Revista de Derecho – Nº 35, Tomo II
Caracas : Tribunal Supremo de Justicia,
Fundación Gaceta Forense, 2014 --
Semestral– ISSN: 1856-0008 -- 212 p.

Bartolomé Romero T.
Editor

El Tribunal Supremo de Justicia no se hace responsable
por las ideas emitidas por los autores

© República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Fundación Gaceta Forense
Edición y Publicaciones
Revista de Derecho Nº 35- Tomo II

República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia

Revista de Derecho

Tomo II

Número 35

Tribunal Supremo de Justicia
Fundación Gaceta Forense
Edición y publicaciones
Caracas, Venezuela / 2014

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Sala Constitucional

Magistrada
Gladys María Gutiérrez Alvarado
Presidenta

Magistrado
Francisco Antonio Carrasquero López
Vicepresidente

Magistrada
Luisa Estella Morales Lamuño

Magistrado
Marcos Tulio Dugarte Padrón

Magistrada
Carmen Zuleta de Merchán

Magistrado
Arcadio Delgado Rosales

Magistrado
Juan José Mendoza Jover

Sala de Casación Civil

Magistrada
Yris Armenia Peña Espinoza
Presidenta

Magistrada
Isbelia Josefina Pérez Velásquez
Vicepresidenta

Magistrado
Luis Antonio Ortiz Hernández

Magistrada
Aurides Mercedes Mora

Magistrada
Yraima de Jesús Zapata Lara

Sala Político Administrativa

Magistrado
Emiro Antonio García Rosas
Presidente

Magistrada
Evelyn Margarita Marrero Ortíz
Vicepresidenta

Magistrada
Mónica Misticchio Tortorella

Magistrado
Emilio Antonio Ramos González

Magistrada
María Carolina Ameliach

Sala de Casación Penal

Magistrada
Deyanira Nieves Bastidas
Presidenta

Magistrado
Héctor Manuel Coronado Flores
Vicepresidente

Magistrado
Paúl José Aponte Rueda

Magistrada
Yanina Beatriz Karabin de Díaz

Magistrada
Úrsula María Mujica Colmenarez

Sala Electoral

Magistrado
Fernando Ramón Vegas Torrealba
Presidente

Magistrado
Malaquías Gil Rodríguez
Vicepresidente

Magistrado
Juan José Núñez Calderón

Magistrada
Jhannett María Madríz Sotillo

Magistrado
Oscar León Uzcátegui

Sala de Casación Social

Magistrado
Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez
Presidente

Magistrada
Carmen Elvigia Porras de Roa
Vicepresidenta

Magistrado
Octavio Sisco Ricciardi

Magistrada
Sonia Coromoto Arias Palacios

Magistrada
Carmen Esther Gómez Cabrera

Índice

El derecho de desistimiento del consumidor
Enrique Urdaneta Fontiveros 7

Los piratas siguen allá afuera
Andreína Viana 69

Gobernabilidad y sistema democrático participativo
Jorge O. Castro Urdaneta 93

El veto presidencial
Carlos W. Fuentes Espinoza 145

El pacto cuota litis
Raif El Arigie / Indira Milian Piña 159

La vigilancia judicial en el control del Poder Público
Tulio E. Núñez H 191

El derecho de desistimiento del consumidor

*Enrique Urdaneta Fontiveros**

Sumario:

Introducción

I) Introducción - **II)** Consagración legal - **III)** La terminación del contrato por desistimiento de una de las partes - **IV)** Diferencias con otros medios de terminación de los contratos:

1) Desistimiento y revocación - **2)** Desistimiento y resolución
3) Desistimiento y rescisión - **4)** Desistimiento del contrato por el consumidor y desistimiento previsto en el Código Civil.

V) Derecho de desistimiento y perfeccionamiento del contrato - **VI)** Fundamento del derecho de desistimiento del consumidor - **VII)** Naturaleza - **VIII)** Caracteres:

1) Es un derecho subjetivo que corresponde al consumidor - **2)** Tiene carácter potestativo - **3)** Presupone la existencia de un contrato de adhesión entre el proveedor y el consumidor - **4)** Pone fin a un contrato ya perfeccionado - **5)** Su ejercicio está sujeto a la existencia de una justa causa - **6)** Es ejercitable en un breve plazo de tiempo - **7)** No puede acarrear ninguna penalidad para el consumidor **8)** Es irrenunciable.

IX) Ejercicio del derecho de desistimiento:

1) Declaración unilateral de voluntad del consumidor dirigida a poner

* Profesor de Derecho Civil III ("Obligaciones") en la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

fin a un contrato de adhesión - **2)** No es personalísima - **3)** Es una declaración de voluntad recepticia - **4)** Está supeditada a la expresión de una justa causa - **5)** Debe hacerse en plazo hábil - **6)** No implica gasto alguno para el consumidor - **7)** Forma del desistimiento - **8)** Obligación de informar sobre el derecho de desistimiento.

X) Efectos del desistimiento:

1) La extinción del contrato - **2)** La restitución recíproca de las prestaciones **a)** Principio general **b)** La restitución de la cosa por el consumidor - **b-1)** Fundamento - **b-2)** Forma de la restitución - **b-3)** Deterioro de la cosa - **b-4)** Frutos - **b-5)** Gastos de conservación y gastos útiles - **b-6)** Imposibilidad de devolver la cosa por parte del consumidor **c)** Restitución del precio por el proveedor - **3)** Efectos del desistimiento sobre los contratos de crédito al consumo.

XI) Desistimiento y acciones que corresponden al consumidor de acuerdo con el derecho común

XII) Infracción del derecho de desistimiento

I. Introducción

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.141 (ordinal 1º) del Código Civil, el primero de los requisitos esenciales para la existencia del contrato es el consentimiento de las partes. Ese consentimiento debe ser serio, espontáneo y libre. Para la validez del contrato se requiere que las manifestaciones de voluntad de las partes contratantes sean libremente emitidas y que ellas actúen con conocimiento de causa.

Tradicionalmente, la protección de ese consentimiento se ha logrado a través de la teoría de los vicios del consentimiento. Así, el contratante cuyo consentimiento haya sido otorgado como consecuencia de un error excusable, o sorprendido por dolo o bajo el influjo de la violencia, puede invocar ese vicio para impugnar el contrato (Código Civil, artículos 1.146-1.154 y 1.346)[1].

En los contratos de compra-venta y arrendamiento, el comprador y el arrendatario disponen de una garantía adicional específica, a saber,

[1] Al respecto, véase: URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *El error, el dolo y la violencia en la formación de los contratos*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios Nº 83. Caracas, 2009.

el saneamiento por vicios ocultos de la cosa vendida o arrendada (Código Civil, artículos 1.518-1.525 y 1.587)[2].

Ahora bien, hoy día este mecanismo tradicional de protección de la sanidad del consentimiento, sin duda, se ve afectado por las nuevas circunstancias, modalidades y técnicas de contratación, en las cuales destaca, como sujeto digno de protección especial, el consumidor[3].

Es un hecho fácilmente constatable que las exigencias actuales del tráfico de los bienes y servicios han transformado el esquema clásico de perfeccionamiento del contrato. Ello se debe fundamentalmente a dos factores: 1) el desequilibrio cada vez mayor de las partes contratantes; y 2) la reducción del tiempo de formación del contrato[4].

Así, al contratante que no prestaba su consentimiento sino después de largas y detalladas conversaciones y negociaciones, ha sucedido el consumidor, quien se encuentra frecuentemente constreñido a adherirse rápidamente a la oferta del proveedor predisponente del contrato a quien le resulta fácil desviar la atención del otro contratante de las estipulaciones que le sean desfavorables. Piénsese en el caso de las ventas a domicilio: el consumidor se ve muchas veces sorprendido en su intimidad por un vendedor cuyo único objetivo es vender el mayor número de productos, utilizando para ello cualquier medio a su alcance. El vendedor le presenta un objeto sobre el cual le da muchas veces informaciones incompletas, sin darle ni siquiera la posibilidad de que lo compare con otros semejantes. El consumidor, seducido por el vendedor, o simplemente, por deseo de librarse de éste, termina adquiriendo un bien. Luego se da cuenta de que el mismo no responde a sus expectativas. Ante esta situación, ¿cómo puede reaccionar?[5]

---

2 Al respecto, véase: URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *Vicios redhibitorios y saneamiento*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios Nº 73. Caracas, 2008.

3 *Cfr*. BAILLOD, R.: "Le droit de repentir" en *Revue trimestrielle de droit civil*. París, 1984. p. 229.

4 *Cfr*. BOYER, Yves: *L´obligation de renseignment dans la formation du contrat*. Aix-Marseille, 1978. p.p. 32-33; BIANCA, C. Massimo: *Derecho Civil*. Vol. 3. (El contrato). Traducción castellana de Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés. Universidad Externado de Colombia, 2007. pp. 415-418.

5 Al respecto, véase: LLOBET I AGUADO, Joseph: "El período de reflexión y la facultad de retractación. Algunas reflexiones en torno a la Ley 26/1991 del 21 de noviembre de 1991 sobre protección de los consumidores en caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales" en *Revista General de Derecho* Nos 604-605. Valencia, 1995. p. 144.

De acuerdo con el Derecho civil, el consumidor podría acudir a los remedios tradicionales a los cuales se acaba de hacer alusión. Sin embargo, estos remedios son, sin duda, insuficientes.

En cuanto a los *vicios del consentimiento*, cabría pensar en la acción de nulidad por dolo. Sin embargo, esta solución no es siempre factible. En primer lugar, tropieza con las dificultades inherentes a la prueba del dolo. En efecto, ante la ausencia de testigos ¿cómo demostrar que el vendedor le ha suministrado al consumidor, a sabiendas, una información inexacta (*dolo positivo*) o incompleta (*reticencia dolosa*)? Pero adicionalmente esta solución se enfrenta con la necesidad de distinguir entre el *dolus bonus* y el *dolus malus*[6].

Ciertamente, en la legislación de protección al consumidor hay la tendencia a reprimir aun el *dolus bonus*. Esta orientación se pone de manifiesto en el artículo 58 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (Ledepabis)[7] que califica de falsa o engañosa la publicidad que incluya cualquier tipo de información o comunicación de carácter comercial en la que se utilicen textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión, puedan inducir al engaño, error o confusión de las personas en relación con las circunstancias indicadas en esa disposición.

Por otra parte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 *ejusdem*, si el proveedor de bienes o servicios irrespeta los términos, condiciones o modalidades conforme a los cuales los mismos hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos, el consumidor puede exigir el cumplimiento de la obligación en los términos de lo ofrecido, aunque el contenido de la publicidad de los productos, actividades o servicios no figure expresamente en el contrato celebrado. Esta previsión del artículo 18 de la Ledepabis no debe excluir la sanción propia del dolo, es decir, la

---

[6] Tradicionalmente se entiende por *dolus bonus* aquellas alabanzas o afirmaciones exageradas que hace un vendedor respecto de la mercancía que desea vender y de las cuales puede perfectamente defenderse cualquier persona con un mínimo de sentido común; se trata pues de afirmaciones excesivas toleradas en el tráfico comercial. En cambio, el *dolus malus* es el dolo propiamente dicho que supone la intención de provocar un engaño en la víctima, presentándole circunstancias falsas o suprimiendo o alterando las verdaderas, con el objeto de inducirle a celebrar un contrato. Al respecto, véase: URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *El error, el dolo… cit*. pp. 180-182.

[7] La Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios fue publicada en la Gaceta Oficial Nº 39.358 de fecha 1º de febrero de 2010.

posible anulación del contrato y los daños y perjuicios correspondientes, o solamente estos últimos si el consumidor opta por el mantenimiento del contrato (Ledepabis, artículo 8, numeral 6).

Por lo que respecta al *saneamiento por vicios ocultos*, hay que tener en cuenta que para que estos puedan dar lugar a la acción redhibitoria o a la acción quanti minoris es necesario que hagan a la cosa vendida impropia para el uso a que se la destina, o disminuyan de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado un precio menor por ella (Código Civil, artículo 1.518). Ahora bien, como fácilmente puede apreciarse, ante las nuevas técnicas, características y modalidades de la contratación comercial, no es nada fácil satisfacer estas exigencias.

Dada la insuficiencia de los remedios tradicionales, hay que buscar nuevas fórmulas que garanticen la integridad del consentimiento prestado por el consumidor.

En primer lugar, se debe procurar que la información que reciba el consumidor sea completa y lo más objetiva posible. Ahora bien, la exigencia de una información clara y completa que permita formar correctamente el consentimiento del consumidor, es insuficiente para garantizar su protección si no se le concede un tiempo adecuado para reflexionar. Pocas veces el proveedor entrega, con carácter previo, a sus eventuales clientes un ejemplar del contrato propuesto, a fin de que estos puedan reflexionar antes de prestar un consentimiento definitivo. Muchas veces el consumidor no dispone para leer el contrato más que de algunos instantes, bajo la mirada escrupulosa del proveedor que espera la firma, por lo que corre el riesgo de firmar sin haber leído o, cuando menos, sin haber comprendido los términos y condiciones del contrato que está celebrando[8].

Por ello, para obtener un consentimiento lo suficientemente reflexionado, se abren dos vías: la primera conduce a imponer un período de reflexión antes de que el contrato se perfeccione. Este período de tiempo impide que el consumidor exprese un consentimiento precipitado. Se entiende por *período de reflexión* el lapso temporal que debe transcurrir desde el momento en que la oferta se dirige a la otra parte, hasta aquel en que el contrato queda definitivamente perfeccionado.

---

[8] Al respecto, véase: CALAIS-AULOY, Jean: *Droit de la consommation*. París, 1988. p. 146.

La segunda vía conduce a ofrecer al consumidor un período de reflexión después de la firma del documento contractual, para permitirle desistir o retractarse del mismo[9]. *El derecho de retractación o derecho de desistimiento* es la facultad de que goza, durante un determinado tiempo el destinatario de la oferta, para revocar su aceptación[10]. Este es el enfoque que sigue la Ledepabis.

II. Consagración legal

El derecho de desistimiento del consumidor está establecido en el artículo 73 de la Ledepabis que dice textualmente lo siguiente:

> *Derecho de retractarse*
>
> *Artículo 73. Las personas tendrán derecho a retractarse del contrato de adhesión por justa causa, dentro de un plazo de siete días contados a partir de la firma del mismo o desde la recepción del producto o servicio. En el caso que ejercite oportunamente este derecho le será restituido el precio cancelado dentro de los siete días siguientes, a partir la manifestación de la usuaria o usuario.*
>
> *En aquellos casos en que el bien entregado o servicio prestado tenga características idénticas a las que fueron pautadas en el contrato de adhesión, podrá serle descontado del monto a ser restituido, los gastos en que haya incurrido a la proveedora o pro-*

[9] *Cfr*. MIRABAIL, Solange: *La Rétractation en Droit Privé Français*. L.G.D.J. París, 1997. p. 129. Acerca de las ventajas que ofrece cada uno de los sistemas citados en el texto, véase: BERNARDEAU, V.L.: "Le droit de rétractation du consommateur, un pas vers une doctrine d'ensemble" en *Juris Classeur Périodique*, 2000. Édition Générale I. p. 218 y ss.; HUET, Jérôme: "Les principaux contrats spéciaux" en *Traité de Droit Civil* sous la direction de Jacques Ghestin. L.G.D.J. París, 2001. pp. 122-123; RZEPECKI, Nathalie: *Droit de la Consommation et Théorie Générale du Contrat*. Presses Universitaires D'Aix Marseille-Puam, 2002. pp. 84-102.

[10] En el Derecho Comunitario europeo la facultad de retractación va alcanzando una mayor expansión como lo prueba su consagración en las Directivas de la Comunidad Europea (hoy Unión Europea) Nos 85/577CEE del 20 de diciembre de 1985 sobre la protección de los consumidores en el caso de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales; 94/47/CE del 26 de octubre de 1994 relativa a la protección de los adquirentes en lo que concierne a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; 97/7/CE del 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; 2000/31/CE del 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la seriedad de información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior; 2002/65/CE del 23 de septiembre de 2002 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; 2008/122/CE del 14 de enero de 2008 sobre protección a los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio.

veedor en su entrega o instalación, que consten en presupuesto o factura."

Esta disposición consagra un derecho de resiliación unilateral del contrato que le permite al consumidor o usuario –no así a la otra parte contratante–, por justa causa, desistir y, por ende, desligarse del contrato de adhesión perfeccionado, mediante un acto de voluntad notificado al proveedor predisponente. En este trabajo denominaremos *derecho de desistimiento o de retractación* a esa facultad de arrepentimiento unilateral que la Ledepabis le otorga al consumidor.

III. La terminación del contrato por desistimiento de una de las partes

La atribución a determinados contratantes de la posibilidad de poner fin a una relación contractual ya perfeccionada por su sola voluntad (incluso, sin necesidad de justificar su decisión) no constituye una novedad en nuestro Derecho.

Por un lado, nada impide que una de las partes (o ambas, cada una por su lado) pueda reservarse en el contrato la facultad de ponerle fin o de modificarlo por su sola voluntad. Pese a no existir en nuestro ordenamiento una disposición equivalente al artículo 1.373 del Código Civil italiano[11], ni estar expresamente señalado el desistimiento unilateral en el artículo 1.282 del Código Civil, se advierte que tal facultad puede reconocerse en el contrato a una de las partes, y entonces se considera como causa de extinción de la relación contractual. Ese tipo de cláusula suele incluirse en algunos contratos de ejecución continuada o periódica tales como los de arrendamiento. Es usual cuando el arrendatario es un agente diplomático o una oficina gubernamental extranjera incluir esta cláusula en los contratos de arrendamiento. Además, en el campo de la contratación con los consumidores, hemos visto que se realizan ofertas con la coletilla "si no queda satisfecho le devolvemos el dinero". Esta cláusula se incluye en la publicidad de algunos productos y, de

[11] El artículo 1.373 del *Codice* dice textualmente: "Desistimiento unilateral (*Recesso*). Si a una de las partes se le hubiese atribuido la facultad de desistir (*recedere*) del contrato, tal facultad podrá ser ejercitada mientras el contrato no haya tenido principio de ejecución. En los contratos de ejecución continuada o periódica, tal facultad podrá ser ejercitada también posteriormente, pero el desistimiento (*recesso*) no tendrá efecto en cuanto a las prestaciones ya ejecutadas o en curso de ejecución. Si se hubiera estipulado la prestación de una retribución por el desistimiento (*recesso*), esta tendrá efecto cuando la prestación se haya ejecutado. En todo caso queda a salvo cualquier pacto en contrario."

hecho, en la generalidad de los casos, no se plantean problemas cuando el cliente pretende la devolución del producto y la recuperación del dinero pagado.

Pero adicionalmente, en nuestro Derecho de obligaciones, hay casos en los cuales la propia ley le reconoce a uno de los contratantes –o incluso a ambos– la facultad de poner fin al contrato por su sola voluntad, como son: 1) la disolución de la sociedad por tiempo ilimitado por voluntad de una de las partes (Código Civil, artículo 1.677); 2) el contrato de arrendamiento por tiempo indeterminado que puede deshacerse por la voluntad de cualquiera de las partes (Código Civil, artículo 1.615); 3) el contrato de obras donde el propietario puede desistir de la obra por su sola voluntad indemnizando al contratista (Código Civil, artículo 1.639); 4) el contrato de mandato donde el mandante puede revocar el mandato siempre que quiera y donde el mandato se extingue por renuncia del mandatario en cualquier tiempo (Código Civil, artículos 1.704 "ords. 1º y 2º " , 1.706 y 1.709).

El fundamento de esta facultad –que, de alguna manera, constituye una excepción al principio de la fuerza obligatoria del contrato[12]– es variado y distinto según los casos. A veces se funda en la confianza que está en la base de ciertos contratos como es el caso del mandato, o en el interés en evitar vinculaciones indefinidas o perpetuas, como en el caso del contrato de sociedad por tiempo ilimitado, o en el interés preponderante de uno de los contratantes, como en el caso del contrato de depósito o del contrato de obras, o en beneficio de ambas partes, como ocurre en los contratos por tiempo indeterminado de arrendamiento o de trabajo[13].

Pero también existen casos en los cuales la atribución de la facultad de desistir del contrato responde a la necesidad de tutelar especialmente a una de las partes contratantes, dadas las circunstancias en que este se ha celebrado. Este es el caso del derecho de desistimiento previsto

---

12 *Cfr*. LARROUMET, Christian: *Teoría General del Contrato*. Vol. II. Traducción castellana de Jorge Guerrero R. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, 1999. p. 5.

13 *Cfr.* D'AVANZO, W.: Voz "Recesso" (Diritto Civile) en *Novissimo Digesto Italiano* diretto da A. Azara e E. Eula. Vol. XVI. U.T.E.T. Torino, 1967. p.p. 1028-1029; GABRIELLI, G. e PADOVINI, F.: Voz "Recesso" (Diritto Privato) en *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXXIX. Arese Giuffrè. Milano, 1988. § 1. Consultada en versión electrónica (DVD); RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción: *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1991. pp. 192-193; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General del Contrato*. Quinta Edición. Primera Reimpresión. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. Nº 61. Caracas, 2012. p. 435.

en el artículo 73 de la Ledepabis que le da al consumidor o usuario la posibilidad de declarar extinguido el contrato de adhesión ya celebrado invocando una justa causa que fundamente su decisión, durante un breve plazo de tiempo posterior a la firma del contrato o a la recepción del producto. El derecho de retractación constituye, sin duda, una pieza clave en el sistema general de protección al consumidor establecido por la Ledepabis[14].

En todos estos casos de arrepentimiento unilateral se observa un uso indiscriminado por parte del legislador de expresiones variadas, que no siempre deben ser consideradas correctas desde el punto de vista técnico-jurídico[15]. El Código Civil muchas veces utiliza indistintamente términos diferentes como "desistimiento unilateral", "revocación", "renuncia" o "denuncia" para referirse al mismo fenómeno; términos estos que en ocasiones se usan también –lo que agrava el problema– para referirse a fenómenos distintos a la facultad unilateral de terminar el contrato. Así, según el artículo 1.485 del Código Civil "si en el momento de la venta la cosa vendida ha perecido en su totalidad, la venta es inexistente. Si solo ha perecido parte de la cosa, el comprador puede elegir entre desistir del contrato o pedir la parte existente, determinándose su precio por expertos". Pese a sus términos, esta disposición no consagra un caso de desistimiento, ya que lo que fundamenta la facultad del comprador es la imposibilidad originaria de dar cumplimiento al contrato[16].

En una impropiedad similar se incurre en el artículo 18 de la Ledepabis según el cual "si el proveedor o proveedora incumpliere con las obligaciones antes mencionadas, las personas tendrán el derecho de exigir el cumplimiento de lo ofrecido o desistir de la compra o de la contratación del servicio, quedando el proveedor o proveedora obligado u obligada a rembolsar el pago recibido en los términos establecidos en esta ley". No obstante el empleo del término desistir, esta disposición no consagra una facultad de desistimiento ya que lo que justifica la de-

---

[14] Al respecto, en la doctrina francesa, véase: BAILLOD, R.: *op. cit*. p. 233; MIRABAIL, Solange: *op. cit*. p.p. 129-136. En la doctrina italiana, véase: FRANZONI, M.: "Degli effetti del contratto: efficacia del contratto e recesso unilaterale (arts. 1372-1373)" en *Il Codice Civile Commentato*. Vol. I. diretto da P. Schlesinger. Giuffrè Editore. Milano, 1998. p. 353; RAVERA, Enrico: Il recesso. Giuffrè Editore. Milano, 2004. p. 449. En la doctrina española, véase: BELUCHE RINCÓN, Iris: *El derecho de desistimiento del consumidor*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009. p. 43.

[15] *Cfr*. MIRABAIL, Solange: *Ibidem*. p.p.4-6; RZEPECKI, Nathalie: *op. cit*. p. 102.

[16] *Cfr*. RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción: *op. cit*. p.p. 66-67.

cisión del consumidor es el incumplimiento del contrato por parte del proveedor. Por lo cual, se trata de un supuesto de resolución ex artículo 1.167 del Código Civil. La especialidad del artículo 18 de la Ledepabis estriba en que la oferta y los documentos publicitarios y promocionales (incluidos en carteles publicitarios, folletos o anuncios por cualquier otro medio de comunicación) adquieren fuerza obligatoria y su contenido es exigible por los consumidores o usuarios aun cuando no figure expresamente en el contrato celebrado con el proveedor.

Ciertamente, es difícil utilizar una denominación que comprenda todas las situaciones en las cuales la ley le otorga a uno de los contratantes o a ambos la facultad de dar por terminado el contrato por su sola voluntad. Quizás en castellano el término que puede utilizarse es el de *desistimiento* como lo propone en la doctrina nacional Benito Sansó y que corresponde al vocablo italiano recesso, pero muy bien podría ser otro, como resiliación, del francés résiliation, propuesto por los hermanos Mazeaud, o *arrepentimiento unilateral* utilizado en la doctrina nacional por Mélich-Orsini, o *retractación* propuesto en la doctrina francesa por Mirabail y utilizado en el artículo 73 de la Ledepabis. En cualquier caso esta es una materia donde falta una claridad de conceptos tanto en la ley, como por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

Por nuestra parte, como indicamos poco antes, utilizaremos las denominaciones retractación o desistimiento para designar a la figura objeto de nuestro estudio, por ser el primero el vocablo empleado por el legislador y por estar el segundo reconocido por el uso forense.

IV. Diferencias con otros medios de terminación de los contratos

El derecho de desistimiento o de retractación previsto en el artículo 73 de la Ledepabis guarda estrechas relaciones con otros medios de terminación de los contratos, como la revocación, la resolución y la rescisión de los que conviene diferenciarlo. A continuación indicaremos las principales diferencias existentes entre el instituto objeto de nuestro estudio y dichos otros medios de terminación de los contratos. Asimismo, conviene distinguir entre el derecho de desistimiento que la Ledepabis le reconoce al consumidor y el clásico derecho de desistimiento de la teoría general de las obligaciones que recoge el Código Civil.

1) Desistimiento y revocación

1. La revocación es una causa sobrevenida de ineficacia de un negocio jurídico válido y perfecto, por voluntad de su otorgante; y

se reserva para los negocios jurídicos unilaterales, como el testamento, o los contratos unilaterales gratuitos, como la donación[17]. El desistimiento que consagra el artículo 73 de la Ledepabis es un medio de terminación de los contratos de adhesión entre proveedores y consumidores y se aplica, por tanto, a los contratos bilaterales como la compra-venta de bienes y la prestación de servicios.

2. La revocación puede ser *ad nutum*, como en el caso del testamento, o por las causas que señala la ley, como en el caso de la donación. En cambio, el desistimiento consagrado en la Ledepabis requiere siempre la expresión de una justa causa.

3. La revocación, en principio, solo opera hacia el futuro, no afecta las prestaciones cumplidas con anterioridad a esa revocación, prestaciones que son válidas y producen todos sus efectos[18]. En cambio, los efectos del desistimiento del contrato de adhesión se retrotraen al momento de la perfección del contrato (efectos *ex tunc*). Por consiguiente, si el consumidor ejercita el derecho de retractarse del contrato celebrado, este deviene ineficaz *ex tunc* con efectos retroactivos, debiendo el consumidor reintegrar la cosa recibida y el proveedor el precio, con lo cual las partes vuelven a la situación en que se encontraban con anterioridad a la celebración del contrato (*infra*, Nº X,1).

2) Desistimiento y resolución

1. La resolución es la terminación de un contrato bilateral motivada por el incumplimiento culposo de una de las partes (Código Civil, artículo 1.167)[19]. En cambio, el desistimiento no depende del incumplimiento culposo por parte del proveedor y le permite

---

[17] *Cfr*. ROMANO, Salvatore: *La revoca degli atti giuridichi privati*. Padova, 1935 pp. 6 y ss. y 188 y ss.; ROMANO, Salvatore: Voz "Revoca" (Diritto Privato) en *Novissimo Digesto Italiano* Vol. XV. Torino, 1968. pp. 812-817. Acerca de las diferencias entre revocación y desistimiento, véase: LUMINOSO, A.: *Il mutuo dissenso*. Milano, 1980. p. 50. En la doctrina nacional, Benito Sansó afirma que la revocación es incompatible con los contratos bilaterales que pueden extinguirse por mutuo consentimiento de las dos partes (*disolución*), pero no por revocación unilateral de una de ellas (SANSÓ, Benito: *La revocación en el derecho privado* "*con especial referencia a la revocación de las disposiciones testamentarias*". Universidad Central de Venezuela. Colección Tesis Doctoral. Nº 1. Caracas, 1970. p. 30).

[18] *Cfr*. ROMANO, Salvatore: *La revoca… cit*. p. 371; SANSÓ, Benito: *Ibidem*. pp. 97-99.

[19] En relación con la resolución del contrato, en la doctrina nacional, véase: MÉLICH-ORSINI, José: *La resolución del contrato por incumplimiento*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios Nº 59. Caracas, 2003.

al consumidor poner fin al contrato, independientemente de que el proveedor haya cumplido o no con las obligaciones que le impone el contrato de adhesión celebrado.

2. La resolución no depende de la sola voluntad de una de las partes, sino que es motivada por el incumplimiento culposo de la otra parte. En cambio el desistimiento pone fin al contrato por voluntad unilateral del consumidor.

3. Como principio de carácter general, los efectos retroactivos de la resolución se producen tanto entre las partes como con respecto a los terceros. En cambio, la terminación del contrato de adhesión por el desistimiento del consumidor no afecta los derechos de los terceros, como, por ejemplo, los terceros sub-adquirentes o los acreedores del consumidor.

3) Desistimiento y rescisión

1. La rescisión en un medio de terminación de los contratos que se produce en caso de lesión. La lesión resulta de una desproporción existente entre las prestaciones de las partes en el momento de la celebración del contrato[20]. La rescisión le permite a la parte afectada por la prestación lesiva pedir la terminación del contrato, en los casos expresamente autorizados por la ley (Código Civil, artículo 1.350)[21]. El desistimiento no tiene nada que ver con la desproporción existente entre las prestaciones de las partes del contrato de adhesión, en detrimento del consumidor. Es un medio de terminación del contrato que le permite al consumidor poner fin al contrato por su voluntad unilateral, si existe una justa causa que fundamente su decisión, independientemente de que su pres-

[20] *Cfr.* TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: Droit Civil. *Les Obligations*. Dalloz. París, 2005. pp. 320-321.

[21] La doctrina nacional es conteste en el sentido de que la *rescisión por causa de lesión* es un remedio excepcional que solo puede invocarse en los casos expresamente contemplados por la ley, en ningún otro. Al respecto, véase: BERNAD MAINAR, Rafael: *Derecho Civil Patrimonial*. Obligaciones. Tomo II. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 2006. pp. 315-316, MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*. Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2009. pp 757-758; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General… cit*. p. 145. Para un análisis de los supuestos de lesión expresamente previstos en la legislación venezolana, véase: RODNER, James Otis: *El dinero. Obligaciones de dinero y de valor. La inflación y la deuda en moneda extranjera*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Centro de Investigaciones Jurídicas. Caracas, 2005. pp. 644-667.

tación resulte desproporcionada o no en relación con la prestación del proveedor.

2. La rescisión es un medio subsidiario de impugnación de los contratos que solo opera a falta de otro recurso capaz de colocar a las partes en situación de equilibrio. El desistimiento del contrato de adhesión por parte del consumidor no tiene carácter subsidiario. El consumidor puede retractarse independientemente de que tenga o no a su disposición otros recursos para impugnar el contrato de adhesión (*infra*, Nº X I).

3. Al igual que ocurre en el caso de que el consumidor se retracte del contrato de adhesión celebrado, el efecto fundamental que se produce en el caso de rescisión por lesión es la obligación de las partes de devolverse las prestaciones recíprocas que han recibido. Cabe anotar, sin embargo, que la rescisión por lesión, con estos efectos, solo se produce en Venezuela en los casos de partición de herencia, partición de la comunidad y en la liquidación de sociedades. En los demás casos de lesión previstos en la ley, solo se puede pedir la revisión de las prestaciones o, en su caso, los daños y perjuicios[22].

4) Desistimiento del contrato por el consumidor y desistimiento previsto en el Código Civil

Existen diferencias importantes entre el clásico derecho de desistimiento como medio de terminación unilateral de algunos contratos que recoge el Código Civil y el derecho de desistimiento o de retractación del contrato de adhesión por el consumidor que consagra el artículo 73 de la Ledepabis. A continuación indicamos los principales rasgos diferenciales.

1. El desistimiento es la facultad atribuida a una de las partes de poner fin al contrato por su sola voluntad. Es un medio de terminación de determinados contratos por voluntad unilateral de una de las partes. La terminación del contrato, como regla general, opera por una declaración unilateral de voluntad ejercitable ad nutum, es decir, no requiere para su ejercicio la expresión de una justa causa[23]. La facultad de terminación de la relación obligatoria es, en

---

22 *Cfr*. RODNER, James Otis: *Ibidem*. p. 639.

23 En la moderna doctrina italiana Caringella y De Marzo distinguen entre el desistimiento (recesso) ordinario o *ad nutum* que atribuye al contratante la facultad de desligarse unilate-

principio, enteramente libre. El contratante ejerce su derecho de poner fin al contrato sin necesidad de motivar su decisión o ampararse en una justa causa[24]. En cambio, el ejercicio del derecho de desistimiento que consagra la Ledepabis está sujeto a la expresión de una justa causa. El consumidor solo puede retractarse del contrato de adhesión cuando media una *justa causa* que fundamente su decisión (Ledepabis, artículo 73). La facultad de poner fin al contrato no queda sujeta al libre arbitrio o determinación del consumidor, sino que tiene que ampararse en una circunstancia que lo justifique (*infra*, Nº VIII,5). No es ejercitable *ad nutum*.

2. En algunos casos la ley requiere para el ejercicio del derecho de desistimiento el cumplimiento de un preaviso (contrato de trabajo); en otros casos quien desiste del contrato tiene que pagar a su co-contratante una indemnización pecuniaria o resarcirle los daños y perjuicios que el desistimiento le produzca (contrato de obras), de manera que la parte que soporte el ejercicio de esta facultad quede indemne. En cambio, el derecho de desistimiento que tiene el consumidor no requiere el cumplimiento de estos requisitos: el consumidor tiene derecho de poner fin al contrato de adhesión celebrado dentro del plazo que señala la ley, sin tener que indemnizar al proveedor. El ejercicio de este derecho es, además, gratuito para el consumidor y no puede acarrearle penalidad alguna (*infra*, Nos VIII,7 y IX,6).

3. La terminación del contrato por el desistimiento unilateral de una de las partes tiene eficacia *ex nunc*, opera solo para el futuro. No

---

ralmente del contrato y el desistimiento extraordinario que requiere la expresión de una justa causa y que solo opera en los contratos a tiempo determinado (CARINGELLA, Francesco y DE MARZO, Giuseppe: *Manuale di Diritto Civile* (Vol. III). Il Contratto. Giuffrè Editore. Milano, 2008. pp.1044-1048). En el mismo sentido: MANCINI, G.F.: *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Individuazione della fatispecie*. *Il recesso ordinario*. Giuffrè Editore. Milano, 1962. p. 205. En el mismo sentido, Bianca expresa: "El poder de desistimiento ordinario, convencional o legal, es un poder arbitrario que la parte puede ejercer libremente sin que sea necesario dar una justificación con el respeto, claro está, del principio de buena fe." (BIANCA, C. Massimo: *op. cit*. Vol. III. p. 764). En la doctrina española, Díez-Picazo expresa que el desistimiento es la facultad que la ley concede "a una de las partes o a ambas, que les permite poner fin a la relación obligatoria existente, mediante un acto enteramente libre y voluntario que no tiene que fundarse en ninguna causa especial." (DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II. Madrid, 2009. p. 1086).

[24] Desde luego, el ejercicio del derecho de desistimiento puede engendrar responsabilidad civil cuando se lo ejercita con la intención de dañar a la otra parte o excediendo los límites de la buena fe o del objeto en vista del cual se ha conferido ese derecho (Código Civil, artículo 1.185, primer aparte).

afecta ni elimina las prestaciones cumplidas con anterioridad. Las partes no tienen que restituirse las prestaciones anteriores a la terminación del contrato, las cuales producen todos sus efectos[25]. En cambio la terminación del contrato de adhesión como consecuencia de la retractación del consumidor tiene eficacia *ex tunc* y las partes tienen que devolverse recíprocamente lo que hubieren percibido por razón del contrato. El desistimiento por parte del consumidor afecta pues las prestaciones cumplidas con anterioridad mediante la mutua restitución de las mismas (Ledepabis, artículo 73) (*infra*, Nº X,2).

4. A veces el desistimiento se atribuye a ambas partes (caso del mandato); en cambio, el derecho de desistir del contrato de adhesión a que se contrae el artículo 73 de la Ledepabis solo se atribuye al consumidor que es el único legitimado para su ejercicio. La ley sanciona con la nulidad la estipulación contenida en un contrato de adhesión que atribuya al proveedor la facultad de desligarse unilateralmente del contrato (Ledepabis, artículo 74 numeral 6).

5. A diferencia de lo que ocurre con el clásico derecho de desistimiento como medio de terminación de los contratos, el desistimiento del contrato de adhesión por parte del consumidor tiene un indiscutible carácter imperativo y es, por tanto, irrenunciable e inderogable por la voluntad de las partes (arg. ex arts. 2, 8 "numeral 13", 73 y 74 "numeral 2" de la Ledepabis).

Estas diferencias han llevado a un sector de la doctrina a establecer una separación total entre este derecho de desistimiento del consumidor y el derecho de desistimiento de la teoría general del Derecho de las Obligaciones[26].

A nuestro modo de ver, como el artículo 73 de la Ledepabis le permite al consumidor desligarse del contrato por su sola voluntad, nos encontramos ante la figura del derecho de desistimiento como medio de terminación del contrato por la voluntad unilateral de una de las partes. Esto es así cuando la ley supedita el derecho que tiene el consumidor de retractar-

[25] *Cfr*. GARCÍA VICENTE, José Ramón: *Ley de Contratos Celebrados Fuera de Establecimientos Mercantiles*. *El Derecho de Revocación*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1997 p.142; RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción: *op. cit*. p. 214.

[26] En tal sentido, véase: BELUCHE RINCÓN, Iris: *op. cit*. p. 28. En contra, ÁLVAREZ MORENO, María Teresa: *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*. Madrid, 2000. p. 22; GARCÍA VICENTE, José Ramón: *op. cit*. p. 140 y ss.; KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral del contrato*. Editorial Civitas. Madrid, 1997. p. 312.

se del contrato de adhesión celebrado al cumplimiento de determinados requisitos. Se trata pues de una modalidad particular de desistimiento como medio de terminación del contrato de adhesión por la voluntad unilateral del consumidor

V. Derecho de desistimiento y perfeccionamiento del contrato

El derecho de desistimiento plantea la cuestión de la determinación del momento del perfeccionamiento del contrato de adhesión respecto del cual puede desligarse el consumidor. ¿El contrato se forma el día de la firma del documento contractual a que se refiere el artículo 73 de la Ledepabis?, o por el contrario, ¿debe entenderse que el contrato se perfecciona el día siguiente a aquel en que caduca el plazo que tiene el consumidor para retractarse del contrato sin que este haya ejercido su derecho? Como fácilmente puede apreciarse, esta cuestión incide en el momento en que se produce la transmisión de la propiedad, así como en la determinación de quién debe soportar los riesgos de la cosa objeto del contrato.

La doctrina se encuentra dividida al respecto.

Según algunos autores, el derecho de desistimiento nos coloca ante un supuesto de formación sucesiva del contrato. El contrato solo se entiende perfeccionado cuando haya transcurrido el plazo que tiene el consumidor para desistir del contrato; por ello, la declaración de voluntad del consumidor no es definitiva ni está perfectamente emitida hasta que transcurra el plazo y no se retracte; y, correlativamente, durante ese plazo la declaración de voluntad del proveedor es irrevocable *ex lege*. La formación del contrato queda pues diferida hasta la finalización del plazo durante el cual es ejercitable esta facultad. Nos encontramos, se afirma, ante un proceso progresivo de formación de la voluntad contractual, en el cual la firma del contrato por parte del consumidor no es más que una etapa en ese proceso de formación del consentimiento contractual que solo se entenderá perfeccionado cuando haya transcurrido el plazo durante el cual el consumidor puede ejercitar su derecho de retractarse sin haberlo hecho[27].

De acuerdo con estos autores, no puede admitirse que la firma equivalga a aceptación puesto que, si ese fuere el caso, se tendría que un con-

[27] Al respecto, véase: BAILLOD, R.: *op. cit*. pp. 227 y ss.; CALAIS-AULOY, J: *Droit de la consommation… cit*. pp. 79-80; GHESTIN, J. y DESCHE, B.: *Traité des Contrats. La Vente*. L.G.D.J. París, 1990. pp. 314-318; HUET, Jérôme: *op. cit*. p. 122.

trato ya perfecto puede destruirse si se ejercita la facultad de retractación, lo que atenta contra el principio de la fuerza obligatoria de los contratos que consagra el artículo 1.159 del Código Civil[28].

Según otros, el contrato de adhesión se perfecciona desde el momento en que consumidor adherente acepta la oferta del proveedor predisponente, momento este que generalmente coincide con el de la firma del contrato. La facultad del consumidor opera sobre un contrato que ya se había perfeccionado en el mismo momento en que el consumidor había aceptado la oferta y manifestado su voluntad. De acuerdo con las reglas generales que rigen la formación de los contratos, se afirma, el perfeccionamiento del contrato tiene lugar en el mismo instante en que el consumidor firma el contrato adhiriéndose a la oferta vinculante del proveedor, de manera que el derecho de desistimiento que asiste al consumidor opera sobre un contrato que ya era perfecto y del cual traía su causa. Es obvio, se dice, que cuando no se ejercita la facultad legal de desistimiento, el contrato no requiere de ningún elemento adicional para la producción de todos sus efectos, por lo que debe considerarse que había sido ya válidamente celebrado[29].

Por último, otros autores consideran que en el supuesto bajo examen no estamos en presencia de un contrato ya perfeccionado del cual pueda desligarse el consumidor sino que nos encontramos ante una *opción de compra* que el proveedor se obliga a mantener a favor del consumidor, opción esta que se entiende ejercitada por efecto de la mera inercia del comprador durante todo el tiempo que tiene para retractarse de acuerdo con la ley. Por lo cual, se afirma, el contrato con el consumidor no se perfeccionará hasta el momento en que este, de un modo expreso o tácito, manifieste su intención de consumar el contrato propuesto[30].

Por lo que al Derecho venezolano concierne, el contrato se perfecciona desde en el momento en que concurren los requisitos legales para

---

[28] LLOBET I AGUADO, Joseph: *op. cit*. p. 153.

[29] Al respecto, véase: ÁLVAREZ MORENO, María Teresa: *op. cit*. p. 266; BELUCHE RINCÓN, Iris: op. cit. p. 50; GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: "Derecho de desistimiento" en *La Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentario sistemático del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/207*. Obra colectiva dirigida por Manuel Rebollo Puig y Manuel Izquierdo Carrasco. Iustel. Madrid, 2011. pp. 1247-1248, KLEIN, M.: *op. cit.* p. 280. En el mismo sentido se pronuncia la doctrina citada en la nota 55 de este trabajo.

[30] Al respecto, véase: GABRIELLI, G. e PADOVINI, F.: *op. cit*. § 5; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Ángel: "El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 26/1991" en *Revista de Derecho Mercantil* Nº 28. Madrid, 1993. pp. 604.

su formación conforme a lo dispuesto en el artículo 1.137 del Código Civil, esto es, cuando se entrecruzan la oferta y la aceptación. En la práctica, si se trata de un contrato de adhesión este queda perfeccionado desde el momento en que el consumidor acepta la oferta del proveedor predisponente, sin que por el hecho de que exista una facultad de desistimiento del consumidor adherente, pueda entenderse que se produzca un supuesto de perfección diferida o escalonada del contrato hasta que transcurra el plazo de ejercicio de la facultad de desistimiento. Ninguna disposición legal permite suponer que el perfeccionamiento del contrato se demora hasta la expiración del plazo que tiene el consumidor para desistir del mismo. Por el contrario, la definición legal del derecho de desistimiento que trae el artículo 73 de la Ledepabis alude a la facultad del consumidor o usuario "de retractarse del contrato de adhesión". Se trata, por tanto, de poner fin a un contrato ya celebrado, perfeccionado y nacido a la vida jurídica. Nos encontramos pues en presencia de un contrato ya formado y perfeccionado, del cual puede legalmente desistir el consumidor.

Como principio de carácter general, el hecho de que la ley consagre un derecho de desistimiento no aplaza *per se* ni la formación ni la ejecución del contrato. Cuando el artículo 73 de la Ledepabis prescribe que en el caso de que el consumidor ejercite esta facultad se le restituirá el precio pagado, presupone que ya el contrato se ha perfeccionado y ejecutado durante el plazo del desistimiento. Es decir, la ley parte del supuesto de que el contrato del cual desiste el consumidor o usuario ya se ha consumado y producido todos sus efectos[31].

Con respecto al argumento de que esta posición atenta contra el principio de la fuerza obligatoria del contrato consagrado en el artículo 1.159 del Código Civil, basta con señalar que se trata de una excepción a este principio consagrada en el artículo 73 de la Ledepabis que se justifica por una necesidad excepcional de proteger los intereses del consumidor que ha celebrado un contrato de adhesión con el proveedor.

[31] La situación es diferente en otros ordenamientos como, por ejemplo, en Francia donde la mayor parte de los textos legales que consagran un derecho de retractación por parte del consumidor prohíben cualquier acto de ejecución del contrato por parte del consumidor antes de la expiración del plazo que él tiene para desistir, lo que da pie a que un sector de la doctrina francesa considere que el derecho de retractación nos coloca ante un supuesto de formación progresiva del contrato. Al respecto, véase: RZEPECKI, Nathalie: *op. cit.* pp. 115-116, especialmente, las notas 401-403.

Los contratos, dice el artículo 1.160 del Código Civil, obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la *ley*. Pues bien, la facultad de retractación está integrada en el contenido del contrato ya que es precisamente la ley la que permite (*rectius: impone*) en determinados contratos la posibilidad de ejercitar la facultad de retractación.

Además, la práctica comercial, la inmediata exigibilidad de las recíprocas prestaciones y el mantenimiento del contrato ante el silencio del consumidor, nos llevan igualmente a concluir que el contrato se perfecciona conforme a las reglas generales y que la ulterior decisión del comprador puede libremente deshacer el vínculo. Como se indica poco más adelante, estamos ante un contrato sometido a la condición resolutoria de que el consumidor, por una justa causa, se retracte del contrato ya celebrado (*infra*, Nº VII).

Por lo antes expuesto tampoco puede ser admitido en Venezuela el criterio según el cual un contrato de adhesión celebrado con el consumidor constituye una opción de compra. Según se deduce del contrato de opción, el proveedor se obliga única y exclusivamente a mantener su oferta mientras el consumidor agota su plazo de reflexión, pero ¿de dónde surge entonces la obligación del proveedor de entregar el bien objeto del contrato, antes de que expire el plazo que tiene el consumidor para retractarse?

Pero adicionalmente en el contrato de opción, el optante, para que se forme el contrato definitivo, debe ejercitar la opción y ese ejercicio extingue el primer contrato (el de opción) y perfecciona el contrato posterior (compra-venta, por ejemplo); en cambio, en los contratos de adhesión celebrados con los consumidores, como se dijo, nada de esto ocurre. El contrato se perfecciona desde que se produce el encuentro de voluntades lo que generalmente ocurre en el momento en que el vendedor y el comprador firman el documento contractual exigido por la ley. Ninguna actuación posterior por parte del consumidor se requiere para perfeccionar el contrato. Al contrario, si existe una actuación del consumidor y este ejercita su derecho de desistir del contrato, el contrato se extingue. No es pues el perfeccionamiento del contrato lo que está en manos del consumidor, sino su extinción.

De ahí la imposibilidad de considerar como un contrato de opción, el contrato de adhesión celebrado con un consumidor.

VI. Fundamento del derecho de desistimiento del consumidor

El derecho de desistimiento encuentra su justificación en la necesidad de proteger al consumidor que es la parte contratante que ocupa una clara situación de inferioridad y vulnerabilidad en la relación de consumo. El derecho de retractación constituye, sin duda, una fórmula jurídica peculiar puesta al servicio de la parte contratante débil[32]. Constituye un mecanismo de protección del consentimiento contractual prestado por el consumidor que celebra un contrato de adhesión con el proveedor. Por medio del derecho de desistimiento, se trata de evitar que un consentimiento contractual, prestado en una situación precipitada o poco meditada, despliegue los mismos efectos que un consentimiento manifestado en un contrato ordinario (contrato paritario) donde ambas partes conjuntamente fijan y determinan el contenido del contrato, colocadas en un plano de igualdad[33]. La ley intenta reequilibrar la débil posición contractual del consumidor y evitar que el proveedor –autor exclusivo del clausulado contractual– haciendo valer su posición de dominio, arranque un consentimiento contractual que no se ha formado correctamente o se ha prestado de manera apresurada, dada la modalidad de la contratación empleada[34].

El derecho de retractación se articula como un mecanismo previsto por la ley que le permite al consumidor que ha celebrado un contrato de adhesión con el proveedor retirar al consentimiento que aquel ha prestado la fuerza obligatoria que le otorga la ley y así extinguir el contrato. Por ello puede afirmarse que el derecho de desistimiento constituye una excepción a la regla de la fuerza obligatoria de los contratos consagrada en el artículo 1.159 del Código Civil[35].

En otros ordenamientos, como se dijo, el derecho de desistimiento constituye más bien un mecanismo preventivo que impide la formación del contrato durante un periodo de reflexión que establece la ley[36], so-

---

[32] *Cfr*. BAILLOD, R.: *op. cit*. p. 232; VERMANDET, L.: *La protection de l'integrité du consentement dans la vente commerciale*. Grenoble, 1976. p. 172 y ss.

[33] *Cfr*. CHARDIN, N.: *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. L.G.D.J. París, 1988. pp. 62 y ss.

[34] *Cfr*. MIRANDA SERRANO, L.M.: *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Su caracterización en el Derecho español*. Madrid, 2001. pp. 58 y ss.

[35] C*fr*. RZEPECKI, Nathalie: *op. cit.* pp. 109-110.

[36] Ese es el sistema que sigue la Ley francesa Nº 11164 del 22 de diciembre de 1972 sobre ventas a domicilio cuyas disposiciones fueron incorporadas en el Código del Consumo. Al respecto, véase: HUET, Jérôme: *op. cit*. p. 122. Es, asimismo, según Fernández-Albor, el criterio que parece adoptar el artículo 5.1. de la Ley española 26/1991 de Protección de los Consumidores

bre todo en aquellos casos en los cuales el consumidor ha podido ser sorprendido al momento de prestar su consentimiento como ocurre en casos de ventas a domicilio, o forzado a aceptar la propuesta del vendedor como ocurre cuando la venta es financiada por el proveedor o cuando el consumidor solo tiene un conocimiento superficial del objeto adquirido, como en el caso de las ventas concluidas por teléfono o por medios electrónicos[37]. El derecho de desistimiento se articula entonces como una derogación de la regla del perfeccionamiento del contrato por el mero encuentro de voluntades que consagra el artículo 1.137 del Código Civil y no, como ocurre en nuestro ordenamiento, como una derogación de la regla de la fuerza obligatoria de los contratos que consagra el artículo 1.159[38].

A nuestro modo de ver, esta segunda alternativa que siguen otras legislaciones es la que mejor se adapta a la realidad de los hechos, sobre todo si se tiene en cuenta que el consumidor tiene el derecho de retractarse del contrato porque su consentimiento no obedece a una voluntad lo suficientemente meditada y libre. Siendo esto así, lo lógico es no otorgar a dicho consentimiento el efecto de perfeccionar el contrato que posee cuando ha sido suficientemente meditado y libre. Pero este no es el sistema que adopta la ley venezolana (supra, Nº V).

Además, se afirma, el reconocimiento de esta facultad unilateral de poner fin al contrato constituye un incentivo para evitar comportamientos empresariales abusivos al tiempo que propicia la confianza del consumidor en algunas modalidades de contratación que resultan, por tanto, fortalecidas[39].

VII. Naturaleza

La doctrina discute si los contratos en los cuales el consumidor tiene el derecho de retractarse deben considerarse contratos sometidos a término inicial o final, o celebrados bajo condición suspensiva o resolutoria, o si pueden equipararse a contratos sujetos a ensayo previo o prueba.

---

en caso de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles del 21 de noviembre de 1991, cuando regula el derecho de desistimiento del consumidor en este tipo de ventas (FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Ángel: *op. cit*. p. 599, especialmente, la nota 33).

37 Al respecto, véase: BAILLOD, R.: *op. cit*. p. 241; HUET, Jérôme: *op. cit*. p. 124; MIRABAIL, Solange: *op. cit*. pp. 129-130.

38 *Cfr*. CALAIS-AULOY, J.: *La loi sur le demarchage à domicile et la protection des consommateurs*. Recueil Dalloz, 1973. Chronique. p. 266.

39 CLEMENTE MEORO, Mario E.: *El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia*. Revista de Derecho Privado. Madrid, 2006. p. 164.

En nuestro concepto, tales contratos no pueden considerarse *contratos sometidos a término inicial o final*, puesto que la característica del término es que se sabe con certeza que ocurrirá y en los contratos en los cuales el consumidor tiene el derecho de retractarse, el contrato depende de algo que puede o no ocurrir (*incertus an*) porque, aunque se conozca la duración del plazo de que dispone el consumidor para ejercitar su derecho, no se sabe si este decidirá ejercitarlo o no[40].

Tampoco pueden considerarse *contratos sometidos a condición suspensiva* porque la condición suspensiva es un acontecimiento futuro e incierto del cual depende el nacimiento o la eficacia plena de un derecho y en los contratos bajo examen, como se dijo atrás, el derecho de desistimiento opera sobre un contrato ya perfeccionado que tiene eficacia inmediata desde el momento de su celebración[41]. Por la misma razón, tampoco pueden equipararse estos contratos a una *venta sometida a ensayo previo*[42]. Como es bien sabido, en las ventas sujetas a ensayo previo el contrato queda sujeto a que la cosa sea ensayada y a que el ensayo demuestre que es apta para el uso a que está destinada, todo lo cual constituye una condición suspensiva (Código Civil, artículo 1.478)[43]. Además, el derecho de desistimiento es ejercitable siempre y cuando exista una justa causa, independientemente de que la cosa sea apta o no para el uso a que está destinada[44].

Como estamos ante contratos perfeccionados y eficaces, tampoco pueden equipararse los mismos a ventas *ad gustum*[45] ya que cuando se

---

40 *Cfr*. ÁLVAREZ MORENO, María Teresa: *op. cit*. p. 131; BELUCHE RINCÓN, Iris: *op. cit.* p. 52.

41 *Cfr*. CHRISTIANOS, Vassili: "Plazos de reflexión. Una evaluación teórica" en *Estudios sobre el Consumo* Nº 25. Diciembre, 1992. pp. 51-52.

42 *Cfr*. GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit*. p. 1249.

43 Cabe hacer notar, sin embargo, que aun cuando en el artículo 1588 del Código Civil francés, al igual que en el artículo 1478 del Código Civil venezolano, se indica claramente que la venta sujeta a ensayo previo es una venta sometida a *condición suspensiva*, en la doctrina francesa, Collart Dutilleul y Delebecque sostienen que dichas ventas no constituyen ventas sometidas a condición suspensiva porque esta construcción no explica satisfactoriamente la facultad que tiene el comprador de servirse de la cosa por un tiempo determinado; por lo cual, estos autores consideran que estas ventas solo pueden explicarse como ventas sometidas a condición resolutoria (lo que justifica el uso de la cosa *pendente conditione*), o como contratos sujetos a un derecho de resiliación unilateral. (COLLART DUTILLEUL, François y DELEBECQUE, Philippe: *Contrats Civils et Commerciaux*. Éditions Dalloz. París, 1991. p. 69).

