

**EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL Y LAS LIMITACIONES, DE DERECHO INTERNO,
PARA LA EJECUCIÓN DE LOS FALLOS DE CONDENA AL PAGO DE SUMAS DE DINERO
DICTADOS CONTRA LA REPÚBLICA DE VENEZUELA**

Juicio crítico sobre los privilegios y prerrogativas procesales de la Nación a la luz de los
Tratados Bilaterales de Inversión (BITS)

José Antonio Muci Borjas
Profesor de Derecho Administrativo en la
Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, Venezuela

I.- Introducción

1. La ley venezolana le reconoce una serie de privilegios y prerrogativas a la República cuando ésta es llevada a juicio¹. Esos privilegios y prerrogativas, exorbitantes del Derecho común, constituyen excepciones -de orden público- al principio general conforme al cual las partes de un proceso judicial se hallan en un plano de igualdad.
2. Algunas de esas ventajas o beneficios procesales guardan relación con la sustanciación de la controversia, esto es, con la fase cognoscitiva del juicio o proceso. Así, cuando la República obra en juicio como parte demandada no puede producirse la confesión ficta prevista por los artículos 347 y 362 del Código de Procedimiento Civil, porque si los representantes de la Nación no asisten al acto de la contestación de la demanda, ésta siempre ha de entenderse como contradicha en todas y cada una de sus partes. Contra los bienes, derechos, rentas o acciones de la República, además, no puede decretarse medida preventiva alguna. Derogando el principio conforme al cual la parte demandada, una vez citada, se encuentra a Derecho, y, por tanto, no hacen falta ulteriores

¹ En propósito, consúltense LEPERVANCHE PARPACÉN, RENÉ, “Privilegios del Fisco en el Derecho venezolano”, *Revista de Hacienda*, Tomo X, N° 19, Caracas, 1945, y NEHER ÁLVAREZ, JORGE ANDRÉS, “Privilegios y prerrogativas de la Administración en el contencioso-administrativo”, en *Liber Amicorum, Homenaje a la obra científica y docente del Profesor José Muci-Abraham*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, pp. 419 y ss.

notificaciones, la ley venezolana dispone que cualquier sentencia dictada en un proceso en el que la República sea parte debe serle formalmente notificada a ésta, por órgano de la Procuraduría General de la República. Vale la pena destacar también que los fallos contrarios a la pretensión, excepción o defensa que hubiere hecho valer la República en juicio deben ser necesaria y obligatoriamente consultados al Tribunal Superior competente.

Otros privilegios y prerrogativas guardan relación con la ejecución de lo decidido por el juez (nacional) competente. En concreto, la ley dispone que contra los bienes, derechos, rentas o acciones de la República no puede decretarse ninguna medida ejecutiva, puesto que está prohibido trabar ejecución contra bienes concretos. Más aún, los fallos definitivos de condena dictados contra de la República deben ser “ejecutados” de acuerdo a un procedimiento especial que, digámoslo desde ya, dista mucho de ser expedito; un procedimiento especial que, por tanto, conspira contra el derecho de la parte favorecida por la sentencia a recibir tutela judicial *efectiva*, esto es, amparo o protección judicial *idóneos*.

Complementariamente, la ley establece que la República no puede ser condenada al pago de las costas procesales.

3. En este breve ensayo centraremos nuestra atención en el procedimiento (judicial) para la ejecución de los fallos definitivos de condena al pago de sumas de dinero dictados contra la República², porque de lo que se trata es de evaluar ese lento procedimiento especial, esa ventaja o beneficio exorbitante del Derecho común, que concluye con el pago de lo adeudado, a la luz del Derecho Administrativo Global y, en concreto, de los

² Sobre el tema de la ejecución de sentencias en Venezuela puede consultarse AYALA CORAO, CARLOS, “La ejecución de sentencias contencioso-administrativas”, y MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, “La ejecución, según el Derecho venezolano, de los fallos dictados por los jueces contencioso-administrativos”, publicados, ambos, en *I Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, coedición de la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo y la Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, pp. 511 y ss. y 551 y ss., respectivamente.

compromisos que para la República se derivan de los Tratados Bilaterales de Inversión (BITS)-³.

II.- La ejecución de los fallos de condena contra la República. Consideraciones generales.

1. El derecho a recibir protección o tutela judicial, entendido aquí como derecho fundamental, supone o exige, no puede caber duda al respecto, el cabal cumplimiento de la orden o mandato contenido en la sentencia. Por consiguiente, bien puede afirmarse que el derecho a la ejecución coactiva de la sentencia constituye uno de los elementos sustanciales de aludido derecho. Si el ordenamiento jurídico, frente al incumplimiento del fallo por el vencido, no le permite al demandante-ganancioso exigir la ejecución forzosa del fallo judicial favorable, el derecho a la tutela judicial se desdibuja, se desnaturaliza, porque pierde uno de sus atributos básicos o esenciales, esto es, uno de los elementos que define o que distingue al derecho a la tutela judicial, porque es elemento consustancial, propio de su naturaleza.

En palabras del Tribunal Constitucional español, “...el derecho a la tutela judicial efectiva... no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia..., ni se limita a garantizar un resolución de fondo fundada, si concurren todos los requisitos procesales. Exige también *que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado*, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellos comportan a favor de alguna de las partes en meras declaraciones

³ Sobre el Derecho Administrativo Global véase BATTINI, STEFANO, “*Amministrazioni senza Stato. Profili di Diritto Amministrativo Internazionale*”, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2003, KINGSBURY, BENEDICT, KRISCH, NIKO y STEWART, RICHARD B., “The emergence of Global Administrative Law”, en *Law and Contemporary Problems Vol. 68*, Summer & Autumn 2005, Nos. 3 & 4, Duke University School of Law, pp. 15 y ss., CASSESE, SABINO, *Oltre lo Stato*, Editori Laterza, prima edizione, Roma, 2006, CASSESE, SABINO, “*La Globalización Jurídica*”, Instituto de Administración Pública-Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2006, y MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITS)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007.

de intenciones”⁴. Cabe citar igualmente la sentencia dictada por ese Tribunal el 28 de enero de 1.991, conforme a la cual “una de las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) es el derecho a que se *respeten y ejecuten* las resoluciones judiciales firmes *en sus propios términos*, pues sin él la tutela judicial se vería reducida a producir decisiones puramente declarativas que no ampararían los intereses de quienes la imperasen. Ejecución en sus propios términos, pues la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales es también un valor jurídico consustancial a una tutela judicial efectiva”⁵.

Los conceptos manejados por la jurisprudencia comparada también han sido utilizados *-mutatis mutandis-* por la Corte Suprema de Justicia venezolana, para quien “...en el derecho constitucional de acceso a la justicia, no sólo se comprende la acción, como el derecho subjetivo público y autónomo de acudir a los Tribunales, sino también el de lograr la ejecución de los fallos que éstos dicten”⁶. Dicho en otros términos:

1.1 El Estado, primero que nada, se halla obligado a permitir el acceso a los tribunales de justicia. Así lo establece el artículo 26 de la Constitución venezolana, a tenor del cual las personas, sean naturales o jurídicas, tienen “...derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses...”;

1.2 El Estado, además, debe garantizar que el proceso concluya, precisa el artículo 26 de la Constitución, con una decisión de fondo fundada en Derecho, esto es, con una decisión conforme a Derecho; y,

1.3 El Estado, finalmente, está obligado a *asegurar que se cumpla* -cabal y oportunamente- *lo decidido* por el tribunal, porque cuando el vencido no acata voluntariamente el fallo judicial y no existe la posibilidad de constreñirlo a que cumpla con prontitud lo ordenado por el juez, no hay reparación, no hay justicia. Es

⁴ En RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales, Doctrina Jurisprudencial*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1.995, p. 292. Consúltese también a GONZALEZ PEREZ, JESÚS, *El derecho a tutela jurisdiccional*, segunda edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1.989, p. 227.

⁵ GUI MORI, TOMÁS; *Jurisprudencia Constitucional 1981-1991, Estudio y Reseña Completa de las Sentencias del Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1.992, p. 186.

⁶ Sala Político-Administrativa, Sentencia N° 6.810, del 22 de noviembre de 1.990, caso *Parque Nacional “Mochima”*, en *Revista de Derecho Público*, número 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1.990, p. 170 y ss.

precisamente por ello que el artículo 26 de la Constitución agrega que la *justicia*, incluso en la fase de ejecución de lo decidido, ha de impartirse de manera *expedita*. Es precisamente por ello que el artículo 21 del Código de Procedimiento Civil venezolano dispone -he aquí el régimen general en materia de ejecución- que “los jueces cumplirán y harán cumplir las sentencias, autos y decretos dictados en ejercicio de sus atribuciones legales, haciendo uso de la fuerza pública, si fuere necesario”, y que “para el mejor cumplimiento de sus funciones, las demás autoridades de la República prestarán a los Jueces toda la colaboración que éstos requieran”.

