

**COMENTARIOS SOBRE LA ACCION DEL TERCERO
CONTRACTUAL
PREVISTA EN EL ARTICULO 111
DE LA LEY ORGANICA
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

Hildegard Rondón de Sansó
Magistrada de la Corte Suprema de Justicia

SUMARIO

- I. ANOMALIA DE LA ACCION
- II. PRESUPUESTOS DE LA ACCION
 1. *Acción de nulidad.* 2. *Objeto: Contrato o convenciones celebrados por la Administración.* 3. *Legitimación activa.* 4. *Naturaleza de los vicios.*
- III. EXAMEN DE LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD
 1. *Inexistencia de prohibición legal.* 2. *Competencia del tribunal.* 3. *Supervivencia de la acción.* 4. *Legitimidad.* 5. *Incorrecta acumulación de acciones.* 6. *Agotamiento del antejuicio administrativo.*
- IV. PROCEDIMIENTO DE LA ACCION DE NULIDAD
- V. PROBLEMAS PROCESALES DE LA ACCION
- VI. LA ACCION DE INEXISTENCIA CONTRA LOS CONTRATOS MUNICIPALES PREVISTOS EN LA LEY ORGANICA DE REGIMEN MUNICIPAL

I. ANOMALIA DE LA ACCION

El artículo 111 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, contempla una acción anómala al señalar lo siguiente:

“Se tramitarán y sustanciarán conforme a las disposiciones de esta sección, las demandas de nulidad, por ilegalidad o inconstitucionalidad, de contratos o convenciones celebrados por la Administración Pública intentados por personas extrañas a la relación contractual, pero que tengan un interés legítimo, personal y directo en la anulación del mismo; o por el Fiscal General de la República, en los casos en que dichos actos afecten un interés general”.

La anomalía de la acción objeto del presente estudio radica en lo siguiente:

1) Se trata de una acción de nulidad del mismo estilo de los recursos contra los actos administrativos de efectos generales o de efectos particulares, contemplados en la misma Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, estamos ante un medio de impugnación que, como tal, tiene en principio el carácter de una acción objetiva mediante la cual se denuncian las infracciones al orden constitucional o a las reglas de rango legal que rigen la conducta administrativa.

* Conferencia dictada el día 11 de mayo de 1990 en la Procuraduría General de la República, en el ciclo organizado por dicho organismo sobre el tema de los contratos administrativos.

2) A pesar de lo anterior, esto es, de su naturaleza de medio de impugnación, la acción está ubicada en el texto de la Ley, en la sección relativa al procedimiento de las demandas contra la República y se rige para su tramitación y decisión por el indicado procedimiento de las demandas. En consecuencia, es un recurso que se tramita como si fuera una demanda.

3) No obstante se trate de una demanda, el demandante no es titular de un derecho subjetivo derivado del contrato, sino que es un tercero extraño a la relación contractual. Su legitimidad está dada por la titularidad de un "interés legítimo, personal y directo" en la anulación del contrato, o bien, en el caso de que el actor sea el Fiscal General de la República, de su condición de tal, cuando los contratos afecten un interés general.

4) No existen antecedentes de la acción en estudio, en la legislación anterior a la Ley Orgánica de la Corte. La Exposición de Motivos de la indicada Ley, que está constituida por el Informe de la Comisión de Política Interior de la Cámara de Diputados del Congreso Nacional sobre la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 16 de junio de 1976¹, al aludir al artículo 111 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se limita a reproducirlo.

5) En el anteproyecto de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, elaborado por el Dr. Martín Pérez Guevara, que fuera sin duda alguna el antecedente inmediato del texto aprobado por el Congreso en 1976, que constituye la Ley vigente, no se contempla tampoco el mencionado artículo 111. Queda en una zona de sombras la determinación del momento y las razones que originaron la norma que se pasa a analizar².

6) El artículo 42 de la LOCSJ, al enunciar las competencias de las Salas que constituyen la Corte Suprema de Justicia, lo cual hace en forma minuciosa, por lo que respecta a la competencia contencioso-administrativa, no se refiere a la acción del artículo 111 *eiusdem*.

A lo anterior se une la circunstancia de que no existe en los servicios de la Corte Suprema de Justicia ni en el fichero electrónico de la misma, antecedente alguno del ejercicio de esta acción. Lo anterior, sin embargo, no le quita ni su importancia ni su interés al presente estudio, por cuanto la acción objeto del mismo está contenida en una norma de derecho positivo vigente, por lo cual rige en toda su plenitud. Igualmente, ella plantea interesantes problemas teóricos y enormes posibilidades para el control jurisdiccional de los contratos que, si bien puede efectuarse sobre el acto aprobatorio de los mismos, o por las partes, mediante las acciones previstas al efecto, con la que se analiza, este control puede efectuarse a través de un tercero o del Fiscal General de la República sobre el propio texto negocial.

