



BEDA

Boletín Electrónico de Derecho Administrativo
de la Universidad Católica Andrés Bello

N° 1, 2016



BEDA

Boletín Electrónico de Derecho Administrativo
de la Universidad Católica Andrés Bello

N° 1, 2016

Publicación de la Especialización en Derecho
Administrativo de la Dirección de Postgrado
de la Universidad Católica Andrés Bello.

Dirección: Urb. Montalbán, Apartado 20.332,
• Caracas 1020, Venezuela

Teléfonos: 0212-407.45.11

• Dirección web: www.ucab.edu.ve

• Hecho el Depósito de ley.

• Depósito legal: ppi201602DC4729.

ISSN: 2477-9520.

Esta publicación no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo
permiso escrito de los autores.

• **Facultad de Derecho**

Decano: Miguel Mónaco Gómez

• **Dirección de Especialización en Derecho Administrativo**

Directora: Diana Trías Bertorelli

• **Consejo Editorial**

José Araujo
Rafael Badell Madrid
Diana Trías Bertorelli
Héctor Turuhpial

• **Coordinación**

Diana Trías Bertorelli
Miguel Ángel Basile Urizar
Rosnell Vladimir Carrasco
Nizar El Fakih



BEDA

Boletín Electrónico de Derecho Administrativo
de la Universidad Católica Andrés Bello

N° 1, 2016

Índice General

• Normas de Apreciación y Elección de Manuscritos	2
• Presentación	4
Estudios	5
• <i>Reflexiones sobre la descentralización y el principio de unidad de mercado.</i> José Ignacio Hernández G.	6
• <i>La potestad organizativa en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Administración Pública de 2014.</i> Luis Alfonso Herrera Orellana	20
• <i>El Instituto Nacional para la Gestión Eficiente de Trámites y Permisos (INGETYP): centralización sancionatoria de funcionarios públicos nacionales, estatales y municipales por irregularidades en trámites administrativos.</i> María Lidia Álvarez Chamosa	30
• <i>La prescripción de los procedimientos administrativos sancionatorios del Instituto Nacional para la Defensa de los Derechos de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios no terminados para la fecha de su supresión</i> Miguel Ángel Basile Urizar	35
• <i>Una nueva interpretación de la tradicional afectación de bienes. Notas sobre las afectaciones eternas en la expropiación (a propósito de la sentencia de la sala política administrativa del tribunal supremo de justicia de 7 de mayo de 2014, caso Constructora Alvo, C.A. y Otras.</i> Carlos García Soto	45
• <i>El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos: otra oportunidad perdida.</i> Ramsis Ghazzaoui	61
• <i>Comentarios sobre el régimen jurídico de licitación para la venta y permuta de bienes públicos</i> Diana Trías Bertorelli	71
• <i>Balance sobre la regulación de la actividad económica en 2014</i> Carlos García Soto	88
• <i>Sobre la ley habilitante antiimperialista para la paz.</i> Carlos Reverón Boulton	92
Colaboraciones Internacionales	105
• <i>Garantías del derecho a la verdad y del acceso a la información en la justicia transicional en américa latina (guarantees of the right to the truth and access to information under the transitional justice system in latin america).</i> Ricardo Perlingeiro	106

Normas de Apreciación y Elección de Manuscritos

APRECIACIÓN Y ELECCIÓN DE MANUSCRITOS

El Boletín de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello es una publicación digital cuyo objeto consiste en divulgar colaboraciones académicas que constituyan un aporte para profundizar y analizar las instituciones y conceptos fundamentales del Derecho Administrativo, contribuyendo a su desarrollo y perfeccionamiento. Se estima la colaboración de autores nacionales y extranjeros, así como también la participación de los estudiantes de la Especialización en Derecho Administrativo. Los ejes temáticos o líneas de investigación de los trabajos a ser publicados en el Boletín están vinculados con las materias que constituyen el pensum de estudio de la Especialización, dentro de los cuales tenemos: Teoría de la Organización Administrativa; Régimen de la Descentralización; Régimen de la Función Pública; Teoría de la Actividad Administrativa; Teoría de la Intervención Pública en la Economía; Teoría de los Servicios Públicos; Teoría de los Contratos de la Administración Pública; Teoría de los Bienes Públicos; Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública; Teoría del Acto Administrativo; Procedimiento Administrativo y Recursos Administrativos; y Derecho Procesal Administrativo. La investigación y análisis de temas relativos a los tópicos anteriores abordados desde una perspectiva doctrinal, jurisprudencial o normativa procurará aportar ideas o propuestas para la valorización e importancia que tiene el Derecho administrativo en la construcción de una sociedad fundada en el respeto de los derechos fundamentales y la actuación de la Administración conforme a los límites y controles jurídicos, políticos y sociales que impone la forma de Estado Democrático, Social y de Derecho.

FORMALIDAD PARA DE LA REDACCIÓN DE LOS MANUSCRITOS

Las colaboraciones cumplirán las siguientes características en su presentación:

1. Hasta veinticinco (25) páginas, con formato Times New Roman 12, espacio 1.5 y sangría a la izquierda de 1,25 cm en la primera línea de cada párrafo.
2. Las citas textuales deben ir dentro del texto principal, usándose las cursivas sólo para destacar.
3. En caso de que la cita textual supere las 40 palabras debe colocarse en un párrafo aparte resaltándolo únicamente con comillas y sangría a la izquierda de 1,25 cm y derecha de 1,09 cm.
4. Todas las notas estarán a pie de página, las cuales estarán redactadas con formato Times New Roman 10, espacio simple y separación automáticas entre notas.
5. Las notas de referencias bibliográficas observarán el siguiente orden:
 - a. Para libros la cita se realizará del siguiente modo: inicial del nombre del autor, apellido, título de la obra, editorial, ciudad, año de la publicación, número (s) de página (s).
 - b. Para los artículos o notas de referencias de artículos en publicaciones periódicas llevarán el siguiente orden: inicial del nombre del autor, apellido, "nombre de la publicación", título de la obra, número de la publicación periódica, editorial, ciudad, año de la publicación, número (s) de página (s).



