

El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales

Directores:

ALLAN R. BREWER-CARÍAS
VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE


Estudios por:

Ándres Álvarez Iragorry
María Lidia Álvarez Chamosa
Laura Aguerrevere
Ramón Alfredo Aguilar
José Araujo-Juárez
Armando Blanco Guzmán
Alberto Blanco-Urbe Quintero
Allan R. Brewer-Carías
Víctor Raúl Díaz Chirino
Rosibel Grisanti Belandía
Ronarcy Guevara
Víctor R. Hernández-Mendible
José Ignacio Hernández G.

Lolymar Hernández Camargo
Carlos Eduardo Herrera
Michelle King
José Amando Mejía
Zulay Matcha Chendi
Duilio D. Matheus Rodríguez
Diego Moya Ocampo
Cosimina Pellegrino Pacera
Gonzalo Pérez Salazar
Narkis Rivero Tang
José Gregorio Silva
Carlos Urdaneta Sandoval
José Gregorio Torrealba
José Luis Villegas

Colección Estudios Jurídicos N° 92

Caracas, 2011

 editorial jurídica venezolana

© by Editorial Jurídica Venezolana
Hecho el Depósito de Ley
Depósito Legal: 54020113403117
ISBN: 978-980-365-164-0

Editorial Jurídica Venezolana
Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4, Sabana Grande,
Apartado 17.598 - Caracas, 1015, Venezuela
Teléfono 762-25-53 / 762-38-42/ Fax. 763-52-39
Email feyv@cantv.net
<http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

Diagramación, composición y montaje por: Mirna Pinto, en letra
Book Antiqua 10 Interlineado Exacto 11, Mancha 21 x 12.5
La edición consta de 1000 ejemplares

EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

Directores

ALLAN R. BREWER-CARÍAS
VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE

Estudios por:

ANDRÉS ÁLVAREZ IRAGORRY	CARLOS EDUARDO HERRERA
MARÍA LIDIA ÁLVAREZ CHAMOSA	MICHELLE KING ALDREY
Laura Aguerrevere	José Amando Mejía
RAMÓN ALFREDO AGUILAR	ZULAY MATCHA CHENDI
José Araujo-Juárez	DUILIO D. MATHEUS RODRÍGUEZ
ARMANDO BLANCO GUZMÁN	DIEGO MOYA-OCAMPOS PANZERA
ALBERTO BLANCO-URIBE QUINTERO	COSIMINA G. PELLEGRINO PACERA
ALLAN R. BREWER-CARÍAS	GONZALO PÉREZ SALAZAR
VÍCTOR RAÚL DÍAZ CHIRINO	NARKIS RIVERO TANG
ROSIBEL GRISANTI DE MONTERO	José Gregorio Silva
RONARCY GUEVARA MARTÍNEZ	CARLOS URDANETA SANDOVAL
VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE	José Gregorio Torrealba
José Ignacio Hernández G.	José Luis Villegas
LOLYMAR HERNÁNDEZ CAMARGO	

COLECCIÓN ESTUDIOS JURÍDICOS
N° 92

Editorial Jurídica Venezolana
Caracas 2011

La conciliación en el proceso contencioso administrativo

Ramón Alfredo Aguilar C. •

I.- A modo de Introducción. Sobre la novel Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos.

Con la promulgación y entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LOJCA)¹, se llena un importante vacío normativo de carácter legal y se pone fin a una grave, inexplicable y cuantiosa mora legislativa en materia de regulación de los órganos jurisdiccionales con competencia en lo contencioso administrativo y en la ordenación de los procesos judiciales para la resolución de controversias entre los particulares y la administración pública, entre órganos y entes de la misma administración y el control de legalidad y la constitucionalidad de sus actuaciones.

Muchas son las críticas que pueden hacerse a la novel legislación, entre las que pueden resaltarse, el pésimo y prácticamente anulante tratamiento dado a la oralidad²; la enrevesada regulación del procedimiento para las demandas de contenido patrimonial que dispone dos oportunidades para la contestación de la

• Abogado. Especialista en Derecho Procesal. Profesor de Derecho Civil I y Derecho Civil II Universidad Central de Venezuela.

¹ Gaceta Oficial No. 39.451, del 22 de junio de 2010.

² Aún cuando la ley pretende acoger el mandato constitucional de disponer la oralidad, lo cierto es que no recoge los postulados que le son propios, en tanto que: 1) no se define claramente el propósito de la audiencia preliminar en los casos de demandas de contenido patrimonial, ni se contempla una audiencia de juicio; 2) en las acciones de nulidad se prevé una supuesta audiencia de juicio, pero que en realidad es una simple audiencia de alegatos, pues se verifica antes de la oportunidad de pruebas, siendo que éstas no se evacúan ni debaten en presencia del juez y de forma oral; 3) no se contempla audiencia oral en segunda instancia ni para el recuso especial de jurisdicción; y 4) se concede un amplio plazo para dictar sentencia que además se plasma exclusivamente por escrito, irrumpiendo los principios de concentración, inmediación, brevedad, celeridad e imparcialidad connaturales al sistema oral.

demanda³ y tres (3) distintas oportunidades para la promoción de pruebas⁴; así como la prácticamente inexistente regulación de los presupuestos procesales y las defensas o excepciones formales, reguladas en el sistema escrito a través de las llamadas cuestiones previas, y en los sistemas orales a través del despacho saneador⁵. Todo lo cual obliga a una profusa labor crítica y de aporte en cabeza de la doctrina, y paralelamente, a la denominada interpretación correctiva por parte de la jurisprudencia; entre tanto, se fuerza y gesta una reforma que desde ya juzgamos como indispensable.

Apartando las críticas que puedan realizarse, también es de resaltar lo positivo de la nueva ley: comenzando por lo que de perogrullo no puede obviarse, la circunstancia de que por fin se cuenta con “una ley”, que en un sólo cuerpo normativo contiene las regulaciones orgánicas y procesales del Contencioso Administrativo⁶; la concepción del proceso contencioso administrativo como de carácter intersubjetivo y no meramente objetivo o de anulación -como se le pudo entender en el pasado- incluyendo un elenco de acciones que constituyen la consagración específica de la tutela judicial efectiva en materia contencioso

³ Se prevé una especie de contestación oral de la demanda en la audiencia preliminar y fijación de los hechos controvertidos por parte del juez (art. 57), para luego disponer una posterior oportunidad formal para la contestación de la demanda en forma escrita (art. 61).

⁴ Conforme al artículo 57, en la audiencia preliminar “*las partes deben promover los medios de prueba que sustenten sus afirmaciones*”; posteriormente se contempla que al dar contestación a la demanda, “*deberán presentarse los documentos probatorios*” (art. 61); para culminar estableciendo un lapso de prueba conforme al cual, “*Dentro de los cinco días de despacho siguientes al vencimiento del lapso previsto en el artículo anterior (contestación), las partes presentarán sus escritos de pruebas*”. Huelgan comentarios.

⁵ La Ley se limita a indicar las causales de inadmisibilidad de la demanda (art. 35) y a disponer en su artículo 57, que en la audiencia preliminar el Juez “*podrá resolver los defectos del procedimiento, de oficio o a petición de parte*” (Resaltado y cursivas nuestras). Consideramos que el saneamiento del proceso no es potestativo del juez, sino precisamente uno de sus deberes como rector del proceso, en tanto el saneamiento es la constatación de los presupuestos procesales y la eliminación de vicios o defectos, de manera que se den las condiciones necesarias y no existan impedimentos para el proferimiento de la sentencia que resuelva sobre el fondo o mérito del asunto.

⁶ Exclusión hecha de la normativa propia del Tribunal Supremo de Justicia, prevista en su ley especial, así como de los procedimientos especiales contenciosos, entre los que destacan el Contencioso Tributario y el regulatorio de la Querrela Funcionarial, normados, respectivamente en el Código Orgánico Tributario y en la Ley del Estatuto de la Función Pública.

administrativa⁷; un claro establecimiento del régimen de competencias⁸; la disposición de procesos considerablemente cortos; la concepción de un procedimiento breve para regular materias que hasta ahora implicaban debatida complejidad procesal, específicamente, las vías de hecho, las abstenciones, y las omisiones o deficiencias en los servicios públicos; la invención e inclusión de un nuevo recurso extraordinario (especial de juridicidad) que permite el acceso al órgano cúspide de la jurisdicción; así como la consagración de la promoción y utilización de medios alternativos de resolución de conflictos dentro de los principios rectores del proceso⁹ y de la conciliación –en forma específica- en el trámite del denominado “procedimiento breve”¹⁰.

Aproximándonos al tema de estas líneas, y según acabamos de mencionar, encontramos que la ley en comentario prevé dentro de sus “Disposiciones Fundamentales”, y en consecuencia como principio rector, la utilización de medios alternativos de resolución de conflictos, acogiendo el postulado y principio previsto en los artículos 253 y 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹¹, con lo cual parecieren despejarse las otrora existentes dudas respecto a la procedencia de estos mecanismos dentro o paralelamente a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. No obstante, debe observarse que la ley no regula por separado los distintos medios alternativos (conciliación, transacción, arbitraje), y sólo hace referencia o inclusión expresa de la conciliación dentro del procedimiento breve, desperdiciando la oportunidad

⁷ “En esta forma puede decirse que en relación con los particulares y los ciudadanos, la regulación de la Jurisdicción contencioso-administrativa en la LOJCA 2010, facilitando el control judicial de la actividad administrativa y en particular de los actos administrativos, viene a ser una manifestación específica del *derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses frente a la Administración*”. (BREWER-CARIAS, Allan. *Introducción general al régimen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Colección Textos Legislativos No. 47. Editorial Jurídica Venezolana, caracas, 2010. Pág. 30. *Cursivas de la cita*).

⁸ Excepción hecha de la confusa redacción del numeral 3 del artículo 25 relativo a la competencia para conocer de las acciones de nulidad contra los actos dictados por las Inspectoría del Trabajo en materia de inamovilidad laboral.

⁹ Art. 6: “Los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa promoverán la utilización de medios alternativos de resolución de conflictos en cualquier grado y estado del proceso, atendiendo a la especial naturaleza de las materias jurídicas sometidas a su conocimiento.”

¹⁰ Artículo 71: “*En la oportunidad de la audiencia oral, el tribunal oír a los asistentes y propiciará la conciliación.(...)*”

¹¹ Publicada en Gaceta Oficial No. 36.860 Extraordinario del 30 de Diciembre de 1.999; reimpressa en Gaceta Oficial No. 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000; y con Enmienda, publicada en Gaceta Oficial No. 5.098 del 19 de febrero de 2.009.

de incluir –por ejemplo- una fase de conciliación “obligatoria”, típica de las audiencias preliminares en los procesos orales, y aún más, obviando la necesaria estipulación de normas relativas a los poderes o potestades del juez en dicha materia conciliatoria, la forma de realizarse la mediación, las materias excluidas (si existieren), la conducta de la partes, así como el alcance y requisitos de los acuerdos y de las homologaciones a ser impartidas.