El señalamiento del carácter anómalo de la acción y del limitado estudio que la misma ha tenido, justifica que la exposición que sigue a continuación plantee más interrogantes que soluciones.

1. Ver Rondón de Sansó, Hildegard. *El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, Caracas, 1979, pp. 512 a 564, p. 547.
2. El examen de las actas que reposan en el Congreso, además de revelar la falta de meticulosidad con que se resguardó para la historia el proceso de formación de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, nos indica que en el Proyecto que los Magistrados de la Corte enviaron al Congreso, ya figuraba el artículo 111 con la misma redacción y número. Fue así recogido el artículo objeto de este estudio en el nuevo Proyecto que elaboró, con base en el mismo, la Comisión de Política Interior de la Cámara de Diputados, presidida por el doctor David Morales Bello, en cuya Exposición de Motivos se le transcribe sin hacer ningún comentario. De allí que el origen de la inclusión de la norma tuvo que estar en la propia Corte, y de ello da fe el Dr. Juan José Caldera, quien llevara el peso de las relaciones entre los proyectistas y el Congreso, siendo el propulsor de la Ley a todo lo largo del proceso legislativo. Afirma al respecto el Dr. Caldera que si bien la norma no figuraba en el Proyecto original de Pérez Guevara, sí lo estaba en el que elaboró posteriormente la Corte.

II. PRESUPUESTOS DE LA ACCION

El texto del artículo 111 nos indica los cuatro elementos fundamentales de la acción:

- 1) Es una acción de nulidad;
- 2) El objeto de la acción son los contratos o convenciones celebrados por la Administración Pública;
- 3) La legitimación activa corresponde al Fiscal General de la República, si los contratos o convenciones afectan un interés general, o a terceros, si tienen un interés legítimo, personal y directo en su anulación;
- 4) La naturaleza de los vicios es la inconstitucionalidad o la ilegalidad.

1. *Acción de nulidad*

Respecto al primero de los elementos mencionados, cabe señalar que en el contencioso-administrativo que rige en el sistema venezolano, cuyo punto de partida es el artículo 206 de la Constitución y se encuentra desarrollado en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y en las leyes especiales, hemos distinguido tres tipos de acciones:

- 1) La acción de impugnación;
- 2) La acción de condena, de prestación o declarativa de condena; y
- 3) La acción declarativa.

En la acción de impugnación, como su nombre lo indica, se ataca un acto formal de la Administración, con las siguientes características: a) El juez sólo conoce de los vicios que le han sido imputados al acto mediante el recurso; b) El juez no confirma el acto impugnado porque no tiene poder para hacerlo. El sólo declara con o sin lugar el recurso; c) El juez no se pronuncia sobre el mérito del acto, esto es, sobre la oportunidad o conveniencia del acto, o lo que es lo mismo, sobre su eficacia, ya que el control que ejerce se limita sólo a su legitimidad.

1) La acción de impugnación se ejerce a través de distintos procedimientos de acuerdo con la naturaleza de los actos impugnados. En efecto, si se trata de actos unilaterales, el procedimiento es el de los recursos, en cuanto a que si se trata de actos bilaterales (justamente la situación del caso en estudio artículo 111 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia) el procedimiento es el de las demandas. Por lo que atañe a los actos unilaterales hay que distinguir si los mismos son de efectos generales o de efectos particulares, y, tanto en el primero como en el segundo caso, el recurso puede ser por motivos de inconstitucionalidad y por motivos de ilegalidad.

2) La acción de condena, de prestación o declarativa de condena, se ejerce en las relaciones de naturaleza contractual, así como cuando se quiere hacer valer la responsabilidad tanto contractual como extracontractual. Igualmente, es de esta naturaleza la llamada "acción de carencia", esto es, la que se dirige contra la abstención o negativa de la Administración a hacer algo a lo cual estaba obligada por Ley (artículo 42, ordinal 23 y artículo 182, ordinal 1º de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia).

3) La acción declarativa es relativa al reconocimiento de un derecho subjetivo preexistente o a la interpretación de una norma (recurso de interpretación).