- c. Para obras citadas se realizará del siguiente modo: inicial del nombre del autor, apellido, op. cit., número (s) de página (s).
 - d. Para el caso de las fuentes electrónicas se sigue el siguiente modelo: inicial del nombre del autor, apellido, título de la obra, año de la publicación, dirección de la fuente electrónica, indicándose "Disponible en:" y fecha de consulta.
 - e. Una vez que la publicación haya aparecido en una nota a pie de página, para las siguientes notas a pie de página referidas al mismo texto sólo se requerirá asentar: Apellido y Nombre del autor, título de la obra, número de p., Ibid.
6. Utilizar los siguientes tipos para la división del texto según la jerarquía de sus partes:

1

1.1

1.1.1

1.1.1.1



En caso de dudas sobre algunos de los puntos anteriores, o de requerirse información adicional, consultar por medio del siguiente correo electrónico: **boletinda@ucab.edu.ve**

CRITERIOS DE APRECIACIÓN Y ELECCIÓN DE LOS MANUSCRITOS

1. Los manuscritos tendrán como tema de estudio, desde una perspectiva doctrinaria, normativa o jurisprudencial, un tema relacionado con algunos de los ejes temáticos vinculados al estudio del Derecho administrativo.
2. Cada artículo será evaluado por dos jueces especialistas en el área bajo la modalidad de "doble ciego". Éstos podrán aprobar su publicación, suspenderla hasta tanto se hagan correcciones pertinentes o no considerar el trabajo para su publicación. En todo caso, la decisión será argumentada y guiada por los

siguientes criterios generales:

- a. exposición diáfana de los objetivos perseguidos en el manuscrito y del tema desarrollado en el mismo, es decir la coherencia de las ideas expuestas;
 - b. la oportunidad y relevancia del tema;
 - c. la innovación en su desarrollo;
 - d. uso de fuentes hemerográficas y bibliográficas acordes y actualizadas con el tema tratado; y,
 - e. los criterios individuales expresados y motivados por los revisores
3. De existir veredictos discrepantes, se recabarán una tercera evaluación por parte de un nuevo juez. Una vez llegadas las copias al Consejo de Redacción, este dará una respuesta al autor sobre el veredicto final. Asimismo, si el trabajo es aprobado con correcciones, el autor deberá realizarlas y remitirlas a la Coordinación del Boletín.

PROCESO Y PLAN DE SELECCIÓN DE REVISIÓN DE MANUSCRITOS

1. Los autores enviarán sus trabajos al correo electrónico **boletinda@ucab.edu.ve**
2. Todo manuscrito deberá ser acompañado por un resumen, cuya extensión no será mayor de 100 palabras. Debe ir acompañado por 3 ó 4 palabras clave. Tanto el resumen como las palabras claves deben estar redactadas en castellano e inglés.
3. Cuando un autor envíe un artículo para su consideración, se entenderá, salvo la excepción de acuerdo expreso con el Consejo de Redacción, que ese trabajo es inédito. De la misma manera, el autor se compromete a autorizar su publicación en el Boletín de Derecho administrativo, Área de Derecho, Dirección de los Estudios de Postgrado, UCAB.

Presentación

El Boletín Electrónico de Derecho Administrativo (BEDA) de la Dirección de Postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) es una publicación digital cuyo objeto consiste en abrir un espacio para que profesores, profesionales y estudiantes vinculados con el área, puedan publicar ensayos jurídicos en desarrollo de temas propios del Derecho Administrativo.

El BEDA está inspirado en la iniciativa que en su oportunidad tuvo la Profesora Ninoska Rodríguez Laverde como Directora del Programa de Especialización en Derecho Administrativo, de crear un espacio electrónico para la divulgación de la producción intelectual de distinguidos profesionales y profesores especialistas en la materia.

En esta oportunidad y convencidos del valioso aporte que desde este espacio puede realizarse en el estudio de las instituciones fundamentales del derecho administrativo, el equipo que integra la Coordinación del Boletín Electrónico, decidió crear el BEDA cuya primera publicación se concreta gracias al notable empeño tanto de la Coordinación del BEDA como de los distinguidos miembros del Consejo Editorial, Árbitros y autores de los ensayos objeto de publicación.

Debe resaltarse que la Coordinación del BEDA ha estimado indispensable la participación de nuestros estudiantes de la Especialización en Derecho Administrativo, brindándoles un espacio para publicar sus estudios e investigaciones previa aprobación conforme a las "Normas de Apreciación y Elección de Manuscritos". Ello permite incorporar los esfuerzos académicos de los estudiantes conjuntamente con el de nuestros profesores en el dictado de las materias respectivas y traspasar los límites del aula en beneficio de los interesados en esta especial área del estudio del derecho.

Los ejes temáticos o líneas de investigación de los ensayos a ser publicados en el BEDA, están vinculados con las materias que constituyen el pensum de estudio de Programa de Especialización de Derecho Administrativo de esta casa de estudio, a saber: Teoría de la Organización Administrativa; Régimen de la Descentralización; Régimen de la Función Pública; Teoría de la Actividad Administrativa; Teoría de la Intervención Pública en la Economía; Teoría de los Servicios Públicos; Teoría de los Contratos de la Administración Pública; Teoría de los Bienes Públicos; Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública; Teoría del Acto Administrativo; Procedimiento Administrativo y Recursos Administrativos y Derecho Procesal Administrativo.

Este primer número del BEDA cuenta con valiosas contribuciones que tratan temas relativos a la Organización Administrativa, Régimen de Descentralización, Actividad Administrativa y los Procedimientos Administrativos. En ese sentido, contamos con el trabajo del Profesor José Ignacio Hernández G., intitulado "*Reflexiones sobre la descentralización y el principio de unidad de mercado*", el trabajo del Profesor Luis Alfonso Herrera Orellana, sobre la "*La potestad organizativa en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Administración Pública de 2014*", el apor-

tado por la Profesora María Lidia Álvarez Chamosa, intitulado *“El Instituto Nacional para la Gestión Eficiente de Trámites y Permisos (INGETYP): centralización sancionatoria de funcionarios públicos nacionales, estatales y municipales por irregularidades en trámites administrativos”* y la investigación intitulada *“La prescripción de los procedimientos administrativos sancionatorios del Instituto Nacional para la Defensa de los Derechos de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios no terminados para la fecha de su supresión”*, elaborado por el estudiante de nuestra Especialización en Derecho Administrativo, Miguel Ángel Basile Urizar.