Nos proponemos entonces, verificar algunas interrogantes que surgen en cuanto a la forma y procedencia de la conciliación dentro de este tipo de proceso jurisdiccional, adaptando este medio de autocomposición a las especiales características del derecho público administrativo, hurgando para ello dentro de las escasas regulaciones y elementos ordenadores del proceso legalmente establecido y en las bases generales que regulan la conciliación judicial. Para lo cual, de una parte, contraponemos los elementos propios y clásicos de la figura de la conciliación, con su necesaria adaptación o mutación, para ser insertada en un proceso jurisdiccional donde el mediador es al tiempo adjudicador. Y de otro lado, revisaremos la posible existencia de límites o trabas legales y materiales para la implementación efectiva de este medio alternativo en el proceso contencioso administrativo, presentando consecuentemente algunas propuestas o alternativas viables de solución.

II.- Conciliación y Mediación

1.- Definición

Antes de pasar a una definición, debe tenerse en consideración que existe la tendencia doctrinal y forense a distinguir entre mediación y conciliación, para lo cual en la mayoría de los casos se utiliza como elemento de diferenciación la mayor o menor participación del tercero (mediador-conciliador) en la proposición de soluciones. Se observa, sin embargo, que no existe consistencia en la doctrina respecto a cuál de las dos figuras es la que implica mayor participación

o injerencia en la negociación¹², lo que consecuentemente, en términos científicos, impide o hace nugatorios los referidos intentos de distinción. Por ello, doctrina especializada en la materia concluye que “(...) *en la práctica es imposible establecer fronteras claras entre un grado u otro que permitan definir con precisión una distinción entre ambos términos*”¹³, considerándose tal distinción como puramente semántica, resultando más útil, a fines de comprender con exactitud cómo funciona la mediación, usar ambos conceptos como sinónimos¹⁴.

En segundo lugar, debe aclararse que la conciliación como proceso alternativo de resolución de conflictos, es estudiada generalmente como un mecanismo ajeno al proceso judicial, ante el cual precisamente surge como “alternativo”, por lo tanto, la comprensión de la institución dentro del proceso (conciliación intra-procesal) requiere de la adaptación o exclusión de algunas características que le son connaturales a la conciliación ordinaria, y que mutan o no sobreviven cuando el medio es utilizado luego de iniciado el proceso jurisdiccional y dentro de éste.

De forma general la conciliación se concibe como un “*proceso por el cual dos o más partes recurren a un tercero neutral para que promueva el diálogo y ayude a las partes a encontrar solución a sus controversias*”, destacando siempre la circunstancia de que “*el conciliador tiene la facultad de sugerir opciones de solución, pero las partes retienen en sí el poder de decisión del acuerdo final*”.¹⁵ Mientras que la mediación se define como “*la técnica mediante la cual son las*

¹² **CARRILLO, Marcos.** *Dos palabras y una forma de resolver conflictos: la mediación y la conciliación en el contexto de la teoría de los PARC.* En “XXVI Jornadas ‘J.M Domínguez Escovar’. Los medios alternativos de resolución de conflictos”. 2001. Barquisimeto: Industrias Gráficas Monserrat.

¹³ (...) “Siempre que se involucre a otra persona como mediador en una controversia, su sola presencia afecta y replantea la disposición de las partes ante el asunto en discusión, razón por la que termina siendo difícil precisar cuándo un mayor o menor grado de involucramiento en la causa, representa el punto concreto en el que una mediación se transforma en conciliación, o viceversa.”. *Ibidem.* Pág. 171-172.

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ **ROMERO, Salvador.** *Conciliación: procedimiento y técnicas de conciliación.* En “Negociación Directa y Asistida. Tratado de Gestión de Conflictos”. Lima, ASOPDES, 2003. Cabe destacar que este autor considera que: “*La facultad que tiene el conciliador de sugerir opciones de solución es lo que diferencia a la conciliación del proceso de mediación, pues el mediador limita su participación a promover únicamente el diálogo entre las partes sin poder plantear sugerencias de solución*”

partes mismas inmersas en un conflicto quienes tratan de llegar a un acuerdo con ayuda de un mediador, tercero imparcial, que no tiene facultades de decisión".¹⁶ De lo que resulta claro, lo antes dicho, respecto a la obvia similitud de los medios en estudio.

Se trata de una institución de medios y no de resultados, constituyéndose en "(...)la actividad desplegada ante un tercero por las partes de un conflicto de intereses, dirigida a lograr una composición justa del mismo. En este sentido el nombre no hace referencia al resultado que se obtenga, sino al camino para lograrlo; no al **status termini**, sino al conjunto de esfuerzos que se realizan para lograr la composición, aunque no se alcance ésta."¹⁷

2.- Conciliación extra procesal y conciliación intraprosesal.-

En cuanto a la forma de verificarse este medio de autocomposición dentro y fuera del proceso judicial, tenemos que la **mediación o conciliación extra procesal, preventiva o preprocesal**, que es la que precisamente se utiliza para evitar acudir a juicio, se caracteriza fundamentalmente por ser un "proceso voluntario, confidencial, formalmente flexible, limitado en el tiempo, que se desarrolla con la participación activa de las partes", y que "consta de una serie de etapas conocidas y aceptadas por las partes de antemano".¹⁸

Al verificarse de manera extrajudicial, y precisamente con el objetivo de no recurrir a litigio, el proceso de conciliación es de carácter voluntario, propuesto

¹⁶ SCHIFFRIN, Adriana. *Aspectos generales de la Mediación*. En "Mediación: Una transformación en la cultura". Editorial Paldos. Buenos Aires, Argentina, 1996. Pág. 42. A contrario del antes citado, esta autora considera que el mayor grado de participación del tercero se da en la mediación, y en tal sentido señala: "*Para algunos, 'conciliación' y 'mediación' son sinónimos y designan esencialmente un mismo tipo de intervención a cargo de terceros encaminado a lograr la solución voluntaria de conflictos.*

Sin embargo, etimológicamente puede establecerse entre estos dos términos una distinción, según la cual la 'conciliación' es una forma de intervención que se limita a inducir a las partes en conflicto a debatir sus diferencias y ayudarlas a presentar sus propias soluciones. Por su parte, la 'mediación', en cambio, entrañaría un grado mayor de intervención, pues el mediador podría proponer a las partes la forma de resolver el conflicto" Ob. Cit. Pág. 99. Sin embargo, la misma autora reconoce que esta discusión ha ido desapareciendo en la práctica y que en muchos países, se les designa indistintamente".

¹⁷ MONTERO AROCA, Juan y otros. *El Nuevo Proceso Civil*. 2da edición. Valencia (España). Tirant lo Blanch, 2001. Pág. 258 y 259.

¹⁸ SCHIFFRIN, Adriana. *Ob. Cit.* Pág. 43.

por una de las partes (o ambas), o previamente acordado a través de contratos en cláusulas compromisorias o como requisito previo para acceder a un ulterior arbitraje. Las partes acceden a una persona o institución¹⁹ de su confianza a los fines de mediar en el conflicto y procurar su composición, con especial atención en la mayoría de los casos a la necesaria preservación o mantenimiento de las relaciones (familiares, comerciales, políticas, diplomáticas, etc.) entre las partes.

En estos procesos juega un papel fundamental la confidencialidad, de manera que las partes puedan sentirse con libertad para exponer los hechos, circunstancias e intereses que los motivan, de forma tal que fluya un proceso de comunicación que permita a la postre llegar a un entendimiento o resolución a través de la satisfacción de los intereses en juego²⁰. Lo que requiere de un ambiente cordial, en el que el conciliador precisamente procurará acercar a las partes en sus posiciones, hacerles ver las trabas a sortear y coadyuvar a la búsqueda de salidas a la crisis, para lo cual además debe mantener el clima de respeto mutuo, evitar la reactivación de sentimientos y aspectos históricos no relevantes o insidiosos, conservando además la debida imagen de imparcialidad en la que se sustenta su legitimidad. Dentro de estos procesos resulta típica la posibilidad y necesidad de que el mediador se reúna en privado y por separado con las partes²¹, para indagar mejor sobre sus motivos, necesidades e intereses, e incluso dejarles ver –en privado- algunas debilidades en sus posiciones y riesgos inminentes en caso de no llegarse a una solución concertada.

¹⁹ Respecto a la conciliación institucional, puede destacarse que tanto el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas como el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) de VenAmCham y el CVA, contemplan dentro de sus reglamentos y objetivos, procedimientos conciliatorios previos o independientes a los arbitrajes. www.arbitrajeccc.org; www.cedca.org.ve. Consultados el 1° de agosto de 2010.

²⁰ “Cuando se estimula el proceso de comunicación entre las partes, lo que se intenta es desarrollar de manera gradual el flujo de información que entre ellas poseen y relacionarla con su enfoque e interpretación de los hechos, expectativas, necesidades, amenazas, promesas, ofertas o contraofertas. Esto repercute en la contraparte en la medida que puede aprender a distinguir las expectativas, necesidades, sentimientos, fortalezas o debilidades de su oponente.” **CARRILLO, Marcos**. *Ob. Cit.* Pág. 177.

²¹ “Una mediación típica puede envolver, permitiendo a cada parte, someterse a una pre-mediación sumaria la cual conforma la esencia de la disputa y la posición de cada parte. En la mediación, el mediador conduce las instrucciones, explicando el proceso de mediación, proporcionando seguridad de confidencialidad, dándole a cada parte la oportunidad de explicar la disputa y las razones detrás de la posición de las partes. Muchos mediadores, entonces, se reunirán en privado con cada una de las partes para estudiar sus situaciones particulares y sus peticiones y posteriormente aconsejándoles la mejor forma de actuar y comunicarse con la otra parte.” **HOET LINARES, Franklin**. *Mediación, conciliación y arbitraje*. En “XXVI Jornadas ‘J.M Domínguez Escovar’. Los medios alternativos de resolución de conflictos”. 2001. Barquisimeto: Industrias Gráficas Monserrat. Pág. 201-202.

Diferenciadamente, la **conciliación judicial** se verifica dentro del proceso jurisdiccional, con lo que, si bien conserva su carácter voluntario respecto de la determinación o no de solución por decisión de las partes (y sólo de ellas), podría al mismo tiempo, de alguna manera, considerarse de carácter “obligatoria”, en cuanto a su tramitación, siempre que sea impuesta por la ley como una fase procesal²², o cuando el trámite es requerido por el juez en su condición de rector del proceso. Así mismo, si bien las reuniones conciliatorias pueden realizarse en forma privada (no en audiencia sino en el despacho del juez, por ejemplo), en tanto éstas se verifican en presencia del mismo juez que a la postre puede decidir la controversia, obviamente que queda excluido el aspecto de confidencialidad.

Amén de lo hasta ahora expuesto, existen otros elementos que diferencian a uno y otro tipo de conciliación, como por ejemplo, el grado de participación o exclusión de las propias partes ó de sus apoderados, la posibilidad o no de que el conciliador (juez) emita opinión o propuestas de solución, así como la conveniencia y legalidad de que dicho juez mediador se reúna en privado y por separado con las partes; todo lo cual obliga, como intentaremos de seguidas, a revisar las características propias de la conciliación que hemos denominado Intraprocesal²³, con especial referencia al proceso contencioso administrativo.

