, y se entienden los fines del Estado y el propósito de la Constitución, y de la Ley Orgánica del Trabajo vigente, se puede encontrar que el objetivo supremo del Ordenamiento Jurídico, es establecer las condiciones jurídicas para que el Hecho Social Trabajo alcance su plenitud en cuanto al precedente doctrinario más importante en materia social en Venezuela, la doctrina social de El Libertador, Simón Bolívar, el cual se resume de la mejor manera en la proposición recogida en su célebre Discurso al Congreso Constituyente de Angostura, el 15 de Febrero de 1819: “El Sistema de Gobierno más perfecto, es aquel que produce la mayor suma de felicidad posible, la mayor suma de seguridad social, y la mayor suma de estabilidad política.”

Se puede entonces afirmar, de manera categórica, que el Estado Venezolano, en su afán de proteger al Trabajo como un Hecho Social, ha velado en cuanto a sus Leyes, la idea de proveer las garantías necesarias para que el Trabajador pueda alcanzar “la mayor suma de felicidad posible y mayor suma de seguridad social.”

Cuando leemos los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por la República Bolivariana de Venezuela, específicamente, los establecidos con la OIT, adentrándose a lo que la doctrina ha afirmado en lo que respecta a los Principios Universales del Derecho, como la Autonomía Contractual y los DDHH, vigentes, en el sistema jurídico internacional, no se puede percatar que el Ordenamiento Jurídico, no puede estar al margen de dichos postulados universales.

Ahora bien, el espíritu del Legislador ha sido proteger al Trabajador. Y por ello, el Artículo 437 LOTTT establece la condición de “débil jurídico” al Trabajador, porque considera al Empleador como el ente “capaz de explotar” a sus empleados, emitiendo normas que “obliguen” al Empleador a controlar sus actuaciones en pro de los trabajadores.

Es por ello, que los mencionados artículos “establecen una obligación, una exigencia,” que no es más, que firmar un Acuerdo con el Sindicato, que obtenga la mayor representatividad en la Empresa. A mi parecer, y aplicando los principios de la hermenéutica jurídica, noto, que la LOTTT, lo que ha querido, es que el Empleador se vea “obligado, exigido” de firmar dicho acuerdo con el sindicato de mayor representatividad, no la de llegar al acuerdo en sí, pero como bien se analizó, los principios jurídicos de autonomía y de Convenios Colectivos de la OIT, estipulan todo lo contrario. Haciendo al artículo 437 LOTTT, en inconstitucional.

Se recomienda, que el Legislador modifique de manera técnica, la redacción de ese artículo, y que en su enunciado sea eliminado el término de “obligar, exigir,” e incluir en dicho postulado un término acorde con los principios ya expuestos, para que no haya contradicción entre el propósito, y el alcance legislativo de ésta norma. Dicho esto, si la norma cuestionada estuviese redactada de la siguiente manera, no tendría sentido lo hasta aquí presentado:

Artículo 437 LOTTT: La organización sindical de mayor representatividad entre los trabajadores y las trabajadoras bajo la dependencia del patrono o patrona y que tenga la junta directiva dentro de su período estatutario, es la legitimada a negociar y celebrar una convención colectiva de trabajo, o a negociar y acordar un pliego de peticiones de carácter conciliatorio o conflictivo con el patrón o patrona. **Artículo 115 RLOT:** Cuando se solicite al patrono o patrona negociar colectivamente o se ejerciere el derecho al conflicto, la organización sindical solicitante o, en su defecto, el sujeto colectivo legitimado, deberá representar a la mayoría absoluta de los trabajadores y trabajadoras interesados. (...).”
(*Cursiva por el Autor*).

No cabe duda, que de esta forma, el contenido de la norma no ha variado, pues se mantiene vivo su espíritu, su razón de ser. Que el Hecho Social Trabajo no ha sido vulnerado, y que lo más importante, la norma es cónsona con el ordenamiento existente, con los principios jurídicos de la autonomía de la voluntad contractual y los principios generales del derecho, aparte de que cumple con los requerimientos establecidos por la OIT.

REFERENCIAS

Agüero, E. (1991) “*La Convención Colectiva en la Ley Orgánica del Trabajo. Derecho del Trabajo,*” En XVII Jornadas J.M. Domínguez Escobar. Homenaje a la Memoria de Anselmo Riera Zubillaga. Talleres Diario de Tribunales. Barquisimeto, Venezuela.

Alegría, M. (2005) “*Derecho Colectivo del Trabajo: Sindicatos, Conflictos, Negociación y Seguridad Social,*” en Libros del Nacional. Colección Minerva. Caracas, Venezuela.

Anchondo, P. (2012) “*Métodos de Interpretación Jurídica*” (PDF). Quid Iuris 16: 41-58. ISSN 1870-5707. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/article/viewFile/17406/15614>.

Ayala, C. (1994) “El Derecho de los Derechos Humanos.” En *Lecturas Constitucionales Andinas*. Comisión Andina de Juristas. Lima, Perú.

Biscarreti Di Ruffia, P. (1955) “*Diritto Costituzionale.*” Nápoles, Italia.
Cabanella, G. (1993) “El Diccionario Jurídico Elemental.” Editorial Hellasta. Buenos Aires, Argentina.

Caldera, R. (1961) “*Derecho del Trabajo.*” Segunda Edición. Editorial El Ateneo. Caracas, Venezuela.

Caldera, M. (1991) “*La Administración de los Contratos Colectivos.*” Vadell Hermanos Editores. Caracas, Venezuela.

Cassarino, F. (1956) “*Le Situazioni Giuridiche e L'oggetto della Giurisdizione Amministrativa.*” Milán, Italia.

Carnelutti, F. (1936) “*Teoría del Reglamento Colectivo del Raporti di Lavoro.*” Cedam, Padova.

Colosi, T.-Berkely, A. (1981) “*Negociación Colectiva: El Arte de Conciliar Conflictos.*” Primera Edición. Editorial Limusa. México D.F., México.

Correa, J.-Navarrete, M. (1997) “*Técnicas y Métodos de Negociación.*” Ediciones Linka. México D.F., México.

Delgado, T. (2003) “*El Derecho de los Contratos. Tomo I.*” Editorial Felix Varela. La Habana, Cuba.

Ferri, L. (1969) “*La Autonomía Privada en el Aspecto Formal.*” Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España.

Hart, H. L. A. (1961) *"The Concept of Law."* Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires Argentina.

Hernández F-Guerra C. (2012) *"El Principio de Autonomía de la Voluntad Contractual Civil. Límites y Limitaciones."* Revista Científica Rejie 2012, issue 6. México, D.F., México.

Monsalve, T. (1988) *"Estrategias y Técnicas de Negociación."* Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. Caracas, Venezuela.

Nierenberg, G. (1981) *"The Art of Negotiating."* Business & Economics. Connerstone Library. New York, U.S.A.

Peces-Barba, G. (1980) *"Los Derechos Fundamentales."* Biblioteca Universitaria Guadiana. Segunda Edición. Madrid, España.

Peña, J. (2008) *"Lecciones de Derecho Constitucional General. Volumen I. Tomo II."* UCV. Caracas, Venezuela.

Pergolesi, A. (1955) *"Diritto Costituzionale."* Padua, Italia.

Trabuchi, B. (1959) *"Istituzioni di Diritto Civile."* Padua, Italia.

Viñuela, A. (2016) *"Liderar Desde el Corazón: La Guía Definitiva Sobre el Liderazgo Emocional que le ayudará a Fortalecer sus Competencias de Líder Gestionando el Corazón de sus Personas."* Bebookness.

Virga, F. (1955) *"Diritto Costituzionale."* Palermo, Italia.

OIT Convenio 91 sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación en los Contratos Colectivos. 1951.

OIT Convenio 98 sobre el Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva, 1949.

OIT Convenio 154 sobre Negociación Colectiva. 1981. Párrafo 3, Págs. 856 y 857.

OIT (1996) "La Libertad Sindical. Recopilación de Decisiones y Principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración." Cuarta Edición. Ginebra, Suiza.

OIT (1951) "Recomendación Sobre los Contratos Colectivos" (Núm. 91). Convenio Sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación.

Villasmil, H. (1995) *"Apuntamientos de Derecho Colectivo del Trabajo: Negociaciones y Conflictos."* Paredes Editores. Caracas, Venezuela.

Sentencia N° 488 de Corte de Apelaciones de Aragua, de 19 de Octubre de 2010.

Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario. Reimpresión por Error Material del 20 Marzo de 2000. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del Año de 1999.

Gaceta Oficial N° 6.076 Extraordinaria del 07 Mayo de 2012. Ley Orgánica del Trabajo, de las Trabajadoras y Trabajadores.

Gaceta Oficial N° 38.426 Extraordinaria del 28 de Abril de 2006. Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.

Recuperado <http://www.businessdictionary.com/definition/negotiation.html>

RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS DE OBRA EN EL ÁMBITO DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

ADMINISTRATIVE CONTRACT'S TERMINATION POWERS IN PUBLIC
CONTRACT LAW

Luis Eduardo García Vielma⁽¹⁾

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2019.01.01.03>

Recepción: 07 de Noviembre de 2017 Aceptación: 19 de Diciembre de 2017



54

RESUMEN

El artículo tiene como propósito fortalecer los procedimientos que debe implementar la Administración Pública para hacer efectiva la rescisión de contratos de obras en materia de contrataciones públicas frente al delicado sistema de garantías de un Estado de Derecho, así como el procedimiento técnico de notificación del Contratista afectado por la rescisión unilateral del órgano o ente público, esto es, aplicando criterios jurídicos que permitan a la Administración rescindir objetivamente el contrato de obras públicas, cuando se presenten los elementos que dejen en completa evidencia, que el Contratista incurrió en algunos de los supuestos generadores de rescisión que establece la Ley de Contrataciones Públicas y su Reglamento General, sin que lo anteriormente enunciado constituya, una violación de los legítimos derechos subjetivos de los Contratistas.

Palabras Clave: *Contratación Pública, Contrato Administrativo, Rescisión Contractual, Notificación, Debido Proceso.*

ABSTRACT

The purpose of the article is to strengthen the procedures that the Public Administration must implement to enforce the termination of works contracts in the field of public procurement against the delicate system of guarantees of a Rule of Law, as well as the technical notification procedure of the affected Contractor. by the unilateral rescission of the public body or entity, that is, by applying legal criteria that allow the Administration to objectively cancel the public works contract, when the elements are presented that leave in complete evidence, that the Contractor incurred in some of the alleged generators of rescission established by the Law on Public Procurement and its General Regulations, without the aforementioned constituting a violation of the legitimate subjective rights of Contractors.

Keywords: *Public Contracts, Administrative Contract, Contract Termination, Notification, Due Process.*

(1) Abogado Egresado de la Universidad de Los Andes (ULA). Abogado del Servicio Nacional de Contrataciones - Mérida. Aspirante al Título de Especialista en Derecho Administrativo con CIEPROL-ULA. lgarciaw1983@gmail.com

INTRODUCCIÓN:

El mundo de las contrataciones públicas en Venezuela se encuentra regulado por el Decreto con Rango, Fuerza y Efecto de Ley de las Contrataciones Públicas publicada en Gaceta Oficial N° 6.159 de Fecha 19 de Noviembre de 2014, y el Reglamento General de la Ley de Contrataciones Públicas publicada en Gaceta Oficial N° 39.181 de Fecha 19 de Mayo de 2009. Dichos actos normativos poseen la característica regulativa de enmarcar su ámbito de aplicación en los Contratos de Obras Públicas, los Contratos Suministros de Bienes y los Contratos de Prestación de Servicios, con lo cual, podría concluirse, que tales actos de tipo normativo posee una concepción sumamente reduccionista de aquello por lo cual debe entenderse una Contratación Pública, puesto que no incorpora a los demás tipos de contratos que puede celebrar el Estado. Únicamente, esos tres tipos contractuales estatales.

En este sentido, los funcionarios públicos encargados de la aplicación de la Ley, deben constatar que la técnica contractual a emplear por los órganos y entes públicos, sean aquellas que aparecen tipificadas en el artículo 1 de la Ley de Contrataciones Públicas, a los fines de iniciar el procedimiento administrativo de primer grado de selección del contratista correspondiente, que, en tales casos, pudiera ser el Concurso Abierto, el Concurso Cerrado, la Adjudicación Directa, la Consulta de Precios, las Contrataciones Públicas Electrónicas, o, cualquier otra modalidad especificada en Leyes Administrativas Especiales, de acuerdo a los parámetros técnicos que dichas Leyes especifican.

Ahora bien, es importante resaltar, que en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas existen dos fases claramente diferenciadas. La primera relacionada con el procedimiento administrativo de selección del contratista. Y la segunda, relacionada con la concretización del contrato administrativo por parte del Contratista en cualquiera de las maneras tipificadas por la Legislación. De este modo, la responsabilidad de la ejecución del Contrato Administrativo de Ejecución de Obras recae en el Contratista, quien tiene que cumplir, no sólo con las estipulaciones contractuales acordadas, sino con las Condiciones de Contratación, la Legislación Administrativa y demás instrumentos conexos con la Construcción de la Obra. De lo contrario, el órgano o ente público responsable de supervisar el cumplimiento de las obligaciones del Contratista podrá dar por terminado el Contrato suscrito entre el Estado y el contratista.

La Legislación Contractual en materia administrativa establece que toda la relación jurídica-contractual con el Estado en cualquiera de sus formas puede terminar debido a: a) Cumplimiento del Objeto Contractual; b) Rescisión Unilateral por Causa No Imputable al Contratista; c) la Resolución por Mutuo Acuerdo; d) Por Rescisión Unilateral por Causa Imputable al Contratista.

En este sentido, la Rescisión Contractual del Contrato de Construcción de Obras se circunscribirá a aquellas causas imputables exclusivamente al Contratista. Y debe deducirse que, la Rescisión Contractual es, solo una de las formas en que puede darse por terminado la relación jurídica-contractual entre el Estado y el Contratista. Sin embargo, ésta es la forma más compleja,

porque la Rescisión Contractual exhorta de un procedimiento administrativo previo que determine la responsabilidad del Contratista, aunque respetando sus garantías de carácter adjetivo correspondiente, porque en todo esto late un régimen jurídico de carácter sancionatorio, que supone una inobservancia de las obligaciones contractuales y legales del contratista, sin olvidar las sanciones respectivas del Servicio Nacional de Contratistas, y la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento suscrita por el Contratista con el Estado en caso de incumplimiento.

DESARROLLO

1.- Generalidades:

En todo Contrato Administrativo, los órganos o entes públicos contratantes gozan de una serie de prerrogativas o potestades administrativas que le aseguran la posibilidad de conducir unilateralmente la vigencia del Contrato. Así, el ente público se encuentra facultado para: a) Inspeccionar con la finalidad controlar la gestión del Contratista; b) Interpretar unilateralmente las cláusulas contractuales; c) Modificar unilateralmente las características de las obras y servicios contratados; d) Sancionar al contratista por el incumplimiento de sus obligaciones; e) Extinguir unilateralmente el contrato.

Las mencionadas prerrogativas públicas poseen carácter virtual, pues éstas son la esencia misma del Contrato Administrativo. De modo, que ellas existen incluso cuando no se encuentren expresamente previstas en la letra contractual. Es más, como ha sostenido la Sala Político-Administrativa de la CSJ, “éstos privilegios son poderes que detenta la Administración como consecuencia del principio de autotutela administrativa. De allí, que no puedan ser relajados o renunciados por la Administración Pública.”⁽²⁾ Y de hecho, los contratistas ni siquiera pueden oponer a la Administración Contratante la *Exceptio Non Adimpletis Contractus*⁽³⁾, porque la cláusula otorga el derecho que en todo caso asiste a la Administración Pública de pedir judicialmente, si así lo creyere firmemente, la Resolución del Contrato en caso de incumplimiento por parte del contratista, pues junto a ese derecho, queda siempre incólume la facultad de la Administración Pública según lo anteriormente expresado, de rescindir unilateralmente el contrato administrativo sin incurrir en violación de éste, ni exponerse a ilegalidad en el acto administrativo que dicte la ejecución.⁽⁴⁾

En definitiva, el contenido de la potestad administrativa estatal se reduce según Brewer-Carías (2013) a “la facultad de rescindir unilateralmente el contrato administrativo como consecuencia inmediata del carácter de subordinación de la relación jurídica que crea el contrato como resultado del fin perseguido.” Pág. 214. Pero también explica la Doctrina de la Contraloría General de la República que:

Es una de las características más originales de la teoría de los contratos administrativos, ya que ésta contradice de una manera radical todos los principios fundamentales del Derecho Privado en materia contractual. Por otra parte, la facultad es tan inherente al contrato llamado administrativo, que la Administración no podría renunciar a ella ni enajenarla. Pág. 235.

(2) Sentencia del 06 de Agosto de 1998 de la Sala Político-Administrativa de Corte Suprema de Justicia. Caso Consorcio Aeropuertos del Zulia C.A.

(3) Sentencia del 12 de Noviembre de 1954 de la Corte Federal Y de Casación de Venezuela.

(4) Doctrina de la Procuraduría General de la República (1981), Caracas, Venezuela. Págs. 47-51.

Y es, según un sector de la Doctrina Institucional Venezolana, “una facultad estatal de rescindir unilateralmente el contrato administrativo, que puede utilizar la Administración Pública, haya falta o no del contratante.” Pág. 627⁽⁵⁾. Pero también es, en palabras de Rodríguez (2008) como “un supuesto de sanción, de reacción correctiva de la Administración Pública contratante, siempre amparada en la protección del interés colectivo o general, entendido como un interés prevalente o privilegiado....” Pág. 134.⁽⁶⁾

En resumidas cuentas, Rodríguez (1991) dice: Son en general, excepciones frente al mal principio de igualdad de las partes, bien en una relación contractual de derecho público o de derecho privado, o en una elación jurídico-administrativa. Sitúan al órgano o ente que la disfrutan en una situación de supremacía frente al otro sujeto de derecho. Y, esa situación de supremacía puede estar definida, en consideración de dos supuestos. Uno, en lo que se refiere a la posibilidad que tiene la persona con prerrogativas de poder, de condicionar el derecho de la otra parte, condicionar su derecho subjetivo, sin acudir a la vía judicial, o inclusive a la actuación y su libre arbitrio. Y la otra, por cuanto las prerrogativas constituyen al mismo tiempo, un fundamento para actuar vinculado al interés público como medio permisivo y habilitador.

Es el estudio de esa potestad administrativa de carácter exorbitante, la que será objeto de disertación con la presente investigación.

Y es, según un sector de la Doctrina Institucional Venezolana, “una facultad estatal de rescindir unilateralmente el contrato administrativo, que puede utilizar la Administración Pública, haya falta o no del contratante.” Pág. 627. Pero también es, en palabras de Rodríguez (2008) como “un supuesto de sanción, de reacción correctiva de la Administración Pública contratante, siempre amparada en la protección del interés colectivo o general, entendido como un interés prevalente o privilegiado....” Pág. 134.

En resumidas cuentas, Rodríguez (1991) dice: Son en general, excepciones frente al mal principio de igualdad de las partes, bien en una relación contractual de derecho público o de derecho privado, o en una elación jurídico-administrativa. Sitúan al órgano o ente que la disfrutan en una situación de supremacía frente al otro sujeto de derecho. Y, esa situación de supremacía puede estar definida, en consideración de dos supuestos. Uno, en lo que se refiere a la posibilidad que tiene la persona con prerrogativas de poder, de condicionar el derecho de la otra parte, condicionar su derecho subjetivo, sin acudir a la vía judicial, o inclusive a la actuación y su libre arbitrio. Y la otra, por cuanto las prerrogativas constituyen al mismo tiempo, un fundamento para actuar vinculado al interés público como medio permisivo y habilitador. Es el estudio de esa potestad administrativa de carácter exorbitante, la que será objeto de disertación con la presente investigación.⁽⁷⁾

(5) Doctrina del Ministerio de Justicia en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (1930-1974) de Brewer-Carías.

(6) Rodríguez García, A. (2008) La Ejecución de los Contratos Administrativos en El Derecho Administrativo Venezolano en los Umbrales del Siglo XXI. Libro Homenaje Al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez. Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Monteavila Caracas, Venezuela.

(7) Rodríguez García, A. (1991) Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos. Fundación Procuraduría General de la República. Caracas, Venezuela. Pág. 87-88.

2_. Los Contratos Administrativos en Venezuela:

Es importante ubicar a los Contratos Administrativos como una forma de exteriorización del ejercicio de una innegable potestad administrativa del Estado Venezolano, ya que éstos se hallan enmarcados en el régimen constitucional-legal de todas las funciones ejecutivas que posee el Estado en cualquiera de sus formas: La República, Los Estados Y Municipios. El Contrato Administrativo de Ejecución de Obras es un acto jurídico estatal ejercitado con la finalidad de concretizar un cometido estatal muy particular del Estado Venezolano que viene apoyado de un fuerte entramado de contenidos de tipo regulador, desde la Constitución misma. Es, según Araujo (2007) “una de las técnicas de colaboración con la Administración Pública, en materia de obras, bienes y servicios.” Pág. 586.

Sin embargo, aunque lo anteriormente mencionado es cierto, no es suficiente para afirmar que los Contratos administrativos de cualquier tipo poseen un fuerte basamento de tipo legislativo con la finalidad de aseverar el completo ajustamiento de los órganos o entes públicos al Bloque de la Legalidad en un sentido amplio. No todo el Derecho Estatal de las Contrataciones Públicas se encuentra recogido en un instrumento normativo de tipo escrito, que de manera sistemática regule en una visión unitaria, tanto de manera sustantiva como de manera adjetiva la dinámica contractual del Estado con los Contratistas.

En este sentido, el Derecho de las Contrataciones Públicas como sub-rama experta del Derecho Administrativo tiene un fuerte aditivo de tipo jurisprudencial, que emana de las máximas autoridades judiciales. De hecho, doctrinariamente, y de manera muy inconsciente, todavía se discute si la Ley Civil, o Mercantil puede considerarse como una parte de la Legalidad Administrativa.

El Código Civil Venezolano⁽⁸⁾ a través del artículo 1.133 expone que: “El Contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico.” Transmitiendo que naturalmente que la principal fuente de las obligaciones es el acuerdo entre las partes intervinientes, pero entendiendo, con natural detalle, que existen ciertos contratos que por su especial objeto, o fin, y siempre de acuerdo con la Ley, que pueden estar subordinados a la legislación existente, debido a la existencia de intereses superiores que son de estricto orden público, pese a la existencia de dos partes que son reguladas básicamente por el Derecho Privado.⁽⁹⁾

En el universo del Derecho Público, especialmente en el mundo de las Contrataciones Públicas, no se discute posibilidad jurídica alguna de que el Estado en cualquiera de sus formas pueda asociarse mediante la técnica contractual para materializar ciertos objetivos estratégicos que se encuentran relacionados con la buena gestión administrativa de los intereses generales. Tampoco se discute que el acuerdo entre el Estado y el Contratista tenga corte o carácter vinculante entre los involucrados. Pero si, que el simple acuerdo entre éstos dos sujetos de derecho sea suficiente para regular acabadamente

(8) Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial N° 2990 del 26 de Julio de 1982.

(9) Maduro Luyando, Eloy (2006) Curso de Obligaciones. Derecho Civil III. Tomo II. Caracas, Venezuela. Págs. 809-811.

la relación jurídico-contractual. Es necesaria también, la legislación, y otras, y variadas reglamentaciones administrativas ante la inmanente naturaleza estatal de una de las dos partes en la relación contractual: el Estado. Ya que el autor Araujo sostiene (2007) que “El contrato es el resultado del encuentro de la voluntad administrativa con la voluntad del contratista, el vínculo contractual nace sólo cuando se enlazan tales voluntades, por el procedimiento administrativo legal previsto al efecto.” Pág. 611.

Pero también, el Estado persiguiendo ciertos objetivos pudiere, legalmente, escoger entre una cierta técnica contractual y otra para concretizar un determinado objeto estratégico del Estado. Aquí, entra la clásica distinción dicotómica de las técnicas contractuales que puede utilizar el Estado: Contratos de Derecho Privado y Contratos de Derecho Público, de donde surgen las características o elementos que deben contener los contratos administrativos, y que se indican a continuación:

Se pueden mencionar dentro del índice rasgos o caracteres propios de los contratos administrativos (los cuales deben ser examinados en cada caso a fin de concluir si se está en presencia de un contrato de ésta naturaleza) fundamentalmente los siguientes: a) que la actividad desarrollada sea trascendental para la prestación de un servicio público; b) que una de las partes sea la Administración Pública Nacional, Estatal o Municipal, bien ésta sea descentralizada funcional, o territorialmente; que la actividad contratada sea de tal forma inherente o conexas con la actividad pública o de servicio público, que sin aquélla no podría llevarse a cabo ésta última; y d) Que el Contrato suponga un subsidio evidente a favor del beneficiario del servicio, y a cargo de una de las partes contratantes.⁽¹⁰⁾

De igual modo, el Tribunal Supremo de Justicia⁽¹¹⁾ expone las características del Contrato Administrativo de la siguiente forma:

La reiterada jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa, (...) ha señalado como rasgos esenciales de los Contratos administrativos: 1) Que una de las partes en el Contrato sea un Ente Público, 2) La presencia en el Contrato de las llamadas Clausulas Exorbitantes; y 3) La Finalidad y Utilidad de Servicio Público o de Intereses Público en el Contrato.

Ahora bien, visto los elementos que conforman el contrato administrativo, y que adopta la legislación administrativa, se pudiera determinar que todos los contratos administrativos se someten a los Tribunales Superiores de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa encabezada por la Sala Político-Administrativa, mientras que todos los Contratos de Derecho Privado serán conocidos por los Tribunales Ordinarios. Así lo sostiene la propia doctrina venezolana encabezada por la autora Tavares (2003) “Al

(10) Sentencia N° 2.743 de la Sala Político-Administrativa del TSJ de Fecha 20 de Noviembre de 2011.

(11) Sentencia N° 1.452 de la Sala Político-Administrativa del TSJ de Fecha 12 de Julio de 2001.

respecto, se observa, que tanto en el contrato administrativo como en el contrato de la Administración Pública, la jurisprudencia venezolana exige en ellos como requisito sine qua non, la presencia ineludible de la Administración Pública en sentido restringido.” Pág. 22.

Este criterio de dualidad jurídica en el criterio distintivo, y también de jurisdicción para los contratos celebrados por el Estado, es tomada del nacimiento del Derecho Administrativo Francés, donde se separó a la Administración Pública de la Justicia Ordinaria, sólo por motivos políticos, ya que los revolucionarios franceses no confiaban en los Jueces Civiles. Por lo tanto, si la Administración se excluía de la Justicia Ordinaria ésta también debía excluirse del Derecho Común.⁽¹²⁾

Todo según con el Arrêt Terrier del Consejo de Estado Francés del 06 de Febrero de 1903, bajo la influencia de Gastón Jèze, quien lideraba a la Escuela de Bordeaux.

Así, la doctrina mayoritaria de origen francés se inclina por la existencia de los Contratos Administrativos, bien sea cuando el Contrato tenga por objeto la ejecución de un servicio público, o cuando éste posea cláusulas exorbitantes del Derecho Común, que no son más que prerrogativas a favor de la Administración, que de estar insertas en un contrato de Derecho Común serían nulas. Hoy impera el criterio del servicio público sobre la noción de las cláusulas exorbitantes.⁽¹³⁾

Durante largo tiempo, se razonó que existía Contrato administrativo cuando estaban presentes las Cláusulas Exorbitantes. Sin embargo esa postura fue luego abandonada, ya que las Cláusulas Exorbitantes pueden no estar inscritas en el Contrato, y entonces, de igual forma puede la Administración Pública invocarlas, e incluso ejecutarlas. Por lo que dichas Cláusulas son una secuela natural del objeto del contrato administrativo, que responden a los poderes administrativos del Estado como gestora del interés general. Las Cláusulas Exorbitantes no son pues, verdaderas cláusulas contractuales.⁽¹⁴⁾

3.- Las Partes en el Contrato Administrativo.

El Contratante y el Contratista son un elemento esencial en la configuración del Contrato Administrativo (Adquisición de Bienes, Prestación de Servicios, y la Construcción de Obras).

De conformidad con el artículo 6 de la Ley de Contrataciones Públicas, el Contratante *“es el sujeto contemplado en el ámbito de aplicación del presente Decreto-Ley que ejecuta los procesos previstos para la selección, administración, inspección y ejecución de los Contratos tipificados en la presente Ley.”* Según el mismísimo artículo 6, el Contratista *“es el sujeto contemplado en el ámbito de aplicación del presente Decreto-Ley en calidad de una persona natural o jurídica, independientemente de su forma organizativa para la ejecución de una obra, suministrar un bien o prestar un servicio para algunos de los sujetos contratantes previstos en la Ley mediante un Contrato, sin que medie relación*

(12) Hernández González, J.I. (2004) Contratos de la Administración Y Contencioso Administrativo en el Libro Los Contratos Administrativos: Los Contratos del Estado, en las VIII Jornadas Internacionales en Honor a Brewer-Carías. FUNEDA. Caracas, Venezuela. Pág. 464.