Asimismo, contamos con valiosas contribuciones que analizan las recientes novedades legislativas y jurisprudenciales en materia de bienes públicos. El Profesor Carlos García Soto aporta el trabajo sobre *“Una nueva interpretación de la tradicional afectación de bienes”*. Notas sobre las *“afectaciones eternas” en la expropiación (a propósito de la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 7 de mayo de 2014, caso Constructora Alvo, C.A. Y Otras”*; y el Profesor Ramsis Ghazzaoui contribuye con su ensayo sobre el *“Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos: otra oportunidad perdida”*. Quien suscribe esta Presentación, aporta un trabajo intitulado *“Comentarios sobre el régimen jurídico de licitación para la venta y permuta de bienes públicos”*.

Este primer Boletín cuenta igualmente con valiosos aportes en temas especiales, como el relativo al *“Balance sobre la regulación de la actividad económica en 2014”* del Profesor Carlos García Soto, el ensayo *“Sobre la ley habilitante antiimperialista para la paz”* del Profesor Carlos Reverón Boulton y el trabajo titulado *“Garantías del derecho a la verdad y del acceso a la información en la justicia transicional en América Latina (Guarantees of the right to the truth and access to information under the transitional justice system in Latin America)”* del Profesor Ricardo Perlingeiro.

Finalmente, nuestro reconocimiento y agradecimiento a los autores de los trabajos antes indicados, al equipo que integra el Consejo Editorial, Árbitros y Coordinación del BEDA que con su valioso aporte han permitido concretar esta primera publicación del BEDA.

Diana Trías Bertorelli

**Directora del Programa de Especialización en Derecho Administrativo de la UCAB
Coordinación del Boletín Electrónico de Derecho Administrativo.**

Caracas, junio de 2016.



Estudios

Reflexiones sobre la descentralización y el principio de unidad de mercado

José Ignacio Hernández G.¹

Resumen: El principio de descentralización plantea diversos conflictos con el principio de unidad de mercado dentro de la Constitución económica.

Palabras claves: Descentralización, unidad de mercado, Constitución económica

Abstract: Decentralization principle has many conflicts with the market unity principle, within the economic Constitution

Keywords: Decentralization, market unity, economic Constitution

1. LA DESCENTRALIZACIÓN Y LAS BASES HISTÓRICAS DE LA ORDENACIÓN PÚBLICA DE LA ECONOMÍA

Suele insistirse que la Revolución Francesa, dentro de los muchos cambios que insufló, promovió un acusado proceso de centralización. El advenimiento del *Reino de la Ley* supuso no sólo la igualdad del hombre –igualdad ante la Ley- sino también la unidad: el estado es uno, declaraba la instrucción de 8 de enero de 1790. De allí el consecuente rechazo al modelo federal –diferencia fundamental con la Revolución Norteamericana- y el ímpetu por la centralización. En especial, la centralización de la Administración, indivisible, que opera en cada dependencia a través del intendente².

Particular atención debe prestarse al alcance de tal concepción en el orden económico, por el impulso decisivo que la doctrina fisiócrata tuvo en la conformación histórica de la libertad económica como libertad de industria y comercio. A esa doctrina fisiócrata responde también la creación del *Poder Municipal*, paradójicamente, en el contexto de la acentuada centralización que acaba de reseñarse³.

La libertad de industria y comercio surge como reacción frente a los gremios pero, en especial, como reacción a los poderes locales que habían fragmentado la unidad del mercado mediante barreras locales. La centralización pasó a ser, así, principio cardinal del nuevo Derecho Público que se erigió luego de la Revolución, en el cual, la Administración Central asumió tanto la ordenación de la economía como la asunción de las prestaciones sociales otrora desarrolladas por el Monarca. Administración que se ubicó en una posición bastante peculiar: heredera de los poderes absolutos del Monarca pero sometida, a su vez, al Reino de la Ley⁴.

En este contexto, la doctrina fisiócrata se ocupó por postular un sistema económico igualitario –base misma del Código de Comercio napoleónico- montado sobre una sociedad “abierta”

1- Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid Profesores de Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello, Director del Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Profesor Visitante, Georgetown University.

2- Se sigue a Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo I*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 31 y ss.

3- Delvolvé, Pierre, *Droit public de l'économie*, Dalloz, Paris, 1998, pp. 105-107 y García de Enterría, Eduardo, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 81-86. De esa paradoja da cuenta, entre nosotros, Ortiz-Alvarez, Luis, *Revolución francesa justicia administrativa*, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 98 y ss.

4- No puede dejar de observarse que este principio de centralización se encontraba influenciado por la preocupación de asegurar un tratamiento igual frente a la Ley, en especial, de cara a la naciente libertad de industria y comercio. La ordenación de la economía debía responder a reglas únicas y centrales, pues sólo así se aseguraría ese trato igualitario frente a la Ley. Sobre los orígenes históricos de la libertad económica, dentro del contexto analizado, nos remitimos a lo que tratamos en Hernández G., José Ignacio, *Derecho administrativo y regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 111 y ss.

ordenada únicamente por el juego natural del mercado, lo que llevaría a replantear el régimen patrimonial de la tierra, concebida el factor de producción básico, todo lo cual derivó en el replanteamiento de la ordenación territorial, en torno a lo local. Esta idea surgiría del informe que rindiera Turgot en 1775, en el cual, como reacción frente a la desunión entonces imperante, proponía la necesidad de crear un “interés común visible” de arraigo territorial. Frente a la ordenación subjetiva, de fueros y privilegios, se postuló la ordenación unitaria en torno al vínculo común, bajo la regencia de la Administración de raigambre territorial. Tal es el origen de la “municipalidad”, cuyas ideas serían plasmadas en plena Revolución, postulando el Decreto de 17 de diciembre de 1798 la existencia del *Poder municipal* autónomo, incardinado sin embargo en el dogma revolucionario de la voluntad general a partir de la distinción –hoy vigente- entre los asuntos locales y los asuntos anejos al interés común. El auge del modelo llevó a un repliegue con la Constitución de 1791 y de allí a un acentuado proceso centralizador, con la dependencia de estos poderes locales al poder central, obra culminada bajo la conducción de Napoleón⁵. Allan R. Brewer-Carías ha sostenido, al respecto, que el régimen municipal napoleónico quedó configurado por tres características: la creación de un municipio por cada colectividad local; el principio de uniformidad e igualdad formal del régimen de los municipios y las reglas generales de funcionamiento de la tutela, como instrumento de control sobre las entidades locales⁶.