3.- La Conciliación judicial en el ordenamiento positivo venezolano. Los procesos, laboral y funcional, como modelos idóneos

²² Como ocurre en el proceso laboral, por imperio de las normas de los artículos 129 y 133 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que disponen la obligatoria asistencia de las partes a la Audiencia Preliminar en la cual el Juez luego de recibir los escritos de prueba debe “*personalmente, mediar y conciliar las posiciones de las partes, tratando con la mayor diligencia que éstas pongan fin a la controversia, a través de los medios de autocomposición procesal*”. Sancionándose la incomparecencia de las partes, con la declaratoria de desistimiento del procedimiento en caso de falta del accionante (art. 130), y de presunción de admisión de los hechos, en caso de ausencia del demandado (art. 131). Así mismo, el Anteproyecto del Código Procesal Civil para Iberoamérica, dispone un obligatorio proceso preliminar de “conciliación previa”, como requisito para iniciar los procesos que se tramiten por la vía ordinaria. VESCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso. Segunda edición. Temis. Santa Fe de Bogota, Colombia, 1999. Pág. 335.

²³ El término lo hemos tomado del procesalista español, Juan Montero Aroca. *Ob. Cit.*

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, prevé en su artículo 253²⁴ los medios alternativos de justicia en conformación de lo que denomina “sistema de justicia”, y consecuentemente en su artículo 258 dispone que *“La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”*. Con lo que parece despejarse toda duda respecto a la procedencia de estos medios alternativos en cualesquiera procesos judiciales, incluida la Jurisdicción con competencia contencioso administrativa, también de rango constitucional por disposición del artículo 259 *eiusdem*.

Dentro de los referidos medios alternativos, la propia Constitución enuncia la mediación y la conciliación, que según lo antes dicho, pueden tratarse como un solo mecanismo cuya finalidad es la de sustituir la decisión del órgano jurisdiccional por una solución concertada por las partes, con la intervención de un tercero que funge como mediador o facilitador de la comunicación, y quien incluso puede ofrecer alternativas de solución. Estos medios aunque alternativos del proceso judicial y de su decisión, también pueden surgir en el seno de aquél, y en tal sentido, aún antes de la vigencia de la Constitución de 1999, ya el Código de Procedimiento Civil (CPC)²⁵ preveía la utilización de la conciliación como mecanismo de autocomposición y una de las formas de terminación del proceso, encomendando al Juez la potestad de *“excitar a las partes a la conciliación”*, para lo cual además se le habilita para exponer a dichas partes las razones que en criterio del Juez hacen conveniente la conciliación en el caso concreto²⁶. Este mecanismo, conforme al mismo código adjetivo, no resulta procedente *“cuando se trate de materias en las cuales estén prohibidas las transacciones”* (art. 258); su propuesta y trámite no suspenden el curso de la causa (art. 259), salvo –en

²⁴ **Artículo 253.** La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.

Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias.

El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio. (subrayado nuestro).

²⁵ Última reforma publicada en Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario de 18 de septiembre de 1.990.

²⁶ **Artículo 257** En cualquier estado y grado de la causa, antes de la sentencia, el Juez podrá excitar a las partes a la conciliación tanto sobre lo principal como sobre alguna incidencia, aunque ésta sea de procedimiento, exponiéndoles las razones de conveniencia.

nuestro criterio- que las partes de mutuo y común acuerdo así lo soliciten al juez; y una vez verificada de forma positiva. Por lo cual, en caso de llegarse a un arreglo (desistimiento, convenimiento o transacción), pone fin al proceso y previa homologación, adquiere los mismos efectos de una sentencia definitivamente firme: el carácter de cosa juzgada (arts. 261 y 262).

La Conciliación al igual que el arbitraje, sólo resulta aplicable a las controversias susceptibles de transacción, es decir en que las partes por aplicación del principio de autonomía de la voluntad pueden disponer del derecho en litigio, en consecuencia, y por definición legal, no pueden someterse a estos medios de autocomposición aquellos asuntos que interesen al orden público; los que versen sobre la determinación de delitos e imposición de penas (salvo la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme); sobre las atribuciones o funciones de Imperio del Estado²⁷; los relativos al estado y capacidad de las personas; divorcio o separación de cuerpos; sobre bienes de incapaces; y sobre los que haya recaído sentencia definitivamente firme (salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme).²⁸

Las reseñadas, son las previsiones legales que podíamos denominar “generales” relativas a la conciliación judicial, pero de las cuales no derivan mayores regulaciones en cuanto a la obligatoriedad de acudir al trámite conciliatorio, ni las potestades o limitaciones del juez conciliador, más allá de habilitarlo -sin mayor concreción- a exponer a las partes las razones de conveniencia de la conciliación pretendida. Tampoco se indican las circunstancias de forma y tiempo en que puede realizarse la conciliación, ni la posibilidad del juez de emitir opinión o de reunirse en privado con las partes. Por ello, debemos recurrir al estudio sistemático de la institución a través de la revisión de otras normas de derecho positivo, específicamente, las contenidas en la Ley del Estatuto de Función Pública (LEFP)²⁹ y en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT)³⁰,

²⁷ Respecto a este concepto nos pronunciamos más adelante.

²⁸ El Artículo 3ª de la Ley de Arbitraje Comercial (Gaceta Oficial No. 36.430 del 7 de abril de 1998) dispone las materias que se excluyen del arbitraje, que en nuestro criterio son extensibles *mutatis mutandi* a las otras formas de autocomposición, incluida la conciliación.

²⁹ Gaceta Oficial No. 37.522 del 6 de septiembre de 2002.

³⁰ Gaceta Oficial N° 37.504 de fecha 13 de agosto de 2.002.

que en nuestro criterio resultan perfectamente aplicables por analogía a los diversos casos de conciliación judicial, inclusive en los procesos contencioso administrativos. Veamos:

- **Oportunidad para la Conciliación**

En el proceso oral (por audiencias), lo ideal es la previsión de una “audiencia preliminar”, que por regla general persigue tres (3) finalidades³¹:

- 1) procurar la conciliación entre las partes;
- 2) de no ser posible la primera, la depuración del proceso a través del planteamiento y resolución de las cuestiones procesales, dando por terminado el proceso si los defectos detectados son insubsanables, o bien saneando (subsananado) los defectos que pueden ser corregidos, continuándose así con un proceso depurado; y
- 3) delimitar los términos de la controversia.

En tal sentido, tanto la ley adjetiva laboral como la ley funcionarial, prevén el trámite procesal de una “audiencia preliminar”, disponiendo allí la realización de las gestiones conciliatorias encomendadas al juez, sin que ello obste, por supuesto, para que la conciliación pueda ser propuesta en cualquier estado y grado de la causa como lo preceptúa el Código de Procedimiento Civil (art. 257), pues no se trata de una fase preclusiva, sino más bien de la proposición de una oportunidad “ideal” para intentar el entendimiento de las partes. La LEFP prevé la realización de la audiencia preliminar y en ella las gestiones conciliatorias, inmediatamente después de la oportunidad para la contestación de la demanda (arts. 103 y 104), mientras que en el proceso laboral dicha audiencia se celebra aún antes de la contestación de demanda³² e inmediata o paralelamente a la promoción de pruebas. Resultando tal estadio previo al debate probatorio y al desgaste procesal de múltiples incidencias, el momento y circunstancia

³¹ **MONTERO AROCA, Juan.** *Ob. Cit.* Pág. 447.

³² Obviamente resulta censurable que la audiencia preliminar se verifique antes de la contestación de la demanda, por cuanto se suprime uno de los fines propio de la audiencia preliminar como es definir o establecer los términos de la controversia, al mismo tiempo que se coloca en clara desventaja al accionante quien debe promover pruebas de manera exhaustiva y a ciegas, en tanto no conoce cuáles hechos constitutivos serán negados o admitidos por el demandado, ni qué hechos nuevos serán alegados en la contestación, o qué defensas o excepciones serán opuestas, respecto de los cuales tendría la carga y/o el derecho de hacer contraprueba.

oportunas para encomendar al juez la función de procurar y dirigir la conciliación, con miras a la terminación precoz del proceso, a través de un acuerdo entre las partes que dirima la controversia.

En el novel proceso contencioso administrativo, la LOJCA sólo prevé la verificación de audiencia preliminar dentro del trámite de las demandas de contenido patrimonial, pero sin hacer referencia a las gestiones conciliatorias que en ella deberían realizarse. Únicamente se contempla de forma expresa en la ley, la conciliación para ser procurada en el trámite de la audiencia oral prevista dentro del procedimiento breve (art. 71). Sin embargo, esa falta de previsión expresa no obsta para que la conciliación sea promovida en la audiencia preliminar en los procedimientos de “demandas de contenido patrimonial” y/o en la audiencia conclusiva; en la mal denominada “audiencia de juicio” prevista para los procedimientos de demandas de nulidad, interpretación y controversias administrativas y/o o en su acto de Informes³³; en la audiencia oral de segunda instancia (no prevista por la LOJCA); en la audiencia oral que debería realizarse luego de admitido el recurso especial de juridicidad (tampoco prevista por la ley); o en cualquier estado y grado de la causa, cuando el juez lo considere viable y conveniente.

- **El Juez en funciones de conciliador**

En el proceso laboral regulado por la LOPT, destaca la plausible circunstancia de haberse previsto la existencia y participación de sendos jueces de primera instancia que obran en fases sucesivas, el primero denominado “*de sustanciación, mediación y ejecución*”, fundamentalmente mediador, que sólo de manera excepcional entra a pronunciarse sobre el mérito de la causa³⁴, a quien

³³ Que en nuestro criterio siempre debería ser oral y no sólo cuando una de las partes lo solicite, como de manera inconstitucional lo prevé el art. 85 LOJCA.

³⁴ Tal excepción está contemplada en el artículo 131 LOPT, que dispone: “*Si el demandado no compareciere a la audiencia preliminar, se presumirá la admisión de los hechos alegados por el demandante y el tribunal sentenciará en forma oral conforme a dicha confesión, en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante, reduciendo la sentencia a un acta que elaborará el mismo día, contra la cual, el demandado podrá apelar a dos efectos dentro de un lapso de cinco(5) días hábiles a partir de la publicación del fallo*”. Conforme a criterio de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, esta disposición sólo aplica en caso de incomparecencia del demandado al inicio o apertura de la audiencia preliminar, pues si la ausencia es respecto de alguna prolongación, en tanto que las partes ya habrían promovido los medios de prueba, se considera que el expediente debe pasarse a la fase de juicio, para que, a pesar de la presunción de admisión de los hechos, se evacuen las pruebas promovidas y la causa sea resulta por el juez de juicio y no por el de mediación. (Sentencia N° 1300, Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 15 de octubre de 2004, expediente N° 04-905).

se encomienda la admisión de la demanda, el saneamiento del proceso y la dirección de la audiencia preliminar conciliatoria³⁵, y otro juez denominado “*de juicio*”, quien una vez agotados infructuosamente los trámites de conciliación por el primero, entra a conocer la causa, en una segunda fase en la que provee sobre la admisión de pruebas, dirige la audiencia de juicio (dentro y en la cual se evacúan todas las pruebas) y dicta sentencia definitiva de primera instancia. Con esto, la legislación adjetiva laboral, ajusta de manera eficiente y eficaz la conciliación judicial, a los parámetros y caracteres propios de la institución como se concibe fuera del proceso, en tanto permite que las reuniones conciliatorias mantengan la exigida condición de confidencialidad³⁶, al tiempo que se actúa en presencia de una figura de autoridad (juez), quien puede brindar opiniones técnico jurídicas incluso con conocimiento del material probatorio, pero quien en definitiva se mantiene imparcial en tanto que no está llamado a resolver la controversia, conservando así el carácter de no adjudicador, propio de la conciliación ordinaria o extrajudicial³⁷.