(13) Badell Madrid, Rafael (2001) Régimen Jurídico del Contrato Administrativo. Editorial Jurídica Venezolana Caracas, Venezuela. Pág. 14.

(14) García De Enterría, E.,-Fernández, T.R. (2004) Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Thompson Civitas. Madrid, España. Pág. 682.

En este sentido, el Contratante y el Contratista son las partes dentro de la relación jurídico-administrativa. En cuanto al Contratista puede decirse, que la Ley se encarga de regular civil, y administrativamente, la capacidad jurídica que requieren los contratistas como operadores económicos que son, para que todos éstos puedan inscribirse en el procedimiento de selección de contratistas a los fines de aspirar a suscribir un contrato administrativo.

La doctrina suele de una manera sosa describir una triple vertiente de los requisitos necesarios para inscribirse en un procedimiento administrativo de ese talante: 1) La Regulación Legal Civil-Mercantil relacionada con la capacidad de obrar; 2) La Regulación Legal Administrativa relacionada con la habilitación para contratar; y 3) La Regulación Legal Económico-Financiera referida con la aptitud para contratar.

De este modo, la legislación civil-mercantil y jurídico-administrativa (de las contrataciones públicas) establecen las normativas necesarias para condicionar la capacidad para contratar con el Estado vía un contrato administrativo. Y aunque la regla general es celebrar a un contrato administrativo con un Empresario único, el Bloque Normativo de las Contrataciones Públicas Venezolano cede implícitamente la posibilidad contratar con uniones de empresarios que se formen temporalmente al efecto, lo cual no significará una fusión, o, una persona jurídica independiente, porque todas éstas responderán solidariamente frente al Estado-Administración, y que se materializa con el requisito de la calificación jurídica del comerciante. En cuanto al segundo punto que queda circunscrito a no quedar incurso en las prohibiciones para contratar, cabe decir, que la legislación Venezolana queda un poco atrás frente a otras naciones. El Derecho Comparado expresa muy bien las circunstancias de falta de honorabilidad por estar incurso en delitos que acarrear penas privativas de libertad; la imposición de determinadas sanciones de carácter administrativo por causa de infracciones al orden económico, profesional, laboral, social, salud, o en materia de subvenciones, y que se materializa con el requisito de la calificación moral del comerciante. En cuanto al tercer punto que queda circunscrito al requisito de la solvencia económico-financiera del empresario, o conjunto de empresarios privados, y que se materializa a través del requisito de la calificación financiera del comerciante.

El incumplimiento de los tres anteriores requisitos de carácter subjetivo por parte de los comerciantes, trae consigo la nulidad del acto administrativo de la adjudicación de la buena pro. Sin olvidar, que habiéndose suscrito el Contrato, si el órgano o ente contratante descubriera tardíamente el incumplimiento de ese vital requisito, éste podrá rescindir el contrato administrativo con el Contratista; que según Araujo (2007) "...es una potestad para rescindir unilateralmente el contrato administrativo a título de sanción, es decir, juzgando la falta de grave o incumplimiento del particular que con ella suscribiera." Pág. 595, y, que de igual forma, la misma jurisprudencia Venezolana reconoce, desde hace mucho tiempo, con la antigua Corte Federal a través de la Sentencia del 12 de Noviembre de 1954.

De hecho, Santamaría (2002) expone muy bien lo siguiente:

Los Contratos Administrativos pueden extinguirse también, al igual que los actos, cuando concurra en ellos alguna infracción del ordenamiento jurídico. Ésta infracción puede afectar a) bien a alguno de los actos

administrativos previos mediante los que el contrato nace a la vida (actos preparatorios, procedimiento de licitación o adjudicación), b) bien a alguna de las cláusulas materiales del contrato que definen los derechos y obligaciones de las partes. Pág. 236.

4. La Rescisión Contractual en el Contrato Administrativo.

En el ámbito de las contrataciones públicas, es importante resaltar que la Rescisión del Contrato de Obras es una forma de terminación anticipada del contrato;⁽¹⁵⁾ y que en palabras de Santamaría (2002) “es una potestad, pues, que se suma a la larga lista de las prerrogativas exorbitantes que la Administración ostenta en el marco de la contratación administrativa.” Pág. 238.

Sin embargo, es también, una de las formas más complejas de terminación de la relación contractual, porque el Estado-Administración debe sustanciar un procedimiento administrativo previo que permita al Contratista defenderse de las responsabilidades que intentan imputársele. Y, que debe nacer, con un acto de apertura procedimental⁽¹⁶⁾ hacia el contratista supuestamente responsable de unas infracciones legales; donde además se le respeten todos los lapsos procedimentales mandados por el sistema jurídico para ejercer efectivamente el debido proceso administrativo contractual de sus legítimos derechos,⁽¹⁷⁾ sin olvidar los respectivos lapsos legales establecidos supletoriamente vía artículo 48 de la Ley Orgánica del Procedimientos Administrativos para los procedimientos sancionatorios contra los Contratistas ante la omisión legislativa de la Ley de Contrataciones Públicas⁽¹⁸⁾ para que promuevan los alegatos y medios probatorios correspondientes para excusarse de la imputación de responsabilidades en su contra.

De tal modo, que el órgano o ente público contratante deberá reverenciar los derechos y garantías de los contratistas, primero, a los fines de que la resolución contractual no sea considerada a los efectos del sistema jurídico venezolano como una especie de vía de hecho, porque toda decisión administrativa sancionatoria contra un presunto infractor, debe hallarse fundamentada en un acto previo, que sea igual, el producto de un procedimiento administrativo previo, y que respete la esencialidad garantística del mismo.

En este orden de ideas, la decisión administrativa definitiva del órgano o ente contratante, deberá adecuarse a los hechos y al derecho, con lo cual, además, será notificado al contratista.⁽¹⁹⁾ La notificación, legalmente, deberá, contar con los requisitos establecidos en la Ley, a los fines de que la decisión administrativa surta los efectos jurídicos esperados por el ordenamiento jurídico.⁽²⁰⁾

Quedando jurídicamente evidenciado, que resulta importante dentro de un Estado de Derecho, que los órganos y entes contratantes se encuentren sometidos a la Constitución y a la legislación administrativa correspondientes, incluso a los efectos de dar por terminada una relación jurídico-contractual con el Estado, aún si la Ley de Contrataciones Públicas

(15) Cfr. Artículo 145 de la Ley de Contrataciones Públicas de Venezuela.

(16) Cfr. Artículo 48 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

(17) Cfr. Artículos 44 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

(18) Cfr. Artículo 146 de la Ley Orgánica Procedimientos Administrativos de Venezuela.

(19) Cfr. Artículo 73 de la Ley Orgánica Procedimientos Administrativos de Venezuela.

(20) Cfr. Artículo 74 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela.

no establece manifiestamente la posibilidad de aperturar un procedimiento administrativo previo para declarar la responsabilidad del contratista presuntamente responsable por incumplir con sus obligaciones contractuales y, también sus obligaciones legales.⁽²¹⁾

Pero además, Lares (2001) expone que “Ejercido por la Administración éste poder extraordinario, el contratista tiene el Derecho de reclamar de aquélla, la indemnización pecuniaria por los daños y perjuicios provenientes de la decisión tomada.” Pág. 296.

El Tribunal Supremo de Justicia ha declarado a través de la Sala Político-Administrativa lo siguiente:

Sobre éste punto, reitera la Sala que la Administración Pública tiene la facultad de resolver unilateralmente los contratos administrativos en los que sea parte, por distintas razones de legalidad, cuando se han satisfecho los requisitos de legalidad, validez y legitimidad de sus actuaciones; de interés general o colectivo; y, a título de sanción, en caso de falta grave o incumplimiento del Contratista. Ciertamente, en éste último supuesto no puede la Administración Pública, prescindir de un procedimiento administrativo contradictorio que asegure a los Contratistas sus derechos y garantías. En consecuencia, frente a la potestad de rescisión unilateral del contrato, el sistema jurídico erige la garantía del debido proceso y a la defensa del contratista que sea afectado por la decisión que adoptare en ese caso.⁽²²⁾

En efecto, el Tribunal Supremo de Justicia considera que el debido proceso de los Contratistas debe respetarse en cualquier estado y grado del procedimiento administrativo, porque:

(...) a pesar de mediar un incumplimiento contractual (...) necesariamente, el Estado-Administración Pública frente a ese incumplimiento contractual debe, por ejemplo, ante una falta de pago, falta de constitución de fianzas exigidas, la falta de rendición de cuentas, etc, tiene la potestad administrativa estatal de rescindir unilateralmente el contrato, pero venerando los derechos subjetivos, y los intereses colectivos y difusos de los concesionarios, toda vez que el acto por medio del cual se rescinde el contrato o concesión, es un acto administrativo formal, que debe estar precedido por un procedimiento administrativo que garantice el derecho al debido proceso y la defensa del contratista, aún cuando ese procedimiento sea expedito, como sería el procedimiento administrativo sumario de la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativos. (...) Durante la vigencia de la Constitución de 1961, la Jurisprudencia había aceptado de modo reiterado y pacífico, la protección del debido proceso administrativo

(21) Canónico Sarabia, A. (2014) La Rescisión del Contrato Administrativo. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela. Pág. 486-489.

(22) Sentencia N° 60 de a Sala Político-Administrativa del TSJ en Fecha 06 de Febrero de 2001.

como correlativo al derecho a la defensa en el contexto del procedimiento administrativo, no limitándolo en consecuencia a los procedimientos desarrollados puramente en sede judicial (...). La protección del debido proceso, ha quedado expresamente garantizado en el artículo 49 del Texto Constitucional de 1999, cuando dice que el debido proceso aplicará a cualquier tipo de actuación administrativa o judicial. Éste importante reconocimiento de la novísima Constitución de 1999 implica el debido respeto de los derechos de los administrados, que se ven afectados por un procedimiento sancionador abierto en su contra, de conocer de dicho procedimiento, lo cual conlleva a ser válidamente a participar en él, es decir, que sea notificado, y de conocer de la causa del mismo (...) pero el derecho de los administrados no se agota con el conocimiento del inicio del procedimiento administrativo, además de ello, debe la Administración garantizarle el acceso a las Actas que forman el expediente que ha de ser abierto por la ésta. En ese orden de ideas, la Administración debe respetar el derecho de ser oído del administrado, quien tiene el derecho de estar presente en el procedimiento abierto en su contra con la finalidad de que pueda probar, y controlar las pruebas aportadas por el proceso...⁽²³⁾

En términos similares se pronunciaría la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo con el Caso FONTUR. La Corte indicaría que:

(...) FONTUR ordenó un procedimiento administrativo sumario, luego de la rescisión unilateral del contrato, notificado mediante un Oficio N° 3486/01 de Fecha 29 de Junio de 2001. En tal sentido, estimó que dicho procedimiento se inició en segundo grado, por lo cual el acto administrativo rescisorio fue dictado con prescindencia del procedimiento administrativo de primer grado necesario para la formación del acto administrativo de rescisión del contrato. Señala esta Corte, que el procedimiento administrativo sumario fue realizado con posterioridad a la emisión del acto administrativo de rescisión del contrato, con lo cual ya se había materializado la violación de los derechos y de las garantías constitucionales del Contratista. El procedimiento administrativo sumario fue utilizado para crear una apariencia del restablecimiento del Derecho al Debido Proceso Administrativo, manteniendo válido el acto administrativo lesivo del derecho constitucional que fue invocado, y, en consecuencia, actual de la lesión constitucional denunciada.⁽²⁴⁾

(23) Sentencia N° 568 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Fecha 20 de Junio de 2000.

(24) Sentencia N° 129 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en Fecha 25 de Mayo de 2002.

De lo anteriormente expuesto, puede concluirse notoriamente, que, aunque existan sobradas razones de tipo objetivo para decidir unilateralmente a rescindir el Contrato de Ejecución de Obras celebrado con el Contratista, el órgano o ente contratante no puede proceder de semejante forma, porque éste no está formando la decisión administrativa de una manera cónsona con el Derecho Objetivo, esto es, siguiendo un procedimiento administrativo previo de formación plena del acto administrativo, donde puedan determinarse las responsabilidades del Contratista por contravenir las estipulaciones contractuales o legales dictadas para construir la obra. Todo acto administrativo debe ser la conclusión de un procedimiento de tipo administrativo, previo, donde el presunto infractor pueda participar activamente en la defensa de sus derechos e intereses frente al órgano o ente público que lo pretende dejar desprovisto del derecho a lucrar con un contrato estatal, porque ese tipo de prácticas administrativas existentes en el funcionamiento del Estado, lo que hace es generar un resquebrajamiento del Estado de Derecho, erosionando el principio de legalidad administrativo, y el debido proceso.

Así, lo dispone el artículo 155 de la Ley de Contrataciones Públicas que de una manera resumida instaure los supuestos de procedencia de la potestad estatal de rescindir unilateralmente un contrato suscrito con un contratista. Los supuestos son los siguientes:

...1) Ejecutar los contratos de una manera diferente al contrato, o los efectúen en tal forma que no le sea posible cumplir con su ejecución en el término señalado; 2) Solicite, o, le sea concertado judicialmente, la disolución o liquidación de su Empresa por medio del procedimiento judicial del atraso o de la quiebra; 3) Ceda o traspase el contrato, sin la previa autorización del contratante, dada por escrito; 4) Incumpla con el inicio de la ejecución de la obra de acuerdo con el plazo establecido en el Contrato, o, su respectiva prórroga; 5) Cuando éste cometa errores u omisiones sustanciales durante la fase de ejecución del contrato; 6) Cuando el contratista incumpla con sus obligaciones laborales durante la fase de ejecución del contrato; 7) Cuando haya cometido un delito tipificado en la Ley Contra la Corrupción para conseguir el Contrato; 8) Incurrimiento de cualquier otro tipo de infracción por el Contratista en opinión del órgano o ente; 9) Que el Ingeniero que éste a cargo de la Obra no sea Residente.

En igual sentido, el artículo 193 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas⁽²⁵⁾ establece:

Cuando el órgano o ente contratante decida rescindir unilateralmente el contrato por haber incurrido el contratista en alguna de las causas indicadas en la Ley de Contrataciones Públicas, las Disposiciones del Reglamento, o las fundadas en el Contrato, lo notificará por escrito a éste, a los garantes y cesionarios si hubiere. Tan pronto el contratista reciba la notificación, debe paralizar los trabajos de la obra, y no iniciará ningún otro, a menos que el órgano o ente contratante los autorice, por escrito, a concluir alguna de las partes ya indicadas.

(25) Gaceta Oficial N° 39.181 del 19 de Mayo de 2009. Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas.

En consecuencia, la revisión de la eficacia del contrato posee en esencia una marcada tendencia sancionadora por parte del órgano o ente contratante con el contratista, porque la rescisión supone una consecuencia jurídica correlativa a la materialización de una infracción conexas con la inobservancia de las obligaciones contractuales. No habría que olvidar tampoco las secuelas jurídicas del contratista frente al Servicio Nacional de Contratista (SNC) por el franco incumplimiento de sus obligaciones, ni de la ejecución de la Fianza de Cumplimiento contraída por el Contratista en el marco del Bloque Normativo de las Contrataciones Públicas.

De hecho, Rojas (2012) sostiene:

Cuando la Administración Contratante compruebe que existe un incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista, lo cual se derivará de la evaluación de desempeño en la ejecución del contrato por parte del contratista, el órgano o ente contratante podrá remitir un expediente previamente sustanciado al Servicio Nacional de Contrataciones con la finalidad de que proceda a suspender al contratista del Registro Nacional de Contratista. Pág. 388.

Es de notar, que el artículo 131 de la Ley de Contrataciones Públicas establece varios mecanismos procedimentales, que son consecuencia uno del otro, y que, sin el anterior, el siguiente no puede tener validez:

Primero, el órgano o ente contratante debe realizar una evaluación de desempeño de la ejecución del contrato por parte del contratista, según el artículo 35 de la Ley de Contrataciones Públicas, que deberá notificarse en un lapso de 20 días hábiles administrativos siguientes a la finalización del contrato al Contratista. Si el mismo se está ejecutando, o según el 129 si la Ejecución del Contrato ya culminó.

Segundo, luego de realizada la evaluación de desempeño, ésta debe arrojar como resultado que el Contratista ha incumplido sus obligaciones contractuales.

Tercero, que sólo después de verificado el resultado negativo en la evaluación de desempeño, el órgano o ente público debe sustanciar un Expediente Administrativo. Tal Expediente Administrativo tiene como finalidad dejar por sentado las razones por las cuales el contratista supuestamente habría incumplido sus obligaciones contractuales. De este modo, el órgano o ente contratante está realizando una calificación previa de la situación jurídica del Contratista en cuanto a dicha supuesta falta obligacional. Aunque, hay que decir, que según Rojas (2012) “tal precalificación, no genera efecto jurídico alguno sobre el Contratista. Sustanciado el expediente administrativo correspondiente, el organismo contratante lo remitirá al Servicio Nacional de Contrataciones.” Pág. 389.

Y Cuarto, que recibido el Expediente Administrativo, el Servicio Nacional de Contrataciones Públicas (SNC) corresponderá determinar si el Contratista ha faltado con sus obligaciones contractuales, reglamentarias y legales. De detectarse la falta, el Servicio Nacional de Contratista (SNC) sancionará al Contratista con la suspensión.

5_. Las Causales de Rescisión del Contrato Administrativo.

El supuesto fáctico principal que evidencia legalmente el ejercicio de la potestad administrativa de rescisión del contrato del órgano o ente contratante, es el incumplimiento de las obligaciones contractuales, reglamentarias y legales por parte del Contratista.

La Legislación de las Contrataciones Públicas vigente establece una serie de causales que pudieren considerarse tipificadas a modo enunciativo de la siguiente manera: 1) Ejecutar las obligaciones de una manera diferente a la prevista en el contrato, o las efectúen en tal forma que no le sea posible cumplir con su ejecución en el término señalado; 2) Solicite, o, le sea concertado judicialmente, la disolución o liquidación de su Empresa por medio del procedimiento judicial del atraso o de la quiebra; 3) Ceda o traspase el contrato, sin la previa autorización del contratante, dada por escrito; 4) Incumpla con el inicio de la ejecución de la obra de acuerdo con el plazo establecido en el Contrato, o, su respectiva prórroga; 5) Cuando éste cometa errores u omisiones sustanciales durante la fase de ejecución del contrato; 6) Cuando el contratista incumpla con sus obligaciones laborales durante la fase de ejecución del contrato; 7) Cuando haya cometido un delito tipificado en la Ley Contra la Corrupción para conseguir el Contrato; 8) Incurrimiento de cualquier otro tipo de infracción por el Contratista en opinión del órgano o ente; 9) Que el Ingeniero que éste a cargo de la Obra no sea Residente. Pasemos a explicar un poco, cada una de ellas.

El Primer Supuesto, que se encuentra relacionado con el cumplimiento de las obligaciones contractuales de una manera diferente a la prevista en el Contrato, implica en cuanto a su definición realizar unas actividades ejecutivas del contrato diferentes a las contenidas en el Contrato, o que siendo diferentes de las tipificadas en el Contrato de Obras, pero pertinentes, se realizan sin autorización del órgano o ente contratante. En ésta categoría, nos encontramos una serie de sub-categorías. Algunas de esas sub-categorías son: a) Incumplir con las especificaciones contenidas en los Planos; b) Incumplir con las características en el cronograma de desembolso; c) Incumplir con las características en el cronograma de ejecución de obras; d) No cumplir con las Condiciones de Contratación del Pliego que fueron emitidas por la Comisión Contratante; y e) Otras que fueron surgiendo por Dictámenes

El Segundo Supuesto, que se encuentra relacionado con: a) La Solicitud de un Procedimiento de Atraso y Quiebra por el Contratista; b) El Acordamiento de la Quiebra o el Atraso por el Contratista mediante Sentencia Judicial de un Tribunal Competente; c) La Desaparición o Disolución de la Sociedad Mercantil que recibió la Adjudicación de la Buena Pro.

La Doctrina mercantilista de especial interés para el Estado-Administración a los fines de aplicar correctamente la presente norma administrativa, considera por un lado, que “la disolución consiste únicamente en la apertura o comienzo del proceso de extinción.”⁽²⁶⁾ Otras formas de pensar acerca del mismo fenómeno consideran, “que la disolución es una causa de extinción mercantil expresamente establecida en la Ley.”⁽²⁷⁾

(26) Morles Hernández, A. (2004) Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. UCAB. Caracas, Venezuela. Pág. 1705.

(27) Barboza Parra, Ely (2007) Derecho Mercantil. Manual Práctico. Séptima Edición. McGraw Hill. Caracas, Venezuela. Pág. 323.

Por otro lado, la liquidación “es una secuela inmediata de la disolución de una sociedad mercantil. Una vez disuelta la Sociedad Mercantil se abrirá el proceso de liquidación.”⁽²⁸⁾ Otros autores consideran el mismo fenómeno “...como el procedimiento mediante el cual se lleva a cabo a efecto la disolución y extinción de la sociedad.”⁽²⁹⁾

En consecuencia, la liquidación “es el acto social mediante el cual que abre el proceso o liquidación de la entidad;”⁽³⁰⁾ mientras la liquidación, “es el proceso de realización de los activos de la sociedad para cancelar sus obligaciones y poder repartir el remanente a los respectivos socios.”⁽³¹⁾ Solo concluido el procedimiento de liquidación la sociedad mercantil podrá considerarse legalmente extinguida su cancelación de los asientos escritos del Registro Mercantil, y con ello, cualquier compromiso económico con el Estado-Administración Contratante.

En el caso del atraso o la quiebra, estos dos constituyen mecanismos de disolución de las empresas. Entendiendo por el Atraso “...como una situación de hecho que se encuentra el comerciante, pero que, para que pueda cristalizarse es necesario, que sea declarado por un Tribunal Mercantil competente a solicitud de Comerciante.”⁽³²⁾ En cuanto a la Quiebra, “se puede decir que, es una forma de disolución de la Empresa, a pesar de los diferentes tipos de Quiebra que señala nuestra Legislación.”⁽³³⁾

Cabanellas define ésta institución del Derecho Mercantil de la siguiente forma en su Diccionario Jurídico. Quiebra es:

La acción y situación del comerciante que no puede satisfacer las deudas u obligaciones contraídas, ya porque, el vencimiento de algunas no dispone de fondos o bienes que le son debidos, ya por falta notoria de recursos económicos, en que existe propiamente la Quiebra, por cuanto algunos, o varios de los acreedores no cobran íntegramente; y todos los demás deberán encontrarse sometidos a soportar a prorrata el perjuicio correspondiente.

En consecuencia, cuando el Contratista se encuentre inmerso en todas las anteriores circunstancias, el legislador considera que el Estado se encontrará en medio de una situación jurídica de peligro, porque la Obra que se espera construir con la colaboración del sector privado, no podrá nunca cumplirse, ni siquiera a destiempo. Y en vista, de que el Estado Venezolano crea la técnica administrativa contractual de las Contrataciones Públicas para buscar colaboración en la procura de construir obras de interés general, porque la Administración carece de los medios propios, entonces el colectivo no verá reflejado en los hechos concretos el interés general, que persigue el Estado como fin supremo constitucionalizado.

El tercer supuesto, “Ceda o Traspasa el Contrato, sin la previa autorización del órgano o ente contratante, por Escrito.” En el presente supuesto cabe indicar lo siguiente, que las obligaciones contractuales,

(28) Morles Hernández, A. (2004) Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. UCAB. Caracas, Venezuela. Pág. 1689.

(29) Barboza Parra, Ely (2007) Derecho Mercantil. Manual Práctico. Séptima Edición. McGraw Hill. Caracas, Venezuela. Pág. 323.

(30) Cfr. Artículo 340 del Código de Comercio de Venezuela. Gaceta Oficial N° 475 del 21 de Diciembre de 1955.

(31) Cfr. Artículo 347 del Código de Comercio de Venezuela. Gaceta Oficial N° 475 del 21 de Diciembre de 1955.

(32) Cfr. Artículo 898 del Código de Comercio de Venezuela.

(33) Cfr. Artículo 914 del Código de Comercio de Venezuela.

reglamentarias y legales que contrae el Contratista con la firma del Contrato Administrativo poseen la característica de ser intuitu personae, que tan sólo pueden ser cumplidas por el beneficiario de la Adjudicación Buena Pro dictada por la Comisión Contratante previo procedimiento administrativo de selección de contratista según los criterios del mejor contratista y de la mejor oferta, ya que éste tipo de procedimiento en opinión de Rivero (2007) “conmina al ente contratante a obrar con suma claridad, de modo que sus actuaciones puedan ser comprendidas sin dudas ni ambigüedades.” Pág. 22.

Originalmente, la Comisión Contratante selecciona al contratista por sus condiciones particulares en la procura del cumplimiento de las condiciones de la contratación que son formuladas religiosamente por dicha Comisión Contratante. Siendo esto así, pareciera, que la regla es, y casi que, legalmente, puede deducirse así, que no puede cederse o traspasarse el Contrato. Sin embargo, el Ordinal del artículo Legal indica que existe la posibilidad de que dicha acción sea permitida por el órgano o ente contratante con su autorización previa por escrito. De tal manera, que podemos decir, que la regla general en materia de contrataciones es, que la Cesión o Traspaso del Contrato Administrativo es imposible. A menos que, y aquí viene la excepción a la regla, que el órgano o ente contratante autorice tal acción.

Es importante destacar lo siguiente, que en nuestra opinión, los autores del Bloque Normativo de las Contrataciones Públicas pudieron haber ido mucho más allá, a los fines efectivizar más el control administrativo del Contrato entre el órgano o ente contratante frente al contratista, y especialmente, de, la consecución de la obra esperada. Que, las normativas de las contrataciones públicas debieron especificar que el medio, el escrito del Contratista debiere estar acompañado de los razonamientos que justifican, primero su incumplimiento contractual, personal, en la construcción de la Obra, y luego, segundo, del razonamiento para seleccionar al cesionario o nuevo contratista por este medio escrito, a los fines de facilitar la comprensión del órgano o ente contratante de todos los motivos de la renuncia del contratista, y con ello, dar una mejor respuesta autorizadora o no, de la cesión o traslado, del contrato.

El cuarto supuesto, versa sobre el incumplimiento del lapso legal originario de cumplimiento en la construcción de la obra, o de su prórroga, de ser el caso. Éste supuesto no encarna mayor grado de enredo en cuanto a su comprensión, porque la cultura general de la sociedad permite entender perfectamente su contenido de una manera inteligible. Pero si cabe, mencionar el artículo 127 de la Ley de Contrataciones Públicas para entender el momento exacto del nacimiento de la obligación contractual por parte del Contratista. Dicha norma menciona que en principio la obligación del contratista de cumplir lo acordado, nace con la firma del contrato, a menos que sea otra cosa lo acordado entre las partes, es decir, la regla es, que la Ejecución de la Obra debe iniciarse con la firma del contrato, aunque nada fuere establecido expresamente en el Contrato, o en las Condiciones de Contratación. Y en cualquier caso, el inicio de la Construcción de la Obra determinada, deberá asentarse en un Acta, que deberá ser firmada por el órgano o ente contratante con el Contratista.

Luego, el mismo artículo 127 de la Ley dice, que el Contratista puede pedir una prórroga para la concreción de la Obra, mediante un escrito lógico ante el órgano o ente contratante antes de verificarse el término acordado. Sin embargo, no especifica la norma legal, que tiempo comprenderá la prórroga, lo cual por lógica puede generar en un arbitrio por parte de las autoridades en el momento de fijar el nuevo lapso de tiempo para construir la Obra. Pudiere asumirse que, será el tiempo estipulado en las Condiciones de Contratación, o, en el Contrato, es decir, la prórroga será por un tiempo igual al establecido en los términos originales del Contrato Administrativo de Ejecución de Obras. En todo esto, si el Contratista incurre en esa causal de la Ley, el órgano o ente contratante puede llevar a cabo la rescisión unilateral del contrato estatal sin plantear el caso ante los Tribunales.

El Quinto Supuesto, indica el supuesto fáctico de la omisión o errores en el cumplimiento debido de las obligaciones contractuales. Para entender el presente supuesto, es necesario recurrir a la doctrina civilista o, mercantilista, porque ésta es la que básicamente, ha estudiado mejor las consecuencias jurídicas de las partes de un contrato, cuando se incumplen con los términos o estipulaciones de carácter contractual que deben llevarse a cabo para dar feliz término al resultado esperado. Resultado esperado, que tiene ver con la Construcción de la Obra por parte del Contratista, y todo ello, porque *las obligaciones contractuales deben ser cumplidas tal cual como fueron contraídas por los contratantes*,⁽³⁴⁾ tal como si tratase de una específica obligación de resultado del contratista frente al órgano o ente contratante.