Cambios posteriores promovieron la transformación de ese sistema central al sistema descentralizado, en el cual el ejercicio de la función administrativa se llevó desde el Poder Central hasta las entidades periféricas, proliferándose los ordenamientos jurídicos. Multiplicidad de ordenamientos jurídicos que, en el orden económico, implicó también la proliferación de regulaciones: ya no había un único orden jurídico, sino varios⁷. Tal descentralización, como apuntó Laubaderè, respondió a la democracia aplicada a la Administración⁸.

La descentralización, en sentido amplio, implica la transferencia de competencias de una persona jurídica a otra. El dato de la personalidad jurídica es, pues, determinante, y en función de ella puede diferenciarse la descentralización funcional de la descentralización político territorial: la primera entraña la creación de entes con personalidad jurídica propia, a quienes se les trasladan competencias residenciadas en la Administración central⁹. La descentralización político-territorial, por su parte, implica la transferencia de competencias *entre personas político-territoriales*, con independencia que la competencia sea ejercida por la Administración Central o Descentralizada. Agrupar ambas realidades dentro de un mismo término –descentralización- no deja de ser cuestionable, pues se trata, como bien puede apreciarse, de realidades distintas¹⁰.

La descentralización político-territorial (única de la cual nos ocuparemos) presupone entonces la existencia de distintas personas político-territoriales, con lo cual, ella no puede desenvolverse en estados unitarios o centrales. Caben, en todo caso, fórmulas de muy distinto matiz a través de las cuales esta descentralización político-territorial puede tener cabida. En Venezuela, y con la tradición histórica que arranca, al socaire de la Guerra de la Federación, con la Constitución de 1864, se ha empleado el cuando menos peculiar rótulo de *Estado federal descentralizado*, como sucede en el artículo 4 de la Constitución de 1999. Términos aparentemente contradictorios los allí contemplados.

5- Vid. García de Enterría, Eduardo, *Revolución francesa y administración contemporánea*, cit., pp. 81 y ss. El Decreto de 17 de diciembre de 1798 permitía al poder municipal competencias delegadas por el poder central, lo que sería luego desvirtuado al implantar un sistema de relación jerárquica entre ambos órdenes, con el surgimiento del Alcalde como primera autoridad. Más que delegación, como observa García de Enterría, se trata de “una ejecución directa cumplida a través de la línea de estricta dependencia jerárquica”. La Restauración corregiría ese exceso de centralismo y revitalizaría el concepto de poder municipal de la mano de B. Constant (p. 137).

6- Brewer-Carías, Allan, “Introducción general al régimen del Poder Público Municipal”, en *Ley Orgánica de Poder Público Municipal*, Caracas, 2005, pp. 78 y ss. (tercera edición, 2007).

7- En el caso de Francia, referente histórico del régimen municipal, entre muchos otros, puede verse la evolución en Rivero, Jean, *Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas, Caracas, 1984, pp. 399 y ss.

8- Laubaderè, André de, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, Librería General de Derecho y Jurisprudencia, París, 1963, pp. 99 y ss.

9- En cuanto a la relevancia del dato de la personalidad, en el ámbito de la descentralización, vid. Caballero Ortiz, Jesús, *Los institutos autónomos*, FUNEDA-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, pp. 16 y ss.

10- Martín Retortillo Baquer, Sebastián, “Introducción”, *Descentralización administrativa y organización política, Tomo I*, Alfaguara, Madrid, 1973, pp. XXV y ss.

En todo caso, en el Estado Federal que concibe la Constitución, el estado, como tal, es único, pero compuesto por distintas personas político-territoriales, conforme a la división vertical que del Poder Público realiza el artículo 137 constitucional: República, Estados y Municipios. Junto a éstos considerar también al Distrito Capital (para el grueso de la doctrina, también, al Distrito Metropolitano) así como las Entidades Federales¹¹.

Limitándonos a los tres niveles básicos que enuncia el artículo 137, cabe señalar que cada una de esas personas político-territoriales, como institución, está dotada de su propio ordenamiento jurídico, con lo cual nos encontramos ante la pluralidad de ordenamientos jurídicos, en especial, en materia económica. De no insertarse principios ordinamentales que con racionalidad resuelvan los conflictos que entre estos ordenamientos pueden darse, se atentaría contra valores superiores y en especial, contra derechos fundamentales. Baste con señalar, aquí, la colisión que tal sistema representaría para la seguridad jurídica y la igualdad. También, tal superposición podría derivar en la invasión de competencias de una persona político-territorial respecto de la otra. El principio que evita y resuelve las colisiones entre estos ordenamientos de cara a asegurar la garantía de la igualdad es, precisamente, la unidad de mercado.

2. BREVE APROXIMACIÓN SOBRE LA DESCENTRALIZACIÓN Y LA REGULACIÓN ECONÓMICA EN VENEZUELA

La ordenación económica en Venezuela ha estado caracterizada por un acentuado centralismo, por dos razones que convendría distinguir:

- Por un lado, tal ordenación económica ha sido central, como central ha sido en general la ordenación jurídica en Venezuela. A finales del Siglo XIX, en los albores de la Revolución Restauradora, Venezuela apenas si podía concebirse como estado. En realidad, es a partir del advenimiento al poder de Castro y, en especial, durante el prolongado régimen gomecista, cuando Venezuela comienza a formarse como estado unitario, ahogadas las aspiraciones de los caudillos regionales en el ya célebre *potrero*. La ordenación del estado venezolano del Siglo XX es, así, la ordenación del centralismo, a lo que contribuyó la naciente democracia, estructurada en la práctica sobre la concepción del estado central de partidos¹².

- Por otro lado, la ordenación económica era central, pues ella correspondía a la institución erigida como principal actor económico, esto es, el Poder Nacional. Decíamos que la ordenación del Siglo XX en Venezuela es la ordenación del centralismo. También, es la ordenación de Venezuela montada sobre la renta petrolera, conforme a la teoría propietarista imperante, en la cual la República –Poder Nacional Central- era el principal actor económico y por ende, el principal regulador¹³.