2. No obstante lo expuesto, el derecho a la ejecución de los fallos que condenan a la República al pago de sumas de dinero se encuentra *limitado*, mejor dicho, *fuertemente condicionado*. Y para comprender a cabalidad las razones que justifican tales limitaciones permítasenos una breve digresión, que guarda relación con la ejecución de las sentencias pronunciadas contra la Administración Pública nacional *-id est*, contra la República-. En el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, esto es, de la justicia administrativa, el ordenamiento jurídico tradicionalmente le ha reconocido a los particulares una tutela jurídica *menos intensa -menos acabada-* que aquella que el propio ordenamiento le reconoce a los particulares en sus relaciones con sus pares, y a la base de esa concepción de una tutela jurídica *pobre* cuando los particulares se enfrentan en juicio a la Administración Pública se encuentran diversos postulados, de los que, por razones de espacio, sólo quisiéramos destacar tres:

2.1 En primer lugar, razones históricas justificaron que en el siglo XVIII se le prohibiera a los jueces ordinarios franceses “perturbar de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos”. La ejecución de las decisiones contencioso-administrativas le fue encomendada a la propia Administración Pública, pues los revolucionarios franceses entendían que la ejecución de tales decisiones sólo podía ser llevada a efecto mediante actuaciones “materialmente administrativas”, incompatibles con el principio de separación de poderes⁷. En síntesis, por razones

⁷ BELTRÁN DE FELIPE, MIGUEL, *El Poder de Sustitución en la Ejecución de las Sentencias Condenatorias de la Administración*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 23.

históricas al juez contencioso-administrativo le ha estado vedado sustituir o reemplazar a la Administración. Sin embargo, en el Derecho venezolano el “principio de separación (absoluta) de poderes” es, hoy por hoy, un concepto superado, que ha sido reemplazado por el “principio constitucional de división del poder”, y, por ello, al obrar con base en las diversas funciones estatales -cuyo ejercicio no es ni exclusivo ni excluyente- los distintos órganos que ejercen el Poder Público se hallan en el deber de colaborar entre sí para el logro de sus fines. En otras palabras, desde el punto de vista organizativo hoy en día *no existe óbice* alguno que le impida al juez con competencia en lo contencioso-administrativo *ejecutar forzosamente sus propias decisiones*, para así obtener el “restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa” al cual alude el artículo 259 de la Constitución venezolana.

2.2 En segundo término, esa tutela jurídica *pobre* es producto de la situación de supremacía que la ley le ha reconocido a la Administración frente a los ciudadanos, habida consideración que aquélla se ocupa de los intereses de la colectividad. Por su condición de tutora del interés general o colectivo, en caso de que se produzca un conflicto entre el interés general por ella tutelado y el interés individual de un particular, el interés singular del individuo, en nuestro caso, del actor-ganancioso, debe subordinarse -debe, *rectius*, ser “sacrificado” en mayor o menor medida- a la superior jerarquía o entidad del interés del grupo. No obstante lo dicho, conviene acotar que la doctrina más calificada ha procedido a revisar el principio de supremacía o preponderancia del interés general sobre el interés individual, y que producto de esa revisión ha sostenido que cuando al “interés general” se contraponen un “derecho fundamental” -como serían, a título de ejemplo, el derecho a la tutela judicial o el derecho de propiedad-, aquél, por la naturaleza de las cosas, no puede privar -se halla en la incapacidad de prevalecer- sobre éste. En propósito, cabe citar a Don Eduardo García De Enterría, para quien si el ciudadano “...es titular de derechos fundamentales, por más que con ellos se intenten hacer valer meros intereses particulares, la invocación ritual del interés general contrario no servirá

absolutamente para nada, pues éstos deben ceder a la primacía de aquéllos. Ha concluido, pues, la invocación ritual de los intereses generales como sinónimo de superiores...»⁸.

2.3 Finalmente, para garantizar la tutela cabal del interés general la ley debe asegurar la buena marcha *-il buon andamento-* de la Administración. Para garantizar la prestación regular y continua de los servicios públicos y demás actividades de interés general, la ley le habría confiado la ejecución de los fallos a la propia Administración, en la creencia de que ésta, en su doble condición de tutora del interés general y de prestataria de tales servicios y actividades, es la única que puede determinar cómo -es decir, en qué medida- puede dar cumplimiento al mandamiento del fallo sin que se ponga en peligro la regular y permanente prestación de los servicios y actividades encomendados a la Administración Pública. Empero, en el marco del Estado constitucional de Derecho, esta circunstancia hay que destacarla, no puede concebirse que haya actos u omisiones administrativos -en este caso, los que guardan relación con la ejecución de lo decidido por el juez- exentos de control y revisión judicial.

3. Los postulados que justificaron la tutela judicial *pobre* brindada al particular que enfrenta en juicio a la República *-id est*, a su Administración- deben ser revisados. Deben serlo porque sólo puede hablarse de jurisdicción, esto es, de poder -de verdadero poder público- para sentenciar y hacer ejecutar lo juzgado, si el vencedor en un proceso puede exigir el cumplimiento del fallo en sus propios términos, si puede en última instancia demandar la ejecución forzosa de la sentencia. Si la ejecución de los fallos queda librada a la buena voluntad de los funcionarios estatales, los privilegios y prerrogativas judiciales creados por la ley pueden terminar *anulando*, haciendo *nugatorio*, el derecho del demandante reconocido por la decisión judicial⁹. Si la ejecución de los fallos queda

⁸ GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO, “Los ciudadanos y la Administración: Nuevas tendencias en el Derecho español”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 59, Civitas S.A., Madrid, 1988, p. 332.

⁹ El Tribunal Supremo de Justicia ha sostenido que los privilegios y prerrogativas procesales crean una “desigualdad legítima”, pero que esa desigualdad, permitida por la Constitución, no puede hacer nugatorio (no puede, esto es, frustrar o burlar) el derecho del demandante (Sala Constitucional, Sentencia 1.104, del 23 de mayo de 2006, en *Revista de Derecho Público N° 106*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 141 y ss.).

librada a la buena voluntad de los funcionarios estatales, la obligación impuesta a la República a través de la sentencia pudiera llegar a transformarse -a convertirse- en una obligación “natural” (*obligatio naturalis*), en una obligación total y completamente incoercible¹⁰, en mero deber moral en palabras de Pothier¹¹. De admitirse que la ejecución de los fallos judiciales -y, por tanto, el respeto y acatamiento de la norma de Derecho individual creada por el juez para decidir, con fuerza cosa juzgada, la controversia que fue sometida a su consideración- puede quedar librada a la voluntad unilateral de la Administración, a su buena voluntad, tendría que admitirse que el “principio de legalidad” que informa y condiciona el Estado de Derecho constitucional cuenta con una odiosa, con una inadmisibles excepción. El interés en el respeto de la “ley” -entendida en sentido *lato*, para que incluso comprenda las normas particulares contenidas en las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada- es, a un mismo tiempo, interés del individuo y del grupo social, pues de lo contrario se socava o pone en peligro la vigencia misma del Estado constitucional de Derecho.

Los postulados, decíamos, deben ser revisados, porque el derecho a la ejecución de los fallos judiciales es uno de los *atributos esenciales* del derecho fundamental a la tutela judicial garantizado por el Artículo 26 de la Constitución venezolana. En otras palabras, el derecho a la ejecución de las sentencias forma parte del *contenido esencial* -del *núcleo duro*- del derecho fundamental y, consecuentemente, el derecho a la ejecución no puede ser *alterado, desvirtuado o desnaturalizado* por la regulación que de él haga el legislador, puesto que habida consideración de su condición de derecho fundamental, constituye *barrera infranqueable* incluso para la ley.

III.- La jurisprudencia anterior al Decreto-Ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República del 2001.

1. Comencemos por destacar que la ejecución de los fallos contencioso-administrativos no plantea inconvenientes dignos de mención cuando lo que se exige es el cumplimiento forzoso de la resolución judicial que obra *en contra de un particular*, “...pues éstos no

¹⁰ GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO, “Prólogo”, en BELTRÁN DE FELIPE, MIGUEL, *op. cit.*, p. 17.

¹¹ MOSCATI, ENRICO, “Obbligazioni naturali”, en *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXIX, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1979, p. 354.

gozan de privilegios ni de prerrogativas procesales”¹². Y es que el problema de la ejecución surge en toda su dimensión cuando en dichos fallos se condena a la República. Por ser ilustrativo, vale la pena destacar que en oportunidades la jurisprudencia ha interpretado -erradamente sin duda- que en nuestro ordenamiento jurídico la ejecución forzosa de los fallos contencioso-administrativos compete o incumbe a la propia Administración Pública vencida en juicio. Según nuestros jueces:

“...esta Corte no puede dejar de advertir la problemática inherente al cumplimiento de las sentencias que dictan los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuya *ejecución* está *confiada a los propios órganos de la Administración Pública*, en atención al singular *status* de que goza ésta y que se proyecta a través del proceso mismo y también en la fase previa a éste, [y] dista mucho de haber completado su evolución y de ofrecer soluciones que preserven el sistema de garantías del administrado que la vía jurisdiccional supone. La situación se agrava ante la ausencia de una legislación específica en materia contencioso-administrativa que instrumente adecuadamente la facultad del Tribunal Contencioso Administrativo para ejecutar sus sentencias utilizando, incluso, como agente ejecutor al propio órgano administrativo, autor del acto recurrido. La dificultad se acrecienta ante los *privilegios y prerrogativas* que el ordenamiento en vigencia reconoce a la Administración Pública que mediatizan la aplicación de las normas que en el proceso ordinario regulan esta materia (Código de Procedimiento Civil, Artículo 446 y siguientes).

No facilita la Ley al Juez Contencioso-Administrativo la aplicación de medidas dirigidas a evitar que en último término la Administración eluda el cumplimiento cabal de las sentencias que él dicta, de allí que, aparte de la previsión que consagra el Artículo 174 de la ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia para sancionar con *multa* a los funcionarios que estando obligados a hacerlo, ‘no acataren sus órdenes ni le suministraren oportunamente las informaciones, datos o

¹² Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 7 de Octubre de 1.993, asunto *Carlos Roberto Russo Gasparini*, publicada en *Jurisprudencia de los Tribunales de Última Instancia*, número 10, Repertorio Mensual de Jurisprudencia, Oscar Pierre Tapia, Caracas, 1993, p. 198.

expedientes que solicitare de ellos, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar’, sólo parece viable acudir, por el interesado, a la *técnica de la responsabilidad patrimonial, exigible en un proceso ulterior*”¹³.

2. El criterio jurisprudencial citado contrasta con la postura que había sido previamente defendida por la Corte Suprema de Justicia, conforme a la cual la ejecución del fallo dictado en sede contencioso-administrativa no queda librada al arbitrio de la Administración, “...puesto que *reserva* el legislador al *juez* de lo contencioso... la *última palabra* acerca de lo que considere como más adecuado y racional a los fines de la *ejecución* del fallo, una vez oídas las partes o en ausencia de sus opiniones y examinadas y ponderadas todas las circunstancias del caso”¹⁴. En idéntico sentido, cabe citar otra decisión de la Corte Suprema de Justicia, conforme a la cual:

“... de acuerdo a lo contemplado en el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil, la orden de ejecución consiste en la fijación de un lapso... para que el deudor efectúe el cumplimiento voluntario, transcurrido el cual, sin que se hubiere dado tal cumplimiento, se procederá la ejecución forzada... En otras palabras, que dicho lapso se establece bajo la amenaza de proceder al embargo de bienes de la propiedad del deudor para su posterior remate...