Cabanellas expone en su Diccionario, que “la omisión de las obligaciones contractuales es una falta del que ha dejado de hacer algo conveniente, obligatorio o necesario en relación con alguna cosa;” y el error “es el vicio del consentimiento originado por un falso juicio de buena fe, que en principio anula el acto sobre el objeto o esencia de éste,” tal como, si se tratase de una específica obligación de resultado del contratista frente al órgano o ente contratante. Que en ambos casos, es imputable al contratista por no cumplir fielmente con su obligación contractual de Ejecutar la Obra, tal cual como ésta fue acordada en las estipulaciones del contrato administrativo. Un último aspecto fundamental con relación al presente supuesto fáctico que motiva al ejercicio de la potestad administrativa de rescindir unilateralmente el contrato administrativo, es, que la omisión o error, de hecho, o de derecho, debe ser sustancial o esencial con el cumplimiento de la obligación cardinal de construir la Obra por parte del Contratista. De lo contrario, el ejercicio de la mencionada potestad ha de considerarse como una potestad ejercitada al margen de los procedimientos, que establece el sistema jurídico para cumplir con su propósito, marco o razón. El acto administrativo, que surja del ejercicio de la mencionada potestad, fuera de la sustancialidad del error o de la omisión total o parcial, en el cumplimiento de la obligación contractual, se considerará como una vía de hecho.

En el Sexto supuesto, nos encontramos con que el órgano o ente contratante puede rescindir el Contrato Administrativo de Ejecución de Obras, cuando éste viole los derechos laborales de los trabajadores de su empresa. El artículo 49 de la Ley Orgánica del Trabajo, Trabajadores y Trabajadoras

(34) Cfr. Artículo 1.264 del Código Civil.

establece las obligaciones de los patronos frente a los trabajadores, cuando éstos se encuentran vinculados al patrono: la Empresa, por medio de un contrato laboral que implica la Ejecución de una Obra, ya que la Legislación Laboral protege a los Trabajadores ante los efectos que se generen producto del Trabajo de una Obra, y que dejan en evidencia que el contratista, es el responsable de ejecutar la Obra con sus propios recursos y con los trabajadores que se encuentran bajo su dependencia. En efecto, el Contratista debe responder por las obligaciones laborales que se generen por la simple ejecución del contrato, quedándole prohibido al contratista figurar como representante del órgano o ente contratante, o asumir obligaciones laborales a nombre de éste.⁽³⁵⁾

Es por ello, que se entiende expresamente que no habrá relación laboral, o de cualquier otra índole entre los Trabajadores que intervengan en la Obra y el órgano o ente contratante. Los Trabajadores deberán reconocer en su contrato de trabajo, que la única relación jurídica-laboral es con el Contratista, y que no deben ser considerados bajo ninguna forma como Trabajadores del Contratante.⁽³⁶⁾

El Séptimo Supuesto, dice que el órgano o ente contratante puede ejercer legítimamente la potestad administrativa de rescindir el contrato administrativo, si descubre que el contrato administrativo firmado fue incurriendo en los delitos tipificados en la Ley Contra la Corrupción, tales como Soborno; Cohecho; Regalos; Comisiones; Concusión; Suministro de Información, o de Documentos Falsos, el Trafico de Influencias, siempre que, esto haya sido previamente determinado por una decisión administrativa de la Contraloría General de la República, o una Sentencia de un Tribunal Penal.

En este preciso supuesto, cabe realizarse consideraciones jurídicas acerca de los Delitos contra la Corrupción y sus efectos en la actividad administrativa estatal, específicamente sobre el acto administrativo de la Comisión Contratante cuando Adjudica la Buena Pro, porque los actos administrativos que son dictados en ejecución de un delito tipificado por una norma legal, son considerados como nulos.⁽³⁷⁾ Como consecuencia, el Contrato administrativo firmado entre el Contratista beneficiado con la adjudicación de la buena pro y el órgano o ente contratante, será también, por vía de resultado, nulo.⁽³⁸⁾

Ésta última consecuencia es sostenida por la doctrina patria con Araujo (2011) "Finalmente, el contrato administrativo se puede extinguir por decisión unilateral de la Administración Pública al comprobar por sí misma un vicio que comporte su ilegalidad o nulidad." Pág. 276.

Y entre otras consecuencias jurídicas que se derivan de estar incursos en infracciones contra la normativa de control fiscal, y, de delitos contra el patrimonio público, está lo contemplado en los artículos 167 y 168 de la Ley de Contrataciones Públicas: Sanciones Pecuniarias e Inhabilitación para Contratar con un órgano o ente público.

Por último, las Comisiones Contratantes deben cerciorarse exactamente que los empresarios inscritos en los procedimientos de

(35) Cfr. Artículo 49 de la Ley Orgánica del Trabajo, Trabajadores y Trabajadoras. Gaceta Oficial N° 6.076 en Fecha 07 de Mayo de 2012.

(36) Cfr. Artículo 55 y 63 de La Ley Orgánica del Trabajo, Trabajadores Y Trabajadoras.

(37) Sentencia de la Sala Político-Administrativa de Fecha 26 de Julio de 1984. Caso Despachos Los Teques C.A.

(38) Cfr. Artículos 112 y 121 de la Ley de Contrataciones Públicas.

selección de contratistas, no estén incurso en sanciones administrativas de inhabilitación para contratar con el Estado, o en sanciones penales dictadas por Tribunales Penales en materia de la Ley Contra la Corrupción.

En el Octavo supuesto, la Ley establece un motivo de carácter ambiguo que otorga una amplia discrecionalidad administrativa, si es que así, pudiere decirse, a los fines de buscar excusas por parte del órgano o ente contratante para rescindir el contrato administrativo de obras firmado con el Contratista. Se razona ambiguo el supuesto de procedencia de la respectiva potestad administrativa, porque dicha norma permite al órgano o ente contratante inventar cualquier otro motivo que no esté expresamente previsto en los ordinales anteriores, ni en otra norma legal del sistema jurídico. Esa situación particular pudiere considerarse como una norma legal que conculca la legalidad administrativa sancionadora, los derechos y todas las garantías de los contratistas, porque ésta norma permite cambiar las reglas de juego que fueron fijadas predeterminadamente por una Ley que instituye límites al órgano o ente contratante. Es pretender, que una decisión administrativa, un acto sub-legal subvierta la orden legal del bloque normativo de las contrataciones públicas que fue dictado por el órgano representativo por excelencia: la Asamblea Nacional.

Éste ordinal legislativo trastoca indiscutiblemente el sistema de garantías jurídicas que enmarca estatutariamente la actividad económica de los contratistas con el Estado dentro de un Estado de Derecho. El órgano o ente contratante no puede cambiar las reglas de juego sobrevenidamente mediante actos sublegales.

El Noveno Supuesto consiste, en que el Contratista no tenga un Ingeniero Residente experto, o especialista en la Obra Pública objeto de construcción para guiar el desarrollo de la Construcción. Para tales efectos, la Ley establece que es necesario que un Ingeniero de la Empresa venga a dejar constancia de terminación satisfactoria de la ejecución de la Obra Pública mediante un Acta Escrita, con lo cual, quede asentada la conclusión de la Obra Pública, o cualquier otra incidencia que surja durante el cumplimiento de las obligaciones contractuales, entre otras cosas. Es un requisito esencial para el respeto de las obligaciones contractuales, pero también ejercer control sobre la calidad de la Obra Pública, y especialmente para poder determinar responsabilidades.

Es muy importante destacar, que el artículo 155 de la Ley no establece un momento oportuno para ejercer la potestad administrativa estatal de rescindir unilateralmente el contrato administrativo. La interpretación que pudiere surgir del Bloque Normativo de las Contrataciones Públicas se deriva, que no existe un momento predeterminado, y que ésta oportunidad depende de un relativismo que se fundamenta en el tipo de incumplimiento contractual por parte del Contratista. Dependiendo de la obligación contractual que se trate, el órgano o ente contratante podrá a lo largo del lapso de cumplimiento principal de la Obra Pública ver, si éste decide ejercer la potestad de rescisión o no. El incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista es un dato empírico que queda únicamente al órgano contratante detectar, cuando se verifican los supuestos establecidos en la Ley. En conclusión, puede ocurrir en cualquier momento.

CONCLUSIONES

Una de las particularidades del mundo de las contrataciones públicas en el Derecho Administrativo, es el *ius imperium* que caracteriza a las actuaciones del Estado como co-contratante en el Contrato Administrativo, frente a su contraparte el Contratista. Naturalmente, no existe una posición de igualdad entre las dos partes dentro del contrato administrativo cuando se trata, tanto de la simple formación del contrato administrativo, como de la ejecución de las obligaciones contractuales que se relacionan con la construcción de la Obra Pública.

La potestad administrativa estatal de rescisión unilateral del Contrato de Obras Públicas que posee el órgano o ente contratante es una concretización legal de ese *ius imperium* que tiene el Estado para velar los intereses de la colectividad. Sin embargo, el Estado de Derecho enmarca las potestades estatales de una forma limitada, sujetando el funcionamiento administrativo, el contractual inclusive, a una serie de condicionamientos sustantivos (supuestos de procedencia objetivos) y procedimentales (procedimiento administrativo de formación del acto de rescisión del contrato administrativo) que deben cumplirse en respeto del debido proceso del contratista, aunque éste último sea un claro infractor del Bloque Normativo de las Contrataciones Públicas y demás estatutos que regulan la especial relación de sujeción del contratista frente al órgano o ente contratante.

El ejercicio de una potestad administrativa estatal de rescisión contractual de un órgano o ente contratante no puede ser sinónimo de arbitrariedad estatal, o impunidad gubernativa. Toda potestad administrativa es un poder jurificado. Y por ende su ejercicio esta condicionado a garantías de orden normativo, como a las garantías de tipo subjetivo como el debido proceso, la defensa, el ser oído, la notificación, o incluso la revisibilidad de la decisión ante los Tribunales Superiores Contencioso Administrativo.

El hecho de que el Estado sea una potentior persona en sus relaciones con los administrados, y en especial, según el objeto de ésta pequeña investigación, los Empresarios, no puede ser sinónimo de un despotismo encubierto de legalidad por una cobertura normativo-legal de una potestad en una norma escrita. Hacen falta más detalles regulativos de la potestad administrativa para considerar, que por lo menos, desde un punto de vista legal, la institución de la potestad cuente con una cobertura constitucional, que respete los axiomas universales del Derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Araujo, J. (2007) "Derecho Administrativo: Parte General." Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela. Págs. 1.080.

Araujo, J. (2011) "Derecho Administrativo General: Actos y Contratos." Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela. Págs. 356.

Badell, R. (2001) "Régimen Jurídico del Contrato Administrativo." Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela. Págs. 389.

Barboza, E. (2007) "Derecho Mercantil. Manual Práctico." Séptima Edición McGraw Hill. Caracas, Venezuela. Págs. 478.

Brewer-Carías, A. (1975) "Doctrina del Ministerio de Justicia en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (1930-1974)" Caracas, Venezuela.

Canónico, A. (2014) "La Rescisión del Contrato Administrativo," en La Ley de Contrataciones Públicas. Colección de Textos Legislativos N° 44 de la Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela.

DOCTRINA DE LA PGR (1981) Caracas, Venezuela. Págs. 312.

García, E. (2004) "Curso de Derecho Administrativo. Tomo I." Thompson-Civitas. Madrid, España. Págs. 582.

Hernández, J. (2004) Contratos de la Administración Y Contencioso Administrativo "en el Libro Los Contratos Administrativos: Los Contratos del Estado, en las VIII Jornadas Internacionales en Honor a Brewer-Carías." FUNEDA. Caracas, Venezuela. Págs. 513.

Lares, E. (2001) "Manual de Derecho Administrativo." Décima Segunda Edición. Editorial ExLibris. Caracas, Venezuela. Págs. 742.

Maduro, E. (2006) "Curso de Obligaciones. Derecho Civil III. Tomo II." Caracas, Venezuela. Págs. 456.

Morles, A. (2004) "Curso de Derecho Mercantil. Tomo II." UCAB. Caracas, Venezuela. Págs. 359.

Rivero, G. (2007) Principios Rectores de la Licitación en Venezuela, "en Actualización en Materia de Licitaciones." FUNEDA. Caracas, Venezuela. Págs. 176.

Rodríguez, A. (2008) "La Ejecución de los Contratos Administrativos" en El Derecho Administrativo Venezolano en los Umbrales del Siglo XXI. Libro Homenaje Al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez. Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Monteavila. Caracas, Venezuela. Págs. 377.

Rodríguez, A. (1991) "Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos." Fundación Procuraduría General de la República. Caracas, Venezuela. Págs. 421.

Rojas, M. (2012) Control Fiscal y Régimen Sancionatorio en la Ley de Contrataciones Públicas, "en Colección Textos Legislativos N° 44. Ley de Contrataciones Públicas." 3ª Edición Actualizada y Ampliada. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela. Págs. 377-393.

Santamaría, J. (2002) "Principios de Derecho Administrativo. Tomo II" 3º Edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces C.A. Madrid, España. Págs. 732.

Tavares Duarte, F. (2003) "Actos Administrativos y Contratos Administrativos de la Administración Pública: Teoría General de la Conexión." Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo-Universidad Católica Andrés Bello N° 16. Caracas, Venezuela. Págs. 112.

Decreto con Rango, Fuerza y Efecto de Ley de las Contrataciones Públicas publicada en Gaceta Oficial N° 6.159 de Fecha 19 de Noviembre de 2014.

Reglamento General de la Ley de Contrataciones Públicas publicada en Gaceta Oficial N° 39.181 de Fecha 19 de Mayo de 2009.

Ley Orgánica del Trabajo, Trabajadores y Trabajadoras. Gaceta Oficial N° 6.076 en Fecha 07 de Mayo de 2012.

Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial N° 2990 del 26 de Julio de 1982.

Código de Comercio de Venezuela. Gaceta Oficial N° 475 del 21 de Diciembre de 1955.

Sentencia del 12 de Noviembre de 1954 de la Corte Federal Y de Casación de Venezuela.

Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Fecha 26 de Julio de 1984. Caso Despachos Los Teques C.A.

Sentencia del 06 de Agosto de 1998 de la Sala Político-Administrativa de Corte Suprema de Justicia. Caso Consorcio Aeropuertos del Zulia C.A.

Sentencia N° 0568 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Fecha 20 de Junio de 2000.

Sentencia N° 1.452 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Fecha 12 de Julio de 2001.

Sentencia N° 0060 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en Fecha 06 de Febrero de 2001.

Sentencia N° 2.743 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Fecha 20 de Noviembre de 2011.

Sentencia N° 0129 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en Fecha 25 de Mayo de 2002.

FISCALIZACIÓN TRIBUTARIA EN LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

TAX AUDITING IN THE ORGANIC'S TELECOMMUNICATION LAW

Adriana Ángulo⁽¹⁾
Jorge Melean Brito⁽²⁾

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2019.01.01.04>

Recepción: 19 de Noviembre de 2017 Aceptación: 20 de Diciembre de 2017

RESUMEN

La presente investigación pretende abordar suficientemente el Bloque Normativo de la Potestad Administrativa Estatal de Fiscalización Tributaria de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), a través de una investigación documental, a los puros fines, de describir esclarecidamente, la dinámica de ese procedimiento administrativo en el Sector Económico Fuertemente Regulado de las Telecomunicaciones. Y, aunque las autoridades reguladoras quedan enmarcadas por la Ley del Sector Económico referido, la LOAP y la LOPA (en ese orden), la Ley del Sector, no regula latamente el procedimiento. Al contrario, ésta Ley remite palpablemente al Código Orgánico Tributario. Quedando CONATEL, el Ministerio de Ciencia y Tecnología y otras autoridades técnicas, como los competentes en la cobranza y administración de los Tributos Especiales tipificados en la LOTEL. No obstante, la LOTEL regula los aspectos sustantivos propios de la obligación tributaria de cada tributo. De tal manera, que instituye los condicionamientos previos, o adjetivos, de la Fiscalización Tributaria referida; pudiéndose concluir, que la regulación existe, pero, es indirecta, a través de las normas de la obligación tributaria.

Palabras Clave: *Autoridad Reguladora, Telecomunicaciones, Fiscalización, Tributos.so.*

ABSTRACT

The present investigation intends to sufficiently address the Normative Block of the State Administrative Power of Tax Inspection of the Venezuelan Telecommunications Commission (CONATEL), through a documentary investigation, for the pure purposes, to describe clearly, the dynamics of this administrative procedure in the Strongly Regulated Economic Quadrant of Telecommunications. And, although the regulatory authorities are framed by the aforementioned Law of the Economic Quadrant, the LOAP and the LOPA (in that order), the Quadrant Law does not regulate the procedure as much as possible. On the contrary, this Law refers palpably to the Organic Tax Code. Remaining CONATEL, the Ministry of Science and Technology and other technical authorities, such as those competent in the collection and administration of the Special Taxes typified in the LOTEL. However, the LOTEL regulates the substantive aspects of the tax obligation of each tax. In such a way, that it institutes the previous conditionings, or adjectives, of the aforementioned Tax Examination; being able to conclude that the tax regulation exists, but it is indirect, through the rules of the tax obligation.

Keywords: *Regulatory Authorities, Telecommunications, Inspections Powers, Taxes.*

(1) Abogada por la Universidad de Los Andes. Cursante de la Especialización en Derecho Mercantil; Mención. Tributos Empresariales. Abogada en el Libre Ejercicio de la Profesión. andregulo01gmail.com

(2) Abogado por la Universidad de Los Andes. Mención Cum Laude. Cursante de la Especialización en Derecho Mercantil; Mención Tributos Empresariales. Miembro del Servicio Jurídico Asesor de la Universidad de Los Andes (ULA). Miembro del **Grupo de Investigación En Patrimonio**. jmelean360gmail.com

INTRODUCCIÓN

El Derecho Administrativo Venezolano avanzó poderosamente con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en 1982. No obstante, 37 años después, puede observarse visiblemente, la profunda necesidad de reformar dicha Ley Base del Derecho Administrativo Venezolano, a los fines de agregar a otras nociones importantísimas del Derecho Administrativo, y en éste caso, del especialísimo Derecho Tributario, como la procedimentalización general de la actividad fiscalizadora. Por supuesto, que dicha actividad administrativa fiscalizadora-tributaria no posee ese fundamento regulativo generalizable para la suma de las Administraciones Públicas. Y tampoco, es nunca igual, una Fiscalización, a una Inspección. Sin embargo, la referida Ley Orgánica de Telecomunicaciones contempla en su Artículo 154:

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones ejercerá las facultades y deberes que atribuye el Código Orgánico Tributario a la Administración Tributaria, en relación con los tributos establecidos en ésta Ley. Igualmente, el Ministerio de Ciencia y Tecnología ejercerá las facultades y deberes a los que se refiere éste artículo, por lo que respecta a los aportes correspondientes al Fondo de Investigación y Desarrollo previsto en ésta Ley.

De la presente norma legal, deriva la intención de escribir el presente Trabajo de Investigación, puesto que el Código Orgánico Tributario denota un marco normativo generalizable para la totalidad de las Administraciones Públicas facultadas de recaudar los tributos de diferente naturaleza, es decir, el Código Orgánico Tributario establece las normas marco para regular a las Fiscalizaciones Tributarias. Pero, también denota una intención tácita, que puntualiza, como la Ley Orgánica de Telecomunicaciones detalla, de una manera muy expresa, las particularidades de las respectivas normas legislativas del Derecho Tributario Material. Cuando, tales normas legislativas, sustantivas, modelan de una manera decisiva, la titularidad, así como también, el ejercicio de las potestades fiscalizadoras-tributarias de la CONATEL, con los tributos, que específicamente crea la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Entonces, dichas normas legislativas del Derecho Tributario Formal, terminan siendo maleadas, por las normas legislativas que regulan la obligación tributaria respectiva.

Ante ésta situación, la presente investigación desarrollará los siguientes tópicos: 1.- El Sector económico fuertemente regulado de la actividad de las Telecomunicaciones con el Derecho Subjetivo de explotar el Espectro Radioeléctrico; 2) El Servicio Universal de las Telecomunicaciones como un concepto jurídico-administrativo de nuevo cuño en Venezuela; 3) Las Potestades Administrativas-Fiscalizadoras de la CONATEL; 4) Y las normas tributarias sustantivas y adjetivas de los tributos especialmente instaurados por la Ley Orgánica respectiva. En este sentido, se procederá a desarrollar a continuación, lo anterior pautado.

1_. El Régimen Jurídico-Administrativo de las Telecomunicaciones.

La Libertad de Expresión, el Acceso Oportuno a la Información y el Derecho a la Comunicación, son considerados como Derechos Humanos que deben ser protegidos y fomentados por un Estado de Derecho por medio de una Ley Orgánica. Es por ello, que no es absurdo pensar, que el Constituyente haya decidido constitucionalizar a las Leyes Orgánicas, a los fines de circunscribirlas para regular de modo exclusivo a los Derechos Constitucionales. Naciendo, de esa manera una reserva legal-orgánica para la Asamblea Nacional, con cualquier tipo de Derechos Constitucionales.

En este sentido, la Ley Orgánica de las Telecomunicaciones posee un calificativo jurídico cónsono con la Constitución de 1999. Sin embargo, dicha Ley Orgánica también regula el Derecho Constitucional a la Libertad Económica de ese Sector, pues, la nueva regulación jurídico-administrativa cambia básicamente los paradigmas existentes en la materia. Con anterioridad a la Ley vigente del 2000, la Libertad Económica en el sector de las Telecomunicaciones era una potestad estatal de iniciativa económica; no era una libertad económica, en vista de que la antigua Ley de 1940 institúa toda una publicatio, o Reserva Económica, sobre esa actividad económica, que impedía libremente al Sector Privado acceder a dicho mercado. Tanto así, que para acceder a la explotación o uso del espectro radioeléctrico era necesario una Concesión Administrativa, que fuese dictada por la autoridad estatal competente.

Por esta razón, Profesores muy importantes de Venezuela sostienen, a través de Hernández González (2006) que “La Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por tanto, privatizó materialmente, el sector de las Telecomunicaciones.” Pág. 313 Y siendo esto así, cabe decir, que terminan produciéndose dos importantes consecuencias jurídicas.

Primero, que los empresarios pueden dedicarse libremente a cualquier actividad comercial que verse sobre cualquier tipo de actividad o servicio de Telecomunicación. Y en segundo lugar, que por la misma dinámica jurídico-liberal del sector económico de las Telecomunicaciones descrito en la Ley del 2000, que semejante actividad económica puede prestarse bajo un régimen de libre competencia, pero no sólo por el mandato constitucional del 112 y el 113, sino por mandato legislativo del Artículo 3 de la Ley de Procompetencia de 1994, que precisa al derecho subjetivo de la libre competencia como relativo o plausible, y nunca absoluto. La Libre Competencia no es una libertad perfecta, que depende libremente de la libertad de entrada y de salida del mercado, sino de la aptitud de los operadores económicos, que actúan en el mercado, bien como oferentes, o demandantes.

Quien matiza muy bien, el sentido jurídico cabal del Artículo 113 Constitucional, es Hernández González (2006) Pág. 313 al decir “el Estado debe implementar condiciones efectivas -no perfectas- de competencia en la Economía.” Pero además, Hernández González (2005) Pág. 313 “La liberalización implementada por la Lotel, no supone la ausencia de regulación: ésta permanece, pero con un sentido distinto, que no es otro, que su mayor apego -desde la perspectiva formal- a las garantías jurídicas de la libertad de empresa.” Pág. 20.

De hecho, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo (CPCA) del 18 de Septiembre de 2004 **Caso Andrés Alberto Álvarez Iragorry** sostiene:

...Así, la vigente Ley Orgánica de Telecomunicaciones permite que éstas actividades puedan ser explotadas por los particulares en ejercicio de su derecho a la libertad económica, por lo que no existe una reserva de las telecomunicaciones a favor del Estado, en cuanto a la explotación de esas actividades, ya que el Estado continúa ejerciendo su potestad de policía administrativa, de regulación y de control sobre éstas. Por otra parte, las telecomunicaciones no son consideradas servicios públicos tradicionales por la nueva Ley, sino que son actividades privadas de interés general.

No hay, o no existe, una Reserva Económica en la actualidad en la materia de las Telecomunicaciones, porque la Reserva Económica es una técnica que suprime a la Libertad Económica de los operadores económicos en un sector concreto; mientras, que la LOTEL, tan sólo *despublica* al antiguo Sector Económico de las Telecomunicaciones *-La Ley de 1940-* permitiendo que los operadores económicos interesados en dedicarse a la actividad económica de su preferencia, puedan explotar el espectro radioeléctrico respectivo, bajo un esquema de servicio de telecomunicaciones, de libre elección suyo.

Ahora bien, el Artículo 5 LOTEL imprime “El establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de telecomunicaciones se consideran actividades de interés general...” Y ello ocurre, volviendo con lo anterior, porque la actividad comercial de las Telecomunicaciones tiene que ver con el elemental ejercicio del Derecho a la Libertad de Expresión, y con el también Derecho al Acceso a la Información.

De tal manera, que puede interpretarse expresamente del articulado de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del 2000, un espíritu de liberalización de los controles jurídicos que existían ya, con anterioridad, pues, CONATEL, no tiene que emitir un acto administrativo de concesión para dar un derecho subjetivo a los operadores económicos interesados en el acceso a la explotación del espectro radioeléctrico, pues la concesión es un acto que confiere situaciones jurídicas sobre un bien de dominio privado del Estado. La autoridad reguladora debe, entonces, emitir un acto administrativo declarativo, que remueva el obstáculo jurídico-administrativo existente para ejercer efectivamente dicho derecho a la libertad económica en un área muy específica de la economía.

Esa es la concepción de autores prominentes como **Orestes Ranalletti y Otto Von Mayer** acerca de la autorización administrativa. Como una técnica de levantamiento de los obstáculos jurídicos, que impiden el ejercicio de un derecho preexistente; derecho, que en éste caso, no es otro, que la misma *Libertad Económica*. Operando así, toda una mutación de títulos jurídico-administrativos, pues la Concesión, es ahora sustituida, por la Autorización. Lo que por supuesto no significa, en el contexto del régimen jurídico del *servicio universal*, de la existencia de amplias e irrestrictas potestades administrativas para restringir la esfera jurídico-subjetiva de los operadores económicos en el sector de las telecomunicaciones.

Ahora, si bien es cierto, que las Telecomunicaciones, están efectivamente ligadas con distintos Derechos Constitucionales. Hay que destacar, así, que el Artículo 57 de la Constitución, reconoce expresamente a la libertad de expresión como un derecho civil, a través de los distintos medios de comunicación social. Junto a éste Derecho, el Artículo 58 Constitucional instaura, “la comunicación es libre y plural, y comporta los deberes y responsabilidades, que indique la Ley,” puesto que “toda persona tiene el derecho constitucional a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura. De acuerdo con los principios de ésta Constitución, así como el derecho de réplica y de rectificación, cuando se vean afectados, directamente, por informaciones inexactas o agraviantes.”

Y ello se debe precisamente, a que el Estado Venezolano debe expresamente promover y garantizar los Derechos Fundamentales consagrados constitucionalmente, pues, la Constitución de 1999, todavía vigente, institucionaliza una posición garante de obligación positiva de las autoridades estatales de proteger y de facilitar, el ejercicio de dichos Derechos, que terminan erigiéndose como *derechos fundamentales con un contenido prestacional*.

Así, el Artículo 49 de la LOTEL “consagra el deber del Estado de garantizar la prestación del servicio universal de telecomunicaciones, que los operadores están obligados a prestar a los usuarios para brindarles estándares mínimos de penetración, acceso, calidad y asequibilidad, con independencia de la localización geográfica...” Esto es, que la prestación de determinados servicios es garantizada por el Estado, el cual, sin embargo, no se reserva, cabe decir de nuevo, la titularidad del ejercicio de tales potestades, ni acude a los modos de gestión directa por algún Ente Público como una Empresa Pública. Pues, al contrario, las actividades consideradas como servicio universal son, de esa manera, actividades privadas, pero, sometidas al especial control y supervisión del Estado.

En este sentido, el Artículo 3 del Reglamento de Servicio Universal define dicha obligación “Cómo aquéllas asignadas a un operador de telecomunicaciones, en función de las necesidades de telecomunicaciones que determine CONATEL, y en atención a los propósitos de alcance social establecidos expresamente en el Artículo 49 de la LOTEL.” Se trata, entonces, de unas auténticas obligaciones administrativas que son impuestas para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, como recalca el Artículo 1 del Reglamento de Servicio Universal.

Así también, la mencionada regulación jurídico-administrativa de los medios de comunicación social no queda enmarcada, desde la simple perspectiva de las libertades económicas, y de sus condicionamientos jurídico-administrativos. El Estado Venezolano debe velar por el correcto cumplimiento de semejante Derecho Fundamental, por quien presta éste Servicio Económico de Telecomunicación, sin más limitaciones jurídicas, que las derivadas de la Constitución y las Leyes.

De éste modo, la Constitución de 1999, dice en su Artículo 108 lo siguiente:

Los medios de comunicación social, públicos y privados, deben contribuir a la formación ciudadana. El Estado garantizará servicios públicos de radio, televisión y redes de bibliotecas y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información. Los centros educativos deben incorporar el conocimiento y aplicación de las nuevas tecnologías, de sus innovaciones, según los requisitos que establezca la Ley.