Obviamente al no prever la LOJCA esta doble figura subjetiva (juez de mediación distinto del juez de juicio), queda encomendada la función conciliadora al mismo juez a quien correspondería resolver la controversia, lo que afecta el tema de confidencialidad, y hace cuestionamiento de la posibilidad del juez-conciliador de advertir a las partes sobre sus debilidades o fortalezas, e incluso de poder reunirse separada y privadamente con cada una. Por lo que, corresponde buscar solución a estos cuestionamientos, en otras normas de derecho positivo, para lo cual resulta procedente la aplicación analógica de la norma legal contenida en el primer aparte del artículo 104 LEFP, que dispone:

³⁵ Y adicionalmente la ejecución de las sentencias una vez que se encuentran definitivamente firmes.

³⁶ “(...) de lo que se trata en un proceso de mediación es de establecer y estimular el intercambio de información relevante para poder llegar a la solución de la controversia. Si las partes no revelan la información necesaria al mediador o no se sienten libres para expresarse de manera franca y abierta, el proceso de mediación podría culminar en un rotundo fracaso.” **CARRILLO, Marcos.** *Ob. Cit.* Pág. 182.

³⁷ “A diferencia de lo que sucede en la justicia ordinaria, donde el juez tiene como principales funciones la de ser quien decide la controversia, el tercero interventor en un proceso conciliatorio no toma una decisión determinando quien tiene la razón. Como se deriva de lo expuesto, el mediador es sólo un facilitador del proceso de comunicación y aprendizaje de las partes. Es por ello que, por definición, el mediador no puede adjudicar sino que debe mantener la solución en la expresión de la voluntad de las partes.” *Ibidem.* Pág. 185

En la misma audiencia, el juez o jueza deberá llamar a las partes a conciliación, ponderando con la mayor objetividad la situación procesal de cada una de ellas. Igualmente, podrá el juez o jueza fijar una nueva oportunidad para la continuación de la audiencia preliminar. **En ningún caso, la intervención del juez o jueza en esta audiencia podrá dar lugar a su inhibición o recusación, pues se entiende que obra en pro de una justicia expedita y eficaz**". (subrayado y resaltado nuestro).

La transcrita norma, habilita o autoriza al juez en funciones de conciliación a "*ponderar con objetividad la situación procesal*" de las partes, lo que en estricta exégesis podría simplemente significar que se tenga conciencia de que uno es demandante y otro demandado, interpretación que obviamente no puede ser el sentido de la norma. Lo que obliga a recurrir más bien a su espíritu teleológico, entendiendo que lo querido por el legislador es habilitar al juez para que examine con cuidado y de manera apriorística la situación de mérito (conforme a lo alegado y al material probatorio previamente aportado) y las expectativas iniciales de éxito o de fracaso, para que obrando de buena fe y en procura de una solución conciliada expedita, interaccione con las partes conversando acerca de la controversia, en llamado de la conciliación, aún cuando ese mismo juez posteriormente deba decidir la causa por no haber resultado positiva la conciliación. Posiblemente, el mayor aporte de la norma *in comento* es la exclusión de la causal de inhibición y recusación, constituida por la manifestación de opinión previa a la sentencia³⁸, lo que permite al juez flexibilidad en el manejo de la conciliación, pero sin que ello pueda implicar una absoluta libertad de pronunciamiento previo sobre el mérito de la causa, pues en todo caso debe mantener la imparcialidad y la prudencia propia de quien a pesar de estar gestando una posible conciliación, no pierde la potestad y el deber de decidir posteriormente la misma causa, de resultar infructuosa aquella gestión. Sobre

³⁸ Artículo 82 CPC: "*Los funcionarios judiciales, sean ordinarios, accidentales o especiales, incluso en asuntos de jurisdicción voluntaria, pueden ser recusados por alguna de las causas siguientes: (...)15°. Por haber el recusado manifestado su opinión sobre lo principal del pleito o sobre la incidencia pendiente, antes de la sentencia correspondiente, siempre que el recusado sea el Juez de la causa. (...)*". Adicionalmente la misma norma de la LEFP, por su especialidad en materia de conciliación y por tratarse de una reglamentación (legal) directa de un principio constitucional, debería aplicarse con preferencia a la a la norma a la del artículo 36 de la ley Orgánica del Poder Judicial (Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.262 del 11 de septiembre de 1998), que dispone: "*Los jueces deben abstenerse de expresar, y aun de insinuar privadamente, su opinión respecto de los negocios que por la ley son llamados a fallar. Deben igualmente abstenerse de dar oído a todo alegato que las partes o terceras personas, a nombre o por influencia de ellas, intenten hacerle fuera del tribunal*".

este aspecto volveremos al tratar el capítulo relativo a la tramitación de la conciliación.

III.- Regulación de la Conciliación en el proceso contencioso administrativo

1.- Procedencia de los medios alternativos de resolución de conflictos respecto de la actividad de la administración pública y su control jurisdiccional

En nuestro criterio basta con las citadas previsiones constitucionales de los artículos 253 y 258 para entender que los medios alternativos de justicia o resolución de conflictos tienen cabida en cualquier tipo de proceso jurisdiccional³⁹, no obstante resulta claro que dependiendo de la materia de que se trate podrían existir limitaciones o impedimentos relativos o absolutos, derivados de las circunstancias de que dicha materia sea de estricto orden público y en consecuencia no resulte aplicable el principio de autonomía de la voluntad de las partes. En este sentido, en el ámbito de la actuación de la administración pública y su control a través de la jurisdicción contencioso administrativa, se ha pretendido la improcedencia de utilización de los medios alternativos, para lo cual “(...)la doctrina y la jurisprudencia señalan como restricciones a la aplicación de los modos de autocomposición procesal en el contencioso- administrativo, los siguientes (i) el interés público que informa la actividad de la Administración; (ii) el carácter irrenunciable del ejercicio de las potestades administrativas; y (iii) la reserva al Poder Judicial del control judicial de los actos administrativos”⁴⁰.

Sin embargo, la doctrina contemporánea, incluida la venezolana, aún antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, abogaba y concluía en la

³⁹ “Sin embargo, a la luz de lo que acontece en otros ordenamientos jurídicos, como el español, el italiano, el alemán y el americano, en general hoy debe aceptarse que la regla o principio radica, en realidad, en el derecho de los sujetos de toda relación jurídica (incluida la eminentemente pública relación tributaria) conflictuada, a utilizar algún modo alternativo de solución de conflictos, siendo la excepción la imposibilidad de hacerlo, cuando haya norma explícita en contrario.” **BLANCO-URIBE, Alberto.** *La Conciliación, el Arbitraje y la Transacción como métodos de resolución de conflictos administrativos.* En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, N° 57. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho. 2002. Ulpiano. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/57/UCAB_2002_57_52-13.pdf, Pág. 24. Consultado el 13 de agosto de 2010.

⁴⁰ **BADELL MADRID, Rafael.** *Medios alternativos de solución de conflictos en el derecho administrativo venezolano. Especial referencia al arbitraje en los contratos administrativos.* En Congreso Internacional de Derecho Administrativo en Homenaje al Prof. Luis H. Farías mata. Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello y otras. Caracas, 2006. Pág. 112.

posibilidad de utilización de los medios alternativos en el ámbito de la función pública, tanto en fase meramente administrativa como dentro del proceso judicial, incluso en materias tan estrictamente regladas como la tributaria⁴¹, entendiéndose ya para aquél momento (preconstitucional) que “(...) *los medios alternativos de solución de conflictos, esté o no involucrado el Estado en ellos, y sean o no de naturaleza tributaria, no son contrarios al Texto Fundamental*” y que, “muy por el contrario, pueden consistirse en la única vía posible de acometer y lograr la satisfacción del interés público.”⁴² Destacándose que:

Desde esta perspectiva, el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva, la constitucionalización del principio de eficacia administrativa y el objetivo de prevenir o evitar la actividad contenciosa (por ejemplo, para obtener soluciones más rápidas y eficaces y hacer economías en el presupuesto del Poder Judicial), se suman para incidir en una nueva lectura de los principios generales del derecho, y así concebir e implementar medios convencionales de prevención o terminación de procedimientos (administrativos o judiciales) y solución de conflictos, alternativos a los recursos tradicionales, que hallan su razón de ser en el derecho esencial a la participación ciudadana en los procedimientos públicos de toma de decisiones susceptibles de afectar la esfera jurídico subjetiva de los administrados, institución emblemática de todo Estado de Derecho Constitucional y, sobre todo, Democrático.⁴³

Así, parecieren superados los reseñados obstáculos, en tanto la noción de interés público lejos de limitar la utilización de los medios alternativos, más bien puede justificarlos, en especial si considera que *per se*, su utilización no implica atentar contra dichos intereses, sino por el contrario, constituir un mecanismo para cumplirlos, en especial para la ejecución del principio de eficacia administrativa:

Las nuevas tendencias que insuflan el Derecho Administrativo, especialmente la constitucionalización del mismo, han modificado la dogmática clásica y, concretamente, han dado al traste con viejos dogmas. Estas nuevas tendencias no procuran defenestrar el principio de legalidad, sino imponer, como ha expresado Martín Rebolledo, un Derecho ‘no contra la Administración, sino para facilitar mutuas relaciones, de modo que ese Derecho sea útil instrumento para la consecución de los fines que la Constitución encomienda a la Administración y, al mismo tiempo, signifique una eficaz garantía para los ciudadanos’. Se dice pues que el principio de la eficacia administrativa ha aumentado el nivel de exigencia de la

⁴¹ En tal sentido: **BLANCO-URIBE, Alberto**. *Ob. Cit.* y **FRAGA PITTALUGA, Luis**. *El arbitraje y la transacción como métodos alternativos de resolución de conflictos administrativos*. En: IV Jornadas Internacionales de derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”. La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo. Fudena, Caracas, 1998.

⁴² **BLANCO-URIBE, Alberto**. *Ob. Cit.* Págs. 30-31.

⁴³ *Ibidem*. Págs. 18-19.

Administración, pues ya no sólo se le exige que su actuación respete al principio de legalidad, sino que, respetándolo, sea también eficaz.⁴⁴

*Entendiéndose así mismo, que "(...)si la propia Ley considera que determinados ámbitos del actuar administrativo pueden ser resueltos por medios alternativos concertados, que sustituyan la voluntad unilateral de la Administración, no podrá invocarse el principio general de la existencia del interés público para negar tal posibilidad, desde que en este caso se entiende que el legislador ha estimado que estos medios de solución de controversias no sólo no afectan el interés público que fundamenta la competencia, sino que constituyen un instrumento idóneo para la satisfacción de interés público que exige la solución justa y oportuna de los posibles conflictos que se relacionen con su ejercicio"*⁴⁵

En relación al carácter irrenunciable del ejercicio de las potestades públicas, cabe hacer las mismas observaciones que se proponen respecto del interés público, en tanto, la concertación de acuerdos con los particulares incluso luego de dictado un acto o celebrado un contrato, no tiene porque implicar la renuncia a tales potestades, antes por el contrario, es precisamente dentro del ámbito de esas potestades y a través de la correcta formación de su voluntad con apego a sus competencias, que los distintos entes podrían dictar nuevos actos correctivos, anulatorios o novedosos en procura del interés colectivo, en aplicación del conocido principio de autotutela. Añadidamente, en el estadio actual de nuestra legislación, no sólo la Constitución prevé la utilización de los medios alternativos, sino que la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (LOPGR)⁴⁶ expresamente dispone tal posibilidad respecto de los juicios y controversias en que sea parte la República, sin distinción de los tipos de procesos o materias a debatir⁴⁷, lo que se ve refrendado por la LOJCA, que también de forma expresa y sin excepciones acoge los referidos medios alternativos como principios fundamentales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

⁴⁴ FRAGA PITTALUGA, Luis. *Ob. Cit.* Pág. 144.