Ahora bien, en el caso de ejecución de sentencias en contra de los entes del Estado, las anteriores reglas están modificadas por la *prerrogativa procesal* de la inembargabilidad de sus bienes... y por el llamado principio de la legalidad presupuestaria... Según el primero de tales principios, no es posible decretar embargos, sino que por el contrario, los jueces deben limitarse a notificar al Procurador General de la República, para que se fijen, por quien corresponda, los términos en que ha de cumplirse lo sentenciado. Y de acuerdo al segundo de [tales]... principios... cuando se trate de compromisos originados en sentencia

¹³ Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia del 27 de Noviembre de 1986, publicada en *Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo*, Repertorio Mensual de Jurisprudencia, N° 29, Oscar Pierre Tapia, Caracas, 1986, pp. 90 y 91.

¹⁴ Sala Político-Administrativa, Sentencia del 11 de julio de 1983, asunto *Horacio Morales Longart*, publicada en *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Repertorio Mensual de la Jurisprudencia, N° 7, Oscar Pierre Tapia, Caracas, 1983; pp. 27 y 28.

judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, [las deudas] se pagarán con cargo a la partida del presupuesto que para tales fines se prevea para cada ejercicio. En otras palabras, que *en realidad es la propia Administración la que ejecuta sus sentencias* y no el Poder Judicial, *lo que podría dar lugar a que tales sentencias resulten ineficaces en la práctica*, a pesar de que se haya seguido previamente todo un proceso. Por ello, la Sala entiende que en el *derecho* constitucional del acceso a la justicia, no sólo se comprende la acción como el derecho subjetivo público y autónomo de acudir a los Tribunales, sino también el de *lograr la ejecución de los fallos que éstos dicten...*, derechos éstos que a esta Corte, como órgano del Poder Judicial, corresponden garantizar... Poderes éstos que esta Sala ha proclamado en diversas sentencias en las cuales se han dictado condenas contra la Administración Pública...

Por tanto, aún respetando los anteriores principios, *la Sala no puede dejar de ejercer su plena potestad jurisdiccional, garantizando la ejecución de sus fallos, como un modo de garantizar el derecho a la justicia...*¹⁵.

3. Ahora bien, comoquiera que la ley no contemplaba ningún procedimiento judicial, de obligatorio cumplimiento, para la ejecución de los fallos judiciales que condenasen a la República al pago de sumas de dinero, con el objeto de evitar que la ejecución quedase librada a la sola voluntad de la Administración demandada los tribunales recurrieron a la analogía a fin de dejar sentado que tales fallos debían ejecutarse de acuerdo a los trámites previstos en el Artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, hoy en día derogada¹⁶. La norma legal citada establecía cuanto sigue:

“Artículo 104.- Cuando el Municipio... resultare condenado en juicio, el tribunal encargado de ejecutar la sentencia lo comunicará al Alcalde, quien dentro del término señalado por el tribunal, deberá proponer al Concejo o Cabildo la forma y

¹⁵ Sala Político-Administrativa, Auto del 9 de Mayo de 1991, asunto *Servicios Técnicos Sanitarios Municipales, C.A.*, publicado en *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Repertorio Mensual de Jurisprudencia, N° 5, Oscar Pierre Tapia, Caracas, 1991, pp. 150 y 151.

¹⁶ Entre otros, Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia del 7 de Octubre de 1993, asunto *Carlos Roberto Russo Gasparini*, publicado en *Jurisprudencia de los Tribunales de Última Instancia*, Repertorio Mensual de Jurisprudencia, N° 10, Oscar Pierre Tapia, Caracas, 1993, p. 198.

oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia. El interesado, previa notificación, aprobará o rechazará la proposición del Alcalde, y en este último caso, el Tribunal fijará otro plazo para presentar una nueva proposición. Si ésta tampoco fuere aprobada por el interesado o el Municipio no hubiere presentado alguna, el Tribunal determinará la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado por la sentencia, según los procedimientos siguientes: 1° Si se trata de cantidades de dinero, el Tribunal, a petición de parte interesada, ordenará que se incluya el monto a pagar en la partida respectiva en el próximo o próximos presupuestos, a cuyo efecto enviará al Alcalde copia certificada de lo actuado. El monto que se ordene pagar se cargará a una partida presupuestaria no imputable a programas.

El monto anual de dicha partida no excederá del cinco por ciento (5%) de los ingresos ordinarios del presupuesto del Municipio o Distrito.

Cuando la orden del Tribunal no fuere cumplida o la partida prevista no fuere ejecutada, el Tribunal, a instancia de parte, ejecutará la sentencia conforme al procedimiento ordinario pautado en el Código de Procedimiento Civil...”.

4. La aplicación analógica del artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal *autorizaba*, por la remisión que dicha norma en su parte final hacía al Código de Procedimiento Civil, la *ejecución forzosa* de la sentencia. En este sentido cabe destacar que con base en esa norma la Corte Suprema de Justicia sostuvo que la sentencia podía ser ejecutada “...conforme al procedimiento ordinario pautado en el Código de Procedimiento Civil...”, y que a tales efectos la Corte podía librar “...*mandamiento de ejecución* a cualquier juez de la República *para la ejecución forzada*”¹⁷.

¹⁷ Sala Político-Administrativa, Sentencia del 21 de noviembre de 1996, asunto *Instituto Nacional de Hipódromos (INH)*. El criterio sentado en el aludido fallo fue ratificado pocos días después por la propia Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 28 de noviembre de 1996, asunto *Plásticos El Guárico, C.A. v. Corpoindustria*. Las dos decisiones judiciales citadas pueden ser consultadas en ORTIZ ÁLVAREZ, LUIS, *Jurisprudencia de Responsabilidad Extracontractual del Estado (1961-1997)*, coedición de la Editorial Jurídica Venezolana (FUNEDA) y la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1997, pp. 1.011 a 1.014, ambas inclusive.

IV. El Decreto-Ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República del 2001.

1. La laguna o vacío normativo que dio pie a la aplicación analógica del artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal para la ejecución de sentencias de condena dictadas contra de la República fue colmado a través del Decreto-Ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (en lo adelante, por causa de brevedad, el “Decreto-Ley”), cuyos artículos 85 y 86 establecen un singular o especial procedimiento de ejecución de sentencias, que cabría resumir en los siguientes términos:

1.1 La sentencia que condena a la República al pago de sumas de dinero debe serle notificada al Procurador General de la República y éste, tras las consultas de rigor, debe informarle al Tribunal, dentro de los sesenta días siguientes a dicha notificación, cuál será la *forma y oportunidad* de la *ejecución*.

1.2 El demandante-ganancioso puede aprobar o rechazar la proposición que se le haga. De ser rechazada la proposición formulada por la República, el Tribunal debe concederle al Procurador General de la República un nuevo plazo, para que éste presente una segunda propuesta.

1.3 Si la República no presenta una nueva propuesta, o si dicha propuesta es también rechazada por el acreedor, incumbe al Tribunal “determinar” la forma y oportunidad en que ha de darse cumplimiento a lo ordenado por la sentencia, en el entendido, empero, que si en la sentencia lo que se manda o dispuso es el pago de sumas de dinero, el Tribunal debe simplemente ordenar, no tiene alternativa, “...que se incluya el monto a pagar en la partida respectiva de los próximos dos ejercicios presupuestarios...”¹⁸.

2. Una detenida lectura de las normas legales mencionadas *supra* permite observar cuanto sigue:

2.1 Primero que nada, el Decreto-Ley le concede a la República un lapso de sesenta (60) días para la ejecución voluntaria. Ese largo lapso contrasta con el de diez (10)

¹⁸ *Supra*, nota a pie de página número 8. El Tribunal Supremo de Justicia ha precisado cada una de esas cuotas debe representar “...la mitad de la suma total” (Sala Político-Administrativa, Sentencia número 172, de fecha 14 de febrero de 2008, asunto *Banco del Caribe, C.A., Banco Universal v. Centro Simón Bolívar*).

días que -como máximo- concedía la Corte por aplicación del Código de Procedimiento Civil¹⁹. Contrasta, además, con el lapso de diez días concedido a los Municipios por la Ley Orgánica del Poder Público Municipal²⁰. Y, por añadidura, a ese lapso inicial de sesenta días (60) puede seguir otro, un segundo, si el actor-ganancioso rechaza la primera propuesta de cumplimiento elaborada por la Administración.

2.2 En segundo lugar, cuando no hay acuerdo entre las partes procesales, porque las propuestas de la República vencida en juicio fueron rechazadas, el monto de la condena debe necesariamente dividirse o fragmentarse en dos partes, a los fines de que lo mandado por la sentencia sea saldado con partidas previstas o contempladas en los dos presupuestos siguientes a la orden de ejecución dictada por el juez.

Como si no bastara lo ya dicho, debe subrayarse que los tiempos requeridos para la ejecución son aún más largos cuando el actor demanda la entrega de unos bienes específicos y el Tribunal, so pretexto de que tales bienes están afectados a un uso público, ordena sustituir el cumplimiento en especie por el pago por equivalente, porque en estos casos el *quantum* de la condena debe ser determinado en fase de ejecución mediante una experticia complementaria del fallo²¹.

La *benigna* regulación de los artículos 85 y 86 del Decreto-Ley para el cumplimiento del fallo que condena al pago de sumas de dinero contrasta con la contemplada por la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que permitía incluir el monto total de la condena en el presupuesto inmediatamente siguiente, esto es, en un único presupuesto²²; y contrasta, además, con el artículo 158 de la vigente Ley Orgánica del Poder Público Municipal, a tenor del cual la condena puede ser incluso saldada con cargo al "...presupuesto vigente..." cuando en éste "...exista provisión de fondos...". El *retroceso* o *involución* en materia de ejecución de sentencias es más que evidente. Esa *benigna* regulación luce además *incompatible* con el principio de diligencia

¹⁹ *Supra*, nota a pie de página número 23.