De ésta manera, la LOTEL crea una problemática reguladora, en especial, con la entrada en vigencia del *Decreto-Ley de Responsabilidad en Radio y Televisión*, pues, para Hernández (2005):

Los operadores de servicio de radiodifusión sonora y televisión abierta, y radiodifusión sonora, y televisión, abierta comunitarias, pues *el concepto de servicio universal, es ajeno a la actividad desarrollada por ellos*. La exclusión opera sólo, respecto, de aquéllos operadores, que gestionando esos servicios, no exploten, cualquier otra actividad de Telecomunicaciones. Pág. 73.

De hecho, la SC-TSJ dio una interpretación diferente. La Defensoría del Pueblo interpuso una acción de amparo contra varias Empresas de Televisión por la omisión de emplear “lenguaje de señas y/o subtítulos, vulnerándose, así los derechos colectivos y difusos de las personas que padecen de eficiencia auditiva.” De esa manera, la **SC-TSJ** con su **Sentencia N° 640** del 23 de Abril de 2004 desestima el caso alegando que:

El Servicio Universal de Telecomunicaciones está enmarcada dentro de la prestación de ciertas actividades de interés general realizada por los particulares, y vigiladas por el Estado, entre las cuales, se comprende a las Telecomunicaciones, que se caracteriza por la imposición que hace las Leyes a las empresas prestadoras de garantizar la calidad de tal servicio, de manera que la colectividad se vea satisfecha, sin ser objeto de ninguna discriminación, aún cuando ello comparte el cumplimiento de obligaciones que no les resulten reductibles.

Se entiende entonces, como un Derecho Constitucional, y un deber del Estado a su vez, de velar, porque éste Derecho Fundamental se preste de un modo idóneo, pues éste Derecho-Servicio, o mejor dicho, éste Derecho Fundamental Prestacional ayudarán con la formación ciudadana. E igualmente, dicha norma constitucional, hace una salvedad, de que todos los Centros Educativos, se encuentran en el deber de incorporar a esos conocimientos, y de aplicarlos.

Seguidamente, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, dice, que es una competencia atribuida al Poder Público Nacional, establecer el régimen del servicio de telecomunicaciones, así como el régimen y la administración del espectro electromagnético.⁽³⁾ Por tanto, el Poder Público Nacional con su Asamblea Nacional, y el Ejecutivo Nacional, y los demás Poderes que lo conforman, están encargados de fundar el marco de

(3) Cfr. Artículo 156 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

acción, que arrope el desarrollo de las empresas encargadas de prestar éste servicio.

Las Telecomunicaciones son definidas por la LOTEL como “Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros medios electromagnéticos, afines, inventados o por inventarse.”⁽⁴⁾ Lo anterior, con la definición fijada por la normativa de la Unión Internacional de Comunicaciones, a la cual remite el Artículo 10 LOTEL.

El aludido texto normativo en su Artículo 1, excluye de su ámbito de aplicación a la regulación del contenido de las transmisiones y comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicación, que se regirán por normas constitucionales y legales específicas, es decir, que el contenido de los mensajes transmitidos mediante el espectro radioeléctrico serán regulados por leyes diferentes, por ejemplo, el Decreto-Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión.

El español Ariño (2003) resume las telecomunicaciones de la siguiente manera:

1. Unidireccionales (Radio, Televisión) o bidireccionales (Telégrafos, Teléfonos).
2. Por cable (de cobre -par trenzado o coaxial- o de fibra óptica) o por ondas (terrenales o satelitales); largas, medias, cortas, muy cortas (VHF), Ultracortas (UHF), etc.
3. Con trasmisión de voz (Radio, Teléfono), datos (Interactivos,
4. Radiodifundidos), imagen fija (Fax), imagen animada (Televisión, Video-Conferencia), o combinaciones diversas (Internet).
5. Privadas (Redes Corporativas de Empresas), en grupo cerrado de usuarios (Radiotaxis) o abiertas al público (Telefonía Tradicional). Pág. 747.

Al ser considerado el *espectro radioeléctrico* como un bien del dominio público de la Republica, su uso y explotación quedan reservados exclusivamente a quienes cuenten con la respectiva concesión,⁽⁵⁾ es decir, a quienes una vez cumplido todos los requisitos señalados en la Ley, sean autorizados para explotar y usar el bien de dominio público; pudiéndose hallar habilitados, tanto los sujetos de derecho público, como de derecho privado. Y así tenemos, que la **Sentencia N° 537** del 12 de Junio 2000 explica:

...De manera específica, se establece como el bien del dominio público de la República: el espectro radioeléctrico, definido por la propia *Ley in comento* en su Artículo 4, como el conjunto de ondas electromagnéticas cuya

(4) Ley orgánica de Telecomunicaciones publicada en Gaceta Oficial N°39.610 del 07 de Febrero de 2011. Artículo 10: El significado de los términos empleados en ésta Ley, o en sus Reglamentos, y no definidos en ellos, será aquél que asignen convenios o tratados internacionales, suscritos y ratificados por la República, en especial, las definiciones adoptadas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT). Y en defecto de éstas, las normas establecidas en el respectivo Reglamento.

(5) Cfr. Artículo 7 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

frecuencia se fija convencionalmente por debajo de *Tres Mil GigaHertz* (3000GHz), y que se propagan por el espacio sin guía artificial, para cuyo uso y explotación, deberá contarse con la respectiva concesión...

Lo que supone una superación del esquema de monopolio natural del sector que es realizado por el propio Estado; quien limita el acceso y la explotación de la iniciativa privada de éste sector económico fuertemente regulado, dejando de ser por completo un servicio público tradicional, para expandirse alcanzando un notable fenómeno mundial de liberalización del mercado de las Telecomunicaciones.

83

El otorgamiento de las concesiones, trae consigo el pago de parte del beneficiario, de unas retribuciones concesionarias al Estado, a través de instituciones especiales, por el hecho simple de ser beneficiarios de un espacio cuya actividad genera un beneficio de carácter económico, donde el pago se realizará, de acuerdo al dominio de la porción concedida del espectro, por un periodo de 15 años, o prorrogables por periodo igual.⁽⁶⁾

Ahora bien, el citado beneficio de tipo económico, supone un enriquecimiento, es decir, una obtención de la riqueza, por el simple hecho de percibir una retribución por la misma explotación del *Espacio Radioeléctrico*. Lo que supone, una clara manifestación de la capacidad contributiva, que lleva al Estado, a pechar, o establecer mecanismos que permitan recibir por parte del propio beneficiario, una contribución o retribución por su enriquecimiento.

Encontrando entonces, que los sujetos, que desempeñan actividades en el Sector de las Telecomunicaciones, serán gravados con unos tributos especiales, siempre que éstos se encuentren tipificados expresamente en la LOTEL, pero, sin perjuicio de aplicar a dichas actividades, los tributos tipificados en otras Leyes, a los operadores económicos del Sector, como cabe destacar, la Ley de Impuesto Sobre la Renta y la Ley del Impuesto al Valor Agregado.

De tal modo que si, la CONATEL posee en su condición de autoridad reguladora poderes administrativos regulatorios, y de dirección administrativa sobre las Empresas de Telecomunicaciones. Sin embargo, ésta Administración Independiente, también unos poderes administrativos de supervisión, que pueden traducirse formalmente en técnicas de Inspección y Fiscalización. **Giraud** (2002) piensa:

Que el Artículo 48 del RI-2000 atribuye de una forma específica la competencia para perpetrar inspecciones, y fiscalizaciones, así como, otras actuaciones que CONATEL considere necesarias para dictar la orden de interconexión del servicio universal, o, el cumplimiento de cualquier otro deber. Pág. 128.

Es decir, que la actividad administrativa de la referida Comisión Nacional de Telecomunicaciones no se queda en una solicitud de información por más amplia que ella sea, puede ir, y revisar, las situaciones in situ, y realizar las pruebas técnicas que estime conveniente, de manera, que ésta pueda

(6) Cfr. Artículo 21 LOTEL.

constatar, y contrastar, esa información suministrada por los Operadores Económicos de las Telecomunicaciones. Aunque, cabe decir, que CONATEL como autoridad reguladora puede decidir cualquier asunto según los lapsos establecidos en la Ley. Y que dicha Ley establece, un lapso máximo de 60 días para decidir a modo definitivo, cualquier asunto. De suma importancia es la reflexión del experto **Giraud Torres** (2002) al decir:

...que nada señaló el Legislador en relación con el plazo que tenían las partes para someter las controversias ante el Ente Regulador. Es por ello, que el **RI-2000** dejó el establecimiento de dicho plazo a las mismas partes, pero limitándolo a un máximo de 60 días contiguo. Pág. 131.

Y aunque, la esencia político-ideológica de la Legislación Venezolana en materia de Telecomunicaciones es la liberación, o mejor dicho, la desregulación. Hernández (2004) revalida “La esencia del sistema jurídico patrio en su función intervencionista del Estado, a fin de garantizar la efectiva satisfacción jurídica de los *derechos constitucionales prestacionales* que se encuentran contemplados en la Constitución, con gran prolijidad en la Constitución de Venezuela.” Pág. 59. Y una especial atención merece, en este sentido, la protección de los consumidores y usuarios como título habilitante básico que justifica la ordenación y limitación de la Libre Iniciativa Privada. Ya que el ejercicio de esa libre iniciativa se orienta, fundamentalmente, a satisfacer necesidades de otras personas: los *consumidores* y *usuarios*. En este orden de ideas, Hernández (2004):

Cuando tales necesidades atañen al núcleo mismo del Estado Social, es decir, cuando se trata de necesidades fundamentales para la convivencia social, la Administración Pública se encuentra habilitada - conforme a las específicas prescripciones legales aplicables- a asegurar que éstas sean satisfechas, adecuadamente, tal y como ocurre en los mercados liberalizados en común en España y Venezuela, con la figura del servicio universal. Págs. 60-61. limitándolo a un máximo de 60 días contiguo. Pág. 131.

No obstante, cabe destacar, que los Consumidores y Usuarios también pueden tener el Derecho, constitucionalmente reconocido, a obtener la adecuada satisfacción de esas necesidades: *ocurre así con los Derechos Prestacionales*. Así lo demuestra por ejemplo, la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 07 de Marzo de 2002, relativa al Servicio Universal de los Derechos de los Usuarios en Relación con las Redes y los Servicios de Comunicaciones Electrónicas (DOCE L108 del 24 de Abril de 2002).

2. El Sistema Tributario de las Telecomunicaciones.

El **Título IX** de la Ley está referida “**De los Impuestos, Tasas y Contribuciones**”, que gravan especialmente a las actividades de las Telecomunicaciones realizadas en el territorio nacional. Dicho **Título IX**, ha

tenido por finalidad, de regular ordenadamente a los tributos especiales, que desde el año 1918 han venido gravando progresivamente, pero en forma sumamente rudimentaria, y con escasa técnica tributaria, las actividades de Telecomunicaciones, que fueron apareciendo con el avance tecnológico. Ruan (2005) destaca:

...en esa normativa promulgada en el año 2000, el propósito legislativo de adoptar una estructura impositiva muy simple, que se encuentra basada en la imposición a los ingresos brutos de los operadores económicos dedicados a las Telecomunicaciones, y que ya venía siendo adoptada en las grandes concesiones de telefonía celular, mediante cláusulas de naturaleza contractual de dudosa legalidad, frente a las escuetas fórmulas del Artículo 15 de la Ley de 1940. Pág. 31.

Sin embargo, también destacan también las complejas formulas adoptadas para la determinación de algunos *Tributos-Tasas* en ese **Título de la LOTEL**, cuya precisión, fue delegada por el Legislador a la Potestad Reglamentaria del Ejecutivo Nacional, y en ciertos casos, a las regulaciones sub-legales emanadas **CONATEL**. De igual modo, Ruan (2005) indica:

Que no podemos dejar de apreciar *el objetivo no disimulado de gravar directamente un indicio de riqueza*, como son los ingresos brutos de un sujeto o empresa, con independencia de los egresos incurridos en su obtención, para evitar la necesidad de utilizar un concepto depurado de renta que, no obstante, *ser éste último más compatible con el principio de la capacidad económica del contribuyente*, que permita proceder con mayor simplicidad y rapidez a la determinación y recaudación del tributo, en forma similar, a como lo hacen los Municipios con el Impuesto a las Actividades Económicas. Pág. 32.

Y ciertamente, cabe decir, que esa misma falta de técnica jurídico-tributaria en la tipificación de los tributos especiales de las Telecomunicaciones, aplica para la gran cantidad de los tributos de la Ley, y de todos los Impuestos Especiales, que gravan esas actividades, porque la existencia y dimensión de esos ingresos dan lugar al criterio o parámetro de medición o cuantificación de los hechos imposables, representados por la prestación de Servicios de Telecomunicaciones al público con fines de lucro.

Pero que desafortunadamente no revela la verdadera capacidad de pago del contribuyente, sino que éste constituye una simple aproximación, muy protuberante. Y frecuentes, han sido, los conflictos surgidos con respecto a ese concepto en la interpretación y aplicación de la LOTEL por parte de CONATEL, y de los operadores, de las Telecomunicaciones.

En este sentido, **Ramírez-Orlando** (1995):

Aunque por norma general, el valor o importe del ingreso respectivo al precio pactado, desde el punto de vista de la realidad económica, el Ingreso debe representar, el elemento del activo lo constituyen los flujos netos de efectivo o equivalentes esperados. Los descuentos, las bonificaciones, y otras concesiones otorgadas a los clientes, acortan, ese flujo esperado de recursos, y por ende, disminuyen, el valor de los ingresos. Págs. 121 y ss.

Sin embargo, cabe destacar, de una nota de suma importancia, a los efectos de la tributación del Sector Económico de las Telecomunicaciones, pues de acuerdo a la Ley, y en especial, del Artículo 16 del Reglamento Ejecutivo Sobre Los Tributos de la Ley, se definen restrictivamente el concepto de ingreso bruto, a los efectos de la tributación especial sobre las actividades de Telecomunicaciones, porque no entran a formar parte de la base imponible, todos los ingresos, sino sólo aquéllos, que deriven la actividad autorizada por CONATEL. Y de hecho los artículos 147, 148, 149, 151 y 152 de la LOTEL estampillan, que los ingresos brutos gravables “*son los derivados de la explotación de tales servicios,*” esto es, “*los Servicios de Telecomunicaciones con fines de lucro.*” Y de hecho, el **Artículo 2.7 Reglamento de Tributos** dice: “*Porción del ingreso bruto contable sujeta a la alícuota impositiva.*”

Donde se aclara, que no todo ingreso es gravable, sino sólo aquella parte sujeta a la alícuota impositiva. Aunque, hay contradicciones. Y lo imprime de una manera muy excelsa, con el Artículo 2.13 de ese Reglamento, **Ruan** (2005) “*actividades prestacionales dirigidas a satisfacer necesidades de Telecomunicaciones, a través de la operación de una Red de Telecomunicaciones, y de la realización de las actividades complementarias, que sean normales, y necesarias para tal fin.*” Pues resulta, que no toda actividad conexas con la Telecomunicación, es una actividad económica autorizada por CONATEL, pues a veces dichos operadores económicos, no han sido habilitados administrativamente.

Ahora, si bien es cierto, que el Sistema Tributario de Telecomunicaciones queda articulado en CONATEL como su Autoridad Reguladora, y en especial como estructura organizativa, que efectúa las técnicas de fiscalización para verificar el cumplimiento y la aplicación de los procedimientos y normas tributarias, con el propósito de controlar la evasión, procurando la aplicación del principio de equidad y justicia tributaria, a todos los operadores de las Telecomunicaciones, sin distingo alguno, al momento de realizar la Fiscalización. Y dicha autoridad reguladora cumple con una función policial natural, en ese específico sector económico fuertemente regulado por medio de un conjunto de poderes de tipo administrativo, que terminan traducándose en un íntegro conjunto de técnicas jurídico-administrativas, que según Dromi (1986):

Es el establecimiento del control directo o indirecto que ejerce el Estado sobre la producción y demás actividades vinculadas a la Economía, el cual tiene su génesis constitucional en los derechos de ejercer toda industria lícita y comerciar, tratándose más específicamente para el tema que ocupa nuestro análisis, de la policía de servicios públicos privatizados, que es conducida, esencialmente en cada caso, en particular, por los entes reguladores. Pág. 268.

Así, Padrón (2005) detalla “que la única especialidad que contiene la LOTEL en materia de fiscalizaciones, es la asignación de la función específica a un Instituto Autónomo (A CONATEL), puesto que las normas que las regulan son las que, en términos generales, establece el Código Orgánico Tributario.” Págs. 102-103.

No obstante, que el concepto de policía administrativa, o mejor dicho, de actividad administrativa, no posee dentro del campo total del Derecho, una particularidad jurídica positiva que le confiera un ámbito de independencia (como el empleo de la coacción, o la conservación del orden público), pues esas notas son igualmente de aplicación, a otras funciones reconocidamente como no policíacas. En este sentido, se entiende por policía administrativa según Rivero (1984) “*El conjunto de intervenciones de la Administración que tienden a imponer a la libre acción de los particulares, la disciplina exigida por la vida en sociedad, en el marco tratado por el Legislador,*” o como dice Bandeira (2002):

La actividad administrativa expresada en actos normativos concretos, de condicionar, o con fundamento en su supremacía general, y en forma de Ley, la libertad y la propiedad de los individuos, mediante acción, bien fiscalizadora, bien preventiva, o bien represiva, imponiendo coercitivamente a los particulares un deber de abstención (*non facere*), a fin de conformar sus comportamientos a los intereses sociales consagrados en el sistema normativo. Pág. 712.

Vale decir, que según Lares (1996):

Es la actividad estatal mediante la cual, con el objeto de asegurar el mantenimiento del orden público, se imponen las restricciones necesarias a la libertad personal y a la propiedad de los administrados, pero también se denomina “policía administrativa” en sentido orgánico, a los cuerpos armados, cuyo cargo está el cumplimiento de aquella actividad, dado que la actividad de policía administrativa involucra la potestad para adoptar decisiones limitativas de los derechos de los particulares, correspondiéndole a los cuerpos o fuerzas de policía, la ejecución material de esas decisiones, de manera coactiva o no. Pág. 255.

Pero, la *Policía Administrativa* como técnica de condicionamiento administrativo estatal, supone necesariamente, o una *relación de sujeción general*, o una *relación de especial sujeción*, dependiendo del caso. En el caso del Derecho de las Telecomunicaciones, la relación jurídica entre CONATEL y los operadores económicos del sector, es de especial sujeción, pues la supremacía general, no es más que la propia supremacía de las Leyes en general, concretizadas, a través de actos de la Administración, y que se contraponen a la supremacía especial, que se da, cuando existen unos vínculos específicos entre el Poder Público, y unos determinados sujetos, esto es, *las relaciones especiales de sujeción*.

Y dicho concepto jurídico de la *policía administrativa*, es uno de los principios generales, que inspiran, y presiden a la organización económica de cada país, en cada momento de su historia, de principios jurídicos, que no son inmutables, ni totalmente permanentes, pues se presentan, como el resultado de una serie de condicionamientos, que son debidos, al influjo de factores sociales, políticos y culturales. Urdaneta (2004):

Forma parte del orden público económico, concepto que no sólo está constituido por las actividades del Estado, dirigidas a conformar, que no sólo está constituida por las actividades estatales, dirigidas a conformar económicamente la sociedad, sino también por las directrices básicas con arreglo a las cuales, en un momento dado históricamente, se asienta la estructura y el sistema económico de ésta misma sociedad. Pág. 61.

Ahora, para el autor Villegas (1992) “El sistema tributario se entiende como el conjunto de tributos vigentes en un país, en una determinada época.” Págs. 513-514. Es decir, que el *Sistema Tributario Especial de las Telecomunicaciones* se entiende, como el conjunto de gravámenes legalmente instaurados, y que afectan a la actividad económica realizada por el contribuyente, en una determinada época. Y en cuyo cambio efectivo, estará ligado a la variación legislativa y a las situaciones de cambio social, que sufra el Estado, siempre que permanezca, bajo la relación de la sujeción especial con CONATEL, como la autoridad reguladora del Sector. Y eso, naturalmente incluye, a la recaudación impositiva, de cuanto tributo sea creado por una Ley del Sector Económico Fuertemente Regulado; que, justamente, queda así configurado, *como de fuertemente regulado*, por la recaudación de tributos especiales, junto a los tributos generales, o básicos (Tipo ISLR), para cualquier miembro del Sector Privado. En este sentido, Cevallos (2005) dice:

CONATEL actúa como Administración Tributaria Nacional Especial en el procedimiento de Fiscalización. Y comprobará, el cumplimiento de las obligaciones tributarias, la procedencia de las devoluciones o de recuperaciones, de acuerdo al procedimiento de recuperación de los tributos, y en su caso, señalará los incumplimientos constatados, todo ello de acuerdo, al procedimiento fiscalizador del Código. Pág. 123.

Pero Parilli Espinoza (2013) afirma “En ese respecto, conviene apuntar que existen principalmente dos justificaciones para que el sector licorero sea de aquéllos intensamente regulados: la protección a la salud humana y el régimen fiscal en torno a dicha industria.” Pág. 12. En este sentido, el ambivalente sentido regulatorio de la Ley Orgánica de las Telecomunicaciones (LOTTEL) con el Derecho a la Libertad Económica de los operadores económicos y el Derecho a la Libertad de Expresión de los Usuarios viene enmarcado no sólo con fines de protección a la salud psicológica, sino también del orden público económico, y, del tributar por prestar un servicio público universal a través de un bien de dominio privado del Estado. Denotando así, que las Telecomunicaciones es también un *Sector Económico Fuertemente Regulado en Venezuela*, ya que cuenta con *tributos especiales: impuestos especiales, tasas especiales y contribuciones parafiscales especiales*.

El Sistema Tributario, que arropa a las Telecomunicaciones, ha llevado cardinales cambios, desde el comienzo del régimen tributario establecido con la Ley de Teléfonos y Telegramas del 10 de Enero de 1917, cuya modificación llegó al año siguiente con la Ley de Telégrafos y Teléfonos del 27 de Junio de 1918⁽⁷⁾ que preveía como tributos:

(7) Publicada en Gaceta Oficial N° 13.487. Y que será modificada luego por la Ley de Telecomunicaciones de 1936.

Artículo 22: Toda empresa telefónica establecida con anterioridad a la presente ley, y cuyo contrato no la exonere del pago de impuesto nacionales, o que se establezca en lo sucesivo al servicio público para comunicar poblaciones, ligadas o no, por líneas nacionales, está afectada al pago de un impuesto nacional, que se cobrará en proporción al movimiento de conexiones entre las mismas poblaciones. Unico. El impuesto nacional no excluye el derecho de las Municipalidades a cobrar a las mismas Empresas patentes de industria y cualquiera otro impuesto que les corresponda. **Artículo 23.** Las líneas telefónicas particulares estarán afectadas al pago de un impuesto nacional, que no excederá de un bolívar por km por año.

Se observa, que la mencionada Ley tipificaba dos impuestos de carácter nacional, sin limitar el Derecho a la municipalidad de cobrar a las mismas empresas, el Impuesto de Patente de Industria, y cualquier otro Impuesto que correspondiera. Contribuyendo con esto, al desarrollo de los Municipios.

El *Sistema Tributario de las Telecomunicaciones* continuó presentando reformas, y siguieron gravándose nuevas situaciones jurídicas, hasta llegar a la actualidad, en la que se utiliza como base imponible⁽⁸⁾ el enriquecimiento neto de las empresas dedicadas a esta actividad económica, y se plantea dentro de la LOTEL, la clasificación tradicional de los tributos, es decir, la LOTEL tipifica impuestos, tasas y contribuciones especiales, basadas en la causa final de cada especie tributaria.

Se puede apreciar, cómo se pasó del establecimiento de un Impuesto de carácter nacional, a un sistema complejo que permite gravar con tributos especiales (*establecidos en la LOTEL*), sin excluir a los tributos generales establecidos en leyes tributarias a la actividad dedicada a explotar el uso de las telecomunicaciones.

Antes de analizar cada tributo especial que se encuentra establecido en LOTEL, se considera oportuno, definir qué se entiende por tributo, y, definir la categorización tradicional de los mismos.

En palabras de Sainz (1993) se entiende por tributo “la obligación de realizar una prestación pecuniaria en favor de un ente público para subvenir a las necesidades de éste, y que la Ley hace nacer directamente de la realización de ciertos hechos que ella misma establece.” Pág. 171⁽⁹⁾, es decir, tributo es el instrumento mediante el cual los entes públicos, obtienen ingresos, haciendo surgir en las personas naturales o jurídicas, la obligación de pagar sumas de dinero, cuando se dan los supuestos tipificados en la ley.

Las características de los tributos según la **Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ en fecha 28 de Noviembre de 2011**, son las siguientes:

- 1.- Son debidos a un ente público: por cuanto es el sujeto activo de la relación jurídica tributaria, y en definitiva es el órgano titular del crédito.
- 2.- Son coactivos: porque se consideran obligaciones que surgen con independencia

(8) Sainz, F. (1993) “El Parámetro Constituido por una Suma de Dinero, o por un Bien Valorado en Términos Monetarios.” Págs. 261. “Lecciones de Derecho Financiero.” 10a Edición. Universidad Complutense de Madrid. Madrid España

(9) *Ibidem*.

de la voluntad del contribuyente, por ministerio de la ley, cuando se da el supuesto de hecho previsto en ella. 3. Se establecen con el fin de procurar los medios precisos para cubrir las necesidades financieras de los entes públicos: su finalidad no es otra que el sostenimiento de los gastos públicos.

Atendiendo a ésta **Sentencia**, puede observarse que éste Tribunal entiende por *Impuestos*:

aquel ingreso exigido sin contraprestación, cuyo hecho generador está constituido por negocios, actos, o supuestos de naturaleza jurídica o económica que ponen de manifiesto la capacidad contributiva del sujeto pasivo (obligado por ley al pago del tributo), como consecuencia de la posesión de un patrimonio, la circulación de bienes o la adquisición o gasto de la renta, y cuya característica primordial que lo diferencia de las otras especies de tributos, es que la materia gravada resulta independiente de toda actividad del Estado respecto del contribuyente, es decir, se adeuda por el simple acaecimiento del presupuesto de hecho previsto en la norma, indistintamente del destino concreto que la ley le haya asignado.

En palabras más sencillas, Ferreiro (2001) es “una prestación pecuniaria exigida por el Estado con el fin de procurarse ingresos para satisfacer las necesidades públicas” Pág. 44,⁽¹⁰⁾ queda claro, que los impuestos son prestaciones pecuniarias a favor del ente público, por el simple hecho de que se configure el supuesto establecido en la ley, sin que nazca la obligación por parte del sujeto activo de prestar algún servicio.

Así, volviendo la **Sentencia del 28 de Noviembre de 2011 la Sala Constitucional del TSJ** define las *Tasas* como:

Aquellos tributos cuyo hecho imponible consiste en la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho Público que se refieran, afecten o beneficien a los sujetos pasivos cuando concurren las siguientes circunstancias: i) que sean de solicitud o recepción obligatoria por los administrados y ii) que no puedan prestarse o realizarse por el sector privado, en tanto impliquen intervención del ejercicio de autoridad, o porque con relación a dichos servicios este establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.

Las **Tasas** suponen el derecho del sujeto pasivo a recibir por parte del Estado una contraprestación, que equivale a un servicio público, donde las tasas ocasionan en el sujeto activo, la obligación de desplegar una conducta a favor del contribuyente. Por último, en cuanto a las **Contribuciones Especiales**, ésta Sentencia considera que son:

Aquellos tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención por el sujeto pasivo de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes, como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos. Es por ello que las contribuciones especiales son comúnmente

(10) Ferreiro, J. (2001) “Los Elementos Constitutivos de la Obligación Tributaria en Andrea Amatucci.” Tratado de Derecho Tributario. Tomo II. La Relación Jurídico-Tributaria. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia.

clasificadas por la doctrina en dos (2) grupos, a saber: i) contribuciones por mejoras, aquellas cuyo presupuesto de hecho contiene una mejora, un aumento de valor de determinados bienes inmuebles, como consecuencia de obras, servicios o instalaciones realizadas por los entes públicos; y ii) contribuciones parafiscales o también llamadas por gastos especiales del ente público, que son aquellas en las que el gasto público se provoca de modo especial por personas o clases determinadas. Es decir, que son exacciones recabadas por cierto entes públicos para asegurar su financiamiento autónomo, y tienen como características primordiales que: a) No se incluye su producto en los presupuestos estatales; b) No son recaudadas por los organismos específicamente fiscales del Estado; c) No ingresan a las tesorerías estatales, sino directamente en los entes recaudadores y administradores de los fondos.⁽¹¹⁾

Se puede apreciar entonces, como dentro de las Contribuciones Especiales, se realiza una división en dos grupos, siendo el Segundo de estos al que hace referencia la LOTEL, por tipificar dentro de su régimen tributario, una contribución que tiene como objeto contribuir con el caudal presupuestario de CONATEL.

Una vez que se tiene claro, que debe entenderse por un tributo, y se conoce la clasificación tradicional, o *la división tripartita de los mismos*, se puede ver, el régimen tributario especial, que se halla tipificado en LOTEL, y, que es estimado, o calificado, como tributos especiales, que deben pagar comerciantes u operadores económicos, que desempeñan las actividades económicas de las Telecomunicaciones.