⁴⁵ BADELL MADRID, Rafael. *Ob. Cit.* Pág. 113-114.

⁴⁶ Decreto con Fuerza de Ley, publicado en Gaceta Oficial N° 5.892 Extraordinario, del 31 de Julio de 2008

⁴⁷ En tal sentido, los arts. 5, 12, 57 y 70 de la LOPGR

En este mismo orden de ideas, observamos en torno al principio de legalidad, también opuesto en el pasado como límite de la utilización de los medios alternativos, que la doctrina inicialmente comenzó por dar cabida a los modos de autocomposición dentro del ámbito contractual y en todos aquellos en que la Administración se comporte como particular (regidos por el derecho privado) o se le habilite para actuar con discrecionalidad, exigiendo para los demás casos la expresa disposición legal que habilitara la utilización del medio alternativo, como ocurre, en las materias tributaria, de seguros, y de concesiones⁴⁸. Sin embargo, conforme se ha señalado, puede concluirse que en la actualidad y conforme al derecho positivo vigente, desde la cúspide constitucional, y las disposiciones de la LOJCA y LOPGR, la regla general deber ser la admisibilidad o procedibilidad de los medios alternativos de justicia, y la excepción, su exclusión.

En cuanto a la reserva al Poder Judicial del control jurisdiccional de la actuación administrativa, basta con referir lo antes dicho, en cuanto a que la propia Constitución y el legislador han consagrado expresamente los medios alternativos como parte del sistema de justicia, y específicamente dentro del ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por demás, debe recordarse, en el caso específico de la conciliación, que el acuerdo a que se llegue siempre deberá ser homologado por el Juez, quien no se limitará exclusivamente a verificar las competencia y capacidad de las partes, sino el cumplimiento de las formalidades de ley, y muy especialmente la conformidad de lo acordado con el principio de legalidad. De manera que, si de lo que se trata es de desconfianza en el actuar lícito de los administradores⁴⁹, no debe obviarse que el acuerdo igualmente debe estar ceñido a la ley, y así deberá constatarlo el juez para proceder a la homologación.

⁴⁸ **BADELL MADRID, Rafael**. Ob Cit. Pág. 110.

⁴⁹ Montero Aroca en torno a las trabas para admitir la transacción en el contencioso administrativo ha señalado que: *“La prohibición se basa en la complejidad del procedimiento administrativo necesario para que la Administración transija, complejidad que tiene su origen en la desconfianza legal frente a los administradores; esa desconfianza ha ido acumulando obstáculos hasta el extremo de que si la transacción es teóricamente posible, en la práctica es muy difícil”*. **MONTERO AROCA, Juan**. Ob. Cit. Págs. 260-261.

Para culminar este punto, y en atención a lo *supra* indicado, respecto a que en términos generales se ha excluido la procedencia de utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos de aquellos ámbitos en que no está permitida la transacción, dentro de los cuales la Ley de Arbitraje Comercial contempla las funciones de *“imperio del Estado o de personas o entes de derecho público”*. Debemos señalar que el referido concepto parece vetusto y abandonado, por lo que entendemos la ley quiere hacer referencia a los denominados actos “de gobierno”, “de Estado”, “Soberanos”, “de Autoridad”, “Políticos” o “institucionales”⁵⁰, concebidos como actos de ejecución directa de la Constitución, provenientes de los órganos superiores del Poder Ejecutivo, o más precisamente dictados por el Presidente de la República en ejercicio sólo de atribuciones constitucionales, dentro del ámbito propio de decisiones políticas, clásicamente excluidas del control contencioso administrativo (inmunidad jurisdiccional), en supuesto respeto del principio de separación de poderes. Se distinguen de los demás actos administrativos por estar estos últimos subordinados a la ley, e incluso también a la decisión política,⁵¹ y por quedar excluidos los primeros –según se ha dicho- del control jurisdiccional.

En la actualidad este concepto –por demás complejo⁵²- se limita a través de un sistema de lista, a aquellas materias que son realmente manifestación de la función gubernamental, *“tales como: los actos de relación del gobierno con otros órganos del Poder Público, los actos de relación internacional, las medidas referentes a la conducción de la guerra y las de gracia y amnistía”*⁵³.

Lo que resulta trascendente para la materia que nos ocupa es que modernamente, se ha concluido que este tipo de actuaciones también pueden ser impugnadas mediante la acción de nulidad por inconstitucionalidad⁵⁴, es

⁵⁰ PEÑA SOLÍS, José. *Manual de Derecho Administrativo*. Volumen Primero. Colección Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004. Pág. 425.

⁵¹ ARAUJO-JUÁREZ, José. *Derecho Administrativo. Parte General*. Ediciones Paredes. Caracas-Venezuela, 2008. Pág. 472.

⁵² Su complejidad no sólo se evidencia en la dificultad de conceptualización o definición, si no, aún más, en su enumeración. Así mismo, si bien la existencia de tales actos, en ocasiones se sustenta en el principio de la separación de poderes, otros autores precisamente encuentran en dicha separación, la razón más fundada para concluir en su inconstitucionalidad, negando incluso su existencia en el ordenamiento jurídico venezolano. Al respecto PEÑA SOLÍS, José. Ob. Cit. Págs. 435-437.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Sentencia N° 880 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 01 de agosto de 2000, expediente N° 00-1532, Domingo Palacios Acosta.

decir que también pueden ser objeto del control jurisdiccional, con lo cual y salvo los aspectos relativos a los actos de efectos generales que más adelante se analizan, consideramos podría también darse cabida en esta materia a los métodos o medios alternativos.

III.2.- El ante juicio o reclamación administrativa previa

La LOPGR dispone un capítulo completo para la regulación del procedimiento administrativo previo a las acciones contra la República, preceptuando de manera obligatoria la tramitación de una especie de notificación o aviso previo que deben presentar ante la Administración, quienes pretendan instaurar demanda de contenido patrimonial contra la República, manifestando su intención de demandar y exponiendo concretamente sus pretensiones (art. 56). Este aviso debe hacerse por escrito y da lugar a la apertura de un expediente y procedimiento administrativo, que en primera fase es sustanciado por el órgano requerido, dentro de la cual debería verificarse un proceso de conciliación entre el reclamante y el órgano (art. 57), cuyas resultas se deben hacer constar en un acta que formará parte del respectivo expediente, junto a otros instrumentos relativos a la reclamación: *“los instrumentos donde conste la obligación, fecha en que se causó, certificación de la deuda, y la opinión jurídica respecto a la procedencia o improcedencia de la pretensión, así como cualquier otro documento que considere indispensable”*.

Sin embargo, la normativa no dispone la forma, tiempo y modo de la referida conciliación, ni mucho menos la designación o intervención de un conciliador, así como tampoco le concede carácter vinculante, ni -al parecer- relevancia o importancia a dicho trámite, en tanto que, además de ordenar la inclusión del acta de conciliación dentro del expediente que posteriormente se remite a la Procuraduría General de la República, no se estipula ninguna otra consideración respecto de la supuesta conciliación, siendo que ni siquiera se hace referencia a que la misma pueda contener propuestas de arreglo o de negociación distintas a la procedencia o improcedencia de lo reclamado, ni se otorga destino o consecuencia jurídica de ningún tipo a dicha actuación conciliatoria.

Así pues, consideramos que la referida reclamación administrativa, cuando menos en la práctica no contiene efectivamente ningún trámite conciliatorio, convirtiéndose más bien, en otra prerrogativa o privilegio de dudosa

constitucionalidad concedida a la República, los Estados⁵⁵ y los Institutos Públicos⁵⁶; a través de la cual se demora o limita el acceso directo a la tutela judicial efectiva, en tanto que tal reclamación previa se considera como obligatoria y su no agotamiento constituye legalmente una causal de inadmisibilidad⁵⁷ de las demandas de contenido patrimonial que se intenten contra los referidos entes públicos. En criterio contrario al expuesto, pareciere pronunciarse calificada doctrina, que invocando la jurisprudencia nacional, considera que más allá de un formalismo y una simple e injustificada prerrogativa, el procedimiento administrativo previo constituye una oportunidad conciliatoria creada por el legislador, aún cuando reconoce que dicho procedimiento sólo conllevaría a la aceptación o no de las pretensiones del reclamante, sin que el acto alcance o contenga naturaleza transaccional⁵⁸.

Adicionalmente puede observarse, que la conformación del referido procedimiento, de acuerdo al artículo 78 LOPGR, sólo implica un mero trámite de “revisión” y “aprobación” de las reclamaciones de pago de obligaciones que realicen los particulares, en tanto la Procuraduría General de República se limita a dar su opinión “vinculante” respecto a la procedencia o improcedencia del pago exigido, convirtiéndose este mecanismo en una especie de procedimiento de

⁵⁵ En tanto que privilegio o prerrogativa, se entiende extendido a los Estados, en virtud de la norma del artículo 36 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público. (Gaceta Oficial No. 39.140 del 17 de marzo de 2009).

⁵⁶ En tanto que privilegio o prerrogativa, se entiende extendido a los Institutos Públicos, en virtud de la norma del artículo 98 de la Ley Orgánica de la Administración Pública. (Decreto ley publicado en Gaceta Oficial No. 5.890 Extraordinaria de fecha 31 de julio de 2008).

⁵⁷ Art. 62 LOPGR y numeral 3 del art. 35 LOJCA.

⁵⁸ “En este sentido, la jurisprudencia ha observado que el antejuicio administrativo no es un elemento meramente formal, en el sentido de un procedimiento administrativo sin significado específico, sino el agotamiento de una vía ante la Administración Pública, a los fines privilegiados para ésta de conocer el alcance de las pretensiones que podrían ser deducidas en vía jurisdiccional.

En rigor, esta segunda finalidad no es sino un medio para el cumplimiento de la primera, pues vincular solamente el antejuicio administrativo a la mejor defensa de los intereses generales de la República, sería consagrar en su favor una prerrogativa sin justificación alguna. En efecto, y por cuanto nuestro sistema procesal, a diferencia de otros países, no establece la obligación general de que al juicio preceda una etapa conciliatoria el legislador consideró conveniente crearla para los casos en que se pretenda demandar a la República; y es sensato inferir que, al someter a los particulares a este trámite, acordó correlativamente el Ejecutivo Nacional la facultad de acceder, en todo o en parte, a las pretensiones del reclamante –cuando las considere suficientemente fundadas, naturalmente- evitándose así, y evitando al particular, las demoras e inconvenientes de la tramitación judicial.