²⁰ Gaceta Oficial N° 38.421, del 21 de abril de 2006.

²¹ *Supra*, nota a pie de página N° 8.

²² En propósito, Sala Político-Administrativa, Sentencia número 6033, de fecha 27 de octubre de 2005, caso *Asfaltos El Morro, C.A. v. Municipio Los Guayos del Estado Carabobo*.

debida, esto es, con el deber (legal) de la Administración *-rectius*, del Estado- a no posponer el cumplimiento de lo sentenciado más allá de lo estrictamente necesario²³. La benigna regulación procesal, perjudicial para los derechos del actor-ganancioso, contrasta, finalmente, con los mucho más breves procedimientos o regímenes de ejecución del Derecho comparado²⁴.

Complementariamente, luce pertinente destacar que la especial regulación en materia de ejecución fue elaborada por el Poder Ejecutivo Nacional, y que de acuerdo a la mentada regulación es al propio Poder Ejecutivo a quien también incumbe ejecutar lo sentenciado. Estamos, pues, frente a un traje que el Poder Ejecutivo se hizo a su medida.

2.3 Desdiciendo el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia en el distante 1983, por obra de la entrada en vigencia del Decreto-Ley el juez ha dejado de tener "...la última palabra acerca de lo que considere como más adecuado y racional a los fines de la ejecución del fallo..."²⁵. De hecho, la norma legal que sólo autoriza al juez para dividir en dos el monto de la condena, a los efectos de que se incluyan esas fracciones "...en la partida respectiva de los próximos dos ejercicios presupuestarios...", le impide al tribunal ponderar, en fase de ejecución, "...todas las circunstancias del caso"²⁶. Al juez venezolano el Decreto-Ley, la verdad sea dicha, lo ha atado de pies y de manos para que en materia de ejecución prácticamente *nada*

²³ Sala Político-Administrativa, Sentencia número 1671, de fecha 18 de julio de 2000, asunto *Félix Enrique Páez v. Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV)*.

²⁴ PAREJO ALFONSO, LUCIANO, "La ejecución de las sentencias del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en el Derecho español", en *I Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, coedición de la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) y la Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, p. 499, y CANCELADO RUIZ, INGRID, "La tutela judicial efectiva y la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración Pública a la luz de la Constitución de 1999", *Revista de Derecho Constitucional*, N° 4, Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 88 y 95.

²⁵ Sala Político-Administrativa, Sentencia número 144, del 11 de julio de 1983, asunto *Horacio Morales Longart*, publicada en *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Repertorio Mensual de la Jurisprudencia, N° 7, Oscar Pierre Tapia, Caracas, 1983, pp. 27 y 28.

²⁶ *Ibid.* Para "justificar" el diferimiento del pago de la condena el Tribunal Supremo de Justicia se ha conformado con sostener, sin mayor análisis previo, que habida consideración que el monto que la parte perdedora debe pagar "...es una suma considerable de dinero...", el "inmediato cumplimiento afectaría el normal funcionamiento..." del ente estatal vencido en juicio (Sala Político-Administrativa, Sentencia número 172, de fecha 14 de febrero de 2008, asunto *Banco del Caribe, C.A., Banco Universal v. Centro Simón Bolívar*).

puede hacer. Nadamos contra la corriente: A diferencia de otros sistemas de Derecho comparado, en los que el Derecho Procesal ordinario y el Derecho Procesal administrativo tienden a converger, y en lo que, por consiguiente, los poderes del juez tienden a ampliarse, toda vez que se reconoce que el Derecho procesal administrativo halla *al servicio del ciudadano*, en el Derecho venezolano, al menos en lo tocante a la ejecución de las sentencias, tales poderes van en franco retroceso, y prueba de ello es el mayor distanciamiento existente entre la regulación que comentamos y aquella que disciplina al juez ordinario²⁷.

2.4 A diferencia de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, cuyo artículo 104 establecía que “cuando la orden del Tribunal no fuere cumplida o la partida prevista no fuere ejecutada, el Tribunal, a instancia de parte, ejecutará la sentencia conforme al procedimiento ordinario pautado en el Código de Procedimiento Civil...”, en el Decreto-Ley no se hace remisión alguna al procedimiento ordinario de ejecución previsto por el Código de Procedimiento Civil. El incumplimiento de la orden dictada para que se incluya el monto de la condena en los dos presupuestos siguientes -y otro tanto cabe decir respecto de la falta de ejecución de la partida incluida en el presupuesto en ejecución de la sentencia- no tiene la consecuencia jurídica que el artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal contemplaba. Esa patente -y grave- omisión *pareciera excluir* la posibilidad de ejecutar forzosamente los fallos de condena en contra de la voluntad de la República, en los términos previstos por el Código de Procedimiento Civil. Y es que la omisión contrasta, además, con la más severa regulación del artículo 158 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, derogatoria de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, según la cual el Tribunal, de mediar incumplimiento, “...ejecutará la sentencia conforme al procedimiento previsto en el Código de Procedimiento Civil para la ejecución de sentencias de condena sobre cantidades líquidas de dinero”. Desde este punto de vista el Decreto-Ley se aparta también de cuanto disponía el artículo 46 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública

²⁷ FROMONT, MICHEL, "La justice administrative en Europe. Convergences", en CHAPUS, RENE, *Mélanges. Droit administratif*, Montchrestien, Paris, 1992, pp.204 y ss.

Nacional, que cumplidas ciertas condiciones adjetivas o procesales autorizaba al juez *in extremis* para ejecutar forzosamente la sentencia que condenaba a la República al pago de una suma de dinero²⁸.

3. De acuerdo al Decreto-Ley y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, la *ejecución* de los fallos que condenan a la República al pago de sumas de dinero *escapa* del *control* del juez venezolano. La ejecución escapa a su control porque el Decreto-Ley le impuso la rígida forma en que lo sentenciado debe ser pagado, y porque al juez, por tanto, le está vedado tomar en consideración las circunstancias particulares del proceso en el que se produjo la condena. Frente a *la parte condenada en juicio que, vaya contrasentido, está llamada por la ley a ejecutar ella misma su propia condena*, el juez natural de la controversia es un invitado de piedra, pues de acuerdo al Decreto-Ley es impotente para tomar medidas de coacción que aseguren la satisfacción -efectiva- de la obligación prevista en la sentencia. El juez es cualquier cosa menos un *decision-maker*, y por causa de la desnaturalización de sus funciones deja de ser el garante del *even-handed treatment* al cual el particular tiene derecho. Y no obstante la grosera invasión por el Ejecutivo de las funciones y competencias judiciales, contraria, por la naturaleza de las cosas, al “principio de división del poder”, los jueces venezolanos no han ejercido el poder que los autoriza para desaplicar las normas contrarias a la Constitución²⁹.

4. Una reflexión complementaria: El Decreto-Ley fue expedido por el Ejecutivo Nacional *sin cumplir* con el *procedimiento previo* previsto por la Ley Orgánica de la Administración Pública³⁰. Sus normas fueron elaboradas por la organización llamada a

²⁸ *Supra*, nota a pie de página número 4.

²⁹ Sobre el control difuso de la constitucionalidad, véase BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *El control de constitucionalidad de los actos estatales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1977, HARO, JOSÉ VICENTE, “El sentido y alcance del control difuso de la constitucionalidad”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 4, enero-julio de 2001, Editorial Sherwood, Caracas, 2001, y MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, *El abuso de la forma societaria. El levantamiento del velo corporativo*, Editorial Sherwood, Caracas, 2005, pp. 55 y ss.

³⁰ Gaceta Oficial N° 37.305, del 17 de Octubre de 2001. Véase MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, “El ejercicio de la función administrativa por la Administración Pública venezolana”, en *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público (1980-2005)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 785 y ss.

cumplir lo sentenciado *sin consulta previa* y, por vía de consecuencia, en abierta infracción del *principio de transparencia*³¹.

V.- La jurisprudencia posterior al Decreto-Ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República del 2001.

1. Comencemos por destacar que la jurisprudencia ha venido dejando sentado que con posterioridad a la fecha de la condena no pueden hacerse ajustes *-ningún ajuste-* a la cantidad que la República debe saldar por el hecho de haber sido vencida en juicio.

1.1 En propósito, cabe invocar en primer término la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia conforme a la cual una vez determinada la cantidad que debe ser pagada, incluyendo los intereses de mora hasta la fecha de publicación del fallo definitivo, no resulta procedente "...acordar posteriores indemnizaciones por mora en el pago, ya que al tratarse de una demanda contra la República debe cumplirse con el *procedimiento especial para la ejecución* de las sentencias...", por "...*el transcurso del tiempo en la fase de ejecución*" no puede exigirse "...*pago por intereses...*"³². En la decisión judicial apenas citada, el criterio jurisprudencial se tradujo en la *congelación* del monto de la condena por un período superior a los veintinueve (29) meses. Durante ese largo tiempo, es eso y no otra cosa lo que afirmó el más alto Tribunal de la República, la acreencia del actor-ganancioso ningún fruto civil produjo. El anterior, esta advertencia debe hacerse, no es un precedente judicial aislado, porque en otro asunto el Tribunal Supremo de Justicia arribó a idéntica conclusión: La obligación al pago de una suma de dinero determinada mediante fallo del 8 de noviembre de 2006, pagadera con cargo a los presupuestos de 2008 y 2009, ningún fruto podía producir entre el 8 de noviembre de 2006 y la fecha de su pago³³. De acuerdo a esta última decisión, Para el Tribunal Supremo de Justicia, he aquí todo un despropósito, un verdadero sinsentido, el actor-ganancioso, ganancioso sólo en el

³¹ MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITS)*, op. cit., pp. 152 y ss.

³² Sala Político-Administrativa, Sentencia N° 2.697, del 29 de noviembre de 2006, asunto *David Antonio Castillo v. República*.