3.- Régimen Tributario Contemplado en la LOTEL.

Se observa dentro de LOTEL como el Legislador nacional, realiza una ordenación sistemática a partir del Título XI De los Impuestos, Tasas y Contribuciones Especiales, apegada a la clasificación tradicional de los tributos, que ha sido desarrollada en el Artículo 133⁽¹²⁾ de la Constitución, siguiendo la recomendación del Modelo de Código de Tributación OEA-BID, que plantea definiciones de cada una de las clasificaciones.⁽¹³⁾

Ahora bien, LOTEL estipula que los operadores de telecomunicaciones se hallan sujetos al pago de diferentes tributos. Ruan (2009) plantea de forma clara, cada una de las contraprestaciones a las que se halla sujeto el operador así:

Los operadores de telecomunicaciones se encuentran sujetos actualmente al pago de un precio por la obtención de la concesión para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, así como también para el acceso y utilización del recurso orbita-espectro, cuyo monto es fijado mediante subasta y destinado al Fisco Nacional, previa deducción de los gastos incurridos por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) en el proceso de oferta pública; también se encuentran sujetos al pago de numerosas y costosas tasas de tramitación relativas a homologación y certificación de equipos; otorgamiento, renovación, modificación o

(11) Sentencia de Fecha 28 de Noviembre de 2011 de la SC-TSJ.

(12) "Toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la Ley."

(13) Define Impuestos en su Artículo 15; las Tasas en Artículo 16 y, las Contribuciones Especiales en Artículo 17.

traspaso de concesiones, habilitaciones y autorizaciones, inspecciones técnicas obligatorias y numeraciones; deberán pagar además los impuestos a los servicios de telecomunicaciones, la contribución especial para el funcionamiento de CONATEL, la tasa por administración y control, del espectro radioeléctrico, la contribución al Fondo de Servicio Universal y la contribución al Fondo de Investigación y Desarrollo de las Telecomunicaciones; adicionalmente, deberán pagar los tributos generales que gravan las actividades económicas, como son el impuesto sobre la renta, el impuesto al valor agregado, el impuesto municipal sobre las actividades económicas, el tributo de las grandes empresas establecido en la Ley orgánica de Ciencias, Tecnología e Innovación y las contribuciones de la parafiscalidad social. Pág. 172.



Como puede verse, son varias las contribuciones que debe realizar quien es idóneo para explotar el espacio radioeléctrico dentro del territorio venezolano. Esto es posible, gracias a la extraordinaria rentabilidad de las Empresas que lideran el sector. Pasando ahora, a analizar los tributos especiales que se encuentran establecidos en LOTEL. Que sigue una estructura impositiva muy simple, basada en la incidencia sobre los ingresos brutos de los operadores de telecomunicaciones. De acuerdo con el Título XI de LOTEL, se encuentran los siguientes tributos:

1.- El Impuesto de Radiodifusión Sonora y Televisión Abierta (Artículo 146 Lotel):

Es un Impuesto, que deberán pagar al Fisco Nacional, quienes presten servicios de radiodifusión sonora o de televisión abierta. Siendo la alícuota de éste impuesto del (1%) de sus ingresos brutos, derivados de la explotación de tales servicios.

2.- El Impuesto de Telecomunicaciones (Artículo 146 Lotel):

Es un Impuesto que deberán pagar al Fisco Nacional, quienes presten servicios de telecomunicaciones o realicen cualquier actividad de telecomunicaciones con fines de lucro. La alícuota impositiva en éste tributo será del (2,3%) de sus ingresos brutos por la explotación de dichos servicios. Éste impuesto, se liquidará y pagará trimestralmente, los primeros quince días continuos siguientes a cada trimestre del año calendario, y se calculará sobre la base de los ingresos brutos correspondientes al trimestre anterior, asimismo se cancelará el impuesto anterior.

3.- El Impuesto por la Provisión de Capacidad Satelital (Artículo 146 Lotel):

Es un Impuesto que deberán pagar a la Republica, quienes exploten los recursos orbitales, y las porciones del espectro radioeléctrico asociadas, y que provean capacidad satelital con fines de lucro a operadores autorizados para la prestación de los servicios de Telecomunicaciones a terceros. La alícuota de éste impuesto será del (0,5%) sobre el monto facturado o pagado a éstos, por concepto de provisión de capacidad satelital.

Este tributo se liquidará y pagará anualmente dentro de los cuarenta y cinco días continuos siguientes al vencimiento del año calendario que concierne. Los proveedores de capacidad satelital, estarán sujetos únicamente al pago del tributo establecido en el presente Capítulo. La provisión de capacidad satelital constituirá hecho imponible de éste Impuesto, aún cuando se haya contratado, perfeccionado o pagado en el exterior, y aunque el proveedor de la misma no se encuentre domiciliado en la República.

4.- La Contribución al Funcionamiento de CONATEL (Artículo 147 LOTEL):

Es una Contribución Especial, que deberán pagar a CONATEL, quienes presten servicios o realicen actividades de Telecomunicaciones con fines de lucro. El producto de ésta contribución formará parte de los ingresos propios de la Comisión Nacional para su funcionamiento. La alícuota será del (0,50%) de los ingresos brutos, derivados de la explotación de dicha actividad. Esta contribución especial, se liquidará y pagará trimestralmente en los primeros quince días continuos siguientes a cada trimestre del año calendario. Y se calculará sobre la base de los ingresos brutos correspondientes al trimestre anterior.

5.- TACER o Tasa por Concepto y Administración del Mismo (Artículo 148 LOTEL):

Es una Tasa que deberán pagar a CONATEL, quienes exploten o hagan uso del espectro radioeléctrico, por concepto de la administración y control del mismo. Y que no excederá el (0,5%) de sus ingresos brutos. Ésta tasa se liquidará y pagará anualmente dentro de los primeros cuarenta y cinco días continuos del año calendario. En el caso de los Servicios de Radiodifusión Sonora y de Televisión Abierta, éste porcentaje no excederá de (0,2%) de sus ingresos brutos, nacidos de la explotación de tales servicios.

El Reglamento de la Ley, definirá el Modelo para el cálculo de dicha Tasa, en función de los siguientes criterios: frecuencias y ancho de banda asignados, extensión del área geográfica cubierta, y la población existente en la misma, tiempo por el cual se haya otorgado la concesión y modalidad de uso. Y CONATEL dará al Fisco Nacional, el cincuenta por ciento (50%) del monto resultante por éste concepto, y el resto formará parte de los ingresos propios de la Comisión.

6.- Tasa por Administración de Nombre de Dominio (Artículo 148 Lotel):

La Administración de Nombres de Dominio causará el pago de una tasa anual a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones por un monto de una Unidad Tributaria (1 U.T.). Quedan exentos del pago de la Tasa por la administración de los nombres de dominio, cuando éstos hayan sido solicitados por entes u órganos del Estado. Y se encuentran exentos del pago de estos tributos, los órganos y entes de la administración central y descentralizada funcionalmente de la República, los Estados y los Municipios.

7.- Aporte al Fondo de Servicio Universal (FSU) (Artículo 150 Lotel):

Es una Contribución Especial a cargo de quienes presten los servicios o, realicen las actividades de telecomunicaciones, con fines de lucro. Y deberán aportar al Fondo de Servicio Universal el uno por ciento (1%) de sus ingresos brutos. Los prestadores de servicios de radiodifusión sonora o de televisión abierta, quedan exceptuados de ésta obligación, sólo por los ingresos brutos que obtengan por dichas actividades.

Éste aporte se liquidará y pagará trimestralmente, dentro de los primeros quince días continuos siguientes a cada trimestre del año calendario y se calculará sobre la base de los ingresos brutos correspondientes al trimestre anterior.

8.- Aporte al Fondo de Investigación y Desarrollo de Telecomunicaciones (FIDETEL) (Artículo 151 Lotel):

Es una Contribución Especial a cargo de quienes presten servicios, o realicen las actividades de telecomunicaciones con fines de lucro, mediante el aporte del medio por ciento (0,50%) de sus ingresos brutos. Los prestadores de servicios de radiodifusión sonora o de televisión abierta, quedan exceptuados de ésta obligación, sólo por lo que respecta a los ingresos brutos que obtengan por dichas actividades. Éste aporte se liquidará y pagará trimestralmente, los primeros 15 días continuos siguientes, a cada trimestre del año calendario y se deducirá de la base de los ingresos brutos respectivos, al trimestre anterior.

9.- Tasas de Tramitaciones (Artículo 152 Lotel):

Los trámites previstos en la LOTEL causaran el pago de tasas que no podrán ser superiores a 4.000 Unidades Tributarias, ni inferiores de 100 Unidades Tributarias. El Reglamento de la Ley, discriminará el monto de las tasas aplicables por cada uno de los aspectos enunciados, dentro de los límites establecidos en éste artículo.

Todos los tributos dichos tienen como supuesto de hecho gravable la prestación en, o desde el territorio nacional de servicios de telecomunicaciones con fines de lucro, están caracterizados por gravar el ingreso bruto del operador, o sujeto encargado de explotar el espacio radioeléctrico; con respecto al destino de la recaudación se observa, como en ocasiones éstas van directamente al Fisco Nacional, y en otras ingresan en otro patrimonio separado de carácter público, como es el caso de los tributos que se pagan directamente a CONATEL. Asimismo, se debe destacar, que cada uno de los tributos señalados en la LOTEL está sometido a la modalidad de la autoliquidación, según lo establecido en el Artículo 156 de la Ley.

Ahora bien, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones ejercerá las facultades y deberes que atribuye el Código Orgánico Tributario a la Administración Tributaria, en relación con los tributos establecidos en ésta Ley. Lo que quiere decir, que en lo que respecta a los procedimientos administración de Inspección, Verificación y Fiscalización que deban llevarse a cabo para corroborar el pago, o la determinación de la obligación tributaria, serán realizados por los funcionarios de CONATEL.

4. El Procedimiento de Fiscalización de los Tributos Establecidos en la LOTEL.

En vista que los tributos establecidos en la LOTEL tienen un carácter nacional, lo atinente al procedimiento de fiscalización y determinación de la obligación tributaria prevista en el Código, es de aplicación directa a los impuestos, tasas y contribuciones especiales previstas en la Ley Especial. Todo ello por la disposición de su Artículo 153. Y que prevé, que las atribuciones y los deberes atinentes a la Administración Tributaria serán ejercidas por CONATEL, conexo con el Artículo 1 del Código.⁽¹⁴⁾ En este sentido Díaz (2005) dice:

Este procedimiento tiene aplicación directa, cuando obligatoriamente el sujeto activo de la relación jurídica tributaria debe encaminar su actuación destinada a la determinación de oficio de la obligación tributaria, a través del procedimiento previsto a tal efecto por el COT. Así, el procedimiento que se analiza es aplicable en forma principal y directa, a los siguientes entes con facultades de fiscalización y determinación tributaria (...) A los establecimientos de Derecho Público nacionales de carácter institucional.⁽¹⁵⁾

Como resultado de lo antes expuesto, se puede desprender que el procedimiento de fiscalización y determinación de la obligación, que realizarán los funcionarios de CONATEL, será el previsto en la **Sección Sexta, del Capítulo III, correspondiente al Título IV, el Procedimiento de Fiscalización y Determinación**. Que constituye el tercer procedimiento nominal de éste Título, y dispone de diecisiete (17) Artículos, que van desde el Artículo 187, hasta el 203.

El Procedimiento de Fiscalización es ejecutado por la Administración Tributaria, o en éste caso por CONATEL, con la finalidad de determinar, si se realizó de manera apropiada el cálculo de la obligación tributaria. Y que de no ser así, se intima a que el contribuyente pague al ente receptor, lo adeudado.

Todo Procedimiento de Fiscalización como establece el Artículo 188 COT, inicia con una Providencia de la Administración Tributaria del domicilio del sujeto pasivo, en que se indicará con toda precisión el Contribuyente o Responsable, tributos, períodos, y, en su caso, los elementos constitutivos de la base imponible a fiscalizar, identificación de los funcionarios públicos actuantes, así como cualquier otra información que permita individualizar las actuaciones fiscales.

La Sala Político Administrativa del TSJ en **Sentencia N° 583** de fecha 17 de Mayo de 2017, estableció que:

La Providencia deberá notificarse al contribuyente o responsable, y autorizará a los funcionarios de la Administración Tributaria en ella señalados al ejercicio de las facultades de fiscalización previstas en este Código y demás disposiciones de carácter tributario, sin que pueda exigirse el cumplimiento de requisitos adicionales para la validez de su actuación...

(14) "Las disposiciones de este Código Orgánico son aplicables a los tributos nacionales y a las relaciones jurídicas derivadas de esos tributos..."

(15) Díaz, H. (2005) citado por Sánchez Gonzales, Salvador. "El Procedimiento de Fiscalización y Determinación de la Obligación Tributaria." Fraga, Sánchez & Asociados, Colección Estudios 3. Caracas, Venezuela.

Se entiende entonces, que la Providencia emanada por el Ente fiscalizador, tiene un carácter de garantía para el contribuyente. En vista, que deberá establecer de manera expresa, el domicilio, el contribuyente, el periodo, el tributo y en todo caso el elemento constitutivo de la base imponible a fiscalizar. La Providencia faculta al funcionario para que ejecute la acción, y a su vez, le limita su rango mismo de acción, con el fin de evitar se realicen arbitrariedades.

Toda Fiscalización abrirá expediente en el que se incorporara la documentación que soporte la actuación de CONATEL, dejando constancia de los hechos u omisiones que se hubieren apreciado, y a los Informes sobre cumplimientos o incumplimientos de normas tributarias.

Finalizada la Fiscalización, se levantara un Acta de Reparación, la cual se le notificará al contribuyente. El Acta de Reparación hará plena fe, mientras no se exponga lo contrario. Y la misma contendrá los siguientes requisitos:

1.- Lugar y fecha de emisión 2.- Identificación del contribuyente o responsable. 3.-Indicación del tributo, periodos fiscales correspondientes y, en su caso, los elementos fiscalizados de la base imponible. 4.-Hechos u omisiones constatadas, y métodos aplicados en la fiscalización. 5.-Discriminación de los montos por conceptos de tributos, a los únicos efectos del cumplimiento de lo previsto en el artículo 196 de este código. 6.-Elementos que presupongan la existencia de ilícitos sancionados con pena restrictiva de libertad, si los hubiere. 7.-Firma autógrafa, firma electrónica y otro medio de autenticación del funcionario autorizado.

Puede darse el caso, que el contribuyente acepte el contenido del Acta de Reparación, y, el Contribuyente realice el pago de lo obligado. Que traerá por resultado, la emisión de la Resolución, dejando constancia la acción del contribuyente, pero poniendo fin al procedimiento. Asimismo, puede darse el caso, que el contribuyente se acoja en parte al reparo, pagando tan solo la parte del tributo, que hubiere sido aceptada, abriéndose el Sumario. Otro supuesto, es que el Contribuyente no acepte el Acta de Reparación y se abrirá el Sumario señalado en el Artículo 198 COT. Y por último, tal como lo funda el Artículo 197 COT, si la Fiscalización tasase correcta la situación del Contribuyente con relación a los tributos, se levantará el Acta de Conformidad.

El Sumario al que se hace Informe en los Artículos anteriores será de veinticinco (25) días hábiles para formular los descargos y promover la totalidad de las pruebas para su defensa. En caso, de que las objeciones sean de mero derecho no se abrirá el sumario, quedando abierta la vía jerárquica o judicial. Vencido el mencionado plazo, y siempre que el Contribuyente formule los descargos, y no se trate de un asunto de mero derecho, se abrirá un lapso para que el interesado evacue las pruebas de quince (15) días hábiles, que pueden ser prorrogables por periodo igual. Siempre que medien razones que justifiquen cuales se harán constar en el expediente, pudiendo CONATEL promover las pruebas, que considere pertinentes.

CONATEL cuenta con un (1) año contado a partir del vencimiento del lapso para presentar el Escrito de Descargos, a fin de dictar la Resolución del Sumario. Se entiende que el Sumario culminará con una Resolución, que

debe cumplir con los requisitos del Artículo 201 del Código. Quedando, el contribuyente facultado para interponer contra la Resolución Culminatoria del Sumario, los Recursos Administrativos y Judiciales que el Código funda. Del presente procedimiento, se desprende que el contribuyente cuenta con las garantías, y los funcionarios de CONATEL, con las atribuciones expresas, que se encuentran en el Código. Siendo aplicable, de manera íntegra, las disposiciones que se refieren al procedimiento de fiscalización.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ariño, G. (2003) *“Principios de Derecho Público Económico.”* Universidad Externado de Colombia Fundación de Estudios de Regulación. Bogotá, Colombia.

Bandeira, C. (2002) *“Curso de Direito Administrativo.”* 14º Edición. Edicao Malheiros. Sao Paulo, Brasil.

Cevallos, E. (2005) *“El Procedimiento de Fiscalización en Materia de Telecomunicaciones,”* en I Jornadas de Derecho Tributario de las Telecomunicaciones en Venezuela. CONATEL. Caracas, Venezuela.

Dromi, R. (1986) *“Introducción al Derecho Administrativo.”* Grouz. Madrid, España.

Ferreiro, J. (2001) *“Los Elementos Constitutivos de la Obligación Tributaria”* en Andrea Amatucci. Un Tratado de Derecho Tributario. Tomo II. La Relación Jurídico Tributaria. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia.

Giraud, A. (2002) *“Régimen Jurídico de la Interconexión de Redes de Telecomunicaciones.”* FUNEDA-CONATEL. Caracas, Venezuela.

Lares, E. (1996) *“Manual de Derecho Administrativo.”* Ediciones UCV. Caracas, Venezuela.

Hernández, J. (2004) *“La Libertad de Empresa Y Sus Garantías Jurídicas: Estudio Comparado del Derecho Español y Venezolano.”* FUNEDA-Ediciones IESA. Caracas, Venezuela.

Hernández, J. (2005) *“El Régimen Legal del Servicio Universal de Telecomunicaciones en Venezuela.”* FUNEDA. Caracas, Venezuela.

Hernández, J. (2006) *“El Derecho Administrativo y la Actividad Económica.”* Colección de Estudios Jurídicos N° 83. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela.

Padrón, O. (2005) *“La Tributación en el Sector de las Telecomunicaciones, y las Reglas y Principios de Fiscalización,”* I Jornadas de Derecho Tributario de las Telecomunicaciones en Venezuela. CONATEL. Caracas, Venezuela.

Parilli, C. (2013) *“Las Potestades de Ordenación Y Limitación Sobre el Sector Licorero y las garantías a la Libertad Económica,”* en Trabajo Especial de Grado

presentado para optar al Título de Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Mención Publicación. Consultado en Internet. Caracas, Venezuela.

Ramírez, C. (1995) *“Teoría del Impuesto Sobre la Renta.”* Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Bogotá, Colombia.

Rivero, J. (1984) *“Derecho Administrativo.”* Ediciones Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela.

Ruan, G. (2005) *“La Base Imponible de los Tributos de Telecomunicaciones: Ingresos Brutos,”* en I Jornadas de Derecho Tributario de las Telecomunicaciones en Venezuela.” CONATEL. Caracas, Venezuela.

Sainz de Bujanda, F. (1993) *“Lecciones de Derecho Financiero.”* 10a Edición. Universidad Complutense. Madrid, España.

Sánchez, S. (2005) *“El Procedimiento de Fiscalización y Determinación de la Obligación Tributaria.”* Fraga, Sánchez & Asociados, Colección Estudios 3. Caracas.

Urdaneta, C. (2004) *“Las Medidas Cautelares Provisionalísimas en el Derecho Administrativo Formal Venezolano.”* FUNEDA. Caracas, Venezuela.

Villegas, H. (1992) *“Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Derecho Tributario.”* Depalma, 5ta. Edición. Buenos Aires, Argentina.

Decreto-Código Orgánico Tributario. Gaceta Oficial N° 6.287. Extraordinaria. 18 de Noviembre de 2014.

Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Gaceta Oficial N° 39.610. 07 de Febrero de 2000.

Reglamento Ejecutivo de Tributos de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Gaceta Oficial N° 37.609 del 14 de Enero de 2003.

Ley de Telégrafos y Teléfonos. Gaceta Oficial 13.487 del 27 de Junio de 1918.

LA QUERRELLA FUNCIONARIAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

THE ADMINISTRATIVE JUSTICE FOR STATE'S AGENTS

Yissiel Eloina Uzcátegui Nava ⁽¹⁾

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2019.01.01.05>

Recepción: 08 de Noviembre de 2017 Aceptación: 27 de Diciembre de 2017

RESUMEN

El presente artículo científico va dirigido principalmente al estudio de la Querrela Funcionarial, como tema transcendente para el Funcionario Público Venezolano, así como para los Abogados en ejercicio en esta rama del Derecho. De esta forma la investigación se dirige a estudiar, explicar y determinar las causales que conllevan a la interposición de la Querrela Funcionarial, como medio para hacer efectivo el recurso contencioso funcionarial; el procedimiento a seguir para hacerla efectiva y las consecuencias Jurídicas cuando la Querrela Funcionarial sea declarada con o sin lugar. Es relevante indicar, que para la realización de este artículo científico se utilizará la investigación documental y Jurisprudencia Venezolana.

Palabras Clave: *Funcionario Público, Carrera Administrativa, Querrela, Justicia Administrativa.*

ABSTRACT

The scientific article is directed mainly to the study of the Official Question, a transcendent subject for the Venezuelan Public Official, as well as for the lawyers in exercise in this branch of the right. In this way, the investigation is aimed at studying, explaining and determining the causes that lead to the filing of the Complaint, the procedure to be followed to make it effective and the legal consequences when the Complaint is declared with or without place. It is important to indicate that for the realization of this scientific article I will use documentary research and Venezuelan Jurisprudence.

Keywords: *Public Official, Administrative Career, Administrative Sue, Administrative Justice.*

(1) Abogada Egresada de la Universidad de Los Andes (ULA). Aspirante al Título de Especialista en Derecho Administrativo con el CIEPROL-ULA. Miembro del Consejo Jurídico Asesor ULA. yissielel03@gmail.com

INTRODUCCIÓN

En el análisis del fundamento constitucional de la Función Pública, es posible constatar la tendencia registrada en la literatura y la jurisprudencia de los últimos años, al creer como necesaria la existencia de cimientos constitucionales de cualquier institución jurídica, esto es, la forzosa constitucionalización del Derecho Funcionario, que Araujo (2017) dice "... que existe un marco constitucional del Derecho Administrativo en el sentido que aquél delimita los contornos, que son aquéllos de la organización, y de la acción administrativa." Pág. 99. En este mismo orden de ideas, Cassese (2000) "el Derecho Administrativo varía de un país a otro, en función de las tradiciones nacionales que se hallan en el sistema constitucional, que se alarga a su vez en el sistema del Derecho Administrativo." Pág. 12.

Ello parece ser un efecto secundario de lo que se ha venido en llamar la constitucionalización del Derecho. En efecto, si se afirma que todo el orden sub-constitucional se encuentra "irradiado" por las disposiciones constitucionales, la conclusión a la que se puede arribar fácilmente es que para cada ámbito del ordenamiento jurídico bajo la Constitución, se encuentra la respectiva cobertura constitucional, es así, que el Texto Constitucional ordena la creación por Ley, del Estatuto de la Función Pública, que además de sistematizar la administración de personal y de determinar los derechos y los deberes de los funcionarios públicos, consagró en su título VIII, todo un proceso dirigido a controlar en vía judicial el acto, actuación, hecho u omisión de la Administración en ejercicio de la función pública que sea contraria a derecho, y que afecte de una forma negativa la esfera jurídico-subjetiva del funcionario.

El mismo Brewer-Carías (2010) destaca "Ésta Ley había sido, sin duda, una de las Leyes más esperadas de las últimas décadas, y cuyo objeto es regular la organización, funcionamiento y competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, *salvo lo previsto en Leyes Especiales.*" Pág. 9. Y es que la reseñada Ley del Estatuto de la Función Pública como sub-sistema de justicia administrativa, es pieza adicional de la tutela judicial efectiva del artículo 26 Constitucional, como la herramienta mecanicista de combate contra la propia arbitrariedad estatal, frente a los funcionarios públicos, y es que nuevamente Brewer-Destaca (2010) que:

En efecto, para que una jurisdicción Contencioso-Administrativa pueda funcionar controlando a la Administración Pública, es indispensable no sólo que el Estado esté formalmente configurado como un Estado de Derecho, sino que éste funcione como tal, en un régimen democrático, donde esté garantizada la separación de poderes, y en particular la autonomía e independencia de los Jueces. Solo unos Jueces Constitucionales, o contencioso-administrativo autónomos e independientes pueden declarar la nulidad de los actos del poder Legislativo o del Poder Ejecutivo, y condenar al Estado por responsabilidad contractual o extracontractual. Es por ello, precisamente, que éstas Jurisdicciones Constitucional y Contencioso-Administrativa hayan tenido su mayor desarrollo, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1961, durante las cuatro décadas de Democracia, que vivió el país hasta 1999. Pág. 17.

En tal sentido, a los efectos de materializar dicho control, el nuevo Estatuto determinó el órgano judicial encargado de la revisión de los actos y actuaciones en vía judicial; y estableció una acción procesal, a través de la cual, los funcionarios pueden hacer valer sus Derechos frente a la Administración, y consagró un proceso contencioso administrativo especializado, pero de tipo subjetivo, y que se integra con las disposiciones previstas en la antigua Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia -hoy Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa- y el Código de Procedimiento Civil.

La Ley del Estatuto de la Función Pública del 2002 ratifica una muy vieja tradición legal-procesalista, que Brewer-Carías (2010) acierta muy bien "...como la existencia de una competencia especializada de determinados tribunales para conocer de litigios en los cuales interviene la Administración, pero integrados en el Poder Judicial..." Pág. 24.

Es por ello, que, siguiendo el Estatuto, se procederá a tratar puntos básicos dentro de este boceto amplísimo, como lo es el contencioso administrativo funcional, visto desde la perspectiva del medio para su realización como, lo es la Querrela Funcionarial. Definiendo este término, y esquematizando el procedimiento judicial de interposición y substanciación de la Querrela Funcionarial, y estudiando las consecuencias jurídicas de la declaratoria con lugar, o sin lugar de la Querrela Funcionarial.

1.- La Querrela Funcionarial.

Cuando se hace referencia a la Querrela Funcionarial, es importante acotar que la misma es el instrumento idóneo por medio del cual, el legislador le concede al funcionario público o al aspirante a la función pública, la garantía de sus derechos, puesto que es a través, de la Querrela Funcionarial, que se hace palpable el ejercicio del recurso contencioso administrativo funcional, el cual está especialmente dirigido a la protección y la garantía de los Derechos Inherentes a la relación de empleo público del Funcionario Público, o al aspirante a la función pública con la Administración.

A este respecto, Rojas (2013) expresa:

La querrela funcionarial viene a ser la vía de ejecución del recurso contencioso funcional, el medio formal que un sujeto sometido al ámbito de aplicación de la Ley del Estatuto de las Función Pública realiza, por escrito, ante los tribunales competentes en lo contencioso administrativo funcional contra una actuación de la Administración Pública de contenido funcional, es decir, derivado de la relación de empleo público que lesiona sus derechos o intereses, con lo cual, al trazar sus pretensiones procesales, da inicio propiamente al proceso judicial para intentar que se restablezca el goce de la situación infringida. Pág. 37.

A tal efecto, se señala que el contencioso administrativo funcional forma parte de un tronco especialísimo del contencioso-administrativo general, pues en ella, existen características particulares que lo diferencian de cualquier otro, ya que, por medio de este recurso, el funcionario puede acumular en una sola Querrela todas y cada una de las pretensiones, para ser ventiladas por

ante el Juez competente. De manera, que las mismas no se excluyan, y por tanto se dirijan a obtener el referido restablecimiento de la situación jurídica infringida. En otras palabras, la justicia de tipo administrativo-funcionarial, alcanza el mayor nivel esplendor de subjetividad judicial frente a la tradicional objetividad de la justicia administrativa venezolana con la revisión de la legalidad-legitimidad de la actividad administrativa estatal, y que crea una justicia administrativa especial fundamentada en términos eminentemente subjetivos de control judicial; y que erróneamente es denominado como mixto para ofrecer una visión más optimista de la realidad constitucional del Contencioso-Administrativo Venezolano, pero que en su propiedad sigue siendo decisivamente objetivo, y minoritariamente subjetivo.

A la Justicia Administrativa-Funcionarial Venezolana importa únicamente, la protección de los derechos subjetivos de los funcionarios públicos, o de sus aspirantes, y no a la legalidad administrativa en si misma.

Rojas (2009) expone muy bien:

En fin, el objeto de la Querrela Funcionarial no es propiamente el acto administrativo de contenido funcionarial, sino la pretensión procesal administrativa de restablecimiento de la situación jurídica infringida, toda vez que, con sola nulidad del acto administrativo, el funcionario público destituido no reingresaría al ejercicio efectivo de su cargo, ni obtendría el pago de los salarios dejados de percibir por su ilegal retiro. Pág. 10.