44 *Cfr*. RZEPECKI, Nathalie: *op. cit*. p. 114, especialmente, la nota 399 y la doctrina francesa allí citada.

45 *Cfr*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: "La defensa contractual del consumidor en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios" en BERCOVITZ, R. y BER-

conviene en una venta ad gustum "no queda perfecta la venta hasta que el comprador no haya hecho conocer su aceptación en el plazo fijado por la convención o por el uso" (Código Civil, artículo 1.477). En las ventas *ad gustum*, además, el comprador no llega a ser propietario de las cosas sino cuando las ha degustado y encontrado de su agrado y notificado de ello al vendedor. Solo entonces se perfecciona la compra-venta y se trasladan los riesgos al comprador[46]. En cambio, en las ventas en las cuales el consumidor tiene el derecho de retractarse, este se hace propietario por efecto del consentimiento legítimamente manifestado y, por ende, corre con los riesgos de la cosa vendida de inmediato desde el momento en que ha consentido en la venta (Código Civil, artículo 1.161) o, si se trata de una venta de cosas *in genere*, desde el momento en que se efectúa la especificación del género cuando las cosas son "contadas, pesadas o medidas" (Código Civil, artículo 1.475), lo que se produce generalmente con su entrega.

A nuestro modo de ver, estos *contratos pueden considerarse contratos sometidos a una condición resolutoria simplemente potestativa* (o, según algunos, mixta) que determina la extinción retroactiva de un contrato ya perfeccionado y que ha desplegado su eficacia[47]. Dicha condición tiene su fuente en la ley y depende de la voluntad del consumidor adherente y de un hecho o circunstancia que condiciona su voluntad, a saber, la existencia de una justa causa[48]. El acontecimiento que confi-

COVITZ, A.: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*. Editorial Tecnos. Madrid, 1987. p. 206.

[46] *Cfr*. DEGNI, Francisco: *La Compraventa*. Traducción española y notas de Francisco Bonet Román. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1957. p. 185.

[47] En el mismo sentido, en la doctrina francesa, véase: BERNARDEAU, L.: *op. cit*. p. 218. En cambio, otros autores franceses como Doll y Guerin consideran que el derecho de retractación del consumidor constituye un clásico derecho de resolución contractual ejercitable por la voluntad unilateral del consumidor, lo que se explica porque en Francia, a diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento, el derecho a retractarse del contrato que tiene el consumidor en los casos legalmente previstos es ejercitable *ad nutum* y no presupone la existencia de una justa causa (DOLL, G. y GUERIN, M.: "Le demarchage et la vente a domicile" en *Juris –Classeur périodique* "Semaine juridique" Édition Générale. 1973 (I). 2524, Nº 29). En la doctrina española, García Vicente y Gallego Domínguez consideran que los contratos en los cuales el consumidor puede retractarse son ventas sometidas a una condición resolutoria simplemente potestativa (GARCÍA VICENTE, José Ramón: *op. cit*. pp. 162-164; GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit*. p. 1249). Sin embargo, como se indica poco más adelante, a diferencia de lo que ocurre cuando se cumple la condición resolutoria, la terminación del contrato de adhesión por el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor, no afecta los derechos de los terceros como, por ejemplo, los acreedores del consumidor o los terceros sub-adquirentes (*Infra*, Nº X,2a).

[48] Esta circunstancia determina que, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, para que se cumpla la condición de la cual depende la suerte del contrato celebrado por el consumidor, se requiere siempre la concurrencia de un elemento externo que condicione su voluntad.

gura la condición resolutoria es pues una declaración de voluntad extintiva, sujeta a la expresión de una justa causa, que debe manifestarse en un plazo máximo de siete días (Ledepabis, artículo 73), lo que constituye una condición simplemente potestativa y no puramente potestativa. Como se indica poco más adelante, para el ejercicio del derecho a desistir del contrato, tiene que existir una justa causa, lo que excluye que sea el mero arbitrio del consumidor el que ponga fin al contrato[49].

VIII. Caracteres

El derecho de desistimiento que corresponde al consumidor es un derecho subjetivo de carácter potestativo; presupone la existencia de un contrato de adhesión entre el proveedor y el consumidor; pone fin a un contrato ya perfeccionado; su ejercicio está sujeto a la existencia de una justa causa; es ejercitable en un breve plazo de tiempo; tiene carácter gratuito para el consumidor; y es irrenunciable.

1) Es un derecho subjetivo que corresponde al consumidor

El derecho de desistimiento es un verdadero derecho subjetivo. La

[49] Conviene tener en cuenta que el artículo 1.202 del Código Civil según el cual "la obligación contraída bajo una condición que la hace depender de la sola voluntad de aquél que se ha obligado, es nula", solo se aplica a la condición suspensiva, no a la resolutoria. *Cfr*. MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.* Tomo I. p. 313. Además, como es bien sabido, la condición es *puramente potestativa* y hace nula la obligación cuando el deudor hace depender de su mero arbitrio la voluntad de obligarse; y es, en cambio, simplemente potestativa, y no invalida la obligación, cuando, como ocurre en el supuesto bajo examen, la voluntad del deudor dependa de un complejo de motivos que represente intereses apreciables y que, actuando sobre aquélla, influyan en su determinación aunque sean confiados a la valoración exclusiva del interesado. *Cfr*. MONTÉS PENADES, V.L.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Vol. XV-1 dirigidos por M. Albadalejo. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1989. pp. 1053 y 1054.

Por otra parte, según un sector de la doctrina francesa, la precitada disposición legal no es aplicable cuando se hace depender *todo el contrato bilateral* de una condición puramente potestativa. En tal sentido, se afirma que el artículo 1.174 del *Code*, idéntico al artículo 1.202 de nuestro Código Civil, solo prohíbe la condición potestativa a parte debitori y no a *parte creditori* y en un contrato sinalagmático cada una de las partes es necesariamente acreedora. Sin embargo, tal y como afirma Carbonnier, frente a esta línea argumental puede replicarse que si cada una de las partes es acreedora, también es, a su vez, deudora; por lo cual, con base en este razonamiento podría más bien declararse la nulidad de toda condición puramente potestativa incluida en un contrato sinalagmático (CARBONNIER, Jean: *Droit Civil*. Tome IV (Les Obligations) 22a édition. París, 2000. Nos. 135 y 137). Sobre la posición de la doctrina italiana en cuanto a la no aplicación en los contratos sinalagmáticos de la disposición que consagra la nulidad de la obligación que dependa de una condición puramente potestativa, véase: RESCIGNO, Pietro: Voz "Condizione nel negozio giuridico" (Diritto Vigente) en *Enciclopedia del Diritto*. Vol. VIII. Arese Giuffrè. Milano, 1961. § 33. Consultada en versión electrónica (DVD).

propia ley insiste en calificarlo como un *derecho*: "derecho a retractarse del contrato de adhesión" (Ledepabis, artículo 73).

Dada la finalidad perseguida con esta figura, la ley no atribuye un derecho análogo al proveedor, a diferencia de otros supuestos de desistimiento que contempla el Código Civil en los cuales se reconoce la facultad de desistimiento del contrato a todas las partes contratantes como, por ejemplo, en el contrato de mandato (Código Civil, artículos 1.704 "ordinales 1º y 2º", 1.706 y 1.709) y en el contrato de sociedad por tiempo ilimitado (Código Civil, artículos 1.673 "ordinal 5" y 1.677).

De acuerdo con la ley, la estipulación de un contrato de adhesión que autorice al proveedor a rescindir (*rectius*: desistir) unilateralmente el contrato es una cláusula abusiva y, por ende, nula (Ledepabis, artículo 74, numeral 6).

2) Tiene carácter potestativo

Dentro de la categoría de los derechos subjetivos, es un derecho de los llamados potestativos[50] que podemos definir como aquellos derechos que no consisten en el aprovechamiento directo de una cosa ni en la conducta inmediata que puede exigirse a un tercero, sino en la facultad que tiene el titular del derecho de crear, modificar o extinguir una determinada relación jurídica, por regla general a través de una declaración unilateral de voluntad recepticia[51]. El derecho de desistimiento confiere una facultad de cancelación jurídica que le permite al consumidor influir en una previa relación jurídica, esto es, en el contrato de adhesión celebrado, extinguiéndolo, mediante una declaración unilateral de voluntad notificada a la otra parte contratante[52].

---

[50] Acerca de la configuración de los derechos potestativos como derechos subjetivos, en la doctrina clásica italiana, véase: MESSINA, G.: Voz "Diritti potestativi" en *Nuovo Digesto Italiano* a cura di M. D´Amelio con la collaborazione di A. Azara. Vol. IV. U.T.E.T. Torino, 1938. pp. 872-879. Cabe hacer notar que, en la doctrina italiana, algunos autores como Barassi consideran que la categoría de los llamados derechos potestativos es muy discutida y cuando se refieren a esta noción prefieren calificarlos como simples facultades o potestades (BARASSI, Ludovico: *Il diritto del lavoro*. Milano, 1959. p. 215., citado por RAVERA, Enrico: Il recesso… *cit*. p. 42). En la doctrina española hay quienes consideran que los derechos potestativos constituyen una categoría intermedia entre las simples facultades jurídicas y los derechos subjetivos. Al respecto, véase CASTÁN TOBEÑAS, José: *Situaciones jurídicas subjetivas*. Ediciones Reus. Madrid. 1963. pp. 39 y ss.

[51] *Cfr*. LARENZ, K.: *Derecho Civil*. (Parte General). Traducción española y notas de M. Izquierdo y Macías-Picaveva. Editorial Revista de Derecho Privado. Jaen, 1978. p.p. 281-284.

[52] *Cfr*. BAILLOD, R.: *op. cit*. pp. 240-242; GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit*. p. 1254; GARCÍA VICENTE, José Ramón: *op. cit.* pp. 115-116.

3) Presupone la existencia de un contrato de adhesión entre el proveedor y el consumidor

Según el artículo 73 de la Ledepabis, las personas (entiéndase los consumidores) tienen el derecho a retractarse del contrato de adhesión por justa causa, dentro de un plazo de siete días contados a partir de la firma del mismo o desde la recepción del producto o servicio. El artículo 70 de la Ledepabis, por su parte, define al contrato de adhesión en los siguientes términos:

> *Se entenderá como contrato de adhesión, a los efectos de esta ley, los contratos tipos o aquellos cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente por la materia o establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor de bienes y servicios, sin que las personas puedan discutir o modificar sustancialmente su contenido al momento de contratar.*

Esta disposición únicamente se refiere a los contratos de adhesión que regulen las relaciones entre *proveedores* y *personas*. Para delimitar el campo de aplicación de las precitadas disposiciones de la Ledepabis, conviene tener en cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 4 de dicha ley, se entiende por *personas* a toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, organizada o no, que adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios de cualquier naturaleza como destinatario final; y por *proveedor*, a toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, que desarrolle actividades en la cadena de distribución, producción y consumo, sean estos importadores, productores, fabricantes, distribuidores, comercializadores, mayoristas o detallistas de bienes o prestador de servicios. De donde resulta que las personas son los consumidores o usuarios, que son los únicos sujetos a quienes la ley denomina impropiamente personas, puesto que son los consumidores y no otros quienes adquieren bienes y servicios como destinatarios finales.

Por consiguiente, las disposiciones de la Ledepabis relativas a los contratos de adhesión no constituyen una regulación legislativa de los contratos de adhesión en protección general de los "adherentes", como es el caso de la ABG-Gesetz alemana de 1976 o la Ley española sobre Condiciones Generales de la Contratación de 1998, sino unas normas aplicables tan solo a los contratos de adhesión celebrados en-

tre proveedores y consumidores o usuarios[53]. De ahí que el derecho de retractación previsto en el artículo 73 de la Ledepabis no protege a todo adherente que, en razón de su debilidad, se vea en la necesidad de aceptar en bloque el contenido del contrato ya que el ámbito de aplicación de esta norma se circunscribe a las relaciones de consumo derivadas de los contratos de adhesión celebrados entre proveedores y consumidores o usuarios.

En resumidas cuentas, las disposiciones especiales de protección al consumidor contenidas en el Capítulo VIII del Título II de la Ledepabis, y entre ellas la que consagra el derecho de desistimiento, no se aplican en aquellos casos en los cuales el contrato de adhesión haya sido celebrado entre dos particulares cuando ninguno de ellos tenga la condición de consumidor como, por ejemplo, cuando se trata de un contrato de compraventa suscrito entre productores y mayoristas, mayoristas y detallistas y, en general, con toda persona que no sea destinataria final de los bienes y servicios. Mucho menos existe el derecho de desistimiento en los contratos de compra-venta de bienes muebles o inmuebles o en los contratos de prestación de servicios entre dos particulares cuando ninguno de los contratantes sea productor, distribuidor, comercializador o detallista de los bienes y servicios.

4) Pone fin a un contrato ya perfeccionado

El derecho de desistimiento presupone que el contrato ya se ha perfeccionado aunque quede afectado por el posible ejercicio de un derecho a retractarse que tiene el consumidor. Por lo cual, como ya dijimos, no se trata de un auténtico plazo de reflexión al final del cual se entenderá formado el contrato, sino de una facultad de que goza durante un determinado tiempo el consumidor para revocar su aceptación y desligarse del contrato ya formado.

El contrato se considera perfeccionado el día en que se logre el concurso de voluntades sobre la cosa y el precio, lo que sucede normalmente el día en que se firma el contrato de adhesión ex artículo 73 de la Ledepabis. La firma no equivale pues al compromiso de iniciar una reflexión durante un determinado plazo, al final del cual, si nada ha dicho el consumidor, se entiende perfecto el contrato. Es decir, no se trata, como pre-

[53] *Cfr*. MÉLICH-ORSINI, José: "Las particularidades del contrato con consumidores" en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* Nº 111. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1999. p. 98.

tenden algunos, de uno de los supuestos en que el silencio tiene el valor de una declaración de voluntad[54]. No hay nada en la ley que así lo indique o haga suponer. Antes por el contrario, según el artículo 73 de la Ledepabis, la retractación por parte del consumidor produce como consecuencia la obligación que tienen las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas. Esta disposición pone de manifiesto que la ley estructura el derecho de desistimiento del consumidor como una facultad que opera sobre un contrato perfecto y eficaz, es decir, sobre un contrato ya formado y que, además, ha producido sus efectos y no como un supuesto de suspensión legal del perfeccionamiento del contrato (*supra*, Nº V).

El contrato se forma en el momento en que se produce el encuentro de las declaraciones de voluntad, de acuerdo con el régimen ordinario de perfeccionamiento de los contratos previsto en el Código Civil. De ahí que el artículo 73 de la Ledepabis no constituye una excepción al principio de la formación del contrato por la concurrencia de las declaraciones de voluntad consagrado en la primera disposición del artículo 1.137 del Código Civil, sino al principio de la fuerza obligatoria del contrato consagrado en el artículo 1.159 del Código Civil. No estamos pues en presencia de un contrato de perfección diferida, sino de la posibilidad que tiene el consumidor de declarar extinguido un contrato ya celebrado[55]. Cualquier otra interpretación no concuerda con el texto de la ley. Esta situación produce las siguientes consecuencias: 1) la propiedad de la cosa se transmite al comprador por efecto del consentimiento legítimamente manifestado y no a partir del momento de la expiración del plazo de que dispone el consumidor para retractarse, sin haberlo hecho (Código Civil, artículo 1.161). El contrato produce plenos efectos traslativos desde el día en que se logró el acuerdo de voluntades sobre la cosa y el precio. De ahí que el consumidor no puede considerarse un mero depositario de la cosa hasta que adquiere la propiedad de la misma

[54] *Cfr*. MORALES MORENO, Antonio Manuel: "Comentarios al artículo 1265 del Código Civil español" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XVII. Vol. 1.B. dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1993.p. 220. En contra, LLOBET I AGUADO, Joseph: *op. cit*. p. 154.

[55] Además de los autores citados en la nota 29 *ut. supra*, véase: CHRISTIANOS, Vassili: *Délai de réflexion: théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs* (I). Recueil Dalloz. Sirey, 1991, Chronique VIII. p. 30 (aunque este autor distingue entre el perfeccionamiento y la eficacia del contrato); DOLL, G. y GUERIN, M.: *loc. cit*; PODDIGUE, Elena: *I contratti con i consumatori. La disciplina delle clausole vessatorie*. Giuffrè Editore. Milano, 2000. p. 190; CABALLERO LOZANO José Mª: "Una compraventa especial: La venta fuera de establecimiento" en *Revista de Derecho Privado*. Diciembre, 1994 pp. 1051 y 1053.

al vencimiento del período que tiene para retractarse; y 2) el consumidor soporta el riesgo de la pérdida de la cosa pues rige el principio res perit domino (la cosa perece para su dueño) y el consumidor es el dueño de la cosa desde el mismo momento en que las partes han manifestado su consentimiento (Código Civil, artículo 1.161) (*infra*, Nº X,2,b-6).

En fin, el consumidor por efecto del consentimiento legítimamente manifestado se convierte en verdadero propietario y no en mero depositario de la cosa que adquiere la propiedad al vencimiento del plazo que tiene para retractarse. De donde resulta que en el caso bajo examen la regla *periculum est emptori* es plenamente aplicable al consumidor[56].

5) Su ejercicio está sujeto a la existencia de una justa causa

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ledepabis, los consumidores tienen el derecho a retractarse del contrato por *justa causa*. El legislador subordina el ejercicio del derecho de desistimiento a la existencia de una circunstancia que lo justifique, la cual denomina *justa causa*. El derecho de retractación que corresponde al consumidor no es pues ejercitable *ad nutum*[57].

[56] No obstante las vacilaciones de un sector de la doctrina francesa, en el mismo sentido expuesto en el texto se pronunció la Primera Cámara en lo Civil de la Corte de Casación Francesa en sentencia del 10 de junio de 1992. Al respecto, véase: RZEPECKI, Nathalie: *op. cit*. p. 117, especialmente, la nota 409.

[57] La solución legal es diferente en otros ordenamientos. Así, según lo dispuesto en el artículo 68.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española "el derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándoselo así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase." De acuerdo con esta disposición el derecho de desistimiento es ejercitable *ad nutum*. Su ejercicio depende pues de la libérrima voluntad del consumidor que no tiene que alegar ni probar ninguna causa para el ejercicio de su derecho a desligarse del contrato. Cabe hacer notar, sin embargo, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68.2 de dicha ley, este derecho solo le corresponde al consumidor "en los supuestos previstos legal o reglamentariamente" y en los casos en que se le reconozca este derecho en el contrato que celebre con el empresario. Por consiguiente, a diferencia de nuestro sistema que consagra a favor del consumidor el derecho de desligarse –en breve plazo y por justa causa– de cualquier contrato de adhesión celebrado con el proveedor, la legislación española no le atribuye al consumidor un derecho de desistimiento con carácter general por el solo hecho de tener tal condición, puesto que solo existe este derecho en las relaciones contractuales de consumo en las que convencionalmente le haya sido reconocido este derecho al consumidor, o en los casos previstos legal o reglamentariamente como, por ejemplo, en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, en los contratos de venta o prestación de servicios a distancia o por medios electrónicos o por teléfono, en los contratos de venta a plazos, en los contratos de transmisión de derechos de aprovechamiento por turnos, etc. Tampoco las legislaciones francesa e italiana le conceden al consumidor un derecho general de retractación o de receso del contrato suscrito con el profesional, sino que solo se lo conceden

Ciertamente, el derecho de retractación tiene como fundamento garantizar una voluntad absolutamente libre y correctamente formada por parte del consumidor. Pero la ley no ampara simples cambios de voluntad de los adquirentes.

La doctrina admite que la justa causa debe existir objetivamente; no se trata, por tanto, de una mera circunstancia de orden psicológico e individual; sino que reviste carácter objetivo y se integra al elemento causal del negocio[58]. Por lo cual, no tiene relevancia la vana credulidad o la mera suposición por parte del consumidor que cree que el producto tiene determinadas cualidades de las que carece. No se trata de una justa causa putativa proveniente de un sujeto "que simplemente la considere erróneamente existente", sino que tiene que fundamentarse en una circunstancia objetiva o, al menos, en un error excusable.

De ahí que la justa causa puede ser objeto de apreciación y revisión por parte del juez de mérito[59]. La circunstancia de que se configure una justa causa que legitime el desistimiento es una cuestión de hecho que deberá ser alegada y comprobada por la parte interesada y que corresponderá en su caso, en definitiva, apreciar a los jueces de instancia sin que la determinación respectiva pueda ser objeto de censura en casación.

Por supuesto, la ley piensa en un desistimiento extrajudicial del contrato. Ahora bien, en aquellos casos en los cuales el proveedor considere que la separación del contrato por parte del consumidor carece de justificación, serán los tribunales los que deberán controlar la existencia de la justa causa invocada. En todo caso, la extinción del contrato se producirá cuando realmente se ejercitó la facultad de retractación, sin que la decisión judicial tenga carácter constitutivo, sino meramente declarativo.

La justa causa, en tanto elemento objetivo, no es solo un elemento del acto de retractación sino que constituye el fundamento de la facultad o

---

en determinados casos como, por ejemplo, en los contratos de venta a domicilio o fuera de los establecimientos comerciales, ventas a distancia o por medios electrónicos, etc. En todos estos casos el derecho de desligarse del contrato es ejercitable *ad nutum*.

58 *Cfr*. MIRABELLI, G.:"Dei contratti in generale" en *Commentario al Códice Civile*. U.T.E.T. Torino, 1981. p. 225; RAVERA, Enrico: *op. cit*. p. 122.

59 *Cfr*. BETTI, Emilio: *Teoría General del Negocio Jurídico*. Traducción castellana de A. Pérez Martín. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959. p. 374, especialmente, la nota 7; MIRABELLI, G.: *Ibidem*; RAVERA, Enrico: *Ibidem*; SANTORO-PASARELLI, Francesco: Voz "Giusta causa" (Diritto Civile) en *Novissimo Digesto Italiano* diretto da A. Azara, e E. Eula. Vol. VII. U.T.E.T. Torino, 1961. p. 1111, especialmente, la nota 4 y la jurisprudencia de la Casación italiana allí citada.

derecho potestativo de poner fin al contrato al punto que "si no hay justa causa no existe el derecho y el acto de retractación es nulo por ausencia de causa que lo justifique"[60]. No es, por tanto, un elemento sino un presupuesto de la eficacia de la retractación. La justa causa es un hecho que legitima el derecho de separarse del contrato por parte del consumidor[61].

A nuestro modo de ver, son circunstancias que justifican el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor, entre otras, las siguientes: el hecho de que el producto entregado o el servicio prestado no se corresponda con los términos, condiciones, modalidades, garantías y demás circunstancias de lo ofrecido, publicitado o convenido con el consumidor o usuario; la existencia de vicios o defectos en los bienes o servicios prestados; la circunstancia de que el producto haya sufrido desperfectos derivados de un embalaje defectuoso o de un trato inadecuado en el envío del producto o mercancía; la falta de conocimiento directo de lo adquirido en el momento de aceptar la oferta cuando, por ejemplo, la compra-venta se perfecciona a distancia; la decepción del consumidor a la vista del producto comprado cuando, por ejemplo, la compra-venta se perfecciona sobre la base de un catálogo; la indefensión en que ha podido encontrarse el consumidor al celebrar el contrato como consecuencia del elemento de sorpresa y de la presión psicológica que concurre en ese momento, por ejemplo, cuando la venta se celebra en el domicilio del comprador o fuera del establecimiento comercial; la circunstancia de que no se le haya entregado al consumidor el contrato de adhesión antes de su suscripción, etc.

Cabe hacer notar, por último, que puede existir una justa causa que fundamente el desistimiento aun cuando lo entregado se corresponda con lo ofrecido. Así lo da a entender claramente el artículo 73 de la Ledepabis al preceptuar que cuando el bien entregado o servicio prestado tenga características idénticas a las que fueron pautadas en el contrato de adhesión, el consumidor podrá de todas maneras retractarse, en cuyo caso podrá serle descontado del monto a ser restituido, los gastos en que haya incurrido el proveedor en su entrega o instalación, siempre y cuando dichos gastos consten en el presupuesto o factura.

---

[60] *Cfr.* DISTASO, Nicola.: *I Contratti in Generale*. U.T.E.T. Torino, 1980. p. 331; MIRABELLI, G.: *Ibidem*; RAVERA, Enrico: *Ibidem*. p. 123.

[61] *Cfr*. SANGIORGI, Salvatore: Voz "Giusta causa" (Diritto Privato) en *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XIX. Arese Giuffrè. Milano, 1975. § 3. Consultada en versión electrónica (DVD).

6) Es ejercitable en un breve plazo de tiempo

El consumidor dispone de un plazo de siete días contados a partir de la firma del contrato o desde la recepción del producto o servicio para ejercer el derecho a retractarse del contrato de adhesión celebrado (Ledepabis, artículo 73). Transcurrido ese plazo sin haberse ejercido el derecho, el mismo decae automática y definitivamente. Más adelante examinaremos con mayor detalle el tema del plazo de ejercicio del derecho de retractación (*infra*, Nº IX-5).

7) No puede acarrear ninguna penalidad para el consumidor

El ejercicio del derecho de desistimiento no puede implicar penalidad alguna para el consumidor. El consumidor por el mero ejercicio de la facultad de desistimiento no ha de sufrir penalidad alguna[62]. Esto es esencial para que el desistimiento cumpla adecuadamente su función.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 74 (numeral 2) de la Ledepabis, son nulas las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión que limiten el ejercicio de los derechos que dicha ley les reconoce a los consumidores. Por lo cual, son nulas las cláusulas que impongan al consumidor o usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento. La ley se opone a que el contrato de adhesión contenga una cláusula por la que se imponga al consumidor el pago de una indemnización –a tanto alzado o de cualquier otra manera– por daños causados al comerciante por el único motivo de que el consumidor haya ejercido su derecho de retractarse del contrato.

A nuestro modo de ver, tampoco podría el proveedor reclamarle al consumidor que haya ajustado su conducta a las exigencias de la buena fe que preside la ejecución de los contratos, una indemnización por el uso del bien adquirido en virtud del contrato de adhesión en el caso de que este haya ejercido su derecho de separarse del contrato dentro del plazo establecido[63].

---

[62] Así lo establece expresamente el artículo 68.1 de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española cuando señala que el consumidor ejercita su derecho de desistimiento "sin penalización de ninguna clase" y luego agrega "serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento". En nuestra legislación, tal y como se indica en el texto, a la misma solución se llega con base en lo dispuesto en el artículo 74 (numeral 2) de la Ledepabis.

[63] En tal sentido el Tribunal de Justicia Europeo, mediante sentencia de fecha 3 de septiembre de 2009, con base en las disposiciones de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, se pronunció en contra de que "se establezca con carácter general la posibilidad de que el vendedor reclame al consumidor una indemnización por el uso de un bien adquirido en virtud

8) Es irrenunciable

El artículo 2 de la Ledepabis establece la regla general de la irrenunciabilidad de los derechos de los consumidores. Esta es una consecuencia del carácter imperativo que tienen las disposiciones de esta ley. El artículo 74, por su parte, sanciona con la nulidad las cláusulas de los contratos de adhesión que impliquen la renuncia a los derechos de los consumidores y usuarios. De ahí que el derecho a retractarse del contrato de adhesión que los artículos 8 (numeral 13) y 73 de la Ledepabis le conceden al consumidor es irrenunciable careciendo de validez cualquier estipulación en contrario.

Como puede fácilmente apreciarse, tratándose de un derecho establecido en protección de la parte débil, que es el consumidor, frente al proveedor que podría fácilmente imponer sus condiciones, la irrenunciabilidad de este derecho es una regla necesaria para asegurar su efectividad[64] . De permitirse dicha renuncia, perdería toda su utilidad el derecho de desistimiento, pues se convertiría en uso muy frecuente su estipulación en los contratos de adhesión. Pero como nada obliga al consumidor a ejercitar esta facultad, es claro que basta con no ejercer el derecho de desistimiento dentro de los siete días siguientes a la firma del contrato, o en su caso, a la recepción del producto, para que el mismo caduque.

No se admite pacto en contra del derecho de retractación ni cláusulas que impongan su ejercicio en condiciones menos ventajosas para el consumidor que las consagradas en el artículo 73 de la Ledepabis. Pero, desde luego, nada impide establecer condiciones más ventajosas para el consumidor como, por ejemplo, aumentando el plazo de duración para el ejercicio del derecho.

IX. Ejercicio del derecho de desistimiento

El ejercicio del derecho de desistimiento supone una declaración de voluntad unilateral por parte del consumidor, no personalísima, recepticia y dirigida al proveedor, fundada en una justa causa, debiendo ser hecha en plazo hábil, en principio sin cargo alguno para el consumidor o usuario y realizada en forma libre. Además el proveedor tiene la obligación de

de un contrato a distancia en el caso de que este haya ejercido su derecho de rescisión (rectius: desistimiento) dentro del plazo". Al respecto, véase un extracto de esta decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit*. p. 1279.

64 *Cfr*. BAILLOD, R.: *op. cit*. p. 240.

informar al consumidor sobre el derecho que le asiste de retractarse del contrato de adhesión celebrado[65].

1) Declaración unilateral de voluntad del consumidor dirigida a poner fin a un contrato de adhesión

El ejercicio del derecho de desistimiento supone una declaración de voluntad unilateral por parte del consumidor o usuario dirigida a poner fin al contrato de adhesión. Como se dijo, se trata de una declaración de voluntad dirigida a la extinción o desaparición de un contrato de adhesión ya perfeccionado (*supra*, Nº V). A dicha manifestación de voluntad le serán aplicables las normas generales sobre capacidad, vicios del consentimiento, revocación, etc.[66]

El ejercicio del derecho de retractación se materializa a través de un acto unilateral del consumidor de poner fin al contrato, sin que en ello influya para nada la voluntad contraria del proveedor[67]. No es necesaria la aceptación del proveedor a quien se dirige tal declaración de voluntad. Este no puede impedir que el consumidor se retracte del contrato de adhesión, cuando su decisión se fundamente en una justa causa (*supra*, Nº VIII,2).

La declaración de voluntad de desistir del contrato constituye un negocio jurídico unilateral puesto que el efecto jurídico que ella produce –extinción de una relación jurídica– está determinado por el contenido de la declaración de voluntad, esto es, la ley hace depender el efecto jurídico producido, de la manifestación de voluntad del sujeto[68]. El ordenamiento jurídico reconoce pues a la voluntad del declarante como fundamento y base del efecto producido. Los efectos de la declaración se producen *ex voluntate* y no *ex lege*.

2) No es personalísima

La manifestación de voluntad de retractarse no es personalísima; por lo cual, puede emitirla el propio adquirente por sí o por medio de su representante, sea esta representación de origen legal o convencional. En caso de fallecimiento del adquirente, sus herederos podrán

---

[65] Para un examen de la regulación del derecho de desistimiento en el Derecho comparado, véase: JEANPRETRE, R.: "Le droit de repentir" en *Revue de droit suisse*, 1979. pp. 33 y ss.

[66] *Cfr.* GABRIELLI, G. e PADOVINI, F.: *op. cit*. § 6.

[67] *Cfr.* D'AVANZO, W.: *op. cit*. p. 1032; RAVERA, Enrico: *op. cit*. p. 33.

[68] *Cfr.* CARIOTA-FERRARA, Luigi: *El negocio jurídico*. Traducción castellana de M. Albaladejo García. Madrid, 1956. pp. 132-133.

ejercer este derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.163 del Código Civil[69].

3) Es una declaración de voluntad recepticia

El derecho de desistimiento se ejercita a través de una declaración de voluntad recepticia[70], dirigida al proveedor con el que contrató el consumidor. Si bien el consumidor pone fin al contrato de adhesión retractándose mediante una manifestación unilateral de voluntad, la misma tiene que comunicarse al proveedor para que adquiera existencia jurídica. La declaración de voluntad de retractarse solamente se perfecciona cuando el proveedor adquiere conocimiento de ella; por tanto, para ser eficaz requiere ser notificada al proveedor[71].

Si en el contrato de adhesión no se expresa el nombre, dirección o domicilio, de la persona a quien debe enviarse la declaración de desistimiento, bastará dirigirla al que figure en el contrato como domicilio o dirección del proveedor.

4) Está supeditada a la expresión de una justa causa

Si bien la facultad de retractarse del contrato de adhesión depende de la manifestación de voluntad del consumidor adherente, la ley no ampara simples cambios de voluntad de los adquirentes. No es pues una facultad ejercitable *ad nutum*. Corresponde al consumidor adherente alegar y, en su caso, probar una causa que justifique el ejercicio de este derecho. Con anterioridad nos hemos referido a esta característica del derecho de desistimiento (*supra*, Nº VIII,5).

---

69 En la doctrina italiana D'Avanzo admite asimismo que, en caso de enajenación del bien por acto entre vivos, los causahabientes a título particular del titular del derecho de desistimiento, pueden ejercerlo si aún no ha expirado el plazo para su ejercicio (D'AVANZO, W.: *loc. cit*. p. 1033), criterio este que, en la doctrina francesa, Baillod no comparte (BAILLOD, R.: *op. cit*. p. 242).

70 *Cfr*. GALGANO, Francesco: "Degli effetti del contratto" en *Commentario al Codice Civile*, a cura de Scialoja e Branca, libro quarto (art. 1.373). Società Editrice Il Foro Italiano Zanichelli. Bologna-Roma, 1993. p. 58; RAVERA, Enrico: op. cit. p.p. 35-36 y la jurisprudencia de la Casación italiana allí citada. En el mismo sentido, en la doctrina alemana: ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martín: *Tratado de Derecho Civil*. Versión española. Tomo II. Vol. II. (Derecho de Obligaciones). Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1966. p. 159.

71 En la doctrina nacional, Mélich-Orsini afirma que los negocios jurídicos unilaterales o las meras declaraciones unilaterales de voluntad son recepticias cuando están dirigidas a un destinatario determinado y, por tanto, sólo tienen existencia jurídica cuando llegan al conocimiento del destinatario. (MÉLICH-ORSINI: José: *Doctrina General… cit.* p. 25). En el mismo sentido, en la doctrina italiana, véase: GIAMPICCOLO, G.: *La dichiarazione recettizia*. Milano, 1959. pp. 179 y ss. Precisamente porque el desistimiento constituye una declaración de voluntad re-

5) Debe hacerse en plazo hábil

El derecho que tiene el consumidor de desistir del contrato de adhesión no es indefinido. Debe ejercitarse dentro de un término perentorio. El orden público económico así lo exige puesto que es contrario a la buena marcha del tráfico jurídico que la propiedad o la situación jurídica que derive del contrato de adhesión permanezca durante mucho tiempo en situación de incertidumbre. Se explica así la regla del artículo 73 de la Ledepabis según la cual el derecho a retractarse del contrato de adhesión tiene que ejercitarse dentro de los siete días siguientes a la firma del contrato o desde la recepción del producto o servicio.

La seguridad del tráfico jurídico exige que una adquisición no pueda deshacerse a través del ejercicio del derecho de retractación sino poco tiempo después de efectuada y que se consolide el derecho de propiedad quedando firme la adquisición por parte del consumidor luego de transcurrido un breve plazo[72].

Pero ¿*a partir de qué día se cuenta ese plazo de siete días que tiene el consumidor para desistir del contrato de adhesión celebrado? ¿cuál es el dies a quo*?. De acuerdo con el artículo 73 de la Ledepabis, el plazo es de siete días "contados a partir de la firma del [contrato] o desde la recepción del producto o servicio".

A nuestro modo de ver, para determinar el inicio del cómputo del plazo hay que diferenciar según el tipo de prestación que surja de la obligación que asumió el proveedor en el contrato, ya sea una obligación que tenga por objeto un bien o producto, ya sea una obligación de prestar algún servicio. La diferencia es lógica pues los bienes recibidos pueden ser devueltos al proveedor; en cambio, los servicios son irrestituibles *in natura* una vez que han sido prestados[73].

---

cepticia, se admite que quien desista puede retractarse, siempre y cuando lo haga y comunique su voluntad al destinatario antes de que este haya adquirido conocimiento de la manifestación de voluntad de desistir del contrato durante el plazo fijado para ello. Al respecto, véase: GABRIELLI, G.: *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*. Giuffrè. Milano, 1985. p. 149; GABRIELLI, G. e PADOVINI, F.: *op. cit*. § 7.

[72] Portalis expresaba que era necesario que las propiedades no quedasen por largo tiempo "inciertas y flotantes". Por lo cual, no debían estar sometidas por mucho tiempo a condiciones resolutorias de ninguna especie. (PORTALIS citado por HUC, T.: *Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil*. Tome X. París, 1982/1903. p. 224). En la doctrina moderna García Vicente expresa que el derecho de desistimiento del consumidor tiene que tener una limitada vigencia "para no dar al traste con la aspiración a la estabilidad en el tráfico" (GARCÍA VICENTE, José Ramón: *op. cit*. p. 191).

[73] En el mismo sentido, en la doctrina española, véase: GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit*. p. 1273; MIRANDA SERRANO, Luis Mª: "Protección del cliente electrónico como

Cuando el contrato tenga por objeto bienes o productos, el momento del inicio del plazo será a partir de la firma del contrato sin perjuicio de que, en el caso concreto, por haberse realizado la compra de objetos que en el momento de la firma no se encontraban en el establecimiento, o cuando por cualquier otra circunstancia, la mercancía no ha tenido oportunidad de ser examinada (por ejemplo, por falta temporal de existencias), el *dies a quo* sea el de la recepción del producto por el consumidor. Por *recepción* debe entenderse la entrega material del producto al consumidor, es decir, la recepción en sentido estricto que se produce cuando este se encuentre realmente en la situación de comprobar directamente el producto comprado. No cabe pues equiparar con dicha recepción –a los efectos del inicio del cómputo del plazo en cuestión– la mera notificación del envío y/o próxima recepción del producto o de la puesta a disposición del mismo[74]; se requiere pues la recepción material de la cosa objeto del contrato por parte de su destinatario.

En los contratos de suministro con entregas sucesivas como es el caso de las suscripciones, parece lógico considerar relevante únicamente la recepción por el consumidor de la primera entrega[75].

Cuando el objeto del contrato sea la prestación de servicios, el inicio del plazo será el momento de la firma del contrato[76].

En definitiva, habrá que iniciar el cómputo del plazo legal para el ejercicio del derecho de desistimiento el día siguiente al de la firma del contrato o, en su caso, al de la recepción del producto por el consumidor adherente en virtud de la regla *dies a quo non computatur in termino* (Código Civil, artículo 12, tercer párrafo).

---

contratante a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista" en *Cuadernos de Derecho y Comercio* Nº 45. Madrid, 2006. p. 33.

74 *Cfr.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: "Comentario al artículo 44 de la Ley de Protección al Comercio Minorista" en *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*. Obra colectiva coordinada por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Jesús Leguina Villa. Tecnos. Madrid, 1997. p. 718; BOTANA GARCÍA, C.A.: *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*. J.Mª Editor, S.A. Barcelona, 1994. p. 252. En contra, García Vicente afirma que el *dies a quo* para el ejercicio del derecho de desistimiento es el de la recepción de la información suficiente para conocer la titularidad y efectos de tal derecho por parte del consumidor (GARCÍA VICENTE, José Ramón: *loc. cit*. p. 189).

75 *Cfr*. BELUCHE RINCÓN, Iris: *op. cit*. p. 69; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: loc. cit.

76 *Cfr*. GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit*. p. 1274.

Desde luego, habida cuenta de la configuración y función del derecho de desistimiento, nada impide que el consumidor ejerza su derecho de arrepentirse aún antes de haber recibido la cosa, es decir, antes del inicio del plazo legal que tiene para retractarse. Desde que la relación obligatoria se ha perfeccionado por la aceptación de la oferta, el consumidor puede perfectamente desistir, aunque no haya tenido lugar la firma del contrato o la entrega de la cosa y, por tanto, aun cuando el plazo legal para el ejercicio del derecho no se haya comenzado a contar todavía[77].

El plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento es un plazo civil y no procesal[78]. Por lo cual, se cuenta por días consecutivos incluyéndose dentro de su cómputo todos los días calendario, independientemente de que sean hábiles o no, o de que sean días feriados o de vacaciones.

Al ser el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento uno de carácter civil y no judicial, si el último día del plazo es inhábil, no puede utilizarse el día siguiente para ejercer el derecho. Asimismo, por ser un plazo civil los días se entienden de veinticuatro horas, las cuales terminan a las doce de la noche (Código Civil, artículo 12, cuarto párrafo) y no como ocurre en materia procesal donde los días se entienden desde las seis de la mañana hasta las seis de la tarde y donde los lapsos de días siempre concluyen no a las doce de la noche, sino al ponerse el sol (Código de Procedimiento Civil, artículo 193). El plazo finaliza, por tanto, en el momento inmediatamente anterior a las veinticuatro horas del último día del mismo. Se advierte que, hoy día con la posibilidad de desistir utilizando el correo electrónico, esta cuestión tiene evidente interés práctico.

El plazo de ejercicio del derecho de desistimiento es de caducidad[79]. La finalidad de evitar dudas e incertidumbres acerca de la situación jurídica creada al amparo del contrato de adhesión que tiene que consolidarse

---

[77] *Cfr*. PASQUAU LIAÑO, M.: *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica Complementaria* (autores varios) dirigida por J.L. Piñar Mañas y E. Beltrán Sánchez. Editorial Civitas. Madrid, 1997. p. 342.

[78] En efecto, el plazo que tiene el consumidor para desistir no es un término que se desarrolla dentro de un procedimiento judicial. No tiene su origen o punto de partida en una actuación de tipo procesal ni comienza a correr a partir de una notificación judicial, citación, emplazamiento o requerimiento; sino que es un plazo fijado por la ley para hacer valer un derecho que, por lo demás, normalmente se ejerce en forma extrajudicial. Además dicho plazo es un plazo fijado por una ley sustantiva para regir relaciones de Derecho Civil y no en una ley de adjetiva para regir relaciones que derivan del Derecho Procesal.

[79] *Cfr.* BELUCHE RINCÓN, Iris: *op. cit*. p. 66; GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit.* p. 1276; GARCÍA VICENTE, José Ramón: *op. cit*. pp. 190-192.

después de transcurrido un breve plazo y los términos en que está formulado el plazo para el ejercicio del derecho ("en el caso que ejercite oportunamente este derecho") determinan que se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción. Además, la brevedad del plazo que establece la ley para su ejercicio no permite suponer que la extinción de la facultad de retractarse transcurrido aquél obedezca a una presunción de abandono del derecho que se encuentra en la base de los términos de prescripción.

El hecho de que el plazo para el ejercicio del derecho de retractarse del contrato sea uno de caducidad produce las siguientes consecuencias: a) el consumidor debe hacer uso del derecho de desistimiento (judicial o extrajudicialmente) antes de que se cumpla el plazo, so pena de no poder ejercerlo después. Transcurrido ese plazo de siete días sin haber ejercido el derecho, decae automática y definitivamente; b) el plazo corre fatalmente, es decir, no está sujeto a interrupción ni suspensión; c) el plazo corre contra toda clase de personas, incluyendo a menores y entredichos; d) dicha caducidad debe ser opuesta como cuestión previa (Código de Procedimiento Civil, artículo 346, numeral 10), no como defensa de fondo; pero puede alegarse en cualquier estado y grado de la causa, por ser una cuestión en la cual está interesado el orden público; e) la caducidad puede ser suplida de oficio por la autoridad judicial sin que la invoquen las partes; f) no se toma en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del desistimiento, o sea la negligencia real o supuesta del titular del derecho; sino que, por el contrario, se atiende al solo hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado; g) por el solo vencimiento del término previsto en el artículo 73 de la Ledepabis, opera de pleno derecho la caducidad sin necesidad de declaración del juez[80].

Por último, a pesar del silencio legal al respecto, de acuerdo con el Derecho común, parece claro que lo *decisivo* a los efectos de determinar si el ejercicio del derecho fue o no oportuno *será el momento del conocimiento por el proveedor predisponente de la declaración de voluntad del consumidor* adherente, y no el de su emisión por el consumidor, o el de su envío al proveedor (arg. *ex* art. 1.137, "primer párrafo" del Código

[80] *Cfr.* AGUILAR GORRONDONA, José Luis: "Prescripción y Caducidad" en *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1.972*. Caracas, 1.972. p. 140; URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *El retracto convencional y el retracto legal* (*según el Código Civil venezolano*). Ediciones Liber. Caracas, 2006. pp. 139-140.

Civil)[81]. De ahí que para determinar la observancia del plazo para desistir, de acuerdo con las reglas generales, hay que tener en cuenta no solo la fecha de la manifestación o expedición de la declaración de desistimiento, sino la del conocimiento de la misma por parte del proveedor. Pero hay que presumir que existe ese conocimiento desde el instante en que la manifestación de voluntad llega a la dirección del proveedor (Código Civil, artículo 1.137, sexto párrafo).

Para el caso del derecho a retractarse del contrato de adhesión que tiene el consumidor se aplica, por tanto, el criterio del conocimiento de la manifestación de voluntad que consagra el artículo 1.137 (párrafo primero) con la presunción del conocimiento que establece el párrafo sexto de esta disposición, pues se trata del criterio general sobre el perfeccionamiento y eficacia de las declaraciones de voluntad. El consumidor, por su parte, ya se encuentra suficientemente protegido con el simple hecho de otorgársele esta facultad. Conviene tener en cuenta, en relación con este punto, que en atención al principio de la libertad de formas para el desistimiento (infra, Nº IX,7), la devolución del producto por parte del comprador constituye una manifestación de la voluntad de desistir.

Por consiguiente, para que la declaración de desistimiento sea eficaz no basta con que se emita dentro del plazo de siete días, sino que se requiere además que sea recibida o que se presuma recibida por el proveedor dentro de ese plazo[82].

A nuestro modo de ver, no hay obstáculo legal a la posibilidad de que en el contrato de adhesión se estipule, en beneficio del consumidor, un plazo superior al de siete días para el ejercicio del derecho de desistimiento. El plazo de siete días es, por tanto, un plazo mínimo, supletorio, que solo entra en juego a falta de fijación de un plazo mayor en el contrato (*supra*, Nº VIII,8).

---

[81] *Cfr*. GABRIELLI, G. e PADOVINI, F.: *loc. cit*.; GIAMPICCOLO, G.: *op. cit.* p. 179 y ss..

[82] En otros ordenamientos la solución legal es diferente. Así, en España, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71.4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios se toma en cuenta, a los efectos del perfeccionamiento del desistimiento, la fecha de la expedición de la manifestación de voluntad de retractarse, con lo cual se establece un criterio más acorde con los intereses del consumidor, habida cuenta del corto espacio de tiempo para el ejercicio de este derecho. Este es el sistema previsto igualmente en los artículos 1 y 2 de la Ley italiana Nº 50/92 del 15 de enero de 1992 en materia de contratos celebrados fuera de los locales comerciales. Pero en nuestra legislación, a falta de una disposición especial, hay que aplicar los criterios generales sobre el perfeccionamiento y eficacia de la declaración de voluntad que consagra el Código Civil, tal y como se indica en el texto. Además, el consumidor se encuentra ya suficientemente protegido con el simple hecho de otorgársele la facultad de desistir.

6) No implica gasto alguno para el consumidor

Habida cuenta de la configuración y función del derecho de desistimiento, su ejercicio no debe implicar gasto alguno para el consumidor. Este tiene pues el derecho a desistir del contrato sin incurrir en penalización ni gasto alguno, incluidos los correspondientes a la devolución del bien[83]. La devolución del bien no debe suponer ningún desembolso para el consumidor. Piénsese, por ejemplo, en la compra e instalación de un aparato de aire acondicionado en nuestra casa de habitación. El desistimiento determina la recíproca restitución de las prestaciones. Por consiguiente, el consumidor debe restituir el aparato al vendedor. Como la retractación tiene que ser gratuita para el consumidor, es el proveedor quien debe desplazarse a la residencia del consumidor, proceder a desinstalar el aparato y transportarlo hasta su establecimiento. Todos estos gastos corren por cuenta del proveedor.

Sólo por excepción, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ledepabis, en aquellos casos en que el bien entregado o servicio prestado tenga características idénticas a las que fueron pactadas en el contrato de adhesión, los gastos en que haya incurrido el proveedor en su entrega o instalación que consten en el presupuesto o factura corren por cuenta del consumidor y, por ende, podrán ser descontados del monto a serle restituido. La regla general es pues liberar al consumidor de cualquier gasto que se produzca como consecuencia del ejercicio de su derecho a retractarse del contrato de adhesión; y por tanto, también de los gastos directos de devolución y envío como, por ejemplo, los de transporte, embalaje, etc., de los bienes cuando estos constituyan el objeto del contrato. Esta limitación se justifica por la necesidad de evitar que el derecho de desistimiento se convierta en algo puramente formal.

De todas maneras, como hay que considerar, por regla general, como lugar de cumplimiento de la devolución el lugar donde se encuentra la cosa objeto del contrato (Código Civil, artículo 1.295), esto supone eliminar frecuentemente estos gastos de devolución para el consumidor puesto que ese lugar suele ser el de su domicilio. En todo caso, se afirma, parece lógico pensar que cuando el consumidor ha recibido algún bien y decide

[83] La solución legal difiere de la adoptada en otros ordenamientos como, por ejemplo, en Francia donde el artículo 1º de la Ley Nº 88-21 del 6 de enero de 1988 establece que el consumidor tiene el derecho de retractarse de los contratos de venta celebrados a distancia, sin que ello implique gasto alguno para él, salvo los gastos correspondiente a la devolución del bien.

desistir, debe ser el proveedor quien se encargue de recogerlo[84] en el mismo lugar de la entrega que, con gran frecuencia, será igualmente el propio domicilio del consumidor. De este modo, lo que se persigue es facilitar el desistimiento, evitando que los gastos que lleva aparejado sean un obstáculo que pueda disuadir al consumidor a ejercerlo.

Por último, como indicamos en su oportunidad, se excluye, además, toda posibilidad de que el proveedor predisponente pueda establecer penas convencionales o de arrepentimiento para el caso de que el consumidor decida utilizar la facultad de desistimiento que le reconoce la ley (*supra*, Nº VII,7). Esta prohibición es coherente con la absoluta libertad de decisión que se pretende atribuir al consumidor, lo que no excluye que el proveedor pueda exigirle otros reembolsos o indemnizaciones que puedan ser procedentes como, por ejemplo, por desperfectos imputables al consumidor o por encontrarse éste en mora de su obligación de restituir el bien, etc. (*infra*, Nº X,2b).

7) Forma del desistimiento

De acuerdo con el principio de la libertad de formas que rige en nuestro derecho, la declaración o manifestación del consumidor de dar por terminado el contrato no está sujeta a formalidad alguna y puede ser realizada a través de cualquier medio[85]. A los efectos del ejercicio del derecho de desistimiento puede utilizarse el mismo medio de comunicación usado para la contratación o cualquier otro.

Si bien lo normal es usar una forma expresa de desistimiento como, por ejemplo, un medio escrito, cabe igualmente el uso de formas de manifestación de voluntad tácitas, deducidas de hechos concluyentes (*facta*

---

[84] KLEIN, M.: *op. cit*. p. 315.

[85] En otros ordenamientos la solución legal es diferente por lo que respecta a la manifestación de la voluntad de desistir en algunas relaciones de consumo. Así, en Italia, si bien rige como regla general el principio de la libertad de formas, de acuerdo con la Ley Nº 50 del 15-1-1992 en los contratos de los consumidores celebrados fuera de los establecimientos mercantiles el derecho de desistimiento (*recesso*) debe ejercitarse dentro del plazo legal por medio de carta certificada con aviso de recibo por parte del proveedor. El mismo sistema sigue la Ley francesa Nº 11164 del 22 de diciembre de 1972 sobre ventas a domicilio cuyas disposiciones fueron incluidas en el artículo L.121-21 del Código del Consumo. En España de acuerdo con el principio de la libertad de formas se admite que el consumidor pueda desistir del contrato, expresa o tácitamente, salvo que se trate de un contrato de venta a plazos de bienes muebles en cuyo caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, el ejercicio del derecho de desistimiento debe hacerse "mediante carta certificada u otro medio fehaciente al vendedor y en su caso al financiador".

concludentia), como, por ejemplo, la devolución de los productos recibidos, la solicitud de la devolución de lo pagado o de la anulación del cargo en la tarjeta de crédito, etc.[86].

En todo caso, la manifestación de desistimiento, cualquiera que sea la forma que revista, debe permitir apreciar con claridad la intención firme del consumidor de dar por terminado el contrato. Además, deberá ser dirigida al proveedor dejando claramente constancia de los datos del contrato, así como de los datos de identificación de los contratantes.

Basta con la manifestación de voluntad de retractarse del contrato de adhesión por parte del consumidor notificada al proveedor dentro del plazo establecido para dar por terminado el contrato, sin que se requiera que la misma vaya acompañada de la restitución de la cosa que conforma el objeto del contrato[87]. Mucho menos exige la ley que el consumidor efectúe en tiempo hábil oferta real y depósito de las prestaciones recibidas para que se de por ejercido el derecho de retractación, en caso de que el comprador rehúse recibir dichas prestaciones.

Como la ley no prescribe formalidad alguna para el ejercicio del derecho de desistimiento, al consumidor le basta con declarar su voluntad al proveedor para dar por terminado el contrato. La declaración de voluntad en tal sentido, como se dijo, es informal, es decir, puede manifestarse por cualquier medio[88]. Por consiguiente, el derecho de retractación puede ejercerse por documento público o privado, y aún verbalmente siempre que esta declaración verbal pueda probarse fehacientemente. La manifestación de voluntad de retractarse comunicada al proveedor es pues suficiente para el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor y para que el mismo surta sus efectos respecto del proveedor, aunque no se haga simultáneamente la devolución de las prestaciones recibidas.

En efecto, al ser el derecho de retractación una condición resolutoria potestativa del contrato de adhesión celebrado, opera de pleno derecho por la sola declaración de voluntad del consumidor comunicada al proveedor. Esto basta para que se de por cumplida la condición resolutoria

---

86 *Cfr*. GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit*. p. 1283; MIRANDA SERRANO, Luis Mª: *op. cit*. p. 93.

87 *Cfr*. RAVERA, Enrico: *op. cit*. p. 457 y la jurisprudencia de los tribunales italianos allí citada.

88 *Cfr*. GABRIELLI, G. e PADOVINI, F.: *op. cit*. § 7; RAVERA, Enrico: *op. cit*. pp. 45-51.

y, por tanto, para que se produzca la resolución del contrato. El contrato se resuelve, aunque no se haga simultáneamente entrega efectiva de las prestaciones recibidas[89].

Ahora bien, cumplida la condición, se inicia una nueva etapa en las relaciones entre las partes. En virtud de la resolución del contrato, estas deben restituirse recíprocamente las prestaciones (*supra*, Nº X,2). Así lo prescribe el artículo 73 de la Ledepabis: "en caso de que ejercite [el consumidor] oportunamente este derecho le será restituido el precio cancelado dentro de los siete días siguientes". Pero, esto no impide que la resolución del contrato opere desde el momento en que se cumpla la condición, es decir, desde que el consumidor notifique al proveedor su voluntad de dar por terminado el contrato.

En fin, nada impide que se ejercite de cualquier manera, incluso verbalmente, el derecho de desistimiento.

Ahora bien, a los fines de la prueba pertinente, cuya carga naturalmente recae sobre el consumidor, rige la limitación del artículo 1.387 del Código Civil, o sea si el valor del objeto del contrato excede de dos mil bolívares, debe probarse por escrito. De ahí que convenga realizar el desistimiento a través de algún medio que permita dejar constancia del ejercicio del derecho y de su fecha, así como de la identificación de los contratantes y del contrato al cual el desistimiento se refiera.