³³ Sala Político-Administrativa, Sentencia N° 1.001, de fecha 13 de junio de 2007, asunto *Consorcio Técnico de ingeniería, Coteinca, C.A. v. Centro Simón Bolívar*.

papel, debe *soportar* indemnemente la *pérdida del valor de su acreencia*, producto de su irrazonable congelación mientras la República realiza los interminables trámites para el pago que el Decreto-Ley prevé.

1.2 En propósito, cabe invocar también -si bien *mutatis mutandis*- la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en la que se afirma que el monto de la condena no puede ser indexado, esto es, ajustado por inflación, pues los entes públicos, en el caso de la especie, los municipios, no tienen ingresos para ser condenado por este concepto³⁴.

1.3 Y como si lo ya dicho no bastara, debemos subrayar ahora que la corrección o ajuste monetario que quepa realizar para actualizar *hasta la fecha del fallo* -y no hasta la fecha del pago- la cantidad expresada en la demanda, debe necesariamente hacerse con base en el artículo 87 del Decreto-Ley, que textualmente reza así: “En los juicios en que sea parte la República, la *corrección monetaria* debe ser fijada sobre la base del *promedio* de la *tasa pasiva anual* de los seis (6) primeros bancos comerciales del país”. ¿Qué relevancia tiene esa norma? La respuesta la brinda la *data* oficial suministrada por el Banco Central de Venezuela: La tasa de interés que los seis primeros bancos del país pagaron entre 2002 y 2007, ambos inclusive, por los depósitos o colocaciones a noventa (90) días, ha sido siempre *inferior a la inflación* registrada en el país³⁵. Por consiguiente, el tiempo que demanda la sustanciación de la causa se traduce en la pérdida de valor (cierta) de lo reclamado.

En síntesis, para la República condenada en juicio al pago de sumas de dinero no existen incentivos para el pago -pronto, diligente- de lo adeudado, porque a la República la demora en el pago no le irroga perjuicios económicos. El Decreto-Ley y jurisprudencia venezolanas, si algo crean, son incentivos para la “mora”, para el velado desconocimiento

³⁴ Sala Constitucional, Sentencia N° 1.869, de fecha 15 de octubre de 2007, asunto *Municipio Bolívar del Estado Anzoátegui v. República*, ratificada pocos días después por la propia Sala Constitucional mediante Sentencia N° 2000 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 26 de octubre de 2007, asunto *Municipio Tucupita del Estado Delta Amacuro v. República*.

³⁵ Con índices de inflación del 22,50% (2007), 17,00% (2006), 14,40% (2005), 19,20% (2004), 27,10% (2003) y 31,20% (2002), durante esos años la tasa pasiva anual de los seis primeros bancos ha sido de 10,89% (2007), 10,20% (2006), 11,74% (2005), 12,93% (2004), 17,58% (2003) y 28,29% (2002).

del derecho del vencedor en juicio, para el encubierto desacato del mandamiento judicial que no es ejecutado “en sus propios términos”.

2. Los criterios jurisprudenciales que niegan el derecho a la corrección del monto de la condena y, por tanto, la *congelan* en el tiempo, *no pueden ser reconciliados* con la tesis, defendida por el Tribunal Supremo de Justicia, conforme a la cual “...las prerrogativas [procesales de la República] *no constituyen un impedimento para el ejercicio del derecho a la justicia y a la tutela judicial efectiva*, que se vería materializado, en este caso, con la ejecución de la sentencia...”³⁶. No pueden ser reconciliados, decíamos, porque entre la realidad, o sea, los graves daños derivados de la congelación de la condena, y la declaración de principios del Tribunal Supremo de Justicia, media un insalvable abismo. Y otro tanto cabe decir, a título de ejemplo, de las gravosas consecuencias que se derivan de la norma del Decreto-Ley que autoriza la corrección monetaria hasta la fecha del fallo, de acuerdo a un parámetro que a lo largo del tiempo ha sido notable o sustancialmente inferior a la inflación.

3. En el pasado el Tribunal Supremo de Justicia ha ordenado indexar, con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) publicado por el Banco Central de Venezuela, las sumas a cuyo pago fue condenado el particular vencido en juicio³⁷. Según el Tribunal, esa indexación -favorable a un ente público- debía practicarse “...desde la fecha en que se originaron las respectivas obligaciones... *hasta la fecha del efectivo pago de la cantidad...*” adeudada por el particular al Banco Central de Venezuela. Invocamos este fallo porque el Banco Central de Venezuela *goza*, así lo ha dejado sentado la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, *de los privilegios y prerrogativas de la República*³⁸, y porque de cuanto ha sido observado se derivan consecuencias dignas de mención, a saber:

³⁶ Sala Constitucional, Sentencia número 2.935, de fecha 28 de noviembre de 2002, asunto *Instituto Autónomo de Salud del Estado Apure*.

³⁷ Tribunal Retasador del Juzgado de Sustanciación de la Sala Político-Administrativa, Sentencia número 883 del 28 de noviembre de 2006, asunto *Aerovías Nacionales de Colombia, S.A. (Avianca) v. Banco Central de Venezuela*.

³⁸ El Banco satisface los dos extremos exigidos en el asunto *Consortio Técnico de Ingeniería, Conteinca, C.A. v. Centro Simón Bolívar, C.A.* (*supra*, nota a pie de página número 41), para dispensarle los privilegios y prerrogativas del Fisco a un ente público no territorial, porque, primero, es una sociedad cuyo capital

3.1 Primero, que la indexación de lo adeudado al Banco ha de realizarse *con base en el (históricamente mayor) Índice de Precios al Consumidor (IPC)* que periódicamente publica el Banco Central de Venezuela, y no con base en la (históricamente menor) tasa de interés pasiva de los seis primeros bancos comerciales del país³⁹, que es lo que puede reclamar el particular que venció a la República en juicio.

3.2 Segundo, que lo adeudado al Banco se ajusta *hasta que el pago se produzca*, y no hasta la fecha del fallo definitivo, como ocurre con los fallos desfavorables a la República.

Con este modo de proceder el Tribunal Supremo de Justicia pareciera consagrar lo que bien podría denominarse la *ley del embudo*: Lo ancho es siempre para el Estado -el Estado venezolano, no sólo el Banco Central de Venezuela, porque ¿existen acaso razones que permitan desconocerle a la República un trato dispar, menos favorable, que el brindado por el Tribunal Supremo de Justicia al Instituto emisor, teniendo, como en efecto tiene aquélla, los mismos privilegios?-, mientras que lo angosto, lo estrecho, es, en cambio, para el particular. Las *asimetrías* o *desigualdades* entre los derechos de las partes procesales por el (preferencial) trato dispensado al Banco Central de Venezuela -y, por vía de extensión, ¿por qué no?, a los demás entes públicos con privilegios y prerrogativas procesales- son *irrazonables*, y, por consiguiente, la *iniquidad* resultante es lisa y llanamente grosera.

4. El Tribunal Supremo de Justicia ha entendido que puede recurrirse a la ejecución forzosa prevista en el Código de Procedimiento Civil cuando el condenado en juicio es un municipio. En estos casos el Tribunal ha admitido el recurso a la ejecución forzosa ordinaria por la remisión -la *expresa remisión normativa*- que el artículo 158 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal hace al procedimiento de ejecución previsto en el Código de Procedimiento Civil. En palabras de la Sala Constitucional del Tribunal

pertenece en su totalidad a la República, y, segundo, por mandato de ley se encuentra obligado a someterse a la normativa presupuestaria.

³⁹ *Supra*, nota a pie de página número 41.

Supremo de Justicia⁴⁰, comoquiera que los bienes del Municipio pueden ser objeto de embargo en los casos previstos por la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, en virtud de la remisión al ordenamiento procesal a los efectos de la ejecución de los fallos “...existe la posibilidad de embargar [ciertos] bienes [municipales], en razón... de que la prerrogativa contenida en el artículo 158 no puede convertirse en la negación de los derechos de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva...”.

A diferencia de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, el Decreto-Ley establece tajantemente que los bienes, rentas, derechos o acciones que formen parte del patrimonio de la República no pueden ser sometidos a ninguna medida ejecutiva. No hay excepciones. Más aún, a diferencia de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, el Decreto-Ley no remite al Código de Procedimiento Civil a los efectos de la ejecución de los fallos de condena dictados en contra de la República. Por *argumentum a contrario*, en sus decisiones el Tribunal Supremo de Justicia pareciera insinuar que la República *jamás ni nunca* puede ser embargada, lo que, parafraseando al más alto Tribunal⁴¹, a fin de cuentas se traduce en la negación del derecho fundamental a la justicia.

5. Una reflexión final: En la hipótesis, negada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, de que se pudiera trabar ejecución contra bienes específicos propiedad de la República -de que se pudiera, esto es, practicar el embargo ejecutivo de uno de sus bienes-, ésta podría poner fin a la ejecución forzosa del fallo dando “muestras” -basta *muestras*, o sea, *señales*, meros *indicios*- de su intención de cumplir lo sentenciado. En propósito cabe invocar, *mutatis mutandis*, el criterio sostenido por el Tribunal Supremo de Justicia, para quien comoquiera que “...a lo largo del procedimiento de ejecución de la sentencia definitivamente firme...” el municipio demandado “...dio muestras de cumplir con el fallo...”, porque se pagó el cuatro como ochenta y uno por ciento (4,81%) de lo adeudado y en el presupuesto municipal se incluyó una partida por el saldo, en ese caso no procedía la ejecución forzosa -la

⁴⁰ Sala Constitucional, Sentencia número 1.869, de fecha 15 de octubre de 2007, asunto *Municipio Bolívar del Estado Anzoátegui v. República*.

⁴¹ *Ibid.*

ejecución coactiva- de lo sentenciado⁴². A diferencia del procedimiento (ordinario) de ejecución regulado por el Código de Procedimiento Civil, que sólo puede suspenderse cuando el vencido acredita haber cumplido íntegramente la sentencia⁴³, para suspender o detener la ejecución de un fallo dictado contra un ente público -en este caso, un Municipio- bastaría dar *muestras* de que se hacen esfuerzos por cumplir lo sentenciado.