De acuerdo con los lineamientos del artículo 111, la naturaleza de la acción en el mismo contenida, es una acción de impugnación y como tal debería regirse por los principios propios de tales acciones dentro de los cuales resalta el de la "unilateralidad

de la acción", que se contraponc al principio de la bilateralidad, propia del proceso civil, que indica que la actividad de las partes en la *litis* está dirigida a presentar al juez una proposición de decisión. En efecto, no es solamente la actividad del actor sino también la del demandado, que aun cuando se limita a rechazar la demanda, lo que está pidiéndole al juez es que pronuncie una sentencia de mera declaración negativa. En el proceso contencioso de anulación, el derecho a contradecir no se puede interpretar en la misma forma, porque la decisión que rechaza el recurso no es un pronunciamiento que verifica la legitimidad del acto impugnado, sino una decisión que lo juzga exento de los vicios denunciados. De allí que el *thema decidendum* está determinado por los motivos del recurso. Existe la posibilidad en algunos sistemas como el italiano, de plantear un nuevo *thema decidendum* mediante la proposición de un recurso incidental que instaura una controversia diferente apoyada sobre la principal que tiende a la anulación por vicios diferentes de los que fueron impugnados con el recurso principal, o bien de otro acto que tenga relevancia con el mismo.

2. Objeto de la acción

Hemos señalado que el segundo de los elementos fundamentales de la acción es el objeto de la misma, constituido por los contratos o convenciones celebrados por la Administración Pública. La redacción del artículo 111 indica al efecto los "contratos o convenciones celebrados por la Administración Pública". El concepto de convención es el de un pacto creador de obligaciones y derechos, lo cual envuelve a la noción de contrato, que estaría circunscrita a la de convención del contenido patrimonial.

De allí que una concepción amplia de convención englobaría a todos los negocios jurídicos bilaterales celebrados por la Administración, independientemente de su contenido, por lo cual quedarían incluidos en su concepto los tratados, las concesiones, los contratos colectivos, las actas-convenio, los acuerdos bilaterales y multilaterales, etc.

Cabe de inmediato la pregunta de si la noción comprende a los "contratos administrativos", a los cuales alude el ordinal 14 del artículo 42. Es necesario señalar al respecto que tal expresión se refiere a una figura cuya entidad estaba desapareciendo de nuestra legislación hasta que se produjo su inclusión en la mencionada norma como una categoría especial de los contratos celebrados por la Administración. En efecto, la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado celebrados por la Administración, había perdido interés para la doctrina venezolana, por cuanto cualquiera que fuere la naturaleza del contrato, todos los celebrados por la República eran de la competencia de nuestro Máximo Tribunal. De allí que al señalar el ordinal 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte, que la competencia de la misma es sólo en relación con los contratos administrativos, obliga a replantearse las viejas tesis en las cuales se había basado la diferencia entre ambas figuras.

Al efecto, uno de los criterios diferenciales se funda en el régimen que respectivamente los rige, señala que el contrato administrativo está sometido al derecho público; en cuanto que el contrato de derecho privado de la Administración obedece a las reglas del derecho civil o mercantil. Esta tesis no es sino una consecuencia de la calificación previa que se le dé al contrato y, en consecuencia, nada explica sobre la diferencia sustantiva.

Otra diferencia se fundamenta en la identificación de los contratos de derecho administrativo con los contratos de interés nacional, figura ésta que tiene jerarquía constitucional por estar contemplada en los artículos 190, ordinal 15, 126 y 231. Al efecto, la noción de "contratos administrativos" ha sido identificada con la de los contratos aprobados por ley, considerando como tales a aquellos a los cuales, mediante una ley aprobatoria, se les otorga eficacia jurídica. Hay que distinguir, sin embargo, que

hay contratos que deben ser autorizados por ley, por lo cual lo que se requiere no es una simple aprobación por parte del Legislativo. El Congreso, en esta última figura, no se limita a homologar el contrato, sino que incluye cláusulas que pueden cambiar los términos propuestos por el Ejecutivo. Como ejemplo están los contratos de empréstito público previstos en la Ley Orgánica de Crédito Público y los contratos sobre concesiones de recursos naturales o de hidrocarburos a los cuales alude la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos.

Ahora bien, los contratos *autorizados* o *aprobados* por ley no podrían ser objeto de la acción contemplada en el artículo 111, por cuanto el recurrente tendría que impugnar la ley aprobatoria, esto es, la acción no podría estar dirigida contra el texto del contrato sin que previamente se extinguiese el revestimiento formal que el acto legislativo le otorga. Tratándose de un acto legislativo, el mismo solamente podría ser atacado por medio del recurso de inconstitucionalidad. De allí que, si se entiende por contrato de derecho administrativo al contrato aprobado o autorizado por ley, los mismos escapan a la acción en estudio, por cuanto son ajenos a los presupuestos en los cuales la misma se basa. Está siempre planteada la duda de si las impugnaciones de tales leyes aprobatorias, por ser algunas veces la homologación de actos creadores de situaciones jurídicas particulares, deberían, obedeciendo a ello, regirse por el procedimiento de los recursos contra los actos de efectos individuales.