En este centralismo económico, sin embargo, emergió muy tímidamente la figura del Municipio, al margen incluso de su propio reconocimiento, relegado lamentablemente en la Constitución de 1961, que preservó la estructura departamental hasta entonces existente. Fue en el Municipio, en realidad, como demarcación local del Departamento, donde comenzaron a desarrollarse actividades económicas estrictamente locales que, quizás más por la fuerza de los hechos, fueron objeto de una regulación también local. Muy en especial, se acota, en relación con actividades hoy día consideradas servicios públicos, como es el caso –relevante por lo demás- de la actividad del gas y su ordenación por el Municipio Maracaibo. Auténtica municipalización de

11- En relación con las particularidades propias de la fórmula del Estado Federal en Venezuela, por todos, vid. Brewer-Carías, Allan, "Bases legislativas para la descentralización política de la federación centralizada (1990: el inicio de una reforma)", en *Leyes y Reglamentos para la Descentralización Política de la Federación*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, pp. 7 y ss.

12- Sobre este predominio del centralismo en nuestra historia, por todos, vid. Brewer-Carías, Allan, *Informe sobre la descentralización en Venezuela*, Caracas, 1993, pp. 53 y ss. Resume el autor su planteamiento de la siguiente manera: "la democracia venezolana, en todo caso, puede decirse que ha sido obra del centralismo y de la partidocracia" (p. 57).

13- Nos remitimos a lo que exponemos en Hernández G., José Ignacio, *Reflexiones sobre la Constitución y el modelo económico*, FUNEDA, Caracas, 2008, pp. 83 y ss.

actividades económicas que sería incluso reconocido en la Constitución de 1925¹⁴.

No duraría mucho este esplendor de la regulación municipal. El desarrollo socioeconómico de Venezuela, con el impulso del petróleo, derivó en un proceso de “deslocalización” de estas actividades, que cada vez más se fueron volviendo complejas y por ello, ajenas al ámbito local. De allí derivaría una progresiva “nacionalización” de las actividades que habían sido ordenadas localmente, con lo cual, se acentuó el centralismo imperante con carácter general.

Esta tendencia sólo comenzaría a revertirse, sólidamente, en 1989. No corresponde a estas líneas estudiar la reforma histórica que entonces se realizó. De cara a nuestro tema de trabajo, basta con señalar dos hitos fundamentales:

- El *primer* hito fundamental fue el reconocimiento formal del Municipio como auténtico Poder Público, con la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989, que contempló notables competencias de regulación económica al Municipio, en especial, respecto de los llamados *servicios públicos municipales*, en los términos que luego se verá.

- El *segundo* hito es la promulgación de la Ley Orgánica de Delimitación, Descentralización y Transferencia de Competencias, que modificó sustancialmente el régimen de los estados –de muy pálido alcance en la Constitución de 1961– reconociéndoles igualmente competencias en materia de ordenación económica, de manera concurrente o de manera exclusiva, en especial, por las competencias de sustrato económico que le fueron transferidas.

Con estas dos Leyes se inicia la descentralización política del estado venezolano y con ello, la descentralización de la ordenación de la economía. Descentralización que fue decididamente asumida por la Constitución de 1999: se encuentra, en ella, el reconocimiento –ahora como propias– de las competencias descentralizadas a los estados y, también, el cuadro completo del régimen municipal. Constitucionalización del proceso de descentralización iniciado, legislativamente, en 1989. No fueron muchos los avances alcanzados respecto a la cota alcanzada en 1989, pero ciertamente, la Constitución asumió como propios los principios que tardíamente habían sido desarrollados por el Legislador, previéndose además la posibilidad de modificar esta realidad mediante la descentralización de competencias hacia los Estados y los Municipios, al punto que la descentralización fue expresamente concebida como política nacional, en el contexto de la cláusula del estado federal descentralizado. Junto a estas conquistas, sin embargo, se aprecia también una tendencia centralista de la Constitución, casi ineludible, diríamos, por el peso histórico que el centralismo supone entre nosotros¹⁵. Sin obviar ello, en todo caso, ha de reconocerse el impulso que, a la descentralización, dio la Constitución de 1999.

De cara a la ordenación económica, la Constitución de 1999 arroja la coexistencia de tres ordenamientos territoriales: nacional, estatal y municipal. Es preciso indagar, por ello, si la Constitución introdujo mecanismos de solución de controversias en la aplicación de estos ordenamientos, para lo cual, preliminarmente, se impone analizar conceptualmente el principio de unidad de mercado.

3. CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE UNIDAD DE MERCADO. LA DISCUSIÓN EN TORNO A SU VIGENCIA DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Los conflictos entre los tres ordenamientos económicos territoriales pueden solventarse a través del principio de unidad de mercado, cuyo estudio comparado lo realizamos a partir de su

14- La Sala Político-Administrativa llegó a señalar que el suministro de “bienes destinados al consumo de los ciudadanos” se comprende dentro de los “servicios municipales o materias propias de la vida local” (sentencia de 9 de octubre de 1963). Vid. Boscán de Ruesta, Isabel, “Régimen legal del Gas”, *Revista de Derecho Público* N° 48, Caracas, 1991, pp. 5-12.

15- Manuel Rachadell ha enumerado los rasgos centralistas presentes en la Constitución de 1999. Cfr.: *Socialismo del Siglo XXI. Análisis de la reforma constitucional propuesta por el Presidente Chávez en agosto de 2007*, FUNEDA-EJV, Caracas, 2007.

situación en el Derecho español, aun cuando debe mencionarse, también, la *cláusula de comercio*, que en el Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica determina la competencia federal sobre el comercio¹⁶.

Resumiendo muy mucho la diversa temática que este principio presenta, basta con señalar que de acuerdo con la unidad de mercado, la ordenación económica debe responder a un hilo conductor unitario, a un mercado único, común. Esta es la definición positiva. También cabe esbozar una definición negativa: tal principio se opone a que la ordenación de los entes político-territoriales menores quiebren tal unidad fraccionando el mercado. Como se aprecia, hay una clara remisión a la unidad como dogma de la revolución francesa y su reacción frente a las barreras locales que impedirían la existencia de la libertad de industria y comercio *única*. En estos términos, el principio encuentra cobertura implícita en el artículo 139.2 de la Constitución de España de 1978, que prohíbe la adopción de medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional.