VI.- El régimen de Derecho interno para la ejecución de los fallos de condena contra la República y su incompatibilidad con los Tratados Bilaterales de Inversión (BITS).

1. A la luz de las circunstancias reseñadas en el capítulo que antecede, el procedimiento (especial) para la ejecución “forzosa” de sentencias de condena al pago de sumas de dinero contemplado por el Decreto-Ley luce *injusto*. Injusto, primero que nada, porque las normas que lo disciplinan fueron diseñadas sin consulta y sin procedimiento previos. Injusto porque, por su duración, por su lento decurso, luce *inadecuado* para brindar tutela judicial efectiva. Injusto porque el procedimiento, por su defectuoso o imperfecto diseño, constituye un obstáculo para el *adecuado funcionamiento* de los órganos de administración de justicia y, por ende, impide al demandante-ganancioso obtener con prontitud *satisfacción plena*. Y es que, a nuestro entender, de *recta aplicación de la justicia* no puede hablarse si a quien ya venció en el proceso se le obliga a esperar *durante años* por el pago de la acreencia prevista en la sentencia, esto es, por la *reparación* -la *definitiva y efectiva* reparación- del *perjuicio* ya constatado en virtud de decisión judicial definitivamente firme.

Otro tanto cabe decir de los irrazonables criterios que los tribunales venezolanos han venido sentando en materia de ejecución forzosa de los fallos de condena al pago de sumas de dinero dictados contra de la República. Luce *manifiestamente injusto* que a pesar de la larga espera -la *interminable* espera- que se le impone al particular que venció en juicio para ver satisfecha su acreencia contra la República, no se le reconozca al

⁴² Sala Constitucional, Sentencia N° 3.290, de fecha 31 de octubre de 2005, asunto *Municipio Manuel Plácido Maneiro del Estado Nueva Esparta v. República*. Vale la pena destacar que para el momento en que esa Sentencia fue dictada (finales de 2005), no constaba aún el expediente judicial que la partida incluida en el Presupuesto de 2003 para saldar la obligación derivada de la sentencia 2002 hubiere sido efectivamente ejecutada.

⁴³ Artículo 532, ordinal 2°, del Código de Procedimiento Civil.

demandante- ganancioso el derecho al ajuste o corrección de la acreencia, esto es, a su indexación para compensar los efectos de la inflación y a los intereses del crédito declarado con fuerza de verdad legal por la sentencia. En estos casos el pago de *lo nominalmente adeudado* en lugar de *lo realmente debido*, porque lo que en justicia se adeuda es el principal *con los ajustes o correcciones* a los cuales hubiere lugar por causa de las demoras, tardanzas o dilaciones que impone procedimiento de ejecución contemplado en el Decreto-Ley, constituye una injusticia, una situación contra natura. En virtud de los *odiosos criterios* que los tribunales venezolanos han venido sentando, luce *obvia* la violación al derecho a la justicia, a una *justicia capaz de reponer al actor-ganancioso en su derecho*, pues el remedio judicial no es efectivo, dista mucho de ser idóneo⁴⁴. Luce obvia, además, la violación del derecho fundamental de propiedad privada⁴⁵ -*id est*, del derecho al respeto de la inversión extranjera protegida-, porque la *congelación* de la obligación cuyo pago ordena la sentencia *esteriliza* por completo el derecho de crédito formalmente declarado por el juez y garantizado por el Derecho.

Procedimiento y criterios judiciales constituyen graves o serios obstáculos al derecho a la tutela judicial efectiva, porque no se reparan los daños de manera íntegra, así como, por vía de consecuencia, al derecho al disfrute de la propiedad -*id est*, de la inversión extranjera protegida-.

2. Si el demandante-ganancioso califica como inversionista a la luz de los Tratados Bilateral de Inversión (BITS) suscritos por Venezuela, el procedimiento (judicial) del Decreto-Ley para la ejecución de los fallos de condena al pago de una suma de dinero dictados contra la República y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia no pueden ser reconciliados con la obligación de *tratamiento justo y equitativo* prevista en tales Tratados. El procedimiento y los precedentes judiciales constituyen, en efecto, *medidas estatales arbitrarias*.

⁴⁴ Véase MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, “Los Poderes del Juez Administrativo. Tutela judicial efectiva y control integral de la actividad administrativa”, en *Estudios de Derecho. Derecho Público y Procesal. Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 Aniversario*, Tomo III, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 235 y ss.

⁴⁵ ORREGO Vicuña, Francisco, *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society. Constitutionalization, Accesibility, Privatization*, Hans Lauterpacht Memorial Lectures (2001), Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2004, p. 53.

Son arbitrarias todas aquellas medidas estatales que no pueden ser reconciliadas con el principio de racionalidad o razonabilidad en el ejercicio del Poder Público⁴⁶. Para constatar si las medidas adoptadas por un Estado son racionales, racionales desde un punto de vista sustantivo (“racionalidad sustantiva”), pueden emplearse al menos tres tipos de exámenes, evaluaciones o *tests*. En primer lugar, la prueba o *test* de idoneidad. En este examen lo que se trata es de determinar si la medida estatal es idónea para alcanzar el fin que declara perseguir; si entre los medios empleados y el fin perseguido por la autoridad estatal existe una relación racional. Este *test*, también denominado juicio de adecuación, porque procura determinar si el acto puede alcanzar el fin que justificó su expedición, permite controlar la manifiesta desproporción entre la medida y el fin perseguido⁴⁷. En segundo término, la prueba o *test* de necesidad. En este segundo caso de lo que se trata es de determinar si la medida estatal es necesaria -valga la redundancia- para alcanzar el objetivo perseguido, o, dicho de otro modo, si existen otros medios menos costosos que permitan alcanzar el mismo objetivo. Para superar con éxito el juicio de necesidad, el acto “...debe ser la medida menos lesiva para los intereses particulares de cuantas pudo elegir...” la autoridad⁴⁸. Salta a la vista, pues, que aquí se produce un juicio comparativo con las otras medidas alternativas, menos gravosas, que pudieron

⁴⁶ ORTINO, FEDERICO, *From 'non-discrimination' to 'reasonableness': a paradigm shift in international economic law?*, Jean Monnet Working Paper 01/05, 2004, en <http://www.jeanmonnetprogram.org>, p. 33 y ss. Sobre el tema de la racionalidad puede consultarse LÓPEZ GONZÁLEZ, JOSÉ IGNACIO, *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Ediciones del Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, N° 52, Sevilla, 1988, VIPIANA, PIERA MARIA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel Diritto Pubblico*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 1993, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1994, y, ALONSO MAS, MARÍA JOSÉ, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

⁴⁷ SARMIENTO RAMÍREZ ESCUDERO, DANIEL, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 317 y 318.

⁴⁸ SARMIENTO RAMÍREZ ESCUDERO, DANIEL, *op. cit.*, pp. 334. Cabe citar -*mutatis mutandis*- el fallo dictado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano el 11 de junio de 2000 (asunto *Jesús Rendón Carrillo*), según el cual al momento de restringir derechos fundamentales, incluida la propiedad privada, “...el legislador... debe acudir al principio de la proporcionalidad entre los medios empleados y los fines que se persigue, debiendo ser las medidas impuestas necesarias para fomentar o realizar el objetivo enunciado en ellas, esto es, que no sean posibles otras medidas que representen para el ciudadano una carga menor -principio de intervención mínima del Estado- para garantizar los bienes constitucionales en conflicto”.

haber sido adoptadas. Finalmente, la prueba o *test* de proporcionalidad en sentido estricto. En este último tipo de examen, el más intenso o incisivo de los tres, de lo que se trata es de determinar si la medida estatal produce un impacto excesivo o desproporcionado sobre los intereses del particular. En otras palabras, si los costos de la medida exceden sus beneficios⁴⁹.

Las “medidas” tanto legislativas como judiciales a las cuales hemos hecho referencia son, lo decíamos antes, irracionales o irrazonables, porque no superan ninguno de los *tests* mencionados anteriormente. En efecto:

2.1 Los medios empleados, aludimos a la anulación de los poderes para ejecutar lo decidido son desproporcionados, porque el juez, por mandato del Decreto-Ley, debe ignorar -hacer caso omiso a- las particularidades de la controversia sometida a su conocimiento y sólo puede ordenar el pago de la deuda en los rígidos términos

⁴⁹ ORTINO, FEDERICO, *From 'non-discrimination' to 'reasonableness': a paradigm shift in international economic law?*, *op. cit.*, p. 33 y ss. Permítasenos observar que el Tribunal Constitucional Federal alemán “...ha derivado diferentes principios jurídicos generales que resultan de la tradición jurídica alemana y de la lógica misma de la noción de Estado de Derecho. Entre estos principios se encuentra el Principio de Proporcionalidad que, a través de diferentes manifestaciones, impone al Estado un ejercicio moderado de su poder. Así, por ejemplo, la ‘adecuación entre los medios y el fin’, o la elección del ‘medio más idóneo’ o de la ‘menor restricción posible’ del bien o Derecho protegido por el Ordenamiento, o finalmente de la ‘justa medida’; a través de todas estas expresiones, el principio de proporcionalidad representa una cierta concretización de la idea de justicia, tanto en el ejercicio de los derechos como en la imposición de deberes y de cargas, de equilibrio de intereses contrapuestos... en la línea de su menor perjuicio posible” (LÓPEZ GONZÁLEZ, JOSÉ IGNACIO, *op. cit.*, p. 41).

En *James v. United Kingdom* se sostuvo: “Una medida que priva a una persona de su propiedad no sólo debe perseguir, en los hechos y también conceptualmente, una finalidad legítima ‘en interés del público’, debe también existir una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se procura lograr” (“Not only must a measure depriving a person of his property pursue, on the facts as well as in principle, a legitimate aim ‘in the public interest’, but there must also be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized”) (*James v. United Kingdom*, E.C.H.R., Series A, No. 98, 8 E.H.C.R. 123 (1986), citado por CURTIS, JR., JEROME J., “Comparison of the Regulatory Takings under the United States Constitution and the European Convention on Human Rights”, en *European Law Review*, Volume 14, Sweet & Maxwell, London, 1989, p. 78).