De lo anterior emerge que el artículo 111 no puede aplicarse a los contratos aprobados o autorizados por ley y que la noción a la cual hace referencia el artículo 42, ordinal 14, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia es la que contempla ciertos negocios jurídicos bilaterales que poseen las siguientes condiciones:

1) Que son celebrados por una Administración Pública, esto es, aquellos en los cuales por lo menos una de las partes sea una Administración Pública (lo que implica que ambas partes bien pueden tener tal carácter, creando la figura de los contratos "inter-administraciones públicas");

2) El objeto es la prestación directa de un servicio público. La anterior exigencia alude a la necesidad de que el contrato esté destinado a satisfacer en forma directa una necesidad de interés colectivo, lo cual coincide con la noción amplia de servicio público en sentido sustantivo;

3) Los contratos administrativos, por estar vinculados a la prestación de un servicio público, incluyen cláusulas exorbitantes, esto es, cláusulas que exceden de las facultades de contratación de los particulares; pero que en la esfera del objeto al cual se destinan son admisibles por cuanto protegen el interés general por encima del interés particular y constituyen la materialización de los principios rectores de los servicios públicos.

3. *Legitimación activa*

El último elemento de la acción es la legitimidad que se exige para su interposición. Ya hemos anotado al respecto que el artículo 111 prevé, si se atiende a la legitimidad, dos diferentes tipos de exigencias: la que se espera del particular, tercero contractual, para el cual requiere un interés legítimo personal y directo, y la del Fiscal General de la República, cuya legitimidad está dada por la tutela de un interés general. Ahora bien, la parte relativa a la legitimidad será analizada al efectuar el examen de los requisitos de admisibilidad, por lo cual nos remitimos a lo que se expone en tal oportunidad.

4. *Naturaleza de los vicios*

Los vicios del contrato pueden ser, por disposición expresa del artículo 111, tanto vicios de inconstitucionalidad como vicios de ilegalidad.

Los vicios de inconstitucionalidad, a los cuales se denominan “motivos” del recurso, sólo pueden fundarse en la “violación directa de la Constitución”, por disponer el artículo 133 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que “la infracción del artículo 117 de la Constitución no podrá invocarse como fundamento de la acción o del recurso a que se refieren los artículos 112 y 121 de esta Ley, sino cuando otra disposición de aquélla haya sido *directamente* infringida por el acto cuya nulidad se solicita”. Al respecto, el citado artículo 117 establece que “la Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público, y a ellas debe sujetarse su ejercicio”. De allí que la incompetencia inconstitucional sólo puede denunciarse por violación directa de una norma del mismo rango.

La incompetencia derivada del orden constitucional está constituida por los siguientes supuestos: usurpación de autoridad; usurpación de funciones y extralimitación de atribuciones. La usurpación de autoridad es la que consagra el artículo 119 de la Constitución al indicar: “toda autoridad usurpada es ineficaz, y sus actos son nulos”. Ella presupone la carencia total de investidura por parte del sujeto que actúa. La usurpación de funciones deriva del artículo 118 de la Constitución que establece: “cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias”, en vista de lo cual se producirá el vicio cuando un órgano en ejercicio de una rama del Poder Público realice funciones que le corresponden a otro órgano que opere en una rama diferente de dicho Poder. Finalmente, la extralimitación de atribuciones alude al vicio del órgano que ejerce actividades para las cuales no está autorizado pero sin invadir las conferidas a otras figuras subjetivas.

Por lo que atañe a los vicios de ilegalidad, los mismos pueden ser tanto los que enuncia el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos como causantes de la nulidad absoluta, como los residuales que constituyen la nulidad relativa. La nulidad absoluta comprende la contravención de un texto normativo expreso; la incompetencia manifiesta; la falta total de procedimiento; la falta de objeto o de causa y la violación de la llamada cosa juzgada administrativa. La nulidad relativa podría agruparse en tres grandes supuestos que se refieren a los elementos sobre los cuales recaen, a saber: a) vicios de incompetencia relativa que se refieren al sujeto autor del acto; b) vicios en los motivos y en el fin del acto; y c) vicios por violación de ley, relativos a los restantes elementos no señalados en las dos categorías anteriores.