Con esta salvedad, cualquier medio de prueba admisible en derecho, en caso de controversia, puede servir para probar la notificación del desistimiento. No hay que olvidar que muchas veces las compras que realizan los consumidores son de escaso valor; por lo cual, no parece razonable utilizar, ni en su caso exigir, medios onerosos de preconstitución de pruebas que pudieran incluso superar el valor del objeto del contrato, so pena de desvirtuar la libertad de formas que rige en esta materia y hacer nugatorio o inviable el ejercicio del derecho de desistimiento.

Desde luego, la ley piensa en un desistimiento extrajudicial del contrato. Pero si por un motivo u otro el proveedor se opone al desestimiento

[89] Una situación similar se presenta con el ejercicio del derecho de retracto convencional en donde al vendedor le basta con declarar su voluntad de rescatar la cosa al comprador para dar por resuelta la venta. La declaración de voluntad en tal sentido es informal y puede manifestarse por cualquier medio, aun verbalmente. Así lo admite la doctrina nacional y lo ha dejado establecido la jurisprudencia de nuestros tribunales. Al respecto véase lo que exponga en mi libro *El retracto convencional… cit.* pp. 48-51.

ejercitado por el consumidor, serán los tribunales los que deberán controlar la procedencia del desistimiento y verificar el cumplimiento de los extremos legales como la existencia de una manifestación de voluntad de dar por terminado el contrato debidamente notificada al proveedor, la expresión de una justa causa, la circunstancia de haberse ejercido el desistimiento en tiempo hábil, etc. Desde luego, la carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos legales corresponde al consumidor. En todo caso, la extinción del contrato se producirá cuando se ejercite la facultad de retractación, sin que la decisión judicial tenga carácter constitutivo, sino meramente declarativo.

8) Obligación de informar sobre el derecho de desistimiento

El proveedor debe informar al consumidor por escrito en el documento en que quede plasmado el contrato de adhesión, de manera clara, comprensiva y precisa acerca del derecho que le asiste de retractarse del contrato y de los requisitos y consecuencias de su ejercicio, así como de las modalidades de restitución del bien o servicio. Esta exigencia deriva de lo dispuesto en el artículo 71 de la Ledepabis que impone al proveedor la obligación de mantener a disposición del consumidor el documento en que se formalice el contrato de adhesión el cual debe estar redactado "de manera clara y específica… sin ambigüedades que hagan dudar sobre el contenido y alcance del contrato". Es evidente que se infringe lo dispuesto en la prescripción legal cuando no se informa claramente al consumidor en el documento contractual sobre el derecho de retractación que le asiste.

El fundamento de la obligación de informar del proveedor no es otro que posibilitar que el consumidor tenga conocimiento de la facultad de desistimiento, de sus condiciones y de los efectos de su ejercicio. El proveedor debe informar porque el consumidor, para la correcta formación de su voluntad, debe conocer que legalmente le protege una facultad que le permite arrepentirse.

Cabe hacer notar, sin embargo, que si bien el proveedor está obligado a informar y documentar por escrito esta facultad del consumidor, la legislación especial no le impone la obligación de entregar un específico documento de desistimiento[90].

[90] En otros ordenamientos se consagran reglas especiales que imponen al proveedor la obligación de hacer entrega al consumidor de un documento o carta de desistimiento, identificado claramente como tal, que exprese el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse, y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere. Así, de acuerdo

X. Efectos del desistimiento

El efecto propio del desistimiento consiste, como ya sabemos, en la extinción del contrato de adhesión celebrado con el proveedor. Pero adicionalmente si el consumidor ejercita el derecho de desistimiento, las partes quedan obligadas a devolverse mutuamente las prestaciones cumplidas en ejecución del contrato que ha quedado extinguido. Además, el desistimiento incide sobre los contratos suscritos por el consumidor para financiar la respectiva adquisición.

Pasamos a referirnos a cada uno de estos efectos.

1) La extinción del contrato

Como principio de carácter general, si el consumidor ejercita el derecho de desistimiento, el contrato queda resuelto. El efecto esencial que deriva del desistimiento es la extinción de la relación obligatoria. El desistimiento produce una situación de ineficacia contractual. El consumidor queda desligado del contrato de adhesión celebrado con el proveedor, quedando este igualmente liberado de sus obligaciones contractuales. No cabe hablar aquí de un contrato inválido, sino de un contrato que ha devenido ineficaz por la voluntad de uno de los contratantes al cumplirse la condición resolutoria potestativa a la cual dicho contrato se encontraba sometido por disposición de la ley.

El desistimiento opera pues sobre un contrato perfecto que ya ha producido sus efectos, extinguiéndolo[91].

En principio, se trata de una *extinción total*[92]. No cabe desistir parcialmente del contrato, salvo que el proveedor consienta en ello.

---

con lo dispuesto en la Ley francesa Nº 11164 del 22 de diciembre de 1972 sobre ventas a domicilio cuyas disposiciones fueron incluidas en el artículo L.121-25 del Código del Consumo, el proveedor debe entregar un formulario especial al consumidor a fin de facilitarle el ejercicio de su derecho a retractarse del contrato. Asimismo, según el artículo 69.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española, el empresario debe entregarle al consumidor un "documento o carta de desistimiento" en el que consten los siguientes datos: nombre y dirección de la persona a que debe remitirse y referencia de identificación del contrato y de los contratantes. Por tanto, el empresario tiene inicialmente dos obligaciones: en primer lugar, informar y documentar por escrito la facultad legal de desistimiento. Pero adicionalmente se le impone la obligación de facilitar el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor mediante la entrega de un documento específico. Corresponde al empresario la carga de demostrar el cumplimiento de estas dos obligaciones.

[91] El artículo 73 de la Ledepabis señala que "en el caso de que [el consumidor] ejercite oportunamente este derecho le será restituido el precio cancelado…".

[92] *Cfr*. GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit.* p. 1286.

Además, la ineficacia del contrato conlleva la obligación de las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones que hubiesen recibido en ejecución del contrato que ha quedado resuelto.

2) La restitución recíproca de las prestaciones

a) Principio general

El ejercicio de derecho de desistimiento de un contrato de adhesión válido y eficaz hace surgir nuevas obligaciones a cargo de sus partes: las de volver a la situación que tenían antes de celebrar ese contrato; por lo cual, deben restituirse mutuamente lo que han recibido por concepto de su ejecución. El desistimiento oportunamente ejercido determina pues el reestablecimiento del *statu quo* anterior al perfeccionamiento del contrato.

Desde luego la vuelta a la situación inicial no puede perjudicar los posibles derechos de los terceros como, por ejemplo, los terceros sub-adquirentes o los acreedores del consumidor[93].

b) La restitución de la cosa por el consumidor

b-1) Fundamento

El artículo 73 de la Ledepabis, dando por supuesta la extinción del contrato como consecuencia del desistimiento, regula parcial y fragmentariamente las consecuencias que derivan de esa extinción, disponiendo que "en el caso de que [el consumidor] ejercite oportunamente este derecho le será restituido el precio cancelado dentro de los siete días siguientes…". Desde luego, la devolución por parte del proveedor de las sumas abonadas por el comprador presupone la correlativa devolución de las prestaciones recibidas por el consumidor. Lo contrario se traduciría en un enriquecimiento sin causa por parte del consumidor.

En consecuencia, una vez ejercitado el derecho a desistir, nace para el consumidor la obligación de restituir el bien y para el proveedor la de

[93] *Cfr*. GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: "Derecho de desistimiento" en *Régimen jurídico general del comercio minorista*. Obra colectiva coordinada por Francisco José Alonso Espinoza, José Antonio López Pellicer, José Massagner Fuentes y Antonio Reverte Navarro. Madrid, 1999. pp. 156-157. La doctrina italiana se refiere a esta particular eficacia del desistimiento (*recesso*) como un supuesto de eficacia retroactiva obligatoria *inter-partes* para distinguirla de la eficacia real absoluta que se produce tanto entre las partes como respecto de los terceros y que es propia de otros medios de extinción de los contratos como la nulidad o la resolución. Al respecto, véase: GABRIELLI, G.: *op. cit*. p. 40; RAVERA, Enrico: *op. cit*. pp. 136-138, TATARANO, G.: Voz "Rettroattività" (Diritto Privato) en *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XL. Arese Giuffrè. Milano, 1989. § 1. Consultada en versión electrónica (DVD).

devolver las cantidades abonadas en concepto de precio[94], y en tanto el primero no devuelva la prestación no podrá verse el segundo compelido a devolver las cantidades abonadas. En efecto, mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la terminación del contrato esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba. Tales son los principios generales que gobiernan la restitución recíproca de las prestaciones con ocasión de la terminación del contrato.

b-2) Forma de la restitución

La regla general es que el consumidor debe restituir lo que efectivamente recibió. Si esto no es posible porque, por ejemplo, las cosas recibidas fueron consumidas o transformadas, para poder desistir del contrato el consumidor tendrá que devolver otro tanto de la misma especie y calidad (*tantundem*) si se trata de cosas fungibles; o restituir el equivalente de las cosas recibidas, es decir, su valor para el momento en que le fueron entregadas[95]. Por lo cual, en esta eventualidad, debido al breve plazo que tiene el consumidor para desistir, el desistimiento muy probablemente no conducirá a ningún resultado práctico.

Si el contrato era de prestación de servicios, para que el usuario pueda retractarse y obtener la devolución de lo pagado, tendrá que restituir aquello en lo que se ha traducido el servicio, o en su defecto pagar el precio del servicio recibido[96], puesto que los servicios no pueden ser objeto de devolución o restitución *in natura*[97].

---

[94] Como afirma Gabrielli "las prestaciones ya cumplidas o la actividad preparatoria desplegada viene a quedar desprovista de título" (GABRIELLI, G.: *Ibidem*. p. 48).

[95] Como afirma García Vicente: "La naturaleza consumible del objeto de la prestación no puede alterar las reglas generales y sus límites: se persigue el restablecimiento de la situación anterior a la celebración del contrato…, pero sin favorecer al consumidor con un enriquecimiento." (GARCÍA VICENTE, José Ramón: *op. cit*. p. 224).

[96] En contra, en la doctrina italiana, Ravera afirma que en caso de prestación de servicios, no puede ejercitarse el desistimiento por lo que respecta a las prestaciones ya disfrutadas (RAVERA, Enrico: *op. cit*. p. 458).

[97] En otras legislaciones, la solución es diferente. Así en España el artículo 74.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece que el usuario no tendrá que reembolsar cantidad alguna por el uso del servicio. En defecto de una disposición de este corte en nuestra legislación, no resulta procedente, de acuerdo con los principios generales que gobiernan la obligación de restituir la prestación recibida, considerar que el usuario que pretenda desistir del contrato no esté obligado a restituir al proveedor por equivalente, el valor del servicio prestado.

b-3) Deterioro de la cosa

El consumidor debe restituir la cosa en el mismo estado en que se encontraba en el momento en que la recibió, salvo el deterioro normal de la cosa. Si la cosa se ha deteriorado, los deterioros son por cuenta del proveedor. El consumidor no tendrá que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor del bien que sea consecuencia de su uso conforme a su naturaleza. Sólo si la cosa se ha deteriorado por hecho del consumidor, este conserva el derecho a retractarse del contrato, pero deberá abonarle al proveedor la pérdida de valor causada por el deterioro.

Tampoco tendrá el consumidor obligación de indemnizar al proveedor por el desgaste o deterioro de la cosa debido a su prueba –piénsese en el caso de ventas a distancia o por correo electrónico– para tomar una decisión definitiva sobre su adquisición. Desde luego, la buena fe exige que tales pruebas se limiten a lo estrictamente necesario según las circunstancias. Así, se afirma, que para ver si la mesa produce el resultado apetecido en el salón no hace falta utilizarla para cenar; se puede probar el abrigo, pero no vestirlo para comprobar en la calle sus cualidades; el horno se puede encender, programar, etc., pero sin asado adentro, y dichas pruebas no deben impedir que el proveedor, en caso de ejercitarse la facultad de desistimiento, pueda volver a ofrecer el *mismo* objeto[98].

Estas son las reglas generales aplicables a las obligaciones de restitución derivadas del cumplimiento de la condición resolutoria (Código Civil, artículos 1.203 y 1.204). Por tanto, el consumidor debe indemnizar al proveedor los daños y perjuicios ocasionados a la cosa por su culpa, es decir, por no haberla cuidado y conservado con la diligencia propia de un buen padre de familia, que sabe que está obligado a restituirla si se retracta del contrato; si los daños y perjuicios se han producido en la cosa sin culpa del consumidor, los soportará el proveedor quien deberá restituir el precio íntegro[99].

b-4) Frutos

El consumidor, a su vez, está obligado a restituir la cosa con los frutos y productos que hubiere percibido desde la fecha en que el proveedor se

---

98 *Cfr*. GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: *op. cit*. p. 158.

99 El mismo régimen se aplica en caso de deterioro o de daños que sufra la cosa vendida *sub-retro*. Al respecto, véase lo que expongo en mi libro *El retracto convencional… cit*. pp. 69-70.

la entregó[100]. Desde luego, el consumidor tiene el derecho de detraer de los frutos que debe restituirle al proveedor los gastos en que hubiere incurrido para la percepción de dichos frutos (arg. ex art. 553 del Código Civil).

Se plantea la interrogante de si se pueden compensar los frutos de la cosa con los intereses del precio.

La doctrina extranjera se encuentra dividida al respecto[101].

Según algunos autores, por razones de orden práctico debe admitirse la compensación. Se evita así el difícil problema de determinar el monto de los frutos percibidos durante el período en el cual el consumidor tuvo la cosa en su poder[102].

Otros autores, en cambio, sostienen que no cabe admitir la posibilidad de compensar frutos e intereses puesto que ningún texto legal autoriza esta compensación[103]. Por lo cual, el proveedor debe restituir los intereses del precio recibido y el consumidor los frutos pendientes y el valor de los percibidos mientras la cosa estuvo en su poder, sin que pueda invocarse la compensación.

A nuestro modo de ver, ni el consumidor debe restituir los frutos producidos ni el proveedor los intereses del precio. Razones de equidad imponen la solución de que ninguna de las dos partes deba restituir nada a la otra por estos conceptos, puesto que de no ser así "la cuantía de las

---

100 *Cfr*. GORLA, Gino: *La compravendita e la permuta*. Torino, 1937. p. 162; RUBINO, Doménico: *La Compravendita*. Giuffrè Editore. Milano, 1971. p. 816.

101 Las citas de la doctrina extranjera que siguen se refieren a la posibilidad de compensar los frutos de la cosa con los intereses del precio con ocasión de las obligaciones de restitución derivadas de la declaratoria con lugar de la acción de nulidad o de la acción redhibitoria de la venta. Pero la misma cuestión se plantea con motivo de la restitución recíproca de las prestaciones en caso de terminación del contrato por el desistimiento del consumidor.

102 Al respecto, véase: POTHIER, R.J.: Traités du Contrat de Vente et des Retraits. Tome III dans les Oeuvres de Pothier publiée par M. Siffrein. Paris, 1821. p. 137; TROPLONG, M.: *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, depuis et compris le titre de la vente. De la vente, ou commentaire du titre VI du livre III du Code Napoleon*". Tome II. Charles Hingray, libraire éditeur. Troisième édition. Paris, 1856. p. 37; AUBRY C. y RAU, C.: *Cours de Droit Civil Français*. Tome V. Cinquième édition. París, 1.907. p. 113, especialmente, nota 16.

103 Al respecto, véase: LAURENT, F.: *Principios de Derecho Civil*. Traducción castellana. Tomo XXIV. Asociación Editorial Cubano-Mejicana. Méjico y Habana, 1917. p. 324; FUBINI, Ricardo: *La teoria dei vizi redibitori nel diritto civile e commerciale italiano*. Torino, 1906. p. 341; TARTUFARI, Luis: "De la Venta y Del Reporto". Vol. II. en Bolaffio, Rocco y Vivante. *Derecho Comercial*. Tomo 4º. Traducción castellana de Delia Viterbo de Frieder y Santiago Sentís Melendo. Ediar Editores. Buenos Aires, 1948. p. 138; GORLA, Gino: *La compravendita… cit. p.* 163.

restituciones dependería o bien del azar, o si no de la mayor o menos habilidad de uno de los contratantes para colocar sus capitales o para ser fructificar sus bienes, habilidad que aprovecharía a la otra parte"[104]. Además, si el proveedor hubiere actuado de mala fe la restitución de los frutos podría significar premiar su conducta dolosa.

Son pues consideraciones de equidad las que imponen esta solución. Pero no es correcto afirmar, como lo hacen algunos, que esos intereses y esos frutos no se restituyen recíprocamente porque se compensan; ya que la compensación solo opera entre cantidades líquidas y exigibles (Código Civil, artículo 1.333) y solo hasta su concurrencia (Código Civil, artículo 1.332). Son en fin razones fundadas en la equidad las que imponen que así como los frutos de la cosa vendida corresponden al consumidor quien los disfruta y no está obligado a restituirlos, los intereses del precio de la venta corresponden al proveedor quien tampoco debe reintegrarlos[105].

b-5) Gastos de conservación y gastos útiles

Finalmente, *¿tendrá derecho la parte que desiste del contrato y restituye un bien, a exigir de la otra el pago de los gastos que le ha causado esa cosa y las mejoras que le ha hecho?*. Parece ser el criterio general de nuestro Código, cuando se refiere a restitución de bienes, que los *gastos necesarios y útiles*, deben ser reembolsados a quien los hizo, no así los suntuarios (artículo 792 en materia de posesión; artículo 1.183 en materia de pago de lo indebido; artículo 1.511 en materia de evicción; artículo 1.544 en materia de retracto). Por consiguiente, deben reembolsarse esos gastos, excepto los suntuarios.

De ahí que el proveedor debe restituir los gastos efectuados por concepto de reparaciones necesarias y por las mejoras que hayan aumentado el valor de la cosa hasta cubrir el importe del aumento (Código Civil, artículo 1.544).

Las reparaciones necesarias, esto es, aquellas que se hacen para conservar la cosa y evitar su perecimiento se reembolsan íntegramente, por

---

104 DE PAGE, Henri: *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. Tome II. Les Principaux Contrats Usuels. Première partie. Bruylant. Bruxelles, 1938. p. 749.

105 En el mismo sentido se pronuncia, en la doctrina nacional, el profesor Francisco López Herrera al referirse a la compensación de los frutos con los intereses con ocasión de los efectos restitutorios que entre las partes produce la nulidad de los contratos. (LÓPEZ HERRERA. Francisco: *La nulidad de los contratos en la legislación civil venezolana*. Empresa "El Cojo" S.A. Caracas, 1952. p. 204).

razones de equidad y para evitar un enriquecimiento del proveedor a expensas del consumidor.

En cambio, el consumidor no puede reclamar por los gastos útiles, esto es, por los gastos que se realizan para aumentar el valor de la cosa haciéndola más productiva, sino la suma menor entre el monto de las impensas y el mayor valor dado a la cosa (Código Civil, artículo 792)[106]. Desde luego, debido al corto período de tiempo que tiene el consumidor para desistir, en la generalidad de los casos este problema no se presentará en la práctica.

La restitución de los gastos por concepto de mejoras no comprende los *gastos suntuarios o voluptuarios* que son los que tienen por objeto adornar o embellecer la cosa, y aunque puedan aumentar su valor, no incrementan sus cualidades productivas. Nada puede reclamar el consumidor que desiste del contrato por este concepto, pero puede llevarse los objetos en que se hayan efectuado dichos gastos, siempre y cuando la cosa no sufra deterioro. Si el consumidor encuentra que esto le resulta demasiado oneroso, sencillamente con no ejercer el derecho de desistir tiene.

b-6) Imposibilidad de devolver la cosa por parte del consumidor

Como indicamos en su oportunidad, el desistimiento que puede ejercitar el consumidor ex artículo 73 de la Ledepabis es una condición resolutoria potestativa a la que se encuentra sometido el contrato de adhesión celebrado (*supra*, Nº VII). Por consiguiente, aplicando las soluciones que aporta la teoría de los riesgos en las obligaciones de dar sometidas a condición resolutoria, si la cosa perece o se pierde durante el plazo que tiene el consumidor para desistir, el riesgo del perecimiento o de la pérdida fortuita lo soporta el comprador bajo condición resolutoria quien no puede pedir la devolución del precio

[106] La solución legal es diferente cuando el vendedor rescata la cosa vendida *sub-retro* en cuyo caso el vendedor está obligado a reembolsarle al comprador las *mejoras*, esto es, los gastos que se realizan para aumentar el valor de la cosa haciéndola más productiva, por el importe del mayor valor que haya adquirido la cosa (Código Civil, artículo 1544). A los efectos del reembolso de las mejoras cuando se ejercita el retracto convencional, poco importa que el monto del gasto sea superior o inferior al incremento de valor. El vendedor está siempre obligado a restituir el aumento de valor, independientemente de que el mismo exceda o no a las cantidades desembolsadas por el comprador para realizar dichas mejoras. Si el vendedor encuentra que el monto de la restitución es demasiado oneroso, sencillamente con no ejercer el rescate tiene. Al respecto, véase: URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *El retracto convencional… cit*. p. 66.

(arg. ex. art. 1.203 del Código Civil)[107]. La pérdida fortuita la sufre pues el consumidor quien no tiene derecho a la restitución de las cantidades pagadas[108].

Pero si la cosa se deteriora fortuitamente antes del ejercicio del derecho de desistimiento, es el proveedor quien corre con el riesgo del deterioro y tiene que restituir el precio íntegro (supra, Nº X,2,b-3). Por tanto, frente a un consumidor diligente, será el proveedor quien soportará el riesgo del deterioro de la cosa durante el plazo del que dispone el consumidor para desistir.

Ahora bien, de acuerdo con los principios generales aplicables a la obligación de restituir cosas, si después de ejercido el desistimiento desaparece por caso fortuito o fuerza mayor el bien que debe restituir una de las partes, su obligación se extingue (Código Civil, artículo 1.344).

A su vez, en atención a la interdependencia o reciprocidad de las prestaciones de las partes, si una de ellas no puede cumplir su obligación por causa extraña no imputable, no puede obligar a su contraparte a ejercitar su propia prestación[109]. De ahí que, por aplicación del Derecho común,

---

[107] Al respecto, véase: MAZEAUD, H.L. y J. y CHABAS, François: *Leçons de Droit Civil*. (Tome II. Premier Volume). (Obligations. Théorie Générale). Montchrestien. París, 1998. p. 1021, especialmente, la nota 2 y la jurisprudencia francesa allí citada. Cabe hacer notar que si bien el artículo 1203 del Código Civil se refiere a los efectos que produce el cumplimiento de la *condición suspensiva* respecto de los riesgos, se admite que los efectos de la condición resolutoria cumplida son inversos a los que produce la condición suspensiva cumplida. En la doctrina nacional, véase: MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *Curso de Obligaciones*. *Derecho Civil III*. Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2009. p. 323; MÉLICH-ORSINI, José: Doctrina General… *cit*. p. 806; ZAMBRANO VELASCO, José Alberto: *Teoría General de la Obligación* (Parte General de las Obligaciones). Caracas, 1985. p. 497.

[108] No existe en la LEDEPABIS una disposición similar al artículo 75 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española según la cual cuando el consumidor no pueda devolver la prestación recibida por una causa extraña no imputable, tendrá no obstante el derecho a obtener del empresario la devolución del precio. De acuerdo con esta disposición es el empresario quien soporta los riesgos del contrato puesto que se le permite siempre al consumidor desistir obteniendo la restitución del precio pagado, sin tener que devolver la prestación perdida fortuitamente. En nuestra legislación, en ausencia de una disposición similar, en caso de imposibilidad de restituir la prestación tienen que aplicarse los principios generales que resultan de la aplicación de la teoría de los riesgos en las obligaciones de dar sometidas a condición resolutoria, tal y como se indica en el texto.

[109] *Cfr*. GHESTIN, Jacques avec le concour de BILLAU, Marc: "Les obligations - Les effets du contrat" en *Traité de Droit Civil*. Tome III. L.G.D.J. París, 1992. pp. 508-509; MAZEAUD, H.L. y J. y CHABAS, François: *op. cit*. (Tome II. Premier Volume.). pp. 1162-1163; DE PAGE, Henri: *op. cit*. Tome II. Nº 843. p. 766; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit*. Tomo II. p. 954; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General… cit*. pp. 787-790.

el hecho de que el consumidor no pueda devolver la prestación recibida le impide reclamar la devolución del precio pagado. Y si lo hiciere, el proveedor podrá negarse a restituirlo porque al haberse extinguido la obligación del consumidor por causa extraña no imputable, la obligación recíproca del proveedor se extingue por la interdependencia que guarda con aquella. Sería injusto que el contratante que no recibe la contraprestación, quede obligado a cumplir con la suya.

Desde luego, una vez ejercitado el desistimiento y antes de la devolución, el consumidor tiene el deber de conservar la cosa como un buen padres de familia y, por ende, responde de la pérdida que le sea imputable con arreglo a las reglas generales.

Por último, si la obligación del consumidor consiste en la restitución de una cosa cierta y determinada, él se libera entregándola en el estado en que se encuentre al momento de la entrega, siempre que los deterioros sobrevenidos no se deban a su dolo o culpa, o al dolo o culpa de las personas de que el sea responsable, y siempre que el consumidor no esté constituido en mora antes de ocurrir los deterioros (Código Civil, artículo 1.293); pero cuando se trata de cosas *in genere* el consumidor cumple con su obligación de restituir, devolviendo una cosa de calidad media, sin que esté obligado a devolver una de la mejor calidad, ni pueda tampoco devolver una de la peor (Código Civil, artículo 1.294).

Tales son los principios generales que gobiernan la materia.

c) Restitución del precio por el proveedor

En caso de que el consumidor ejercite oportunamente el derecho de retractarse del contrato de adhesión celebrado, dice el artículo 73 de la Ledepabis, le será restituido el precio cancelado dentro de los siete días siguientes a partir de la fecha de la manifestación de su voluntad.

De donde resulta que cuando el consumidor haya ejercido el derecho de desistimiento, el proveedor está obligado a devolverle las cantidades pagadas en concepto de precio. La devolución de estas sumas, por supuesto, debe hacerse lo más pronto posible y, en cualquier caso, dentro de los siete días siguientes a la fecha en que el consumidor notificó al proveedor su decisión de retractarse del contrato. Ya hemos dicho que el desistimiento es un negocio jurídico unilateral recepticio; por lo cual, solo existe y produce sus efectos cuando llega al conocimiento del destinatario o proveedor.

La doctrina extranjera considera que el *dies a quo* de este plazo de siete días es el día en que el consumidor restituyó efectivamente el bien, y no la fecha en que haya ejercitado su derecho de desistimiento, porque de otra manera el consumidor podría reclamar la devolución de la sumas abonadas sin haber restituido el producto, lo que no se ajustaría al principio general de la reciprocidad y simultaneidad que rige la restitución de ambas prestaciones[110]. Nos parece razonable este criterio.

En todo caso, el plazo de que dispone el proveedor para restituir el precio recibido, como se dijo, deberá ser lo más corto posible sin que su reembolso pueda dilatarse más de siete días. Si transcurre dicho plazo y el consumidor no ha recibido la suma adeudada, este podrá exigir el pago de los intereses moratorios correspondientes, los cuales consistirán en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal, salvo disposiciones especiales (arg. ex art. 1.277 del Código Civil)[111]. De *lege ferenda*, convendría en una reforma de la Ledepabis contemplar que transcurrido este plazo de siete días sin que el proveedor hubiere efectuado la restitución a que tiene derecho el consumidor, este tendrá derecho a reclamarla duplicada (*daños punitivos*).

En relación con la restitución del precio, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la ley se refiere al derecho que tiene el consumidor de que se le restituya el precio cancelado. No habla del valor del bien sino del *precio cancelado*. Por consiguiente, se trata de una obligación pecuniaria y no de una deuda de valor a cargo del proveedor predisponente. No hay que atender pues para reembolsar el precio al valor que la cosa comprada tenga en el momento del desistimiento[112]. Por lo cual, no podría el consumidor, quien por lo demás puede elegir entre desistir del contrato o no, pretender la restitución de un precio mayor alegando que la cosa ha aumentado de valor. Tampoco puede el proveedor pretender restituir un precio inferior con base en una disminución del valor de la cosa.

---

110 BELUCHE RINCÓN, Iris: *op. cit*. p. 91; CLEMENTE MEORO, Mario E.: *op. cit.* p. 176.

111 En otros ordenamientos la solución legal es diferente. Así, de acuerdo con el artículo 76 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española "transcurrido dicho plazo sin que el consumidor o usuario haya recuperado la suma adeudada, tendrá derecho a reclamarla duplicada, sin perjuicio de que además se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan causado en lo que excedan de dicha cantidad".

112 La solución legal difiere de la contemplada en la ley para otros supuestos en los que procede la obligación de restituir el precio, donde el consumidor tiene el derecho a que se le restituya "el monto equivalente al precio actual del bien u objeto del servicio" (Ledepabis, artículo 85).

Pero adicionalmente, como el artículo 73 de la Ledepabis alude al derecho del consumidor a recibir la devolución del *precio cancelado* y no a la devolución de las sumas o cantidades pagadas o abonadas, el proveedor solo está obligado a restituir las cantidades recibidas en concepto de precio y no otras como, por ejemplo, los gastos de la venta que hayan sido sufragados por el consumidor. Que el precepto no se refiera a la devolución de las "sumas abonadas" por el consumidor sino a la devolución del precio supone que el proveedor no está obligado a devolver aquellas cantidades que haya recibido en concepto distinto al de precio, como pueden ser los gastos de entrega y transporte.

Ahora bien, como el ejercicio del derecho de desistimiento es gratuito y no puede acarrear ninguna penalidad para el consumidor (*supra*, N^{os} VIII,7 y IX,6), el proveedor esta obligado a reintegrarle el importe total del precio satisfecho, sin que tal cantidad pueda verse reducida por el descuento de ningún gasto, salvo los gastos de entrega o instalación en que haya incurrido el proveedor en aquellos casos en los cuales el bien entregado tenga características idénticas a las establecidas en el respectivo contrato de adhesión (Ledepabis, artículo 73, segundo párrafo). Como norma general, el proveedor no puede pues hacer retenciones por gastos ni por ningún otro concepto.

Por consiguiente, el vendedor debe restituir el precio íntegro sin poder compensar las cantidades que le sean debidas las cuales, por lo demás, difícilmente podrán considerarse líquidas a estos efectos (Código Civil, artículo 1.333), pudiendo exigirlas solo a *posteriori*. El artículo 73 de la Ledepabis es absolutamente claro al respecto. Únicamente pueden descontarse del monto a ser restituido, cuando el bien entregado o servicio prestado tenga características idénticas a las que fueron pautadas en el contrato de adhesión, los gastos en que haya incurrido el proveedor en la entrega e instalación del bien o servicio, siempre y cuando dichos gastos se hayan hecho constar en el respectivo presupuesto o factura.

Por último, la restitución debe hacerse en dinero líquido en la misma forma (efectivo o tarjeta de crédito) como lo pagó el consumidor. Por consiguiente, no podría el proveedor imponerle al consumidor recibir la devolución del precio pagado en "vales" a canjear o gastar en la misma tienda, establecimiento o cadena comercial, ni bajo la modalidad de "cambio por otros productos"[113]. Ello implicaría una vulneración de los

[113] *Cfr.* GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit*. p. 1295.

derechos de los consumidores quienes tienen el derecho cuando desisten del contrato de adhesión celebrado a obtener del proveedor el reintegro de las cantidades entregadas en concepto de precio, exactamente como fueron pagadas.

3) Efectos del desistimiento sobre los contratos de crédito al consumo

Con frecuencia los consumidores adquieren financiamiento para comprar o adquirir un bien o servicio. Se plantea el problema de la incidencia que tiene el ejercicio del derecho de desistimiento del contrato de adquisición por el consumidor, sobre el contrato suscrito para financiar la respectiva compra o adquisición. Cuando el consumidor que desiste hubiere obtenido un crédito para hacer frente al pago del precio *¿qué suerte corre el contrato de crédito obtenido para el pago del precio*?.

En algunas Directivas de la Comunidad Europea (hoy Unión Europea), se establece que en caso de ejercicio del derecho de desistimiento con relación al contrato principal, quedan igualmente resueltos los contratos de préstamo concedidos por el propio proveedor o por un tercero concertado con el proveedor[114]. En tal caso, cuando el prestamista sea el propio proveedor o un tercero que actúa concertado con él, el ejercicio del derecho de desistimiento lleva implícita la resolución automática de ese crédito vinculado al contrato sin que el consumidor haya de soportar ninguna pena o gravamen.

La finalidad es clara. Se persigue evitarle al consumidor que se retracte del contrato los daños y perjuicios derivados de la subsistencia de un

[114] Al respecto, véase: Directiva 94/47/CE del 26 de octubre de 1994 (hoy derogada) del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de los adquirentes en lo referente a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (artículo 7); Directiva 97/7/CE del 20 de mayo de 1997 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (artículo 6.4); Directiva 2008/122/CE del 14 de enero de 2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (artículo 11.2). En la misma dirección, de acuerdo con el artículo 77 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española "cuando en el contrato para el que se ejercite el derecho de desistimiento el precio a abonar por el consumidor o usuario haya sido total o parcialmente financiado mediante un crédito concedido por el empresario contratante o por parte de un tercero, previo acuerdo de éste con el empresario contratante, el ejercicio del derecho de desistimiento implicará al mismo tiempo la resolución del crédito sin penalización alguna para el consumidor o usuario".

contrato de préstamo celebrado para financiar la respectiva adquisición del bien o servicio que, finalmente, queda sin efecto[115]. De esta forma el contrato de financiamiento puramente instrumental de la operación principal queda igualmente desprovisto de eficacia, de un modo automático, como consecuencia del ejercicio del desistimiento respecto de la operación principal.

A nuestro modo de ver a la misma solución puede llegarse en el Derecho venezolano.

La doctrina nacional admite que cuando el contrato que se da por terminado por voluntad de una de las partes está enlazado causalmente con otro contrato, de modo que ambos constituyan una indivisibilidad jurídica, la terminación se extiende al otro contrato[116].

Ahora bien, es evidente que existe una conexión causal entre la adquisición de un bien de consumo y el contrato de préstamo celebrado para financiar dicha adquisición, tanto más cuanto que el destino de los fondos provenientes del préstamo está atado a la respectiva adquisición al punto que esta situación determina un enlace funcional del contrato de financiamiento con el contrato de compra-venta. El enlace o coligamiento contractual por la causa se configura cuando, por ejemplo, el proveedor y el consumidor han convenido en la venta a crédito de un bien con financiamiento proveniente del propio vendedor o de un tercero que conviene en suministrar los fondos precisamente para que el consumidor pueda efectuar la adquisición del bien en cuestión. Si del contrato de préstamo resulta que el motivo determinante del consentimiento del consumidor prestatario es adquirir con los fondos prestados un bien determinado estando, por supuesto, consciente de ello el prestamista; ese motivo entra a formar parte de la causa del contrato. No hay duda pues que estamos ante una conexión funcional de contratos, es decir, ante dos contratos vinculados por la causa: el contrato de adquisición de un bien o servicio y el contrato para financiar dicha operación.

La ausencia sobrevenida de causa produce la ineficacia del contrato (arg. ex art. 1.157 del Código Civil). Pues bien, la resolución del contrato

---

115 *Cfr.* AGUILAR RUIZ, Leonor: *La protección legal del consumidor de crédito*. Valencia, 2001. p. 175.

116 RODNER, James Otis: *Los contratos enlazados. El subcontrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado. Serie Estudios. Nº 77. Caracas, 2008. pp. 44 y 106.

de crédito deriva de la ausencia sobrevenida de causa del mismo que es precisamente la compra del producto o la adquisición del servicio del que se desiste.

Por lo antes expuesto, el desistimiento del contrato de compra-venta o de prestación de servicios debe traer como consecuencia la terminación del respectivo contrato de crédito. Y ello debe hacerse sin cargo alguno para el consumidor. En efecto, el principio general según el cual el desistimiento no debe acarrear penalidad alguna para el consumidor (*supra*, Nos VIII,7 y IX,6) rige incluso cuando el contrato de adhesión celebrado coexista con un contrato accesorio de crédito enlazado causalmente con aquél. Lo contrario comportaría una limitación al ejercicio del derecho de desistimiento que permitiría incluso eludir este mecanismo protector del consumidor. En fin, lo que se persigue es que el ejercicio del derecho de desistimiento por justa causa que corresponde al consumidor no encuentre obstáculos de ninguna especie.

La resolución del crédito dará lugar a la restitución por el consumidor de las cantidades prestadas. Si el crédito procede del proveedor, procederá la compensación con su obligación de devolver al consumidor o usuario el precio recibido. Tratándose de un tercero nada impide que el proveedor restituya directamente las sumas pagadas al financista en lugar de restituírselas al consumidor para que este se las devuelva a aquél[117].

XI. Desistimiento y acciones que corresponden al consumidor de acuerdo con el derecho común

La falta de ejercicio del derecho de desistimiento en el plazo fijado o su ejercicio incorrecto no impide el posterior ejercicio de las acciones que correspondan al consumidor conforme al Derecho común. El derecho a desistir del contrato de adhesión celebrado no es en modo alguno incompatible con las acciones de nulidad o resolución, o con la acción de saneamiento por evicción o vicios ocultos, o con otros recursos que pueda hacer valer el consumidor como, por ejemplo, la acción de cumplimiento, las acciones indemnizatorias por daños y perjuicios, etc.

El derecho de desistimiento no supone pues una restricción de los medios defensivos o de las acciones ordinarias con que cuenta el consumidor de acuerdo con el Derecho común. Antes por el contrario, las

[117] *Cfr*. CLEMENTE MEORO, Mario E.: *op. cit*. p. 183.

disposiciones de la Ledepabis que atribuyen al consumidor el derecho a desistir del contrato se integran, como el resto de las disposiciones protectoras del consumidor, en el régimen general del Derecho común (arg. ex arts. 8 "numerales 11 y 18" y 74 "numeral 10" de la Ledepabis). No debe olvidarse que los contratos con los consumidores en todo lo que no esté expresamente establecido en la Ledepabis o en leyes especiales se rigen por las disposiciones legales aplicables a los contratos en general[118].

Desde luego, en atención a los gastos que implican, hay que suponer que el consumidor, como regla general, no ejercerá las acciones de nulidad o resolución, si dispone aún del derecho de desistimiento, pero esto no quiere decir que el consumidor no pueda –si así lo desea– desde la fecha de la celebración del contrato y todavía en vigor el derecho a desistir interponer cualquier otra acción, puesto que la ley no establece un orden de prelación entre los mecanismos de defensa del consumidor.

De la misma manera, la falta de ejercicio del derecho de desistimiento tampoco le impide al consumidor hacer exigibles las garantías del proveedor conforme a lo dispuesto en el artículo 82 de la Ledepabis y obtener la reparación del bien o, en su caso, su restitución o la devolución de la cantidad pagada a su valor actual de acuerdo con el artículo 80 *ejusdem*.

XII. Infracción del derecho de desistimiento

El desconocimiento por parte del proveedor del derecho de desistimiento y de sus efectos constituye una infracción administrativa sancionable conforme a lo dispuesto en el artículo 126 de la Ledepabis, en concordancia con el artículo 8 (numeral 13) *ejusdem*.

Además, se consideran nulas las cláusulas o estipulaciones de los contratos de adhesión que impliquen la renuncia del derecho a desistir del contrato que la ley reconoce a los consumidores o que limiten su ejercicio (Ledepabis, artículo 74, numeral 2).

Sin perjuicio de lo antes expuesto, en aquellos casos en los cuales el consumidor tuviere derecho a desistir del contrato y hubiere ejercitado el

[118] Para un detenido examen de las relaciones entre el Derecho del consumo y la teoría general del contrato, véase: RZEPECKI, Nathalie: *op. cit*. pp. 409 a 582.

derecho de desistimiento cumpliendo con todos los requisitos legales, si el proveedor se negare a admitir el desistimiento, el consumidor podrá acudir para resolver el fondo del asunto a los tribunales de justicia (arg. ex art. 8 "numeral 11" de la Ledepabis) (*supra*, Nº IX-7).

Julio 2013

Los piratas siguen allá afuera

*Andreína Viana**

Sumario:

I) Resumen - **II)** Reseña Histórica - **III)** Definiciones - **IV)** Consideraciones Generales - **VI)** Organización Marítima Internacional **VII)** Conclusiones - **VIII)** Bibliografía

Resumen

La piratería en tiempos remotos y en la actualidad, es un grave delito que atenta contra el principio de libertad de navegación, lo que constituye una amenaza para el tráfico marítimo y el comercio mundial. En el presente trabajo, a través de la revisión bibliográfica y documental se estudia en términos generales la figura de la piratería marítima, para establecer con fines descriptivos su concepto de acuerdo a las regulaciones internacionales en la materia, y a la legislación nacional. El artículo principia con una breve panorámica de la evolución histórica de la piratería como figura antagónica al libre acceso de las embarcaciones a los mares, para luego proseguir con el análisis de sus características generales y su desarrollo en el marco normativo. Finaliza el presente artículo con algunas

* (Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Comercio Marítimo Internacional, mención Derecho, de la Universidad Experimental Marítima del Caribe. Abogado Auxiliar I de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia)

consideraciones respecto a las recomendaciones emanadas de la Organización Marítima Internacional para prevenir y atacar la piratería y el robo armado de los buques

I.- Reseña Histórica

La piratería es una práctica tan añeja como la navegación, pues desde el comienzo de la actividad marítima, a la par, algunos emprendieron un movimiento dirigido a aprovecharse de los frutos de la misma llevando a cabo actividades delictivas.

Al oír hablar de piratas muchas veces se piensa en las historias románticas descritas en novelas y películas, que nos hacen creer que se trata de una actividad de valientes y aguerridos personajes, pero la realidad se encuentra muy alejada de ésta. Los piratas atacaban barcos y ciudades costeras para enriquecerse, no conformándose con el tesoro como botín o el saqueo de buques, sino que se hacían acompañar de prácticas crueles contra los navegantes, quienes eran tomados como rehenes para pedir rescates o en muchas ocasiones abandonados a merced del oleaje.

En el siglo VIII los piratas atravesaron el Mediterráneo, desplazándose con posterioridad hacia el norte de Europa y, con el auge del comercio en Italia, también floreció la pirateria, lo que llevó a la creación de asociaciones de comerciantes destinadas a proteger la actividad que desarrollaban y a reprimir este tipo de rapacería.

Los siglos XVI y XVII fueron tiempos de guerras en Europa, donde uno de los instrumentos más utilizado era la llamada **Patente de Corso**, que venía a representar la autorización de un Estado hacia un particular, y permitía atacar, en nombre de dicho Estado, a cualquier embarcación de un país considerado como enemigo; surgió así el término Corsario[1].

Las citas históricas sobre esta época concuerdan en señalar que el límite entre la actividad de corso y la de piratería, era muy difuso, pues el país emisor de la patente tenía una generosa participación en las riquezas conseguidas. La única diferencia con los piratas era que éstos estaban proscritos en todos los estados, mientras que los corsarios tenían inmunidad en el país que los contrataba.

[1] Luis XIV le dio a los **corsarios** grados militares y títulos de nobleza, siendo el más famoso entre ellos Jean Bart, al que Francia consideró como héroe nacional, y recibió de parte del Tribunal de Presas, luego de terminada la guerra contra Holanda, parte del enorme botín del enemigo.

Así también encontramos a los **bucaneros**, término que deriva de la palabra "bucan", que era la manera en que los primeros colonizadores franceses que ocupaban la isla La Española, preparaban la carne, asada y ahumada, siguiendo un procedimiento indígena. Estos personajes fueron desalojados de los territorios que ocupaban y apelaron por atacar naves españolas, asemejándose a los piratas, pues el fin de sus acciones se orientaba al enriquecimiento propio y de su tripulación, empleando además del saqueo, el contrabando y tráfico de esclavos. Se dice que la actividad de los bucaneros no se limitaba al mar, sino que en muchas oportunidades actuaban en tierra.

Igualmente topamos con los **filibusteros**, quienes se desplazaban en rápidas embarcaciones de vela, con lo que daban pronto alcance a aquellas cuyas navegación era lenta, las cuales una vez alcanzadas eran saqueadas, asimilándose a los piratas porque sus maniobras se dirigían a perseguir riquezas para el interés propio.

Si bien estos bárbaros guerreros del mar utilizaban en sus hazañas la crueldad contra sus víctimas, cuando eran capturados no podían escapar de sus dos seguros destinos: la muerte en la horca o pasar por las máquinas de tortura de la Inquisición.

El crecimiento de las rutas comerciales, los avances en la navegación y el desarrollo en el armamento, no representaban obstáculo para estos sagaces rufianes, quienes no se quedaban rezagados sino que se adaptaban a todos estos adelantos, abandonando la antigua técnica del abordaje, por el empleo de barcos mercantes armados con cañones.

Sin embargo, esta práctica de pillos se encontró momentáneamente infecunda ante un elemento con el cual no contaban; el avance tecnológico en los sistemas de comunicación, que a la par de una ofensiva organizada por un grupo de naciones, entre las que destacaban Inglaterra, Francia y Estado Unidos, concentró a los piratas en pequeños grupos sitiados.

Pero tales esfuerzos no fueron suficientes para acabar con este azote, que seguía dando muestras de rebeldía ante los esfuerzos para desterrarlo, lo que trajo como respuesta internacional el establecimiento de limitaciones al principio de libertad de navegación en alta mar, acompañadas de la institución de la figura de policía marítima y la implantación de alternativas de autodefensa con el fin de poder reprimirlo, porque a nivel internacional se reconoció a la piratería como un delicado proble-

ma de seguridad que afectaba a las localidades portuarias y al comercio internacional, presentando en algunas oportunidades visos de crimen organizado, que conducían a armadores, empresas navieras y navegantes en general, a evitar las aguas consideradas como peligrosas, siendo calificados los piratas como *hostes humani generis* (enemigos del género humano)[2], pues saqueaban indiscriminadamente en su propio provecho personal, sin reconocer bandera ni país.

A pesar del paso de los años, la piratería persiste, manifestándose de maneras distintas a las del siglo XV, pero no por eso menos violentas, por lo que alta mar pasó de estar regida por el principio de libertad, a una reducción de su extensión a partir de la codificación de tal postulado a través de la **Convención de Ginebra sobre Alta Mar**[3] del 29 de Abril de 1958, la cual fue ratificada por Venezuela; y posteriormente, por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar del 10 de diciembre de 1982 (de la cual Venezuela no es parte).

Estos cuerpos normativos, agrupan las actividades necesarias para lograr un conocimiento básico de la navegación, permitiendo ordenar y utilizar apropiadamente los espacios y recursos marinos, tratando de englobar de manera genérica los diferentes fenómenos naturales que ocurren en ese medio. Estas actividades, el desarrollo y la transferencia de tecnología asociada, se llevan a cabo dentro de un marco muy amplio de compromisos adquiridos por los Estados partes, sean ribereños o sin litoral, en la perspectiva de la cooperación internacional, adquiriendo real peso universal frente al auge del aprovechamiento de los recursos del mar como fuente primordial de materia prima y como medio para el transporte de pasajeros, carga, suministros y tripulantes en todo el proceso comercial.

Sin embargo, actualmente la piratería no se circunscribe al ámbito internacional, sino que su largo brazo insaciable alcanza aguas interiores, poniendo de manifiesto un desfase entre la noción internacional de piratería marítima y la realidad vigente. Los actos criminales que se registran en las fechas actuales abarcan buques de transporte, pesqueros y de recreo, alcanzando cifras más altas de las imaginables, pues

---

[2] Rodríguez Carrión, José Luis (1992). "Estudios de Seguro Marítimo". J.M. Bosch Editor, S.A. Barcelona-España.

[3] Ley Aprobatoria de la Convención sobre Alta Mar. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 26.616 del 1 de agosto de 1961.

muchas veces se tiende a confundir con hechos de delincuencia común y, en otros más extremos, con terrorismo internacional; sin embargo, así como siglos atrás, los piratas modernos mantienen como objetivo principal el enriquecimiento a través del robo de los objetos de valor o de la carga, el secuestro de la nave o de la tripulación o el apoderamiento del buque para realizar prácticas criminales, mediante la utilización de distintos *modus operandi* y sistemas de comunicación avanzados y sofisticados, logrando así recapitalizar su actividad para luego invertir en moderna logística y poder seducir a nuevo personal para que pasen a integrar sus filas.

Los medios de comunicación emplean cada vez más líneas en sus espacios informativos para dar a conocer diversos casos de piratería-que se registran en el mundo, como el muy sonado caso de Somalia[4], que no sólo ocupó primeras planas en diarios internacionales, sino que condujo a que la Organización Marítima Internacional tomara medidas y desarrollara recomendaciones para frenar la ola de violencia desatada en dicha zona.

II.- Definiciones:

Partiendo de este breve recorrido histórico, resulta oportuno hacer referencia a algunas definiciones sobre piratería, y entre otras señalamos:

i) *El Diccionario de la Lengua Española*[5] contiene las siguientes definiciones relacionadas con la piratería*:*

[4] La piratería en Somalia fija sus raíces en la pobreza, el hambre, y la inseguridad, teniendo su núcleo en la región autónoma de Puntlandia, pues desde su costa es más fácil el seguimiento y la identificación de los buques que cruzan el Golfo de Adén. Estudios señalan que antes de 1990 la piratería no era muy significativa en las costas, pero con el aumento de los buques que navegaban por el Índico frente a Somalia, en el Golfo de Adén y a la salida del Mar Rojo, también aumentaron los ataques, siendo la costa norte de Somalia, Puntlandia, considerada como la región más peligrosa en el mundo desde el punto de vista de los ataques de piratas. Según el Departamento Internacional Marítimo (IMB, International Maritime Bureau), entre los años 2001 y 2006 hubo 2224 ataques confirmados, es decir, más de un ataque diario, en los que murieron o desaparecieron tripulantes. Se pretende conseguir mayor impacto en el control de esta práctica, a través de la sanción del Consejo de Seguridad de la ONU que autoriza la aprehensión de piratas somalíes tanto en tierra como en la mar, empleando todos los medios que sean necesarios, lo que implica también el ataque contra los buques nodrizas, cuya identificación se facilita a través del empleo del sistema de posicionamiento integrado que permite conocer en todo momento la situación geográfica de los buques mercantes de más de 300 toneladas.

[5] Diccionario de la Lengua Española, Tomo II (2000). Vigésima Primera Edición. Editorial Espasa Calpe, S.A. Página 1610.

Piratería:

1) (de piratear) f. Ejercicio de pirata.

2) Robo o presa que hace el pirata.

3) fig. Robo o destrucción de los bienes de otro.

Piratear:

1) (de Pirata) intr. Ejercer la piratería.

2) Fig. Cometer acciones delictivas o contra la propiedad, como hacer ediciones sin permiso del autor o propietario, contrabando, etc.

Pirata:

1) Adj. Pirático.

2) Clandestino. Edición PIRATA.

3) m. Ladrón que roba en el mar.

4) fig. Sujeto cruel y despiadado. // Aéreo. Persona que, bajo amenazas, obliga a la tripulación de un avión a modificar su rumbo.

ii) La Convención sobre Alta Mar *de Ginebra del 29 de abril de 1958, suscrita por Venezuela según Ley Aprobatoria, señala:*

Artículo 15. *Constituyen actos de piratería los enumerados a continuación:*

1. *Todo acto ilegal de violencia, de detención o de depredación cometido con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada, y dirigido:*

a) *Contra un buque o una aeronave en alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos;*

b) *Contra un buque o una aeronave, personas o bienes situados en lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado.*

2. *Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo cometa tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata.*

3. *Toda acción que tenga por objeto incitar o ayudar intencionalmente a cometer los actos definidos en los párrafos 1 y 2 del presente artículo.*

Artículo 16. *Se asimilan a los actos cometidos por un buque privado, los actos de piratería definidos en el artículo 15, perpetrados por un*

buque de guerra o un buque del Estado o una aeronave del Estado cuya tripulación se haya amotinado y apoderado del buque o de la aeronave.

En esta Convención, se consideran buques piratas aquellos que son destinados por las personas que ejercen su mando efectivo, a cometer cualquiera de los actos a que se refiere el citado artículo 15, así como también, aquellos buques que hayan servido para cometerlos, mientras se hallen bajo el mando de la persona culpable de tales actos. Sin embargo, la calificación de un buque como pirata no impide que conserve su nacionalidad, en tanto lo disponga la ley del Estado que se la haya concedido.

iii) El Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, también conocido como la Convención de Montego Bay, no fue ratificada por Venezuela, ante observaciones realizadas a los artículos 15, 74, 83, 121 y 298 de dicha Convención, con fundamento en la imposibilidad de hacer reservas en dichos artículos, los cuales atentarían potencialmente a sus intereses nacionales en materia de delimitación de áreas marinas y submarinas con Estados con costas adyacentes (aplicación del principio de la línea media), además que se establecía que las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia no tendrían derecho a la plataforma continental ni a la zona económica exclusiva, situación que obraba en contra de Venezuela, en aquél entonces, por la situación del Archipiélago de Los Monjes. Sin embargo, este cuerpo normativo aplicado a nivel mundial, reprodujo casi en similares términos lo recogido en la Convención de Ginebra, proporcionando ambas Convenciones una definición idéntica de la piratería marítima.

III.- Consideraciones Generales:

El concepto y delimitación de la piratería no son pacíficos en la doctrina, ni coincidentes en el derecho comparado, por lo que procederemos a su estudio, aunque somero, a la luz del derecho internacional y bajo la óptica del ordenamiento jurídico nacional.

1.- Codificaciones Internacionales.

Partiendo de la normativa internacional, antes mencionada, se advierten como elementos que configuran la piratería: i) acto ilegal de violencia, detención o depredación cometido con propósito personal; ii) dirigido contra un buque en alta mar o personas o bienes a bordo de

ellos; iii) llevado a cabo en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado.

Al respecto, hay quienes han considerado que la limitación internacional del término de "piratería" exclusivamente a los actos cometidos en alta mar, es una desafortunada restricción que deja fuera de su ámbito a hechos que, con el uso de violencia, contra personas y buques, se han cometido en costas o aguas interiores de un Estado.

Entonces, podríamos afirmar que la predicha configuración referida a la piratería tradicional, quizás en su momento recogía las actividades que internacionalmente se presentaban; sin embargo, actualmente muchos de los casos de piratería se registran en aguas interiores, por lo que encuadrarlo en dicha concepción corresponderá a lo que la legislación del Estado en cuyas aguas se verifique, prevea al respecto.

Ahora bien, la **Convención sobre Alta Mar** de Ginebra señala que los Estados deben cooperar en toda la medida de lo posible, a la represión de la piratería, tanto en alta mar como en cualquier otro lugar fuera de la jurisdicción de algún Estado, estableciendo que se entenderá por alta mar "la parte del mar no perteneciente al mar territorial ni a las aguas interiores de un Estado", precisando que la libertad en ésta área se ejercerá conforme a lo establecido en las nomas de derecho internacional, no pudiendo ningún estado pretender legítimamente someter cualquier parte de ella a su soberanía.

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, confirmó el derecho internacional del mar vigente para la época, incorporando aspectos de la Convención de Ginebra de 1958 y desarrollando dicho derecho, al añadir nuevos conceptos, tales como la "zona económica exclusiva", teniendo aplicación preferente entre sus miembros, frente a ésta última, la cual sigue teniendo vigencia para aquellos Estados que no se han adherido a la primera.

Esta Convención de 1982 redujo el ámbito espacial de alta mar, pasando a comprender "todas las partes del mar no incluidas en la zona económica exclusiva, en el mar territorial o en las aguas interiores de un Estado, ni en las aguas archipelágicas de un Estado archipelágico".