En este sentido, Rojas (2013) expone que:

A tal evento, el contencioso funcionarial es el medio procesal por medio del cual se puede reaccionar contra los actos de la Administración Pública de naturaleza funcionarial, que sean contrarios a la legalidad y lesionen situaciones subjetivas, propias del ámbito funcionarial. Es decir, el contencioso funcionarial forma parte del contencioso administrativo, siendo una rama específica de este último. El contencioso funcionarial, entonces, indica todo un sistema judicial revisor de la actividad administrativa funcionarial (...). Pág. 21.

No obstante la justicia administrativa termina renovándose de un muy fuerte espíritu subjetivista. A tales efectos, Mata Marcano (2010) dice:

Algunos aspectos tendentes a reforzar el carácter subjetivo del proceso se evidencian: se cambia la palabra "recurso" por demanda de nulidad, se prevé la notificación por oficio del representante del órgano autor del acto impugnado, del Procurador General de la República y del Fiscal General de la República, según sea el caso; así como de cualquier otra persona, órgano u ente que deba ser llamado al proceso, bien por una exigencia legal o bien por decisión del órgano jurisdiccional. Reconociendo además a la Administración la cualidad de demandante. Pág. 42.

Así las cosas, el fundamento de la existencia del contencioso administrativo funcionarial, y por ende de la Querrela Funcionarial, como el medio efectivo de ejecutarlo, acaece de la misma Constitución de 1999,

que encuadra en su contenido los principios fundamentales por los que se debe regir la actividad funcionarial en el Estado Venezolano, consagrando la potestad sancionatoria de la Administración en la Constitución, y determinando, de la responsabilidad, que lleva el ejercicio de la Función Pública, y a su vez, como efecto, fundando una amplia gama de derechos subjetivos, y que deben ser respetados a la hora de crearse cualquier controversia, incluso, en la Administración Pública.

Pero en todo caso, la Querrela Funcionarial es según Lares Martínez (2001) “es un medio de que disponen los interesados para someter ante un Tribunal, en la forma legal, una pretensión jurídica, con la finalidad de que ésta sea satisfecha mediante una Sentencia.” Pág. 637.

1.2_. El Cuestionamientos a los Tribunales Contencioso-Funcionariales.

Es importante decir, que tanto la derogada Ley de Carrera Administrativa como en la Ley del Estatuto de la Función Pública, el Legislador condicionó que la regulación de la materia funcionarial debe estar contenida en un Texto Legal, que rija la justicia administrativa-funcionarial. Quienes se suscriben a estas reflexiones, son de la opinión que ha sido favorable, por cuanto se da un mayor acercamiento de la justicia al ciudadano, tanto en la forma territorial como en la competencia, de conformidad con el artículo 253 de la Constitución de 1999.

Ahora bien, no se comparte que estos nuevos juzgados funcionariales sean unipersonales. Se hubiere preferido, que éstos fuesen colegiados como ocurría con el antiguo Tribunal de Carrera Administrativa (TCA) de la antigua Ley de Carrera Administrativa, ya que con ello se lograría evitar según Briceño (2006) “entre otras razones, la existencia de criterios distintos entre ellos mismos, ya que esto ayudaría a crear inseguridad, bien a la Administración como ente querrellado, bien al funcionario público como querellante, de acuerdo al Artículo 108 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.” Pág. 72.

Y dicho Artículo 108 constituye según Troconis (2012):

Una norma bastante novedosa dentro del proceso contencioso-administrativo venezolano, y particularmente, el contencioso-administrativo funcionarial, pues con anterioridad a la Ley del Estatuto de la Función Pública, las sentencias eran dictadas según lo previsto en el Artículo 243 del CPC, como su norma supletoria ante la falta de regulación expresa de Ley Especial... Pág. 104.

En la práctica, quienes están acostumbrados al debate judicial de la materia funcionarial, pueden observar como a diario, existe una especie de colegiabilidad, que no existe de Derecho, pero que si existe de hecho, cuando los Jueces se reúnen en conjunto para contender sobre ciertos casos, que son, pues, planteados ante sus respectivos Juzgados.

Ahora bien, cabe destacar una idea fundamental de Troconis (2012):

Que si bien se señaló, que la propia Ley del Estatuto de la Función Pública establece, en el artículo 108, los requisitos que debe contener el acto decisorio, la Ley Especial no reguló, que sucede en caso de que el Tribunal Contencioso-Funcionarial falte el deber de juzgamiento, inobservado las garantías de motivación y congruencia... con lo cual surge la necesidad de cubrir ese vacío legislativo, y por tanto, resulta válida la aplicación supletoria de la regla legal prevista en el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil. Pág. 109.

Lo importante es, como los Abogados piensan en la unificación de criterios funcionariales para evitar decisiones contradictorias. Se cree, que fue un error de los redactores de la Ley, no haber previsto ésta especial circunstancia, que en la realidad acapara el espacio actual de la problemática jurisdiccional en lo que se refiere al ejercicio de la función pública. Ciertamente, el nuevo Estatuto, todavía necesita ser reglamentado, sustantivamente, más no procesalmente, y por razones obvias. Sin embargo, se nota, que es obligatoria una muy puntual modificación procesal a la actual Ley del Estatuto de la Función Pública, que es fundamental o imperiosa para que produzca seguridad y certeza.

1.3._. El Procedimiento Judicial de Interposición y Substanciación de La Querrella Funcionarial.

1.3.1._. El No Agotamiento de la Vía Administrativa.

Los artículos 92 y siguientes de la Ley del Estatuto de la Función Pública, establecen el denominado contencioso administrativo funcionarial, el cual presenta en muchas de sus partes, cambios y avances significativos, en comparación con el antiguo procedimiento contemplado en la antigua Ley de Carrera Administrativa.

En este sentido, ya no es necesario agotar la vía administrativa, pues el artículo 92 in comento, “los actos administrativos de carácter particular dictados en ejecución de esa Ley por los funcionarios públicos agotan la vía administrativa.” En efecto, Briceño (2006) dice “la necesidad de acudir ante la Junta de Avenimiento como requisito indispensable para interponer la Acción Funcionarial, ya no es exigida como condición de admisibilidad, teniendo ahora el funcionario público, la posibilidad de acudir directamente a la vía judicial.” Pág. 74.

Por otra parte, y aunado a lo anterior, se considera que la eliminación del agotamiento de la vía administrativa a través de la Extemporánea Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 y de variados criterios jurisprudenciales de la Sala Constitucional del TSJ, y de las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativa, responde al criterio delimitado en el artículo 26 de la Constitución de la tutela judicial efectiva en el contencioso administrativo.

1.3.2_. El Lapso de Caducidad.

Actualmente, el lapso de caducidad fue modificado con relación el anterior. El nuevo lapso establecido es 6 meses contados desde la respectiva notificación del interesado, o desde su publicación conforme a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, si se trata de un acto administrativo, y a partir de los hechos, si se trata de vías de hecho cometidas en contra del funcionario público. Briceño (2006) expone: “Que, en todo caso, es conveniente señalar, que no existe un lapso de caducidad cuando el acto de retiro o de remoción se encuentre configurado como acto violatorio en forma directa de la Constitución (Violación Constitucional), lo cual significa, que es un acto que contiene un vicio de nulidad absoluta.” Pág. 75.⁽²⁾

Por otra parte, es evidente, que en el lapso de caducidad no se exige como requisito de admisibilidad de la Querrela Funcionarial cuando se intente en conjunto con una acción de amparo cautelar adjunta en el Artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo de 1989, todavía vigente.

De particular importancia, y de manera preocupante, fue una Sentencia del 18 de Abril de 2002 que fue dictada por la Magistrada Marrero Ortiz, “que los actos de remoción y retiro son administrativos de naturaleza distinta, luego sus lapsos de caducidad son igualmente diferentes, a los fines de su impugnación ante la justicia administrativo-funcionarial.” La sentencia expone que:

Así, las cosas, es necesario destacar que esta Corte, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que la remoción y el retiro son dos actos totalmente diferentes, y no un acto complejo. La remoción está dirigida a privar al funcionario de la titularidad del cargo que venía desempeñando, siendo una excepción al régimen de estabilidad de que gozan los funcionarios públicos, aplicables sólo en los supuestos expresamente señalados en la Ley.

Para más adelante concluir en que:

Los actos de remoción y retiro son diferentes, producen consecuencias diferentes, producen consecuencias diferentes, se fundamentan en normas que regulan supuestos de hechos disimiles, y requieren procedimientos administrativos particulares para su emanación. Igualmente, debe destacarse, que la remoción no pone fin a la relación de empleo público, pues el funcionarios puede ser reincorporado a una cargo de similar jerarquía, y remuneración al que desempeñaba, siendo éste el objeto del periodo de disponibilidad al que es sometido el funcionario de carrera que se encuentra en algunos de los supuestos anteriores. En cambio, el retiro si implica la culminación de la relación de empleo público y puede producirse, sin que, previamente, haya

En opinión de la doctrina funcionarial experta venezolana, se considera, que ésta forma de pensar además, de ser injusta, es inconstitucional. En primer lugar, el acto de retiro es un acto administrativo que incide de una

(2) La Doctrina venezolana considera que cualquier violación de una regla, principio o valor constitucional por parte de un acto administrativo implica un vicio invalidatorio de nulidad absoluta.

forma ablativa sobre la esfera jurídica subjetiva del funcionario público. En segundo lugar, el acto administrativo de retiro, es la consecuencia directa e inmediata de la remoción acaecida en contra del funcionario, y de esto no hay duda alguna, salvo que exista un retiro sin previo acto de remoción, lo cual constituiría una vía de hecho. El acto de remoción es un acto administrativo de tipo declarativo, y el acto de retiro es un acto ejecutivo de la remoción. Uno declara, y el otro ejecuta. Es evidente, que los dos actos forman una secuencia de inmediatez, un procedimiento administrativo formal para lograr un objetivo determinado.

Por último, es importante destacar, que según Becerra (2006) “Este plazo de tres meses no admite interrupción, ni suspensión, sino que el mismo transcurre fatalmente, y su vencimiento implica la extinción de la acción para ejercer e derecho que se pretende hacer valer, y por ende, la acción debe ser interpuesta antes de su vencimiento.” Pág. 167.

1.3.3_. El Contenido de la Querella.

Teniendo en cuenta la existencia del instrumento especial funcionarial, llamado Recurso Contencioso Administrativo Funcionarial el cual es materializado a través de la interposición de la querella funcionarial; es importante observar que al término Querella, el legislador le ha otorgado dos acepciones jurídicamente válidas.

Así, por lo que respecta a la Ley del Estatuto de la Función Pública, señala querella aludiendo al escrito con el cual se da inicio a la demanda (art 95), pero a su vez, de la lectura de los artículos 99, 100 y 102, se desprende claramente que la utilización de la voz querella se hace para identificar la demanda contencioso administrativa funcionarial, en vez del escrito mediante el cual se inicia la misma.⁽³⁾

Teniendo esto en cuenta, cabe acotar que el tratamiento dado en este estudio al término querella funcionarial, es el que la define como el escrito por medio del cual el funcionario o aspirante a la función pública procede a ejecutar el Recurso Contencioso Funcionarial para ventilar ante el órgano judicial sus pretensiones.

Prosiguiendo con esta idea, es imprescindible citar las normas jurídicas ubicadas en la Ley del Estatuto de la Función Pública, con respecto a las formalidades que deben ser cumplidas para interponer la querella y su substanciación correspondiente, así se tiene:

Las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de la presente Ley se iniciaran a través del recurso contencioso administrativo funcionarial, el cual consiste en una querella escrita en la que el interesado o interesada deberá indicar en forma breve, inteligible y precisa: La identificación del accionante y de la parte accionada. El acto administrativo, la cláusula de la convención colectiva cuya nulidad se solicita o los hechos que afecten al accionante, si tal fuere el caso. Las pretensiones pecuniarias, si fuere el caso, las cuales deberán especificarse con la mayor claridad y alcance.

(3) Manuel Rojas Pérez, Andrés Troconis y otros. “Manual de Práctica Forense Contencioso Funcionarial”. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2012, Pág. 16

Las razones y fundamentos de la pretensión, sin poder explicarlos a través de consideraciones doctrinales. Los precedentes jurisprudenciales podrán alegarse sólo si los mismos fueren claros, precisos y aplicables con exactitud a la situación de hecho planteada. En ningún caso se transcribirán literalmente los artículos de los textos normativos ni las sentencias en su integridad. Los instrumentos en que se fundamente la pretensión, esto es, aquéllos de los cuales se derive inmediatamente el derecho deducido. Estos instrumentos deberán producirse con la querella. Lugar donde deberán practicarse las citaciones y notificaciones. Nombres y apellidos del mandatario o mandataria si fuere el caso. En tal supuesto deberá consignarse junto con la querella el poder correspondiente. Cualesquiera otras circunstancias que, de acuerdo con la naturaleza de la pretensión, sea necesario poner en conocimiento del juez o jueza.

Según Renato de Sousa (2003):

La Querella es, entonces, el medio típico de impugnación en el contencioso administrativo funcional, y constituye, ante todo, una acción procesal, que no un Recurso en sentido estricto, desde que a través de ella, el funcionario afectado puede hacer valer sus distintas pretensiones para la protección de sus derechos e intereses que no se agotan con la pretensión de nulidad del acto impugnado, tal y como ocurre en el contencioso general. Pág. 162.

Rojas (2012) “la *Querella Funcionarial* es para el Contencioso-Funcionarial, la demanda para el Juicio Civil.” Pág. 8. De donde, el objeto o substancia procesal de la *Querella Funcionarial* queda según Troconis Torres (2012) como:

La Querella es, entonces, el medio típico de impugnación en el contencioso administrativo funcional, y constituye, ante todo, una acción procesal, que no un Recurso en sentido estricto, desde que a través de ella, el funcionario afectado puede hacer valer sus distintas pretensiones para la protección de sus derechos e intereses que no se agotan con la pretensión de nulidad del acto impugnado, tal y como ocurre en el contencioso general. Pág. 162.

Rojas (2012) “la *Querella Funcionarial* es para el Contencioso-Funcionarial, la demanda para el Juicio Civil.” Pág. 8. De donde, el objeto o substancia procesal de la *Querella Funcionarial* queda según Troconis Torres (2012) como:

La lesión o agravio de los derechos del funcionario pueden derivar de la actuación formal (acto administrativo formal); material (vía de hecho); o inactividad (Abstención u Omisión) de la Administración. Para mayor ilustración, mediante la *Querella Funcionarial* es atacable tanto el acto administrativo de destitución, amonestación escrita y retiro (Derecho de la estabilidad), como la indebida falta de pago de las prestaciones sociales o intereses

moratorios, y la falta de tramitación de la jubilación (Derecho a la Prestación o a la Seguridad Social), así como la desigualdad en las condiciones de ingreso a la función pública. Pág. 18.

Asimismo, nada obsta para que el funcionario público afectado solicite las medidas cautelares que estime pertinentes en auxilio de sus derechos e intereses, pues la nueva Ley del Estatuto de la Función Pública en su artículo 109, otorga al Juez Contencioso Funcionarial amplios poderes cautelares para dictar las medidas que fueran necesarias para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por el fallo definitivo; medidas cautelares, que según I. Loreto González (2003) “nunca constituyen un fin en sí misma, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva y al resultado práctico que aseguran preventivamente.” Pág. 153. Ya que éstas, Calamandrei (1997) “más que hacer justicia, ayudan a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia.” Pág. 44-45.



1.3.4_. De la Admisión de la Querella.

Para admitir la *Querella Funcionarial*, el Juez debe analizar los requisitos establecidos en el artículo 95 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. De tal modo, que firmemente, una vez que el Juez Contencioso-Funcionarial considera cumplidos los requisitos para declararlas como admisibles, el Juez por medio de sentencia procederá admitirla dentro del lapso de tres días hábiles.

Cuando el Juez Contencioso-Funcionarial admite de manera formal a la *Querella*, éste se encuentra en el deber de solicitar al órgano ente que procede a retirar al funcionario de su estructura organizativa, y de personal, el respectivo Expediente Administrativo, y si no, al Procurador General de la República, del Estado, o Municipio, correspondiente. Asimismo, se cita al funcionario público a que conteste dentro de los quince días de despacho siguientes a su citación.

1.3.5_. Los Legitimados en la Querella.

La Ley del Estatuto de la Función Pública, claramente legitima a las personas a las cuales se le otorga cualidad para el ejercicio del recurso contencioso administrativo funcionarial a través de la querella, ellos son primeramente el funcionario público y segundo el aspirante a ingresar a la función pública, estos podrán querellarse cuando exista algún acto de la administración que lesione sus derechos. Cabe mencionar, que los funcionarios que se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Ley del Estatuto de la Función Pública, no lo están del ejercicio de este recurso, es decir, todo funcionario puede ser parte querellante.

A tales efectos, Palomar (1993) los define bien “son funcionarios públicos las personas incorporadas a la Administración Pública por la relación de servicios profesionales y retribuida, regulado por el Derecho Administrativo.” Pág. 927-928.

Ahora bien, ¿Quién asume la legitimación pasiva? Primero es importante recalcar que solo pueden asumir la legitimación pasiva en un proceso judicial administrativo de esta naturaleza, los entes políticos-territoriales. En este caso (La República, los Estados y los Municipios) por cuanto, éstos son los que disfrutan de personalidad jurídica propia, y que son sujetos de derechos y obligaciones. Y estos actuarán por intermedio del órgano o ente público de adscripción del funcionario público, o al cual se aspira a adscribir. Y en el caso nacional, la suma de los entes descentralizados funcionalmente, también son legitimados pasivos en este tipo de procesos judiciales.

109

A éste respecto, es necesario indicar entonces, que el proceso contencioso-administrativo se configura desde la legalidad vigente, como un proceso al acto, y no por tanto, como una pretensión dirigida frente a una persona o entidad pública o privada. De ahí, que en la regulación legal de la Ley del Estatuto de la Función Pública sobre el escrito de interposición o la Querrela Funcionarial, como acto de iniciación del proceso contencioso, no se exija la precisión de indicar, cual es la persona física o jurídica demandada, sino únicamente, citando el acto del cual se formula.

En una demanda de semejante naturaleza indica Pérez Marchan (2002):

...estarán siempre en juego los intereses patrimoniales de la República, los Estados y los Municipios. Por tal razón, el Procurador General de la República, de los Estados, los Síndicos Procuradores Municipales y los Representantes Legales de los órganos o entes públicos serán quienes materialicen la legitimación pasiva del Estado con las Querellas Funcionariales. Pág. 565.

1.3.6. La Acumulación de Pretensiones.

Como se dijo anteriormente, el Recurso Contencioso Funcionarial, ostenta la cualidad de especialísimo por cuanto en el mismo se pueden acumular todas y cada una de las pretensiones que tenga a bien esgrimir el funcionario o aspirante, de esta manera, se pueden incluir en la querrela la llamada pretensión de nulidad, la pretensión de condena y la denuncia de inacción u omisión en que incurra la Administración, definidas estas como:

1.3.7. La Pretensión de Nulidad.

La Administración empleadora, formal y ordinariamente, expresa su voluntad a través de actos administrativos particulares o generales en la continua relación de empleo que mantiene con sus servidores (funcionarios públicos) o en la no tan frecuente con los aspirantes a ingresar a la función pública.

Cuando un acto administrativo, dictado en el marco de la vinculación de empleo público afecte los derechos subjetivos o intereses del aspirante o funcionario, estos pueden impugnar la decisión administrativa mediante la interposición de la querrela funcionarial y solicitar se declare la nulidad del acto que los agravia.

1.3.8. La Pretensión de Condena.

La Querella permite también que se condene a la Administración Pública a una obligación de hacer, no hacer o dar (...) es perfectamente válida la acumulación de las pretensiones de nulidad (pretensión principal) y condena (pretensión accesoria) (...) Igualmente, a través de la querella funcionarial, puede forzarse un pronunciamiento de la Administración cuando ésta está en situación de **pasividad o inacción**. Puede ser objeto de una querella cualquier inactividad u omisión en que incurra la Administración ante el incumplimiento de los derechos de los funcionarios o aspirantes a la función pública.⁽⁴⁾

Se le llama instrumento fundamental de una demanda al medio probatorio mediante el cual se puede verificar la existencia del derecho reclamado, en el caso de la querella funcionarial, la misma debe ir acompañada del instrumento del cual se pueda cotejar la existencia del acto administrativo que se impugna o de los hechos de los cuales se pretenda alguna reclamación, enmarcada en las situaciones fácticas que anteriormente se han descrito.

De las disposiciones transcritas, se colige que sobre la parte actora recae la carga de acompañar la demanda con los documentos o instrumentos necesarios, para que el Juez pueda verificar su admisibilidad determinando el cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto por el Legislador, siendo que, en el caso específico la acción propuesta versa sobre una querella la parte accionante debe traer a los autos copia del acto del cual se pretende la nulidad o copia de cualquier instrumento del cual se pueda demostrar la relación de empleo público entre los actores, pues la consignación de tal instrumento constituye una carga de vital importancia para el proceso y la prosperidad de la acciones intentadas ante la jurisdicción contencioso administrativa. (...) aunado a lo anterior, la referida exigencia recaída sobre el demandante encuentra justificación en el deber de las partes de actuar con lealtad y probidad en el proceso, dado que tales instrumentos, junto a los fundamentos de hecho y de derecho expuestos por la parte actora, proporcionan al demandado el debido conocimiento sobre el objeto del proceso (...).⁽⁵⁾

Por ultimo, debe explanarse cual es el Tribunal competente para conocer del recurso contencioso administrativo funcionarial, en principio la Ley del Estatuto de la Función Pública establece que la Querella podrá ser consignada ante cualquier Juez de la jurisdicción ordinaria, ya sea de Primera Instancia o de Municipio, quien la remitirá al Tribunal competente.

Ahora, bien la disposición Transitoria Primera de la Ley del Estatuto de la Función Pública dispone que mientras se regule la jurisdicción contenciosa administrativa son competentes en primera instancia los Jueces Superiores con competencia en lo contencioso administrativo en el lugar de los hechos.

Ahora bien, dada la entrada en vigor de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010) en su artículo 25 establece:

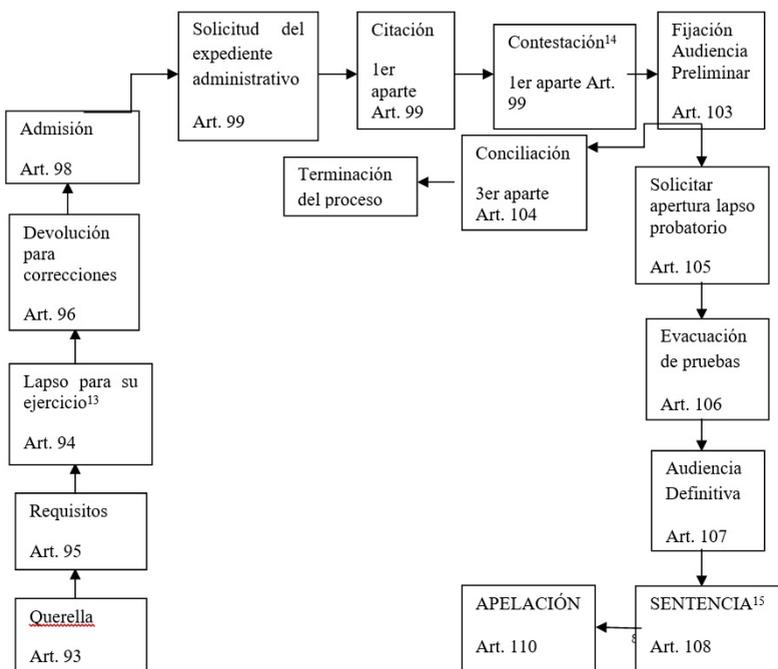
(4) Manuel Rojas Pérez, Andrés Troconis y Otros. "Manual de Practica Forense Contencioso Funcionarial". Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2012, Pág. 20

(5) Revista de Derecho Funcionarial volumen 1. FUNEDA. Caracas. Enero-Diciembre 2010. Pág. 254.

Los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa son competentes para conocer de: 6. las demandas de nulidad contra los actos administrativos de efectos particulares concernientes a la función pública, conforme a lo dispuesto en la Ley.

De este modo, queda claramente sentado que el Tribunal posee idoneidad en la materia funcionarial y al cual deben remitirse todos los casos controvertidos en materia de empleo público de los funcionarios sujetos a la Ley del Estatuto de la Función Pública, ya que para los funcionarios que son excluidos de la aplicación de esta Ley, pero no del Procedimiento Contencioso-Funcionarial. Cada categoría de funcionarios públicos cuenta con unos criterios jurisprudenciales especiales que otorgan competencia a distintos Tribunales o incluso a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

1.4. Procedimiento en Primera Instancia del Contencioso Funcionarial.



Realizado por el autor

(6) Ver Sentencia N° 000031 Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo del 25 de Enero de 2010.

(7) Ver Sentencia N° 000005 Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo del 21 de Enero de 2010.

(8) Ver Sentencia N° 000357 Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 31 de Mayo de 2010.

1.5. Resultados Jurídicos de la Declaratoria con Lugar o Sin Lugar de la Querrela Funcionarial.

La declaratoria con lugar de la querrela funcionarial interpuesta por el funcionario público o aspirante a la función pública, trae como consecuencia jurídica la satisfacción de la pretensión interpuesta y el restablecimiento de la situación jurídica lesionadora de los derechos del querellante, de esta manera la Administración quedará sujeta a dar cumplimiento a los términos que le sean impuestos en la Sentencia, esto quiere decir, que si la pretensión consistía en la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, éste efectivamente será declarado nulo por el Juez en su decisión definitiva, si la pretensión consistía en una obligación de dar, hacer o no hacer.

Pero, la sentencia dictada por el Juez Funcionarial Aguilar (2012) debe:

Salvo las precisiones que de seguida se resaltan, en el proceso funcionarial no se contempla un régimen probatorio especial, sino que, por remisión que hace la Ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP) al Código de Procedimiento Civil (CPC), la tramitación y valoración de los medios de prueba se realiza conforme a las disposiciones del señalado código adjetivo, que dispone un sistema mixto, de pruebas tarifadas, y otras que se aprecian a través de la sana crítica, caracterizado por el principio de libertad probatoria y poderes inquisitivos del Juez, siempre que no involucre su conocimiento privado, ni supla argumentos fácticos de las partes. Pág. 52.

En este sentido, la Administración Pública estará obligada a cumplir con la orden de pago, hacer los Concursos Públicos que le ordena la Constitución, entre otros extremos, que se pueden abarcar con la Sentencia misma, según lo alegado y probado por la parte Querellante, mediante sus escritos de promoción de pruebas. De donde, el Artículo 110 CPC “los escritos de promoción de pruebas y las que acompañen al mismo, tienen carácter reservado, y deben ser conservadas por la Secretaría del Tribunal para luego ser agregados a los autos al día siguiente del extinción del lapso de promoción, teniéndose los 3 días de despacho siguientes.”

Distinto es el panorama si la Querrela es declarada sin lugar, si este es el caso se abre la posibilidad de acudir a la segunda instancia siendo el medio ordinario establecido en la Ley del Estatuto de la Función Pública,⁽⁹⁾ la Apelación. El Recurso de Apelación es concebido por la doctrina especializada como el mas importante de los medios ordinarios de impugnación de la Sentencia, pues constituye la materialización de una de las garantías fundamentales de la justicia y el proceso como lo es el reconocimiento del doble grado de conocimiento o doble examen del merito, esto es, que toda decisión judicial definitiva e interlocutoria en los casos específicos emitida en primera instancia, pueda ser conocida en segunda instancia por un Juez de mayor trayectoria y conocimiento, como se asume debe ser el Juez de alzada.⁽¹⁰⁾

(9) Ver Artículo 110 de la Ley del Estatuto de la Función Pública 2002.

(10) Manuel Rojas Pérez, Andrés Troconis y otros. “Manual de Practica Forense Contencioso Funcionarial”. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2012. Pág. 112

De esta manera Rojas (2013) establece:

Resulta claro entonces la prohibición de las partes de aportar en segunda instancia nuevos elementos que se configuran en un cambio de los términos en los que quedo trabada la Litis. En tal sentido, debe señalar esta Alzada que al momento de fundamentar el recurso de apelación, quien pretende enervar los efectos de la sentencia proferida en primer grado jurisdiccional de la instancia, ni puede adicionar al contradictorio nuevos elementos que no hayan sido incorporados al proceso ante el A Quo, toda vez que ello, por demás, constituye una violación a la garantía constitucional al derecho a la defensa, pues tales argumentos no pudieron ser debidamente apreciados ni rebatidos por la contraparte(...). Pág. 124.