Los enunciados precedentemente señalados son a título simplemente ilustrativo y se limitan a glosar los vicios que se imputan a los actos unilaterales. Un examen más detenido debería adaptarlos a una situación como la del artículo 111 en la cual se está ante la impugnación de un negocio jurídico bilateral, lo cual permitiría eliminar algunos de los que se le atribuyen a los primeros y, al mismo tiempo, trasladar a la esfera del Derecho Público los que ha elaborado la Teoría General del Contrato en el campo del Derecho Privado.

III. EXAMEN DE LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCION CONTRACTUAL DEL TERCERO

De acuerdo con el artículo 84 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en el procedimiento de las demandas es necesario examinar los requisitos de admisibilidad que en el mismo se determinen y que son al efecto los siguientes:

1. *Inexistencia de prohibición legal*

El primero de los requisitos indicados es la inexistencia de una prohibición legal. Este supuesto no se da obviamente si son demostrables los elementos previstos en el

artículo 111 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que examináramos precedentemente, por cuanto la acción está prevista en el propio texto de la ley.

2. Competencia del tribunal

El segundo requisito es la competencia del tribunal, respecto a lo cual cabe una serie de observaciones que se expresan a continuación.

La competencia en materia de contratos es otorgada por el artículo 42, ordinal 14, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en concordancia con el artículo 43 *ejusdem*, a la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia cuando se trate de *contratos administrativos* en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades. La materia puede versar sobre la interpretación, el cumplimiento, la caducidad, la nulidad, la validez o la resolución. Al efecto, el citado ordinal 14 tiene el siguiente enunciado: “Conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades”.

Estamos ante el problema de la figura de los “contratos administrativos” a la cual hicieramos referencia precedentemente.

Si el contrato no es un “contrato administrativo”, la competencia dependerá del monto de la cuantía que se fije en la demanda, así:

1) Si es inferior al millón de bolívares, corresponderá a los Tribunales Contenciosos Regionales (Tribunales Superiores en lo Civil, Mercantil y Contencioso-Administrativo previstos en el artículo 182, ordinal 2º, de la LOCSJ). En segunda instancia conocerá la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo.

2) Si la cuantía excede el millón de bolívares sin superar los cinco millones, la competencia será de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo (artículo 185, ordinal 6º, de la LOCSJ) y, en segunda instancia, a la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

3) Si el monto excede de cinco millones de bolívares, la competencia será en única instancia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (artículo 42, ordinal 15, de la LOCSJ).

Está planteada, sin embargo, la duda de si la competencia debe corresponder en todo caso a la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia con base en la facultad residual en la materia contenida en el ordinal 16 del artículo 42 de la LOCSJ, en concordancia con el artículo 43 *ejusdem*. A esta interpretación habría que llegar si se acentúa el hecho de que la acción del 111, a pesar de que se ventila por la vía de las demandas (acciones de condena o declarativas de condena) es siempre una acción de impugnación, las cuales no necesariamente requieren la determinación de la cuantía.

Visto lo anterior puede llegarse, respecto a la competencia, a las siguientes conclusiones:

1) El artículo 111 no alude en forma expresa a los contratos administrativos, por lo cual, siendo esta figura de naturaleza excepcional, no puede interpretarse que se encuentre en el supuesto del artículo que se examina.

2) Si no se trata de contratos administrativos, obviamente la norma alude a cualquier tipo de contratos celebrados por la Administración; por lo tanto, el problema de la competencia deberá ser determinado, o bien *ratione personae*, o bien en razón de la cuantía.

En razón de la persona habrá que distinguir si los contratos son celebrados por Administraciones territoriales menores (Estados y Municipios), o la Administración Nacional. Si se trata de Administraciones menores, la competencia debería ser de los

Tribunales Contenciosos Regionales y si se trata de la Administración Nacional habría que distinguir entre la Administración Central (Ministerios, Oficinas Centrales de la Presidencia de la República y las Administraciones descentralizadas institucionalmente). En el primer caso, la competencia sería de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. En el segundo, de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo.

¿Es correcto este criterio diferenciador? Técnicamente es incorrecto por cuanto las competencias *ratione personae* a las cuales hemos aludido han sido establecidas en relación a los actos, entendiéndose por tales a las manifestaciones unilaterales de voluntad de la Administración. Por otra parte, la competencia, por ser materia de orden público, no es susceptible de interpretación analógica, por lo cual el criterio empleado carece de fundamento.