En este orden de ideas, sostiene la jurisprudencia que la intención del legislador es crear dicho procedimiento administrativo previo con el objeto de que las partes –República y particulares- resolvieran amistosa y extrajudicialmente, las controversias que pudieran suscitarse. No lográndose la conciliación, toca al particular recurrir ante el órgano jurisdiccional con el fin de que sea tutelada su pretensión”.
ARAUJO-JUÁREZ, José. *Ob. Cit.* Págs. 1045-1046.

revisión y pago de obligaciones demoradas. Vale decir, al particular a quien no se le satisface oportunamente alguna acreencia, debe ante tal demora, verificar y esperar un nuevo trámite para que se autorice el pago de lo que se le debe, lo que claramente pone de manifiesto que se privilegia a la Administración y se perjudica al particular.

De su parte, la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha sido consecuente en mantener el requisito de antejuicio o reclamación administrativa previa, como una de las más severas causales de inadmisibilidad de las demandas⁵⁹. Sin embargo es de advertir que en el proceso de querrela funcional a pesar de la expresa disposición del artículo 62 de la LOPGR, la naturaleza subjetiva y al tiempo objetiva (anulatoria) de la querrela, ha llevado a la jurisprudencia a dispensar de este requisito, aún cuando la demanda posea contenido patrimonial. En tal sentido se ha señalado- acertadamente- que:

... ‘...debido a la naturaleza jurídica de la querrela como medio de impugnación en el contencioso administrativo funcional, ya que su pretensión u objeto -como lo ha afirmado la doctrina patria- es pleno, no limitado y que su naturaleza jurídica es mixta, sui generis, pues podrá accionarse contra cualquier manifestación de actuar de la Administración y podrá invocarse cualquiera de los supuestos que informan la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa consagrada en el artículo 259 de la Constitución, tales como la de condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración.

Así, dada la naturaleza jurídica del recurso contencioso administrativo funcional, puede darse el caso que se interponga de manera autónoma una querrela por diferencia de prestaciones sociales, cuyo contenido es eminentemente patrimonial, en cuyo supuesto el cumplimiento de la Ley del Estatuto de la Función Pública, contradeciría la obligación contenida en el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de agotar el procedimiento administrativo previo a la interposición de demandas de contenido patrimonial contra la República. Ciertamente, si el legislador expresamente excluye la denominada querrela funcional o recurso contencioso administrativo funcional del agotamiento previo de la vía administrativa, entonces no sería exigible en los términos de la sentencia de la Sala Político Administrativa N° 5.407/05, el cumplimiento previo del antejuicio administrativo. (...)

⁵⁹ Como puede constatarse entre otras, en Sentencias de la Sala Político Administrativa: No. 1509 del 14 de junio de 2006; No. 175 del 01 de febrero de 2009; y No. 889 del 17 de junio de 2009.

Así pues, esta Corte observa, en consonancia con el criterio jurisprudencial antes expuesto, que la solicitud efectuada por el querellante, la cual consiste en que el Ministerio le cancele una diferencia de prestaciones sociales que se derivó de la relación de empleo público que mantuvo con el ente querellado, lo cual está previsto en el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana, no le es aplicable el agotamiento del procedimiento previo que establece el Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, toda vez que por la naturaleza de las prestaciones sociales las cuales son de carácter irrenunciable y de exigibilidad inmediata, por tanto lo que busca el referido Decreto es que se lleguen a acuerdos, a una conciliación, en vía administrativa a los fines de evitar la vía judicial, mas no busca establecer como requisito previo para la interposición de este tipo de querellas que se agote la vía administrativa, por lo tanto, esta Corte en virtud de los razonamientos antes expuestos esta Corte debe señalar que los fundamentos empleados por el Juzgado a quo son los correctos y, así se decide.⁶⁰

Igualmente, en materia de derecho laboral, la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, ha decidido la prescindencia del antejuicio o reclamación administrativa previa respecto de las demandas patrimoniales de contenido laboral, determinando que:

Una de las finalidades del proceso laboral es facilitar el acceso del trabajador a la justicia, cuya manifestación más elemental consiste en el acceso al órgano jurisdiccional para el planteamiento de sus reclamos; este objetivo prevalece ante la finalidad perseguida por la prerrogativa en cuestión, la cual es permitir al ente público conocer de manera exacta las pretensiones que serán deducidas por el particular en vía jurisdiccional, una vez agotado el procedimiento administrativo.

Así, interpretando la disposición contenida en el artículo 12 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, a la luz de los lineamientos aquí expuestos, considera esta Sala y así se establece, que en aquellos procesos en los cuales se encuentren involucrados los derechos, bienes o intereses patrimoniales de la República se observarán los privilegios y prerrogativas consagrados en leyes especiales, con excepción del agotamiento del procedimiento administrativo previo a las demandas.

Sólo así se puede conseguir el punto de equilibrio, la debida ponderación entre el interés general y la correlativa responsabilidad del Estado con los derechos y garantías que constitucionalmente corresponden a los trabajadores.⁶¹

Partiendo de estas posiciones que de alguna manera reconocen el carácter limitante de este requisito en detrimento de los derechos constitucionales de

⁶⁰ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, N° AP42-N-2007-0000320, del 10 de agosto de 2007.

⁶¹ Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia No. 989 de 17 de mayo de 2007.

acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, puede también plantearse la posibilidad de proscribir u omitir el referido procedimiento previo, en aquellos casos en que se pretendan conjunta y consecuentemente en una sola demanda (libelo), la nulidad de un acto administrativo y el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del acto que se impugna o su ejecución, en tanto que si se permite acudir directamente a la vía jurisdiccional para impugnar el acto sin necesidad de agotar la vía administrativa (recursiva), mal podría exigirse al mismo tiempo que se recurra a otra vía administrativa previa para exigir judicialmente el resarcimiento de los daños causados derivados de la ejecución del mismo acto cuya nulidad se pretende⁶².

De otra parte, y aún cuando la ley expresamente consagra el incumplimiento del procedimiento administrativo previo como una causal de inadmisibilidad, sostenemos, fundamentados en calificada doctrina procesal, que es un error considerar la reclamación previa como un verdadero presupuesto procesal, pues ello implica desconocer lo que es realmente un presupuesto, en tanto “(...)éste impide que la relación jurídica procesal se entienda bien constituida, y parece claro que la falta de reclamación no afecta esa relación procesal.(...)”⁶³, de lo cual, pueden inferirse trascendentes conclusiones, entre ellas, que la falta de reclamación podría considerarse como un defecto subsanable y convalidable, lo que obligaría a su oposición oportuna por parte de la administración en la audiencia preliminar, so pena de convalidación⁶⁴. Estamos concientes de que esta no ha sido el criterio de la Sala Político Administrativa, empero, sumado a las posiciones ya asumidas en materia laboral y funcional, y los claros vicios de inconstitucionalidad de la causal de inadmisibilidad en referencia, consideramos que esta forma de tratamiento procesal podría atemperar su severidad.

En conclusión, el procedimiento de reclamación administrativa previa a las demandas de contenido patrimonial, poco o nada aporta a la posibilidad de

⁶² Es de advertir que la LOJCA no prevé expresamente la acumulación de pretensiones de nulidad y resarcimiento, empero, resulta claro que los principios de celeridad, simplicidad y eficacia, que en definitiva atañen a la tutela judicial efectiva, deben conllevar a la admisión de esta acumulación, para lo cual el trámite apropiado sería el de las demandas de contenido patrimonial.

⁶³ MONTERO AROCA, Juan. Ob. Cit. Pág. 256.

⁶⁴ Artículo 213 CPC: “Las nulidades que sólo pueden declararse a instancia de parte, quedarán subsanadas si la parte contra quien obre la falta no pidiere la nulidad en la primera oportunidad en que se haga presente en autos”.

utilización de la conciliación como medio alternativo de solución de conflictos en el contencioso administrativo, y por el contrario se constituye en un injustificado privilegio, que implica una demora y una traba para el ejercicio del derecho de acceso a la justicia de los administrados.

III.3.- La participación del Procurador General de la República

Por mandato Constitucional (art. 247) “la Procuraduría General de la República asesora, defiende y representa judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República, y será consultada para la aprobación de los contratos de interés público nacional” (Subrayado nuestro). Y en virtud de ello, la ley que la rige dispone la forma de actuación del referido órgano, así como las potestades y facultades que ostenta tanto en juicio como fuera de él, para asistir y representar a la República y los órganos que la conforman. Es así como dentro de la LOPGR se dispone como “*competencias exclusivas de la Procuraduría General de la República asesorar jurídicamente a los órganos del Poder Público Nacional y ejercer la defensa y representación judicial y extrajudicial de los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República*” (art. 2), quedando habilitado dicho órgano para sustituir dichas facultades en otros órganos o funcionarios.

En lo relativo a la utilización de medios alternativos de justicia, la LOPGR contempla y regula diferenciadamente tres (3) distintas situaciones y estadios en que la administración puede acordar y utilizar los medios alternativos:

1) Medios alternativos en actuaciones en sede administrativa:

Reguladas por la norma del artículo 5 LOPGR:

Los funcionarios públicos o funcionarias públicas que, en el ejercicio de sus atribuciones realicen en sede administrativa actos de convenimiento, desistimiento, de compromiso en árbitros, de conciliación, transacción, o cualquier otro acto de disposición relacionados directamente con los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República, deben solicitar la opinión previa y expresa de la Procuraduría General de la República.

El incumplimiento de la obligación prevista en este artículo acarreará al funcionario que realice el acto las responsabilidades administrativas, civiles y penales que le sean imputables, por los daños causados a los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República. (subrayado nuestro).

La transcrita norma en forma clara e indefectiblemente, autoriza la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos dentro del ámbito de la administración pública, en su actuación en sede administrativa, incluido el debatido tema del arbitraje y el aquí tratado, la conciliación. Para ello, la norma sólo exige la solicitud o tramitación de la *“opinión previa y expresa de la Procuraduría General de la República”*, la cual en nuestro criterio no es vinculante, sino un mero requisito formal, que en todo caso podría servir para posteriormente establecer la responsabilidad del funcionario actuante. Para tal conclusión nos sustentamos en el examen exegético de la norma, la cual no hace referencia a que se requiera *“expresa autorización”*, como se exige en el artículo 70⁶⁵; ni utiliza la calificación de *“vinculante”* que se emplea en el artículo 58 *eiusdem*⁶⁶. En abundamiento y acudiendo a una interpretación sistemática, encontramos como precedente legislativo, que esta norma modifica la contenida en la LOPGR de 2001⁶⁷, en la cual por el contrario se disponía el deber de *“solicitar la opinión previa, expresa y favorable”*, y en la cual además se sancionaba el incumplimiento de la obligación de solicitar y obtener la opinión favorable, con la aclaratoria de *“la nulidad absoluta del acto, sin que se generen derechos subjetivos”*, resultando palmario que en la ley y norma anterior⁶⁸, si se

⁶⁵ Artículo 70 LOPGR: *“Los abogados que ejerzan en juicio la representación de la República no pueden convenir, desistir, transigir, comprometer en árbitros, conciliar o utilizar cualquiera otro medio alternativo para la solución del conflicto, sin la expresa autorización del Procurador o Procuradora General de la República, previa instrucción escrita de la máxima autoridad del órgano respectivo”*. (Subrayado nuestro).