Sobre el principio, el Tribunal Constitucional de España ha señalado, en sentencia 1/1982 de 28 de enero, que en el marco de la *Constitución económica*, se exige que el orden económico nacional sea uno en todo el ámbito del estado. Más recientemente, la sentencia 96/2002 de 25 de enero volvió sobre tal principio, señalando que:

“una de las manifestaciones de esa unidad básica que la Constitución proclama se concreta en la unidad de mercado o en la unidad del orden económico en todo el ámbito del estado”.

Principio de unidad de mercado justificado en estados de “*estructura territorial compleja*”, en los cuales se precisa que “*principios básicos del orden económico sean unos y los mismos en todo el ámbito nacional*”, de lo que deriva la existencia de un mercado único de carácter nacional, proscribiéndose así medidas tendentes a la “*fragmentación del mercado*”. Desde esta perspectiva, las consecuencias prácticas de este principio pueden resumirse de la siguiente manera¹⁷:

- En *primer* lugar, tal principio se configura como garantía de la existencia del mercado único, esto es, a la necesaria existencia de un régimen general de la economía, y de allí su evidente relación con la igualdad. Necesario establecimiento de las “*condiciones básicas*” que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos económicos, no sólo referidos a la libertad económica y propiedad privada, sino también, el derecho de selección de los consumidores y usuarios. Igualdad no implica exacta uniformidad, advertimos, sino proscripción de diferencias que “*representen privilegios patentes*” (Juan Asenjo).

- En *segundo* lugar, el principio de unidad de mercado entraña un límite a las auto-nomías de los entes político-territoriales menores, quienes no podrán dictar medidas que resquebrajen el mercado único, referido a las libertades de circulación (de personas y de bienes) y de establecimiento. Al mismo tiempo, el principio supone reconocer, a favor del Poder Nacional, la competencia para la regulación general de la economía. Esta prevalencia ha sido justificada sobre la base de la supremacía normativa de la Constitución: el sistema económico previsto en ella priva, incluso, sobre las Leyes de los entes político-territoriales menores (sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999 de 11 de noviembre).

16- La cláusula de comercio (*commerce clause*) tiene dos efectos importantes: otorga al Gobierno Federal la potestad de regular, en general, la economía y restringe las regulaciones estatales (state regulations) que obstruyen o dificultan el comercio interestatal. Cfr.: Mann, Richard y Roberts, Barry, *Business Law and the regulation of business*, West, Boston, 1999, pp. 73 y ss.

17- Vid. Gómez-Ferrer Morant, Rafael, “Unidad de mercado y captación de inversiones: perspectiva constitucional”; Cosculluela, Luis, “Reflexiones sobre los presupuestos constitucionales y de Derecho Comunitario Europeo y los principios generales del Derecho Público Económico”; ambos en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 87 y ss. y 109 y ss., respectivamente, así como Baño León, José María, “Libertad de empresa y unidad de mercado”, en *La empresa en la Constitución española*, Aranzadi, Pamplona, 1989, pp. 217 y ss.; Cosculluela, Luis, y López, Mariano, *Derecho Público Económico*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 26 y ss., y Juan Asenjo, Oscar de, *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 249 y ss., entre otros

De lo antes expuesto puede colegirse que la unidad de mercado es el principio constitucional que impide que regulaciones estatales y municipales incidan sobre el *régimen general* de la economía. Por ello, el principal efecto de tal principio es una limitación a los ordenamientos jurídicos descentralizados: ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación de bienes en todo el territorio. En suma, tal principio responde a la unidad básica de la Constitución, o unidad del orden económico en todo el ámbito del estado, con lo cual, los principios del orden económico han de responder a un solo bloque, justificándose además en la garantía de igualdad en el ejercicio de la libertad de empresa.

La Constitución de 1999 no recoge expresamente tal principio, aun cuando puede claramente inferirse de su articulado. Para ello, convendría recordar que la propia Constitución ha asumido el diseño de un sistema económico calificado como *economía social de mercado* o más recientemente –retomando la terminología de la década de los setenta del pasado siglo- de economía mixta, de acuerdo con el cual se garantiza la concurrencia de operadores económicos públicos y privados, y por ende, el derecho a la selección de consumidores y usuarios. Concurrencia que supone el reconocimiento y protección de la libertad económica y propiedad privada como derechos fundamentales, sujetos a la regulación adoptada por el estado para proteger la propia concurrencia y, en especial, para asegurar la satisfacción de las necesidades de interés social derivadas de la cláusula del estado social, bajo los principios de subsidiariedad y menor intervención. Tal sistema debe ser respetado en todo el territorio y resulta vinculante para el estado, expresión amplia que comprende a los tres órdenes político-territoriales¹⁸.

Bajo esta consideración, si el sistema económico es uno, no podría la ordenación de los Estados y Municipios alterar esa unidad, desarrollando modelos propios que rompan la unidad del sistema de economía social de mercado. Tal es el fundamento constitucional básico del consabido principio de unidad de mercado que encuentra, además, otros desarrollos más específicos:

- El *primer* desarrollo del principio de unidad de mercado en Venezuela lo encontramos en el numeral 33 del artículo 156 de la Constitución, que recoge las potestades implícitas del Poder Nacional: la regulación *general* de la economía, por su índole o naturaleza, corresponde al Poder Nacional. Tal cláusula residual ha sido interpretada por la Sala Constitucional en sentencia de 13 de noviembre de 2001, caso *Fernando Chumaceiro*, en relación con el Texto de 1961:

“Esta cláusula de poderes implícitos lo que significa es que, la enumeración realizada por el Constituyente del 61 en dicho artículo, no se agotaba allí; no era una enumeración taxativa sino meramente enunciativa, pudiendo en todo caso el legislador cuando existía una materia que por su importancia y trascendencia para el interés nacional, que ameritara ser incluida en esta lista, ello fuera posible. Es decir, que sería de la competencia del Poder Nacional “toda otra materia” diferente a las allí mencionadas que por su índole o naturaleza merezca ser reservada por el Poder Nacional”.

Toda actividad cuyo impacto sea general, común a todo el territorio, ha de ser regulada por la República, y no por los Estados y Municipios, puesto que el ámbito de competencias de estas personas político-territoriales es, por definición, geográficamente limitado.