Asimismo, precisó que la libertad de alta mar, comprende, para los Estados ribereños o sin litoral, la libertad de navegación, la libertad de sobrevuelo, la libertad de tender cables y tuberías submarinos, con sujeción a las disposiciones de dicha Convención, la libertad de construir

islas artificiales y otras instalaciones permitidas por el derecho internacional, la libertad de pesca y la libertad de investigación científica, las cuales serán ejercidas por los Estados.

En el marco de la Convención de Ginebra de 1958, debe destacarse que el artículo 19 señala que "Todo Estado puede apresar en alta mar, o en cualquier otro lugar sometido a la jurisdicción de ningún Estado, a un buque o a una aeronave pirata, o a un buque capturado a consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo de dicho buque o aeronave".

Ahora bien, la obediencia de un buque en alta mar a la jurisdicción del Estado del pabellón, es la regla, derivada del principio de libertad de navegación, la cual no resultará aplicable en los casos excepcionales previstos expresamente en los Tratados Internacionales, en los cuales nunca resultarán afectados los buques de guerra ni los pertenecientes a un Estado o explotados por él y utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial, ya que tanto unos como otros gozan de completa inmunidad de jurisdicción cuando se encuentren en alta mar, respecto a cualquier Estado que no sea el de su pabellón.

Los casos de excepción a la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón comportan una serie de limitaciones a la libertad de navegación y, en consecuencia, limitan también el principio de no interferencia, siendo estos casos: la piratería, el abordaje, la trata de esclavos, el tráfico de estupefacientes, y la infracción de leyes y reglamentos del Estado ribereño[6].

Ahora, la Convención de Ginebra dispone que los Estados que hayan efectuado la captura, de conformidad con lo previsto en el señalado artículo 19, tienen la potestad de decidir las penas que deban imponerse, así como disponer sobre la suerte de los buques y bienes que hayan sido incautados, haciendo reserva expresa de los intereses legítimos de terceros de buena fe.

Sin embargo, cuando el apresamiento no ha sido justificado por resultar infundadas las sospechas y siempre que el buque no hubiese cometido ningún acto que lo justifique, dicho buque tendrá derecho a ser indemnizado por todo perjuicio o daño sufrido.

---

[6] Acuña, Jorge (2000). *Violencia, criminalidad y terrorismo*. "Delitos en Altamar". Fundación Venezuela Positiva. Caracas. Págs. 65-68.

Como principio general las embarcaciones que se encuentran en las llamadas aguas internacionales, gozan de inmunidad respecto a la jurisdicción de todo país que no sea de su pabellón. Sin embargo, un buque de guerra o debidamente autorizado puede aproximarse a cualquier embarcación a fin de realizar registro, para poder verificar si se está practicando o ha practicado actos de piratería, ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 22 de la Convención sobre Alta Mar, que dispone los siguiente:

> ***Artículo 22. 1.*** *Salvo cuando los actos de ingerencia se ejecuten en virtud de facultades concedidas por tratados, un buque de guerra que encuentre un buque mercante extranjero en alta mar no tiene derecho a efectuar en él ningún registro a menos que haya motivo fundado para creer:*
>
> *a) Que dicho buque se dedica a la piratería; o*
>
> *b) Que el buque se dedica a la trata de esclavos; o*
>
> *c) Que el buque tiene en realidad la misma nacionalidad que el buque de guerra, aunque haya izado una bandera extranjera, o se haya negado a izar la bandera (...).*

Asimismo, se establece que el buque de guerra autorizado podrá enviar a la embarcación sospechosa, un bote al mando de un oficial, a fin de comprobar los documentos que autoricen el uso de la bandera, luego de lo cual, de mantenerse la sospecha, podrá proceder a un examen a bordo del buque.

En el marco normativo de la Convención de Ginebra se señala que el Estado ribereño puede llevar a cabo la persecución de un buque, ante fundados indicios de que ha vulnerado sus leyes, pudiendo emprenderla mientras el buque se encuentre en sus aguas interiores, en el mar territorial o en la zona contigua, y podrá continuarla hasta fuera del mar territorial o de la zona contigua, siempre que la misma no se haya interrumpido.

Es requisito indispensable para dar comienzo a la persecución que se haya emitido la señal de detenerse, en forma visual o auditiva, desde una distancia que permita al buque interesado poder verla u oírla, sin que sea necesario que el buque que de la orden se encuentre en el mar territorial o en la zona contigua.

El derecho de persecución cesa en el mismo momento en que el buque perseguido entra en el mar territorial del país al cual pertenece o en el de un tercer Estado.

Solo se encuentran autorizados para emprender la persecución los buques de guerra, aeronaves militares u otros buques o aeronaves debidamente autorizados a tal fin, que lleven signos identificables y claros de estar al servicio de un Gobierno.

2.- Legislación Nacional

2.1.- Código Penal Venezolano

Observamos que respecto a la piratería el **Código Penal Venezolano**[7] señala en sus artículos 4 y 152, lo siguiente:

> ***Artículo 4.*** *Están sujetos a enjuiciamiento en Venezuela y se castigarán de conformidad con la ley penal venezolana:*
>
> *… omissis …*
>
> *9. Los venezolanos o extranjeros venidos a la República que, en alta mar, cometan actos de piratería u otros delitos de los que el Derecho Internacional califica de atroces y contra la humanidad; menos en el caso de que por ellos hubieran sido ya juzgados en otro país y cumplido la condena.*
>
> ***Artículo 152.*** *Los venezolanos o extranjeros que cometan actos de piratería serán castigados con presidio de diez a quince años. Incurren en este delito los que rigiendo o tripulando un buque no perteneciente a la Marina de guerra de ninguna nación, ni provisto de patente de corso debidamente expedida, o haciendo parte de un cuerpo armado que ande a su bordo, ataquen otras naves o cometan depredaciones en ellas o en los lugares de la costa donde arriben, o se declaren en rebelión contra el Gobierno de la República.*

La calificación de la piratería como delito por el legislador patrio, resulta aplicable a los hechos que se verifiquen en alta mar, así como lo cometidos en costas y aguas nacionales, no regulados por la Convención de Ginebra de 1958, ya que corresponde a una calificación del derecho penal interno.

Una diferencia que podemos verificar entre lo dispuesto en el artículo 152 del Código Penal y lo previsto en las Convenciones Internacionales sobre el Derecho del Mar, es que en estas últimas la piratería se

[7] Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Extraordinario N° 5.768 del 13 de abril de 2005..

refiere a los actos cometidos de una nave pirata a otra nave (considerada como víctima), a los bienes, o a las personas a bordo; mientras que en nuestro Código Penal, se incluye también los actos que se cometan "en los lugares de la costa donde arriben, o se declaren en rebelión contra el Gobierno de la República".

En este punto conviene destacar que la Organización Nacional de Salvamento y Seguridad Marítima de los Espacios Acuáticos de Venezuela (ONSA)[8], en una conferencia sobre piratería marítima desarrollada en el año 2009, a la que asistieron miembros de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo[9], señaló que el término de "piratería marítima" debe acogerse tanto para los casos que se verifiquen en alta mar como en aguas interiores, en virtud de que así lo reconoce la Convención de Ginebra de 1958 y el Código Penal Venezolano, puesto que la acción es la misma y solo varía el ámbito territorial donde ocurre; sin embargo, la Organización Marítima Internacional en sus reportes estadísticos públicos solo reconoce como acto de piratería los hechos ocurridos en aguas internacionales.

2.2.- Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos.

El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de los Es-

[8] La Organización Nacional de Salvamento y Seguridad Marítima de los Espacios Acuáticos de Venezuela (ONSA), es una asociación civil no gubernamental sin fines de lucro fundada el 15 de abril de 1998, que tiene entre sus objetivos el apoyo y la cooperación con las respectivas autoridades en las labores de seguridad marítima, la navegación y el equilibrio ecológico; efectuar labores de búsqueda, rescate y salvamento marítimo; estimular el desarrollo del sistema y organización de salvamento y seguridad marítima de los espacios acuáticos a nivel nacional, a fin de contribuir en la preservación de la vida humana en la mar y la protección del medio ambiente acuático. A través de su Asamblea, el Consejo Nacional Permanente tiene como misión, reunir las inquietudes y propuestas de proyectos de los entes interesados y relacionados con los espacios acuáticos del país, para establecer recomendaciones que contribuyan al logro de sus objetivos. (*ver www.onsa.org.ve*)

[9] La Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, es una asociación civil sin fines de lucro, fundada en el año 1978, cuyo objeto social, según sus estatutos, es: "El estudio, desarrollo y divulgación del derecho marítimo, a cuyos fines, podrá realizar todas aquellas actividades científicas, académicas o culturales convenientes o necesarias para su logro; asimismo, prestará su concurso de la manera más amplia a la reforma del derecho marítimo y al establecimiento y fomento del arbitraje marítimo". Esta asociación está abierta a la inscripción de abogados, personas naturales y jurídicas con interés en la materia. Bien directamente como institución, o bien por órgano de algunos de sus integrantes, ha participado en la redacción de leyes y reglamentos vigentes en Venezuela, en materia de navegación, puertos, protección ambiental marítima y demás áreas conexas *http://avdmar.ve.tripod.com/*.

pacios Acuáticos[10], fue dictado con el objeto de integrar, agrupar y actualizar las normas para el mejor desarrollo de las actividades que se realizan en las áreas marítimas, fluviales y lacustres, como en los puertos, en relación con las demás actividades conexas que forman parte del sector acuático nacional.

Esta Ley en su artículo 40 contempla la posibilidad que los buques y aeronaves de la Fuerza Armada Nacional puedan visitar o registrar buques de pabellón nacional o extranjero, en los espacios acuáticos de la República y en alta mar, cuando existan motivos fundados para creer que cometen o hayan cometido violaciones a las leyes nacionales o internacionales, pudiendo el Comandante del buque, interrogar, examinar, registrar y detener a personas y buques.

Asimismo, señala que el procedimiento para la visita y registro en tiempo de paz y de emergencia o en conflicto armado, serán establecidas en concordancia a los usos y normas del derecho internacional, por el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de seguridad y defensa.

Este instrumento normativo contempla el derecho de persecución al que estarán sujetos los buques extranjeros por parte de buques de la Fuerza Armada Nacional, en los espacios acuáticos de la República y en alta mar, cuando exista sospecha razonada para creer que cometen o hayan cometido violaciones a las leyes.

Entonces, de la revisión de lo dispuesto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos, podemos extraer, que al igual que la Convención de Ginebra de 1958, contempla la visita o registro y el derecho de persecución de buques nacionales o extranjeros, cuando existan fundadas sospechas de vulneración a las leyes nacionales e internacionales, aunado a lo cual precisa que las políticas acuáticas se dirigen a establecer los lineamientos estratégicos sobre la base de las potencialidades, capacidades productivas y recursos disponibles en las zonas costeras y otros espacios acuáticos, a fin de garantizar el desarrollo sustentable social y endógeno, la integración territorial y la soberanía nacional y, entre otros aspectos, se refiere a la seguridad de la vida humana y la prestación de auxilio en los espacios

[10] Decreto N° 6.126 publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinario N° 5.890 del 31 de julio de 2008.

acuáticos, la vigilancia y control para prevenir y sancionar la actividad ilícita, la seguridad de los bienes transportados por agua, el disfrute de las libertades consagradas en el Derecho Internacional, la cooperación en el mantenimiento de la paz y del orden legal internacional y la cooperación internacional derivada de las normas estatuidas en las diversas organizaciones de las cuales la República sea parte.

Según el artículo 70 de la prenombrada Ley, la autoridad acuática corresponde al Ejecutivo Nacional, el cual a través de sus órganos y entes, se encargará del ejercicio de las competencias que sobre los espacios acuáticos y portuarios tienen atribuidas de conformidad con la ley, siendo el órgano rector, el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de infraestructura y transporte, en este caso, el Ministerio del Poder Popular para Transporte Acuático y Aéreo, considerado como el director de la navegación marítima, fluvial y lacustre destinada al transporte de personas y bienes, a la pesca, al turismo, al deporte, a la recreación y a la investigación científica; así como, lo relacionado a la materia portuaria, y cualquier otra que señale la ley.

En este sentido, dentro de sus competencias se encuentra supervisar y controlar el ejercicio de la autoridad acuática; controlar, supervisar y fiscalizar el régimen de la navegación, los puertos públicos y privados y actividades conexas conforme a la ley; vigilar, fiscalizar y controlar la aplicación de las normas para la seguridad del transporte acuático nacional.

Resulta importante destacar, que en esta Ley encontramos al Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos, que es un ente adscrito al Ministerio del Poder Popular para el Transporte Acuático y Aéreo, que se encarga de gestionar las políticas que dicte dicho órgano rector, teniendo entre sus competencias la de ejercer la autoridad y la administración acuática, que implica, vigilar y controlar la aplicación de la legislación acuática nacional e internacional; garantizar mediante la supervisión, la seguridad marítima y la vida, en el ámbito de las circunscripciones acuáticas, en coordinación con las autoridades competentes; la supervisión y control de las actividades de búsqueda y salvamento; controlar y supervisar lo concerniente a la marina deportiva, recreacional y turística, a los buques dedicados a la pesca y, en este último caso, debe realizarlo en coordinación con el órgano con competencia en pesca y acuicultura; cooperar con el Ministerio Público en la ejecución de las investigaciones penales que le sean requeridas; participar en el desarrollo de las comunidades costeras, ribereñas e insulares.

Ahora bien, la autoridad acuática debe ser informada de cualquier situación de peligro, pues de conformidad con la Ley General de Marinas y Actividades Conexas[11], quien tenga noticia de cualquier evento de peligro, accidente o siniestro, deberá notificarlo por la vía más expedita, debiendo los agentes navieros, armadores, capitanes de buques y administradores portuarios, proporcionar cualquier información que le sea requerida a los fines de solventar la emergencia. Esta autoridad deberá establecer un sistema de control y seguimiento del tráfico acuático, con el fin de mantener un sistema de seguridad y socorro efectivo, permanente, continuo e ininterrumpido, que cubra todo el espacio acuático nacional.

2.3.- Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional.

El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional[12], señala que el Cuerpo de Policía Nacional tiene competencia en todo el territorio nacional en distintas áreas del servicio de policía, dentro de las que destaca la marítima, y aquellas que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes otorguen al Poder Público Nacional, y cualquier otra vinculada a la prevención del delito, señalando en su artículo 39, que es atribución exclusiva del Cuerpo de Policía Nacional ejecutar las políticas emanadas del Órgano Rector en el servicio de policía marítima.

También dispone, que el Cuerpo de Policía Nacional debe brindar a las policías extranjeras la colaboración y el auxilio conforme a lo establecido en tratados y acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República.

2.4.- Decreto con Fuerza de Ley de Comercio Marítimo

La Ley de Comercio Marítimo[13] dispone que el porteador[14] y el buque no son responsables de las pérdidas, daños o retardo en la entrega

---

[11] Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.570 del 14 de noviembre de 2002.

[12] Decreto N° 5.895 publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinario N° 5.880 del 9 de abril de 2008.

[13] Decreto N° 1.506 publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.351 del 5 de enero de 2006.

[14] Conocido en inglés como el ***Carrier,*** es toda persona que por sí o por medio de otra que actúa en su nombre, celebra un contrato de transporte de mercancías por agua, con un cargador. Bajo el convenio o legislación aplicable, el porteador asume determinas obligaciones, dentro de las

de las mercancías que tengan su origen en piratería, siendo a cargo del asegurador, así como de todos los demás riesgos que hayan sido convenidos en el contrato de seguro.

Ante la ocurrencia frecuente de actos de piratería, su cobertura fue incluida en casi todas las cláusulas inglesas de seguro de riesgos ordinarios de cascos en vigor (Póliza SG del Lloyd's)[15]; destacándose al respecto, que el mercado asegurador venezolano en la práctica trabaja con la Póliza de Casco del Instituto de Londres, como respuesta a razones de índole comercial más que a las propias condiciones técnicas[16].

Para proteger sus intereses comerciales, resulta conveniente y altamente rentable para los exportadores, que aseguren sus envíos internacionales contra los riesgos derivados del transporte, influyendo en la elección de la póliza, la modalidad de transporte, la índole de las mercancías y la ruta del transporte.

En este sentido, el **Código de Comercio Venezolano**[17] dispone en su artículo 711 que "No se debe flete de las mercancías perdidas por naufragio o zaborda o apresada por enemigos o piratas, y si ha sido pagado anticipadamente debe restituirse, a menos que haya convención en contrario".

Asimismo, en el artículo 731 se señala que en caso de sobrevenir una interdicción de comercio con el país a que se dirija la nave, o por riesgo de enemigos o piratas, que conduzcan al Capitán a regresar con la carga, se le deberá solo el flete de la ida, aunque el contrato haya sido por ida y vuelta.

---

que destacan: poner a disposición un buque en estado de navegabilidad; equipar y aprovisionar el buque; vigilar que sus bodegas, frigoríficos y cualquier otro espacio destinado al transporte de la mercancía, esté en condiciones de recibirla, conservarla y transportarla; apropiada manipulación de la carga y, entregar la mercancía contra la presentación del **Conocimiento de Embarque** (*Bill of Lading*), a quien se presume su legítimo propietario.

[15] La Marine Insurance Act., en 1906, codificó el derecho inglés del seguro marítimo, al que incorporó la Póliza "S.G", que es un documento de origen controvertido y lenguaje arcaico, que dificultaba su aplicación debido a problemas hermenéuticos, por lo que a finales del siglo XIX se creó el Instituto de Aseguradores de Londres (Institute of London Underwriters), para sistematizar las distintas cláusulas usadas en el mercado del seguro marítimo y elaborar un clausulado adicional a la Póliza "S.G.", pará así adaptarla a las nuevas necesidades de la navegación marítima.

[16] Bayot de Hiteshew, Clementina (2000). "El Seguro Marítimo". *Revista Marítima Venezolana de Investigación y Postgrado*. Escuela de Estudios Superiores de la Marina Mercante.

[17] Gaceta Oficial de la República de Venezuela Extraordinario N° 475 del 21 de diciembre de 1955.

Este mismo Código precisa (Vid. Artículo 751.9), que los salarios, manutención e indemnización por el rescate de los individuos de la tripulación que estando desempeñando servicios de la nave y su cargamento, fueren presos o detenidos por el enemigo o por piratas, "Son averías gruesas o comunes todos los daños que, en virtud de deliberaciones motivadas, se causan antes o después de emprendido el viaje a la nave y su carga conjunta o separadamente, pero en beneficio común para salvarlas de un riesgo de mar; los daños supervivientes por consecuencia del sacrificio; y los gastos originados por causas imprevistas, hechos en beneficio común en las épocas y formas expresadas (…)".

2.5.- Otros

Adicionalmente, encontramos el **Comando de Guardacostas**[18], componente de la Armada que forma parte de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, que tiene dentro de sus tareas planificar, ejecutar y controlar las actividades de Salvaguarda Naval, así como combatir los ilícitos en la mar y el narcotráfico, con el fin de contribuir a garantizar en los espacios acuáticos, el cumplimiento de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás leyes. Este Comando ha ido creciendo para adaptarse a las necesidades cada vez mayores, de custodia y amplitud de su ámbito de jurisdicción, dada la gran geografía marítima del país, contando con ocho Estaciones Principales, diez Estaciones Secundarias, cinco Puestos Avanzados y treinta y siete unidades de flotantes, y en la espera de los Buques de Vigilancia Litoral (BVL), que poseen capacidad de soporte aéreo.

IV.- Organización Marítima Internacional

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) es el intento más significativo de institucionalización de un sistema de garantías enfocadas al logro y mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. La mayoría de las tareas desarrolladas por esta Organización son llevadas a cabo por sus agencias u organismos especializados, con los que mantiene una relación de control y coordinación, dentro de los cuales encontramos la antigua Organización Consultiva Marítima Intergubernamental (OCMI), hoy conocida como la Organización Marítima Internacional (OMI).

[18] *www.ochina.gob.ve/guardacostas/*

La Organización Marítima Internacional (OMI) es un organismo especializado de las Naciones Unidas, creado en la Conferencia Marítima de las Naciones Unidas en Ginebra, en el año 1948, sin embargo, fue en el año 1958 cuando entró en funcionamiento, teniendo como norte i) el fomento de la seguridad de la navegación, lo que comprende, la construcción y mantenimiento de buques conforme a la normativa internacional, y la calificación de los miembros de la tripulación; y ii) la prevención de la contaminación del mar por los buques.

Según el artículo 1 del Convenio constitutivo de la OMI, adoptado en la Conferencia de Ginebra de 1948 y objeto de posteriores enmiendas, esta Organización tiene como objetivo "Deparar un sistema de cooperación entre los Gobiernos en la esfera de la reglamentación y de las prácticas gubernamentales relativas a cuestiones técnicas de toda índole concernientes a la navegación comercial internacional; alentar y facilitar la adopción general de normas tan elevadas como resulte factible en cuestiones relacionadas con la seguridad marítima, la eficiencia de la navegación y la prevención y contención de la contaminación del mar ocasionada por los buques".

Su misión consiste en elaborar normas de aplicación mundial para el transporte marítimo y promover su implantación, suministrando, a través de su Secretaría, soporte a los Estados miembros en la negociación y formulación de instrumentos internacionales, así como en la supervisión del cumplimiento de dichos instrumentos.

Esta Organización está integrada por subcomités, dentro de los que destacan Comité de Seguridad Marítima, Comité de Protección del Medio Marino, Comité Jurídico, Comité de Cooperación Técnica, Comité de Facilitación, Seguridad de la Navegación, Radiocomunicaciones y Búsqueda y Salvamento.

Venezuela tiene un representante permanente ante la Organización Marítima Internacional, quien participa en las sesiones de los Comités y Subcomités donde se traten temas que puedan afectar los intereses nacionales, manteniendo un estrecho contacto con la Embajada de Venezuela en Londres (sede de la OMI) y ejecutando las instrucciones del Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos sobre materias de carácter técnico, como portavoz oficial y representante de la autoridad acuática nacional.

Con el fin de alcanzar sus objetivos una de las labores más destacadas de la OMI fue desarrollar normas internacionales comunes para sustituir la diversidad de legislaciones nacionales que existían anterior-

mente, impulsando la adopción de Convenios y Protocolos, los cuales, en su proceso de formación, son sometidos a la consideración de una Conferencia a la cual acuden las delegaciones de todos los Estados miembros, siendo invitados organismos del sistema de la Naciones Unidas, incluidos los Estados que no son miembros de la OMI. En la Conferencia se aprueba un texto definitivo que se constituye en un instrumento jurídico vinculante para los Estados que lo han suscrito.

Además de los Convenios, la Organización Marítima Internacional adopta también numerosos instrumentos no vinculantes de aceptación voluntaria, salvo que el Convenio indique lo contrario, como son los Códigos y Recomendaciones que aprueba mediante Resoluciones, la Asamblea, el Comité de Seguridad Marítima y el Comité de Protección del Medio Marino.

Dada la alta ocurrencia de hechos de piratería en alta mar, reportados por el Departamento Internacional Marítimo (IMB, International Maritime Bureau), organismo marítimo de la Cámara Internacional de Comercio (ICC), constituido como Centro de Reportes de Piratería que recibe registro de ataques las 24 horas del día en todo el mundo, difundiendo diariamente, vía satélite, boletines informativos en los que notifica de ataques piratas, y a la vez, envía informes trimestrales a organismos interesados, incluida la Organización Marítima Internacional, ésta, a través del Comité de Seguridad Marítima, aprobó Resoluciones[19] en las cuales dicta un conjunto de recomendaciones para los Gobiernos, así como lineamientos para los propietarios y armadores de buques, capitanes y tripulaciones, dirigidas a la prevención y represión de los actos de piratería y robos a mano armada perpetrados.

Esta información hace las veces de termómetro que puede utilizarse para medir los niveles exactos que han alcanzado los actos de piratería y de robo armado, y de este modo evaluar la eficacia de las medidas de respuesta y el grado de riesgo con que se enfrentan los buques en determinadas zonas.

[19] Resolución A.922 (22) del 22 de enero de 2002. Código de Prácticas para la Investigación de los Delitos de Piratería y Robo a Mano Armada perpetrados contra los Buques.

Resolución A.1002 (25) del 6 de diciembre de 2007. Actos de Piratería y Robos a Mano Armada perpetrados contra los Buques frente a la costa de Somalia.

Resolución A.1026 (26) del 2 de diciembre de 2009. Actos de Piratería y Robos a Mano Armada perpetrados contra los Buques en Somalia.

Asimismo, la Organización Marítima Internacional, impulsó a los Estados para que lancen una ofensiva contra la piratería como riesgo que amenaza la seguridad de la navegación, mediante instrumentos y mecanismos bilaterales y multilaterales dirigidos a vigilar, prevenir y responder a tal peligro, mediante la adopción de medidas, en específico las referidas a la asistencia para el desarrollo de la capacidad mediante la formación de la gente de mar, el personal portuario y de vigilancia, en la prevención, la denuncia y la investigación de incidentes, el enjuiciamiento de los presuntos autores de conformidad con el derecho internacional y la promulgación de legislación nacional, así como la dotación de naves y equipo de vigilancia y la lucha contra la matriculación fraudulenta de buques.

En el marco de las actividades de la Organización Marítima Internacional, documentos adoptados en su seno, en especial en el Comité de Seguridad Marítima, tienden a ampliar la noción de piratería, cuando se refiere a "Actos de Piratería y Robos a Mano Armada perpetrados contra los Buques", pudiendo hacer mención a la Resolución A.545 (13) del 17 de noviembre de 1983, en la cual se insta a los Estados miembros a mejorar sus sistemas de represión en las aguas territoriales, incluidas las embarcaciones menores en tránsito y fondeadas en sus respectivas jurisdicciones.

Asimismo, podemos mencionar el Código de Prácticas sobre la Investigación de los Delitos de Piratería y Robo a Mano Armada perpetrados contra Buques, donde se introduce la figura de "robo armado perpetrado contra los buques", entendiéndose por tal todo acto ilícito de violencia o de detención o todo acto de depredación, o de amenaza, que no constituya un acto de piratería en sentido estricto (en los términos del artículo 101 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar), que fuere cometido contra un buque, o contra las personas o pertenencias a bordo del buque, dentro de la jurisdicción que el Estado ejerza sobre los referidos delitos, además de reconocer que en algunas jurisdicciones el propio sistema de justicia es una barrera para

[19] Resolución A.922 (22) del 22 de enero de 2002. Código de Prácticas para la Investigación de los Delitos de Piratería y Robo a Mano Armada perpetrados contra los Buques.

Resolución A.1002 (25) del 6 de diciembre de 2007. Actos de Piratería y Robos a Mano Armada perpetrados contra los Buques frente a la costa de Somalia.

Resolución A.1026 (26) del 2 de diciembre de 2009. Actos de Piratería y Robos a Mano Armada perpetrados contra los Buques en Somalia.

la persecución y sanción de este tipo de delitos, viniendo a constituir un modelo a seguir para que los Estados miembros adecúen su legislación nacional.

Este norte de ampliación de los límites del mencionado artículo 101, seguido por la Organización Marítima Internacional en cuanto a sus Resoluciones en las cuales estimulan a los estados miembros a luchar contra los peligros que se enfocan a vulnerar la seguridad de la navegación, como lo es la piratería, señala que "el derecho internacional, reflejado en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (…), establece el marco jurídico aplicable a la lucha contra la piratería y el robo a mano armada…[20]"

Entonces, partiendo del actual marco internacional, haciendo hincapié en el principio de cooperación de los Estados, estos deben adoptar progresivamente medidas necesarias para incrementar la vigilancia y reforzar las leyes marítimas internacionales, siendo preciso reafirmar las reglas que demuestren una clara y firme intervención de las autoridades para conseguir un completo dominio del Mar y por lo tanto eliminar la posible afectación de la navegación por intervención de Piratas.

Podemos señalar que muchos armadores han optado por utilizar medidas pasivas de prevención frente a los actos piráticos, dentro de las que destacan[21]: instalación de alambre de púas en las partes bajas de la borda para impedir el fácil acceso; establecer un lugar en el buque donde la tripulación puede encerrarse aun si el buque fuera abordado por piratas; sistema P-trap, patentado en Holanda por la firma Westmark, ganador del premio al dispositivo más eficiente "Safety at Sea International Award" otorgado en Londres a comienzos del año 2011, que consiste en tangones que se extienden a cada banda y de los cuales se arrastran hilos de longitud similar a la eslora del buque en cuestión, también se largan otros hilos desde la popa, de manera que cualquier lancha rápida que intentara acercarse al casco quedará inmovilizada debido a que su hélice está atascada en los hilos; equipos de iluminación, de supervivencia y de detección; tripulación entrenada, modernos sistemas de radiocomunicación marítima; procedimientos para reportar los incidentes.

[20] Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas N° 1.816 del 2 de junio de 2008.

[21] Nordenstahl, Gustavo (2011). "Piratería en Alta Mar". http://www.nuestromar.org

V.- Conclusiones

La seguridad de la navegación y del transporte marítimo resulta cuestionada cuando surgen noticias de actos criminales de piratería en contra de buques, su carga, tripulación o sus pasajeros, poniendo en evidencia que esta práctica ha evolucionado casi a la par del tráfico marítimo. Bajo este panorama una gran parte de los Estados que dependen del comercio marítimo como fuente de riquezas y transporte de materia prima, optaron por coordinar sus acciones, amparadas en Acuerdos Internacionales cuyo fin último es la protección de sus intereses en el plano global, que si bien condujeron a la limitación del principio de libertad de navegación, constituyen un aporte categórico en la regulación sobre el Derecho del Mar, identificándose como un marco normativo que establece las reglas por las cuales deben regirse todos aquellos que hagan uso de los mares.

Estas Convenciones Internacionales, al estar destinadas a regular las actividades desarrolladas en los espacios marítimos, procuran establecer un equilibrio de intereses entre los países, sin embargo, esta misma confluencia de intereses es lo que conduce a que surjan roces, que conllevan en muchos casos a respuestas divergentes, que suponen interrogantes sobre la necesidad de realizar modificaciones a las normas.

La dinámica que envuelve el mundo marítimo lo hace cada día más complejo y desarrollado, por lo que los cambios serán necesarios en la medida en que la mayoría de los Estados así lo acuerden, y no como producto de intereses particulares.

En este sentido, es de suma importancia que las acciones se dirijan, además de velar por el fiel cumplimiento de la normativa nacional e internacional existente, a tomar disposiciones para orientar al navegante sobre las medidas de prevención que deben implementar con la finalidad de prevenir ataques, y en caso de que estos ocurrieran, determinar las actuaciones que deben adelantar a fin de ponerse en contacto con las autoridades competentes para que inicien rápidamente la transmisión de recomendaciones adecuadas, a través del servicio mundial de radioavisos náuticos, para así también poder dar aviso a los buques que se encuentren en las inmediaciones del lugar del ataque. Asimismo, debe reforzarse el canal de comunicación entre los navegantes y las autoridades competentes, no sólo para que ésta colabore en la solución de las contingencias que puedan suscitarse, sino para registrar estos casos y levantar así una data a partir de la cual puedan desarrollarse futuros planes y procedimientos encaminados a garantizar a los navegantes la seguridad en la navegación.

VI.- Bibliografía

Acuña, Jorge (2005). "Delitos en Altamar". Violencia, Criminalidad y Terrorismo. Fundación Venezuela Positiva. Caracas.

Bayot de Hiteshew, Clementina (2000). "El Seguro Marítimo". Revista Marítima Venezolana de Investigación y Postgrado. Escuela de Estudios Superiores de la Marina Mercante.

Código de Comercio Venezolano. Gaceta Oficial de la República de Venezuela Extraordinario N° 475 del 21 de diciembre de 1955.

Código Penal Venezolano. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinario N° 5.768 del 13 de abril de 2005.

Convención sobre Alta Mar. Ley Aprobatoria de la Convención sobre Alta Mar. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 26.616 del 1 de agosto de 1961.

Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, del 10 de diciembre de 1982.

Decreto con Fuerza de Ley de Comercio Marítimo. Decreto N° 1.506 publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.351 del 5 de enero de 2006.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional. Decreto N° 5.895 publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinario N° 5.880 del 9 de abril de 2008.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos. Decreto N° 6.126 publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinario N° 5.890 del 31 de julio de 2008.

Diccionario de la Lengua Española (2000). Tomo II. Vigésima Primera Edición. Editorial Espasa. España.

Ley General de Marinas y Actividades Conexas. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.570 del 14 de noviembre de 2002.

Lucena Samoral, Manuel (2005). *Piratas, corsarios, bucaneros y filibusteros*. Editorial síntesis. España.

Nordenstahl, Gustavo (2011). "Piratería en Alta Mar". http://www.nuestromar.org

Organización de las Naciones Unidas. Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas N° 1.816 del 2 de junio de 2008.

Organización Marítima Internacional. Resolución A.922 (22) del 22 de enero de 2002. Código de Prácticas para la Investigación de los Delitos de Piratería y Robo a Mano Armada perpetrados contra los Buques.

Organización Marítima Internacional. Resolución A.1002 (25) del 6 de diciembre de 2007. Actos de Piratería y Robos a Mano Armada perpetrados contra los Buques frente a la Costa de Somalia.

Organización Marítima Internacional Resolución A.1026 (26) del 2 de diciembre de 2009. Actos de Piratería y Robos a Mano Armada perpetrados contra los Buques en Somalia.

Rodríguez Carrión, José Luis (1992). *Estudios de Seguro Marítimo*. J.M. Bosch Editor, S.A. Barcelona-España.

Stuart, Robertson (2010). *La vida de los Piratas*. Editorial Crítica. España.

Villarroel, Francisco (1998). *Derecho Marítimo*. Paredes Editores. Caracas.

Gobernabilidad y sistema democrático participativo

Tres cuestiones a considerar a partir de los medios de participación consagrados en la Constitución de 1999

Jorge O. Castro Urdaneta*

La Constitución no sólo protege los derechos individuales, sino que lo hace en términos muy abstractos que permiten a juristas y profanos sostener un debate continuado acerca de cuál es la mejor forma de interpretar sus principios.
RONALD DWORKIN

Sumario:

I) Introducción - **II)** Democracia de mayorías vs. democracia participativa - **III)** Ciclos de elecciones en la Constitución de 1999 - **IV)** La Contraloría social y las contrataciones públicas - **V)** Consideraciones finales - **VI)** Bibliografía

I.- Introducción

La preocupación sobre la gobernabilidad en los sistemas democráticos en muchos casos se ha circunscrito a la búsqueda de la causa y las posibles soluciones de las crisis recurrentes de los sistemas políticos, por su incapacidad para dar respuesta efectiva a las exigencias sociales.

En este sentido, frente a la pregunta de cuál debe ser el modelo de actuación estatal para garantizar la satisfacción de estas exigencias, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagró un sis-

* Abogado Auxiliar II de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

tema de democracia "participativa y protagónica" y para ello redimensionó las estructuras tradicionales del Estado, distribuyó el ejercicio del Poder Público entre el Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional, dividiendo este último en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral, pero consagrando igualmente, el principio de colaboración entre cada una de las ramas del Poder Público en la realización de los fines del Estado.

Con la división del Poder Público, se pretendió garantizar además de la sujeción a derecho de los órganos que la conforman, disponer de un apropiado control político de los mismos, para lograr que la estructura política estatal responda a los principios de la democracia participativa, así como la posibilidad de controlar el debido ejercicio del Poder Público por parte de todos los órganos que lo integran.

Para la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el control político es un principio cardinal en el ejercicio del Poder Público, el cual se impone para asegurar la sujeción y la no desvinculación de los órganos a los fines del Estado[1], con lo cual se busca la eficacia normativa de la Constitución o un estrechamiento entre la realidad del Texto Fundamental y la realidad política, en tanto ningún sistema constitucional desecha la posibilidad de su violación parcial y por ello se justifica la creación de un sistema de justicia que permita el control de los actos derivados de la misma.

La Constitución es en ese contexto, la norma que por antonomasia se encuentra sujeta en mayor medida al devenir de la vida social y en ese marco, el control político directo por parte de la sociedad, se erige en el medio para materializar los valores democráticos, en tanto el contenido y alcance de sus previsiones posibilitará en definitiva un desarrollo armónico de los intereses contrapuestos que existen en toda sociedad.

Ahora bien, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 y los presupuestos de democracia participativa y protagónica, puede existir una tendencia en creer que el sistema vigente privilegia la imposición de políticas mayoritarias e incluso, bajo un concepto distorsionado de soberanía, afirmar validez de cualquier decisión -acto del Poder Público- si ésta es legítima, entendiendo por tal aquellas tomadas por la mayoría de la población, sin tomar en cuenta otros elementos que dan sentido y contenido real a la democracia.

---

[1] Sentencia número 1.117 del 5 de junio de 2006.

En ese orden, se planteará qué debe entenderse por soberanía y como para parte de la doctrina no es posible afirmar que un sistema pueda ser calificado como democrático, por el sólo hecho de ser legítimo en los términos antes expuestos.

Al mismo tiempo, se abordará si en la democracia participativa es necesario más allá de la transferencia de competencias directas a los individuos y sociedad en general, es más importante para la validez y eficacia de éstas, que existan condiciones mínimas necesarias para que la manifestación de voluntad sea realmente soberana, para lo cual se formularán unas breves consideraciones a los controles políticos, el derecho a la información, el sistema de referendos y al estado federal descentralizado.

Por otra parte, se propondrá una reflexión en torno a la viabilidad del sistema democrático participativo y protagónico consagrado, en el marco de una crisis económica y como tal vez el ciclo de elecciones que resulta de los períodos de los cargos de elección popular, podría atentar contra la efectividad de la gestión de gobierno, partiendo de la posible bifurcación que se generaría en la clase dirigente en escoger entre mantener su posición de poder y asumir el costo político de medidas "necesarias" pero impopulares.

Como último punto, se realizará una aproximación a la contraloría social como un medio de control político que debe profundizarse, siendo ello sólo posible si se elimina la mediación en el ejercicio de sus competencias, particularmente en materia de la actividad contractual de la administración.

Las anteriores consideraciones, parten de la convicción que la mejor forma de evitar la arbitrariedad, sólo es posible si los medios de control político consolidan asimetrías en los diversos polos del poder, con lo cual no bastarían las tradicionales relaciones entre órganos del Poder Público, ni siquiera el desarrollo de controles intraorgánicos, si ello no se apuntala con la participación directa de la población.

Finalmente, se comparte que "la idea de igualdad de poder político es un mito"[2] y que el control político no se constituye en una panacea a los problemas que subyacen en el ejercicio del Poder Público, pero si se erige en un elemento de particular relevancia en el propósito de regular el poder, cuya efectividad estará supeditada a las ideas dominantes y a

[2] DWORKIN, RONALD. La Democracia Posible. Principios para un Nuevo Debate Político. Paidos, España, 2008, p. 120.

la voluntad política para implementarlas, bajo esa perspectiva se abordan tres cuestiones vinculadas a los medios de participación política consagrados en la Constitución de 1999, a saber la democracia participativa y de mayorías, los ciclos de elecciones, la contraloría social y las contrataciones públicas, para finalizar con algunas consideraciones finales.

II.- Democracia de mayorías vs. democracía participativa

La democracia si bien es definida inicialmente por las normas constitucionales, sólo adquiere verdadero significado más allá de un mero calificativo, cuando se verifican sus elementos sustanciales en el funcionamiento de sus instituciones, vale recordar que en muchos casos las condiciones reales perfilan la antítesis de un sistema calificado como democrático como ocurrió con la desaparecida República Democrática Alemana.

En ese contexto, cuando la Constitución consagró un sistema de democracia participativa y protagónica, no concebía con ello un mero cambio nominal que se traduce en la continuidad de las desigualdades y causa de las crisis políticas padecidas por la República, sino pretendió sentar las bases jurídicas que garantizaran un cambio estructural en la nación, aunque ello desde el punto de vista estrictamente conceptual no permita afirmar que se ha consagrado un sistema democrático opuesto al representativo, en la medida que si bien se potenciaron medios de participación directa de la sociedad, lo cierto es que se mantienen instituciones propias de la democracia representativa.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha sido enfática al establecer que el principio de participación es un nuevo parámetro interpretativo de las instituciones y estructuras del Estado, sus órganos, competencias y procedimientos, que se materializa por una parte, en el deber del sector público de garantizar su aplicación en desarrollo de sus actividades y por otra, en carga de ciudadanos de actuar en un marco de responsabilidad y eficacia mínima.

Así, la democracia participativa es una obra en proceso, un proyecto constante que se debe perfeccionar, para viabilizar la obtención de su fin último, que no es otro que la de un mejor gobierno.

En la idea de democracia delineada en al Constitución de 1999, se exalta la voluntad popular como valor supremo del sistema jurídico que es incluso capaz de convalidar algunas actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico vigente.

Debe recordarse, por ejemplo que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, revisó y anuló una decisión de la Sala Electoral de ese Alto Tribunal, que resolvió que la exigencia de tres años de residencia en el Municipio, inmediatamente anteriores a la postulación exigida para la entonces vigente artículo 52 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, era una condición de validez del resultado de una elección en la medida que constituía un requisito impretermitible que debía cumplir todo aspirante a ser electo, por lo que al verificar el incumplimiento de la referida exigencia, procedió a declarar la nulidad del proceso electoral que culminó con la proclamación del Alcalde del Municipio Casacoima del Estado Delta Amacuro.

Para ello, el fallo revisor señaló que en ese caso debía ponderarse "un valor fundamental de nuestro máximo texto normativo" que atañe al "altísimo papel que ha sido reconocido a la voluntad popular", como manifestación del ejercicio de la democracia participativa y protagónica, cuyo contenido axiológico se deriva de los artículos 2, 3 y 5 de la Constitución.

Así, si bien la comentada causal de elegibilidad buscaba establecer un criterio objetivo de vinculación espacial entre electores y elegido, además de potenciar la idoneidad del candidato a ser electo, por su mayor conexión con aspectos propios de la vida local, y en consecuencia, una mejor condición para implementar políticas públicas, su infracción debía ser contrastada a la luz de los postulados constitucionales antes señalados, "en aras de salvaguardar el preponderante rol del cuerpo electoral una vez que ha sido manifestada su voluntad en un proceso comicial".

Desde esta perspectiva, la Sala consideró que la "legitimación brindada por el pueblo a través del sufragio mitiga la naturaleza del vicio denunciado, convalidándolo", en tanto debe "privilegiarse la libre expresión de la voluntad popular por encima de una técnica operativa, tomando en consideración -además- los traumatismos políticos e institucionales que supone la forzosa desincorporación de un funcionario electo"[3].

[3] Véase sentencia de la Sala Constitucional número 1.680 del 6 agosto de 2007, la cual concluyó que "cuando el ente electoral permite a una persona postularse y acudir a elecciones, se supone que dicho ente verificó que el aspirante cumplió con los requisitos para optar al cargo. En tal supuesto, si el postulado resulta vencedor en el proceso comicial de que se trate, mal puede señalarse que exista un ventajismo de su parte, quien inclusive compitió con la anuencia del máximo organismo electoral, por lo que la voluntad popular, piedra angular de la democracia participativa, debe ser respetada (…). Es indudable para esta Sala que el solicitante en revisión tenía nexos con el Municipio en el que resultó electo, pues de no ser así no habría triunfado

Ahora bien, si asumimos que el derecho en general y particularmente las normas constitucionales en un sistema democrático, postulan una prohibición de cualquier tipo de arbitrariedad o en palabras de la propia Sala Constitucional, existe "bajo el principio de racionalidad y no arbitrariedad que debe regir para todo ejercicio del Poder Público", cabría preguntarse si el Texto Fundamental propende a lo que se calificaría como un sistema de democracia mayoritaria, en el cual sólo se considera legítimo el ejercicio del poder a partir de las concepciones políticas, sociales y económicas del mayor número de personas que expresen su voluntad mediante actos electorales u otras formas de manifestación de voluntad popular directa, siendo esa característica suficiente para considerar validas las decisiones que cumplan con ese extremo formal.

Ciertamente, la democracia participativa comporta en términos generales un gobierno de la mayoría, pero no implica que éste sea para la mayoría, ya que el sistema jurídico se cimienta sobre la base de los derechos y garantías establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que no sólo no desconoce a las minorías, sino por el contrario, potencia un ejercicio del Poder Público para la sociedad en general y de medidas de acciones afirmativas en algunos casos.

En una sociedad democrática, existe la necesidad de reparar situaciones de injusticias estructurales en la sociedad, hacer efectiva la igualdad material, para lo cual se requieren acciones para evitar la discriminación por razones de género, raza, religión u otros, que se materializan por ejemplo, hasta el establecimiento de porcentajes particulares en el seno de la asamblea o congreso, para lograr la participación de grupos sub-representados, con lo cual se pretende garantizar la posibilidad de formar parte de las deliberaciones que deben darse en las instituciones que tienen a su cargo definir o desarrollar las reglas de convivencia en la sociedad [4].

---

en tal proceso comicial desarrollado -como ha de presumirse- en condiciones legítimas". En ese sentido, el propio Preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, advierte que el "fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica", propugnando como valores superiores "la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político" (artículo 3 *eiusdem*).

[4] El artículo 125 de la Constitución establece por ejemplo, que los pueblos indígenas tienen derecho a la participación política y el Estado garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena.

La razón de ello se fundamenta, en el concepto de soberanía que la propia Constitución recoge en su artículo 5, al establecer que la soberanía "reside intransferiblemente en el pueblo" y que como señala FERRAJOLI, "no es más que un principio de legitimación negativo de la democracia política"[5], con lo cual se prohíbe que sea usurpada por una persona o grupo de ellas, sean mayoritarias o no, ya que la soberanía no pertenece a ningún hombre o sector de la sociedad distinto al pueblo entero.

Entonces, la "soberanía popular (…) [como] transformación de la dominación política o poder político en la autolegislación"[6], no puede abordarse como "una manifestación ilimitada inmanente de grupos sociales sectorizados o entidades particulares dentro de la división político territorial de la República", ya que tiene como elemento propio su carácter nacional[7].

Lo anterior, disuelve la idea de concebir a los actos o manifestaciones de voluntad de la mayoría del pueblo, como elementos suficientes para calificar como democrático un sistema, incluso si este recoge diversos y amplios medios de participación directa, en tanto que las decisiones mayoritarias no pueden negar los derechos fundamentales de las minorías.

El ejercicio de los derechos fundamentales y particularmente de los derechos de participación política, tienen a la par de su función propia, directa o evidente, una misión o connotación social que los limita, y que desconocerse, dejarían de ser democráticos por más mayoritarios que estos sean, por lo que una decisión de casi la totalidad de la sociedad, manifestada en elecciones libres (referendos o asambleas constituyentes), no podría someter a las minorías a la esclavitud y pretender ser calificada como democrática por el sólo hecho de cumplir con la formalidad de producirse mediante medios de participación política.

Si el Estado debe 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, ello implica la obligación de avanzar, lo que supone dos obligaciones implícitas, como son la de optimizar continuamente el disfrute de los derechos fundamentales, y en consecuencia, la de abstenerse de tomar medidas deliberadamente regresivas.

---

[5] FERRAJOLI, LUIGI. *Principio Iuris, Teoría del Derecho y la Democracia; 2. Teoría de la Democracia*. Editorial Trotta, Boloña, 2011, p. 13.

[6] HABERMAS, JÜRGEN. *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*. Editorial Trotta, 2008, p. 623.

[7] Sentencia de la Sala Constitucional número 597 del 26 de abril de 2011.

Una de esas medidas, podría ser por ejemplo, que la mayoría limite el derecho de las minorías a la participación política para permanecer en el poder, una decisión de esa naturaleza sería contraria a la idea de democracia y se identifica más bien con el concepto de un estado totalitario[8].

Para la doctrina la democracia exige entonces, que los Estados no asuman una posición pasiva frente a una disminución en el nivel de goce o disfrute de los derechos fundamentales, para lo cual los poderes establecidos tienen mecanismos para lograr encausar la voluntad de la sociedad en los parámetros del ordenamiento jurídico vigente.

Incluso en el contexto de una asamblea nacional constituyente, como máxima expresión de la voluntad popular en orden a reformular las bases del ordenamiento jurídico, esta se encuentra limitada, así como "el régimen constitucional resultante, la normativa legal o las autoridades públicas que se funden o deriven de dicho régimen, deben respetar la tradición republicana, la independencia, la paz, la libertad, la democracia y los derechos humanos"[9].

Hay en suma, prohibiciones no sólo a las formas de manifestación de la voluntad popular sino también materiales en cuanto al contenido de los actos decisorios, que se reflejan en la imposibilidad de legitimar por las mayorías, decisiones contrarias a los derechos fundamentales, tal como señala FERRAJOLI al referirse a la redefinición de la soberanía popular y la relación entre la democracia y el pueblo, al señalar que:

> *podemos pues afirmar que el requisito formal y procedimental de las decisiones por mayoría, si bien es necesario para anclar, aun indirectamente, el poder político en sus destinatarios, no es suficiente para definir la democracia. No lo es en el plano de la teoría del derecho, al no ser el único requisito de las actuales democracias constitucionales. No lo es en el plano de la teoría política, al no*

[8] Sin embargo, ese planteamiento no sería tan fácil de abordar en casos como un replanteamiento de prohibiciones como el aborto, la eutanasia o la implementación de la pena de muerte, mediante actos de democracia participativa, ya que las concepciones sustanciales sobre esos temas justificarían igualmente como un retroceso o un avance en la regulación de los derechos fundamentales una decisión sobre esos temas.

[9] Sentencia de la Sala Constitucional número 24 del 22 de enero de 2003, en el cual se pronunció, con carácter vinculante, en lo atinente al sentido y alcance del artículo 350 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece que el "pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos".

ser la única condición de supervivencia de la propia democracia política. No lo es en el plano filosófico o axiológico, al no ser el único criterio de legitimación del poder político como expresión de la soberanía popular. Y todavía menos lo es en el plano fáctico, como garantía de correspondencia entre gobernantes y gobernados. Para que un sistema sea democrático se exige al menos que la mayoría no tenga el poder de suprimir la posibilidad de que las minorías se conviertan en mayoría. Más aún: se exige que ésta se halle vinculada a aquellos poderes «de todos» que forman la soberanía popular y en los que reside el valor democrático de todos los derechos fundamentales. Pero estos vínculos son normas sustanciales, que tienen que ver con los contenidos de las decisiones y que por tanto contradicen la tesis según la cual la democracia consistiría únicamente en un método, es decir, en las reglas procedimentales que aseguran la representatividad popular a través del sufragio universal y el principio de mayoría.

En suma, en garantía de las propias formas y del propio método democrático y de sus múltiples presupuestos, se exigen unos rasgos sustanciales como necesarios en toda definición teórica de «democracia» dotada de alcance empírico y de capacidad explicativa. La democracia constitucional se configura así como un paradigma complejo que incluye (...), junto a la dimensión política o formal, también una dimensión que he llamado sustancial, dado que se refiere a la sustancia de las decisiones: es decir, a los límites (lo que está prohibido) y a los vínculos (lo que es obligatorio) impuestos a los poderes representativos como otros tantos principios axiológicos de la democracia[10].

Ésta concepción de la democracia, es particularmente significativa en un sistema participativo en el cual se tiende a generalizar que las decisiones de la mayoría al ser legítimas, son justas, sin considerar por ejemplo que en su contenido no sólo podrían ser injustas para las minorías por ejemplo, sino contrarias a derecho conforme lo expuesto, en lo que se refiere a la dimensión sustancial de la democracia.

Así, se ha señalado que la democracia trasciende el hecho que las personas se gobiernen a sí mismas, ya que las decisiones de las mayorías

[10] FERRAJOLI, LUIGI. *Principio Iuris, Teoría del Derecho y la Democracia; Ob. Cit*., p. 15.

sólo serían "democráticas" si éstas no anulan o desconocen la condición o estatus jurídico fundamental del resto de la sociedad, quienes como miembros de la misma gozan de derechos y garantías que no pueden ser desconocidas, y por el contrario imponen en muchos casos, una actitud positiva por parte del Estado para resguardar sus derechos e intereses.

Para DWORKIN, esta concepción de la democracia que denomina asociativa, al contrario de una perspectiva mayoritaria, postula que:

> *Una comunidad que ignora continuamente los intereses de una minoría u otro grupo es por esa razón una comunidad no democrática, aunque elija a los representantes mediante impecables procedimientos mayoritarios*[11].

En ese sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que los medios para la resolución pacífica, continua y proporcional de los conflictos generados como consecuencia de las relaciones entre partes o sectores de la sociedad, tienen límites intrínsecos al sistema constitucional, aplicables a los órganos que ejercen el Poder Público, ya que:

> *El Estado Social, trata de armonizar intereses antagónicos de la sociedad, sin permitir actuaciones ilimitadas a las fuerzas sociales, en base al silencio de la ley o a ambigüedades de la misma, ya que ello conduciría a que los económicos y socialmente más fuertes establezcan una hegemonía sobre los débiles, en la que las posiciones privadas de poder se convierten en una disminución excesiva de la libertad real de los débiles, en un subyugamiento que alienta perennemente una crisis social* [12].

Ahora bien, ninguna experiencia histórica indica una tendencia a que en un sistema político una mayoría o minoría en el poder, tienda a favorecer a su contrario, en detrimento de su posición de dominio, como bien afirmaba HAMILTON, "dadle todo el poder a la mayoría, ella oprimirá a la minoría. Dadle todo el poder a la minoría, ella oprimirá a la mayoría. Ambas fracciones, por lo tanto, deben tener poder, de modo que cada una de ellas pueda defenderse contra la otra"[13].

---

[11] DWORKIN, RONALD. *La Democracia Posible, Principios para un Nuevo Debate Político. Ob. Cit*., p. 168.

[12] Sala Constitucional, sentencia número 85 del 24 de enero de 2002.

[13] Citado por GARGARELLA, ROBERTO. *Derecho y Grupos Desventajados*. Gedisa, Barcelona, 1999, p. 15.

Por ello, un sistema democrático debe propender a lograr reducir las asimetrías existentes entre los polos de poder, lo cual realiza fundamentalmente por medio de las instituciones de control político, entendiendo por tales todas aquellas potestades o procedimientos atribuidos a los órganos del Poder Público a los fines de equilibrarse y limarse mutuamente, en orden a tutelar efectivamente los derechos fundamentales del soberano, siendo calificados como instrumentos constitucionales para regular el ejercicio del poder, que en principio no deberían estar supeditados a su "aplicación discrecional, confidencial y circunstancial que supone la adopción de acuerdos entre los agentes políticos"[14], en tanto se erigen como una garantía de la real vigencia de los derechos fundamentales.

Es innegable que en la realidad, los controles políticos a diferencia de la objetividad que idealmente se postula de ellos, se constituyen en medios de intercambio o diálogo entre los titulares de los órganos de poder, en los cuales lo determinante en muchos casos, es la posibilidad que los agentes involucrados logren obtener beneficios recíprocos, bien sea por su implementación o no, lo que no comportaría necesariamente el afianzamiento de los consensos o acuerdos para garantizar los derechos fundamentales -por ejemplo de las minorías-, sino beneficios particulares o sectoriales de fuerzas sociales y económicas vinculadas al poder.

Ese dato cierto, en su aspecto más negativo sería un signo de desvanecimiento de la democracia, en la medida que denote una desvinculación de las estructuras de poder con la consecución del bien común en el marco de la legalidad, mediante la desviación de las competencias que legalmente se tienen atribuidas -en este caso el control político-.

Si bien, una pérdida del nexo como la antes descrita erosiona uno de los elementos medulares de la democracia, como sería la no arbitrariedad en el ejercicio del Poder Público; es igualmente claro, que los controles del poder no son en sí mismos una solución a los problemas de una sociedad, sino un instrumento cuyo diseño posibilite -en el marco del sistema participativo, un control directo a cargo de la sociedad- un mejor desarrollo del ejercicio del poder.

La entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) forjó un redimensionamiento de la estructura

[14] VALADÉS, DIEGO. *Constitución y Control Político*. En CARBONELL, MIGUEL. *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*. Porrúa, México, 2008, p. 355.

institucional del Estado, que generó un nuevo paradigma para el funcionamiento de los órganos del Poder Público y sus relaciones entre sí, en orden a encauzarlos con los fines que le han sido constitucionalmente encomendados, vale decir, el ejercicio del Poder Público se condiciona a la necesaria integridad que debe prevalecer en el desarrollo de actividades para lograr los fines específicos de la comunidad política, que en definitiva es alcanzar que la acción del Estado sea eficaz en la solución de los problemas sociales[15].

Para ello, el ordenamiento supremo ha levantado como nuevo paradigma en la división tripartita tradicional del Poder Público, el contenido en su artículo 136 al establecer que:

> *El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. (...) Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.*

Esa nueva división del Poder Público, debe garantizar en palabras de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

> *No sólo la sujeción a derecho de los órganos que la integran, sino disponer un adecuado control político de los mismos, que responda a las características propias de los órganos de rango constitucional, independientemente de la responsabilidad civil, administrativa o penal, que genere en cada caso el ejercicio del Poder Público.*
>
> *Ciertamente, la estructura política estatal garantiza los principios de la democracia participativa, así como la posibilidad de controlar el debido ejercicio del Poder Público por parte de todos los órganos que lo integran. Es necesario pues, tener presente que el control político está enraizado como principio cardinal en el ejercicio del Poder Público, el cual se impone para asegurar la sujeción y la no desvinculación de los órganos de los fines del Estado.*
>
> *Para ello, no basta con la creación de órganos de fiscalización interadministrativos o de control judicial, sino que debe existir la*

[15] GORDILLO, AGUSTÍN A. *Tratado de Derecho Administrativo*. FUNEDA, 1ra. Ed. Venezolana, Caracas, 2001, t. I, p. III-3 al III-6.

> *posibilidad que se pueda exigir directamente o indirectamente por el pueblo, un actuar ético conforme a los principios de probidad, rectitud y moralidad en el obrar de los órganos del Poder Público.*
>
> *Ese adecuado control ético político entre los órganos del Poder Público, responde a las características propias de los órganos de rango constitucional y, particularmente, a los medios de designación de sus titulares, bien sea cargos de elección popular o cuyo nombramiento se produzca indirectamente mediante la participación de varias instituciones de la sociedad e incluso de otros órganos del Poder Público (i.e. los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia)*[16].

De ello resulta pues, que el Estado a nivel constitucional se fundamenta no sólo en la división del Poder Público, sino además en el equilibrio entre ellos a través de la consagración de un amplio conjunto de controles jurisdiccionales, políticos y administrativos, que impidan el ejercicio ilimitado e irresponsable de la autoridad, en tanto que el poder dividido es, pues:

> *Poder limitado (formal y materialmente) pero las limitaciones sólo pueden ser efectivas si están garantizadas, esto es si van acompañadas de los correspondientes instrumentos de control. No hay democracia sin limitación y no hay limitación sin control [que lo haga efectivo]. De ahí que el control sea elemento irrescindible de la democracia (Corchetes añadidos)*[17].

Así, para los cargos de elección popular, la Constitución estableció como control político que "Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables (…)", mediante la organización de los denominados referendos revocatorios[18].

---

[16] Sentencia de la Sala Constitucional número 1.117 del 5 de junio de 2006.

[17] ARAGÓN REYES, MANUEL. *Estudios de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1998, p. 301.

[18] A los fines de garantizar la efectividad del ejercicio de ese derecho por parte del pueblo, "la propia Constitución redimensionó las características del órgano Electoral. Así, en la dogmática planteada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta nueva división del Poder Público Nacional, responde en el caso del Poder Electoral al reconocimiento de un Estado regido por un sistema democrático participativo que reconoce como uno de sus principios esenciales el ejercicio de la soberanía por el pueblo, quien la ejerce de forma directa o indirecta de conformidad con la Constitución y las leyes -vid. Artículos 3, 62 al 74 de la Constitución-, lo cual generó un replanteamiento de las funciones y competencias asignadas al órgano electoral (Consejo Nacional Electoral) -vgr. Iniciativa legislativa, competencias normativas y privilegios entre otros- (Cfr. Sentencias de esta

Con fundamento en el principio de participación, en esta última década se han realizado diversos tipos de referendos en el país, tanto bajo la Constitución de 1961, como en el vigente Texto Fundamental, entre los cuales se pueden destacar el consultivo constituyente -el 25 de abril de 1999-, el de la aprobación de la Constitución de 1999 -el 15 de diciembre de 1999-, el de la reforma constitucional -el 2 de diciembre de 2007- y la enmienda constitucional -15 de febrero de 2009-.

Los referendos son catalogados por la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 70, como medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía.

Por ello, el ordenamiento jurídico vigente desarrolla todo un sistema de referendos que van desde aquellos vinculados con la consulta de materias de especial trascendencia nacional, estadal o local; los aprobatorios de tratados internacionales o leyes, así como la creación de entidades político territoriales o bien la aprobación de convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, proyectos de reformas y enmiendas; los abrogatorios de leyes dictadas por la Asamblea Nacional y de los decretos con fuerza y rango de ley que dicte el Presidente de la República en ejercicio de la competencia contenida en el artículo 236.8 de la Constitución; hasta los revocatorios de cargos y magistraturas de elección popular, que conforme al artículo 72 del Texto Fundamental, permite que transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido un funcionario, un número no menor del veinte por ciento (20%) de los electores inscritos en la correspondiente circunscripción, pueda requerir la convocatoria de un referendo para revocar su mandato, al establecer lo siguiente:

> *Artículo 72.- Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables.*
>
> *Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato.*
>
> *Cuando igual o mayor número de electores y electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor*

Sala Nros. 934/06 y 471/06, casos: *'Exssel Alí Betancourt Orozco'* y *'Gaetano Minuta Arena'*, respectivamente)". Sentencia de la Sala Constitucional número 1.117 del 5 de junio de 2006.

de la revocatoria, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores y electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en la ley.

La revocación del mandato para los cuerpos colegiados se realizará de acuerdo con lo que establezca la ley.

Durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato.

El contenido del artículo 72 de la Constitución, es uno de los medios de control político en el sistema presidencialista vigente que mejor materializa la intención del constituyente de responder a la "sentida aspiración de la sociedad civil organizada que pugna por cambiar la cultura política generada por tantas décadas de paternalismo estatal y del dominio de las cúpulas partidistas que mediatizaron el desarrollo de los valores democráticos" y es cónsono con los principios de soberanía popular, y gobierno democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables, en los términos de los artículos 5 y 6 *eiusdem*[19].

Esta última modalidad de referendo, concreta uno de los postulados contenidos en el artículo 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que establece al gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y a las entidades políticas que la componen como democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables.

Ahora bien, la experiencia cardinal en el ejercicio del derecho a revocar un mandato de elección popular lo constituyó sin lugar a dudas el proceso de elecciones celebrado el 5 de agosto de 2004, mediante el cual se resolvería la continuidad del ejercicio de la Presidencia de la República para el ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías, electo para el período presidencial del 2000 al 2006.

De la celebración de tales comicios, lo interesante será determinar con el transcurso del tiempo y de nuevas experiencias en ese ámbito,

[19] Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia número 658 del 4 de abril de 2003.

determinar si será necesario replantearse nuevos medios para potenciar la institución de los procesos referendarios, al margen de los cuestionamientos circunstanciales que cada opción política demandará respecto de la regulación o materialización de la norma contenida en el artículo 72 de la Constitución.

Sólo ante la posibilidad de materializar el contenido de la referida norma nuevamente, será posible concluir si se fortaleció el referendo revocatorio como un medio de participación política que busca el control de la gestión de los funcionarios designados por elección popular, y en caso negativo, sugerir la necesidad de reformular la actual concepción de los referendos revocatorios a nivel constitucional, tal vez partiendo de una concepción del mismo que no se limite a considerarlo como un medio para consolidar la democracia participativa y protagónica, sino para reforzar la estructura política de la República como una Estado Federal Descentralizado, que se rija por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad.

Para parte de la doctrina, en el esquema de democracias establecidas en un marco de un federalismo consolidado, un ejercicio centralista del poder maximiza la posibilidad de desconocer a las minorías, en tanto que el fortalecimiento de las competencias a nivel regional y local, tienden a limitar naturalmente la implementación irrestricta de las políticas de las mayorías, ya que muchos de los temas corresponderían a los niveles inferiores político territoriales[20].

Para parte de la doctrina, la consolidación de un esquema federal descentralizado no sería del todo efectivo en el marco constitucional vigente, ya que el esquema de distribución de competencias entre los distintos entes políticos territoriales, no es más que avance nominal en la Constitución, sino la "consolidación y mantenimiento parcial de las reformas que se venían realizando desde 1989, con algunos retrocesos"[21].

Sin embargo, si se tiene en cuenta por ejemplo que el artículo 137 de la Constitución no calificó la descentralización a un ámbito particular -i.e. administrativa-, el constituyente planteó la posibilidad de

[20] GONZÁLEZ BARTOMEU, JUAN F. *Notas sobre Federalismo*. En GARGARELLA, ROBERTO (COORDINADOR). *Teoría y Critica del Derecho Constitucional*. Tomo I, Democracia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 446.

[21] BREWER-CARIAS, ALLAN. *Derecho Administrativo*. Tomo I, U.C.V., Caracas, 2005, p. 59.

efectuar una transferencia sustancial a los Municipios o a los Estados de determinadas materias de la competencia nacional, más aun si se tiene en cuenta que la descentralización es una "política nacional" en los precisos términos del artículo 158 *eiusdem*, que permite profundizar la democracia, al acercar el poder a la población y crear las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales[22], más aún cuando la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, reconoció esa posibilidad de descentralización estructural del poder, cuando señaló que:

> *El esquema federal venezolano se divide político territorialmente de forma vertical en República, Estados y Municipios. Cada uno de estos entes tiene una serie de competencias que deben ejercer dentro de un determinado ámbito territorial, sin embargo, cada uno de ellos debe interactuar con el resto de las personas político territoriales, de lo cual derivan un sin fin de relaciones que en lo posible deben ser armónicas.*
>
> *Ahora bien, según dispone nuestra Carta Magna recientemente promulgada, las competencias de cada uno de estos entes político territoriales están igualmente repartidas horizontalmente, atendiendo al principio de separación de poderes que informando la arquitectura organizativa del Estado venezolano desde antigua data. Así, el artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece la distribución vertical del Poder Público y la división (horizontal) de poderes a nivel nacional en los siguientes términos:*
>
> *Artículo 136: El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.*

[22] Para PEÑA SOLÍS, "aun cuando se admita la validez de la postura que aboga por la máxima amplitud del concepto de descentralización a secas, sin acudir a ningún tipo de calificación (…), en la práctica sólo podrán transferirse competencias administrativas, pues resulta muy difícil atendiendo a los principios relativos a la tutela del interés general, es decir, los concernientes a toda la nación y de igualdad constitucional, que el poder nacional pueda transferir competencias legislativas en materias que la Constitución reserva a la Asamblea Nacional, verbigracia elecciones, fuerza armada, seguridad social etc." (PEÑA SOLÍS, JOSÉ. *Lecciones de Derecho Constitucional General*. Volumen I, Tomo II. U.C.V, Caracas, 2008, p. 283-284).

Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.

Como se viera en el artículo precedentemente transcrito, resulta claro que el Constituyente únicamente estableció la división horizontal de los Poderes Público a nivel nacional. Por lo que respecta a los Estados, de la lectura del Capítulo III "Del Poder Público Estatal" del Título IV "Del Poder Público", se evidencia que la organización de los poderes públicos a nivel estadal se divide horizontalmente en: un Poder Ejecutivo que es ejercido por los Gobernadores de los Estados (Artículo 160) y un Poder Legislativo a cargo de los Consejos Legislativos estadales (Artículo 162); sin embargo, no prevé la Constitución un Poder Judicial a nivel estadal, pues la función jurisdiccional ha sido reservada al Poder Nacional, estableciéndose una cláusula descentralizadora en el artículo 269 eiusdem, conforme a la cual "la ley regulará la organización de circuitos judiciales, así como la creación y competencias de tribunales y cortes regionales a fin de promover la descentralización administrativa y jurisdiccional del Poder Judicial", pero hasta tanto no sea dictada dicha Ley por la Asamblea Nacional, el Poder Judicial sigue estando a cargo del Poder Nacional [23].

Igualmente, la propia Sala ha destacado que la interpretación de las materias relativas al reconocimiento de competencias a los estados y municipios, deben reconocer que "la posibilidad real de desarrollar un proyecto nacional en Venezuela, no es el resultado de un proceso pacífico y lineal en la historia de la República, por lo que los logros alcanzados a la fecha deben ser objeto de una tutela especial que consolide el proceso histórico que la precede", por lo que la interpretación de las manifestaciones de la descentralización tienen como límite intrínseco el no desconocer la estructura unitaria del poder, lo que se traduciría en principio en un reforzamiento del poder central [24].

Pero incluso bajo esa perspectiva, es posible afirmar sobre la base de las experiencias de descentralización vividas en nuestro país, que el sistema democrático participativo fortalecería su institucionalidad, si

[23] Sentencia de la Sala Constitucional número 118 del 6 de febrero de 2001.

[24] Sentencia de la Sala Constitucional número 597 del 26 de abril de 2011.

logra estrechar los vínculos entre los representantes y los ciudadanos en los ámbitos del ejercicio del poder.

Ciertamente, la consolidación de un estado federal descentralizado no conlleva a una resolución a los problemas que plantea la implantación efectiva de la democracia participativa consagrada en la Constitución, aunado a que introduciría nuevos problemas vinculados por ejemplo a la necesaria coordinación y control que el estamento nacional deba ejercer sobre los demás ámbitos político territoriales. Tan sólo cabe plantearse por ejemplo el lograr bajo el principio de igualdad una uniformidad en materias como las tributarias, en la implementación de servicios y estandarización de tecnologías (compatibilidad) o por ejemplo a nivel jurisdiccional en una reorientación que debería resguardar a partir de la Constitución las posibles asimetrías en la interpretación regional de los mismos, que se podría causar con una efectiva descentralización política.

Al margen de las anteriores consideraciones, lo cierto es que la efectiva trascendencia de la transferencia de competencias si no están acompañadas de medios de control efectivo en relación con el poder central, no permitiría una profundización real de esos procesos de descentralización.

Para ello, la consolidación de la autonomía además de fundamentarse en sólido esquema de ingresos propios que permitan el desarrollo de competencias prestacionales de forma efectiva, es necesario que reconozca formas de control político entre los estados y municipios, o de estos frente al Poder Nacional, lo cual no encuentra cabida en el vigente ordenamiento jurídico, como sería el caso por ejemplo, plantearse la ampliación de los titulares -iniciativa no decisión- para convocar referendos abrogatorios en cabeza de los entes políticos territoriales.

Dicho lo anterior, lo cierto es que la sola participación no resuelve los problemas de la democracia representativa, en tanto la manifestación de la voluntad popular no justifica por sí misma la constitucionalidad y carácter democrático de cualquier decisión, en los términos antes expuestos.

Además, el ejercicio de la democracia directa necesariamente supone la garantía de condiciones básicas mínimas que permitan una manifestación de voluntad libre como nos referiremos en el siguiente aparte, ya que si tan sólo se considera la formal manifestación de voluntad

mayoritaria como elemento estructural y legitimador de las deficiencias en el ejercicio del Poder Público, se desconocería la esencia misma de los sistema político como medio para lograr resultados concretos, en función de los problemas que afectan a la sociedad.

Para la democracia participativa, tan importante es la manifestación libre de la voluntad, a través de los medios de participación política, como la deliberación pública que debe precederla, en la cual se manifiestan las razones y contradicciones entre las mayorías dominantes y las minorías que buscar el reconocimiento de su estatus y es en ese proceso que deben generarse las decisiones obliguen a la sociedad en general.

En el desarrollo de esa cultura deliberativa, la función de los órganos jurisdiccionales es de suma importancia en tanto en el conocimiento de controversias relacionadas con la constitucionalidad de la leyes por ejemplo, corresponderá al tribunal resolver en muchos casos, los argumentos de grupos marginados en el debate político y ponderarlos en relación al sistema de derechos y garantías constitucionales.

III.- Ciclos de elecciones en la Constitución 1999

El constituyente diseñó un sistema de renovación de cargos de elección popular que se materializa en la continua celebración de eventos electorales en el país, no sólo porque los períodos correspondientes tienen diversa duración, sino porque es posible que estos sean objeto del control social antes de su culminación normal, mediante la celebración de nuevas elecciones como resultado de eventuales procesos refrendarios.

Así, la Constitución en su artículo 6, establece que la República Bolivariana de Venezuela se define por el carácter democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables, lo cual se materializó en la consagración de los referendos revocatorios previstos en el artículo 72 del Texto Fundamental, según el cual un número no menor del veinte por ciento (20%) de los electores inscritos en la correspondiente circunscripción, una vez transcurrido la mitad del período para el cual fue elegido un funcionario, pueden solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato, y sólo cuando un número igual o mayor a los electores que eligieron al funcionario hubieren votado a favor de la revocatoria, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores y electoras igual o superior al veinticinco por ciento (25%) de los electores

inscritos, se considerará revocado su mandato, y deberá procederse de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en la propia Constitución y en la ley.

En principio entonces, el Presidente de la República dura en sus funciones seis años (artículo 230), los diputados de la Asamblea Nacional cinco años (192), los gobernadores y diputados a los Consejos Legislativos cuatro años (artículo 160 y 162) e igual tiempo los alcaldes y los concejales (174 y 175 buscar ley)[25]; pero además, debe tenerse en consideración que el cumplimiento de tales ciclos de elecciones han sido modificados por diversas decisiones de los órganos del Poder Público, tal como ocurrió en el caso de los concejales, cuyo período venció en agosto de 2009 y, fueron objeto de un primer diferimiento cuando la Asamblea Nacional aprobó la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (LOPPM) y estableció el segundo semestre de 2010 para celebrarlas. Luego, en enero del año de 2011 fueron postergados hasta el primer trimestre de 2011, no obstante el Consejo Nacional Electoral (CNE) anunció que los referidos comicios se realizarán el 14 de abril de 2013[26].

Por su parte, decisiones del Poder Judicial han abordado el tema tal como resolvió la sentencia número 1.300, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 17 de junio de 2005, en la cual se fijaron los parámetros de interpretación del artículo 160 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, exponiéndose los criterios referidos a la finalización de los lapsos funcionariales por parte de los cargos de elección popular.

La justificación original de este sistema de elecciones, tal vez se fundamentó esencialmente en el contexto histórico en el cual se generó el proceso de reforma constitucional, en el cual una de las variables primordiales era lograr evitar que el ejercicio del poder se desvinculara de las necesidades fundamentales de la sociedad, siendo el costo político

[25] A pesar de no ser cargos de elección popular, también debe señalarse que los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia por doce años (264), los titulares de los órganos que integran el Poder Ciudadano, siete años (280 Defensor del Pueblo, 284 Fiscal General de la República y 288 Contralor General de la República).

[26] La Asamblea Nacional, reformó el 22 de abril de 2009 el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (LOPPM), postergando con ello las elecciones de Concejales y Miembros de las Juntas Parroquiales para el segundo semestre de 2010. Posteriormente, el 27 de mayo de 2009, el Directorio del Consejo Nacional Electoral mediante la Resolución Nº 090527-0301, suspendió "por este año [el 2009] (…) la convocatoria a la celebración de [todos] los procesos electorales que estaban previstos para celebrarse durante el año 2009".

de perder el control de los órganos que lo ejercen el medio de disuasión fundamental, vale decir, evitar la implementación de políticas contrarias al desarrollo sostenible y evitar la aplicación de políticas públicas como las que padeció la nación bajo la implementación del denominado Plan de Ajuste Estructural a finales del siglo pasado, propiciado por el Fondo Monetario Internacional, con las nefastas consecuencias que ello comportó para la sociedad venezolana[27].

Debe recordarse que en la segunda mitad de los años ochenta y durante los noventa, se pretendió imponer un proceso de reforma en orden a crear lo que se consideraba como condiciones imprescindibles para lograr un desarrollo económico sostenible, en el cual la apertura de la economía, los procesos de privatizaciones, la desregulación del sistema financiero y de los derechos consagrados en régimen laboral, se constituían como requisitos necesarios para acceder al apoyo financiero que requerían los países de la región por su delicada situación económica en algunos casos, pero fundamentalmente bajo una corriente predominante en las élites gobernante que postulaba en favor de intereses trasnacionales una liberalización general en todos los planos, siendo en las crisis económicas las condiciones políticas

[27] En la exposición de Motivos de la Constitución, se señala que: "La Constitución eleva el período presidencial a seis años debido a la modificación del sistema de controles político–sociales sobre el Ejecutivo Nacional. Y, como una innovación estructuralmente importante, desde el punto de vista de la legitimidad y responsabilidad del Presidente en el ejercicio del Ejecutivo Nacional, se permite su reelección inmediata por una sola vez para un nuevo período", pero además en los debates de la Asamblea Nacional Constituyente, puede advertirse en el sentido antes expuesto, que: "Artículo 257: Proposición del constituyente Antonio di Giampaolo: Propone: 'Cinco años con reelección inmediata por una sola vez'. Es todo, ciudadano Presidente. EL PRESIDENTE.-La Comisión propone seis años, y el constituyente Antonio di Giampaolo propone cinco años. Tiene la palabra el constituyente Antonio Di Giampaolo. CONSTITUYENTE DI GIAMPAOLO (ANTONIO).-Ciudadano Presidente. En relación a este tema quiero ser consecuente con lo que he planteado ya en otras oportunidades. Es necesario que haya coherencia en la duración del Poder Público, en cuanto al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo. No hacerlo así va a suponer en el 2004 elecciones, en el 2005 elecciones del Poder Legislativo, y en el 2006 elecciones para el Presidente. Lo lógico es que la duración del período presidencial sea similar. Aquí se ha dicho que en lugar de eso lo que se pretende es la renovación en períodos distintos. Bueno, si eso es lo que se quiere hacer pongamos que a mitad del período presidencial se escoja el Parlamento nuevo, pero eso no es lo que se está planteando. Insisto con la propuesta. Evidentemente hubo en la anterior votación en torno a este tema 40% a favor de cinco años; 60% entonces a favor de seis años. ¡Votémosla otra vez!. Es todo, ciudadano Presidente. EL PRESIDENTE.-Los ciudadanos constituyentes que estén por aprobar la proposición del constituyente Antonio Di Giampaolo de que sea cinco años se servirán manifestarlo con la señal de costumbre. (*Pausa*). Negada. Los ciudadanos constituyentes que estén por aprobar ratificar la proposición de la Comisión de que sean seis años, se servirán manifestarlo con la señal de costumbre. (*Pausa*). Aprobada".

propicias, para lograr por ejemplo la privatización a bajos precios de industrias estratégicas.

En ese sentido, la democracia participativa consagrada en el Texto Fundamental haría menos probable la posibilidad de implementar un nuevo plan de ajuste estructural cuando ello generaría un tremendo costo político bien con la implementación de medios de control directos como los referendos revocatorios, o con la modificación de las fuerzas políticas que integran muchos de los órganos que ejercen el poder -Asamblea Nacional- con lo cual se potenciaría la efectividad del sistema de contrapesos que se deriva del principio de separación de poderes.

Ahora bien, tras más de una década de vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la perspectiva inicialmente asumida por el constituyente se ha concretado en una sucesión de elecciones, en las cuales se ha puesto de manifiesto la forzosa y tal vez ineludible exigencia de contar con la colaboración de los titulares de los órganos del Poder Público, a los fines de lograr el desarrollo de los planes de gobierno, que sobre la base del contenido del Texto Fundamental se han constituido en un verdadero cambio en muchos de los paradigmas que se sostenían hasta entonces en todas las instituciones de la sociedad, tal como lo puso de relieve la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al destacar que en el Estado debe propender a la:

> *protección jurídico-constitucional de personas o grupos que se encuentren ante otras fuerzas sociales o económicas en una posición jurídico-económica o social de debilidad, y va a aminorar la protección de los fuertes. El Estado está obligado a proteger a los débiles, a tutelar sus intereses amparados por la Constitución, sobre todo a través de los Tribunales; y frente a los fuertes, tiene el deber de vigilar que su libertad no sea una carga para todos*[28].

Pero para lograr esos objetivos, el propio sistema participativo en la actual realidad política ha generado la necesidad de lograr en cada una de las instancias de elección popular, una mayoría que permita la eficaz gestión en términos de implementación del modelo socioeconómico que se considera más favorable y que de otro modo sería en el contexto sociopolítico actual de la República Bolivariana de Venezuela imposible concretar.

---

[28] Sentencia número 85 del 24 de enero de 2002.

En esos términos resulta inconcebible el correcto desarrollo de programas económicos o sociales por parte del gobierno nacional, estadal o local, sin la posibilidad de contar por ejemplo con la mayoría necesaria en la Asamblea Nacional -así como de las Asambleas Legislativas en los Estados o de los Concejos Municipales a nivel local- para la aprobación de las leyes necesarias para tal fin.

Ciertamente, si bien desde el punto de vista jurídico teórico es posible desarrollar la actividad gubernativa en un contexto de polarización del resto de los titulares de los órganos que integran los diversos niveles y ramas que ejercen el poder, ya que ello es perfectamente concebible y así lo ha destacado la doctrina al abordar el tema, particularmente cuando se refiere al principio de separación de poderes, el cual tradicionalmente ha sido concebido como un sistema de contrapesos entre las ramas del Poder Público, que postula la autonomía en sus funciones, lo cual comporta el control y la colaboración entre ellos, tal como lo enunció Montesquieu "para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder"[29].

Pero como bien apunta AGUSTÍN GORDILLO, "aquel equilibrio previsto en la Constitución no es entonces el que funciona en la práctica ni tal vez haya funcionado nunca realmente así"[30], a pesar que se

[29] Citado por FERRAJOLI, LUIGI. *Principio Iuris, Teoría del Derecho y la Democracia; 2. Teoría de la Democracia*. Editorial Trotta, Boloña, 2011, p. 191.

[30] Para el autor ello se debe a circunstancias sociales y políticas, las cuales resume en los siguientes términos:

"el Poder Ejecutivo no está sometido al Poder Legislativo sino que éste depende de aquél: a) Dado que los nombramientos de funcionarios públicos los hace el Poder Ejecutivo y que una parte lamentablemente importante del éxito político de los parlamentarios la hace su habilidad para obtener retribuciones y puestos para sus afiliados y sostenedores, resulta que cada parlamentario está por lo general solicitando del Ejecutivo el nombramiento de algún amigo o correligionario, en la administración pública, con lo cual el legislador se coloca en posición de peticionante más o menos sumiso al Ejecutivo de quien solicita el favor graciable del caso. b) Puesto que el Presidente de la República suele ser, formal o informalmente y salvo pocas excepciones, la cabeza visible del partido gobernante, los diputados y senadores no pueden tampoco tomar una actitud muy firme de control, con el temor de perjudicar su carrera política. c) El Ejecutivo, que cuenta con medios de publicidad que no están en igual grado al alcance de los legisladores, logra usualmente crearse una imagen más popular en la opinión pública que la de los legisladores individualmente o del Parlamento en conjunto. Esta imagen popular presiona a su vez en favor del Ejecutivo y sus obras reales o presuntas y en contra del Congreso, destacando siempre más los errores y deficiencias del segundo que los del primero. La justicia ha resuelto con todo acierto que la publicidad oficial al menos se divida razonable y no arbitrariamente entre los distintos medios, tratando de impedir una forma de censura administrativa a la prensa independiente. Pero ello no alcanza a modificar el fondo de la cuestión, que es el arma publicitaria en manos del gobierno" (GORDILLO, AGUSTÍN. Tratado de Derecho Administrativo, Parte General, Tomo I, Ob. Cit., p. III-4 a la III-5).

constituye igualmente en un medio que con sus limitaciones materiales, no sólo responde a la necesidad de articular el poder en un conjunto de funciones públicas, asignadas a diversas estructuras organizativas para lograr una distribución del trabajo por evidentes razones de eficiencia, sino fundamentalmente como una garantía esencial contra la acumulación del poder de forma absoluta.

El principio de separación de poderes consagrado en el artículo 136 del Texto Fundamental, lejos de implicar una división rígida de órganos y funciones, se complementa con el principio de colaboración, por cuanto "cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado", tal como lo disponía el artículo 118 de la derogada Constitución. Así, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia numero 3.098 del 14 de diciembre de 2004, sostuvo que el principio de colaboración de los Poderes Públicos comporta un control mutuo entre los mismos y admite, hasta cierto punto, "una confusión funcional entre ellos, es decir, que cada una de las ramas del Poder Público puede ejercer excepcionalmente competencias que, por su naturaleza, corresponderían, en principio, a las otras", por lo que es posible que potestades normativas y jurisdiccionales, puedan ser ejercidas por la Administración Pública o los órganos deliberantes y judiciales desarrollen ciertas funciones catalogadas como administrativas.

Incluso, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha puesto de relieve que la colaboración se encuentra particularmente presente en las relaciones entre los distintos niveles político territoriales bajo el principio de coordinación, ya que el estado federal descentralizado consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es el de un sistema en el cual "en el marco de la estructura político-territorial del Estado venezolano, es inherente al nivel nacional la potestad de coordinación" con los niveles estadales y municipales, no sólo en materias de competencia concurrente sino en aquéllas de competencia exclusiva nacional en las que de alguna forma intervengan los Estados y los Municipios[31].

Esa interdependencia de las potestades o funciones atribuidas a los diversos niveles y órganos que ejercen el Poder Público, tiene su fun-

[31] Sentencia número 565 del 15 de abril de 2008.

damento último en el concepto del bien común, el cual como afirma DROMI, es:

> *la ratio essendi del Estado, lleva implícita de modo prioritario la integridad prestacional que importa calidad en la gestión de los servicios públicos. Son tales prestaciones que cubren necesidades públicas o de interés comunitario, las que explicitan las funciones-fines del Estado, de ejecución per se (...). En nuestros días, para que exista calidad de vida los usuarios deben tener asegurado el derecho a un nivel de prestación adecuado, tendiente al mejoramiento de las condiciones de vida, con servicios públicos eficientes, cuya prestación integral y acceso universal estén garantizados por el Estado que debe, a través de las autoridades, proveer el control de la calidad, la eficiencia y la regularidad. Los servicios deben prestarse en condiciones de generalidad, uniformidad, continuidad y obligatoriedad* [32]

El cumplimiento de tales prestaciones en el actual contexto social y político, constituye la base sobre la cual sería posible la relegitimación periódica de los titulares de los órganos del Poder Público y en ese contexto, la concepción de la democracia participativa se constituiría en principio en un sistema en el cual el beneficio producto de una buena gestión se retroalimentaría mediante la retribución del voto popular, que produciría a su vez un fortalecimiento de las instituciones mediante la legitimación progresiva de los órganos del Poder Público que ejercen sus funciones correctamente y en "beneficio de la sociedad en general".

A tal conclusión, llegó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia cuando en su sentencia número 1.488 del 28 de julio de 2006, resolvió en unos de los argumentos a favor de la reelección en el marco del sistema constitucional vigente, que compartía la opinión de Hamilton, el cual consideraba la reelección como necesaria en orden a lograr que el pueblo tuviera la potestad de prolongar una administración "positiva en su propio beneficio y aprovechando las virtudes del gobernante reelegido (…) (Hamilton, Madison y Jay. "El Federalista". Fondo de Cultura Económica. México. 1994. artículo 72. pp. 308 y ss.)"[33].

---

[32] DROMI, ROBERTO. *Derecho Administrativo*. Editorial Ciudad Argentina, 10° edición, Buenos Aires, p. 187.

[33] La Sala señaló en la referida decisión que "comparte los criterios expuestos, pues lo mismo que en los dispositivos citados, la relección en nuestro ordenamiento no supone un cambio de régimen o forma del Estado, y muy por el contrario, reafirma y fortalece los mecanismos de

Sin embargo, cabe preguntarse que ocurre en aquellos casos en los cuales son necesarias determinadas decisiones, que si bien son "positivas" para la sociedad y que se toman o implementan "en su propio beneficio", son contrarias a la percepción inmediata de la población en general y por lo tanto pueden constituir un impedimento o desmejorar la situación electoral de los titulares de los órganos del Poder Público que ejercen cabalmente sus funciones.

En ese contexto, bastaría plantearse el impacto electoral negativo de asumir medidas de carácter impositivo, como podría ser el aumento de algunos impuestos, la devaluación de la moneda o en ejemplos más recientes como los llamados "corralitos", la congelación o disminución de salarios, o de la edad para lograr jubilarse, a las cuales han sido sometidos países como Argentina, Grecia o España.

Ciertamente, en aquellos casos en los cuales sea ineludible la implementación de medidas impopulares, como en los ejemplos anteriores simplemente se asumirían, no obstante en el marco de la realidad de la sociedad venezolana, en el cual se ha iniciado un proceso que busca refundar las estructuras e instituciones sociales, políticas y económicas existentes en el marco del estado de derecho y frente a una férrea oposición de lo que RONALD DENIS ha calificado como República liberal-oligárquica[34], no constituye una decisión que se limite a la continuidad o no de determinadas personas en los cargos de elección popular, sino fundamentalmente a la posibilidad de regresar o más bien desmantelar muchos de los logros en ese proceso de cambio.

Ahora bien, en la actualidad la República no atraviesa ningún momento de crisis económica extrema, que permita sostener que exista al

participación dentro del Estado Democrático, Social de Justicia y Derecho que estableció el Constituyente en 1999. De igual manera, la reelección, amplía y da progresividad al derecho de elección que tienen los ciudadanos, y optimiza los mecanismos de control por parte de la sociedad respecto de sus gobernantes, haciéndolos examinadores y juzgadores directos de la administración que pretenda reelegirse, y por lo mismo, constituye un verdadero acto de soberanía y de ejercicio directo de la contraloría social. Negar lo anterior, es tanto como negar la existencia de sociedades cambiantes y en constante dinámica e interacción. Es pretender concebir el Derecho Constitucional como un derecho pétreo e inconmovible, ajeno a las necesidades sociales. Más aún, en nuestras sociedades, donde estas necesidades sociales son tan ingentes, los cambios constitucionales son más necesarios en la medida en que se constate su existencia para mejorar las condiciones de los ciudadanos en peor situación socioeconómica, pues la norma constitucional sólo debe estar a su servicio".

[34] DENIS, ROLAND. *Las Tres Repúblicas, retrato de una transición desde otra política*. Ediciones Nuestra América Rebelde, Caracas, 2011, p. 116-140 y SANOJA OBEDIENTE, MARIO. Historia Sociocultural de la Economía Venezolana. BCV, Caracas, 2011.

menos la necesidad de asumir medidas de carácter abiertamente impopulares, pero la posibilidad que ello ocurra dadas las condiciones del sistema económico mundial no podrían ser calificadas como lejanas o fantasiosas, sino por el contrario bastantes plausibles.

Debe recordarse la crisis sistémica del sistema bancario en 1994, la cual como bien destacó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, constituyó:

> *La mayor crisis bancaria en la historia del país, que se inició el 13 de enero de 1994 con la salida del extinto Banco Latino C.A. de la Cámara de Compensación (...).*
>
> *En su oportunidad, las instituciones financieras aprovecharon los recursos para tener una idea de la magnitud de esta crisis, lo que de suyo implica tener una idea de la magnitud del objeto de las normas impugnadas, cabe señalar que los bancos e instituciones afectadas tenían, para el 31 de diciembre de 1993, un total de dos millones quinientos cincuenta y cinco mil setecientos veintidós (2.555.722) depositantes, que operaban a través de quinientas noventa y ocho (598) oficinas con captaciones que bordeaban los quinientos setenta y cuatro mil ochocientos veintinueve millones de bolívares (Bs. 574.829.000.000); solamente los depósitos en los bancos comerciales afectados representaban el 32,3% de los depósitos en todo el subsistema de la banca comercial nacional. Por su parte, para el país superar la crisis representó una pérdida en las reservas internacionales alrededor de diez mil millones de dólares, una devaluación del 60%, una tasa inflacionaria cerca del 100% y una contracción del Producto Interno Bruto no petrolero del 5.3%. El dinero que se le otorgó a los bancos fue igual al presupuesto nacional de 1994 y representó casi el 13% del Producto Interno Bruto del mismo año. (Cfr. Informes de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras y del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria).*
>
> *En definitiva, durante la crisis financiera de 1994 los grupos financieros dieron cabida a un sistema bancario turbio, donde los autopréstamos y las autocarteras estaban a la orden del día, desbordando la propia capacidad financiera, operativa y patrimonial de los bancos. Estos hechos dan cuenta de que allende donde no se han cumplido las prohibiciones impugnadas se deteriora el sistema bancario, incidiendo negativamente*

> *en el aparato económico de la Nación. Por ello, la idoneidad y la necesidad de tales prohibiciones dan al traste con los efectos perniciosos que producen su inobservancia, efectos que trascienden, en demasía, a la simple custodia del derecho a la igualdad. Se tratan de objetivos reales sustentados en hechos que la memoria nacional aún no ha olvidado*[35]

Un ejemplo más reciente, es que a finales de la primera década del presente siglo, los precios del petróleo bajaron significativamente y llegaron a impactar incluso en el presupuesto nacional, en el cual se debió priorizar en algunos rubros de la inversión social. Para ese año, debe recordarse que se efectuó un recorte del presupuesto fiscal de 2009 del 6,7 por ciento, basado en un precio del barril de petróleo que aproximadamente rondaba los 40 dólares en vez de los 60 inicialmente establecido en el presupuesto, aunado a un aumento del Impuesto al Valor Agregado (IVA), que pasaba del nueve al doce por ciento[36].

Incluso, el propio constituyente previó esa posible tensión entre la voluntad popular y las posibles medidas económicas, cuando estableció expresamente en artículo 74 de la Constitución, que regula el referendo abrogatorio de leyes, que no pueden ser sometidas a referendo abrogatorio entre otras, las leyes de presupuesto, las que establezcan o modifiquen impuestos, las de crédito público ni las que aprueben tratados internacionales, que pueden versar sobre materias que afecten el sistema económico interno.

Ciertamente, no es en el Texto fundamental que se encontraría la solución a tales crisis, ya que "en la Constitución no se encuentra la llave mágica capaz de resolver el problema en cuestión, pero al mismo tiempo se considera que allí reside parte de lo más importante que se puede hacer, colectivamente, en pos de un cambio"[37], y es a nuestro juicio en ese sentido que las instituciones constitucionales deberían revisarse, a los fines de prever al menos desde el punto de vista institucional y salvaguardando el principio de participación, la viabilidad y eficacia de las políticas públicas.

---

[35] Sentencia número 794 del 27 de mayo de 2011.

[36] Véase, en tal sentido la página web: http://www.eluniversal.com/2009/03/24/eco_ava_giordani-asegura-que_24A2265923.shtml, consultada el 28/8/2012.

[37] GARGARELLA, ROBERTO. *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. Algunas Reflexiones Preliminares, trabajo presentado para el Congreso Internacional 10° Aniversario de la constitución de la República Bolivariana de Venezuela del 7 al 9 de diciembre 2009, T.S.J., Caracas, 2009, p. 2 y 3.

En un ciclo de elecciones uniforme para los cargos de elección popular, se podrían diluir en la opinión pública -tal como ocurrió en el ejemplo antes mencionado-, el impacto negativo inicial de las medidas asumidas, en los beneficios posteriores que a mediano o largo plazo se podrían generar, como sería en el caso de una devaluación la cual podría impulsar la competitividad de los productos nacionales en economías extranjeras.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha señalado en relación con la relevancia de las instituciones constitucionales y particularmente en relación al ejercicio de las competencias de los órganos que ejercen el Poder Público, que:

> *En la consecución del Estado Democrático, Social de Derecho y de Justicia, cada uno de los órganos que ejercen el Poder Público, deben tutelar los principios y valores amparados por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pero para que tal postulado pueda constituirse en una verdadera garantía que permita que los conflictos de derechos que subyacen y emergen por la necesaria interrelación que se produce en una sociedad, es necesario que el arquetipo institucional pueda potenciar efectivamente un desarrollo fluido de los intereses antagónicos en la sociedad. Así, la Constitución propende a una concordancia en el ejercicio de las diversas competencias atribuidas entre los órganos del Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Electoral y Ciudadano, que evite un declive o degeneración terminal del sistema de derechos y garantía que se consagran en la Constitución y, por lo tanto, del Estado*[38].

En ese orden, la sociedad en general pero particularmente aquellos que directamente se encuentran constitucionalmente habilitados para promover la discusión y revisión de las instituciones constitucionales deben tener vocación de prevención y de solución eficaz de los posibles problemas que amenacen con el desarrollo institucional del proceso democrático, por cuanto ningún problema puede resolverse sensatamente sin tener en cuenta el efecto inminente y mediato de la periodicidad de los acontecimientos sociales, políticos y de crisis económicas, así como el costo y beneficio de las precauciones correspondientes para evitarlas o solventarlas.

[38] Sentencia número 794 del 27 de mayo de 2011.

Tal vez desde el punto de vista logístico, se debería determinar la factibilidad de reunir a lo largo de todo un año los procesos de electorales correspondientes, sin que ello necesariamente comporte la celebración de las denominadas mega elecciones con todos los problemas que causan para el elector y el sistema electoral en general[39], pero el grado de complejidad técnico debería ponderarse en relación a la afectación que el actual sistema tendría en los términos antes expuestos sobre el correcto desarrollo de las políticas públicas.

Una unificación de los ciclos electorales, no debe implicar la unión de las elecciones en un solo evento, debe recordarse que la intención de consolidar los ciclos electorales no es ajena a la vigente legislación, ya que en la Ley de Regularización de los Períodos Constitucionales y Legales de los Poderes Públicos Estadales y Municipales[40] resulta clara la intención del legislador al establecer en su artículo 2 que las elecciones para gobernadores y los legisladores de los consejos legislativos deben celebrarse conjuntamente al igual que en el caso de los alcaldes o concejales.

Sin embargo, dado el objetivo inicial del constituyente de establecer diversos períodos para los cargos de elección popular una unificación de los mismos debería ir acompañada de un replanteamiento del sistema de referendos -al menos los revocatorios-, que permita un control efectivo de la gestión de los titulares de los cargos de elección popular, así como de la contraloría social.

La necesidad de garantizar la posibilidad de implementar medidas que permitan evitar o disminuir el costo social de las crisis políticas o económicas resulta fundamental, ya que no sólo desde el punto de vista cuantitativo se afectarían variables macroeconómicas, sino fundamentalmente se incidiría en el impacto humano que ellas conllevan.

En este sentido, debe destacarse que la participación no puede percibirse como institución contraria a la eficacia de la gestión de gobierno y en general al ejercicio del Poder Público, ya que la factibilidad técnica

---

[39] En ese sentido, la presidenta del Consejo Nacional Electoral Tibisay Lucena descartó esa posibilidad para las elecciones a celebrarse en 2012, ya que a su juicio lo procedente sería dividirlas porque se daría la oportunidad a las electoras y los electores de que puedan concentrarse" y emitir su voto "con la mayor tranquilidad posible", véase en tal sentido la página web: http://www.correodelorinoco.gob.ve/wp-content/uploads/2011/09/CO732.pdf, consultada el 20 de agosto de 2012.

[40] Gaceta Oficial de la República número 6.013 extraordinario del 23 de diciembre de 2010.

de una política pública no tiene ningún valor real si esta no es secundada por su factibilidad social, la cual comporta que el titular de un órgano no puede imponer unilateralmente sus decisiones sino debe en lo posible lograr legitimar sus convicciones y asumir las consecuencias políticas de sus decisiones. Con lo cual el principio de participación genera a su vez, una necesaria tutela reforzada de la sociedad en general, que permita que la formación de la voluntad en determinados temas que se sometan a su consideración sea el resultado del derecho a conocer la realidad política, económica y social, a través de informaciones objetivas que generen una opinión pública constituida básicamente sobre elementos veraces.

Por ello, un elemento de fundamental interés en la democracia participativa es como afirmó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que el derecho a la libertad de expresión y de acceso a los medios de comunicación vayan unidos, en la medida que constituyen elementos fundamentales para "revitalizar las estructuras democráticas y potenciar la participación ciudadana", siendo fundamental en ese orden el contenido del artículo 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

> *Donde se impone a los medios de comunicación el denominado deber de informar, que tal como afirma Pérez-Royo (Curso de Derecho Constitucional. Madrid: Editorial Marcial Pons, 7° edición. 2000. P. 432), comprende intrínsicamente un aspecto activo y otro pasivo, como es, el derecho a comunicar o a no comunicar.*
>
> *El derecho a comunicar, supone que los medios de comunicación previamente habilitados para utilizar el espectro radioeléctrico, gozan en principio de libertad al momento de considerar noticiable una determinada circunstancia. Sin embargo, deben observar en la ponderación de los hechos susceptibles de transmisión, que la noticia debe tener un manejo masivo, que permita a la audiencia acceder a la información, pues ello resulta esencial para formar opiniones que conduzcan a una actuación responsable en un contexto democrático.*
>
> *Significa entonces, que el deber de comunicar tiene una dimensión objetiva que exige a los medios de comunicación el suministro de toda información concreta, que sea de interés para la opinión pública, aun cuando ésta pudiera no ser afín con los fines de lucro que persiguen los medios privados en su carácter de sociedades*

mercantiles, pues sobre el beneficio económico de la explotación del espectro radioeléctrico, se erige el valor intrínseco y superior de informar un determinado hecho, más allá de los intereses pecuniarios que su transmisión pudiera generar.

Es decir, el derecho a informar no se encuentra exclusivamente bajo el ámbito de la autodeterminación de los operadores y por tanto, la transmisión de un hecho noticioso sobre el cual recae el interés colectivo, pudiera ir incluso en detrimento de la programación regular de un medio de comunicación, ya que en tal caso, el beneficio económico individual del medio, debe ceder ante el derecho colectivo de recibir información general.

Según se ha citado, la esencia de la libertad de información reside en su función social y por tanto, en el derecho de todos a conocer la realidad social, política y económica, a través de transmisiones objetivas que permitan la creación de una opinión pública formada sobre elementos veraces[41].

De ello resulta pues, que para que el principio de participación sea realmente efectivo y las consecuencias de la denominada por la jurisprudencia autorresponsabilidad de los ciudadanos, sean cónsonas con el sistema de derechos y garantías establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el derecho a la información adquiere una relevancia cardinal en tanto se erige como un eslabón imprescindible para la existencia de una opinión pública que en el marco de ordenamiento jurídico pueda contribuir eficazmente en el ejercicio de la soberanía en los precisos términos del artículo 5 del Texto Fundamental, siendo en ese sentido correcto afirmar que existe un interés general que resulta inmanente al sector de las telecomunicaciones como elemento instrumental a la materialización del principio de participación.

La efectiva tutela de la libertad de información, es en definitiva la mayor garantía para garantizar que la sociedad se gobierne a sí misma, pero su ineficiente resguardo también se erige como uno de los mayores peligros para la realización de la democracia participativa, en tanto que una manipulación o control de los medios de información al servicio de intereses parciales, permitan legitimar decisiones contrarias al interés general de la sociedad.

[41] Sentencia número 2.152 del 14 de noviembre de 2007.

En ese sentido, la democracia participativa debe no sólo lograr medios para perfeccionar el control político propiamente dicho, sino además generar que la capacidad de los sectores privados o públicos de manipular la opinión pública que sólo puede ser combatido mediante un sistema educativo que forme un ciudadano lo suficientemente crítico para discernir respecto a la información que se le ofrece en el debate político.

Así, un sistema participativo en sí mismo no ofrece mayores soluciones para resolver los problemas que aquejan a la sociedad venezolana, por el contrario si la democracia participativa se adminicula al concepto de legitimidad absoluta de las mayorías, se socavaría paulatinamente los elementos constitutivos de la democracia.

IV.- La Contraloría Social y las contrataciones públicas

La contraloría social se ha definido, como el "sistema mediante el cual las comunidades ejercen acciones de control, vigilancia y evaluación del cumplimiento de los objetivos de los programas y obras públicas desarrolladas por la administración o los particulares con bienes o recursos públicos"[42], cuyo fundamento es el principio constitucional de la corresponsabilidad y la participación, que se desarrolla como una función compartida entre las diversas instancias del Poder Público, los ciudadanos y las organizaciones del Poder Popular, en orden a garantizar que "la inversión pública se realice de manera transparente y eficiente en beneficio de los intereses de la sociedad, y que las actividades del sector privado no afecten los intereses colectivos o sociales"[43].

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, reconoce el derecho de los ciudadanos de participar libremente en los asuntos públicos, particularmente en la formación, ejecución y control de la gestión pública, por lo que constituye una obligación del Estado y la sociedad, facilitar la generación de las condiciones más favorables para la práctica de la contraloría social, en tanto la Administración Pública además de estar al servicio de los ciudadanos, debe responder a los principios de transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en

---

[42] MORALES LAMUÑO, LUISA ESTELLA. *Derechos Políticos y Democracia Participativa desde la perspectiva de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. T.S.J. Serie Eventos N° 30, Caracas, 2009, p. 50.

[43] Artículo 2 de la Ley Orgánica de Contraloría Social, Gaceta Oficial número 6.011 extraordinario del 21 de diciembre de 2010.

el ejercicio de la función pública[44], por ello en la contraloría social se instituye en el marco del principio de participación, como "un medio esencial para oponerse y corregir fenómenos como la corrupción y la burocracia"[45].

Diversas normas han desarrollado aspectos relevantes de la contraloría social[46], algunas de ellas normalmente se limitan a reafirmar la necesidad de establecer procedimientos de participación -como se desprende por ejemplo de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal[47]- o bien, si establecen formas específicas de participación como ocurre en el caso de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, en la cual se desarrollan diversos mecanismos que permiten a todo ciudadano, participar no sólo en la vigilancia y control de la gestión pública municipal, en la ejecución de programas, planes y proyectos, en la prestación de los servicios públicos municipales, así como en la conducta de los funcionarios públicos, sino incluso en materias como la elaboración del presupuesto municipal, la cual se vincula directamente con la satisfacción de intereses generales de la comunidad, por lo que no puede afirmarse en

---

44 Artículos 62, 66, 141 y 184 de la Constitución.

45 MORALES LAMUÑO, LUISA ESTELLA. *Ob. Cit.*, p. 50.

46 Entre otras pueden mencionarse desde la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal a la vigente Ley Orgánica del Poder Público Municipal, la Ley Orgánica de Administración Pública, Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, Ley orgánica del Estatuto Orgánico de la Función Pública, Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas, entre otras.

47 Al señalarse que: "(…) Artículo 1. La presente Ley tiene por objeto regular las funciones de la Contraloría General de la República, el Sistema Nacional de Control Fiscal y la participación de los ciudadanos en el ejercicio de la función contralora. (…) Artículo 6. Los órganos que integran el Sistema Nacional de Control Fiscal adoptarán, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las Leyes, las medidas necesarias para fomentar la participación ciudadana en el ejercicio del control sobre la gestión pública. Artículo 14. Son atribuciones y obligaciones del Contralor General de la República: (…) 9. Fomentar la participación ciudadana en el ejercicio del control sobre la gestión pública. (…) Artículo 75. El Contralor General de la República, mediante resolución que se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, dictará las normas destinadas a fomentar la participación de los ciudadanos, haciendo especial énfasis en los siguientes aspectos: 1. Atender las iniciativas de la comunidad en el proceso de participación ciudadana en el control fiscal. 2. ordenar, dirigir, sistematizar y evaluar las denuncias ciudadanas. 3. establecer estrategias de promoción de la participación ciudadana para coadyuvar a la vigilancia de la gestión fiscal. 4. promover mecanismos de control ciudadano en proyectos de alto impacto económico, financiero y social. (…) Artículo 76. Las comunidades organizadas, así como las organizaciones representativas de sectores de la sociedad, podrán postular candidatos a titulares de los órganos de control fiscal de los entes y organismos señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley (…)" (Gaceta Oficial Nº 37.347 del 17 de diciembre de 2001).

ese ámbito una competencia discrecional del cuerpo legislativo, el cual se encuentra vinculado en los términos de la ley a la voluntad popular[48].

En diciembre de 2010, entraron en vigencia un conjunto de leyes que pretenden consolidar una regulación que recoge muchos de los avances que a nivel sectorial había desarrollado el legislador[49].

De ese cuerpo normativo, nos interesa referirnos específicamente a la Ley Orgánica de Contraloría Social la cual regula los medios para la promoción, desarrollo y consolidación de la contraloría social a través de la prevención, vigilancia, supervisión y control de la gestión pública,

[48] Al respecto, la jurisprudencia ha llegado a establecer límites sustanciales al ejercicio discrecional de competencias normativas de los órganos legislativos, en tanto se "ha señalado en sentencia Nº 2/09, que 'el presupuesto se constituye en un instrumento estratégico de planificación, administración y de gobierno local, que exige captar y asignar recursos conducentes al cumplimiento de las metas de desarrollo económico, social e institucional del Municipio, y será ejecutado con base en los principios de eficiencia, solvencia, transparencia, responsabilidad y equilibrio fiscal -Cfr. Artículos 311 y 315 de la Constitución, en concordancia con el artículo 227 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal-. No obstante, en el marco constitucional y legal las actuaciones del Municipio en el ámbito de sus competencias deben desarrollarse incorporando la participación ciudadana al proceso de definición y ejecución de la gestión pública y al control y evaluación de sus resultados, en forma efectiva, suficiente y oportuna -Cfr. Artículo 168 de la Constitución-, con lo cual se reafirman los postulados del principio de participación que caracteriza el sistema constitucional vigente'. Igualmente, en la mencionada decisión se dejó sentado que 'bajo el principio de racionalidad y no arbitrariedad que debe regir para todo ejercicio del Poder Público, no es posible concebir la idoneidad del instrumento fundamental para la ejecución de los planes de desarrollo económico y social (ordenanza de presupuesto), sin que el mismo responda bajo los principios y normativas aplicables', no sólo 'a los programas y obras que el alcalde recién electo ofreció en su campaña, y que la comunidad en definitiva respaldó con su voto', sino mas allá y desde una perspectiva esencialmente objetiva, vinculada con el correcto y eficaz funcionamiento del sistema normativo que regula la distribución de ingresos y ejecución de gastos en los entes y órganos de la Administración Pública; respecto a la necesidad de que los actos de los órganos legislativos no resulten arbitrarios, en la medida que están sujetos al estricto control jurisdiccional que hace posible la existencia del Estado de Derecho -Vid. Sentencias de esta Sala Nº 6/2000 y 2.194/2007- (…). Por lo tanto, que el legislador en el ejercicio de sus funciones deba actuar bajo el principio de racionalidad o de no arbitrariedad, comporta que toda medida adoptada debe responder o ser idónea a los fines y límites que el ordenamiento jurídico establece, lo cual en el caso de la formulación del presupuesto local, encuentra entre otras restricciones, la adecuación de la inversión a las necesidades de las comunidades o que de los ingresos previstos en el presupuesto municipal al menos el cincuenta por ciento deba destinarse a gastos de inversión en áreas preferentes como salud, educación, saneamiento ambiental y a los proyectos de inversión productiva que promuevan el desarrollo sustentable del Municipio; ello trae como consecuencia fundamental, que la prioridad para la asignación de los ingresos debe tenerla la Alcaldía, vale decir el Alcalde -a quien corresponde el gobierno y administración del Municipio- y demás órganos o dependencias cuya competencia sea la satisfacción de necesidades en tales áreas -Cfr. Sentencia de esta Sala Nº 2/09-" (Sentencia de la Sala Constitucional número 140 del 9 de marzo de 2010).