⁶⁶ Artículo 58 LOPGR: *“Al día hábil siguiente de concluida la sustanciación del expediente administrativo, el órgano respectivo debe remitirlo a la Procuraduría General de la República, debidamente foliado, en original o en copia certificada, a objeto de que ésta, en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles, formule y remita al órgano o ente respectivo, su opinión jurídica respecto a la procedencia o no de la reclamación. En el caso de improcedencia, a los fines del resguardo de los bienes, derechos e intereses patrimoniales de la República, la opinión de la Procuraduría General de la República tendrá carácter vinculante para el órgano respectivo.”*

No se requiere la opinión de la Procuraduría General de la República, cuando se trate de reclamaciones cuyo monto sea igual o inferior a quinientas Unidades Tributarias (500 U.T.) y hayan sido declaradas procedentes por la máxima autoridad del órgano respectivo”. (Subrayado nuestro).

⁶⁷ Gaceta Oficial N° 5554, del 13 de Noviembre de 2001.

⁶⁸ Artículo 5° LOPGR 2001: *“Los funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus atribuciones realicen en sede administrativa actos de convenimiento, desistimiento, de compromiso en árbitros, de conciliación, transacción, o cualquier otro acto de disposición, relacionados directa o indirectamente con los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República, deben solicitar la opinión previa, expresa y favorable de la Procuraduría General de la República.*

El incumplimiento de la obligación prevista en este artículo implica la nulidad absoluta del acto, sin que se generen derechos subjetivos y sin perjuicio de las demás responsabilidades administrativas, civiles y penales que les sean imputables al funcionario que realice el acto, por los daños causados a los derechos, bienes o intereses patrimoniales de la República”. (Subrayado y resaltado nuestro).

exigía la autorización del Procurador con carácter vinculante, y adicionalmente, su falta se consideraba como causal de nulidad absoluta de lo acordado.

La nueva norma, por el contrario, al haber suprimido tal exigencia y consecuencias, evidencia la intención del “legislador”⁶⁹ de flexibilizar el trámite, y dar cabida a los medios alternativos, ampliando las facultades decisivas y competencias de los funcionarios. Lo cual no obsta, por supuesto, para que la celebración o utilización de cualesquiera de estos métodos, deba estar igualmente regida por los requisitos formales de competencia y capacidad del órgano y funcionario actuante, y que su legalidad dependa del cumplimiento de los procedimientos legales o reglamentarios necesarios para la correcta formación de la voluntad administrativa, como por ejemplo los dispuesto en materia contractual por la Ley de Contrataciones Públicas⁷⁰.

2) *Conciliación en el procedimiento de antejuicio o reclamación administrativa previa:*

A diferencia de la comentada norma del artículo 5 que regula la actuación general u ordinaria en sede administrativa, la norma del artículo 58 LOPGR, para proceder al pago para la satisfacción de obligaciones que hayan sido pretendidas a través del obligatorio procedimiento de reclamación administrativa previa, exige la opinión con carácter vinculante de la Procuraduría General de la República. Según hemos concluido anteriormente, consideramos que el referido antejuicio, no contempla nada de conciliatorio, y simplemente es una trámite de “revisión” y aprobación de las reclamaciones de pago de obligaciones demoradas que realicen los particulares.

3) *Conciliación en los procesos judiciales:*

- **La autorización de la Procuraduría General de la República en los casos de demandas contra la República.**

La norma del artículo 70 de la LOPGR, dispone que *“Los abogados que ejerzan en juicio la representación de la República no pueden convenir, desistir, transigir,*

⁶⁹ Recuérdese que se trata de un Decreto-ley dictado por efecto de Ley habilitante, por lo que se trata de una función delegada.

⁷⁰ Gaceta Oficial N° 39.165 del 24 de abril de 2009.

comprometer en árbitros, conciliar o utilizar cualquiera otro medio alternativo para la solución del conflicto, sin la expresa autorización del Procurador o Procuradora General de la República, previa instrucción escrita de la máxima autoridad del órgano respectivo". (Subrayado nuestro).

La primera interrogante que puede plantearse al imaginar el proceso de negociación conciliada que puede verificarse dentro de un proceso contencioso administrativo, es si el requisito de "expresa autorización" a que se refiere la norma debe considerarse como previo y "específico" para cada caso concreto, ó si por el contrario la "expresa autorización" se refiere a la necesidad de que el oficio de sustitución de facultades o el respectivo poder auténtico a que se contraen los artículos 34 y 35 de la LOPGR, contengan de manera genérica pero expresa la atribuciones de facultades para *convenir, desistir, transigir, comprometer en árbitros, conciliar o utilizar cualquiera otro medio alternativo para la solución del conflicto*. La respuesta no resulta fácil, pues lo cierto es que la gramatical interpretación podría servir para concluir ambas soluciones. No obstante, en pro de satisfacer y facilitar el mandato constitucional de utilización de los referidos medios alternativos, abogamos por la segunda interpretación, en tanto resulta proclive a la utilización de dichos mecanismos. Por demás, una revisión acuciosa, permite señalar que la norma sólo exige como "previo" a la utilización del modo compositivo alterno, la instrucción escrita de la máxima autoridad del órgano, con lo cual podría en sana exégesis inferirse que la ley no requiere que la autorización expresa lo sea para cada caso concreto.

En la práctica, la norma en comentario ha servido como obstáculo insalvable para la verificación de las conciliaciones previstas por ley en materia funcional y laboral, resultando imposible cumplir con dichos trámites conciliatorios o de mediación, en los casos de demandas contra la República⁷¹, habida cuenta que los oficios de sustitución de facultades y los poderes otorgado a los representantes de la República, no contemplan facultades expresas para conciliar

⁷¹ "A lo anterior se suma el hecho que producto de las inconstitucionales prerrogativas procesales otorgadas legalmente o reconocidas jurisprudencialmente a los entes públicos, la experiencia ha llevado a advertir la inutilidad de la audiencia preliminar a los fines de lograr la conciliación, en virtud de que los representantes judiciales del Estado, no tienen atribuida facultad procesal alguna para ello" **HERNANDEZ-MENDIBLE, Víctor**. *El proceso administrativo por audiencias*. Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Colección Textos Legislativos No. 47. Editorial Jurídica Venezolana, caracas, 2010. Pág. 187.

o transigir, y por el contrario, hacen referencia a la necesidad de autorización expresa por parte del Procurador General de la República. Así, incluso en los procesos laborales donde las gestiones conciliatorias han llegado a obtener un extraordinario grado de eficacia de hasta un 90%, encontramos que son prácticamente inexistentes las conciliaciones con los órganos de la República, que sí se manifiestan en los casos de otros entes públicos que no requieren de la representación directa del Procurador General, como las empresas del Estado y los Institutos Autónomos. Igualmente, en el ámbito funcional, se constata que las soluciones conciliatorias resultan escasas, observándose una mejor aceptación por parte de los entes municipales al actuar como querrelados⁷².

- **La actuación de la Procuraduría General de la República cuando la República no es parte en el juicio**

Conforme a la norma del artículo 64 de la LOPGR, *“La Procuraduría General de la República puede intervenir en todos los procesos judiciales en que sean parte los Institutos Autónomos, establecimientos públicos nacionales y los órganos estatales y municipales, cuando, a su juicio, los mismos afecten derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República”*, y consecuentemente la norma del artículo 96 *eiusdem*, dispone la obligación de notificarle *“de la admisión de toda demanda que obre directa o indirectamente contra los intereses patrimoniales de la República”*. Con esto, la República por órgano de la Procuraduría es “notificada” de la existencia de prácticamente todo proceso judicial que involucre a un ente u órgano público (incluidas las empresas del Estado), a los fines de que en conocimiento de la existencia de la causa, y si lo considera conveniente, intervenga en la misma en resguardo de sus intereses (de la República), por lo que en tales supuestos, la República no sería propiamente parte del juicio (demandante o demandado), sino que en todo caso actuaría como tercero interesado, coadyuvante o excluyente.

⁷² Datos obtenidos a través de investigación y entrevistas realizadas por la Comunicadora Social Lic. MITCHAELE HENRÍQUEZ, en los Tribunales Laborales del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas y en los Tribunales Superiores Contencioso Administrativos de la Región Capital, durante en el mes de agosto de 2010.

En estos supuestos, de demandas contra entes públicos distintos de la República, y como efecto de la personalidad jurídica de dichos entes, que les concede capacidad procesal autónoma, los mismos pueden intervenir por si solos en el proceso a través de sus apoderados, desplegando además las actuaciones procesales que sus órganos de decisión estimen más convenientes. Motivo por el cual, también están habilitados para, en su condición de partes, celebrar cualesquiera acuerdos de autocomposición procesal, sin necesidad de autorización por parte de la Procuraduría General de la República, que en todo caso, en su condición de tercero notificado, podría expresar su opinión contraria y advertir los posibles vicios de ilegalidad que pudiera contener el acuerdo, lo cual deberá ser objeto de revisión y pronunciamiento por el juez al homologar el acuerdo, pero sin que posea de modo alguno carácter vinculante. Por supuesto, en caso de que la República, se constituya formalmente como tercero excluyente, es decir alegando un derecho propio y formulando pretensiones de cualquier tipo, deberá tenersele como "parte" del proceso, y no podría darse por terminado el mismo, sino por acuerdo que involucre a la Procuraduría o un representante legitimado para conciliar o transigir, o de manera ordinaria a través de la respectiva sentencia judicial.

III.4.- La conciliación, los nuevos actos y contratos que de ella se generen y la cosa Juzgada

Sólo a modo de reflexión y para la apertura del necesario debate que debe surgir respecto de este incipiente tema de la conciliación en el contencioso administrativo, planteamos la problemática del alcance de los acuerdos celebrados cuando estos más allá de dar terminación del proceso, impliquen la nulidad del acto impugnado, su renovación, el dictado de un acto diferente, o la celebración de un nuevo contrato o modificación del original que dio lugar a la controversia. En especial, si se considera que conforme al Código de Procedimiento Civil, el acuerdo celebrado como producto de la conciliación, una vez homologado por el juez adquiere la fuerza de cosa juzgada, con su natural consecuencia constitucional de impedir un nuevo juzgamiento sobre el asunto.

La ley y la propia Constitución limitan el ejercicio del derecho de acción en cuanto a determinadas pretensiones y prohíbe la prestación de la función jurisdiccional a través del proferimiento de una sentencia judicial sobre un asunto o controversia concreta, en los casos en que tal controversia haya sido resuelta previamente en otro proceso jurisdiccional, o simplemente cuando dicha controversia ya ha sido dirimida en forma legal a través de una transacción. Así, la norma del ordinal 7º del artículo 49 Constitucional, determinante de las garantías atinentes al derecho al Debido Proceso, consagra la prohibición según la cual: *“Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente”*. Dando así rango constitucional al principio **Non bis in idem**, y resaltando la importancia que la cosa juzgada posee en nuestro ordenamiento.

El asunto es que al llegarse a un acuerdo conciliado, no siempre la solución resultará en el simple desistimiento del proceso o en un convenio, que sólo se darían en la poco común circunstancia de que una de las partes, respectivamente, accionante o accionado, se percate de la absoluta improcedencia de sus pretensiones. Sino que seguramente lo que se producirá será un acuerdo en que las partes pongan fin al proceso cediendo parte de sus pretensiones, es decir, a través de la celebración de una transacción⁷³, que al ser homologada se equipara a una sentencia, adquiriendo ejecutividad judicial y la referida inmutabilidad e irrevisabilidad de la cosa juzgada. El problema se presenta o puede presentarse en la extensión y contenido de los nuevos acuerdos, pudiendo darse que la administración, por ejemplo, acuerde renovar o modificar el acto afectado, produciéndose en nuevo acto administrativo, que en tanto podrían afectar intereses de terceros, no debería en nuestro criterio formar parte de la transacción y obtener un “juzgamiento” previo sobre su legalidad.