- El *segundo* desarrollo de tal principio lo encontramos en los numerales 23, 24, 25 y 29 del artículo 156: la regulación *general* o nacional de las actividades económicas, es decir, aquella que establece condiciones de general aplicación, es competencia del Poder Nacional. Ello, por cuanto tal regulación es garantía de la preservación de unidad de mercado. Podemos citar, en este sentido,

18- Sobre la interpretación jurisprudencial de tal sistema económico, vid. Hernández G., José Ignacio, *Derecho administrativo y regulación económica*, cit., pp. 27 y ss. El término *economía mixta* ha sido retomado por la Sala Político-Administrativa en sentencia de 4 de marzo de 2008, caso *Imosa Tuboacero Fabricación*, entre otras.

la interpretación que la Sala Constitucional ha dado al numeral 26 de ese artículo, que atribuye al Poder Nacional competencia en materia del régimen de puertos:

“La Sala considera que el fundamento de tal asignación viene dado por los principios de unidad, interés general e igualdad en la gestión de los estados de ciertos servicios en régimen de competencia concurrente.

Es decir, al Constituyente le preocupaba que los servicios a prestar por los Estados en régimen de concurrencia perdieran cierta homogeneidad en cuanto a su funcionamiento; tal homogeneidad, consideró el Constituyente, se preservaría si el nivel nacional de ejercicio del Poder Público fijase una normativa básica que delimitara la actividad que en ejecución de la competencia concurrente desplegaran los estados.

Esa regulación, en el caso de los puertos de uso comercial, no sólo se referiría a principios o pautas generales en cuanto al funcionamiento o a la prestación igualitaria de los servicios, sino que incidiría en la planificación de las actividades, en la organización interna del ente ejecutor, en la creación de órganos mixtos y en otros aspectos similares; ello en virtud de que el artículo 164.10 de la Constitución somete la conservación, la administración y el aprovechamiento que hagan de los puertos de uso comercial los estados a la “coordinación con el Ejecutivo Nacional” (sentencia de 19 de diciembre de 2006, caso *Nulidad de la Ley General de Puertos*).

Lo relevante, como se verá después, es precisar cuál es el límite de esa regulación general que al Poder Nacional le corresponde dictar, en especial, de cara a garantizar la autonomía de Estados y Municipios. Un tema en el que la propia Sala Constitucional volvería, tiempo después, para afirmar conclusiones distintas en parte, al menos, a las sostenidas en el fallo que acaba de transcribirse.

- Además, la propia distinción entre *Leyes de base* y *Leyes de desarrollo* en el artículo 165 constitucional, que es distinción tributaria de España, coadyuva a la formulación del principio comentado: que existan Leyes de base llamadas a establecer el marco general para el ejercicio de competencias concurrentes, es consecuencia de la aspiración del constituyente por asegurar la unidad del orden jurídico, sin desmedro del desarrollo normativo que, dentro de ese marco general, podrá llevarse a cabo por las Leyes de desarrollo de los estados. Destacar, en lo anterior, que el principio de subsidiariedad apuntado en el citado artículo 165 de la Constitución, juega a favor de la autonomía de los estados: la inmisión del Poder Nacional debe ser la mínima necesaria para asegurar tal unidad¹⁹.

- Por último, y de manera más explícita, el artículo 183 limita las competencias de Estados y Municipios en función a la protección del principio de unidad de mercado. En tal sentido, se prohíbe a los Estados y Municipios crear aduanas, impuestos de importación, exportación o de tránsito, pues ello fraccionaría el mercado venezolano, norma similar a la disposición que, en la materia, incorpora la Constitución española. Asimismo, se les prohíbe gravar bienes de consumo antes de que entren en su territorio, pues supondría una afección al libre tránsito de bienes en detrimento a la unidad de mercado. Por último, y en estrecha relación con esta disposición, también la norma les impide prohibir el consumo de bienes producidos fuera de su territorio ni gravarlos en forma diferente a los producidos en él.

El principio de unidad de mercado encuentra, pues, anclaje en la Constitución de 1999, la cual dispuso la necesaria existencia de la unidad del orden económico, en dos sentidos: el régimen *general* de la economía es competencia exclusiva del Poder Nacional, sin que puedan Estados y Municipios invadir tal competencia y, además, Estados y Municipios no podrán adoptar medidas

19- El concepto de Leyes de base ha sido interpretado, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia en relación a las Leyes que dicta el Poder Nacional para sentar principios generales en las competencias concurrentes, incluso, respecto de Estados y Municipios, como se afirmó en la sentencia de la Sala Constitucional de 15 de abril de 2008, que se comenta en el texto principal.

que, por su objeto o efecto, desagreguen el mercado venezolano, creando distintos e incompatibles ordenamientos económicos.

4. EL CENTRALISMO DE LA ORDENACIÓN ECONÓMICA EN LA JURIS-PRUDENCIA VENEZOLANA: ¿COORDINACIÓN DENTRO DEL ESTADO FEDERAL DESCENTRALIZADO?

Sin embargo, el alcance de este principio queda empañado por la clara preferencia de la Constitución a favor de la ordenación central de la economía. El principio de unidad de mercado sólo se justifica en el contexto de diversos ordenamientos económicos derivados de la descentralización político-territorial, lo que presupone que la ordenación de la economía sea competencia del Poder Nacional, Estatal y Municipal, de manera equilibrada. En la Constitución de 1999, sin embargo, en cuanto a la ordenación de la economía, hay una clara preferencia por la regulación del Poder Nacional, al punto que las competencias de los Estados y Municipios para la ordenación de la economía quedan, en cierta forma, eclipsadas.

- Resalta así, en *primer* lugar, el extenso catálogo de competencias del Poder Nacional en la ordenación de la economía. Para ello, la Constitución enumera competencias nacionales sectoriales en los siguientes numerales del artículo 156: 11 (sector financiero); 15 (comercio exterior/ aduanas); 16 (minas e hidrocarburos); 17 (calidad); 19 (obras y urbanismo); 23 (navegación, sanidad, vivienda, seguridad alimentaria, etc.) 25 (producción agrícola); 26 (transporte); 27 (vialidad, ferrocarriles); 28 (correos y telecomunicaciones) y 29 (servicios domiciliarios). Además, el numeral 32 alude a competencias en función de la reserva a la Ley nacional de determinadas materias (mercantil, expropiación, propiedad intelectual, seguros, etc.).