En el caso bajo análisis la apelación se va a fundamentar en las disposiciones de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; aunado a este mecanismo ordinario, existe la peripetia de instaurar el mecanismo extraordinario constituido por el Amparo Constitucional contra sentencia, constituido como un mecanismo excepcional de control judicial, el cual es especialísimo por exigir que se llenen determinados extremos jurídicos muy particulares para proceder a su ejercicio, un aspecto fundamental es que se haya cometido violación a los derechos y garantías fundamentales establecidos en la Constitución. A tal efecto:

Así, la solicitud conjunta de Amparo Constitucional con el Recurso Contencioso administrativo funcionarial, es considerada como una medida cautelar, por ende goza del carácter de instrumentalidad en virtud del cual se "(...) diferencia del resto de las medidas que puedan ser otorgadas por los Jueces y no por sus efectos cognitivos o ejecutivos, sino porque van enlazadas de una acción principal, cuyo efecto práctico se encuentra facilitado y asegurado anticipadamente por dichas medidas cautelares(...)" ⁽¹¹⁾

En este sentido, debe analizarse el *fumus bonis iuris*, con el objeto de concretar la presunción grave de violación o amenazas de violación del derecho o derechos constitucionales alegados por la parte quejosa, para lo cual es necesario no un simple alegato de perjuicio, sino la argumentación y la acreditación de hechos concretos de los cuales nazca la convicción de violación a los derechos constitucionales del accionante. en cuanto al *periculum in mora* se reitera que en estos casos es determinable por la sola verificación del extremo anterior, pues la circunstancia de que exista una presunción grave de violación de un derecho de orden constitucional o su limitación fuera de los parámetros permitidos en el texto fundamental, conduce a la convicción que por la naturaleza de los intereses debatidos debe preservarse en limine su ejercicio pleno, ante el riesgo inminente de causar un perjuicio irreparable en la definitiva a la parte que alega la violación. ⁽¹²⁾

(11) Revista de Derecho Funcionarial volumen 2. FUNEDA. Caracas. Enero-Abril 2011, Pág. 121.

(12) Revista de Derecho Funcionarial Volumen 3. FUNEDA. Caracas, mayo-agosto 2011, Pág. 191.

1.6. El Procedimiento en Segunda Instancia.

En cuanto al procedimiento de segunda instancia, se encuentra determinado en las Disposiciones Transitorias de la Ley del Estatuto de la Función Pública. La Disposición Tercera expresa, que mientras se dicte la Ley que regule la jurisdicción contencioso administrativa, el procedimiento a seguirse en la Segunda Instancia será el previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia -ya derogada- y que el Tribunal Competente será la Corte Primera Contencioso-Administrativa. En estos instantes, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa está vigente, ordenando los procedimientos judiciales de Segunda Instancia de la Justicia Administrativa. Y en estos momentos, sigue siendo competente, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, pero también, la Corte Segunda Y Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Otrora Justicia Administrativa del Poder Judicial Venezolano.

Es importante dejar una reflexión final sobre el problema de la competencia de los Tribunales que resuelven las controversias funcionariales. El Artículo 93 de la Ley del Estatuto de la Función Pública establece, que:

Corresponderá a los Tribunales competentes en materia contencioso administrativo funcional, conocer y decidir todas las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de la presente Ley. En particular las siguientes: 1) Las reclamaciones que formulen los funcionarios públicos o aspirantes a ingresar en la función pública cuando consideren lesionados sus derechos por actos o hechos de los órganos o entes de la Administración Pública. 2) Las solicitudes de declaratoria de nulidad de las Clausulas de lo Convenios Colectivos.

De la lectura del citado artículo, y de lo referido en todas las páginas anteriores, puede observarse, que la Ley del Estatuto de la Función Pública funda ciertamente todo un procedimiento aplicable al Ordinal 1, tomando como criterio de competencia, esencialmente la materia, para lo cual, en la Ley del Estatuto, sólo existe un procedimiento previsto cuando se embisten los actos administrativos u omisiones, lo cual deja al margen el procedimiento aplicable para solicitar la nulidad de las Clausulas de los Convenios Colectivos, según el citado artículo 2. Así, pues, se pueden indagar: ¿Cuál es el procedimiento aplicable en éste último supuesto?

El mundo de los abogados espera, que la Jurisprudencia de los Tribunales Superiores Contencioso Administrativo Funcionariales conjuntamente con el TSJ, pueda dar respuesta a esa interrogante. En todo caso, hay que advertir al lector, y a todos los funcionarios públicos, la necesidad que tienen de intentar acercarse a la Ley del Estatuto, a los fines de que hagan valer sus derechos como cumplir sus deberes, en aras de una Administración Pública eficaz y eficiente en servicio de los administrados. Consiente se está, de que la Constitución de 1999 es: “quijotesca” en palabras de Briceño (2006) “...en lo que se refiere a la protección de los derechos humanos, sobre todo para aquellos que detrás de un escritorio, sufren diariamente los avatares de la propia Administración Pública por un lado, y de los ciudadanos, por el otro.” Pág. 87.

De Pedro Fernández (2004) cree:

...que en relación al procedimiento contencioso funcional, debemos señalar que salvo la inoperante audiencia preliminar y el excesivo número de días despacho para los actos procesales, el procedimiento debe resultar eficaz. La jurisprudencia es la llamada a que las presuntas bondades no se conviertan por mor del *lequleyismo forense*, en un nuevo distanciamiento entre la justicia y el ciudadano, en este caso, además, funcionario público. Pág. 38.

El problema de la justicia administrativa, la funcional incluida, no radica muchas veces en la Legislación, ni en el tino de los principios imperantes, sino, en las condiciones previas y esenciales que deberían reinar en cualquier país, para que el contencioso-administrativo logre sus contenidos elementales.

Lo señala muy bien Canova (2009):

Tal coyuntura, de por sí grave, lo es aún más trágico y dramático por el hecho de que, justamente, el Derecho Administrativo, al reglar el actuar de la Administración Pública, lo que hace principalmente, es establecer límites a la actividad de quienes ejercen el poder del Estado, y se eleva como una primordial garantía de la libertad y los derechos de los ciudadanos. Págs. 13-14.

Para terminar, en palabras de Eduardo García De Enterría (1997):

Será el contenido material del Derecho Público lo que difiera del propio Derecho Privado, y ello marcará las diferencias de régimen entre la Administración y los ciudadanos; pero ninguna diferencia existe, en el plano formal, entre el grado de vinculación a la Ley y el Derecho que es propio de la Administración y la que alcanza a los ciudadanos, como tampoco en cuanto al sometimiento pleno al control del Juez, pieza inseparable de la efectividad organizadora y práctica de cualquier Derecho. El sometimiento pleno a la Ley y el Derecho de la Administración implica, pues, en conclusión, el sometimiento pleno al Juez, inexcusablemente. Pág. 129-130.

Sin embargo, no es así en Venezuela. Los Jueces Administrativos Patrios no son designados como debiere ser. García De Enterría (2000) dice:

Los Jueces serían elegidos (entre juristas con alguna cualificación, salvo los Jueces de Paz) por tiempo, y reelegibles, por las Asambleas electivas locales y garantizados en su inamovilidad, salvo sentencia firme por prevaricación. Solo su nombramiento lo formalizaba el Rey. El sistema de designación de los Jueces será objeto más delante de nuevos cambios, hasta llegar finalmente, al de su funcionalización profesional (que se apoya por cierto, en la objetividad misma de la Ley que han de limitarse a aplicar), pero lo que es importante es subrayar, que la imparcialidad del Juez quedó asegurada. Una novedad decisiva...Barón de Montesquieu "el Juez debe ser la persona que pronuncia las palabras de la Ley." Pág. 169.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Aguilar, R.A. (2012) La Prueba en el Contencioso-Funcionarial “*en Manual de Práctica Forense Contencioso-Funcionarial.*” Colección de Práctica Forense N° 3. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela. Págs. 51-92.

Araujo, J. (2017) “*Derecho Administrativo Constitucional.*” Colección Manuales y Obras Generales. Editorial Jurídica Venezolana-CIDEP. Caracas, Venezuela.

Becerra, F.C. (2006) “*La Función Pública en el Ámbito Municipal Venezolano.*” FUNEDA. Caracas, Venezuela. Págs. 210.

Brewer-Carías, A. (2010) Introducción General al Régimen de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en “*Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Colección Textos Legislativos N° 47.*” Primera Edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela. Págs. 7-152.

Briceño, G.-Bracho, J. (2006) “*Ley del Estatuto de la Función Pública.*” Colección de Textos Legislativos N° 27. Editorial Jurídica Venezolana. Primera Edición. Caracas, Venezuela. Pág. 138.

Calamandrei, P. (1997) “Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares.” Editorial El Foro. Santiago de Chile, Chile. Págs. 246.

Canova, A. (2009) “*La Realidad del Contencioso Administrativo Venezolano (Un Llamado de Atención frente a las Desoladoras Estadísticas de la Sala Político-Administrativa en 2007 y Primer Semestre de 2008).*” FUNEDA. Caracas, Venezuela. Págs. 174.

Cassese, S. (2000) “*Le Construction de Droit Administratif. France et Royaume-Uni.*” Traduc. Del Italiano. Montchrestien. Paris, France.

De Pedro, A. (2004) “*Derecho Colectivo de los Funcionarios Públicos, Personal Contratado Y Contencioso Administrativo en la Ley del Estatuto de la Función Pública,*” en el Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela Honor a Hildegard Rondón de Sansó. FUNEDA. Caracas, Venezuela. Págs. 5-38.

García, E. (1997) “*Democracia, Jueces y Control de la Administración Pública.*” Quinta Edición Ampliada. Reimpresión. Civitas. Madrid, España. Págs. 346.

García, E. (2000) “*La Lengua de los Derechos: La Formación del Derecho Público Europeo Tras la Revolución Francesa.*” Alianza Editorial. Madrid, España. Págs. 225.

Lares, E. (2001) “*Manual de Derecho Administrativo.*” 12º Edición Actualizada a la Constitución de 1999. UCV. Caracas, Venezuela. Págs. 742.

Loreto, I. (2003) Medidas Cautelares en el Contencioso-Administrativo-Funcionarial, “*en el Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela. Homenaje a Hildegard Rondón de Sansó.*” FUNEDA. Caracas, Venezuela. Págs. 198.

Mata, G. (2010) La Reforma del Contencioso-Administrativo: Estudio Comparativo entre la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y la Nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, “*en Anuario de Derecho-ULA N° 27. Año 27. Enero-Diciembre-2010.* Mérida, Venezuela. Págs. 15-54.

Palomar, A. (1993) El Procedimiento Especial en Materia de Personal, “en la Protección Jurídica del Ciudadano: Consideraciones Generales del Procedimiento Administrativo y de la Garantía Jurisdiccional. Tomo I. Estudios en Homenaje al Profesor Jesús Gonzalo Pérez.” Editorial Civitas. Madrid, España. Págs. 919-958.

Pérez, C.R. (2002) El Contencioso-Administrativo de la Función Pública “en Temas de Derecho Administrativo. Volumen II. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani.” Editor Fernando Parra Aranguren. TSJ. Colección Libros Homenaje N° 7. Caracas, Venezuela. Págs. 561-574.

Renato, J. (2003) “El Contencioso Administrativo Y el Amparo Constitucional en la Función Pública en el Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela,” en el Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela. Homenaje a Hildegard Rondón de Sanso. FUNEDA. Caracas, Venezuela. Págs. 155-180.

Rojas, M. et all (2012) “Manual de Practica Forense Contencioso Funcionarial”. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela. Págs. 133.

Rojas, M. (2013) “Contencioso Administrativo-Funcionarial.” FUNEDA. Caracas, Venezuela. Pág. 301.

Troconis, A. (2012) “La Sentencia Definitiva y los Medios de Control “Ordinarios” en el Proceso Contencioso Funcionarial,” en Manual de Práctica Forense Contencioso-Funcionarial. Colección Práctica Forense N° 3. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela. Págs. 101-124.

Revista de Derecho Funcionarial. Vol. 1. FUNEDA. Caracas. Enero-Diciembre 2010

Revista de Derecho Funcionarial. Vol. 2. FUNEDA. Caracas. Enero-Abril 2011.

Revista de Derecho Funcionarial. Vol. 3. FUNEDA. Caracas. Mayo-Agosto 2011.

Constitución De La República Bolivariana de Venezuela 1999.

La Ley del Estatuto de la Función Pública 2002.

Sentencia N° 000710 Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 20 de Junio De 2011.

Sentencia N° 000031 Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo del 25 de Enero De 2010.

Sentencia N° 000005 Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo del 21 de Enero De 2010.

Sentencia N° 000357 Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 31 de Mayo De 2010.

Sentencia del 18 de Abril de 2002 de la Sala Político-Administrativa del TSJ.

EL PROCESO CIVIL VENEZOLANO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN RELACIÓN A LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y GARANTÍAS PROCESALES

THE VENEZUELAN CIVIL PROCESS AND FUNDAMENTAL RIGHTS
REGARDING PROTECTIVE MEASURES AND PROCEDURAL GUARANTEES

Adalgisa Sifuentes ⁽¹⁾

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2019.01.01.06>

Recepción: 26 de Noviembre de 2017 Aceptación: 14 de Diciembre de 2018



118

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad analizar el proceso civil venezolano y los derechos fundamentales en relación a las medidas de protección y garantías procesales. El proceso civil en el ordenamiento Jurídico Venezolano ha sido el objetivo fundamental para el desarrollo de esta investigación. En este sentido, se han observado dos criterios que definen las medidas de protección y garantías procesales; una, ha destacado que la misma se confina a lo establecido en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; y otro criterio establecido en el artículos 49 descritos en las garantías constitucionales accesorias del debido proceso. Se reflexiona que, el derecho civil venezolano, es un extenso derecho establecido no solo en uno de los anteriores criterios, sino que ambos razonamientos al fusionarlos con el artículo 19 eiusdem, conforman una amplia concepción sobre la Tutela Judicial Efectiva al establecer el goce y ejercicio como garantía irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, pues en esencia la Tutela Judicial realmente efectiva no es más que el cumplimiento y respeto cabal de los Derechos fundamentales en general, según sea el caso planteado.

Palabras Clave: *Tutela Judicial Efectiva, Debido Proceso, Derechos Fundamentales. Administrativa.*

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the Venezuelan civil process and fundamental rights in relation to protection measures and procedural guarantees. The civil process in the Venezuelan legal system has been the fundamental objective for the development of this investigation. In this sense, two criteria have been observed that define the protection measures and procedural guarantees; one, has emphasized that it is confined to what is established in article 26 of the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela; and another criterion established in article 49 described in the constitutional guarantees of due process. It is reflected that Venezuelan civil law is an extensive right established not only in one of the above criteria, but both reasoning by merging them with Article 19 eiusdem, make up a broad conception of Effective Judicial Guardianship when establishing enjoyment and exercise as an inalienable, indivisible and interdependent guarantee of human rights, since, in essence, effective judicial protection is nothing more than compliance with and full respect for fundamental rights in general, as the case may be.

Keywords: *Justice's Access, Due Process, Human Rights.*

(1) Estudiante del Cuarto Año de la Carrera de Derecho de la Universidad de Los Andes (ULA).
Administrativo con el CIEPROL-ULA. Miembro del Consejo Jurídico Asesor ULA. adalgisa.sifuentes@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Venezuela, es un país que al igual que el resto del mundo debe procurar la aplicación de justicia para contribuir con la paz y la seguridad social, certificando de esta manera, el respeto universalmente establecido por la Carta de las Naciones Unidas en relación con los derechos fundamentales sin distinción de raza, sexo, idioma, credo entre otras. Desde el año 1999 con la entrada en vigencia de la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la fuerza normativa conferida a la Constitución provocó una relectura de todas las ramas del derecho venezolano en tal caso en el derecho procesal civil, esa relectura puede ser verificada en la adopción de técnicas, inclusive procedimentales, que se muestran más hábiles para la realización del derecho material. Tales instrumentos pueden ser vistos como una forma de afirmación de los derechos fundamentales, en la medida en que atienden a la efectividad de la tutela jurisdiccional, cuyo basamento se expande a todo el orden jurídico.

En consecuencia, el Estado tiene condiciones que aseguran su existencia, como lo son el territorio, el poder y la población. Calvo (2012), define al Estado como una organización de carácter social, “constituida en un territorio propio, con fuerza para mantenerse en él, e imponer dentro de él un poder supremo de ordenación y de imperio; poder ejercido por aquel elemento social, que en cada momento asume la mayor fuerza política”. Pág 86. Además de estos elementos, cada Estado se encuentra formado por ciertos principios y valores que estando consagrados en la Constitución o norma rectora de cada país, van a regir para todo el ordenamiento jurídico interno de modo que puedan alcanzarse los fines para los cuales se han creado.

De los valores supremos del Estado venezolano, establecidos en el artículo 2 de la Constitución vigente, se desprende que Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que adapta a su ordenamiento jurídico y actuación a los siguientes valores superiores: la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Este Estado democrático y social, de Derecho y de Justicia, que se establece con la entrada en vigencia de la Constitución en 1999, tiene diversos fines. Aunque para algunas posiciones en la doctrina del Derecho Constitucional, el Estado no tiene un fin determinado porque él es un fin en sí mismo, el constituyente en el artículo 3 de la CRBV consagra una multiplicidad de fines a los que se aspira como sociedad; dentro de los cuales se pueden citar, entre otros de igual importancia: la defensa, el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad; la construcción de una sociedad justa y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución. Siendo la educación y el trabajo los medios primordiales para alcanzar mencionados fines.

Para lograr los fines anteriores el constituyente en el artículo 7 consagra a la Constitución como la norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico; estableciéndose el principio de supremacía

constitucional, principio que constituye el fundamento de todos los sistemas constitucionales del mundo y representa la piedra angular de la democracia, de la protección de los derechos fundamentales y de la justicia constitucional. En este contexto, Rivas (2004), señala lo siguiente acerca de este principio:

La afirmación de la existencia del principio de supremacía constitucional, depende fundamentalmente de los mecanismos que se establezcan para la protección y resguardo de la integridad constitucional. En todo caso la consagración expresa o tácita de este principio en la Constitución, coloca a ésta, como la Ley Suprema dentro del Estado y por lo tanto todo acto generador de derecho debe armonizar y ajustarse a las previsiones contenidas en la Carta Fundamental. Pág. 179

Es consecuencia de este principio que todas las personas y órganos que ejercen el Poder Público deben someterse a los principios y disposiciones emanados de la Constitución, pudiendo todos sus actos estar bajo el control jurisdiccional de la constitucionalidad; debiendo el Estado procurar por el bienestar de los venezolanos creando las condiciones necesarias para ello a través de los principios de la solidaridad social y del bien común que conducen al establecimiento de ese Estado social, sometido al imperio de la Constitución y de la ley.

Delimitada así la organización jurídico-política de la Nación y correspondiéndose con el fin supremo de refundar la República, para establecer una sociedad democrática, no siendo el Estado el único que debe constituirse como tal, se obliga a todos los elementos que conforman la sociedad a que estén sujetos a los principios democráticos establecidos en la Constitución.

Por tal motivo, se realizó el presente trabajo con la finalidad de analizar el proceso civil venezolano y los derechos fundamentales en relación a las medidas de protección y garantías procesales. En este sentido, se plantea un desarrollo conceptual y hermenéutico el cual constituirá un aporte jurídico, susceptible de ser acogido por la cátedra.

En consecuencia, el análisis será basado en revisiones bibliográficas y centrándose en dos constructos principales: el proceso civil venezolano y los derechos fundamentales.

1.- El Proceso Civil Venezolano.

La nueva cultura jurídica engloba, bajo la denominación de del debido proceso, un conjunto de garantías que aseguran los derechos del ciudadano frente al poder judicial y que establece los límites al poder jurisdiccional del Estado para afectar los derechos de las personas. El derecho al debido proceso, incorporado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 en su artículo 49, su contextualización y unificación de criterios en cuanto la delimitación de una definición clara por parte de los procesalistas no ha sido posible. Por otro lado, el debido proceso, concebido actualmente de rango constitucional, y ante la ambigüedad en su definición, en contrasta al amplio abanico judicial de aplicación.

Otra corriente supone que la Tutela Judicial Efectiva es más bien la suma de todos los derechos constitucionales procesales plasmados en el artículo 49 de la CRBV; por tal razón se concibe como el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, el derecho a una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos, sin reposiciones inútiles, derecho al debido proceso, derecho a la defensa, derecho a ser notificados de los cargos que se imputan, derecho a la presunción de inocencia, derecho de acceso a las pruebas, derecho a ser oído en toda clase de proceso, derecho a un tribunal competente, derecho a intérprete, derecho a ser juzgado por jueces naturales y derecho a no confesarse culpable, entre otros.

El presente criterio se respalda en la Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 27 de Abril de 2001, N° 576, **Expediente N° 00-2794**, que ha citado:

La Constitución de la República en su artículo 26 consagra la garantía jurisdiccional, también llamada el derecho a la tutela judicial efectiva, que ha sido definido como aquel, atribuido a toda persona, de acceder a los órganos de administración de justicia para que sus pretensiones sean tramitadas mediante un proceso, que ofrezca una mínima garantía (...) Es, pues, la garantía jurisdiccional, el derecho de acceso a la justicia mediante un proceso dirigido por un órgano (...) para conseguir una decisión dictada conforme el derecho (...). Es de valorar en la precedente sentencia que no es suficiente con el hecho de que el ciudadano acceda a los tribunales, sino que se requiere la sustanciación de un juicio apegado al debido proceso, es decir que se pronuncie una sentencia ajustada a derecho, y posteriormente, que sea efectiva; es decir, que la decisión sea susceptible de ejecutarse.

Según Bello y Jiménez (2009) “la tutela judicial efectiva como un derecho suficientemente extenso que comprende no sólo el acceso a la justicia y a obtener una decisión razonada y justa, sino que también encierra las garantías constitucionales procesales que se encuentran en el artículo 49 de la Constitución.” Pág. 126.

Partiendo de éstas concepciones emitidas por tan reconocidos juristas se reconocen dos criterios visiblemente diferenciadas, la primera que limita el alcance de la Tutela Judicial Efectiva a lo establecido en el art. 26 de la CRBV ésta comprende el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, el derecho a obtener una sentencia motivada, justa, correcta y congruente, el derecho a recurrir de la sentencia y el derecho a ejecutar las decisiones judiciales.

Es conveniente asentar que la presente corriente no involucra los derechos o garantías constitucionales procesales establecidas en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las cuales se refieren al debido proceso legal.

Por otra parte, en la segunda corriente se plantea que la Tutela Judicial Efectiva está conformada aparte del artículo 26 por el artículo 49 de la CRBV, lo cual convierte a la Tutela Judicial Efectiva en un amplio derecho protector del ciudadano, pues consideran que ambos son necesarios en la definición de Tutela Judicial Efectiva.

Pese a las diferencias de opiniones, es preciso señalar, que la Tutela Judicial Efectiva, a criterio de los investigadores, no solo abarca los derechos comprendidos en los artículos ya antes mencionados como el 26 y 49 de nuestra Carta Magna, sino que también comprende el cúmulo de derechos que establece el artículo 19 eiusdem, que es un preeminente valor resguardado en nuestra Constitución Nacional como principio fundamental para garantizar la protección de los Derechos Humanos sin discriminación alguna, a todas las personas, conforme al “principio de progresividad,” el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente, de los derechos humanos. Progresividad significa entonces avance, derechos cuyo desarrollo debe ser continuado e irreversible dentro de un proceso judicial, es decir que se dé un cabal desenvolvimiento con fuerza extensiva en los derechos fundamentales mediante se acceda al aparato jurisdiccional, en donde se manifiesta la protección y la relevancia evolutiva de esos derechos lo que significa que a partir de entonces su comprensión, interpretación y aplicación es indispensable para que se entienda que al ser vulnerado algunas de éstas garantías, se estaría al mismo tiempo vulnerando el principio a la Tutela Judicial Efectiva.

Sobre estas razones se enfoca la estrecha relación de la Tutela Judicial Efectiva con el artículo 19 eiusdem.

En resumidas cuentas, y visto desde otro punto de vista es significativo destacar que se parte de la reflexión que la Tutela realmente Efectiva, involucra los establecido en éstos tres artículos cardinales o ejes fundamentales del presente contexto investigativo que son el 19, 26, y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Es por ello, la manifestación más sólida se encuentra en el sentido y la práctica de la legalidad, mediante la cual, los ciudadanos cumplen lo dispuesto por el legislador y éste a su vez garantiza también la ejecución de los mandatos de la ley.

En tal sentido, la función jurisdiccional se puede definir como una actividad pública del estado destinada a solucionar conflictos, para diferenciar la función judicial de la ejecutiva.

Esa actividad pública, comprende en el orden judicial, un conjunto de reglas sistemáticamente estructuradas, de ejecución progresiva cronológica, que constituyen lo que se denomina: El proceso en ese sentido el proceso de define como un mecanismo idóneo a través del cual se hace plena la función jurisdiccional y a través de él se fortalece el estado de derecho.

Al referirse a la función de la Jurisdicción Civil en materia de protección de los derechos fundamentales, no es más que esa función

otorgada por la Constitución y la ley a los órganos jurisdiccionales en materia civil cuando están en conocimiento de una controversia, para proteger, garantizar, amparar o decidir sobre lesiones o violaciones efectuadas a los derechos fundamentales de las partes durante el conocimiento de la causa y la ejecución de la sentencia (art. 253 de la Constitución).

Conforme al principio de supremacía constitucional (artículo 7 ejusdem), el principio de legalidad (Artículo 137 ejusdem) y a la obligación que tienen todos los órganos del Poder Público, de respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, que establezcan la Constitución, los tratados y pactos, entre otros.

123

2.- Los Derechos Fundamentales en Relación a las Medidas de Protección y Garantías Procesales.

Indudablemente, el tema de los derechos fundamentales en relación a las medidas de protección y garantías procesales ha cobrado en la actualidad una importancia tremenda no sólo en ámbitos académicos e institucionales, sino también en ámbitos y contextos cotidianos.

De tal manera que, en la actualidad es de suma importancia crear las condiciones no sólo para el fortalecimiento de los sistemas políticos democráticos, la propia sociedad civil, sino también y de forma especial lo concerniente al fortalecimiento del Estado de derecho, del régimen de libertades, la imperante necesidad de crear instituciones, organismos, mecanismos y, de manera especial, una cultura en pro de la garantía y protección de los derechos fundamentales.

En este orden de ideas, se asume las posiciones que a continuación se incluye por **Petit** (2011) “el debido proceso es considerado como derecho, garantía, garantía-derecho o derecho complejo y absoluto. Pág. 140. El Tribunal Supremo de Justicia, tampoco ha fijado una posición única acerca de cómo debe verse el debido proceso.

Por su parte, **Lara** (2012) cita a **Quiroga** en su obra Derecho Procesal y el Código Procesal Constitucional, “y reconoce que el debido proceso recibe el tratamiento de derecho fundamental desde su positivización en los textos constitucionales de los Estados.” Pág. 141.

Para **Petit** en su ensayo titulado Garantías Procesales de un proceso justo, afirma conforme a la doctrina reiterada, que el debido proceso es un derecho individual de carácter fundamental, que se encuentra integrado “por un conjunto de garantías constitucionales procesales mínimas, que permiten su efectividad y cuyas bases son las garantías que debe tener el individuo frente al Estado para que asuntos y conflictos sean tramitados bajo un proceso razonable...” Pág. 25-26.

De hecho, la Constitución de 1999 consagra al debido proceso dentro del **Título III: De la Ciudadanía, en el Capítulo III: De los Derechos Civiles**, en el artículo 49 que expresa:

El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley. 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano, o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete. 4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.

Dentro de la corriente, Lara (2012) señala "...es menester indicar, según la doctrina de nuestro máximo tribunal, que el derecho a la defensa y al debido proceso constituyen garantías inherentes a la persona humana y en efecto, aplicables a cualquier clase de procedimientos." Pág. 150.

En la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, se reconoce al amparo como una garantía-derecho constitucional, cuya finalidad es la tutela reforzada de los derechos humanos, aun de aquellos inherente a la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Rivas y Picard (2010), expresan que es un mecanismo procesal que por vía judicial está destinada a restablecer inmediatamente el goce o disfrute de los derechos constitucionales que le fueron vulnerados al afectado, por actos u hechos que provienen de los órganos del poder público o de los particulares Pág. 87. Por su parte, Brewer (2006), define al amparo:

Como una institución procesal, la cual se configura por excelencia "en una garantía constitucional de los derechos y libertades públicas..." abriéndose a los particulares de la posibilidad de recurrir a la autoridad judicial con el fin de "amparar" el ejercicio de sus derechos. Pág 189

Al respecto, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en su artículo 25 (de la Protección Judicial), contempla el derecho que tiene toda persona a ser amparada contra los actos que violen sus derechos fundamentales a través un recurso sencillo y rápido o cualquier otro que sea efectivo:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Bien sea visto como mecanismo, derecho, garantía judicial, recurso, institución, entre otros, la doctrina y los organismos internacionales coinciden en que la finalidad del amparo es la misma: la protección de los derechos fundamentales.

Otro punto de vista y posición, es la del autor Vescovi (1988) considera al amparo “tomando en cuenta el término general del mismo que significa la acción de proteger, como una acción judicial. Ésta acción judicial se utiliza como remedio para proteger los derechos fundamentales, especialmente los garantizados por disposiciones constitucionales o declaraciones de derechos.” Pág. 90.