Quedaría, en consecuencia, la aplicación del criterio de determinación de la competencia en razón de la cuantía. Ahora bien, tratándose de una acción de impugnación, la competencia no la establece la cuantía porque en tales acciones ese elemento no es lo determinante. Sin embargo, si nos acogiésemos a tal criterio, sería irrelevante la naturaleza de la Administración que concertara el contrato, por cuanto la competencia estaría dada por el monto de la demanda que, de ser inferior al millón de bolívares, correspondería a los Tribunales Superiores Regionales; si fuere superior al millón pero que no excediese de los cinco millones correspondería a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, y si fuese superior a los cinco millones, correspondería a la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

Nos inclinamos por el criterio de la cuantía, aun cuando se trate de una acción de impugnación, por cuanto la ley en forma expresa ha sometido el ejercicio de la acción al régimen de las demandas en el cual tal elemento es determinante a los fines de la competencia. Predominaría así sobre la naturaleza de la acción el objeto contractual de la misma y el procedimiento subjetivo (demandas) a través del cual ha de decidirse.

3. *Supervivencia de la acción*

El segundo requisito de admisibilidad que corresponde analizar es la supervivencia de la acción, a los fines de determinar si el lapso para su ejercicio es de caducidad o de prescripción y, en cualquiera de los dos casos, la duración del mismo.

Al efecto, las acciones contractuales no han sido consideradas como materia de orden público, por lo cual se rigen por los lapsos de prescripción correspondientes a la naturaleza de la materia. En el caso presente se trata de derechos personales por cuanto implican prestaciones de tal índole y en virtud de ellos el lapso para su ejercicio es de 10 años según lo dispone el artículo 1.977 del Código Civil. Ahora bien, el Código Civil establece en el artículo 1.346 que la acción para pedir la nulidad de una convención dura cinco años, salvo disposición especial de la ley, regulando el momento en que empieza a correr, señalando al efecto: "Copiar primera parte del artículo 1.346 del C.C.)". Obviamente la norma transcrita no prevé el supuesto del artículo 111 que se analiza, esto es, la acción del tercero, ajeno como tal a la relación contractual. Para concordar la norma del Código Civil con la de la LOCSJ habría que estimar que para el tercero, los cinco años corren a partir de la vigencia del contrato.

Quedan excluidas de las reglas relativas a la prescripción, las acciones establecidas por Ley Especial, como es el caso de la prevista en el artículo 109 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la cual contempla un lapso de caducidad que es de 60 días contados a partir de la fecha en que se solicitó ante el Concejo o Cabildo la declaración de inexistencia del convenio.

4. *La legitimidad*

La legitimidad activa, esto es, la idoneidad para el ejercicio de la acción, es necesario analizarla en relación a los dos elementos fundamentales que rigen al efecto: 1) la capacidad civil, y 2) la capacidad procesal. Respecto a la primera, es necesario que el actor sea mayor de edad y tenga el pleno goce de sus derechos civiles. Respecto a la segunda, la ley le exige un interés jurídico actual en la forma prevista en el artículo 16 del CPC.

El interés legítimo al cual alude el artículo 111 de la LOCSJ, no es solamente la especial situación de hecho en la cual se encuentre un sujeto frente a la conducta administrativa, capaz de afectar su esfera subjetiva, sino que debe entenderse como un interés jurídicamente protegido coincidente con el interés de la ley, esto es, de la afirmación del derecho. Significa entonces que no basta con que sea el interés de un sujeto, sino que el mismo se vincula al interés del ordenamiento; no basta con que no se contradiga con la ley, sino que sea en beneficio de sus fines. El interés debe ser personal en el sentido de que pertenece en forma individualizada al actor y debe ser directo en el sentido de que dependa del objeto de la acción de manera inmediata. En consecuencia, se trata de un interés colectivo que, por razón de la circunstancia especial planteada, concierne en forma particular al actor, que se va a satisfacer directamente con el resultado de la acción. Además, el interés debe ser actual en el sentido de que no esté condicionado por ningún elemento fáctico o temporal.

¿Quién puede ser titular de un interés de tal índole ante un contrato celebrado por la Administración? Pongamos por caso un contrato de refinanciamiento celebrado entre la República y un banco internacional. ¿Ostenta un ciudadano cualquiera tal interés? Indudablemente que no; él tiene, como el resto de los habitantes, el interés de que se amortice la deuda pública; de que las condiciones de pago sean las más favorables al país deudor; pero él no es el destinatario inmediato de los beneficios o daños que el convenio acarrea.

En un contrato de arrendamiento sobre un inmueble celebrado entre un Municipio y un particular para destinarlo a ser la sede de una Alcaldía, ¿quién tiene un interés legítimo, personal y directo?, ¿los vecinos del inmueble que sufrirán las consecuencias limitativas de su derecho de circulación (por ejemplo, estacionamiento de vehículos)? Una afirmación en tal sentido haría muy peligrosa la norma por cuanto con ella se podría paralizar toda la gestión administrativa.