[49] En la Gaceta Oficial número 6.011 extraordinario del 21 de diciembre de 2010, se publicaron la Ley Orgánica del Poder Popular, Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular, Ley Orgánica de las Comunas, Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal y la Ley Orgánica de Contraloría Social.

comunitaria y del sector privado que incidan en los intereses colectivos o sociales, por lo tanto la ley es aplicable a todos los niveles e instancias político territoriales de la Administración Pública, a las instancias y organizaciones del Poder Popular y a las organizaciones y personas del sector privado que realicen actividades con incidencia en los intereses generales o colectivos; todo ello en el marco de las limitaciones legales relativas a la preservación de la seguridad interior y exterior, la investigación criminal, la intimidad de la vida privada, el honor, la confidencialidad y la reputación.

Para la Ley Orgánica de Contraloría Social el control social se ejerce de tres formas, a saber:

1. **Individual:** Cuando la persona formula o dirige una solicitud, observación o denuncia sobre asuntos de su interés particular o se relacione con el interés colectivo o social.

2. **Colectivamente:** A través de la constitución de organizaciones, por iniciativa popular, conformadas por dos o más personas, para ejercer el control de manera temporal sobre una situación específica y circunstancial; o permanentemente, sobre cualquier actividad del ámbito del control social, debiendo estas últimas cumplir con las formalidades de constitución establecidas en la Ley Orgánica de Contraloría Social y registrase en el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de participación ciudadana.

3. **Orgánicamente:** Cuando sean creadas mediante ley, estableciéndoseles su forma de organización, integración, funcionamiento y ámbito de actuación.

En general, el procedimiento para el ejercicio de la contraloría social, puede iniciarse por toda persona natural o jurídica, mediante denuncia, noticia criminis o de oficio, según sea el caso, bien sea (i) notificando directamente al órgano competente local, regional o nacional, para la apertura del inicio de la investigación a los efectos de comprobar la presunta infracción, irregularidad o inacción; (ii) el levantamiento de un acta suscrita por quien o quienes integren la contraloría social, en la cual se dejará constancia fiel de los hechos, acompañada de la documentación que soporte los mismos, la cual tiene según la ley carácter vinculante para los organismos receptores, lo que implica su obligación de realizar en el marco de sus competencias los procedimientos pertinentes para la aplicación de los correctivos y sanciones necesa-

rias; o haciendo el seguimiento de los procedimientos iniciados ante las autoridades administrativas, penales, judiciales o de control fiscal correspondientes.

La contraloría social no se ciñe a una esfera determinada del ejercicio del Poder Público, sino pretende más allá del control a posteriori de los proyectos, institucionalizar un sistema que incluya desde la concepción y ejecución de cualquier proyecto, hasta la eficaz inversión de los recursos asignados en relación con los beneficios efectivos a la comunidad.

La eficacia de tales normas y en general para la efectividad de la contraloría social, supone que la información que se suministre sea comprensible para los titulares de la contraloría social, en tanto que no tendría ninguna utilidad el conocimiento de balances o informes contables que no permitan el conocimiento necesario para ejercer ese medio de participación, tal como lo destacó en otras circunstancias la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al referirse a la información financiera:

> *Ciertamente, tras las crisis bancarias es común ver reflejados en distintos medios de comunicación, cómo expertos en materia contable señalan con cierta precisión y bastante claridad, como podía evidenciarse de documentos del conocimiento público (balances o informes financieros), una situación patrimonial delicada antes de la intervención de la institución y, sin embargo, casi la totalidad de los usuarios del sistema, se encontraban en pleno desconocimiento de tales circunstancias y, por el contrario, sólo tenían acceso en la mayoría de los casos, a una ingente pero clara cantidad de información publicitaria que los invita a participar (invertir) en la institución.*
>
> *Por ello, la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario debe realizar un mayor esfuerzo en lograr un sistema de información, dirigido al usuario promedio del sistema del sector bancario, que tomando en consideración la estabilidad del sistema financiero, traduzca a términos compresibles por el común de los ciudadanos, la información técnico contable que requiere la ley -y que debe seguir siendo suministrada-, ya que tanta utilidad tiene un informe contable o balance general para un trabajador sin conocimientos en materia financiera o contable, que una sentencia escrita en arameo para un juez ejecutor, simplemente no*

sabría qué hacer o qué consecuencias comporta la información en ella contenida[50].

Por ello, la Ley Orgánica de Contraloría Social estableció como una obligación de las distintas instancias y órganos del Poder Público, así como de todas las expresiones del Poder Popular, desarrollar programas, políticas y actividades orientadas a la formación y capacitación de los ciudadanos, en las materias técnicas relacionadas con el eficaz ejercicio de la contraloría social[51].

En el ámbito de los órganos que integran el Poder Judicial, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia regula en sus artículos 119 y 120, la participación ciudadana en la formación de políticas y control de la gestión de ese Alto Tribunal, siendo consagrada igualmente la obligación de sus órganos auxiliares y de todos los tribunales de la República generar las condiciones más favorables para garantizar el ejercicio pleno y efectivo de ese derecho.

Ahora bien, el mayor aporte en materia de contraloría social por parte de los órganos del Poder Judicial, debe darse en materia jurisprudencial en orden a viabilizar el principio de participación y corresponsabilidad en los tradicionales y nuevos procesos para la tutela de los derechos fundamentales.

Ciertamente, conceptos como el interés procesal deberán adecuarse a los fines de viabilizar un ejercicio directo por parte de los sujetos titulares de la contraloría social en materias hasta ahora vedadas para ellos.

En tal sentido, por ejemplo la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo del Justicia en sentencia número 870 del 31 de mayo de 2007, ha reiterado que:

---

[50] Sentencia número 794 del 27 de mayo de 2011. En ese sentido, JOSÉ MONTERO señala en relación a los estados financieros que "esas cifras así presentadas, nos dicen muy poco, para el común de los lectores; es necesario que esas cifras hables, deben exteriorizar su contenido para la mayoría de las personas que tienen interés en la empresa" (RUÍZ MONTERO, JOSÉ FÉLIX. Manual Didáctico sobre Análisis e Interpretación de los Estados Financieros. EJV, Colección textos legislativos N° 39, Caracas, 2007, p. 11).

[51] En ese sentido, el artículo 17 de la Ley Orgánica de Contraloría Social establece que "El Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de participación ciudadana, diseñará e implementará programas orientados a crear conciencia en la ciudadanía sobre la utilidad y ventaja del correcto funcionamiento de las instancias del Poder Público y del Poder Popular, así como de las organizaciones del sector público en la realización de sus actividades, para contribuir al desarrollo integral del país".

> *el interés al que se refiere el artículo citado [artículo 16 del Código de Procedimiento Civil] y que se corresponde con la defensa que en tal sentido está prevista en el artículo 361 eiusdem, es el llamado interés procesal, la necesidad del proceso como único medio para obtener la satisfacción de la pretensión hecha valer en la demanda y que se supone incumplida por aquel contra el cual aquella es planteada. La reconocida concepción del proceso como instrumento que permite el desarrollo de la función jurisdiccional adquiere notable sentido con el llamado interés procesal, desde que resultaría inútil activar el inicio de una controversia judicial cuando no se tenga necesidad de hacerlo. La falta de interés, no atiende al aspecto sustancial de la controversia, toda vez que ello implicaría la exigencia de tener la razón para poder demandar.*

Reiterando, que la doctrina más calificada entiende la cualidad o legitimatio ad causam, como la condición especial para el ejercicio del derecho de acción, tal como lo señalaba Luis Loreto, "se puede afirmar que tendrá cualidad activa para mantener un juicio, "…toda persona que se afirme titular de un interés jurídico propio", mientras que la cualidad pasiva corresponde a "toda persona entendida contra quien se afirme la existencia de ese interés' (Ensayos Jurídicos, 'Contribución al Estudio de la Excepción de Inadmisibilidad por Falta de Cualidad', Fundación Roberto Goldschmidt. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1987, p. 183)", por lo que un tercero ajeno a la relación contractual, no podría intentar por ejemplo una acción de cumplimiento de contrato[52].

Igualmente, pero refiriéndose a las demandas y acciones de amparo para la tutela de derechos e intereses difusos o colectivos, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que:

> *Cuando se demanda con base en una relación contractual, al demandado particular no puede exigírsele que haga extensivo un*

[52] Advierte "este Máximo Tribunal que la referida cesión de crédito no convierte al demandante en parte de los contratos de obra, no pudiendo así intentar dicha acción de cumplimiento; sin embargo, no puede obviarse el hecho de que al ciudadano Flavio Azael Roa le fueron cedidos los créditos derivados de aquellos contratos, y que por tanto, independientemente de la inadvertencia del actor al interponer una acción de cumplimiento de contratos en los que no es parte, careciendo por tanto de cualidad para tal pretensión, pero en cambio sí tiene cualidad para demandar el pago de los créditos que le fueron transferidos en propiedad, de cuya cesión está notificado el deudor cedido, que es precisamente el Municipio demandado, todo ello en resguardo al derecho a la tutela judicial efectiva y a una justicia material, principios consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela" Sentencia número 870 del 31 de mayo de 2007.

contrato en el cual él es parte, en provecho de quienes no han contratado con él, o de quienes no han hecho valer sus derechos subjetivos, ya que ello atentaría contra el principio consagrado en el artículo 1166 del Código Civil -cual es el de relatividad de los contratos- (...)" -Vid. Sentencia de la Sala Nº 93/04-.

En el presente caso, resulta claro que el interés individual de las accionantes se circunscribe a la tutela de sus derechos e intereses particulares, derivados de una relación contractual para la construcción -en el marco de convenios internacionales suscritos por la República Bolivariana de Venezuela con la República Popular China-, de una obra pública de interés general para la sociedad.

Ahora bien, la exigencia de cumplimiento o interpretación de contratos de obras públicas por parte de uno de los contratantes a los fines de lograr la ejecución del mismo, siempre afectarán al menos de forma mediata o refleja, un bien que atañe a todo el mundo (pluralidad de sujetos), y que sin vínculo jurídico entre ellos, se ven lesionados o amenazados de lesión, o bien a un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable, lo que podría subsumirse en la esfera de los derechos o intereses difusos o colectivos, respectivamente.

En tal sentido, la Sala reiteradamente ha señalado que si bien el cumplimiento extensivo contractual escapa de la esfera de los intereses colectivos o difusos, tal limitación no se verifica (...) si se está en presencia de servicios públicos que se adelantan contractualmente con los usuarios -el servicio eléctrico por ejemplo-, ya que lo masivo de la prestación del servicio necesario -a pesar de ser contractual la relación- puede lesionar a la población en general o a un sector de ella, siempre y cuando la prestación del servicio atente contra la calidad de la vida, como prestación indeterminada a ser cumplida por quien lo preste (...)" -Vid. Sentencia de la Sala Nº 93/04-. Sin embargo, la pretensión propuesta no versa sobre un contrato del cual se benefician en la actualidad los usuarios.

En un caso similar, en el cual un grupo de ciudadanos pretendió obrar en defensa de intereses difusos y colectivos, en su condición de habitantes de diversos Estados del país (Carabobo, Aragua, Lara, entre otros) por el retardo supuestamente producido en la ejecución de los sistemas ferroviarios (arriba indicados), a causa de la omisión del Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, del Ministerio del Po-

der Popular para la Infraestructura y de las Direcciones Regionales del Ambiente de los Estados Carabobo, Yaracuy y Lara, de emitir la permisología requerida para dichos sistemas, aduciendo actuar en protección del ambiente, la Sala afirmó que:

> *La presente demanda no está dirigida a la defensa de un derecho o interés difuso, como lo sería la protección del ambiente, en los términos en que fue señalado por los actores, pues la obtención de la permisología ambiental que deba proveer la autoridad administrativa nacional competente, obedece al cumplimiento de una obligación determinada y específica (no genérica) en el ordenamiento jurídico, que en el caso de autos afectaría las fases de un procedimiento administrativo para la ejecución de una obra determinada, como lo es el sistema ferroviario nacional, pero no el medio ambiente en sí mismo.*
>
> *Así pues, es evidente que la pretensión de los actores se concreta con el cumplimiento de una obligación específica y determinada, la cual es ventilable ante la Sala Político-Administrativa por la vía del recurso contencioso administrativo por abstención, previsto para el supuesto planteado en autos en el artículo 5, numeral 26, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide.*
>
> *2.- Que el objeto de dicha demanda ha sido -según lo afirmado por los accionantes- la obtención de la mencionada permisología ambiental, en tutela de los habitantes de las zonas que se beneficiarían con los distintos tramos del mencionado sistema ferroviario.*
>
> *Al respecto, la Sala considera que lo planteado no se corresponde tampoco con la acción en protección a un interés colectivo, pues aun cuando los actores puedan ser beneficiarios del sistema ferroviario, en condición de futuros usuarios, el asunto planteado radica específicamente en el supuesto incumplimiento de una fase del procedimiento administrativo para la ejecución de una obra pública, esto es, que se emitan los permisos por parte de las autoridades competentes para la continuación de las actividades relativas a la ejecución del sistema ferroviario, lo cual sólo interesa a las partes contratantes del Convenio por medio del cual se acordó la construcción de dicho sistema de transporte.*
>
> *Así pues, visto que lo solicitado en el presente caso no se corresponde a una demanda por intereses difusos, y tampoco a*

la protección de un interés colectivo, esta Sala concluye que la presente demanda es inadmisible[53].

Bajo tales parámetros, la Sala aclaró que los particulares u órganos del Estado que constitucionalmente estén obligados a ese tipo de prestaciones de interés general, podrían ser objeto de sujetos de una acción por derechos o intereses colectivos o difusos, cuando al incumplir sus relaciones contractuales dañan la calidad de vida de los afectados que conforman un sector determinado de la sociedad como ocurriría por ejemplo en el incumplimiento de normas sanitarias, pero tal acción surge cuando a estas personas se les imputa la prestación y su incumplimiento se adminicula a la violación de un derecho constitucional, pero aclaró que cuando son los contratistas de la Administración, intentan acciones por intereses colectivos o difusos y su pretensión se circunscribe a la tutela de sus derechos e intereses particulares relativos a la interpretación y ejecución los contratos suscritos, la jurisdicción competente sería la contencioso administrativa.

[53] Sentencia número 2.150 del 6 de diciembre de 2006. Respecto del caso particular, Sala declaró inadmisible el amparo con fundamento en el artículo 6, numeral 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, desde que observó que "existe una contratación efectuada por el Instituto Autónomo de Ferrocarriles del Estado (IAFE) con la Empresa para la Infraestructura Ferroviaria Latinoamericana, S.A. (Ferrolasa) -empresa mixta 'Cuba-Venezuela', creada mediante Decreto Nº 457, publicado en Gaceta Oficial Nº 38.457 del 13 de junio de 2006-, para la rehabilitación del mencionado Sistema Ferroviario Centro Occidental Simón Bolívar -lo cual se advierte por notoriedad judicial de la revisión el 1 de octubre de 2007, de la Página Web http://www.iafe.gov.ve/spip,php?article318-, lo que preliminarmente se constituiría en un elemento que imposibilitaría una lesión a la calidad de vida de los futuros beneficiarios del sistema ferroviario y, potencialmente, de todos los residentes en la República. Así pues, en el presente caso es evidente que la pretensión de los actores se concreta con el cumplimiento de una obligación específica y determinada, que no involucra la tutela de derechos o intereses difusos o colectivos en los términos expuestos. Por lo tanto, visto que lo solicitado en el presente caso no se corresponde a una demanda por intereses difusos, esta Sala pasa a conocer las causales de inadmisibilidad de la acción de amparo interpuesta (…). Así pues, en el presente caso es evidente que la pretensión de las actoras se concreta con el cumplimiento de una obligación específica y determinada, la cual es ventilable -sin perjuicio de las estipulaciones de las partes en los respectivos contratos-, ante la Sala Político-Administrativa por la vía contencioso administrativa. Por lo tanto, visto que lo solicitado en el presente caso no se corresponde a una demanda por intereses difusos, y tampoco a la protección de un interés colectivo, esta Sala concluye que la presente acción de amparo es inadmisible, ya que no puede considerarse a la acción de amparo constitucional como la única vía idónea y eficaz para el restablecimiento inmediato de la situación jurídica alegada como infringida, tales como las denuncias relativas al derecho a dedicarse a la actividad lucrativa de su preferencia, a la seguridad jurídica y a la confianza legítima, toda vez que, como lo ha reiterado la Sala en diversos fallos, no toda trasgresión de derechos y garantías constitucionales está sujeta de inmediato a la tutela del amparo, ya que para ello existen las vías procesales ordinarias -como la ya indicada-, en las cuales todos los jueces de la República deben restituir la situación jurídica infringida, antes que la lesión se haga irreparable".

En ese sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia parcialmente transcrita, precisó que la realización y culminación de obras que por su naturaleza ocasionarán un incremento en la mejora de la calidad de vida de la sociedad en general o de una comunidad en particular, como sería el caso de la construcción de vías ferroviarias o de hospitales, ello es una característica común a los contratos sobre servicios públicos o actividades de interés general, por lo que no "puede pretenderse una interpretación tan amplia de la tutela judicial de los derechos e intereses difusos o colectivos, que desconozca o vacíe de contenido el resto de las acciones judiciales", las cuales permiten una protección eficaz por vía judicial de esos derechos o intereses, ya que la jurisdicción contencioso administrativa, igualmente velaría por los intereses generales de la sociedad conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

A las acertadas consideraciones jurisprudenciales antes mencionadas, cabe sin embargo señalar que la contraloría social parte de la necesidad de lograr un mejor medio para el examen de la actividad de la Administración, más allá de los tradicionales medios de investigación para la determinación de las responsabilidades del caso, vale decir para combatir más eficientemente los posibles casos de corrupción.

Desde el punto de vista ideal, las instituciones públicas y privadas que desarrollan actividades de interés general, están sometidas a todo un conjunto de estructuras de control y procedimentalización de su actividad, que debería garantizar en principio el correcto ejercicio de sus competencias, aunado a la posibilidad de acudir al sistema de justicia quien resolvería en definitiva cualquier controversia que surgiera en la materialización de tales actividades.

Sin embargo, no está sujeto a discusión que en diversas ocasiones los titulares de los órganos con potestades públicas y los particulares que entran en relación con ellos, no adecuan su actividad a los fines y bajo los términos que el ordenamiento jurídico exige para la satisfacción de los intereses de la sociedad.

En esos casos, sería bastante ingenuo sostener que las partes -las personas- que se encuentran vinculadas por vía contractual, asuman o desarrollen una actividad para controlar y corregir las desviaciones contrarias al ordenamiento jurídico, que ellas mismas propiciaron y de las cuales eventualmente se beneficiaron, como ocurre en los casos de corrupción, basta pensar en un ente que contrata con una empresa sin

capacidad financiera y técnica para desarrollar una obra como la construcción de vías de comunicación, a la cual le otorga un porcentaje superior de anticipo al legalmente permitido, en esos casos en los cuales el retraso de la obra es inevitable, ya que la empresa no puede asumir tal proyecto por su incapacidad, es claro que no existiría por parte de ninguno de los contratantes interés en demandar, por ejemplo, el cumplimiento del contrato.

En ese caso hipotético, también sería incuestionable que la comunidad agrícola que se beneficiaría de una carretera asfaltada que facilite la salida y entrada de sus productos y el acceso del transporte público para los habitantes de las poblaciones correspondientes, no sólo serían los principales interesados para obtener lo más pronto posible el cumplimiento del contrato e incluso iniciar los procedimientos correspondientes para lograr que se impongan las sanciones correspondientes.

No es ajeno a la práctica administrativa privada y pública a nivel mundial, que en casos de corrupción las irregularidades en el manejo de recursos públicos no son advertidas y menos atacadas bajo la dirección de una administración en particular, sino es sólo después de la sustitución de la misma y mediante auditorias posteriores, es que es posible abordar tales problemas. En cambio, tales problemas sí podrían ser del conocimiento de los sujetos titulares de la contraloría social, que por lo demás se constituyen en estructuras paralelas a los órganos u entes sujetos a vigilancia y, por lo tanto, no sometidos a los principios de jerarquía ni dependen económicamente de las mismas.

Ciertamente, al ser los principales beneficiarios de las obras inconclusas, los titulares de la contraloría social advertirían de forma más rápida el retardo o paralización de las obras y al ser una estructura al margen de los burócratas u operadores políticos de turno, su posible intervención no se vería en principio mediada o retrasada por intereses ajenos -como por ejemplo lograr réditos políticos- al logro o acceso de servicios u obras públicas de calidad.

También, es de tener en cuenta que más allá de instancias "paralelas" para el buen funcionamiento de la Administración Pública -como sería el caso de la Contraloría General de la República o la Procuraduría General de la República o instituciones con similares competencias en los diversos entes político territoriales-, la posibilidad de verificación oportuna de irregularidades no es tan eficiente como sería la desarrollada por la contraloría social por las circunstancias antes descritas.

En el marco del empoderamiento de las comunidades, existen diversos medios que permiten la participación directa de las mismas -vgr. Mediante los consejos comunales- en el desarrollo de las obras o en la prestación de servicios que suministraban las estructuras admirativas tradicionales -vgr. Municipios-, pero aún en esos casos se debe tener en consideración que la contraloría social parte del supuesto que independientemente de la naturaleza sea pública o privada de los sujetos sometidos a su vigilancia, lo importante es la eficiencia y eficacia en el desarrollo de las competencias que tienen asignadas, por lo que la contraloría social es una garantía de la comunidad frente a la estructura pública, pero también de la comunidad frente a la comunidad.

Desde esa perspectiva, es posible afirmar partiendo del principio de participación, que frente a un útil medio de control popular del ejercicio directo o indirecto de la actividad administrativa, existe la necesidad de emprender un cuestionamiento del alcance y efectividad de los medios formales para el control judicial de la actividad contractual de la Administración.

A nuestro juicio, una posible ampliación de los medios de control judicial de la actividad contractual de la Administración, sería una respuesta cónsona con el ordenamiento jurídico vigente, que afirma en términos generales, que el único medio de intentar poner fin en última instancia a los problemas derivados del ejercicio del Poder Público, es que los ciudadanos cuenten con medios directos que consoliden una mayor certidumbre jurídica, mediante la consolidación de un ejercicio efectivo de los derechos fundamentales.

Sin duda, ello sólo sería posible mediante un replanteamiento a nivel legislativo y jurisprudencial de las actuales normas procesales, pero no existiría al menos desde la perspectiva de la Constitución una objeción de fondo, ya que a la contraloría social la Constitución y la legislación le ha asignado una labor cardinal en la tutela de la eficacia y probidad en el desarrollo de obras o en la prestación de servicios, siendo en todo caso un problema de ingeniería legislativa o jurisprudencial el viabilizar ese tipo de acciones -como sería, por ejemplo el silencio o la inactividad de los órganos ejecutores ante las solicitudes de los sujetos de la contraloría social-.

Claro esta, ante la anterior posibilidad no sólo se podría argumentar en contra todo un conjunto de inveterados principios tales como la relatividad de los contratos, pero como la propia Sala Constitucional con carácter vinculante ha señalado, desde la entrada en vigencia de la

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se planteó una redefinición estructural del arquetipo para el funcionamiento de los órganos del Poder Público y, particularmente de sus relaciones entre sí, en orden a armonizarlo con los fines que le han sido constitucionalmente encomendados, por lo que ha sido jurisprudencia reiterada de esa Sala, aquella que postula la interpretación del ordenamiento jurídico conforme al principio de participación, en tanto que:

> *Si se afirma que en virtud de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el ejercicio de la actividad gubernamental debe darse en el marco del principio de participación, entonces se tiene que dotar a todos los habitantes de mecanismos de control para permitir que ellos mismos tutelen la calidad de vida que desean (...). Al consagrar la Constitución la participación como principio, no solamente se establece un parámetro interpretativo del ordenamiento jurídico, sino una verdadera obligación en todos los órganos del Poder Público de materializar ese principio en el desarrollo de sus competencias, por lo que el Estado y los ciudadanos deberán actuar en un marco de responsabilidad y eficacia mínima. Esa responsabilidad y eficacia, que se deriva del ejercicio directo del Poder Público por la sociedad organizada, no se circunscribe al reconocimiento del control social o comunitario -al margen de los controles intraestatales- sino la imposición a cargo de la sociedad en su conjunto y cada uno de sus integrantes del principio de autoresponsabilidad -Cfr. Sentencias de esta Sala Nros. 471/06 y 1.117/06-*[54].

La participación política directa de la sociedad y particularmente mediante la contraloría social, puede constituirse en un medio bastante efectivo para evitar la monopolización del ejercicio del Poder Público y las posibles objeciones al retardo o interferencia que comúnmente se le atribuye a la participación ciudadana, en nada se comparan con el costo social de obras que no se realizan y el daño institucional que se genera ante la imposibilidad de recuperar las inversiones realizadas y lograr la ejemplar sanción de los sujetos involucrados.

En términos de costos, la posibilidad de lograr una colusión es menos factible en la medida que se aumente el número de los agentes o

[54] Sentencia número 451 del 25 de abril de 2012.

sujetos necesarios para lograr una componenda eficaz que permita desarrollar actividades al margen de la ley, con lo cual si se introduce una variable en la ecuación que tradicionalmente permite el desarrollo de prácticas delictuales -complicidad político económica-, es posible que se aumenten los costos para la realización tales conductas.

No es nueva la afirmación, según la cual aquéllos que se favorecen de las cuantiosas ganancias ilícitas producto de actos de corrupción, asumen una tendencia a ponderar que la producción de ganancias considerables en la comisión de delitos -por ejemplo con ocasión de los contratos celebrados por la Administración-, son a su juicio, básicamente favorables por el casi inexistente riesgo de que sean descubiertos, juzgados o castigados, lo que se traduce en la convicción que las ganancias superan con facilidad a los eventuales riesgos[55].

Tales circunstancias, imponen un deber a los órganos que ejercen el Poder Público de evitar asumir posiciones o ejercer sus competencias de forma que institucionalicen la impunidad y por lo tanto desconozcan el contenido mismo de los valores, principios y derechos que informan el ordenamiento jurídico.

Si la existencia soberana de la República, tiene como fin 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 la Constitución, existe un imperativo de lograr más allá de los medios tradicionales de manifestación del *ius*

[55] En el 11º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal -Bangkok, 18 a 25 de abril de 2005- se destacó que ningún país puede lograr un desarrollo económico sostenible por medio de actividades económicas ilícitas (Cfr. Página web consultada el 24 de abril de 2011, http://www.un.org/spanish/events/11thcongress/documents.html), destacándose que: "una vez creadas, las organizaciones delictivas necesitan establecer redes de apoyo en la sociedad. Esas redes cumplen múltiples fines: facilitan la actividad económica ilegal; impiden a los competidores introducirse en los mismos mercados; protegen los sistemas de blanqueo de dinero y las inversiones hechas con fondos de origen ilícito; y amparan a los delincuentes principales contra los esfuerzos por hacer cumplir la ley. Las redes de apoyo social comprenden a las personas capacitadas necesarias para realizar la actividad ilegal (personal técnico como, por ejemplo, especialistas informáticos o contables) y a las necesarias para que esa actividad ilegal pueda realizarse efectivamente (guardas de fronteras, personal militar y de policía, y políticos). El resultado es una corrupción general de la sociedad, y las ventajas financieras (y a veces sociales y políticas) de participar en el sector ilícito son a menudo mayores que los de participar en la economía lícita".

puniendi del Estado, un avance en mecanismos o consolidación de instituciones que permitan un desarrollo sustentable de la actividad estatal en su misión de satisfacer eficazmente las necesidades de la sociedad.

V.- Consideraciones finales

Es indudable el costo social y económico del proceso histórico que generó las condiciones necesarias para la redacción de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como para lograr la eficacia de sus postulados, para ello bastaría recordar los sucesos del "Caracazo", el golpe de estado en 2002 o el "paro petrolero". Tales eventos, son muestra no sólo de un cambio que afectó los intereses de la estructura socioeconómica vigente, que generó una violenta reacción de las élites hasta entonces predominantes en orden a mantener sus privilegios -i.e. golpe de estado- y de la sociedad en general para lograr mejoras en su deteriorada condición de vida -i.e. El Caracazo-.

En ese sentido, la instauración de la democracia participativa y protagónica pretendió reordenar las relaciones entre la sociedad civil y la política, bajo el postulado de lograr formas de control directo del pueblo en el ejercicio del poder, pretensión que en el fondo no resulta nada novedosa en la memoria de la nación, ya que por ejemplo entre 1813 y 1814 con las "huestes de José Tomas Boves, el ansia igualitaria de la sociedad llanera se enfrenta a la sociedad jerárquica", o en la guerra federal, como un "renovado intento de fusión entre dos realidades sociales y raciales, blancos contra razas mezcladas de la Venezuela agraria", conatos que en la práctica se resumen en la apropiada declaración del General JOSÉ LORETO ARISMENDI "luchamos cinco años para sustituir ladrones por ladrones, tiranos por tiranos"[56].

A diferencia de tales experiencias, la Constitución de 1999 es una oportunidad que puede constituirse en un nuevo proceso, ya que parte de un marco jurídico institucional, que permite redimensionar las relaciones existentes de poder y lograr un mejora sustancial en la calidad de vida de la sociedad venezolana, siendo los postulados de la democracia participativa una obra siempre en ampliación y mejora.

Tal vez, una de las cuestiones a considerar en este marco jurídico son los posibles problemas que la propia concepción de la democracia

[56] GUERRA FEDERAL, en el *Diccionario de Historia de Venezuela*. Fundación Polar. Tomo II, Caracas. 1997, p. 602.

participativa pueda generar, no sólo desde el punto de vista de la tradicional desproporción entre las demandas de la sociedad y la capacidad que tiene el sistema político de responder a las mismas, sino la institucionalización de nuevas formas de privatización del Estado, que bajo un discurso de empoderamiento de la sociedad, fortalezca o favorezca a sectores o minorías de la misma de forma legítima -al menos a través del voto, tal como ocurrió en la democracia de partidos que prevaleció bajo la vigencia de la Constitución de 1961-.

Así, en la democracia participativa uno de los intereses o preocupaciones fundamentales sería evitar la legitimación de formas de manipulación de la sociedad, ya que como señala JOSÉ M. DELGADO OCANDO:

> *El abuso del poder de información y el sometimiento ya indicado de la industria cultural y la política aumentan la capacidad para manipular la libertad y para producir el consenso en beneficio de los intereses dominantes.*
>
> *Apenas hay que agregar a este fenómeno de alienación, que ha sido "desocultado" magistralmente por los filósofos de Fráncfort, y que pone en tela de juicio la legitimidad de la sociedad democrática concebida en términos de régimen de libertad*[57].

Asimismo, la democracia planteada por el constituyente de 1999, comporta la necesidad de asumir más allá del respeto de los medios en los cuales se manifiesta la participación política, la garantía eficaz de los derechos fundamentales, los cuales se constituyen como límites al ejercicio del poder, por lo que el Texto Fundamental sería más allá del marco que establece los derechos de todos, es una garantía incluso frente a la voluntad popular, sea esta manifestada directamente o a través de sus representantes.

En la Constitución de 1999, uno de esos límites serían los derechos económicos, sociales y culturales que tienen rango de derechos fundamentales, y por lo tanto, bajo el principio de universalidad, interdependencia y progresividad, deben ser mínimos a ser respetados por la mayoría en el ejercicio de su participación política, lo cual garantizaría por ejemplo, que avances en materias como la tutela jurisdiccional de

---

[57] DELGADO OCANDO, JOSÉ M. *Estudios de Filosofía del Derecho*. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos N° 8, Caracas, 2003, p. 538-539.

los mismos, no sean objeto de desmejoras, aun cuando la identificación del contenido mínimo no pueda sugerir determinadas políticas como las únicas, mejores o más satisfactorias para alcanzar la realización de un derecho, si fijarían un arquetipo elemental de referencia cuya insatisfacción permita establecer el incumplimiento de las obligaciones del Estado o la violación de los mismos, independientemente de las políticas implementadas o del origen de la decisión.

El verdadero cambio en las estructuras y relaciones con el poder, será nominal o sustancial en la medida que la sociedad conquiste nuevas mejoras en su estatus individual, sus relaciones prestacionales con el Estado y político en el ejercicio efectivo de los medios de participación, pero fundamentalmente si logra en momentos de crisis, mantener los beneficios que ha accedido a través de instituciones que permitan en el marco de la Constitución la satisfacción de sus necesidades.

VI.- Bibliografía.

ARAGÓN REYES, MANUEL. *Estudios de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1998.

BREWER-CARIAS, ALLAN. *Derecho Administrativo*. Tomo I, U.C.V., Caracas, 2005.

_____. *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*. UNAM, México, 2002.

BRITO GARCÍA, LUIS. *América Nuestra que estás en la tierra: integración y revolución*. Casa Nuestra América José Martí, Caracas, 2007.

CARR, EDWARD HALLETT. *The New Society, Mcmillan*, Londres, 1951.

DELGADO OCANDO, JOSÉ M. *Estudios de Filosofía del Derecho*. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos N° 8, Caracas, 2003.

DENIS, ROLAND. *Las Tres Repúblicas, retrato de una transición desde otra política*. Ediciones Nuestra América Rebelde, Caracas, 2011.

DICCIONARIO DE HISTORIA DE VENEZUELA. Fundación Polar. Tomo II, Caracas. 1997.

DROMI, ROBERTO. *Derecho Administrativo*. Editorial Ciudad Argentina, 10° edición, Buenos Aires, 2004.

DWORKIN, RONALD. *La Democracia Posible, Principios para un Nuevo Debate Político*. Paidos, España, 2008.

FERRAJOLI, LUIGI. *Principio Iuris, Teoría del Derecho y la Democracia; 2. Teoría de la Democracia*. Editorial Trotta, Boloña, 2011.

GARGARELLA, ROBERTO. *Derecho y Grupos Desventajados*. Gedisa, Barcelona, 1999.

_____. El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Algunas Reflexiones Preliminares, trabajo presentado para el Congreso Internacional 10° Aniversario de la constitución de la República Bolivariana de Venezuela del 7 al 9 de diciembre 2009, T.S.J., Caracas, 2009, p. 2 y 3.

GONZÁLEZ BARTOMEU, JUAN F. *Notas sobre Federalismo*. En GARGARELLA, ROBERTO (COORDINADOR). Teoría y Critica del Derecho Constitucional. Tomo I, Democracia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

GORDILLO, AGUSTÍN A. *Tratado de Derecho Administrativo*, FUNEDA, 1ra. Ed. Venezolana Caracas, 2001.

HABERMAS, JÜRGEN. *Facticidad y Validez*. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso. Editorial Trotta, 2008.

MORA-DONATO, CECILIA (Coordinadora). *Relaciones entre Gobierno y Congreso. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas Nº 101, México 2002-.

MORALES LAMUÑO, LUISA ESTELLA. *Derechos Políticos y Democracia Participativa desde la perspectiva de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. T.S.J. Serie Eventos N° 30, Caracas, 2009.

PEÑA SOLÍS, JOSÉ. *Lecciones de Derecho Constitucional General*. Volumen I, Tomos I y II. U.C.V, Caracas, 2008.

ROSS, ALF. *¿Por qué Democracia?*, CEC, Madrid, 1989.

RUÍZ MONTERO, JOSÉ FÉLIX. *Manual Didáctico sobre Análisis e Interpretación de los Estados Financieros*. EJV, Colección textos legislativos N° 39, Caracas, 2007.

SANOJA OBEDIENTE, MARIO. *Historia Sociocultural de la Economía Venezolana*. BCV, Caracas, 2011.

STUART MILL, JOHN. *Sobre la Libertad. Aguiar*, Madrid, 1970.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. *Bases Jurisprudenciales de la Supraconstitucionalidad*. TSJ, Colección Estudios Jurídicos, Caracas, 2000.

VALADÉS, DIEGO. *Constitución y Control Político*. En CARBONELL, MIGUEL. Teoría de la Constitución, ensayos escogidos. Porrúa, México, 2008.

VALLENILLA LANZ, LAURIANO. *Cesarismo Democrático*. EDUVEN, Caracas, 2000.

VILLAR PALASI, JOSÉ LUIS Y VILLAR EZCURRA, JOSÉ LUIS, *El Derecho a la Certidumbre Jurídica y la Incertidumbre de Nuestro Derecho, en la obra colectiva, La Protección Jurídica del Ciudadano*, Madrid, 1993, Tomo I.

El veto presidencial

Carlos W. Fuentes Espinoza*

Antecedentes históricos dentro y fuera de nuestras fronteras. Controversia respecto al veto bajo ciertas circunstancias durante el debate constituyente previo a la aprobación de la Constitución de 1961. Naturaleza, justificación y modalidades del veto presidencial. Control previo de constitucionalidad sobre proyectos de ley. Definición. Consagración constitucional. Jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

Dispone el artículo 214 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela lo que a continuación se trascribe:

> El Presidente o Presidenta de la República promulgará la ley dentro de los diez días siguientes a aquél en que la haya recibido. Dentro de ese lapso podrá, con acuerdo del Consejo de Ministros, solicitar a la Asamblea Nacional, mediante exposición razonada, que modifique alguna de las disposiciones de la ley o levante la sanción a toda la ley o a parte de ella.
>
> La Asamblea Nacional decidirá acerca de los aspectos planteados por el Presidente o Presidenta de la República, por mayoría absoluta de los diputados o diputadas presentes y le remitirá la ley para la promulgación.
>
> El Presidente o Presidenta de la República debe proceder a promulgar la ley dentro de los cinco días siguientes a su recibo, sin poder formular nuevas observaciones.

* Secretario de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia

> Cuando el Presidente o Presidenta de la República considere que la ley o alguno de sus artículos es inconstitucional solicitarán el pronunciamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el lapso de diez días que tiene para promulgar la misma. El Tribunal Supremo de Justicia decidirá en el término de quince días contados desde el recibo de la comunicación del Presidente o Presidenta de la República. Si el Tribunal negare la inconstitucionalidad invocada o no decidiere en el lapso anterior, el Presidente o Presidenta de la República promulgará la ley dentro de los cinco días siguientes a la decisión del Tribunal o al vencimiento de dicho lapso.

Oportuno resulta indicar que nuestra vigente Constitución no ha sido la pionera respecto a la consagración de la figura del veto presidencial. En efecto, la Constitución de 1811 creó el veto ejecutivo consagrándose, posteriormente, en las Constituciones de 1830, 1857 y 1858. En estas Cartas Fundamentales, el Ejecutivo disponía de un lapso de diez días para vetar la ley consignada ante su despacho; vetado el instrumento legal, el proyecto era sometido a reconsideración en la Cámara de origen quien, conforme a la mayoría exigida en la respectiva Constitución, podía confirmar el proyecto en cuestión en cuyo caso lo remitía a la otra Cámara quien, de ratificar igualmente el mismo, lo enviaba al Ejecutivo a los fines de su definitiva promulgación (Ruggeri. 1944, pp. 126 y 127).

Del mismo modo y a los fines de proporcionar datos históricos fuera de nuestra frontera en relación al veto, enseña Tovar (1973, p. 138) que la Corona inglesa siempre ha ostentado este derecho siendo en 1807, conforme afirma el autor, la última ocasión en la que hizo uso de esta atribución. Asimismo y en torno a Francia, su primera Constitución consagró a la Corona la posibilidad de hacer uso del veto absoluto lo que precipitó, debido al uso excesivo de dicha figura por parte del Rey, la caída de la monarquía en el país galo. Sin embargo y adelantándonos a la Constitución del 5 de octubre de 1958 creadora del control de la constitucionalidad de la ley antes de su promulgación por parte del Consejo Constitucional francés, interesante se revela el hecho consistente en que la facultad que ostenta el Presidente de la República, el Primer Ministro o el Presidente de cualquiera de las Asambleas de impulsar el mentado control constitucional de leyes ordinarias se extiende, producto de la reforma constitucional de 1974, a 60 diputados y senado-

res que quieran formular dicha solicitud ante el señalado Consejo; esto en aras de proporcionar a las minorías parlamentarias la posibilidad de controlar las decisiones tomadas por la mayoría circunstancial (Brewer. 1994, pp. 146 y 147).

Igualmente, el ordenamiento constitucional de los Estados Unidos, conforme explica Alegre (1995, pp. 87 y 88), reconoce la facultad al Ejecutivo de vetar un proyecto de ley presentado por el Congreso devolviéndolo con las objeciones que a bien tenga efectuar; en este sentido, el Legislativo deberá reunir una mayoría necesaria –tal como se señalará más adelante- para poder superar el veto presidencial (veto *override*)

En relación a la naturaleza del veto y a su discusión de si estamos ante una obligación o una facultad otorgada al Presidente de la República, Tovar sostiene que en Venezuela, en definitiva, "el Ejecutivo se encuentra en la obligación de promulgar la ley a menos que la Corte Suprema de Justicia la declare inconstitucional" (1973, p. 138).

Por otra parte, interesante resulta hacer mención de las voces disidentes de la inclusión de la figura del veto presidencial bajo ciertas circunstancias; en este sentido y aun cuando se hará mención de opiniones emitidas bajo el marco de la elaboración de la Constitución de 1961, su vigencia resulta indiscutible en virtud de que el actual Texto Fundamental, en su artículo 211, consagra la participación de los Ministros del ramo respectivo durante el proceso de formación de la ley.

De esta manera, en sesión celebrada el 27 de abril de 1959 levantada mediante Acta Nº 15, el Diputado Jóvito Villalba propuso prohibir el veto presidencial cuando el Presidente de la República se haya abstenido de enviar Ministro del área respectiva durante el proceso de elaboración del instrumento normativo. Posición similar mantuvo el Senador Elbano Provenzali al argumentar, en sesión del 16 de marzo de 1960, que si el Presidente de la República una vez aprobado el proyecto de ley no hizo objeción durante su proceso de formación mal podía pretender hacer uso, posteriormente, de la figura del veto. En respuesta a la intervención reseñada, el Senador Arturo Uslar Pietri explicó que pueden advertirse aspectos técnicos y legales surgidos con posterioridad al proceso de elaboración de la ley y que pueden ser objeto de solicitud de reconsideración por parte del Jefe de Estado justificando, de esta manera, la existencia del instituto del veto ejecutivo. Del mismo modo, en sesión del 26 de mayo de 1960 el Diputado Orlando Tovar manifestó

el acuerdo de su partido a la figura del veto sólo en caso de que el Presidente hubiera enviado el Ministro respectivo a la sesión de discusión de la ley en cuestión.

En torno a la justificación del veto presidencial, sin desperdicio constituye la intervención del Diputado Rafael Caldera durante la misma sesión del año 1960 mediante la cual adujo, de forma terminante, que dicha justificación radica en que la responsabilidad de la ejecución de las leyes recae, irrevocablemente, sobre el Presidente de la República.

Respecto a la figura del veto presidencial, el autor Ugalde (2002, pp. 645 y 646) afirma que la misma se dispone como mecanismo de contrapeso del Poder Ejecutivo frente al Poder Legislativo; es decir, a través del mismo se procura garantizar el equilibrio que entre los Poderes Públicos debe imperar. En este sentido y en relación al funcionamiento de dicha figura en México, explica el autor citado que ante las imprecisiones de la misma en el ordenamiento que la consagra no se había suscitado controversia alguna en virtud del dominio hegemónico que durante años mantuvo el PRI en el país azteca; sin embargo, ante la asunción de una alternativa política y, por tanto, el cese –temporal- del control político por parte del Partido Revolucionario Institucional, comenzaron a ponerse de relieve las lagunas jurídicas a las que se ha hecho alusión visto el uso del instituto del veto por parte del representante del Poder Ejecutivo.

En definitiva y conforme arguye el citado autor, el veto "es un Poder Legislativo que permite al presidente rechazar u obstaculizar las resoluciones emanadas de ambas cámaras del Congreso" constituyéndose, continúa el autor, en "un instrumento cuyo uso o amenaza de uso resulta fundamental para la defensa del Poder Ejecutivo" (Ugalde, pp. 646 y 647). Evidentemente el concepto trascrito se efectúa bajo el marco del sistema bicameral dominante en el país norteamericano lo que no impide la consagración de dicha institución en sistemas unicamerales como el nuestro.

Del mismo modo relevante resulta acotar que, conforme explica el autor venezolano Andueza (1971, p. 59), el veto presidencial no es más que un mecanismo de control sobre el proceso formativo de la voluntad legislativa plasmada en el proyecto de ley elaborado sin considerarse, necesariamente, como una rama más del cuerpo parlamentario, aduciendo, como es obvio, que dicha figura puede activarse una vez concluido el procedimiento de formación de la ley al que se ha hecho alusión.

Asimismo, el catedrático patrio La Roche (1991, p. 105) define el veto presidencial como "la facultad que tiene el Primer Mandatario Nacional de detener el curso de un acto legislativo y de enviarlo a las Cámaras para que sea reconsiderado y debatido nuevamente"

En torno a las modalidades del veto presidencial, enseña Andueza (1971, p. 59) que el mismo puede ser suspensivo, traslativo y calificado.

En relación al veto suspensivo, explica el autor que éste no es más que la oposición manifestada por el Presidente en torno a la promulgación de la ley; además, arguye que dicha oposición sólo es temporal puesto que si el Congreso insiste durante dos o tres legislaturas consecutivas en la aprobación de la ley en cuestión la misma entrará en vigencia aun sin la debida promulgación por parte del Ejecutivo; en definitiva, se suspenderán los efectos de la ley hasta tanto el Parlamento insista en dos o tres legislaturas sucesivas sobre la aprobación del instrumento normativo.

En cuanto al veto traslativo, sostiene el autor vernáculo que el mismo se produce cuando ante el conflicto suscitado entre el Parlamento y el Jefe del Estado respecto a la promulgación de una ley un tercero, generalmente el pueblo, interviene para dirimir la controversia acaecida; esto es, si el Ejecutivo devuelva el proyecto de ley al Congreso para su reconsideración y éste insistiere en su promulgación, aquél podrá convocar al pueblo, mediante referéndum, a los fines de que se resuelva la divergencia entre poderes originada; precisa el autor que este tipo de veto estuvo consagrado en la Constitución alemana de Weimar de 1919.

En torno al veto calificado, argumenta Andueza (1971, p. 60) que el mismo se verifica cuando la oposición del Ejecutivo a la promulgación de la ley elaborada por el Parlamento es posible superarse a través de la reaprobación, esta vez mediante mayoría calificada de los miembros del órgano legislativo, del proyecto normativo del cual se trate. Continúa el autor indicando que este tipo de veto está expresamente previsto en la Constitución de 1961; explica, asimismo, que en dicho Texto Fundamental se prevé el veto traslativo desde el momento en el que, ante alegaciones relacionadas con motivos de inconstitucionalidad, el Jefe del Estado, ante el rechazo del Congreso a su solicitud de reconsideración, solicita pronunciamiento a la Corte Suprema de Justicia para que como tercer órgano resuelva la divergencia que en relación al proyecto se originó.

El supuesto de veto traslativo previsto en la Constitución venezolana de 1961 como mecanismo de rechazo a la objeción expresada por

el Parlamento fue expresamente utilizada cuando, el 28 de agosto de 1969, el Presidente de la República devolvió al Congreso, por motivos de inconstitucionalidad, la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En vista de la negativa del Poder Legislativo de acoger la objeción advertida, el Presidente Rafael Caldera, agotada la tramitación respectiva, acudió ante la Corte Suprema de Justicia para que, fundada en razones de inconstitucionalidad, declarara nulo el proyecto de ley objeto de disputa (Naranjo. 1979, pp. 2466 y 2467).

Del mismo modo y siguiendo con las modalidades del veto presidencial, enseña Ugalde (2002) que el mismo puede ser parcial, total o de bolsillo.

En relación al primero de los vetos mencionados, sostiene el autor citado que el mismo se configura a partir del momento en el que el Presidente realiza observaciones a partes o sectores del proyecto de ley objeto de promulgación, manifestando su acuerdo al resto del instrumento presentado; de esta forma, será objeto de promulgación la parte del proyecto de ley que haya sido consentida por ambos poderes mientras el sector cuyo objeto haya propiciado desacuerdo estará a la espera de la decisión que en torno al mismo adopte el cuerpo parlamentario. Conforme sostiene el autor citado, con esta modalidad del veto presidencial "Los legisladores ganan con la promulgación de aquellos apartados que ha compartido el Ejecutivo, mientras éste gana al regresar al Legislativo la parte del proyecto que se contrapone a sus preferencias" por lo que, concluye el autor, se "propicia un juego de suma positiva entre los dos poderes" (Ugalde, p. 647).

Respecto a la segunda de las modalidades mencionadas, comenta Ugalde que la misma se configura cuando el Presidente devuelve la totalidad del proyecto de ley elaborado aun cuando manifieste su conformidad en torno a algunos de sus dispositivos; de esta manera y a diferencia del veto parcial, ningún sector del proyecto será objeto de promulgación por lo que la legislación se mantendrá sin variaciones hasta tanto el veto propiciado sea superado por la mayoría de los parlamentarios exigida constitucionalmente. Con este tipo de veto, la legislación propuesta cuya aprobación requiera urgencia se verá obstaculizada hasta tanto se verifique, de nuevo, el procedimiento de formación de ley consagrado según el ordenamiento constitucional en cuestión por lo que, según enseña Ugalde, el costo para el Ejecutivo podría compararse con el producido por la promulgación de un proyecto contentivo de errores y omisiones. Con esta modalidad, "la relación entre el pre-

sidente y el Congreso adopta el esquema de juego de suma cero con perdedores y ganadores absolutos" (P. 647).

Pertinente resulta destacar la distinción que entre el veto parcial y el veto total efectúa Ugalde (pp. 648 y 649). Así, explica el autor que dicha distinción no radica en la realización de observaciones a todo o a parte del proyecto de ley remitido por el Legislativo al Ejecutivo, sino en la ausencia de promulgación total o parcial por parte de éste a la iniciativa legislativa presentada.

Por último, el veto de "bolsillo" se configura cuando la Constitución no establece plazo alguno al Ejecutivo para proceder a la promulgación o devolución del proyecto de ley en cuestión; así, el Presidente podría "congelar" la iniciativa parlamentaria impidiendo "una auténtica colaboración entre poderes" y terminando "por dejar al Legislativo a la suerte del Ejecutivo, constituyéndose en un instrumento nocivo para las relaciones entre ambos poderes" (Ugalde, p. 648).

En este estado pertinente resulta destacar que nuestro ordenamiento constitucional, en su artículo 214, establece un lapso absolutamente preclusivo para que el Jefe de Estado promulgue la ley o presente las objeciones que a bien tenga efectuar; lo anterior a diferencia de lo ocurrido durante la vigencia de la Constitución de 1936 que, como afirma La Roche (1991, pp. 105 y 106), "no daba tiempo fatal o especie de caducidad para el Veto Presidencial. De modo que el Jefe de Estado podía suspender el procedimiento de formación de la ley por un tiempo indefinido. Esta modalidad se ha denominado en el Derecho Constitucional 'Veto de Bolsillo', por el hecho de que el Presidente guarda en el bolsillo un proyecto de ley y lo deja allí indefinidamente, agregando en 'refranero venezolano', que en nuestro país se llamó 'Veto de Gaveta', puesto que el Presidente lo guardaba en la gaveta de su escritorio…"

Por otro lado, sin desperdicio constituye la mención comparativa que Ugalde (2002, pp. 654 y 655) efectúa en torno al tipo de veto y a su superación en países de América Latina y los Estados Unidos. En efecto y en relación a la modalidad de veto, el autor muestra que en Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Paraguay, Perú y Uruguay el tipo de veto que se consagra constitucionalmente es el total; no sucede lo mismo tanto en Venezuela como en los Estados Unidos en los que las modalidades de veto son parcial y total/de bolsillo, respectivamente. Respecto a la superación del veto, en las Constituciones de Argentina, Bolivia, Chile y México se exige los 2/3 de los miembros presentes en la sesión respectiva, mientras que en los Estados Unidos

esta mayoría se determinó vía resolución judicial vista la ausencia de regulación en su Constitución. Asimismo, en la Constitución de Costa Rica se previó el consenso de 2/3 de los miembros del órgano legislativo mientras que en Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay se dispuso la mayoría absoluta (50% + 1 del total de miembros) para la superación del veto constituyéndose en Venezuela, como el único de los países tratados, una mayoría simple (50% + 1 de los miembros presentes).

De interés resulta el trámite administrativo que en relación al veto presidencial hace mención el autor Zambrano (2004, p. 294). En efecto, dicho autor explica que una vez enviado el proyecto de ley al Ejecutivo se remite al Ministro del área concerniente a la materia tratada a los fines de su opinión; al mismo tiempo, dicho proyecto es conocido por Consultoría Jurídica de la Presidencia de la República con el objeto de que emita el criterio técnico-jurídico que a bien se quiera efectuar; dicho criterio junto con la participación del Ministro respectivo, en caso de existir objeciones, conformará la postura que el Ejecutivo manifieste previa inclusión en agenda de Consejo de Ministros para el tratamiento correspondiente ante dicha instancia gubernamental. En todo caso, de considerarse la existencia de objeciones, el Ejecutivo deberá presentar "un escrito ampliamente razonado donde se explanen las razones de peso y la fundamentación en que apoye su planteamiento" (Rivas. 2004, p. 366).

Control previo de constitucionalidad sobre proyectos de ley

Para el autor Alegre (1995, p. 101) el control previo de constitucionalidad de la ley se puede definir como "aquella modalidad del control jurisdiccional concentrado de constitucionalidad, que tiene carácter declarativo y abstracto, y que se ejerce por parte de los tribunales constitucionales cuando les es sometido (por vía de acción, o por estar previsto en el ordenamiento con carácter preceptivo), un texto normativo, con anterioridad a su entrada en vigor"

En relación al control constitucional que puede ejercer la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia previa iniciativa del Presidente de la República conforme lo dispone el último párrafo del artículo 214 de la Carta Magna, necesario resulta efectuar las siguientes acotaciones.

Afirma Escudero (pp. 160 y 161) que fue la Corte Federal y de Casación en 1937 quien admitió la posibilidad de que el Presidente de la República impugnara antes de su promulgación, por motivos de inconstitucionalidad, los proyectos de ley remitidos por el Poder Legislativo,

aun sin estar expresamente establecido en la Constitución de la época. De esta manera, explica la autora que no fue sino hasta 1945 cuando el Texto Constitucional estableció, en su artículo 91, la posibilidad de veto presidencial por motivos de inconstitucionalidad.

Sin embargo, a pesar de lo señalado, el autor Ruggeri (1944, p. 127) enseña que en las Constituciones de 1864 a 1891, a pesar de haberse suprimido la figura del veto presidencial, se estableció la posibilidad de que los Ministros advirtieran ante las Cámaras la inconstitucionalidad de una ley, en cuyo caso, el Ejecutivo podía someterla a los Estados a través de sus legislaturas; posteriormente, conforme relata el autor citado, el resultado se remitía a la Alta Corte quien, de ratificar la postura emitida por el Ejecutivo, ordenaba la suspensión de la ley objeto de advertencia.

Del mismo modo y a los fines de proporcionar un mero dato histórico, en sesión de la Comisión Redactora del Proyecto de Constitución de 1961 de fecha 16 de marzo de 1960, el Senador Raúl Leoni propuso se consagrara en dicha Carta Magna la posibilidad de que el Presidente de la República acudiera ante la Corte Suprema de Justicia con el objeto de solicitar la nulidad del proyecto de ley por razones de inconstitucionalidad.

Sin lugar a dudas, perentorio resulta efectuar un repaso de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que ha sentado postura en torno al control previo de la constitucionalidad de los proyectos de ley.

En este sentido, la Sala cúspide de la justicia constitucional, mediante fallo Nº 2817 del 18 de noviembre de 2002, resolutoria de la aclaratoria propuesta de la sentencia emanada de dicha Sala en fecha 7 del mismo mes y año, sentó criterio, a través de un *obiter dictum*, en relación a los dos procedimientos previstos en el artículo 214 de la Constitución vigente. De esta manera, la tantas veces mencionada Sala sostuvo que dichos trámites resultaban excluyentes entre sí por lo que una vez finalizado cualquiera de ellos el efecto inmediato consistía en la promulgación de la ley por parte del Ejecutivo, sin poder éste dirigirse luego al mecanismo que había sido excluido en un primer momento. Con el criterio vertido en la citada sentencia, la Sala Constitucional del máximo Tribunal de justicia venezolano desechó el denominado veto traslativo cuyo uso se hizo habitual durante la vigencia de la Constitución anterior. Además, agilizó el trámite del veto presidencial recortando los tiempos de promulgación de los proyectos de ley.