En este mismo orden de ideas, en el asunto *Hauer* el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se planteó la cuestión de “en qué medida los límites que imponen las normas que se enjuician responden efectivamente a los fines de interés general que persigue la Comunidad o si, por el contrario, desde la perspectiva de la finalidad que se pretende alcanzar, representan una intervención desproporcionada e inaceptable sobre las facultades dominicales, que viola el contenido esencial del derecho de propiedad”. (TJCE, Sentencia del 13 de diciembre de 1979 -Hauer, asunto 44/79- Rep. 1979, en KRÖGER, DETLEF, “La propiedad privada como derecho fundamental en la Unión Europea”, en *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad, La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y Comparado*, obra coordinada por BARNÉS, JAVIER, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1995, p. 104).

predeterminados por el Decreto-Ley -dos cuotas pagaderas únicamente contra dos presupuestos anuales sucesivos-. En lugar de esa pudieron haberse tomado otras medidas estatales, menos gravosas para los derechos fundamentales del inversionista extranjero protegido por los BITS suscritos por Venezuela.

2.2 Los medios empleados, aludimos a la congelación o esterilización del crédito reconocido por la sentencia, no son necesarios, *exempli gratia*, para asegurar la continuidad de los servicios públicos.

2.3 Los medios empleados, finalmente, son irrazonables porque producen un impacto excesivo e inadmisibles sobre los derechos del inversionista. Piénsese nuevamente en la congelación de la deuda.

Así las cosas, las “medidas”, insistimos en la idea, no pueden ser reconciliadas con el trato justo y equitativo, *concepto jurídico indeterminado* garantizado bajo diversas fórmulas por los BITS⁵⁰.

Del *trato justo y equitativo* se ocupa, por ejemplo, el artículo 2.1 del Tratado entre la República de Venezuela y la República Federal de Alemania para la promoción y protección recíproca de inversiones⁵¹, en virtud del cual Venezuela se comprometió a tratar las inversiones alemanas “...justa y equitativamente, según las reglas y principios generalmente reconocidos por el Derecho Internacional”. También el artículo 3° del Acuerdo entre la República de Venezuela y la República de Costa Rica para la promoción y protección recíproca de inversiones⁵², conforme al cual Venezuela, “...de conformidad con las normas y criterios del derecho internacional, dará a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante un tratamiento justo y equitativo...” y, en consecuencia, “...se abstendrá de obstaculizar con medidas arbitrarias o discriminatorias su mantenimiento, gestión, utilización, disfrute, ampliación, venta o liquidación”. En análogo sentido cabe citar, sólo un ejemplo adicional, el artículo 3 del Acuerdo entre el

⁵⁰ Sobre los conceptos jurídicos indeterminados véase GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, pp. 455 y ss. Asimismo el Laudo que resolvió la controversia *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P v. Argentine Republic*: “The Tribunal notes that... fair and equitable treatment is a standard none too clear and precise” (ICSID Case No. ARB/01/3, Award, May 22nd, 2007, § 256).

⁵¹ Gaceta Oficial N° 36.383, del 28 de enero de 1998.

⁵² *Ibid.*

Gobierno de la República de Venezuela y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa para la promoción y protección recíproca de inversiones⁵³, que establece, por una parte, que “todas las inversiones, directas o indirectas, efectuadas por los inversores de una de las Partes Contratantes gozan en el territorio de la otra Parte Contratante de un *trato justo y equitativo* conforme al derecho internacional” (ordinal 1º), y por la otra, que “salvo por las medidas que sean necesarias para el mantenimiento del orden público, dichas inversiones gozarán de una protección constante, que excluya toda medida arbitraria o discriminatoria que pueda obstaculizar, de hecho o de derecho, su administración, su mantenimiento, su utilización, su disfrute o su liquidación” (numeral 2º).

3. Desde otra perspectiva puede afirmarse que las medidas estatales analizadas *supra* constituyen un claro supuesto de *denegación de justicia*, esto es, de desconocimiento del derecho a una justicia de fondo o sustantiva -por oposición a la meramente formal-, única capaz de reponer al actor en su derecho. De acuerdo a la decisión que resolvió el asunto *Robert Azinian et al v. United States of Mexico*, “se puede alegar denegación de justicia si el tribunal competente... administra justicia de manera claramente inadecuada...”⁵⁴. Y es que se vulnera el derecho al juicio justo o *fair trial* al que se alude en *The Loewen Group, Inc. et al v. United States of America*⁵⁵, si lo adeudado en virtud del fallo judicial no es honrado con prontitud y el actor-ganancioso carece de medios o recursos procesales eficientes para que se le dé -para que se le pague- lo que es suyo.

De la *denegación de justicia* se ocupa de manera expresa el primer aparte del artículo 9º del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Oriental del Uruguay para la promoción y protección recíproca de inversiones, que establece: “El inversor que haya optado por someter la controversia a los tribunales de la Parte Contratante no podrá luego recurrir al arbitraje, a menos que se produzca una *denegación de justicia* según las normas y criterios del Derecho Internacional”⁵⁶. En todo

⁵³ Gaceta Oficial N° 37.357, del 4 de enero de 2002.

⁵⁴ ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, November 1st, 1999, § 102 y 103, citado en *Waste Management Inc. v. United States of Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, April 30th, 2004, nota a pie de página número 84.

⁵⁵ ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, June 26th, 2003, § 123.

⁵⁶ Gaceta Oficial N° 36.519, del 18 de agosto de 1998.

caso, al margen de esa norma expresa, también conviene acotar aquí que la jurisprudencia internacional ha dejado claramente sentado que en el deber de brindar trato justo y equitativo -*supra*, Capítulo V, numeral 2.- se incluye la prohibición de denegar justicia⁵⁷.

4. Comoquiera que la *congelación* de la obligación cuyo pago ordena la sentencia *esteriliza* por completo el derecho de crédito declarado por la sentencia y garantizado por el Derecho, porque lo torna en un *bien improductivo*, el procedimiento judicial contemplado por el Decreto-Ley y los criterios jurisprudenciales sentados por el Tribunal Supremo de Justicia constituyen una *expropiación de facto* o de hecho (*Indirect Taking*), esto es, una velada o encubierta apropiación por el Estado -sin justa compensación- de la inversión extranjera protegida. Por la falta de (justa) compensación, esas medidas *en su esencia expropiatorias* infringen, un ejemplo, el artículo 6 del Convenio para el estímulo y protección recíproca de las inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos que obliga al Estado a indemnizar por toda medida "...que tuviere un efecto equivalente a la expropiación o nacionalización..."⁵⁸. Frente al inversionista protegido infringen, sólo un ejemplo más, el artículo 6 del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y la Confederación Suiza, a tenor del cual el Estado no puede tomar "...directa o indirectamente medida alguna de expropiación o nacionalización ni ninguna otra medida que tuviese la misma naturaleza o efecto..."⁵⁹.

Estimamos pertinente observar que en el asunto *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. The Republic of Costa Rica* el Tribunal arbitral afirmó que "existen fundamentos suficientes para afirmar que una propiedad ha sido expropiada cuando el

Parafraseando a Salomoni, vale la pena observar que los BITS, *bilaterales en cuanto a su forma*, son o terminan siendo *multilaterales en cuanto a sus efectos*, pues por causa de la cláusula de la nación más favorecida (MFN) -*rectius*, del inversionista más favorecido- que cada uno de ellos contiene, en realidad conforman una verdadera *red*, un sistema, cuyas previsiones terminan siendo generales -homogéneas- para todos los inversionistas extranjeros protegidos (SALOMONI, JORGE LUIS, "Los Tribunales Arbitrales Internacionales y el Contencioso Administrativo Argentino", en *El Derecho Público a los 100 Números de la Revista de Derecho Público 1980-2005*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 981.).

Sobre la *denegación de justicia* puede consultarse a PAULSSON, JAN, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, third printing, Cambridge (UK), 2006, p. 206.

⁵⁷ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, August 20th, 2007, § 7.4.11 ("...the standard is commonly understood to include a prohibition on denial of justice...").

⁵⁸ *Gaceta Oficial* N° 35.269, del 6 de agosto de 1993.

⁵⁹ *Gaceta Oficial* N° 4.801, del 1° de noviembre de 1994.

efecto de la medida adoptada por el Estado ha sido *privar* al propietario de su título, de su posesión o del *acceso al beneficio y uso económico* de su *propiedad...*”; que “en el Derecho Internacional una privación de propiedad puede producirse cuando el Estado interfiere con el uso de la propiedad o con el disfrute de sus beneficios, incluso en aquellos casos en que no se afecta el título sobre el bien”; y, que “la intención del gobierno es menos importante que los efectos de las medidas sobre el propietario, y las formas de las medidas de control o interferencia son menos importantes que su impacto real...”⁶⁰.