Diferente es la legitimidad en el caso de que la acción sea ejercida por el Fiscal General de la República, ya que al mismo sólo se le exige ser el tutor de un interés general.

5. *Incorrecta acumulación de acciones*

La acción del artículo 111 de la LOCSJ no puede acumularse a ninguna otra acción de impugnación por cuanto los procedimientos son incompatibles. ¿Se excluye igualmente la posibilidad de otras acciones derivadas del contrato? ¿Es posible la acumulación de daños y perjuicios por responsabilidad de las partes contratantes? La respuesta dependerá de si es o no necesario ejecutar el antejuicio administrativo en la forma que se analizará de inmediato.

6. *Agotamiento del antejuicio administrativo*

En las demandas contra la República se exige como requisito para su admisión el agotamiento del antejuicio administrativo previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

¿Cuál es el objeto del antejuicio administrativo? Hay que dar respuesta a esta interrogante para poder determinar si cabe o no en la acción prevista en el artículo 111, el agotamiento del antejuicio.

Al respecto, el procedimiento previo constituye una forma de autotutela administrativa como todo antejuicio administrativo por cuanto está destinado a permitir que la Administración se entere de las eventuales acciones que en su contra podrían interponerse, a fin de conocer el alcance y fundamento de las mismas. El antejuicio es así un medio de defensa patrimonial de la República, ya que se eleva ante sus órganos competentes (Administración Activa a quien se imputa la conducta demandada y Administración Consultiva que interviene en el trámite) para que los mismos puedan preparar su eventual defensa jurisdiccional, o reconsiderar su propia conducta a los fines de un acuerdo con el eventual demandante. Igualmente opera el antejuicio como un medio de llegar a la satisfacción de las pretensiones que podrían deducirse en juicio, antes de que el mismo sea instaurado.

A nuestro ver, el tercero impugnante, o bien el Fiscal General de la República, no tienen ninguna pretensión de condena contra la Administración, por lo cual no debería requerirse el agotamiento del antejuicio administrativo. El tercero impugnante o el Fiscal General lo que desean a través del recurso es el restablecimiento de la legitimidad que ha sido afectada por el contrato (por su inconstitucionalidad o ilegalidad), por lo cual están en la misma situación del recurrente que ejerce el recurso contencioso-administrativo de nulidad. Diferente es la situación si el tercero impugnante pretende acumular a su acción la de daños y perjuicios, o cualquier otra que implique una condenatoria de la Administración, porque en tales casos deberá agotar el antejuicio administrativo.

IV. PROCEDIMIENTO DE LA ACCION DE NULIDAD

Vamos entonces cómo se desarrolla el proceso de la acción prevista en el artículo 111 de la LOCSJ.

La acción se ejerce mediante demanda que ha de tener las condiciones previstas en el artículo 340 del CPC. Recordemos que si se acumula a la de nulidad la de daños y perjuicios deberá demostrarse el agotamiento del antejuicio administrativo.

Junto con la demanda se consignará una copia simple de ella y de los anexos que la acompañen a los fines de su remisión al Procurador General de la República. Presentada la demanda, el Juzgado de Sustanciación habrá de decidir sobre la misma dentro de los tres días de despacho siguientes. Procederá así el Tribunal a analizar la existencia de los requisitos de admisibilidad. El auto de inadmisión deberá ser motivado señalando la existencia de algunas de las causales previstas en el artículo 84 de la LOCSJ o en la cosa juzgada y contra esta decisión podrá elevarse apelación ante la Corte dentro de los cinco días de despacho siguientes.

Si por el contrario la acción es admitida, se procederá de inmediato a citar a las partes. Si una de las partes del contrato es la República, se le citará en la persona del Procurador General de la República a quien se remitirá copia del libelo y de la documentación acompañada al mismo. Practicada la restitución, de conformidad con el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Procuraduría, no se requerirá una nueva notificación sino cuando lo exija alguna disposición especial del CPC. El artículo 39 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece lo siguiente: "Las citaciones que hayan de hacerse al Procurador General de la República para la contestación de demandas, se efectuarán por medio de oficio al cual deberá acompañarse copia del libelo y de los recaudos producidos por el actor. El oficio será entregado personalmente al Procurador, a quien haga sus veces o a cualesquiera de sus Direc-

tores, y desde la fecha de la consignación por el Alguacil, en el expediente respectivo, de la constancia firmada, comenzar a correr un lapso de quince (15) días hábiles a cuya terminación se considerará consumada la citación del funcionario y comenzará a correr el término correspondiente para la contestación de la demanda. El Procurador podrá darse por citado en cualquier momento dentro del lapso de citación”.