Igual podría acudir en alguna controversia sobre la ejecución, resolución o cumplimiento de algún contrato celebrado por la administración, en que las partes por vía de la conciliación acuerden retomar la relación contractual pero

⁷³ Definida legalmente por el artículo 1.713 del Código Civil, como “un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”. Gaceta Oficial N° 2.990 de fecha 26 de julio de 1982.

con nuevas fórmulas y modalidades. Consideramos que el nuevo contrato no debería formar parte de la Transacción a ser homologada, pues ello implicaría la imposibilidad de volver a plantear una reclamación judicial sobre dicho contrato, dando lugar incluso, a que su incumplimiento produzca una incidencia de “ejecución de sentencia”, desbordando así el espíritu y propósito del medio de autocomposición.

Por ahora, a reserva de una ulterior reflexión, consideramos que lo que debe homologarse es la decisión de las partes de poner fin al proceso, la terminación de las pretensiones aducidas, y el compromiso de producir el nuevo acto o contrato, que bien podrían dictarse o suscribirse paralelamente, pero sin que formen parte formal de lo que será homologado por el juez⁷⁴.

IV.- La Tramitación de la Conciliación. Una propuesta empírica

IV.1- El Juez Conciliador

Como bien lo señala la doctrina, la implementación y puesta en funcionamiento de un sistema oral por audiencias requiere entre otras exigencias, de la modificación de la organización y de la infraestructura de los tribunales, especialmente lo atinente a salas de audiencia y los medios audiovisuales pertinentes; la formación de los nuevos jueces y la capacitación de los abogados⁷⁵, lo cual por demás va unido al cambio de concepción general del proceso y a la voluntad política para dotar los recursos materiales necesarios, dentro de los cuales debe incluirse los respectivos cursos o adiestramiento técnico de los jueces en el manejo de la mediación.

Ahora, el juez contencioso administrativo, no sólo se limita a la labor jurisdiccional clásica de sustanciación y decisión de las causas, sino que debe estar en capacidad para convocar a las partes a un trámite conciliatorio, en el cual debe fungir como mediador. Lo que obviamente amerita el conocimiento de las técnicas respectivas, entre las que consideramos más adaptada a las

⁷⁴ Tal es lo ocurrido en trámite conciliatorio instaurado por la Sala Político Administrativa en fecha 25 de octubre de 2000 (caso Heicoven vs. Ministerio de Infraestructura), en el cual se excitó a las partes a la conciliación, se pactó un acuerdo conforme al cual la administración anularía las multas emitidas, pero el proceso culminó por simple desistimiento de la parte actora y homologado por a Sala, conforme a sentencia 0947 de fecha 15 de mayo de 2001.

⁷⁵ HERNANDEZ-MENDIBLE, Víctor. *Ob. Cit.* Págs. 182-197.

características del proceso, la denominada “Mediación Evaluadora”, definida como aquella en la que: *“el mediador preferiblemente es experto en la materia en disputa, por lo tanto puede opinar y evaluar junto con las partes la conveniencia de las diferentes opciones, por lo tanto su actuación puede influir e inclusive modificar la decisión final, para llegar al acuerdo o inclusive a no alcanzar solución. Por lo regular, este tipo de mediación se utiliza en casos que ya están siendo litigados y el mediador es un profesional del derecho o un experto en la materia objeto de la disputa quien, proactivamente, evalúa con las partes y sus abogados las vías más eficaces de resolver el problema”*⁷⁶.

Además de la formación del juez como conciliador, tomando en cuenta su función como rector del proceso, partiendo de las características propias de la conciliación judicial y las limitaciones o falta de regulación legal que se han puesto de manifiesto a lo largo de estas líneas, consideramos que entre otros aspectos el juez se encuentra facultado para:

- Revisar la legitimación de los apoderados y en especial si ostentan poder o están autorizados para celebrar actos conciliatorios y suscribir acuerdos;
- Fijar, convocar y verificar audiencias conciliatorias, exigiendo, de ser necesario, la presencia de las partes o de sus representantes, distintos a sus apoderados, especialmente cuando éstos últimos no detenten facultades para conciliar, transar o disponer del derecho el litigio;
- Suspender y prolongar las audiencias conciliatorias cuantas veces sea prudentemente necesario, incluso en contra de la petición de las partes, en especial, cuando a pesar de la renuencia de una o ambas, considere que existe posibilidad cierta de llegar a un acuerdo conciliado⁷⁷.
- Reunirse privadamente con las partes por separado, lo cual no es un acto oculto o a espaldas de la otra, sino la interrupción de la audiencia común, para en privado (sin presencia momentánea de la otra parte) reunirse con

⁷⁶ **FRANCO J. Oscar.** *La Mediación, un eficaz medio alternativo de resolución de conflictos.* En “XXVI Jornadas ‘J.M Domínguez Escovar’. Los medios alternativos de resolución de conflictos”. 2001. Barquisimeto: Industrias Gráficas Monserrat. Págs. 234-235

⁷⁷ La LOPT prevé un lapso máximo de 4 meses para la verificación de las gestiones conciliatorias en la audiencia preliminar (art. 136).

cada una, por algunos minutos a los fines de formular planteamientos o interrogantes que puedan facilitar un entendimiento.

- Informar a las partes sobre la existencia de criterios doctrinarios o jurisprudenciales que puedan resultar pertinentes a la controversia y que sirvan de orientación para conocer su situación;
- Interrogar informalmente a las partes, verificando cuestionamientos para que ellas mismas comprendan la debilidad de sus posiciones, o piensen en soluciones alternas para solucionar el conflicto, tales como por ejemplo: ¿de que medios de pruebas cursantes en autos entiende usted que puede surgir convicción sobre x punto?; ¿si usted pretende x, ello no se podría cumplir de otra manera?;
- Informar a las partes de las consecuencias nefastas de una solución adversa, en especial en aquellos casos en que la resolución judicial se concretaría en un “todo o nada” para las partes.
- Esbozar soluciones similares dadas a casos análogos, concertados previamente en el mismo tribunal o en otros órganos judiciales.

IV.2.- Las partes y los apoderados

Así como el juez debe ser formado y concientizado en y para sus funciones como conciliador, y al igual que se pregona la necesaria capacitación de los abogados para el proceso oral por audiencias, se requiere que estos mismos abogados entiendan, acepten y sepan manejarse dentro de los mecanismos y trámites de conciliación, en tanto que *“enfocar la controversia como un proceso donde lo fundamental es restablecer y mantener el diálogo cambia el paradigma al que está sometido normalmente el abogado tradicional.(...)”*⁷⁸. En la conciliación extraprocésal se considera incluso la participación del abogado como obstáculo en la conciliación, por lo que se propone que los mismos no deben o tienen por qué participar en todo el proceso de mediación, atribuyendo a aquellos la creación de una atmósfera controversial o ambiente de conflicto, así como la circunstancia de que se *“robarían el show”* de manera que los clientes tendrían poca posibilidad de participar, concluyendo que si se deja que los abogados

⁷⁸ CARRILLO, Marcos. *Ob. Cit.* Pág. 178.

participen, “ellos transformarían el caso en un procedimiento conflictivo, aumentando los costos, exacerbando la animosidad y disminuyendo la voluntad de las partes de alcanzar un acuerdo”⁷⁹. Esta posición, aunque extrema, lamentablemente puede que no se aleje mucho de la realidad.

Dentro del proceso jurisdiccional, obviamente los abogados están llamados y son los primeros llamados a participar en el proceso conciliatorio en representación de sus patrocinados, empero, deben asumir una actitud más abierta al diálogo, aceptar los llamados al trámite de conciliación y las prolongaciones, aún cuando consideren que pueden ser infructuosos, comparecer a las audiencias, e incluso aceptar y atender el llamado que el juez haga directamente para la comparecencia personal del cliente o representado.

Adicionalmente, deben los abogados prepararse en el arte de la negociación, aprendiendo a tener objetividad en el conocimiento de las fortalezas y necesidades del caso, y especialmente a oír a sus propios clientes, quienes en fase conciliatoria, y como parte directamente interesada (y preocupada), pueden tener una perspectiva negocial diferente, pero acertada o conveniente.

Entre estos aspectos, puede constituir punto controversial, la posibilidad de que el juez exija conversar en privado con alguna de las partes o con ambas, sin presencia de sus apoderados, como ocurre comúnmente en los procesos de familia (actos conciliatorios de divorcio y procesos que involucren niños y adolescente). Consideramos que si bien dicha actuación puede ser proclive a la negociación, la misma resulta a todas luces impropia, pues la asistencia técnica (defensa formal) es un aspecto connatural al debido proceso, por lo que si bien el juez puede dirigirse directamente a las partes, no debería en ningún caso excluir la presencia de sus apoderados.

Por último, debemos destacar la tremenda diferencia entre las partes del proceso contencioso administrativo, donde la Administración es exclusivamente orgánica, moral o jurídica, siempre representada por “funcionarios” o representantes judiciales, en tanto que la otra, por lo general, es un particular que aún siendo persona jurídica será representada por “alguien” con interés directo en el asunto, lo cual genera una seria desigualdad en la forma y óptica para enfrentar el

⁷⁹HOET LINARES, Franklin. *Ob. Cit.* Págs. 208-209.

proceso y el trámite de conciliación. Obviamente las visiones con que acuden los representantes de esas partes pueden ser radicalmente distintas, no solo en cuanto a su posición en el proceso, sino especialmente, en cuanto a la “necesidad” de resolver el problema y la posibilidad de realizar concesiones, que de seguro será más marcada en el representante del particular y en el particular mismo, que en el funcionario que simplemente hace su trabajo de representar a un órgano u ente y que más bien puede estar temeroso de que su actuación pueda ser juzgada por otros funcionarios, inconscientes o ignorantes de los detalles del proceso de negociación que llevaron a concluir en la factibilidad y ventaja de un determinado acuerdo. Otro obstáculo que sólo podrá ser salvado en el tiempo, con la debida preparación y cambio de mentalidad, esta vez, de quienes rigen los destinos administrativos públicos.

V.- Conclusiones

La Constitución Nacional permite y proclama la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos dentro del llamado Sistema de Justicia, haciendo procedente la utilización de dichos mecanismos en cualesquiera procesos judiciales, constituyendo ésta la regla, y su exclusión o limitación, la excepción. De tal concepción no escapan los procesos contencioso-administrativos, antes por el contrario, la Ley Orgánica de la Procuraduría de la República y la novel Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa expresamente reafirman la posibilidad de utilización de la mediación, conciliación, transacción e incluso del arbitraje, para la resolución alternativa de las controversias que involucren a la Administración.

Abierta las puertas para poner en práctica los referidos mecanismos, y encomendadas al juez contencioso las gestiones conciliatorias, queda ahora por delante un largo camino de adaptación y aprendizaje, para adquirir, formular, reglamentar e implementar, el trámite efectivo y eficaz de las audiencias y gestiones conciliatorias, lo que seguro pasará por la proposición de fórmulas técnicas y empíricas, por criterios y aportes doctrinarios y jurisprudenciales, y posiblemente por la necesaria creación de reglas legales para su regulación. Queda propuesto el debate.