Asimismo y en relación a la legitimidad para interponer el control previo de constitucionalidad de los proyectos de leyes nacionales, la Sala Constitucional, mediante decisión Nº 4571 del 13 de diciembre de 2005, determinó que el sujeto legitimado para impulsarlo es el Presidente de la República y no cualquier interesado por lo que, en el caso en cuestión, procedió a desechar la demanda consignada. En realidad, la Sala mencionada no hizo sino aplicar lo expresamente previsto en el cuarto parágrafo del artículo 214 de la Ley Suprema.

Del mismo modo, la Sala Constitucional a través de fallo Nº 194 del 15 de febrero de 2001 ratificado en sentencia Nº 3462 del 10 de diciembre de 2003, estableció que el control de constitucionalidad de proyectos de leyes nacionales no se extendía al control de constitucionalidad de proyectos de leyes estadales; el motivo de tal postura radicó en el hecho de que, conforme argumentó la referida Sala, la atribución de competencias a cualquiera de las Salas del Supremo Tribunal de Justicia es materia exclusiva de reserva legal nacional estando imposibilitada una norma estadal o municipal asignar competencia a los referidos órganos jurisdiccionales.

Conclusiones

De una revisión de los estudios consultados referidos al tratamiento del instituto del veto presidencial, se puede constatar la simplificación que a través de las sucesivas Constituciones se ha verificado en torno a la tramitación de la figura contemplada en el artículo 214 de nuestro vigente Texto Fundamental. En efecto y considerando el sistema bicameral existente a lo largo de la mayoría de nuestra historia constitucional, se puede concluir que el procedimiento implantado en la Constitución de 1999 constituye el más simplificado de cuantos se han consagrado; esto debido, por una parte, a la consagración de un sistema unicameral en la estructura del Poder Legislativo y, por la otra, a la mayoría de diputados exigida para superar el veto que del proyecto de ley haya impulsado el Jefe de Estado.

Verbigracia, de necesitarse la mayoría exigida conforme a la Constitución del momento para la superación del obstáculo presidencial en ambas Cámaras así como su trámite de reaprobación en sesiones distintas, se instituyó la confirmación, posteriormente, de la mayoría requerida en una sola sesión para ambas Cámaras para, finalmente, establecerse el sistema vigente conforme al cual la única Cámara que conforma el Poder Legislativo Nacional está facultada para ratificar el proyecto de ley mediante la mayoría de los diputados presentes en la sesión co-

rrespondiente (mayoría simple), sin posibilidad de que el Ejecutivo devuelva el instrumento para una nueva reconsideración. De esta manera, se elimina la figura del reenvío así como la del veto traslativo por lo que el Poder Ejecutivo deberá remitir directamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en caso de alegarse vicios de inconstitucionalidad, el proyecto de ley objeto de promulgación y no agotar, como se preveía en Constituciones anteriores, la remisión para su reconsideración al Poder Legislativo puesto que, conforme afirmara la Sala detentora de la última palabra en materia constitucional, ambos procedimientos son excluyentes entre sí.

En torno a la figura del reenvío, interesante resulta mencionar que desde la elaboración de la Constitución de 1961 ya se levantaban voces que pregonaban su no inclusión en el texto a aprobar. En efecto, en sesión del 26 de mayo de 1960 elevada en Acta Nº 175, el Senador Martín Pérez Guevara expresó su desacuerdo respecto a la incorporación de una nueva reconsideración del Congreso en relación con alguna objeción planteada por el Ejecutivo Nacional en cabeza de su Presidente. Tal como se desprende del Texto que en definitiva se aprobó, dicha postura no fue acogida por el resto de los integrantes del órgano redactor.

Tal vez la razón que ha imperado en la evolución de la labor del constituyente haya sido el hecho de que la promulgación constituye la fase final del proceso de formación de la ley por lo que no luce aconsejable introducir demoras en ese estado; lo anterior aunado al hecho de que tres de los Poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) pueden verse involucrados en esa etapa del trámite legislativo por lo que la agilidad del mismo debe constituir el norte a seguir al momento de su diseño; intervención de dichos Poderes, por cierto, dispuesta para el resguardo de "los principios de participación, eficacia y colaboración de los poderes públicos en la formación de la voluntad legislativa, previstos en los artículos 136 y 214 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, articulados especialmente para el mantenimiento de la supremacía constitucional" (Fallo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nº 1736 del 20 de septiembre de 2001).

Asimismo, digno de mención lo constituye el hecho de que antes de la configuración definitiva del sistema vigente, aun durante el proceso constituyente, se llegó a plantear un mecanismo divergente en algún aspecto respecto al actual. Así, el Anteproyecto de Constitución remitido por el constituyente Hermann Escarrá el 18 de octubre de 1999 a los miembros de la extinta Corte Suprema de Justicia varía respecto al

sistema unicameral que finalmente se instituyó y, por tanto, en torno a la tramitación que del veto presidencial en definitiva se aprobó (en efecto, el artículo 202 del Anteproyecto preveía la existencia de dos Cámaras: la Cámara de Diputados y la Cámara Federal). A pesar de lo indicado, dicho Anteproyecto ya reflejaba la intención del constituyentista de establecer un procedimiento mucho más simplificado que el vigente hasta entonces. En efecto, las Cámaras en sesión conjunta decidirían en relación a las objeciones propuestas por el Ejecutivo con el voto de la mayoría absoluta de los presentes sin posibilidad de un reenvío por parte del Jefe de Estado; es decir, una vez consideradas y decididas las objeciones formuladas el proyecto debía ser inmediatamente promulgado por el Presidente de la República dentro de los cinco días siguientes a su recepción.

Veto Presidencial		
Constitución	**Si**	**No**
1874	X (Arts. 55-57)	
1881	X (Arts. 55-57)	
1891	X (Arts. 55-57)	
1893		X
1901	X (Art. 69)	
1904	X (Art. 67)	
1909	X (Art. 72)	
1914		X
1922		X
1925		X
1928		X
1929 1931		X X
1936		X
1945	X (Arts. 89 y 91)	
1947	X (Art. 173)	
1953	X (Art. 90)	
1961	X (Art. 173)	
1999	X (Art. 214)	

Bibliografía

Alegre, Miguel. *"Justicia Constitucional y Control Preventivo"*. Universidad De León. Secretariado de Publicaciones. 1995

Andueza, José. *"El Congreso. Estudio Jurídico"*. Ediciones del Congreso de la República; Caracas; 1971.

Brewer-Carías, Allan. *"El Control Concentrado de la Constitucionalidad de las Leyes (Estudio de Derecho Comparado)"*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1994.

Brewer-Carías, Allan. *"Las Constituciones de Venezuela"*. Tomo II. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas. 2008.

Escudero, Margarita. *"El control judicial de constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder Público"*. Universidad Central de Venezuela, Serie: Trabajo de Grado Nº 1.

La Constitución de 1961 y la Evolución Constitucional de Venezuela. Actas de la Comisión Redactora del Proyecto. Tomo I. Volumen I. Ediciones Centauro. Caracas. 1971.

La Constitución de 1961 y la Evolución Constitucional de Venezuela. Actas de la Comisión Redactora del Proyecto. Tomo I. Volumen II. Ediciones Centauro. Caracas. 1971.

La Roche, Humberto. *"Derecho Constitucional"*. Tomo I. Parte General. Vigésima Edición. Vadell Hermanos Editores. Venezuela. 1991.

Naranjo, César. *"Veto Presidencial, Demanda de Nulidad de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Críticas Jurídicas"*. Publicado en *"Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera. Tomo IV*"; Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas; Caracas; 1979. (2463-2491).

Rivas, Alfonso. *"Derecho Constitucional"*. 2da Edición. Clemente Editores, C.A. Valencia. 2004.

Ruggeri, Pablo. *"Derecho Constitucional Venezolano. Estudio Histórico-Jurídico"*. Editorial Cecilio Acosta. Caracas. 1944.

Tovar, Orlando. *"Derecho Parlamentario"*. Colección Historia Constitucional Venezolana. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. Caracas. 1973.

Ugalde, Luis Carlos. *"Relaciones Ejecutivo-Legislativo en México: el caso del Veto Presidencial"* publicado en "Relaciones entre gobierno y Congreso. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional"; México, 2002. (645-657)

Zambrano, Freddy. *"Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999 comentada"*. Primera Edición. Tomo II. Editorial Atenea. Caracas, 2004

El pacto cuota litis

*Raif El Arigie**
*Indira Milian Piña***

Sumario:

I.- Consideraciones generales - **II.** Validez de pacto de cuota litis en el Derecho Venezolano - **2.1** El pacto de cuota litis en el Código Civil - **2.1.1** Ámbito de aplicación según la naturaleza y forma de la convención - **2.1.2** Supuestos de procedencia - **2.1.3** Fundamentos de la prohibición - **2.1.4** Consecuencia jurídica - **2.2** El pacto de cuota litis en el Código de Ética Profesional del Abogado Venezolano - **2.3** El pacto de cuota litis en la Ley Orgánica de Precios Justos

Resumen:

Se trata de una referencia general de este tipo de pacto en el derecho venezolano, especialmente lo relativo a su validez y su ámbito de aplicación, según su naturaleza y forma de convención, conforme a las disposiciones del Código Civil y el Código de Ética Profesional del Abogado Venezolano. Asimismo, se realiza una breve consideración respecto a las posibles incidencias de la Ley Orgánica de Precios Justos en este particular pacto

I.- Consideraciones generales

El pacto de cuota litis es en términos generales el acuerdo que celebran un profesional del derecho y su cliente, mediante el cual el primero

* Abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela, mención "*Magna Cum Laude*". Magister en Derecho Mercantil. Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello.

** Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Internacional Económico y de la Integración.

supedita el cobro y la estimación de sus honorarios profesionales como contraprestación por sus servicios, a la obtención de un resultado exitoso en la causa que le ha sido encomendada.

Este tipo de convención no ha sido objeto de exhaustivo análisis y revisión en nuestra doctrina y en este mismo sentido, la jurisprudencia que ha resuelto casos donde se encuentra en discusión la figura en comento, es escasa y carece del rigor teórico que permita ilustrar a los profesionales del derecho y sus patrocinados el alcance de su validez o nulidad. A pesar de esta restricción, el ordenamiento jurídico venezolano no es carente de normas que regulen el pacto de cuota litis, quedando en manos de los intérpretes llamados por Ley, la definición de lo que debe ser entendido por cuota litis y los efectos que dicho pacto produciría desde una visión particular (relación cliente-abogado) hasta una visión general (práctica del ejercicio profesional).

La regulación de este particular pacto se ubica fundamentalmente en el Código Civil y en el Código de Ética Profesional del Abogado Venezolano[1] (cuya aplicación es obligatoria por mandato del artículo 1 de la Ley de Abogados[2]). En los capítulos subsiguientes analizaremos en concreto el contenido de las disposiciones sobre el pacto de cuota litis referidas en estos cuerpos normativos, pero ambas coinciden en términos generales, en la falta de aceptación de esta figura jurídica como válida, o al menos, en su rechazo como una práctica sana del ejercicio profesional de la abogacía. Las razones de su repudio son múltiples y merecerán cada una tratamiento especial, ahora bien, las normas que recogen este tipo de pacto tienen un sentido negativo y prohibitivo, y este sentido ha sido constante desde la época del derecho romano.

En este contexto, la problemática no radica únicamente en el enfoque que tiene nuestro ordenamiento jurídico sobre los pactos donde los abogados adquieren un interés económico en el asunto que les ha sido encargado, sino en la fijación del límite entre la libertad de contratación de los particulares y la nulidad de un pacto que plantea la protección de una parte como forma de precaver un eventual conflicto de intereses. Para la determinación de esta frontera tan difusa se hace necesaria la

[1] *Código de Ética Profesional del Abogado Venezolano*. Publicado en Gaceta Oficial de la República Nº 33.357 del 25 de noviembre de 1985.

[2] *Ley de Abogados*. Publicada en la Gaceta Oficial de la República N°. 1.081 de fecha 23 de enero de 1967.

disección del supuesto de hecho a través de una labor interpretativa, que permita definir las condiciones de procedencia de la nulidad del pacto de cuota litis.

II.- Validez de pacto de cuota litis en el Derecho Venezolano

De acuerdo a lo mencionado en el capítulo anterior, dos son las disposiciones que expresamente nuestro ordenamiento jurídico dedica a la regulación del pacto de cuota litis, coincidiendo en una solución prohibitiva o limitativa según el caso. La primera de ellas es el último párrafo del artículo 1.482 del Código Civil, incluido en el capítulo relativo a "Las Personas que no Pueden Comprar o Vender" que señala textualmente:

> Artículo 1.482. Los abogados y los procuradores no pueden, ni por sí mismos, ni por medio de personas interpuestas, celebrar con sus clientes ningún pacto ni contrato de venta, donación, permuta u otros semejantes sobre las cosas comprendidas en las causas a que prestan su ministerio.

La segunda, el artículo 44 del Código de Ética Profesional del Abogado Venezolano, sobre los "*Deberes para con el Asistido o Patrocinado*" que establece lo siguiente:

> Artículo 44. El abogado no deberá, a excepción de sus honorarios, adquirir interés pecuniario en el asunto que se ventila y qué él esté dirigiendo o que hubiere sido dirigido por él. Tampoco podrá adquirir directa o indirectamente, bienes venidos de remates judiciales de asuntos en que hubiere participado.

Considerando que las disposiciones citadas plantean supuestos de hecho y consecuencias jurídicas distintas, a pesar de la regulación de una misma figura legal, el estudio se hará por separado tomando en cuenta el grado de importancia fáctico de cada norma, con independencia a la interrelación interpretativa que pueda existir entre ellas.

2.1 El pacto de cuota litis en el Código Civil

2.1.1 Ámbito de aplicación según la naturaleza y forma de la convención

El pacto de cuota litis se encuentra regulado dentro de las disposiciones del contrato de compra–venta, Título V del Código Civil, y específicamente, como un párrafo separado de un conjunto de ordinales

que enumeran supuestos de personas que no pueden adquirir o comprar. Llama la atención la ubicación de la norma precitada (último Párrafo del artículo 1.482) por no ceñirse a contratos de compra–venta exclusivamente, de allí la mención "*ningún pacto ni contrato de venta, donación, permuta u otros semejantes*" que invita a suponer que la intención del Legislador ha sido la de fijar una prohibición legal para concluir ciertos contratos, en los términos descritos por Francisco López Herrera en su obra *La nulidad de los contratos en la legislación civil de Venezuela*[3].

En efecto, el último aparte del artículo 1.482 constituye una incapacidad negocial especial, impuesta a los abogados y procuradores con el objeto de precaver un eventual conflicto de intereses, de allí la referencia que hace Emilio Calvo Baca en el *Código Civil*, comentado y concordado[4] a numerosos artículos del mismo cuerpo normativo, a saber: *267, 365 y ss, 370, 397, 409, 1.171, 1.689, 1.692* cuando reproduce textualmente la norma objeto de análisis, que en sí mismas establece en sus primeros ordinales supuestos de protección de los derechos de personas que pudieran llegar a quedar afectadas por un posible conflicto de intereses de su representante. A los fines de ilustrar la categoría en la que ubica la prohibición del pacto de cuota litis, y su igualación a otras limitaciones de contratación, se citan a continuación algunas de las anteriores disposiciones:

> **Artículo 1482.** No pueden comprar, ni aun en subasta pública, ni directamente, ni por intermedio de otras personas:
>
> 1°. El padre y la madre los bienes de sus hijos sometidos a su potestad.
>
> 2°. Los tutores, protutores y curadores, los bienes de las personas sometidas a su tutela, protutela o curatela.
>
> 3°. Los mandatarios, administradores o gerentes, los bienes que estén encargados de vender o hacer vender.
>
> 4°. Los empleados públicos, los bienes de la Nación, de los Estados o sus Secciones, o de los establecimientos públicos de cuya administración estuvieren encargados, ni los bienes que se venden bajo su autoridad o por su ministerio.

---

[3] López Herrera, Francisco (1952). *La Nulidad de los Contratos en la Legislación Civil de Venezuela*; Tesis Presentada a la Universidad Central de Venezuela. Caracas.

[4] Calvo Baca, Emilio (1988). *Código Civil Venezolano*. Caracas: Libra.

> 5°. Los Magistrados, Jueces, Fiscales, Secretarios de Tribunales y Juzgados y Oficiales de Justicia, los derechos o acciones litigiosos de la competencia del Tribunal de que forman parte. Se exceptúa de las disposiciones que preceden el caso en que se trate de acciones hereditarias entre coherederos, o de cesión en pago de créditos, o de garantía de los bienes que ellos poseen. Los abogados y los procuradores no pueden, ni por sí mismos, ni por medio de personas interpuestas, celebrar con sus clientes ningún pacto ni contrato de venta, donación, permuta u otros semejantes sobre las cosas comprendidas en las causas a que prestan su ministerio.
>
> **Artículo 370.** Ni el tutor ni el protutor pueden comprar bienes del menor ni tomarlos en arrendamiento, ni hacerse cesionarios de créditos ni derechos contra él.
>
> Mientras ejerzan sus cargos, tampoco pueden adquirir de terceras personas los bienes del menor que hubieren enajenado.
>
> **Artículo 1.171.** Ninguna persona puede, salvo disposición contraria de la Ley, contratar consigo mismo en nombre de su representado, ni por cuenta propia, ni por cuenta de otro, sin la autorización del representado. En todo caso, éste puede ratificar el contrato.
>
> **Artículo 1.692.** El mandatario está obligado a ejecutar el mandato con la diligencia de un buen padre de familia.

De las citas realizadas y su asimilación al convenio que nos ocupa, se desprende con cierta certeza que el pacto de cuota litis: i) no es admitido por el riesgo de distorsionar la voluntad de aquel que podría por ostentar una posición singular, aprovecharse de su representado y superponer sus intereses a los de éste; y ii) a pesar de su ubicación dentro del Título de la Venta no se circunscribe a un pacto de esta última o de cesión de crédito, sino a cualquier convención que celebre abogado por una parte, y cliente por la otra, sobre las cosas comprendidas en las causas a que prestan su ministerio. El pacto de cuota litis típico, entendido como aquel donde un cliente cede a un abogado una porción de su derecho de crédito (litigioso o con aptitud de serlo) contra la prestación de un servicio especializado, no es una venta, donación o permuta, pero siendo un contrato innominado encuadra dentro de la mención "*u otros semejantes*" del artículo 1.482 ejusdem. Así las cosas, con independencia de la ubicación de la prohibición dentro del contrato nominado de

mayor importancia para nuestro Legislador, demostrado por el número de artículos destinados a su regulación, el pacto de cuota litis debe entenderse como cualquier convenio que abogado y patrocinado celebran con el fin de sujetar el pago de los honorarios, así como su estimación, a un resultado aplicado a la causa que le ha sido encargada. En conclusión, el legislador no hace distinción en la naturaleza o forma del pacto que prohíbe, y en consecuencia, menos podría hacerla el intérprete.

2.1.2 Supuestos de procedencia

Visto el ámbito de aplicación del pacto de cuota litis y la ausencia de limitaciones que hace el legislador en cuanto al tipo de convención que prohíbe desde la perspectiva de su naturaleza y forma, resulta primordial puntualizar las condiciones de procedencia de la prohibición, a cuyo efecto se debe fragmentar el supuesto de hecho del último aparte del artículo 1.482 del Código Civil. Aunque el ejercicio deviene de una revisión exegética de la norma, constituye una herramienta didáctica para delimitar el pacto y aplicarle las consecuencias jurídicas del mismo. Los supuestos de procedencia del pacto de cuota litis pueden clasificarse en subjetivos y objetivos, siendo los siguientes: i) Debe tratarse de un acuerdo celebrado entre abogados y patrocinados; ii) Debe tratarse de una venta, donación o permuta o una convención semejante a estas últimas; iii) Debe recaer sobre cosas comprendidas en las gestiones encomendadas; y iv) Debe tratarse de causas en las que los abogados o patrocinados presten su ministerio.

2.1.2.1 Debe tratarse de un acuerdo celebrado entre abogados (as) y patrocinados (as)

El pacto objeto de análisis sólo es concebible por el legislador cuando el mismo es suscrito entre un abogado y un cliente, para que el primero despliegue con ocasión al mismo, sus actividades en el marco del ejercicio profesional del derecho o en virtud de su especial conocimiento en la materia. Mal podría concebirse que la prohibición de la Ley aplica a cualquier convenio donde una de las partes adjudique a la otra un porcentaje sobre el éxito de una gestión, apartada del ejercicio de la abogacía.

Con este presupuesto, quedarían excluidos del pacto de cuota litis: i) los acuerdos celebrados entre patrocinados y abogados para que estos últimos desarrollen una actividad no profesional o sin exigencia de conocimiento legal obtenido en una Universidad certificada para la ad-

judicación de un título, a saber: a) comisión por actividad de cabildeo dentro de un contexto de legalidad; b) pago de un porcentaje de la venta de un terreno consecuencia de una gestión de correduría inmobiliaria ejecutada por un abogado; etc.; y ii) los convenios donde a un mandatario, comisionista o cualquier prestador de servicio se le promete una participación sometida al éxito de su gestión, sin que ostente la condición de abogado. La ley ha querido imponer la limitación a la capacidad negocial sobre una categoría particular de profesional, como medio de resguardo de la honorabilidad y ética gremial.

2.1.2.2 Debe tratarse de una venta, donación o permuta o una convención semejante a estas últimas

Sobre esta condición se dan por reproducidos los argumentos explanados en el punto relativo al ámbito de aplicación del pacto, reafirmando que la Ley no ha limitado el pacto de cuota litis a un contrato de compraventa, a pesar de la incorporación de la prohibición en un capítulo denominado "*De las Personas que no pueden Comprar o Vender*". En efecto, al hacer simple lectura de los ordinales del artículo 1.482 del Código Civil encontramos que el Legislador deliberadamente limita las prohibiciones a operaciones de compra o a supuestos de adquisición, alejándose de este criterio cuando resuelve el planteamiento del pacto de cuota litis en el último párrafo del artículo mencionado. No pereciera aleatoria la redacción de la disposición, ni pasa desapercibido el tratamiento diferencial de los supuestos de hecho en cada caso.

En consecuencia, este presupuesto simplemente se completa con la celebración de una convención en los términos del artículo 1.133 del Código Civil, cuya semejanza asimilaría a la venta, donación y permuta, un contrato de cesión de crédito, o cualquier contrato innominado donde la fórmula hacer por dar, dar por hacer, o hacer por hacer, estén presentes.

2.1.2.3 Debe recaer sobre cosas comprendidas en las gestiones encomendadas

La jurisprudencia no ha sido abundante en relación con el pacto de cuota litis, sin embargo, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 00529 del 21 de marzo de 2002, se concentra en el tratamiento de esta condición de procedencia del pacto de cuota litis, bajo el siguiente análisis:

> [e]n opinión de la Sala, la señalada disposición no prohíbe el pacto entre cliente y abogado acerca de los honorarios profesionales que

se causen con ocasión de una gestión de representación en juicio o fuera de él, sino cuando el mismo se celebre sobre las cosas comprendidas en las causas a que prestan su ministerio.

Cabe entonces precisar si el precio del avalúo es, por una parte, una de aquellas "cosas" que forman parte de la causa de expropiación y por otra, si dicho precio constituye el crédito que ha sido objeto de cesión.

Estima la Sala, respecto de lo primero, que el precio definitivo que acuerda el tribunal competente en un juicio de expropiación es una de las cosas esenciales que comprende dicha causa, pues tal precio es el valor por el cual se indemniza al propietario en virtud de la pérdida coactiva de su propiedad y constituye el objeto resarcitorio primordial que persigue el expropiado en un juicio de esta naturaleza.

Sin embargo, el precio fijado por el tribunal a título de indemnización por la pérdida sufrida, aún siendo esencial a la causa, no puede asimilarse a las "cosas" genéricamente descritas en dicha norma como el objeto de la prohibición, pues se trata de una suma de dinero, que por su naturaleza es fungible, esto es, intercambiable por otra suma de dinero que representa idéntico valor, lo cual determina y hace posible su circulación en la sociedad, pues una suma de dinero es la misma con independencia de su origen o de quien la detente. En tal virtud, cuando mediante un convenio de honorarios profesionales se pacta sobre el porcentaje de una suma de dinero a que se tiene derecho en virtud de una decisión judicial, no se está pactando sobre el objeto de la causa en que un abogado presta su ministerio, sino respecto de una referencia numérica y de cálculo para tasar los servicios profesionales prestados, pues lo mismo da que dicho dinero, en cuanto bien fungible, provenga del pago hecho al deudor de dichos honorarios con ocasión de una sentencia condenatoria que le favorezca, como de cualquier otra fuente lícita en que haya obtenido el dinero para honrar la deuda asumida con el abogado. Así, el artículo 286 del Código de Procedimiento Civil expresamente señala, respecto de las costas que debe pagar la parte vencida por honorarios del apoderado de la parte contraria, que dichos honorarios no pueden exceder del 30% del valor de lo litigado. Obsérvese que la norma aludida no hace referencia a lo litigado, sino al valor de lo que ha sido objeto de disputa.

> De tal manera que la prohibición contenida en el Código Civil debe entenderse respecto de aquellas cosas esenciales de la causa no susceptibles de ser reemplazadas o intercambiadas por ninguna otra. En efecto, existiría "pacto de cuota litis", si mediante convenio de honorarios profesionales se estableciera en un juicio de reivindicación de un inmueble, que los honorarios causados por la asistencia jurídica se cancelen con el mismo inmueble o parte de él; pero, no existiría dicha prohibición si el acuerdo se formalizara sobre un porcentaje del valor del inmueble reivindicado, tasado en dinero. En tal virtud, debe desestimarse la existencia de un supuesto pacto prohibido como motivo de nulidad de la cesión efectuada (...)[5].

Por interpretación en contrario, la sentencia cuyo extracto se cita admite la vigencia de la prohibición del pacto de cuota litis, sólo que demarca el alcance de la expresión "*cosas comprendidas en las causas a que preste su ministerio*" contenida en el artículo 1.482 ejusdem. En este sentido, de la sentencia se desprende claramente que cosas a los efectos de la prohibición son aquellas "*no susceptibles de ser reemplazadas o intercambiadas por ninguna otra*".

Haciendo una lectura minuciosa saltan a la vista de cualquier intérprete las siguientes preguntas: ¿Qué razones llevaron al sentenciador a considerar como elemento determinante para la inexistencia del pacto de cuota litis, la fungibilidad de la cosa? ¿Por qué el intérprete juzgador hace distinción entre cosas fungibles e infungibles, si el Legislador no realizó tal discriminación? ¿Por qué la solución del artículo 1.482 del Código Civil varía con la naturaleza de la cosa, cuando los fundamentos de la prohibición siguen siendo los mismos?

Los fundamentos de la prohibición de convenir una cuota litis no mutan por la naturaleza de las cosas, y muy por el contrario llevan al error de ceñir la misma a reclamaciones de propiedad sobre bienes no fungibles.

La discriminación entre bienes fungibles e infungibles se presenta como un subterfugio para que abogados inescrupulosos puedan desplegar su actuación en perjuicio de sus clientes con los que han firmado un pacto de cuota litis, ya sea porque evitan continuar con un juicio,

[5] En: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/abril/00529-020402-12090.HTM

celebrando una transacción anticipada, a sabiendas del buen derecho del que gozan sus cliente para obtener de forma expedita y sin mayor esfuerzo un monto por concepto de honorarios, o continúan hasta las últimas consecuencias con un procedimiento contencioso para procurar el cobro de una cantidad mayor, rechazando cualquier acuerdo ventajoso para su cliente, en contra de los intereses de éste.

Por las razones mencionadas habría que descartar de plano el criterio de asunción de cosa como bien infungible; y sin pretender con ello hacer un tratado sobre el concepto de cosa o cosas, se debería entender por ésta (sería más simple y riguroso) todo cuanto existe en la naturaleza fuera del ser humano con los caracteres adjudicados en definitiva por Biondo Biondi en su obra *Los bienes*[6] , a saber: i) capacidad para satisfacer intereses económicos; ii) gestión económica autónoma; iii) sujeción jurídica al titular; iv) exterioridad al sujeto; v) individualidad del mundo exterior; e v) innecesaria actualidad. Podría reducirse el espectro de cosa según el contenido del artículo 1.482 del Código Civil al derecho independientemente de su clase, (con idoneidad para ser valorado económicamente), del que goza el cliente y confía a un abogado. Este derecho por la dinámica del pacto de cuota litis, debería tener la aptitud de convertirse en un derecho litigioso o serlo, todo de acuerdo al cuarto y último supuesto de procedencia que será objeto de examen.

2.1.2.4 Debe tratarse de causas en las que los abogados(as) o patrocinados (as) presten su ministerio

Esta condición de procedencia del pacto de cuota litis esta directamente conectada con la principal causa de su prohibición, siendo esta la protección de los derechos de un particular en su relación con el abogado, mediante el impedimento de un eventual conflicto de intereses. Este conflicto sería sólo entendible cuando la participación del profesional recae sobre la causa que le es confiada y no otra, admitiendo de esta manera que el abogado pueda suscribir un acuerdo con su cliente sobre cosas no comprendidas en las causas donde tiene un interés distinto al cobro regular de sus honorarios profesionales.

El presupuesto bajo revisión plantea una particularidad cuya definición resulta primordial, y esta no es más que el alcance de la mención

[6] Biondi, Biondo. Los bienes (1969) Cita de Kummerow, Gert: *Bienes y derechos reales*. Caracas: Universidad Central de Venezuela

"causas" contenida en el artículo 1.482 del Código Civil. En el contexto de la disposición, la causa hace referencia al planteamiento de un conflicto o a una controversia con la idoneidad de convertirse en un potencial litigio. A diferencia del ordinal 5° del artículo aludido correspondiente a los Jueces, Secretarios y otros, que señala expresamente: "los derechos o acciones litigiosos de la competencia del Tribunal de que forman parte", el Legislador pareciera pretender adjudicar a causas un concepto más amplio al de acciones o derechos litigiosos, lo que resulta lógico, considerando que los pactos de cuota litis son celebrados en su mayoría con anterioridad al inicio de un juicio y antes que el derecho sobre la cosa encargada se convierta en un derecho litigioso.

Por otra parte, concebir a la causa de forma extensiva como cualquier asunto encomendado a un abogado, no pareciera ser correcto, por cuanto jamás podría plantease a falta de contención un conflicto de intereses, (al menos en lo que concierne a la aplicación del artículo 1.482 del Código Civil) y no se socavarían en ningún caso los principios de probidad, honradez, discreción, eficiencia, desinterés, veracidad y lealtad que rigen el ejercicio de la profesión de abogado. Así las cosas, el abogado que llegare a acordar un honorario profesional sobre la consecución de un éxito en una gestión confiada, donde no exista la posibilidad de contención, aún cuando podría violar disposiciones de la Ley de Abogados y del Código de Ética Profesional del Abogado Venezolano, no contravendría la prohibición del Código Civil.

Por ello, la interpretación más coherente, sería ubicar a la causa en el plano de la controversia, contención o conflicto con potencialidad de convertirse en un litigio, aunque no llegara a serlo. Esta condición íntimamente ligada al concepto de cosas proporcionado por el tantas veces citado artículo, debe llevar a la conclusión que el pacto de cuota litis, el acuerdo donde al abogado se le otorga participación directa o indirecta sobre el "derecho que ostenta primariamente el cliente", sujeta dicha participación generalmente a la consecución de un logro o resultado.

2.1.3 Fundamentos de la prohibición

De acuerdo a lo expresado en los capítulos precedentes, varias son las justificaciones utilizadas por Legislador para prohibir el pacto de cuota litis, restringiendo de esta manera un principio esencial del derecho civil como lo es el de la autonomía de la voluntad de las partes, que reconoce a la voluntad de los particulares la capacidad de reglamentar las obligaciones que se imponen. La gama de razonamientos que han

servido de base a la prohibición podrían ser clasificados en dos grupos: i) el primero corresponde con la protección de los derechos e intereses de cualquier particular que haya contratado los servicios profesionales de un abogado, y el pago de los honorarios haya sido pactado bajo la modalidad objeto de análisis; y ii) el segundo, con la garantía de preservar el ético y honesto ejercicio de la profesión, en el marco de los deberes y derechos impuestos a los abogados de conformidad con la normativa que regula su conducta como profesional del derecho.

Por el contenido y sentido de los ordinales del artículo 1.482 del Código Civil, se debe inferir que la finalidad perseguida por la norma es evitar un eventual conflicto de intereses y proteger al vendedor o cedente del derecho, de posibles abusos por parte del comprador o receptor del mismo. Esta misma concepción de precaución frente a la violación del orden privado es asumida por el autor Francisco López Herrera en su obra *La nulidad de los contratos en la legislación civil de Venezuela*, que al analizar el artículo 1.482 *ejusdem*, dentro de las prohibiciones para concluir ciertos contratos, justifica las mismas en la idea de protección particular del titular del derecho ante el sujeto de la prohibición. En efecto, el autor señala expresamente lo siguiente:

> *...[e]l artículo 1.482 del Código Civil establece una serie de prohibiciones para comprar, sea por contratos voluntariamente pactados, sea en públicas subastas, bien directamente o por medio de interpuestas personas, los bienes de otras que también allí se determinan. Todas ellas tienden a proteger los intereses de esos posibles vendedores, que por la situación especial en que se encuentran pueden ser víctimas de abusos por parte de aquellos posibles compradores*

Esta justificación de orden privado pareciera privar sobre las que corresponden con la ética profesional en lo que se refiere al artículo 1.482 del Código Civil, que da primacía a la prevención de un conflicto de intereses sobre la garantía de una conducta honesta del abogado o procurador. Esta prelación en los fundamentos determina la consecuencia jurídica de la celebración del pacto de cuota litis según el análisis que se hará en el próximo capítulo, y constituye la diferencia de concepción de la prohibición del Código Civil *versus* el mandato del artículo 44 del Código de Ética Profesional del Abogado Venezolano.

Las justificaciones de orden gremial que conforman el segundo grupo, se ajustan a la persecución de un ideal de conducta profesional del

abogado. La ley marca las pautas del ejercicio, fijando como norte del abogado, el servicio a la justicia, el aseguramiento de la libertad y el ministerio del Derecho. Dentro de este contexto, el Código de Ética Profesional del Abogado Venezolano recoge un conjunto de disposiciones que claramente se podrían ver violentadas con la aceptación del pacto de cuota litis como un medio idóneo para el cobro de honorarios dentro de la práctica forense. Para mayor claridad y abundamiento, citaremos las normas de posible afectación con el pacto, haciendo una breve explicación en cada caso.

a) **Artículo 4.** Son deberes del Abogado: 1-.Actuar con probidad, honradez, discreción, eficiencia, desinterés, veracidad y lealtad.

Los deberes esenciales del abogado imponen una actuación desinteresada, y como hemos señalado anteriormente, el pacto de cuota litis genera en cabeza del abogado un interés en la causa que le es confiada mayor a la del simple cobro de los honorarios, y este no es más que el interés en obtener un resultado determinado en beneficio propio. Imaginemos por un momento, la conducta del abogado que recibe por oferta transaccional un monto que es perjudicial para los intereses de su representado, pero que en aplicación del pacto, le permitiría obtener un beneficio remunerativo porcentual desmedido respecto a los servicios prestados. Al existir un interés directo y personal, el abogado podría verse tentado a aceptar o propiciar una transacción que le es favorable y contrapuesta a las expectativas de su cliente.

b) **Artículo 4.** Son deberes del Abogado: 2-.Conservar absoluta independencia en sus actuaciones profesionales.

El pacto de cuota litis genera en el abogado un vínculo prácticamente inquebrantable con la causa que le es encomendada, y esta relación directa con la gestión podría afectar su autonomía a la hora de tomar decisiones de interés para la debida representación de su cliente. La independencia del abogado se ve minada cuando su interés en la causa es tal, que su medio de subsistencia pende de un éxito o solución favorable.

c) **Artículo 8.** El Abogado en ejercicio de su profesión deberá conservar su dignidad e independencia; estas son irrenunciables e incompatibles con toda ocupación que obstaculice. No deberá aceptar sugerencias de su patrocinado, representado o asistido que pueda lesionar su honorabilidad.

Se dan por reproducidos los argumentos explanados en el literal "*b*".

d) Artículo 34. El abogado no deberá olvidar que el derecho de representación se le otorgará en consideración a su título y no le faculta para actuar en beneficio propio, sino que antes bien cuanto obtuviere dentro de su gestión, pertenecerá exclusivamente a su representado o asistido.

Parece obvio que el pacto de cuota litis conlleva al abogado a actuar en una causa en beneficio propio, al haber adquirido una porción del derecho de su cliente contra la prestación de sus servicios profesionales. El abogado que ha celebrado un pacto, ya no sólo funge como representante de su cliente, también toma para si las consecuencias positivas o negativas de una causa que originalmente no era suya. Esta participación sólo deviene de su carácter de abogado (consideración de su título) sin el cual jamás recibiría en confianza una causa que requiera asistencia legal.

e) Artículo 39. Al estimar sus honorarios el abogado deberá considerar que el objeto esencial de la profesión es servir a la justicia y colaborar en su administración sin hacer comercio de ella. La ventaja o compensación aún cuando sea indudablemente lícita, es puramente accesoria, ya que jamás podría constituir honorablemente un factor determinante para los actos profesionales. El abogado cuidará que su retribución no peque por exceso ni por el defecto, pues ambos extremos son contrarios a la dignidad profesional.

Constituye la falta de ética el cobro excesivo e injustificado de honorarios, signo visible de falta de honradez profesional o percibir honorarios inferiores al mínimo establecido en las tarifas adoptadas por el Colegio de Abogados.

Los pactos de cuota litis se prestan en algunos casos para distorsionar la remuneración que recibe el abogado por la prestación de su servicio profesional, pecando en exceso o por defecto dependiendo del resultado obtenido en la causa confiada. Basta con ejemplificar las secuelas de un pacto para dejar en evidencia el riesgo de incumplimiento de esta disposición.

De acuerdo a la norma, sería reprochable que un abogado represente a su cliente en un proceso cuya duración puede exceder los tiempos estimados, y al salir perdidoso, como consecuencia de la aplicación del pacto de cuota litis, no cobre cantidad alguna por concepto de honorarios. Igualmente sería censurable (en los términos del artículo en

comento), el caso de un abogado que con la simple interposición de la demanda provoca un convenimiento de la contraparte, y ajustándose al pacto se hace acreedor de una cantidad excesiva respecto al servicio ejecutado.

f) Artículo 45. El abogado deberá evitar toda controversia con su representado frente a honorarios, hasta donde lo sea compatible con su dignidad profesional y con su derecho a recibir una compensación razonable por sus servicios. En caso de seguir la controversia, se recomienda que el abogado proponga el arbitraje de la Junta Directiva Del colegio. Si el patrocinado conviene en el arbitraje el abogado lo aceptará sin reparo alguno.

La compensación razonable a la que hace referencia el artículo, y cuya estimación debe hacerse sobre la base de los criterios que establece el artículo 40 del mismo cuerpo normativo, queda trastocada al someter la fijación de los honorarios a un resultado determinado en la causa. Siguiendo la argumentación anterior, lo que en definitiva cobre un abogado producto de una decisión dejará de ser "razonable", si la decisión es favorable o desfavorable.

Los fundamentos descritos constituyen a groso modo las razones por las cuales el Legislador, desde una perspectiva colectiva de ejercicio de la profesión del derecho, censura la celebración de los pactos de cuota litis, sin que esto implique prejuzgar sobre su conveniencia en muchos casos, los cuales serán revisados en el capítulo correspondiente a las críticas a la visión negativa del Legislador.

2.1.4 Consecuencia jurídica

En el marco del último párrafo del artículo 1.482 del Código Civil, queda como disyuntiva determinar si la celebración del pacto de cuota litis acarrea su nulidad absoluta o su nulidad relativa, por cuanto la expresión "*no pueden*" por si misma, no ilustra con claridad la consecuencia jurídica de la norma. Tomando en consideración el fundamento principal de la prohibición contenida en el Código Civil, la solución más lógica sería inclinarse por la nulidad relativa del pacto. Si el objetivo primordial del artículo en comento es proteger los derechos e intereses del particular que vende o de cualquier manera cede su derecho frente al que lo adquiere, el efecto natural sería sancionar el pacto con su nulidad relativa, como nulidad de protección del orden privado, salvo que se verifique una afectación al orden público y las buenas costumbres.

La dificultad de hacer una afirmación absoluta en este sentido, radica en la ubicación del último párrafo del artículo dentro del ordinal 5°, que algunos autores han pretendido colocar en el plano de la violación del orden público por tratarse en caso de contravención, de la afectación de la justicia como derecho constitucional. Siendo los abogados al igual que los Magistrados, Jueces y Secretarios, individuos necesarios para el cumplimiento de este bien jurídico, la contravención de normas limitativas que a su vez pudieran transgredir la justicia bajo esta lupa, llevaría a la sociedad a su repudio por perturbar sus bases.

De esta misma manera se expresa el autor Emilio Calvo Baca en su obra *Código Civil*, que sobre este particular en la cita de jurisprudencia y comentarios de otros doctrinarios, señala:

> [n]o es discutible que la norma antes transcrita (último aparte de artículo) constituye, sin duda alguna, inapreciable garantía del honesto ejercicio profesional y de la ética que siempre deben observar los miembros del gremio de abogados, cuya eximia labor ha querido resguardar el legislador de toda sospecha que la degrade o envilezca. Más tal estimación no puede extremarse al punto de elevar a la categoría de regla de orden público absoluto, sancionable con una nulidad semejante, el contenido eminentemente protector de intereses privados y particulares de la disposición en referencia.
>
> Ninguna razón valedera existe para admitir la tesis del apoderado actor de que la prohibición del aparte citado es más rigurosa y de efectos más absolutos que la establecida respecto a los Magistrados, Jueces, Fiscales y demás funcionarios de la administración de justicia. Por lo contrario, sería de presumir que mayormente exigente ha debido ser el legislador en este caso, en el que no sólo se trata de resguardar el buen nombre, honestidad y ética del profesional, sino de poner a cubierto de toda sospecha de parcialidad o de corrupción la realización de una de las misiones más nobles, más transcendentales y más delicadas del Poder Público.

Generalmente el interés protegido es privado y exclusivamente inherente a la persona del cliente o patrocinado, no advirtiéndose en sentido estricto la afectación del orden público y las buenas costumbres, debe concluirse que la consecuencia de la celebración del pacto de cuota litis es su anulabilidad o nulidad relativa. Esta apreciación genera significativas repercusiones en cuanto al alcance de la acción que posee

el cliente que ha suscrito un pacto de cuota litis contra el abogado parte, que en palabras de Francisco López Herrera, se resumirían en:

i) La nulidad relativa sólo puede ser declarada a petición del contratante a quien la ley quiso proteger al establecer la prohibición o imposición.

ii) La nulidad relativa puede subsanarse y por eso es confirmable o convalidable el contrato con ella.

iii) La nulidad relativa es prescriptible y la acción correspondiente tiene un lapso de prescripción breve (regularmente de 5 años).

iv) La excepción de nulidad relativa es imprescriptible, aceptado dicho hecho de forma armónica por la mayoría de la Doctrina y algunas Legislaciones.

2.2. El pacto de cuota litis en el Código de Ética Profesional del Abogado Venezolano

El enfoque que recibe el pacto de cuota litis por el cuerpo normativo referido en el título, se distancia de aquel proporcionado por el Código Civil a la misma figura jurídica. En esencia se le aplican las mismas consideraciones efectuadas en los capítulos anteriores, exceptuando los supuestos y consecuencias que a continuación se identifican:

La concepción de prohibición del pacto de cuota litis según el Código de Ética Profesional del Abogado Venezolano es global y no se circunscribe a asuntos que planteen contención o controversia. El artículo 44 de la referida normativa no hace mención expresa a causas o cosas objeto de estas, simplemente usa el vocablo "*asunto*", en los siguientes términos:

> **Artículo 44.** El abogado no deberá, a excepción de sus honorarios, adquirir interés pecuniario en el asunto que se ventila y qué él esté dirigiendo o que hubiere sido dirigido por él. Tampoco podrá adquirir directa o indirectamente, bienes venidos de remates judiciales de asuntos en que hubiere participado.

Igualmente, la prohibición se extiende en el tiempo, para limitar la actuación del abogado durante la dirección del asunto y posterior a su conclusión.

La sanción a la actuación del abogado que ha pactado sus honorarios bajo la modalidad de cuota litis consiste en una infracción a las normas codificadas y a la Ley de Abogados, se aplicarían los artículos 30 y 70 de la Ley de Abogados, los cuales señalan textualmente:

Artículo 30. Ejercen ilegalmente la profesión de abogado:

1. Quienes sin poseer el título respectivo se anuncien como abogados, se atribuyan ese carácter, ostenten placas, insignias, emblemas o membretes de tal, o quienes realicen los actos o gestiones reservados a los abogados en los artículos 8° y 6° de esta Ley, salvo las excepciones legales.
2. Quienes habiendo obtenido el Título de Abogado de la República, realicen actos y gestiones profesionales sin haber cumplido los requisitos para ejercer legítimamente la profesión o se encuentren impedidos de ejercerla conforme al artículo 12.
3. Quienes habiendo sido sancionados con la suspensión del ejercicio profesional ejerzan durante el tiempo de la suspensión.
4. Los abogados que presten su concurso profesional, encubran o amparen a personas naturales o jurídicas u oficinas que realicen actos de ejercicio ilegal de la profesión.
5. Quienes establezcan, representen o regenten oficinas, firmas o sociedades destinadas a cobro, ya directamente o haciéndose habitualmente cesionarios, endosatarios, acreedores o tenedores de la deuda, cualquiera que ella fuere.
6. También incurren en ejercicio ilegal de la profesión y serán sancionados con las penas previstas para los responsables directos, los abogados que en alguna forma patrocinen o encubran a las personas de que trata este artículo.
6. Los abogados que ejerzan su profesión contrariando las disposiciones de la presente Ley y su Reglamento, de los reglamentos, acuerdos y demás resoluciones de la Federación de Colegios de Abogados, de los Colegios o Delegaciones respectivas y del Instituto de Previsión Social del Abogado.
7. Quienes ejerzan un cargo público para el cual se requiera el título de abogado y no estén inscritos en un Colegio de Abogados, o incorporados al del lugar, según el caso, o cuando no cumplan las obligaciones que les Impone esta Ley (Subrayado nuestro).

Artículo 70. Las infracciones a la presente Ley y al código de Ética Profesional, serán sancionadas así:

a) Las previstas en el artículo 30 con multa de quinientos a tres mil bolívares o arresto proporcional. Esta sanción será aplicada por

el Juez de Parroquia o municipio del lugar donde haya incurrido la infracción, a requerimiento del Directorio del Colegio o del de la Federación de Colegios de Abogados, quienes remitirán al Juez copia de la decisión del Tribunal Disciplinario, que deba ejecutarse.

b) La prevista en el artículo 16 con suspensión del ejercicio profesional de uno a tres meses.

c) La falta de pago de las contribuciones reglamentarias, las ofensas a los funcionarios judiciales y abogados; y cualesquiera otras faltas disciplinarias, con amonestación privada ante el Directorio de la Federación o ante la Junta Directiva del Colegio de Abogados o de la Delegación en que haya ocurrido el hecho.

d) En los casos de reincidencias y de ofensas y faltas graves de las previstas en el ordinal anterior, la pena será de amonestación pública ante las autoridades Indicadas.

e) Los abogados que no atiendan al requerimiento que se les haga para oír las amonestaciones y los que Incurran en graves infracciones a la ética, al honor o a la disciplina profesional serán sancionados con la suspensión del ejercicio profesional de un mes a un año, según la gravedad de la falta.

f) Los que se nieguen a cancelar las contribuciones reglamentarias después de haber sido amonestados conforme a las letras c) y d), serán sancionados con la suspensión del ejercicio profesional hasta que sean canceladas dichas contribuciones.

g) Los que hayan sido condenados a penas de prisión o de presidio, serán suspendidos en el ejercicio profesional por todo el tiempo que dure la condena y desde el momento en que ésta quede firme (Subrayado nuestro).

En este mismo sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 120 del 26 de febrero de 2013, señaló lo siguiente:

> *[p]or último, observa esta Sala que el apoderado (...) intentó un juicio de partición de comunidad conyugal, no obstante que la misma ya había sido liquidada, circunstancia suficientemente conocida por dicho profesional y, adicionalmente, pactó sobre los bienes objeto del litigio, esta Sala considera que la conducta del*

apoderado parece contraria a la ética que debe mantener todo profesional del Derecho, pues se aleja de la lealtad y probidad procesal, en contravención con lo que preceptúa el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, cuando establece que: "Las partes, sus apoderados y abogados asistentes deben actuar en el proceso con lealtad y probidad. En tal virtud, deberán: (...) No interponer pretensiones ni alegar defensas, ni promover incidentes, cuando tengan conciencia de su manifiesta falta de fundamentos…", cuyo comportamiento contrario acarrea la sanción que dispone la misma norma cuando dispone, en su parágrafo único, que:

Las partes y los terceros que actúen en el proceso con temeridad o mala fe son responsables por los daños y perjuicios que causaren.

Se presume, salvo prueba en contrario, que la parte o el tercero han actuado en el proceso con temeridad o mala fe cuando:

1° Deduzcan en el proceso pretensiones o defensas, principales o incidentales, manifiestamente infundadas

2° Maliciosamente alteren u omitan hechos esenciales a la causa;

3° Obstaculicen de una manera ostensible y reiterada el desenvolvimiento normal del proceso.

Por tanto, esta Sala reitera su criterio contenido en la sentencia n.º 294 del 28 de febrero de 2008 (caso: Sidero Galvánica C.A.), ratificada en fallo Núm. 1485 del 15 de octubre de 2008, de allí que ordena remitir copia certificada del presente fallo al Colegio de Abogados de adscripción de dicho profesional, para que se tomen las medidas disciplinarias a que haya lugar, respecto a la actuación descrita (...)[7].

Por lo tanto, los fundamentos de la limitación son básicamente los mismos que se indicaran en las consideraciones a los fundamentos de la prohibición del pacto cuota litis, exceptuando la consideración proteccionista de los intereses del particular, que pasan a un segundo plano, frente a la primacía de moldear la conducta del abogado a un ideal ético.

[7] En: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/febrero/120-26213-2013-12-0174.HTML

2.3. El pacto de cuota litis en la Ley Orgánica de Precios Justos

En el marco de la temática relativa al acceso equitativo de la población en la recepción de bienes y servicios, existen regulaciones y mecanismos en el control de los precios necesarios de éstos y sus ganancias.

En efecto, los lineamientos que garantizan el acceso equitativo de los bienes y servicios, tienen su origen en los artículos 117 y 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que señalan:

> **Artículo 117.** Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos.
>
> **Artículo 299.** El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad a los fines de garantizar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para garantizar una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta.

En tal sentido, partiendo del concepto de Estado Social, fundamentado en los principios de la solidaridad social y del bien común, nace la obligación de tutelar y garantizar el derecho fundamental de las personas al acceso a los bienes y servicios, para garantizar el derecho a la vida, a la salud, la paz social y la justicia.

Por ello, el Estado es llamado a intervenir activamente y regular la producción de bienes y servicios que satisfacen las necesidades de la

población, sean éstos de primera necesidad o no, que de acuerdo a los postulados constitucionales, manteniendo una proporcionalidad entre el producto o servicio ofrecido y la contraprestación dada por el consumidor o el usuario, atendiendo a criterios justos de intercambio.

A la luz de tales postulados, se presentan como antecedentes diversos instrumentos jurídicos, a saber: el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Costos y Precios Justos (Gaceta Oficial N° 8.331 del 14 de julio de 2011) y Ley de Reforma Parcial de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (Gaceta Oficial N° 39.358 del 1 de febrero de 2010), Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 6.092 con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (Gaceta Oficial N° 39.165 del 24 de abril de 2009), el Decreto N° 6.092 con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.859 del 10 de diciembre de 2007), el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y Cualquier Conducta que Afecte el Consumo de Alimentos o Productos Sometidos al Control de Precios (Gaceta Oficial N° 38.629 del 21 de febrero de 2007 y su posterior reforma publicada en la Gaceta Oficial N° 38.682 del 31 de enero de 2008) y la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (Gaceta Oficial N° 37.930 del 04 de mayo de 2004).

Así, en ejecución de los lineamientos económicos establecidos por el Ejecutivo Nacional, especialmente en lo relativo al control de los precios y las ganancias para propiciar el acceso de la población a los bienes y servicios, el Presidente de la República, en el ejercicio de las atribuciones conferidas en el artículos 236 numeral 8 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el numeral 2, literal c de la Ley que Autoriza al Presidente de la República para Dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan, en Consejo de Ministros, dictó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, cuyo objeto y ámbito de aplicación rezan de la siguiente manera:

> **Objeto**
> **Artículo 1.** La presente Ley tiene por objeto asegurar el desarrollo armónico, justo, equitativo, productivo y soberano de la economía nacional, a través de la determinación de precios justos de bienes y **servicios**, mediante el análisis de las estructuras de costos, la fijación

> del porcentaje máximo de ganancia y la fiscalización efectiva de la actividad económica y comercial, a fin de proteger los ingresos de todas las ciudadanas y ciudadanos, y muy especialmente el salario de las trabajadoras y trabajadores; **el acceso de las personas a los bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades**; establecer los ilícitos administrativos, sus procedimientos y sanciones, los delitos económicos, su penalización y el resarcimiento de los daños sufridos para la consolidación del orden económico socialista productivo.
>
> **Sujetos de Aplicación**
> **Artículo 2.** Quedan sujetos a la aplicación de la presente Ley, las personas naturales y jurídicas de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, que desarrollen actividades económicas en el territorio de a República Bolivariana de Venezuela, incluidas las que se realizan a través de medios electrónicos.

Se exceptúan aquellas que por la naturaleza propia de la actividad que ejerzan se rijan por normativa legal especial.

Por su parte, la derogada Ley de Costos y Precios Justos, señalaba:

> **Artículo 2.** Las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley son aplicables en todo el territorio nacional, a las relaciones establecidas entre sujetos de derecho público o privado que, con ocasión de su giro comercial, productivo o de prestación de servicios, determinen los precios que correspondan a la venta de bienes o la prestación de servicios, así como los costos inherentes a tales operaciones.

En este mismo tenor, la también derogada Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, consagraba:

> **Artículo 3.** Quedan sujetos a las disposiciones de la presente Ley, todos los actos jurídicos celebrados entre proveedoras o proveedores de bienes y servicios, y las personas organizadas o no, así como entre éstas, relativos a la adquisición o arrendamiento de bienes, a la contratación de servicios prestados por entes públicos o privados, y cualquier otro negocio jurídico de interés económico, así como, los actos o conductas de acaparamiento, especulación, boicot y cualquier otra que afecte el acceso a los alimentos o bienes declarados o no de primera necesidad, por parte de cualquiera de los sujetos económicos de la cadena de distribución, producción y consumo de bienes y servicios, desde la importadora o el

importador, la almacenadora o el almacenador, el transportista, la productora o el productor, fabricante, la distribuidora o el distribuidor y la comercializadora o el comercializador, mayorista y detallista.

De lo anterior se evidencia que desde sus antecedentes, el ámbito de aplicación de las normas de protección social de la economía ha sido tan amplio que deben entenderse tuteladas todas las relaciones entre sujetos de derecho público o privado que, con ocasión de una actividad comercial, productiva o de prestación de servicios, determinen los precios que correspondan a la venta de bienes o la prestación de servicios, salvo los casos exceptuados que dispongan de una normativa legal especial en la materia.