Constituye, para el autor, un mecanismo de protección preventivo “en el sentido de que es previsorio,” con el que se obtiene de forma rápida y eficaz la protección de los derechos fundamentales y que “tiene cierta analogía con las medidas cautelares.” Menciona el autor, que generalmente las legislaciones y declaraciones de Derechos, se refieren a un procedimiento rápido y sencillo en vía jurisdiccional para obtener la eficaz protección de los derechos fundamentales.

Por su parte, Araujo (1997) observa lo siguiente en materia de amparo:

En efecto, a diferencia de los procesos ordinarios y especiales, no todos los derechos subjetivos pueden hacerse valer a través del amparo constitucional, sino tan sólo los configurados técnicamente como derechos fundamentales, cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del Estado de Derecho...en consecuencia, el amparo constitucional circunscribe su ámbito de aplicación a la estricta protección, resguardo y restablecimiento de los “derechos y garantías de rango constitucional” o “derechos o garantías supreamas.

En la Constitución de 1999 en el artículo 27 se amplía el alcance del amparo a todos aquellos derechos inherentes a la persona que no figuren expresamente en el texto constitucional o en los instrumentos internacionales. Se establece, bajo los principios que conforman el proceso, referidos en el capítulo anterior, que el procedimiento de amparo debe ser oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidades.

La autoridad judicial competente, de igual forma, tiene la potestad de restablecer inmediatamente la situación infringida o la que más se le asemeje, tramitando el tribunal lo referente al amparo con preferencia a cualquier otro asunto y en tiempo hábil.

Es criterio dominante en la jurisprudencia venezolana, que la acción de amparo, constituye “un mecanismo de protección extraordinario” distinto a los procedimientos administrativos, por encontrarse previsto en la Constitución como “medio de salvaguarda de derechos constitucionales.” Posee un carácter extraordinario debido a que “puede incoarse, incluso, aún cuando existan vías ordinarias”, es decir sin necesidad de haber agotado las vías ordinarias para ejercer la acción de amparo.

De forma general, **Bello y Jiménez** (2009) define “...a la tutela judicial efectiva como una garantía que tiene como finalidad proteger los derechos procesales establecidos en la Constitución.” (Pág. 129) que además “pretende proteger los derechos constitucionales procesales en el proceso, presenciar y garantizar un debate judicial protegido o tutelado de manera segura y efectiva.” Pág. 129.

Ahora bien, existe en la doctrina y la jurisprudencia divergencia en cuanto a cómo considerar la tutela judicial efectiva. Una posición, tomada por la Sala Constitucional del TSJ en **Sentencia N° 576** de fecha 27 de Abril de 2007, considera a la tutela judicial efectiva como la suma de todos los derechos constitucionales procesales contenidos en los artículos 26 y 49 de la Constitución, incluyendo de esta forma el debido proceso dentro de la tutela. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 26 consagra la Garantía Jurisdiccional, también llamada el derecho a la tutela judicial efectiva, que ha sido definido como aquél, atribuido a toda persona, de acceder a los órganos de administración de justicia para que sus pretensiones sean tramitadas mediante un proceso, que ofrezca unas mínimas garantías, todo lo cual sólo es posible cuando se cumplen en él los principios establecidos en la Constitución.

Es pues la Garantía Jurisdiccional, el derecho de acceso a la justicia mediante un proceso dirigido por un órgano, también preestablecido para ello por el Estado, para conseguir una decisión dictada conforme el derecho mediante la utilización de vías procesales prescritas para el fin específico perseguido, en el entendido que dicho derecho en manera alguna comprende que la decisión sea la solicitada por el actor o favorezca su pretensión, ni que en el curso del mismo se observen todos los trámites e incidencias que el actor considere favorables a él. El derecho a la tutela judicial efectiva comprende, asimismo, el derecho a la ejecutoriedad de la sentencia obtenida en derecho.

En este sentido, dicha garantía implica, para los administrados, la obligación de someter la tramitación de sus pretensiones a los órganos jurisdiccionales establecidos por el Estado mediante las vías y los medios procesales contemplados en las leyes adjetivas, así como también la de no obstruir, de manera alguna, la administración de justicia desarrollada por el Estado en cumplimiento de sus funciones, lo que conlleva la obligación de no realizar actos inútiles ni innecesarios a la defensa del derecho que se pretenda sea declarado, pues ello, además de contravenir los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil, podría configurar el abuso de derecho generador de responsabilidad patrimonial u otras responsabilidades”.

De igual forma, Lara (2012) cita a la Sala Constitucional, en **Sentencia N° 2615** de fecha 11 de Diciembre de 2011, de lo siguiente:

De lo extractos de las Sentencias anteriores, se puede apreciar, que la Sala Constitucional, se refiere a la tutela judicial efectiva indistintamente como derecho y como garantía jurisdiccional, y que a su vez ésta comprende el conjunto de derechos, principios y otras garantías establecidas en los artículos 26 y 49 Constitucional.

En este orden de ideas, se puede afirmar que la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 26 Constitucional, no involucra el conjunto de derechos o garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial, según lo expresa el artículo 49 *ejusdem*, aun cuando se encuentran vinculados, por el contrario, comprende: El derecho de acceso a los órganos de administración de justicia el derecho a obtener una sentencia fundada, razonada, motivada, justa, correcta, congruente y que no sea jurídicamente errónea.

El derecho a ejercer los recursos previstos en la Ley, contra las decisiones perjudiciales. El derecho a ejecutar las decisiones judiciales. Además, infieren en la posición que considera que la *tutela judicial efectiva* está incluida en el debido proceso, de forma que la lesión o violación de uno, no produce la lesión o violación de otro.

Sin embargo, la Sala Constitucional, ha señalado que:

La lesión a cualquiera de los derechos o garantías constitucionales procesales a que se refiere el artículo 49 Constitucional, involucra una lesión al derecho a la tutela judicial efectiva a que se refiere el Artículo 26 *Ejusdem*, por lo que ante la lesión al debido proceso, es perfectamente viable la denuncia de lesión de tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 26.

De todas las posiciones anteriores, se considera que la tutela judicial efectiva es una garantía procesal; ya que corresponde al Estado a través de los órganos judiciales, la función de proteger, defender, amparar los derechos y garantías establecidos en la Constitución, y los intereses de los ciudadanos en el proceso. Al comprender dentro de su tutela los diversos derechos y garantías, tal y como se observa en el Artículo 26 Constitucional, el debido proceso, como otra garantía procesal constitucional, se encuentra amparada bajo ésta, aunque existan derechos que la tutela judicial efectiva protege y el debido proceso no, como se verá posteriormente.

Por ello, la lesión o violación que pueda producirse a los derechos amparados por la tutela judicial efectiva pueden producir el menoscabo de los derechos y garantías amparadas en el debido proceso, y viceversa. El Artículo 26 de la CRBV expresa:

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

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

Dentro de los derechos amparados por la tutela judicial efectiva, como mencionaran parte de los autores anteriormente citados, sin incluir el derecho de ejercer los recursos previstos en la ley contra decisiones perjudiciales ya que éste forma parte de la garantía del debido proceso, se encuentran: *El derecho de acceso a los órganos de la justicia (Artículo 26 de la CRBV).*

Es el derecho que tienen todas las personas, naturales o jurídicas, de acudir ante los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos. Este derecho tiene sus antecedentes en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que expresa: “Artículo 8. Garantías Judiciales...1. Toda persona tiene derecho de ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley,....”.

Este derecho se materializa a través del derecho autónomo de la acción que activa la obligación del Estado de poner en funcionamiento, el órgano judicial con el fin de resolver el conflicto, o darle respuesta al derecho de petición invocado por la persona que ejerza la acción.

REFLEXIONES FINALES

Todo proceso judicial debe ser justo, razonable, confiable y estar rodeado de un mínimo de garantías constitucionales procesales que eviten la lesión a los derechos materiales de los ciudadanos y ciudadanas. Se hace referencia a un proceso judicial y a un proceso administrativo donde se respete el debido proceso, el cual tiene su fundamento en el principio de igualdad ante la ley y por ende debe garantizar los límites al poder jurisdiccional del Estado para que no se convierta en una forma de atropellar a los ciudadanos y ciudadanas. Sobre estas bases nace el principio de la legalidad procesal que conlleva a una Tutela Judicial Efectiva a través de un verdadero y eficaz contradictorio donde se brinde a la persona la oportunidad de ejercer plenamente su defensa y se garantice la correcta aplicación de las leyes a cada caso en concreto.

En consecuencia, se considera entonces que: Todo juicio debe ser imparcial, transparente, idóneo, confiable y garantizar la defensa de la vida, la libertad, los bienes y demás derechos del ciudadano o ciudadanas lo que significa que se aglutina la suma de los derechos y garantías procesales constitucionales que permiten una justicia pronta y efectiva. Este conjunto de garantías son las que se señalaron en los artículos 19, 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De las instituciones que velan por el cumplimiento y protección de los Derechos Fundamentales, aun cuando en el ordenamiento jurídico se encuentren establecidos los derechos fundamentales, las medidas de

protección y garantías procesales, es necesario la actuación de instituciones que velen por su respeto y debido cumplimiento, tanto a nivel nacional como internacional. Estas instituciones, bajo la óptica del sistema del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, deben gozar de autonomía funcional e independencia. De lo contrario se estaría en presencia de una línea muy delgada entre el deber ser y la omisión de actos que por conveniencias políticas o económicas pudieran terminar amparando violaciones de estos derechos, tal como sucede hoy en día.

Se precisa a la Tutela Judicial Efectiva como un extenso derecho plasmado no sólo en uno de los anteriores razonamientos planteados, sino que ambos criterios al fusionarlos con el artículo 19 eiusdem conforman una amplia concepción sobre la Tutela Judicial Efectiva al establecer el goce y ejercicio como garantía irrenunciable, indivisible e interdependiente de los Derechos Humanos, pues en esencia la Tutela Judicial realmente efectiva no es más que el cumplimiento y respeto cabal de los renombrados Derechos Humanos en general, según sea el caso planteado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Araujo, J. (1997) *“Los Derechos Fundamentales y los Medios de Protección Procesal.”* Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela

Bello, H.-Jiménez, D. (2009) *“Tutela Judicial Efectiva y Otras Garantías Constitucionales Procesales.”* Caracas: Paredes. Venezuela.

Brewer-Carias, A. (2006) *“Instituciones Políticas y Constitucionales.”* (Tomo II). 2ª Edición. Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal: Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela.

Calvo, E. (2012) *“Vocabulario Derecho Procesal Civil Venezolano (Jurisprudenciado).”* Editorial Libra C.A., Caracas, Venezuela.

Garay, J. (2001) *“La Constitución.”* Corporación AGR, S.C., Caracas, Venezuela

Lara, G. (2012) *“Las Medidas de Protección y Garantías Procesales de Los Derechos Fundamentales en El Proceso Civil Venezolano.”* Trabajo de Grado Universidad Central de Venezuela. [Tesis en línea]. Disponible: http://saber.ucv.ve/bitstream/123456789/7469/1/T026800010422-0-romynalaragarcia_finalpublicacion_2-000.pdf. [Consulta 2018, Enero 3].

Petty, L. (2011) *“Estudios del Debido Proceso (Una visión global: Argumentaciones como derecho fundamental y humano).”* Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela.

Rivas, A. (2004). *“Derecho Constitucional.”* Clemente Editores, C.A. Valencia, Venezuela.

Rivas, A.-Picard, M. (2010) *“Derechos Humanos y Mecanismos Judiciales de Protección y Tutela de Derechos Garantizados en la Constitución (Especial Referencia a la Legislación Venezolana).”* Andrea, C.A., Caracas, Venezuela.

Vescovi, E. (1988) *“Los Recursos Judiciales y los Demás Medios Impugnativos En Iberoamérica.”* Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) Gaceta Oficial N° 5.453 del 24 de Marzo de 2000.

Código Civil de Venezuela (1982) Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Junio de 1982.

Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988) Gaceta Oficial N° 34.060 del 27 de Septiembre 1988.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969) Suscrita en San José de Costa Rica del 7 al 22 de Noviembre de 1969 (Pacto de San José).

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (SC-TSJ). Sentencia N° 576 de fecha 27 de Abril de 2001.

ADDEMDUM JURISPRUDENCIAL

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA N° 301/2007-ARTÍCULO 31 LISLR)

Nelson J. Camacho L. (1)

Recepción: 26 de Diciembre de 2018 Aceptación: 17 de Mayo de 2019

Todo comportamiento de distorsión normativo inicia cuando el Legislador Ejecutivo adquiere especial atribución dadas en una concepción política por el Legislador Orgánico y el primero no atiende con rigurosa observancia los requisitos fundamentales para decretar medidas económicas en consonancia al antecedente Jurisprudencial ratificado por el máximo tribunal.

La Asamblea Nacional es el ente orgánico encargado de dar respuesta al propósito de simplificar el procedimiento de formación de las leyes, erradicar la duplicidad de órgano de administración y control, entre otros; promover la organización y la participación ciudadana en los asuntos de su competencia y tendrá la iniciativa en materia de leyes, enmienda, reforma y Asamblea Constituyente. Un Estado requiere el desarrollo legislativo acorde con los cambios del país y un eficiente control sobre la Administración Pública y el Gobierno, de allí que el ejercicio de la función parlamentaria sea a dedicación exclusiva.

Éste proceso de formación de nuevas leyes nos da como resultado en la promulgación de una ley tener como requisito fundamental la consulta a los ciudadanos y a la sociedad organizada de manera que están en completo conocimiento y armonía de lo posible redactado o redactado en los diferentes textos normativos que evitará la transgresión de la cirulo subjetivo de los sujetos pasivos del impuesto sobre la renta, con preminente consideración que se modificará normas de índole Constitucional y derechos fundamentales acogidos por el sistema venezolano de manera dualista en tratados internacionales.

En este sentido el proceso de formación erradico todos los conocimientos fundamentales bases para la promulgación por parte del Legislador Ejecutivo y que conllevó a la sentencia objeto de estudio que detalla todas las reflexiones.

Con base al control concentrado de la constitucionalidad de los actos estatales, la Sala Constitucional está en la facultad de hacer uso de ese control para establecer sobre las normas dictada en el territorio nacional y sus interpretaciones tienen carácter vinculante y en efecto, deben ser acatadas por los demás tribunales y órganos del Poder Público, es decir, en la redacción de la norma tributaria es debido acatar por el Legislador Ejecutivo la interpretación de este artículo en la sentencia vinculante precedente en la sala.

El Derecho al Salario, aunque es notable su fundamento en marco laboral y su dignidad va enmarcado en el principio de la suficiencia y capacidad que esboza la relación obligacional de percibir y cumplir con las imposiciones tributarias al Estado.

(1) Abogado Egresado de la Universidad de Los Andes (ULA). Mención Cum Laude. Cursante de la Especialización en Derecho Mercantil: Mención Tributos Empresariales. Abogado en Ejercicio. nelson.camachogmail.com

La capacidad contributiva se mide por el factor subsistencia, donde un contribuyente al manifestar su riqueza real y efectiva encuadra en razón del hecho imponible o generador del tributo, es decir, el Legislador Ejecutivo no observó las consideraciones negativas del principio de legalidad tributaria donde manifiestamente se limita el campo de acción de los gobernantes para la creación de un tributo, aunque no fue condenado por Asamblea Nacional, sino por los representantes de la justicia o del orden legal en la República.

La imposición irracional hace total desconocimiento de los efectos que puede implicar los derechos fundamentales engranados y su impacto económico con la prohibición que su discrepancia sea utilizado como mecanismo indirecto para privar a los ciudadanos de sus bienes, como protección al derecho a la propiedad de sus ciudadanos, es decir, desarrolla el principio de no confiscatoriedad de los tributos, el cual se ve afectado directamente en la imposición del salario integral como base imponible para la determinación del tributo.

Esta implicación hace referencia a los principios constitucionales que están relacionados íntimamente con el objetivo de hacer frente a la esfera de actuación del poder tributario y a cumplir con el mandato de coadyuvar al gasto público, pero tomando en cuenta, que el sujeto pasivo tiene derecho a la libertad económica y a la propiedad los cuales afecta una recaudación efectiva, convirtiendo el sistema en un cirulo de interés general.

El salario es la remuneración, provecho o ventaja que corresponda a un trabajador por la prestación de un servicio. Se destaca, que, para entender el Enriquecimiento Neto de los ingresos devengados por la prestación de servicio bajo la relación de dependencia, debe destacar la discriminación entre salario normal y salario integral, éste último denominado Ingreso Bruto. El Artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta que aplica la base imponible amplia para el cálculo iguala los Ingresos Brutos al Enriquecimiento Neto, es decir, confunde las previsiones de restar los costos y gastos que son destinados para los fines en el ejercicio económico-contable, lo cual transgrede los Principios Constitucionales antes destacados.

En consecuencia, para establecer la base imponible del Impuesto sobre la Renta, aunque se encuentra en transgresión de la Sentencia Sala Constitucional del Año 2007, dictando medida cautelar por el hecho que el humo del buen derecho se encuentra viciado de nulidad absoluta por inconstitucionalidad, el Artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, se considera para el cálculo lo percibido por el trabajador asalariado en forma regular o bajo forma del salario normal, excluyendo lo accidental, de modo tal, que la norma debe ser reeditada por el objeto de pronunciamiento.

NORMAS EDITORIALES

17. **Criterios de Evaluación:** Todos los Trabajos serán sometidos a la deferencia del Comité Editorial de la Revista, quien se encargará de decidir si el Trabajo debe ser enviado a arbitraje o es devuelto por no cumplir con **las normas editoriales establecidas**. El arbitraje será realizado mediante el sistema del doble ciego. Se cuenta con la participación de especialistas provenientes de diferentes instituciones locales y nacionales.

Las evaluaciones de los árbitros, así como la autoría de las investigaciones serán estrictamente confidenciales. En caso de existir sugerencias por parte de los evaluadores para mejorar la calidad de los trabajos, éstos serán devueltos a sus autores para su debida corrección; correcciones que éstos deberán cumplir, hallando posible apelar, con la debida justificación en cada caso.

Sobre el Envío Y Aceptación de Artículos Escritos.

1_. Es necesario que el autor principal envíe una comunicación al Editor con la finalidad de solicitar la aceptación del material adjunto con la publicación en alguna de las Secciones de la Revista, con indicación expresa de tratarse de un Trabajo Científico Original, de no haber sido publicado excepto en forma de Resumen, y que solo ha sido consignado a la *Revista Rechtsstaat: Estado de Derecho*. Además, debe incluir una autorización, donde todos los autores aceptan con su firma, que han participado activamente en el desarrollo y ejecución de dicha investigación, y que conocen que está siendo enviado para su publicación.

2_. Los artículos y Reseñas publicados en la Revista Rechtsstaat: Estado de Derecho son rigurosamente arbitrados, y clasificarán dentro de las siguientes categorías:

a) Aceptado sin Cambios Sustantivos.

b) Aceptado Condicionalmente.

c) Rechazado, pero, ofreciéndose al autor o autores la ocasión de volver a evaluarlo, y revisar el Trabajo de acuerdo con los lineamientos sugeridos.

d) Rechazado.

3_. Se evaluarán en atención a la originalidad y aportes en el campo del Derecho. Las contribuciones recibidas serán remitidas a un Árbitro Especialista en la Materia. El nombre del árbitro designado para cada evaluación es confidencial. Se informará del resultado a los autores en un plazo máximo de 60 días hábiles después de recibido el artículo.

4_. Serán aceptados Trabajos inéditos en español.

5_. Se tomará en cuenta la coherencia argumentativa que garantice el rigor del Trabajo de Investigación o de Reflexión.

6_. Los autores enviarán su artículo a la dirección **girovom@ula.ve** como archivo adjunto.

7_. El Correo electrónico debe contener dos archivos: *El Primero* tendrá la

información del articulista como los Nombres, Apellidos, Dirección de Habitación, Teléfono, Dirección de Correo Electrónico y un Breve Resumen Curricular que no exceda las 150 palabras, donde resalte sus publicaciones; *El Segundo*, un Archivo sin ninguno de estos datos personales con el cuerpo del trabajo para ser enviado a Arbitraje.

18. Normas para la Presentación de Artículos y Documentos.

Los autores deben tener en cuenta las siguientes especificaciones sobre los manuscritos. En la primera página se indicará el título del trabajo; el nombre completo del autor o autores; su adscripción institucional; un Resumen o Abstract (en español e inglés) el cual incluirá objetivos, metodología, resultados y conclusiones relevantes (180 palabras); cinco palabras claves, que den una idea general del texto (en español e inglés). Breve currículo del autor o autores, contenido de: cargo, dirección institucional, apartado postal, teléfono(s) y correo electrónico. Es necesario que se exprese el nombre completo de la institución a la que está adscrito el autor, mencionando el país al que pertenece la indicada institución (inclusive si es Venezuela, y también si fuere redundante en casos como la Universidad Central de Venezuela; y como en el de Universidad de Los Andes que también existe en Chile y Colombia, por ejemplo). Se puede también añadir ciudad y/o estado. No se admitirán más de tres (3) autores por artículo.

La extensión mínima de la investigación será veinte (20) páginas, y no podrá superar las treinta (30). A menos que las páginas que superen el tope máximo, sean gráficos, tabulaciones y demás. El tipo de letra será Palatino *Linotype*, tamaño 12, con interlineado de 1,15cm en hoja tamaño carta. Los márgenes serán de tres centímetros (3cm) por cada lado.

El cuerpo del trabajo debe dividirse en: Introducción, Desarrollo y Conclusiones. Los comentarios y notas de ampliación deben colocarse al pie de página, numerados consecutivamente y a un (1) espacio.

El Cuerpo del Artículo se dividirá en Introducción, Desarrollo y Conclusión (o Consideraciones Finales, según el caso). La Introducción incluirá el propósito u objetivo general perseguido. El Desarrollo se organizará en secciones y subsecciones debidamente identificadas con subtítulos numerados completamente en arábigos de acuerdo al sistema decimal, respondiendo a una sucesión continua y utilizando un punto para separar los niveles de división (por ejemplo: 1 ... 1.1 ... 1.2 ... 2 ... 2.1 ... 2.2 ... 3. 3.1 ... 3.2 ...). El número de subdivisiones debe limitarse hasta el tercer nivel; los subtítulos de las secciones se escribirán en mayúsculas y en negritas; los subtítulos de las subsecciones se escribirán en minúsculas y en negritas. Las fechas y horas se expresarán numéricamente. En caso de existir ilustraciones (gráficos, mapas, fotos) debe hacerse referencia a los mismos en el texto. Las notas explicativas o comentarios deben reducirse al mínimo. Su justificación obedece solo a observaciones de contenido que sean imprescindibles. Los materiales complementarios se recogerán en anexos, los cuales se identificarán con una letra y un título y se colocarán después de la bibliografía.

Acerca de la Forma de Citar y la Inclusión de Notas Explicativas.

Cuando se trate de una cita textual, debe colocarse el número de la página de la cual se tomó inmediatamente después de la fecha, separado por dos puntos, Ej. (Villasmil, 1992: 253-324). Si hay varias obras del mismo autor publicadas en el mismo año, se mantiene el orden cronológico, diferenciándose las referencias utilizando letras, Ej. (Villasmil, 1999a) y (Villasmil, 1999b).

Se colocarán directamente en el texto, considerando el enfoque del autor que trae a colación la idea en el texto, en base al autor, el contenido y el año de la siguiente manera:

Citas Textuales por Autor. Se cita al autor y año, entre paréntesis y, separado por dos puntos. Si la cita es menor a cuarenta (40) palabras la misma se incluirá en el texto, entre comillas. La página de la idea citada se colocará después de las comillas, precedida por las siglas: Pág.

Si la cita supera las cuarenta palabras, la cita deberá colocarse fuera del texto en un solo bloque con interlineado sencillo, a cinco espacios por ambos lados. El número de la página se colocará después de la cita.

Citas Textuales por Contenido: Se cita la idea entre comillas, luego el autor y el año, colocándolos entre paréntesis y separados por dos puntos. La página de la idea citada se colocará después de las comillas, precedida por las siglas: Pág.

Si la cita supera las cuarenta palabras, la cita deberá colocarse fuera del texto en un solo bloque con interlineado sencillo, a cinco espacios por ambos lados. El número de la página se colocará después de la cita.

Citas Textuales por Año: Se coloca el año y el autor, entre paréntesis, separados por dos puntos. Y a continuación, la idea entre comillas. La página de la idea citada se colocará después de las comillas, precedida por las siglas: Pág.

Si la cita supera las cuarenta palabras, la cita deberá colocarse fuera del texto en un solo bloque con interlineado sencillo, a cinco espacios por ambos lados. El número de la página se colocará después de la cita.

De las Notas Explicativas: La notas explicativas se colocarán a pie de página. Los autores deberán evitar el uso excesivo de las notas explicativas dentro de la investigación. La idea de las notas explicativas es confirmar o refutar, renglón aparte, las ideas colocadas dentro de los párrafos.

Acerca de las Referencias

Se colocarán al final del texto ordenadas alfabética y cronológicamente. Y el número de referencias no deberá sobrepasar las dos páginas y media.

Las Referencias Bibliográficas: La información debe ser presentada de la manera siguiente: Libros: Apellido(s) en mayúsculas, nombre(s) en minúsculas, título en negrillas, ciudad, casa editora, año, número total

de tomos o volúmenes en caso de colección y número total de páginas si es un solo tomo. Ej. CARBALLO MENA, César. Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) y su Reglamento Parcial Sobre el Tiempo de Trabajo. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013. 321 páginas.

Revistas Periódicas: La información debe ser presentada de la manera siguiente: Apellido(s) en mayúsculas, nombre(s) en minúsculas, título entre comillas, seguido de la preposición “en:” nombre de la revista en negrillas, lugar de publicación, organismo responsable de la publicación, editorial, fecha, lapso de vigencia, año, volumen, número de páginas que comprende la revista y número de páginas que comprende el artículo dentro de la revista. Ej. REYES DE BLOBFELD, Edilmar. “Responsabilidad Social Empresarial y la Justicia Restaurativa como Factores Clave del Proyecto Alcatraz de la Fundación Santa Teresa”. En: Revista Sapienza Organizacional. Mérida. Universidad de Los Andes. GILOG-ULA. Enero-Junio 2014. Núm. 1. P. 21-44.

Referencias Electrónicas: Si se usare información disponible en Internet, debe mencionarse el autor: apellidos en mayúscula, inicial del nombre; título de la obra, página web, día, mes y año.

Comunicaciones Personales: ARIAS COLMENARES, Domingo: Comunicación Personal.

Resultados No Publicados: ARIAS COLMERARES, Domingo: Resultados No Publicados.

Las tablas, gráficos e ilustraciones se presentarán numerados, separadamente al final del cuerpo del trabajo, indicándose su ubicación en el texto.

Cuando se trata de gráficos, deben ser elaborados teniendo en cuenta que se publicarán en blanco y negro.

Los trabajos que el Consejo Editorial estime apropiados para su publicación, serán sometidos al arbitraje de expertos en la materia bajo el sistema “doble ciego”, quienes no conocerán el nombre del autor ni la institución de afiliación; tampoco los autores conocerán el nombre de los árbitros. Se evaluarán los siguientes aspectos: coherencia, elaboración del discurso científico que incluye la formulación de supuestos y comprobaciones, comparaciones y enseñanzas, descripción de tendencias o explicaciones novedosas y de ser el caso, aplicación teórica; actualidad de las fuentes y presentación de conclusiones o recomendaciones, sugiriendo la modificación, publicación o no del artículo. Estos comentarios serán remitidos al autor.

El Consejo Editorial está facultado para realizar modificaciones de forma al manuscrito, una vez sea aprobado por los árbitros especialistas.

El o los autores deberán llenar la declaración de originalidad que se muestra en formato anexo.

Lista de Comprobación Para la Preparación de Envíos

Como parte del proceso de envío, los autores/as están obligados a comprobar que su envío cumpla todos los elementos que se muestran a continuación. Se devolverán a los autores/as aquellos envíos que no cumplan estas directrices.

1. La petición no ha sido publicada previamente, ni se ha presentado a otra revista (o se ha proporcionado una explicación en Comentarios al editor).

2. El fichero enviado está en formato Open Office, Microsoft Word, RTF, o WordPerfect.

3. Se han añadido direcciones web para las referencias donde ha sido posible.

4. El texto tiene interlineado de 1,5; el tamaño de fuente es 12 puntos; se usa cursiva en vez de subrayado (exceptuando las direcciones URL); y todas las ilustraciones, figuras y tablas están dentro del texto en el sitio que les corresponde y no al final del todo.

5. El texto cumple con los requisitos bibliográficos y de estilo indicados en las Normas para autoras/es, que se pueden encontrar en Acerca de la revista.

6. Si está enviando a una sección de la revista que se revisa por pares, tiene que asegurarse que las instrucciones en Asegurando de una revisión a ciegas) han sido seguidas.

7. Deben enviarse tres ejemplares del trabajo, uno con los datos del autor o autores, y dos sin datos, a los fines de someterlo al doble ciego.

8. Los trabajos a publicar serán enviados a la siguiente dirección electrónica: girovom@ula.ve