Los retrasos en el pago y la esterilización del crédito constituyen una expropiación de facto porque, a nuestro entender, no pueden reconciliarse con la regla en virtud de la cual la República debe pagar sus obligaciones de manera completa, pronta y adecuada (*full, prompt and adequate compensation*)⁶¹. De conformidad con esa regla (*Hull Clause*), aplicable a toda expropiación o medida estatal equivalente, la República se halla obligada a pagar en dinero -es, decir, en moneda corriente y libremente convertible- y sin

⁶⁰ *Compañía Del Desarrollo De Santa Elena, S.A. v. The Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. Arb/96/1, Final Award, February 17th, 2000, § 77. En el Laudo se afirma textualmente lo siguiente: “There is ample authority for the proposition that a property has been expropriated when the effect of the measures taken by the state has been to deprive the owner of title, possession or access to the benefit and economic use of his property: ‘A deprivation or taking of property may occur under international law through interference by a state in the use of that property or with the enjoyment of its benefits, even where legal title to the property is not affected. While assumption of control over property by a government does not automatically and immediately justify a conclusion that the property has been taken by the government, thus requiring compensation under international law, such a conclusion is warranted whenever events demonstrate that the owner was deprived of fundamental rights of ownership and it appears that this deprivation is not merely ephemeral. The intent of the government is less important than the effects of the measures on the owner, and the form of the measures of control or interference is less important than the reality of their impact.’ (*Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA*, Award No. 141-7-2 (June 22, 1984), reprinted in 6 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 219, 226 (1986), citing 8 Whiteman, Digest of International Law 1006-20; Christie, What Constitutes a Taking Under International Law? 38 Brit. Y.B. Int’l. Law 307 (1962); Cf. also the Mariposa Development Company case decided by the U.S.-Panama General Claims Commission (6 UNRIAA 390), where the tribunal observes that legislation may sometimes be of such a character that ‘...its mere enactment would destroy the marketability of private property, render it valueless and give rise forthwith to an international claim.’ (See also Claimant’s Closing Statement, pp. 13-14.)”. Véase también TURK, JEFFREY, “Compensation for ‘Measures Tantamount to Expropriation’ Under NAFTA: What it Means and Why it Matters”, *International Law & Management Review*, Spring 2005, Issue I.

⁶¹ El Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la promoción y la protección de inversiones establece, por ejemplo, que en caso de expropiación el Estado debe pagar “...una compensación pronta, adecuada y efectiva...” (artículo VII(1)). Consúltese a VAN HARTEN, GUS, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 91

dilaciones indebidas⁶². De conformidad con esa regla, para que el pago sea adecuado lo adeudado debe devengar, hasta la fecha del pago, intereses calculados a tasa de mercado (artículo 5.1 del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la promoción y protección de inversiones)⁶³. Con base en norma análoga, aquí nos adelantamos a lo que expondremos *infra* (Capítulo V, numeral 5.), en *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. República de Venezuela* se dejó sentado que las deudas derivadas del ilícito internacional -de la infracción, esto es, del BIT invocado por la actora- devengarían “...intereses hasta la fecha efectiva de pago”⁶⁴.

Si, como se decidió en el laudo que puso fin a la controversia *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, “la pérdida sufrida por el demandante es el estándar general comúnmente utilizado por el Derecho internacional cuando se trata de [medir los] perjuicios a la propiedad, lo que usualmente incluye el capital, la *pérdida de ganancias* y los gastos...”⁶⁵, en Derecho no puede existir justificación válida para que a la demora en el pago se sume la total *esterilización* del crédito. Al inversionista extranjero protegido le asiste el derecho a que se borren todas las consecuencias dañosas producidas por las medidas estatales ilegales⁶⁶.

5. El largo procedimiento previsto por el Decreto-Ley y los criterios sentados por el Tribunal Supremo de Justicia no pueden ser tampoco reconciliados con la jurisprudencia internacional, que ha reconocido, primero, que las deudas deben ser saldadas con prontitud, y, segundo, que los derechos de crédito del inversionista devengan intereses hasta la fecha de su pago definitivo. En efecto, en el laudo *Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España* al Estado vencido en juicio se le ordenó pagar “...dentro del plazo de 60

⁶² El Acuerdo entre la República de Venezuela y el Gobierno de la República de Belarús sobre promoción y protección recíproca de inversiones (Gaceta Oficial N° 38.894 del 24 de marzo de 2008) contiene una previsión digna de mención, porque obliga a pagar “la compensación... sin demora en la [misma] divisa en que la inversión se hizo” (artículo 4.2).

⁶³ *Gaceta Oficial* N° 36.010, del 30 de julio de 1996.

⁶⁴ CIADI, Asunto No. ARB/00/5, 23 de septiembre de 2003, Capítulo V.

⁶⁵ ICSID Case No. ARB/01/8, May 12th, 2005, § 402.

⁶⁶ *Factory at Chorzów, Merits*, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, p. 47, ratificado recientemente en *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, February 6th, 2007, § 352.

días contados desde la fecha del presente laudo...”, apercibiéndosele que una vez vencido dicho plazo la deuda comenzaría a devengar intereses⁶⁷. En sentido análogo se había pronunciado también el Tribunal que resolvió la controversia *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, para el que vencido el plazo de 45 días concedido al Estado-perdidoso para el pago de la condena, dicha suma “...o cualquier parte de ella que permanezca insoluta” devengaría intereses⁶⁸. Más recientemente, en *Siemens A.G. v. The Argentine Republic* se decidió que para saldar la obligación determinada por el Tribunal el Estado condenado en juicio contaba con un plazo de 30 días, contados a partir de la fecha de notificación del Laudo, y que vencido dicho lapso se causarían intereses⁶⁹. Como se observa, en todos y cada uno de esos laudos el lapso concedido al vencido para honrar voluntariamente la obligación determinada en la sentencia es notablemente menor -*sustancialmente inferior*- al contemplado por el Decreto-Ley, cuya imperfección a la luz del Derecho Administrativo Global es ostensible.

6. En adición a los Tratados Internacionales mencionados precedentemente, vale la pena invocar también la vigente Ley de Promoción y Protección de Inversiones venezolana⁷⁰, que establece que “las inversiones internacionales tendrán derecho a un trato justo y equitativo, conforme a las normas y criterios del derecho internacional y no serán objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias que obstaculicen su mantenimiento, gestión, utilización, disfrute, ampliación, venta o liquidación” (artículo 6°); que “sólo se realizarán expropiaciones de inversiones, o se aplicarán a éstas medidas de efecto equivalente a una expropiación... mediante una indemnización pronta, justa y adecuada”, y que dicha “...indemnización... incluirá el pago de intereses hasta el día efectivo del pago, calculados sobre la base de criterios comerciales usuales...” (artículo 11).

VII. Conclusiones

1. A la luz de las razones expuestas en los Capítulos precedentes, el Decreto-Ley y la jurisprudencia venezolana en materia de ejecución de fallos de condena al pago de sumas

⁶⁷ CIADI, Asunto No. ARB/97/7, 13 de noviembre de 2000, § 97.

⁶⁸ CIADI Asunto No. ARB(AF)/97/1, 30 de agosto de 2000, § 131.

⁶⁹ ICSID Case No. ARB/02/8, February 6th, 2007, § 403.

⁷⁰ Gaceta Extraordinaria N° 5.390, del 22 de octubre de 1999.

de dinero dictados contra la República lucen incompatibles con el Derecho Administrativo Global del cual los Tratados Bilaterales de Inversión (BITS) forman parte integrante. Lucen incompatibles, decíamos, porque contravienen la obligación de tratamiento justo y equitativo y vulneran los derechos a la justicia y propiedad privada del inversionista extranjero.

2. Tampoco puede ser reconciliada con el Derecho Administrativo Global la decisión, adoptada por la Administración Pública, de acogerse, en su condición de deudora de obligación cierta y determinada, al (*irrazonable*) beneficio del plazo concedido por el Decreto-Ley, porque ese modo de obrar, amén de violar la obligación de tratamiento justo y equitativo, vulnera los derechos a la justicia y propiedad privada del inversionista extranjero.

3.- La aplicación por el juez venezolano del procedimiento de ejecución de sentencias previsto en el Decreto-Ley y la jurisprudencia que en propósito ha venido siendo dictada, constituye *ilícitos* y habilitan a los tribunales arbitrales internacionales, a instancia del particular lesionado, para aplicar la ley infringida -el BIT violado- y restablecer el imperio del Derecho Administrativo Global.

3. Habida consideración de esta circunstancia, se impone una profunda revisión del procedimiento (judicial) de ejecución de los fallos de condena al pago de una suma de dinero dictados contra de la República, así como de los irrazonables criterios que los tribunales venezolanos han venido sentando en esta materia.

VIII. EPÍLOGO

Primer acto. A raíz de demanda propuesta por la sociedad mercantil Promociones Terra Cardón, C.A., el 27 de enero de 1994 la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia *condenó* a la República al *pago* de una *justa indemnización*. El monto de esa indemnización debía ser determinado mediante *experticia complementaria del fallo*, que fue consignada en el Expediente el 20 de marzo de 1997.

Segundo acto. A finales de 1997, en concreto, el día 6 de noviembre de 1997, la Sala Político-Administrativa le concedió a la República diez (10) días, para que le diese *cumplimiento voluntario* a la sentencia definitivamente firme, y por la falta de

cumplimiento voluntario de lo dispuesto en la sentencia, el 26 de marzo de 1998 la parte demandante solicitó la ejecución forzosa de lo decidido. El 13 de diciembre de 1998 la demandante reiteró su solicitud de ejecución forzosa.

Como la República incumplía lo sentenciado por la Corte Suprema de Justicia, en fecha 14 de diciembre de 2004 la demandante argumentó que el *quantum* de la condena debía ser ajustado. Afirmaban que, en justicia, la República debía saldar intereses y el capital debía además ser indexado. Mediante fallo de fecha 1° de noviembre de 2005, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia desestimó la solicitud, formulada por la actora, que tenía por objeto la corrección monetaria de la deuda y el pago de intereses *-confiscando de facto los derechos de la parte gananciosa*, que nada han producido en fase de ejecución-, y, adicionalmente, *por segunda vez* le concedió a la República un plazo, de diez (10) días, para el *cumplimiento voluntario* de lo decidido.

El 14 de noviembre de 2006 la Sala Político-Administrativa decretó *-finalmente-* la *ejecución forzosa* de la sentencia definitiva y, a tales efectos, le concedió a la República sesenta (60) días para que "...proponga la forma y oportunidad de dar cumplimiento al referido fallo".

Tercero *-¿y último?-* acto de la tragedia. El día 13 de junio de 2007 la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, "...administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley...", suena hueca la frase, ordenó "...la inclusión de sendas partidas...", cada una de ellas por suma equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la condena, en bolívares históricos, "...en los presupuestos correspondientes a los ejercicios económicos 2008 y 2009", aún pendientes de ejecución.

Es éste, hoy por hoy, el *status*, por demás lamentable, de la justicia contencioso-administrativa venezolana.

Caracas, 27 de abril de 2009.