Pareciera que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, de manera general, incluye a todos los servicios en el ámbito de su aplicación, pues precisamente no realiza ninguna distinción ni exclusión de los mismos en su objeto ni en el ámbito de aplicación, por el contrario, en el artículo 7 señala que:

> *[s]e declaran y por lo tanto son de utilidad pública e interés social, todos los bienes y servicios requeridos para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes y* ***prestación de servicios*** *(...).*

A nuestro entender, los servicios deben ser entendidos como "*aquellas actividades que no producen bienes u objetos materiales, sino comodidades o satisfacción de necesidades particulares o colectivas*"[8], en consecuencia, por la amplitud del objeto de la referida Ley, pudiera interpretarse que las profesiones de carácter liberal se encuentran tuteladas bajo el amparo de dicha normativa legal.

Ahora bien, siendo que cualquier persona natural o jurídica es potencialmente receptora de cualquier servicio profesional remunerado, con especial referencia a los profesionales del derecho en libre ejercicio, surge la pregunta ¿la contraprestación recibida a través de un pacto de cuota litis, también estaría dentro del ámbito de aplicación del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos?.

---

[8] Instituto de Derecho Comparado. (1980). Diversos Aspectos de la Protección al Consumidor. Caracas: Ministerio de Justicia, p.24.

2.3.1. Afectación del pacto de cuota litis

Efectivamente, con la entrada en vigencia del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, surge la hipótesis que las ganancias convenidas a través del pacto de cuota litis estarían sometidas a las limitaciones propias de la normativa, en cuanto al establecimiento del margen máximo de la utilidad.

En el referido cuerpo normativo, el margen de ganancias debe obedecer a una utilidad razonable atendiendo a criterios de justo intercambio, que en ningún caso podrá exceder los límites establecidos en la ley o por el ente regulador.

Adicionalmente, como antecedente jurisprudencial de lo que debe entenderse como "*utilidad razonable*", la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a través del fallo de N° 313 del 21 de febrero de 2002, refirió lo siguiente:

> *[s]obre el significado de rentabilidad razonable cuya aclaratoria solicita el Banco Central de Venezuela, la Sala reitera que el alcance de este término se refiere a que el prestamista tiene el derecho a obtener una ganancia y recuperar su dinero, pero en materia de interés social, tal ganancia y recuperación no pueden ser a expensas de las necesidades básicas del prestatario, hasta el punto de hacerle perder la vivienda. Ello se indica expresamente en el fallo. Esta realidad debe tenerla en cuenta el Banco Central de Venezuela al determinar la rentabilidad razonable. La misma no puede ser tal que arruine o ponga en peligro, la calidad de la vida del prestatario (...)*[9].

Es así, como la ley y la jurisprudencia han establecido los márgenes necesarios para considerar una utilidad o ganancia como justa o razonable en el intercambio de una actividad comercial o económica.

Es precisamente en este punto, donde surge la inquietud si las ganancias pactadas entre el profesional del derecho y su cliente estarían sujetas a la determinación de un precio justo que permita una utilidad razonable. A nuestro entender, si se atiende a una interpretación que califique a la profesión del derecho como una actividad económica es perfectamente sustentable, en la medida que la actividad económica sea

[9] En: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/febrero/313-210202-01-1274%20.HTM

entendida por el ente regulador como una actividad dirigida a la generación de ingresos con la contraprestación de un servicio de asistencia o asesoría especializada.

2.3.2. Determinación del precio justo

La Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (en lo sucesivo SUNDDE), es el órgano rector encargado de fiscalizar, controlar e inspeccionar el cumplimiento del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos. Del texto de la ley se verifica lo siguiente:

> **Naturaleza de la Superintendencia**
>
> **Artículo 10.** Se crea la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (SUNDDE), como un órgano desconcentrado con capacidad de gestión presupuestaria, administrativa y financiera, adscrita a la Vicepresidencia Económica de Gobierno.
>
> La SUNDDE, mediante Reglamento Interno establecerá una estructura organizativa que le permita ejercer con eficacia sus funciones. Las funcionarias y funcionarios que ejerzan actividades de inspección o supervisión serán de libre nombramiento y remoción, conforme a las previsiones contempladas en la Ley del Estatuto de la Función Pública.
>
> **Atribuciones y Facultades**
>
> **Artículo 11.** Corresponde a la SUNDDE el ejercicio de las siguientes atribuciones:
>
> 1. Ejercer la rectoría, supervisión y fiscalización en materia de estudio, análisis, control y regulación de costos para la determinación de márgenes de ganancias y precios.
> 2. Diseñar, implementar y evaluar, coordinadamente con los Ministerios del poder Popular u otros organismos que correspondan, según el caso, los mecanismos de aplicación, control y seguimiento para el estudio de costos y determinación de márgenes de ganancias razonables para fijar precios justos, así como la supervisión, control y aplicación de la presente Ley.
> 3. Fijar los precios máximos de la cadena de producción o importación, distribución y consumo, de acuerdo a su importancia económica y su carácter estratégico, en beneficio

de la población, así como los criterios técnicos para la valoración de los niveles de intercambio equitativo y justo de bienes y servicios.

Es así, como la determinación, modificación y control de precios es competencia de la SUNDDE, según las disposiciones siguiente:

Órgano Rector

Artículo 25. La SUNDDE, establecerá la categorización de bienes y servicios, o de sujetos, atendiendo a los criterios técnicos que estime convenientes, pudiendo establecer distintos regímenes para bienes y servicios regulados, controlados o no, en función del carácter estratégico de los mismos, y en beneficio y protección de las personas que acceden a éstos.

Para los sujetos de las categorías a los cuales se refiere el presente artículo, la SUNDDE podrá disponer de distintos regímenes de regulación, requisitos, condiciones, deberes o mecanismos de control, en función de las características propias de los bienes o servicios, del sector que los produce o comercializa, o a los que accedan las personas.

Determinación o Modificación de Precios

Artículo 27. La SUNDDE podrá, sobre la base de la información aportada por los sujetos de la presente Ley y de conformidad con lo dispuesto en la misma, proceder a determinar el precio justo del bien o servicio, o efectuar su modificación en caso necesario, de oficio o a solicitud del interesado.

(...).

Fuentes de Información para la Determinación del Precio

Artículo 28. Para la determinación del precio justo de bienes y servicios, así como la determinación de los márgenes de ganancia, el ente rector podrá fundamentarse en:

1. Información suministrada por los administrados, bien a requerimiento del ente actuante o recabada y resguardada en los archivos de otros órganos de la Administración Pública. Dicha información debe reflejar las estructuras de costos y su utilidad, durante el período que corresponda.
2. Elementos que por su vinculación con el caso sometido a consideración, para la determinación del precio justo de los

bienes o servicios objeto de regulación, hagan mérito para presumirse válidos según los criterios comúnmente aplicados por la SUNDDE, para la fijación de precios justos y el costo que lo compone.

3. Información recabada y resguardada en los archivos u organismos internacionales o administraciones de otros países, conforme a los convenios de cooperación existentes o el carácter público de la misma.
4. Información suministrada por los denunciantes, tercero o cualquier otra persona que tuviere conocimiento del incumplimiento de las previsiones de la presente Ley, o la presunta comisión de los delitos previstos en ella.
5. Información suministrada por las organizaciones del Poder Popular.

Margen Máximo de Ganancia

Artículo 32. El margen máximo de ganancia será establecido anualmente, atendiendo criterios científicos, por la SUNDDE tomando en consideración las recomendaciones emanadas por los Ministerios del Poder Popular con competencia en las materias de Comercio, Industrias y Finanzas. En ningún caso el margen de ganancia de cada actor de la cadena de comercialización excederá de treinta 830) puntos porcentuales de la estructura de costos del bien o servicio.

(...)

La falta de fijación expresa del margen máximo de ganancia dictado por la SUNDDE, no implicará el incumplimiento, omisión o flexibilización de los precios previamente establecidos por el Ejecutivo Nacional, a los productos fabricados, obtenidos o comercializados por los sujetos de aplicación de la presente Ley.

De lo anterior se colige, que la ley no hace una distinción o categorización de los bienes ni de los servicios sujetos al margen máximo de ganancia, por el contario, señala de manera generalizada que en ningún caso podrá exceder de treinta (30) puntos porcentuales de la estructura de costos del bien o servicio.

De esta manera, atendiendo a que el Reglamento Interno de Honorarios Mínimos de Abogados (dictado por el Consejo Superior de la

Federación de Colegios de Abogados de la República Bolivariana de Venezuela el 26 de febrero de 2010), no establece un margen máximo de los honorarios recibidos por los profesionales del derecho, sino que de manera contraria establece en su artículo 2 que *[n]ingún abogado podrá percibir honorarios inferiores a los establecidos en este Reglamento*, ante un planteamiento de cobro excesivo o aventajado en la prestación del servicio, podrían resultar aplicables las disposiciones contenidas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos.

En tal sentido, para el caso del pacto cuota litis, la SUNDDE se encontraría habilitada para efectuar la fiscalización del convenio y ordenar la devolución del monto que considere excedido, inclusive declarar la nulidad absoluta del acuerdo celebrado si se evidencia la vulneración del orden público o afectación del colectivo.

Bibliografía

Badell Benitez, Nicolás; Badell Madrid, Álvaro; Badell Madrid, Rafael; De Grazia Suárez, Carmelo; Grau, María Amparo; Márquez Párraga, David. (2005). *Comentarios a la Nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*. Caracas: Badell, Grau & De Grazia.

Biondi, Biondo. (1969). *Los Bienes*. Cita de Kummerov, Gert. Bienes y Derechos Reales. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

Calvo Baca, Emilio. (1988). *Código Civil Venezolano*. Caracas: Libra.

De Lemos, Rafael; Flamerique, Faustino; Hernández; José Ignacio y Quiroz Rendón, David. (2005). *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. *Comentarios a la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (Ledepabis)*. (2009). Caracas: Funeda.

Hernández G, José Ignacio. (2004). *Introducción a la Nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*. Análisis de las principales restricciones impuestas a los proveedores. Caracas: Funeda.

Instituto de Derecho Comparado. (1980). *Diversos Aspectos de la Protección al Consumidor*. Caracas: Ministerio de Justicia.

López Herrera, Francisco. (1952). *La Nulidad de los Contratos en la Legislación Civil de Venezuela*. Tesis entregada a la Universidad Central de Venezuela para optar al grado de Doctor en Ciencias Políticas. Caracas: Empresa El Cojo S.A.

Base legal

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.453 del 24 de marzo de 2000 y su Enmienda publicada en la Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.098 del 19 de febrero de 2009.

Código Civil Venezolano. Gaceta Oficial Extraordinario N° 2.990 del 26 de julio de 1982.

Código de Ética Profesional del Abogado Venezolano. Gaceta Oficial Nº 33.357 del 25 de noviembre de 1985.

Decreto con Valor, Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos. Gaceta Oficial N° 8.331 del 14 de julio de 2011.

Ley de Reforma Parcial de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios. Gaceta Oficial N° 39.358 del 1 de febrero de 2010.

Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 6.092 con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios. Gaceta Oficial N° 39.165 del 24 de abril de 2009.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y Cualquier Conducta que Afecte el Consumo de Alimentos o Productos Sometidos al Control de Precios. Gaceta Oficial N° 38.629 del 21 de febrero de 2007 y su posterior reforma publicada en la Gaceta Oficial N° 38.682 del 31 de enero de 2008.

Decreto N° 6.092 con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios. Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.859 del 10 de diciembre de 2007.

Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Gaceta Oficial N° 37.930 del 04 de mayo de 2004.

Ley de Abogados. Gaceta Oficial N°. 1081 del 23 de enero de 1967.

Reglamento de la Ley de Abogados. Gaceta Oficial N° 28.430 del 13 de septiembre de 1967.

Reglamento Interno Nacional de Honorarios Mínimos de Abogados. 2010

Referencias internet

http://www.tsj.gov.ve
12 de diciembre de 2013; 03 de diciembre de 2013; 16 de diciembre de 2013/

http://www.indepabis.gob.ve
16 de diciembre de 2013; 2 de enero de 2014

http://www.sundecop.gob.ve
17 del diciembre de 2013; 29 de enero de 2014

http://www.mincomercio.gob.ve
27 de enero de 2014

http://www.pgr.gob.ve
29 de enero de 2014/

/ www.tecnoiuris.com
29 de enero de 2014

Redes Sociales

Sistema Bolivariano de Comunicación e Información de Venezuela.
En: @Sibci. Info: bit.ly/1dZ1FgS del 23 de enero de 2014

Delci Rodríguez. Ministra del Poder Popular para la Comunicación y la Información de la República Bolivariana de Venezuela.
En: @DrodriguezMinci. Pic.twitter.com/diizlHw4R9. 23 de enero de 2014

Andreína Tarazón. Ministra del Poder Popular para la Mujer y la Igualdad de Género y Superintendente Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos.
En: @AndreinaTarazon. 27 de enero de 2014

Nicolás Maduro Moros. Presidente de la República Bolivariana de Venezuela. En: @NicolasMaduro. 28 de enero de 2014

Jorge Arreaza. Vicepresidente Ejecutivo de la República Bolivariana de Venezuela. En: @jaareaza. 28 de enero de 2014

Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos. En: @sundde_ve. 30 de enero de 2014

La vigilancia judicial en el control del Poder Público

*Tulio E. Núñez H.**

Sumario:

Preambulo - **I.-** Breves premisas históricas - **II.-** Estado de Derecho. Breves antecedentes y características - **III.-** Principio de Separación de Poderes. Actividad de control. - **IV.-** Relaciones entre "jurisdicción" y "administración". El Juez frente a la Administración. - **V.-** Conclusiones. **VI.-** Bibliografía

Preambulo

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra el marco jurídico en el que se desarrollan las relaciones entre los ciudadanos y los órganos que integran el aparato estatal bajo un ámbito principista de garantías de protección a los derechos subjetivos de todos los particulares. La Administración Pública, como integrante del Poder Público, según lo prevé nuestra Carta Magna, se encuentra al servicio de los ciudadanos y todas sus actuaciones deben estar ceñidas a lo dispuesto en las leyes y el resto del ordenamiento jurídico venezolano[1].

---

* Abogado II de la Sala de Casación Electoral del Tribunal Supremo de Justicia

[1] **C.R.B.V. Artículo 141**.- La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho. Esta norma constitucional enmarca las actuaciones de los órganos de la Administración en una serie de principios y sometimiento a las leyes, so pena de incurrir en responsabilidad por parte del funcionario público de que se trate, lo cual representa una garantía para los particulares en las relaciones que éstos entablen con los

Este sometimiento a las leyes es el denominado *Principio de Legalidad*[2] , el cual representa una de las mayores expresiones garantistas del Estado de Derecho, al asegurar a los ciudadanos una conducta apegada a las normas -formales y de rango legal- por parte de todos los órganos que lo integran, evitando con ello desviaciones y abusos en el ejercicio del Poder. En la norma cúspide del ordenamiento jurídico venezolano dicho principio se encuentra enmarcado -principalmente- en su artículo 137, según el cual: *[l]a Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen*. (Corchetes de este trabajo).

Todas las actividades desempeñadas por los órganos del Estado y, específicamente, las realizadas por los entes que integran la Administración Pública, dentro de los límites constitucionales y legales expuestos *supra* son objeto de control judicial por parte del mismo Estado, solo que en una rama del Poder Público distinta a la administrativa, esto es, la función judicial.

En Venezuela, el control judicial de la Administración es desempeñado por la denominada *Jurisdicción Contencioso Administrativa*[3], cuyo

entes públicos. Comentarios en este sentido (vid. Hildegard Rondón de Sansó, Análisis de la Constitución Venezolana, Editorial Ex Libris, Caracas, 2002, pp. 116-119).

[2] Es verdad que la Ley ha ganado un lugar definitivo y acendrado como instrumento insoslayable para la protección de la libertad. No hay libertad sin Ley que la proteja, eso sigue siendo seguro. El llamado "principio de legalidad" es hoy, en efecto, completamente insustituible para asegurar el funcionamiento del Estado, y de todos los poderes públicos, que condicionan todas sus posibilidades de actuación, para imponerle el respeto de las libertades y derechos de los ciudadanos. Permanece incólume el viejo principio revolucionario de que "sólo en virtud de la Ley puede exigirse obediencia"; no hay autoridad imaginable en la sociedad actual que pueda o pretenda estar por encima de cualquier poder sobre los ciudadanos libres. Todo el Derecho Público está, por ello, construido sobre este principio de legalidad… (vid. Eduardo García de Enterría, Justicia y Seguridad Jurídica en un Mundo de Leyes Desbocadas, Editorial Aranzadi, Navarra, 1999, pp. 39-40).

[3] En sentido amplio, se entiende por contencioso-administrativo el conjunto de litigios nacidos de los actos administrativos y de las operaciones materiales de la Administración contrarios a derecho. En sentido estricto, es el conjunto de reglas jurídicas que rigen la solución por vía jurisdiccional de los litigios administrativos. Se trata pues, de un contencioso o controversia con la Administración, por un acto ilegal o ilegítimo o por una actuación administrativa que lesiona los derechos subjetivos de un particular. Se caracteriza por la presencia de un sujeto activo (el administrado), un sujeto pasivo (la Administración), y la resolución del conflicto por un órgano independiente y neutral, con potestades para restablecer el orden jurídico. Es un sistema integrado tanto por los órganos judiciales como por la normativa aplicable. (vid. Miguel Ángel Torrealba Sánchez, Manual de Contencioso Administrativo (Parte General), Editorial Texto, Caracas, 2006, p. 29)

fundamento normativo se encuentra dispuesto en la Constitución de la República[4] y en la reciente Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa[5], teniendo la competencia para anular actos administrativos -generales o particulares- contrarios a la Ley, condenar al pago de sumas de dinero para reparar daños y perjuicios a los ciudadanos derivados de la responsabilidad de la Administración, controlar cualquier actividad de los órganos administrativos, así como las acciones derivadas de la prestación de los servicios públicos por parte de la Administración o quien cumpla tal función, lo cual representa una novedad de la aludida ley al establecer una acción específica y atribuir -de forma exclusiva- la competencia a los Juzgados de Municipio para conocer de esta materia tan relevante para la vida diaria de todos las ciudadanas y ciudadanos.

Todo este marco principista enmarca *prima facie* el Estado de Derecho -relativo a la actividad administrativa y su control judicial- que tenemos en Venezuela. En el desarrollo del trabajo, se tratará la función justicial de la jurisdicción contencioso administrativa y los elementos doctrinales que integran ese concepto, a saber: a) Estado de Derecho; b) Principio de Separación de Poderes y; c) Relaciones entre *jurisdicción y administración*. Todo ello, en el ámbito de aplicación de la Norma Fundamental y el resto del ordenamiento jurídico vigente en nuestro país.

I. Breves premisas históricas

Con la generación del proceso sociopolítico que hoy conocemos como *Revolución francesa* a finales del siglo XVIII, comenzó a fundarse la idea del predominio de la Ley -entendida como un elemento producto del arbitrio y voluntad de los hombres- sobre las pretensiones personalistas y despóticas que caracterizaron las monarquías absolutis-

[4] C.R.B.V. **Artículo 259**.- La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

[5] Vid. Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.447 del 16 de junio de 2010 y reimpresa mediante la Gaceta Oficial N° 39.451 del 22 de junio del mismo año.

tas europeas, la separación de las funciones del Poder Público, la legalidad de la Administración y las libertades fundamentales.

De esta manera, se estableció el imperio de la Ley (de carácter formal) como base de toda la construcción social, prevaleciendo, de esa manera, sobre los demás actos estatales (administrativos, judiciales y legislativos de rango inferior) que a ella se subordinarían[6], lo cual trae como consecuencia inmediata y esencial, la instauración *efectiva* de la paz social.

Ahora bien, según Eduardo García de Enterría, la Ley entendida como expresión máxima de la voluntad general de la sociedad -fundamento para el llamado pacto social- se configura en el elemento que legitima la actuación de los órganos que integran el aparato estatal ante los particulares y sus derechos subjetivos adquiridos, pues es (…) *en efecto un producto de la libertad de los ciudadanos, que se reúnen, por sí o por sus representantes, para decidir formar una Ley y determinar sus reglas; pero es, además y sorprendentemente, si se siguen las pautas debidas, un fascinante producto cuyo contenido se resuelve, precisamente, en libertad*[7].

Ello así, partimos entonces de la premisa de que todo cuanto rija la actuación de los sujetos que componen la sociedad -entendida dentro de ésta, por una parte, a los ciudadanos y, por la otra, al aparato estatal- se fundamenta en la libertad con la cual se establecieron los límites y garantías de esa actuación, y que sólo con esa misma libertad -acordada por todos- pueden modificarse los términos o condiciones de los parámetros convenidos.

En este sentido, el Estado -concebido como una creación de una ficción jurídica de la sociedad- está compuesto por unos agentes que ejercerán el Poder otorgado por todos bajo la configuración de un servicio en beneficio de los ciudadanos, cuyo límite será el dispuesto en la propia Ley. Así, el referido tratadista expresa sobre la limitación del Poder en la Ley, pues ésta (…) *supone el establecimiento de un sistema de competencias delimitadas y de normas de ejercicio correlativas, y sobre la libertad de los ciudadanos, que permite a éstos fundamentar*

---

6 Elías Díaz, Estado de Derecho y Sociedad Democrática, Edicusa, Madrid, 1966, p. 16.

7 Eduardo García de Enterría, La Lengua de los Derechos, Alianza Editorial, Madrid, 2000, p. 115.

verdaderos derechos frente a la organización, va a establecerse todo el Derecho Público contemporáneo, que se presenta a sí como un hijo inmediato y directo del constitucionalismo[8].

II. Estado de derecho. Breves antecedentes y características

El concepto de Estado de Derecho, comenzó a institucionalizarse de forma coherente a partir del referido proceso sociopolítico de la Revolución Francesa, cuyos ideales liberales impulsaron la necesidad de que se impusiera el gobierno de las leyes antes que el gobierno y arbitrio de las voluntades personales de aquéllos que detentaban el Poder Político, esto es, los monarcas absolutistas.

Los llamados *Estados absolutos* surgieron una vez finalizada la Edad Media. La organización feudal, por su parte, no permitía la existencia de un monarca absoluto, sino de *señores feudales* con un estamento dotados de un poder absoluto frente a los siervos de la gleba, cuya relación consistía en que el Rey prometía mantener el orden social[9], así como los fueros y franquicias de los vasallos a cambio de la cesión por parte del pueblo de lo que hoy conoceríamos como *derechos fundamentales*.

El primer antecedente, que se tenga registrado, de lo que hoy conocemos como *Estado de Derecho*, surgió en el mundo anglosajón. El *Bill of Rights* inglés de 1689 fue un pacto llevado a cabo entre el entonces príncipe Guillermo de Orange y el pueblo (representado por el Parlamento inglés), dados los problemas y conflictos políticos que surgieron con el anterior rey inglés (Jacobo II), y cuyo objeto fue acordar las garantías para la protección -aunque sin basamentos ni institucionalización jurídica concreta- de derechos innatos a favor del pueblo y evitar el establecimiento de un gobierno de carácter absolutista por parte del nuevo gobernante.

---

[8] Eduardo García de Enterría, La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, Thomson Civitas, Navarra, 2006, p. 53.

[9] En esta perspectiva hay que situar y entender el sentido de los textos legales que en esa época comienzan a establecer una cierta protección jurídica de algunos derechos considerados como fundamentales, apareciendo así como precedentes de las modernas Declaraciones de derechos: podrían citarse, por ejemplo, en España el Decreto de Alfonso IX en las Cortes de León de 1188 o, más claramente por su mayor amplitud de contenido y mayores garantías concedidas, la famosa Magna Carta del rey Juan II de Inglaterra de 1215. Constituyen estos textos medievales, concesiones otorgadas por los soberanos: son, en efecto, decretos y cartas otorgadas que emanan unilateralmente de la voluntad de los monarcas sin intervención alguna del pueblo. (Vid. Elías Díaz, Estado de Derecho y Sociedad Democrática, Edicusa, Madrid, 1966, p. 14).

Como expresa García De Enterría[10], fue John Locke el pensador esencial que convirtió la concepción formal de unos derechos innatos en la construcción de un sistema político concreto, plasmado en la realidad histórica de los hombres, resaltando (…) como atributos de dicho individuo una serie de derechos naturales, que corresponden a todos los hombres y a cada hombre non quam christiani, sed qua homines (…), de allí su importancia en este suceso jurídico-político ocurrido a fines del siglo XVII.

Luego de este antecedente anglosajón, un siglo después, la *Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen*, suscrita el 26 de agosto de 1789, significó un gran paso en el desarrollo de las garantías ciudadanas al expresar en su preámbulo que *Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los Derechos del Hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobernantes, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, para que esta declaración esté presente constantemente en todos los miembros del cuerpo social y les recuerde sus derechos y sus deberes; para que los actos del poder legislativo y ejecutivo, al poder ser comparados en cualquier momento con la finalidad de toda institución política, sean más respetados; para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas en adelante en principios simples e indiscutibles, contribuya siempre al mantenimiento de la Constitución y a la felicidad de todos*[11].

Esa Declaración principista, producto del pensamiento liberal, fue uno de los fundamentos de la Revolución francesa o de la burguesía, la cual marcó el final de la era de los regímenes absolutistas y el comienzo de la instauración de los regímenes liberales y, con ello, el esquema institucional del Estado de Derecho, caracterizado por: i) la existencia de la Ley como expresión de la voluntad general, surgida del pacto social; ii) la separación de poderes; iii) legalidad de toda actuación que realizara la Administración, regulación legal y control de los jueces; y, iv) derechos y libertades fundamentales reconocidos por el aparato estatal a favor de los ciudadanos.

Ahora bien, con el desarrollo de los principios que fundaron el primigenio Estado de Derecho (de corte liberal), se fueron superando diversos aspectos que limitaban la conceptualización clásica de sim-

[10] Eduardo García de Enterría, La Lengua de los Derechos, Alianza Editorial, Madrid, 2000, p. 58.

ple igualdad ante la Ley, pues el liberalismo clásico con su base en el individualismo burgués comenzó a ser una garantía insuficiente en la labor de protección y salvaguarda de los derechos y libertades de los ciudadanos. Es por ello que se produce el paso del Estado liberal al Estado social de Derecho, el cual propugnaba la superación del individualismo en favor de la primacía de los denominados derechos sociales, pretendiendo la instauración de una sociedad más justa en el marco de un Estado de bienestar *Welfare State*, el cual, según señala Elias Díaz[12] representa (…) *el intento de compatibilizar dos elementos, neocapitalismo y bienestar, en el marco de la actual sociedad industrial; su institucionalización jurídico-político se lleva a cabo a través de la fórmula del Estado social de Derecho* (…) para lograr una nivelación u homogeneización socio-económica de los estratos o grupos sociales, pues sin esta nivelación no podría existir efectivamente la libertad, democracia y paz social, elementos que son imprescindibles en los Estados de Derecho.

Producto de esos avances en materia social sobre las relaciones entre los particulares y el Estado, se comienza a efectuar un proceso dinámico de democratización material y de garantía jurídico-formal de los derechos humanos que propenderá, posteriormente, al paso del sistema neo-capitalista del Estado social de Derecho al sistema socialista del Estado democrático de Derecho.

El Estado democrático de Derecho surge, entonces, como la superación real -en el ámbito sociopolítico- del Estado social de Derecho, con la democracia, entendida como la participación activa de los ciudadanos en todos los niveles de organización social, económica y política, como base fundamental de las sociedades regidas en el marco de ese sistema garantista de libertad y bienestar a favor del ser humano.

Tenemos, de esta manera, que los Estados de Derecho -de corte democrático y social- deben garantizar en el ordenamiento jurídico vigente a todos los ciudadanos, como punto inicial, el pleno disfrute de los derechos inalienables a la vida, a la integridad física, a la igualdad de condiciones y oportunidades, a la libertad de pensamiento y expresión, a la obtención de información veraz, a obtener indemnizaciones deriva-

[11] Extracto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Tomado de Luis A. Ortiz Álvarez, Revolución Francesa y Justicia Administrativa, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, p. 161.

[12] Elías Díaz, Estado de Derecho y Sociedad Democrática, Edicusa, Madrid, 1966, p. 81.

das de la responsabilidad del Estado, a ejercer libremente actividades socio-económicas lícitas, a la salud, a acceder a los órganos de administración de justicia, al debido proceso, al trabajo, a la seguridad social, a ejercer los derechos políticos, así como el resto de la amplia gama de garantías y derechos fundamentales que, incluso, no se encuentren expresamente previstos en los textos normativos[13].

III. Principio de separación de poderes. Actividad de control

La separación de Poderes, actualmente, es un elemento clásico que se encuentra instaurado en la organización política de los Estados en los cuales se propugnan la protección de las garantías civiles y el sometimiento de los órganos públicos a las normas de rango fundamental y legal.

Jonh Locke registró por primera vez (en el año de 1690) la idea de la separación o división de los Poderes del Estado de una forma tripartita, con preeminencia del legislativo, cuya función sería la creadora de leyes y normas que regirían la actuación pública y privada en sociedad, sobre otras dos (2) ramas -ejecutiva y confederativa- a las que les correspondería la ejecución de las leyes y el velar por la seguridad del Estado y las relaciones exteriores, respectivamente.

En ese sentido, el referido filósofo inglés señalaba que Aunque estos dos poderes (ejecutivo y federativo) sean realmente distintos en su esencia, pues que el uno comprende la ejecución de las leyes positivas del estado que rigen en su interior, y el otro es relativo a los cuidados que se toman, y cierta habilidad y destreza que se usan para patrocinar los intereses de aquél contra las miras de las demás gentes y sociedades; no obstante se hallan casi siempre unidos (…). *Aunque, como hemos dicho, el poder ejecutivo y el confederativo de una sociedad, sean realmente distintos en su esencia, se separan no obstante difícilmente, y por lo común no se les ve residir al mismo tiempo en personas diferentes;*

[13] CRBV **Artículo 2**.- Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, 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. CRBV Artículo 23.- Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

porque uno y otro requiriendo para ser ejercido las fuerzas de aquélla, es casi imposible entregar las de un estado a varias personas que no se hallen subordinadas a otras; si el poder ejecutivo y el confederativo se remitieran a las manos de individuos que obrasen separadamente, las fuerzas del cuerpo político se hallarían bajo diferentes mandos, lo que sería el origen seguro del desorden y de la ruina[14].

Por su parte, la Teoría de la División de los Poderes, del filósofo francés Charles Louis de Secondat -Barón de Montesquieu- en 1748[15] , que desarrolló el cuadro ideal de la constitución del Estado, establece que en virtud de que el Poder Público es único e indivisible, en principio, sólo podría hablarse de Funciones del Poder o, más específicamente, de Ramas que ejercen esas Funciones (Legislativo, Ejecutivo y Judicial); y por ende, la separación de éstas se debe a la necesidad de un equilibrio entre los diversos órganos que ejercen el Poder, mediante la afirmación de que el *Poder controlaría al Poder conformándose* el denominado Principio de Separación de Poderes, garantizando con ello los derechos y libertades individuales cedidos por medio del contrato social.

A partir de la Revolución Francesa, como consecuencia de los conflictos que surgieron entre los jueces del Antiguo Régimen con la Administración en los últimos tiempos de la Monarquía (en los gobiernos de Luis XV y Luis XVI), se comenzó a repensar -de manera más amplia- el llamado Principio de Separación de Poderes, con el objeto de evitar que los tribunales pudieran, con sus decisiones, obstaculizar el ejercicio administrativo de la función ejecutiva del Poder Público. En este sentido, Luis Ortiz Álvarez[16] expresa que (…) *los revolucionarios encontraron una fórmula que les permitiera proteger a la Administración de otros poderes, y ésta era la del juego combinado de una prohibición de interferencia del judicial sobre el ejecutivo, una delimitación del legislativo frente al ejecutivo, poder este último que ejecutaría las leyes y hasta conservaría un poder reglamentario amplio y autónomo, a todo lo cual*

---

[14] Vid. Jonh Locke, Tratado del Gobierno Civil, Traducido al idioma español por Editorial Claridad, Buenos Aires, 1821, pp. 116-117.

[15] Montesquieu optó por una fórmula un tanto distinta al hablar más bien de un poder legislativo, encargado de hacer y derogar las leyes; uno ejecutivo, encargado de atender a la seguridad interna y externa del Estado y de manejar las relaciones exteriores, y uno judicial, encargado de juzgar a los particulares y de castigar los delitos. (Vid. Juan Carlos Esguerra P., La Protección Constitucional del Ciudadano, Editorial Legis, Bogotá, 2004, p. 38.

[16] Luis A. Ortiz Álvarez, Revolución Francesa y Justicia Administrativa, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, p. 118.

se sumaba la idea del autocontrol administrativo, esto es que las reclamaciones contra la Administración serían resueltas por ella misma (…). Este planteamiento de los entonces revolucionarios burgueses, buscó facilitar la actuación administrativa para hacerla más ágil, en cuanto su operatividad, dentro del aparato estatal.

Tenemos, entonces, que la doctrina principista referida a la división o separación entre las funciones del Poder Público opera sobre una razón histórica, para buscar un *equilibrio* en el ejercicio del Poder bajo un esquema racional de protección y aseguramiento de las libertades y garantías individuales de los ciudadanos.

En Venezuela, este principio referido al equilibrio entre las funciones del Poder Público[17], en conjunción con el llamado Principio de Legalidad, cuyo establecimiento en la más reciente y vigente Constitución de 1999, se encuentra -principalmente- en los artículos 7 y 137 *ejusdem*[18], son las bases fundamentales del límite de actuación que tienen los órganos que integran el aparato estatal en cualquier Estado de Derecho.

Ahora bien, como se sabe, la actividad administrativa debe entenderse como toda actuación de la Administración -desde el punto de vista orgánico y material- que no sólo puede verificarse mediante actos expresos, sino que abarca además cualquier hecho que sea imputable a la autoridad administrativa y que cause algún efecto en la esfera de los derechos subjetivos de los particulares. En ese sentido, José Peña Solis[19] señala que (…) el artículo 141 de la Constitución de 1999, establece que la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos o ciudadanas, o lo que es mismo en términos del artículo 103 de la Constitución Española, que sin dudas es su fuente, que sirve

[17] En la Constitución de 1999 este principio está enmarcado en el artículo 136, de la siguiente forma: El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral (…) **Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado** (resaltado de este trabajo).

[18] C.R.B.V. **Artículo 7**.- La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución.

C.R.B.V. **Artículo 137**.- La Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.

[19] José Peña Solís, Manual de Derecho Administrativo, Volumen Tercero, Colección de Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003, p.29.

a los 'intereses generales'. Por tanto es posible inferir que la actividad de la Administración Pública está destinada a servir a la colectividad, y tiene un carácter instrumental con respecto a ésta (…).

Ello así, el control debe entenderse como una actividad de revisión, examen y/o inspección de la actuación administrativa del aparato estatal, inclusive con la facultad de imposibilitar o intervenir las decisiones por parte del órgano que ejerza la contraloría, aplicando las sanciones establecidas en la Ley en aquellos casos que corresponda.

Uno de esos mecanismos de control es el desarrollado por el propio Estado en las diferentes funciones del Poder Público. Históricamente, el control surge para tutelar el manejo de los recursos públicos (la denominada Hacienda Pública) y se ha ido desarrollando en paralelo a la evolución del concepto de Estado.

En nuestro país, la actividad de control es una función regulada constitucional y legalmente, cuyo fin primordial es garantizar que las limitaciones legales impuestas a la actuación de los órganos que integran el Poder Público se cumplan. En la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico venezolano existen diversos mecanismos de control para tutelar la actividad desempeñada por los órganos y entes que integran el aparato público, estos son:

1. Control Institucional Político: el cual es llevado a cabo por el Parlamento, como un mecanismo de limitación a la rama ejecutiva del Poder Público[20]. De este control puede derivar la *responsabilidad po-*

[20] C.R.B.V. **Artículo 187**.- Corresponde a la Asamblea Nacional: (…) 3. Ejercer funciones de control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional, en los términos consagrados en esta Constitución y en la ley. Los elementos comprobatorios obtenidos en el ejercicio de esta función, tendrán valor probatorio, en las condiciones que la ley establezca (…).

C.R.B.V. Artículo 222.- La Asamblea Nacional podrá ejercer su función de control mediante los siguientes mecanismos: las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias previstas en esta Constitución y en la ley y mediante cualquier otro mecanismo que establezcan las leyes y su Reglamento. En ejercicio del control parlamentario, podrán declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos o funcionarias públicas y solicitar al Poder Ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad.

C.R.B.V. Artículo 223.- La Asamblea o sus Comisiones podrán realizar las investigaciones que juzguen convenientes en las materias de su competencia, de conformidad con el Reglamento.

Todos los funcionarios públicos o funcionarias públicas están obligados u obligadas, bajo las sanciones que establezcan las leyes, a comparecer ante dichas Comisiones y a suministrarles las informaciones y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funciones.

lítica, a la que están sujetos todas aquellas personas que desempeñen cargos públicos, inclusive los de más alto rango[21].

2. Control Institucional Administrativo: es el que la Administración Pública ejerce sobre sus propios órganos y entes, a saber: i) *control jerárquico*, llevado a cabo por los órganos de rango superior que pueden crear nuevos actos, revisar, modificar o anular los actos de los órganos de inferior escala y establecer las responsabilidades que corresponda, siempre y cuando dichos actos incidan en la esfera particular de los ciudadanos; ii) *control fiscal*, es el estudio de los ingresos, gastos y bienes del Estado, así como la supervisión del cumplimiento de las políticas públicas, cuya competencia recae en la rectoría del Sistema Nacional de Control Fiscal, representado por la Contraloría General de la República (parte integrante del denominado Poder Ciudadano en conjunción con la Fiscalía General de la República y la Defensoría del Pueblo)[22] y; iii) *control ciudadano*, llevado a cabo por el Consejo Moral Republicano (integrado por los máximos representantes del Poder Ciudadano) sobre el acatamiento

---

Esta obligación comprende también a los y las particulares; a quienes se les respetarán los derechos y garantías que esta Constitución reconoce.

[21] C.R.B.V. **Artículo 224**.- El ejercicio de la facultad de investigación no afecta las atribuciones de los demás poderes públicos. Los jueces o juezas estarán obligados u obligadas a evacuar las pruebas para las cuales reciban comisión de la Asamblea Nacional o de sus Comisiones.

C.R.B.V. **Artículo 232**.- El Presidente o Presidenta de la República es responsable de sus actos y del cumplimiento de las obligaciones inherentes a su cargo (…).

C.R.B.V. **Artículo 241**.- El Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva es responsable de sus actos de conformidad con esta Constitución y con la ley.

C.R.B.V. **Artículo 244**.- (…) Los Ministros o Ministras son responsables de sus actos de conformidad con esta Constitución y con la ley, y presentarán ante la Asamblea Nacional, dentro de los primeros sesenta días de cada año, una memoria razonada y suficiente sobre la gestión del despacho en el año inmediatamente anterior, de conformidad con la ley.

[22] C.R.B.V. **Artículo 274**.- Los órganos que ejercen el Poder Ciudadano tienen a su cargo, de conformidad con esta Constitución y con la ley, prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa; velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público, el cumplimiento y la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado, e igualmente, promover la educación como proceso creador de la ciudadanía, así como la solidaridad, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y el trabajo.

CRBV **Artículo 291**.- La Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional es parte integrante del sistema nacional de control. Tendrá a su cargo la vigilancia, control y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos afectos a la Fuerza Armada Nacional y sus órganos adscritos, sin menoscabo del alcance y competencia de la Contraloría General de la República. Su organización y funcionamiento lo determinará la ley respectiva y estará bajo la dirección y responsabilidad del Contralor o Contralora General de la Fuerza Armada Nacional, quien será designado o designada mediante concurso de oposición.

a la Ley de las actuaciones de todas las funcionarias y funcionarios del Poder Público[23] .

3. Control Social: es el que llevan a cabo las ciudadanas y ciudadanos, fundamentado en el Principio de la Soberanía Popular[24], con la idea de democracia participativa y el derecho al control por parte del pueblo (como creador originario del Estado y destinatario de las políticas públicas[25]) sobre la actuación de los representantes electos democráticamente, asumiéndose, así, la corriente de (…) *participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas*[26], planteándose además un mecanismo de índole político-electoral que permitirá evaluar -positiva o negativamente- la gestión de todos los funcionarios electos por votación popular[27].

4. El Control Institucional Judicial, punto de análisis en este trabajo, es el desempeñado con la finalidad de proteger a la Ley como norma aprobada para la vida en sociedad y asegurar, con ello, el orden jurídico. La función del control judicial es anular las disposiciones legislativas y demás actuaciones del Poder Público, como son las actuaciones administrativas, que colidan con la Constitución o vulneren los derechos fundamentales de los ciudadanos enmarcados en la propia Carta Magna[28].

---

[23] CRBV **Artículo 275**.- Los o las representantes del Consejo Moral Republicano formularán a las autoridades, funcionarios o funcionarias de la Administración Pública, las advertencias sobre las faltas en el cumplimiento de sus obligaciones legales. De no acatarse estas advertencias, el Consejo Moral Republicano, podrá imponer las sanciones establecidas en la ley. En caso de contumacia, el presidente o presidenta del Consejo Moral Republicano presentará un informe al órgano o dependencia al cual esté adscrito o adscrita el funcionario público o la funcionaria pública, para que esa instancia tome los correctivos de acuerdo con el caso sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar de conformidad con la ley.

[24] CRBV **Artículo 5**.- 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 (…).

[25] Vid. artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

[26] Vid. artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

[27] C.R.B.V. **Artículo 72**.- Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables (…).

[28] C.R.B.V. **Artículo 259**.- La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

Estos conceptos de control son los que rigen -con sus diferencias y dependiendo de cada realidad histórica- en cualquier Estado de Derecho (de corte democrático y social), pues se desarrolla bajo el marco del Principio de Legalidad y de la participación activa de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos y libertades democráticas.

En este sentido, García De Enterría[29] expone que (…) *la democracia es frágil y que corre el riesgo de degradarse en demagogia. La vigilancia de sus principios estructurales para permitir que puedan jugar sus enormes beneficios incluye la atención constante para evitar un descarrío que pueden llevar a la democracia a su opuesto vicioso, según Aristóteles, la demagogia, por la cual se mercadea la confianza pública o se intenta manipular torticeramente su aquiescencia, se acude sistemáticamente cuando no a la mentira abierta, a medias verdades, a la manipulación de las conciencias, al abuso del poder, a la amenaza abierta o implícita. Esa atención impone mantener con absoluto rigor el principio del reino de la Ley y del Derecho, porque la Ley incluye la esencia misma del principio de representación política del que la Ley surge; más la igualdad, que sólo una aplicación unitaria de la Ley hace posible; más la libertad, que está en la base de la Ley y que sólo en la Ley encuentra un escudo operativo eficaz, por encima de las grandes y enfáticas declaraciones vacías de sustancia; más la confianza de los gobernados, porque la Ley es verdaderamente su propia creación* (…).

C.R.B.V. **Artículo 334.**- Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente.

Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella.

C.R.B.V. **Artículo 335**.- El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.

Vid. artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

[29] Eduardo García de Enterría, Democracia, Jueces y Control de la Administración, Civitas Ediciones, Madrid, 2000, pp.123-124.

El control judicial encuentra su fundamento, entonces, en el Principio de Separación de Poderes, el cual es, a su vez, la piedra angular de los Estados en los que predominen las leyes y las garantías ciudadanas.

IV. Relaciones entre jurisdicción y administración. El juez frente a la administración

Como se ha venido tratando, el Poder Público está integrado por una serie de funciones o ramas que, actualmente y producto del desarrollo doctrinario de las teorías primigenias sobre el Principio de Separación de Poderes, tienen claramente definidas sus atribuciones y características.

La función judicial es la encargada de mantener el orden social con fundamento en los mandatos del ordenamiento jurídico vigente en un Estado de Derecho. Ese poder que detentan los jueces es el denominado poder jurisdiccional, que lo ejercerán de conformidad con los límites y lineamientos enmarcados en la Ley.

El imperio de la Ley, entendida esta como toda construcción normativa válida en los Estados de Derecho, cuyo origen puede ser interno y externo[30], tiene como finalidad garantizar los derechos y libertades individuales de las personas. En los Estados de Derecho, de corte democrático y social, el poder tiene su fuente y límite en la misma Ley. La función jurisdiccional, como parte integrante del Poder Público, está sometida a la ley emanada del legislador (quien representa la voluntad de todos), la cual deberá ser aplicada a casos concretos estimando absoluta igualdad y garantías entre quienes van a pedir justicia.

Según expresa Modesto Saavedra López[31], en su opinión sobre la justicia dice que ésta (…) *se entenderá como una "función lógica", y no como poder. La actividad del juez será predominantemente de carácter técnico. Beccaria compara dicha actividad, la aplicación del derecho, con la confección de un silogismo. El proceso histórico que conduce a las grandes codificaciones europeas, en el que confluyen la influencia del derecho natural racionalista, la recepción del derecho romano y el desarrollo de la ciencia jurídica dogmática, va a reforzar la posición preeminente de la ley y la concepción del juez como un agente al servicio*

[30] Artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (vid. referencia 13).

[31] Modesto Saavedra López, *Jurisdicción*, El Derecho y la Justicia, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp.224-225.

de la misma. De ahí que su labor sea considerada como una labor instrumental. En el Estado de Derecho el juez tiene como misión la correcta operatividad o instrumentalización de la ley, y por ello hay que dotar a su función de las garantías que aseguren el éxito de esa labor instrumental. Tales garantías son epistemológicas, políticas y procesales.

Sin embargo, en la actualidad, el rápido desarrollo de las sociedades ha devenido en una incapacidad material de la ley para regular una gran cantidad de situaciones y relaciones jurídicas que antes eran casi imprevisibles y, todo ello, ha causado un fenómeno de cierta desconfianza de los ciudadanos en determinadas disposiciones legales adoptadas por el cuerpo legislativo como una expresión del Poder Político sostenido con medios democráticos, pero sin la legitimidad que históricamente habían tenido las leyes, en virtud de las nuevas condiciones existentes. En ese sentido, Saavedra López[32] continúa exponiendo que (…) *los jueces se han visto forzados a adquirir un mayor protagonismo en la resolución de los conflictos, impelidos por la necesidad de responder en su propio ámbito a las exigencias de una reproducción estabilizada y legítima de relaciones sociales. El ordenamiento jurídico ha visto también incrementado su grado de complejidad, incluyéndose a distintos niveles (sobre todo al nivel constitucional) una serie de recursos que permiten el juego de la ética y de la política en la práctica jurisdiccional, incluso en contra de decisiones tomadas por la Administración en el ejercicio de sus competencia discrecionales*.

Ahora bien, a fin de analizar en la dimensión apropiada la capacidad de poder que tienen los jueces respecto de otra rama del Poder Público, como es la rama Ejecutiva, resulta oportuno destacar que la función administrativa, entendida desde el punto de vista orgánico, es la desempeñada por los órganos y entes pertenecientes al Ejecutivo, que se encargan de servir a los ciudadanos con la finalidad de lograr el interés general, bajo el marco del Principio de Legalidad y sometimiento al control judicial de su actuación por parte de los operadores de justicia.

Los tratadistas españoles García De Enterría y Tomás Ramón Fernández[33] sostienen que (…) *esta organización servicial de la comunidad (especie de empresa de gestión de negocios dirigida a la vez en interés*

[32] *Idem*. Referencia 31. p.228.

[33] Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Volumen I, Civitas Ediciones, Madrid, 2004, p.35.

del gobierno del Estado y en el interés del público, como diría Hauriou), que es la Administración Pública, aparece con una personalidad jurídica propia, y para el Derecho Administrativo, al que está sometida, es, ante todo, un sujeto de relaciones jurídicas. El dato primario ante el Derecho de la Administración Pública es este de su personalidad jurídica, personalidad que es una nota que la comprende a ella sola como organización y deja fuera, como hemos tratado de subrayar, a los órganos legislativos y judiciales.

En Venezuela, nuestra Carta Magna establece en sus artículos 26 y 49[34] los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, sobre todas las actuaciones judiciales y administrativas, respectivamente, garantías que aunadas al Principio de Legalidad ensamblan un *escudo de defensa*, por llamarlo de alguna manera, en favor de la seguridad jurídica que permite a todos los sujetos que hacen vida en la sociedad su desenvolvimiento amparado en el respeto al bloque de la legalidad.

Los referidos principios constitucionales son los fundamentos principales en nuestro ordenamiento jurídico del control judicial que desempeñan los jueces sobre la Administración, el cual está fundado en el artículo 259 Constitucional[35] y desarrollado en la reciente Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa[36]. En cuanto a esta fun-

---

[34] CRBV **Artículo 26**.- Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, (…) a la tutela efectiva de los mismos (…). CRBV **Artículo 49**.- El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas (…).

[35] Vid. referencia 4.

[36] Vid. Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

Artículo 7.- Están sujetos al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

1. Los órganos que componen la Administración Pública.
2. Los órganos que ejercen el Poder público, en sus diferentes manifestaciones, en cualquier ámbito territorial o institucional.
3. Las institutos autónomos, corporaciones, fundaciones, sociedades, empresas, asociaciones y otras forme orgánicas o asociativas de derecho público o privado donde el Estado tenga participación decisiva.
4. Los consejos comunales y otras entidades o manifestaciones populares de planificación, control, ejecución de políticas y servicios públicos, cuando actúen en función administrativa.
5. Las entidades prestadoras de servicios públicos en su actividad prestacional.
6. Cualquier sujeto distinto a los mencionados anteriormente, que dicte actos de autoridad o actúe en función administrativa.

Artículo 8.- Será objeto de control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la actividad administrativa desplegada por los entes u órganos enumerados en el artículo anterior, lo cual

ción contralora de la jurisdicción, Miguel Torrealba Sánchez[37] ha expresado que (…) *el proceso es una garantía jurídica para el particular puesto que el juez es un árbitro ajeno a la controversia que dicta un acto con fuerza de cosa juzgada. Por consiguiente, en el proceso contencioso-administrativo la Administración es parte en el sentido sustancial, puesto que ella defiende un acto o hecho propio, no los de un tercero, por lo que se comporta como demandada. Por su parte, el particular empleará ese medio de control para hacer valer la defensa de sus derechos e intereses lesionados por esa Administración*.

Según García De Enterría[38] La posición del juez ante la Administración como sujeto, en cuanto ésta está "*sometida plenamente a la Ley y al Derecho", es, inicialmente al menos -luego nos haremos cuestión de esta reserva-, la misma que ante cualquier otro sujeto, y por las mismas razones: porque la Administración no es "señor del Derecho", no está al margen del Derecho, no está vinculado a una parte en sí y a otra no del Derecho, porque su vinculación sea menor o más débil que respecto a los demás sujetos, o porque la Administración, como los demás poderes públicos, está sometida plenamente "a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" en paridad con los ciudadanos* (…).

Tenemos entonces que la actividad judicial está íntimamente relacionada con la actividad administrativa que desempeña la rama Ejecutiva del Poder Público, pues en los Estados de Derecho, de corte democrático y social, en los cuales la Administración está dirigida -al menos formalmente- por aquél que fue electo por la mayoría ciudadana no tiene la posibilidad de imponer sobre la minoría los intereses de aquélla con irrespeto de los derechos y garantías amparados en la Constitución y demás normas fundamentales. Precisamente, esa es la labor primordial del juez contencioso administrativo: controlar la actividad de la Administración con preeminencia de salvaguardar el interés general, pero con respeto absoluto de los derechos de todos.

---

incluye acto de efectos generales y particulares, actuaciones bilaterales, vías de hecho, silencio administrativo, prestación de servicios públicos, omisión de cumplimiento de obligaciones y, en general, cualquier situación que pueda afectar loa derechos o intereses públicos o privados.

[37] Miguel Ángel Torrealba Sánchez, Manual de Contencioso Administrativo (Parte General), Editorial Texto, 2006, p. 34.

[38] Eduardo García de Enterría, Democracia, Jueces y Control de la Administración, Civitas Ediciones, Madrid, 2000, p.129

De lo anterior, pueden derivarse dos consecuencias: la primera, relacionada con la doble labor de la jurisdicción para el mantenimiento y salvaguarda de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos y, al mismo tiempo, de sometimiento a la ley de las funciones del Poder Público; y, en segundo lugar, la creciente relevancia que tienen los jueces dentro del Estado, siendo el garantismo la fuente principal de legitimación para la actuación de estos operarios de *justicia*.

Conclusiones

En el desarrollo histórico del concepto de *Estado de Derecho* hasta la actual acepción de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, se han venido presentado una serie de avances relacionados con los derechos subjetivos de los particulares ante la actuación del aparato estatal y los funcionarios competentes para el desarrollo de las potestades enmarcadas en la Ley.

Nuestra Carta Magna ha establecido claramente cuáles son los límites y lineamientos entre los que deben llevarse a cabo las actuaciones de los órganos y entes que ejecutan las diversas funciones del Poder Público del Estado venezolano. El límite primordial y esencial de esos actos es la Ley. Las materias tuteladas en este acuerdo de la representación ciudadana en el Parlamento -como órgano competente en principio para la formación de los cuerpos normativos de rango legal- no deben ni pueden ser manipuladas por algún sujeto distinto a los que componen el cuerpo legislativo, pues se vulneraría con ello el sano equilibrio de los distintos factores del Poder.

La Administración como ente ejecutor de las políticas públicas con el fin de lograr el bienestar general de la población, bajo el marco de lo previsto en la Ley, debe ser controlada por una rama del Poder Público de vital importancia en los Estados de Derecho de corte democrático y social, esta es, la función del Juez quien, en ejercicio del poder jurisdiccional, vela por el sometimiento de todos los sujetos de la sociedad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, ello con el objetivo primordial de mantener la *paz social*.

En ese mismo sentido, la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como parte integrante de la rama Judicial del Estado, tiene una gran preeminencia en las sociedades democráticas pues es la encargada de verificar y controlar el correcto cumplimiento de las funciones atribuidas al gobierno (Administración) y en sus relaciones con los ciudadanos.

Es muy necesario tener presente que existe una profunda relación entre democracia, civilidad y desarrollo del país con el correcto funcionamiento del aparato judicial del Estado y, en este caso, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ya que todo avance en esta materia conlleva el establecimiento de la seguridad jurídica, mejoras significativas en la prestación de los servicios públicos, de la responsabilidad del Estado ante los particulares y de la actividad administrativa en general, lo cual, a fin de cuentas, es el objeto o la finalidad de la Administración, tal como lo prevé el artículo 141 Constitucional *supra* referido.

Bibliografía

Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución Venezolana*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2002.

Eduardo García de Enterría, *Justicia y Seguridad Jurídica en un Mundo de Leyes Desbocadas*, Editorial Aranzadi, Navarra, 1999.

Miguel Ángel Torrealba Sánchez, *Manual de Contencioso Administrativo (Parte General)*, Editorial Texto, Caracas, 2006.

Elías Díaz, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Edicusa, Madrid, 1966.

Eduardo García de Enterría, *La Lengua de los Derechos*, Alianza Editorial, Madrid, 2000.

_____, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Thomson Civitas, Navarra, 2006.

Luis A. Ortiz Álvarez, *Revolución Francesa y Justicia Administrativa*, Editorial Sherwood, Caracas, 2003.

Jonh Locke, *Tratado del Gobierno Civil*, Traducido al idioma español por Editorial Claridad, Buenos Aires, 1821.

Juan Carlos Esguerra P., *La Protección Constitucional del Ciudadano*, Editorial Legis, Bogotá, 2004.

José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen Tercero, Colección de Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003.

Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y Control de la Administración, Civitas* Ediciones, Madrid, 2000.

Modesto Saavedra López, *Jurisdicción, El Derecho y la Justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 2000.

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I, Civita