Por lo que respecta a los Municipios, los mismos no tienen un régimen especial de citación, pero se obliga al juez a notificarlos de todos los actos procesales y, en especial, de la apertura de todo término para el ejercicio de algún recurso de la fijación de la oportunidad para la realización de algún acto. En este caso, vencido un plazo de ocho días, la entidad se tendrá por notificada. Esta regla de la notificación rige también para la República.

De allí en adelante el procedimiento se rige por las normas del proceso civil ordinario hasta el fin de la sustanciación en que es devuelto el expediente a la Sala y se procede a la primera etapa de la relación, al acto de informes y a la segunda etapa de la relación, incluida la cual se pasa a dictar sentencia.

V. PROBLEMAS PROCESALES DE LA ACCIÓN PREVISTA EN EL ARTICULO 111

Antes que nada debemos determinar cuál es la situación de los co-contratantes, esto es, de las partes en el contrato impugnado por el tercero.

Indudablemente se trata de una pluralidad de partes las cuales actuarán por coordinación, esto es, se tratará de partes principales o iguales. Es decir, entre ellas no habrá relación de la subordinación que se crea en el caso de que la relación sea entre partes adhesivas o desiguales.

Cuando se trata de una pluralidad de partes que actúan por coordinación, hay que distinguir si las mismas están unidas en su relación procesal, caso en el cual existirá un *litis consorcio*, o si están enfrentadas en su relación procesal, caso en el cual (antagonismo) se tratará de una tercería.

Indudablemente que las partes del contrato deberán actuar en el litigio como co-demandados, por lo cual estarán situados en un mismo plano (por coordinación) y unidas en su actuación procesal. Su posición en la *litis* es pasiva por cuanto son los demandados y lo que cabe determinar es si se trata de un *litis consorcio* simple, facultativo o voluntario en los cuales su unión se debe a su plena y espontánea voluntad; o si se trata de un *litis consorcio* necesario calificado o especial en el cual no existe una simple autorización de que actúen en forma conjunta sino una carga de que así suceda.

A nuestro ver, dada la condición de co-demandados, se tratará de un *litis consorcio* pasivo necesario.

El carácter necesario del *litis consorcio* exige que las alegaciones y las pruebas favorezcan a la totalidad pero sólo perjudiquen a quienes las promueven.

El proceso se decide en una sola sentencia y asimismo lo será cualquier acto de terminación anormal del proceso (renuncia, desistimiento, transacción).

El resultado del proceso valdrá frente a todos. El recurso interpuesto por uno solo de ellos favorecerá a los demás y las costas se reparten por partes iguales.

VI. LA ACCION DE INEXISTENCIA CONTRA LOS CONTRATOS MUNICIPALES PREVISTOS EN LA LEY ORGANICA DE REGIMEN MUNICIPAL

El artículo 109 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal contempla una acción análoga a la consagrada en el artículo 111 de la LOCSJ. En efecto, esta norma prohíbe a los Municipios y Distritos donar o dar en usufructo o comodato los bienes inmuebles del dominio privado, salvo las entidades públicas para la ejecución de proyectos o programas de desarrollo económico o social, caso en el cual deberá dictarse un acuerdo del Concejo o Cabildo que deberá ser propuesto por el Alcalde y aprobado con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes. Igual prohibición rige para los contratos de enfiteusis relativos a los ejidos y otros inmuebles.

Según la ley que rige a los Municipios, se considerará inexistente cualquier convenio, acuerdo o contrato que se encuentre en los siguientes supuestos:

A. Cuando su objeto sea la donación, usufructo, comodato o enfiteusis de bienes inmuebles del dominio privado que se otorguen a un sujeto o entidad privada.

B. Cuando se trate de un contrato de los antes mencionados efectuado con entidades públicas sin la aprobación mediante acuerdo del Concejo o Cabildo.

Ahora bien, si a pesar de las prohibiciones señaladas, el contrato llegare a realizarse, el Concejo o Cabildo declarará su inexistencia, lo cual deberá ser publicado en la *Gaceta Municipal o Distrital*.

Cualquier vecino del Municipio está legitimado para solicitar la declaratoria de inexistencia y, en caso de negativa o silencio, podrá acudir dentro de los sesenta días siguientes a la solicitud ante el juez contencioso-administrativo para que éste, constatada la contravención, declare de pleno derecho la inexistencia.

Esta es una acción muy particular que, a diferencia de la dispuesta en el artículo 111 de la LOCSJ no se tramita por la vía de las demandas, sino por la del recurso de nulidad de los actos de efectos particulares.