A este catálogo debe agregarse la competencia para acometer la ordenación general de la economía, propia de la cláusula residual del numeral 33, tal y como ha interpretado la jurisprudencia de la Sala Constitucional, según se vió.

Hay, finalmente, competencias referidas a la ordenación de la economía que sólo pueden ser ejercidas por el Poder Nacional, como es el caso de la competencia para reservarse sectores económicos, prevista en el artículo 302. Que sólo corresponda al Poder Nacional acordar la reserva sobre actividades puede derivarse del prenombrado numeral 33 y además, de la propia redacción del artículo 302 de la Constitución, en tanto la reserva debe ser acordada mediante Ley Orgánica, categoría formal que constitucionalmente solo puede ser dictada por el Poder Nacional.

- Las competencias de los estados para acometer la ordenación de la economía son menores, y derivan en realidad de la asunción, por la Constitución, de las competencias que habían sido descentralizadas en 1989. Algunas pocas son competencias exclusivas –régimen de los minerales no metálicos y las salinas; administración de tierras baldías; obras y servicios públicos; vialidad estatal y administración de la vialidad nacional, y administración de puertos y aeropuertos nacionales; otras son concurrentes –la promoción del desarrollo económico- pero sujetas a la regulación nacional. De allí, con razón, que se ha señalado que el ámbito de competencia de los estados es “precario” (Brewer-Carías)²⁰.

- El ámbito de competencia municipal, en materia de ordenación económica, es mucho más amplio, pues él pivota sobre el concepto de “vida local”, con lo cual, toda regulación propia del ámbito local será siempre competencia del Municipio, aun cuando incluso en éste ámbito, se reconoce la competencia del Poder Nacional para establecer los lineamientos generales dentro de los cuales estas competencias podrán ser ejercidas (artículos 168 y 168).

20- Brewer-Carías, Allan, *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano*, pp. 367 y ss.

En este contexto constitucional, la jurisprudencia de la Sala Constitucional se ha encargado de limitar la autonomía de los Estados y Municipios en materia de ordenación económica, a fin de asegurar la unidad del régimen de la economía. Así, respecto de los estados, y con ocasión de interpretar el artículo 164.10 de la Constitución, la sentencia de la Sala de 15 de abril de 2008, caso *Procuraduría General de la República*, se encargaría de precisar el alcance del principio de unidad desde la cláusula de poderes implícitos del Poder Nacional²¹:

“El fundamento de tal asignación de la legislación básica a nivel nacional del ejercicio del Poder Público, y la legislación de desarrollo de ésta a nivel estatal en los términos expuestos, viene dado por los principios de unidad, satisfacción del interés general e igualdad en la gestión”.

Para la Sala, la existencia de la cláusula de poderes implícitos se justifica en la necesidad de alcanzar la homogeneidad o estandarización por normas de rango legal de la economía, por lo que corresponde al Poder Nacional la regulación de los “*principios o pautas generales*”.

Este es el principio que la Sala había afirmado, también, con ocasión de interpretar el ámbito de competencias municipales. La sentencia de la Sala Constitucional de 13 de noviembre de 2001, caso *Fernando Chumaceiro*, concluyó que:

“el ámbito de esa autonomía sólo podría ser delimitado con la interpretación unitaria de la red normativa de referencias, sin que pueda afirmarse que alguna de las disposiciones constitucionales se basta a sí misma para dar un cabal concepto de la autonomía municipal, por más esencial que ella sea (...) Precisado lo anterior, debe sostenerse que los Municipios si bien poseen ciertas competencias no gozan de la plena libertad para la gestión de ciertas materias (...) se trata de una *libertad condicionada*”.

Sin embargo, la precitada sentencia de la Sala Constitucional de 15 de abril de 2008 llevaría este postulado a extremos no consonos, para nosotros, con la cláusula del estado federal, al postular que este principio de unidad implica la necesaria relación de *coordinación* entre la República y los estados, de acuerdo con la regulación nacional. Coordinación planteada, además, en grado de jerarquía a favor del Poder Nacional, con la consecuente potestad de intervención sobre las competencias de los estados, como se afirmó respecto de la competencia del artículo 164.10 de la Constitución:

“Así, el enfoque del estado federal descentralizado consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es el de un sistema en el cual en el marco de la estructura político-territorial del estado venezolano, es inherente al nivel nacional la potestad de coordinación en relación a los niveles estatales y municipales del ejercicio del Poder Público, tanto en las materias de competencia concurrente como en aquéllas de competencia exclusiva nacional en las que de alguna forma intervengan los Estados y los Municipios.

(...)

Bajo tales parámetros, la coordinación establecida por un determinado sistema estatutario de derecho público de rango legal, el cual como se afirmó es propio de la estructura descentralizada de la organización vertical del Poder Público y posibilita la realización de los principios de unidad, satisfacción del interés general e igualdad en la gestión de los estados de ciertos servicios en régimen de competencia concurrente, comporta igualmente, una relación jurídico constitucional entre los estados y el Ejecutivo Nacional, por lo que resulta necesario definir, bajo tales parámetros qué se entiende por la voz “*coordinación*” en el artículo 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

(...)

21- Peña Solís, José, “La “muerte” de la descentralización. Examen jurídico de sus causas: la sentencia de la Sala Constitucional de 18-04-2008 y la reforma de la Ley Orgánica de Descentralización, delimitación y transferencia de competencias del poder público del 17-03-2009”, en *100 años de la enseñanza del Derecho administrativo en Venezuela 1909-2009*, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila y FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 120 y ss.

Así pues, la coordinación implica la integración de órganos y entes a un objetivo, la jerarquía o superioridad del ente u órgano que coordina y la estandarización de la prestación de un servicio o bien público. En cualquier caso, la coordinación significa la satisfacción de diversos intereses públicos mediante una actuación funcionalmente coincidente de varios entes u órganos, que debe responder a los principios de eficiencia y continuidad de la prestación de un servicio o bien público”.

La coordinación, como técnica de organización administrativa, entraña para la Sala un grado de control entre figuras subjetivas, siendo que, en la sentencia citada, tal coordinación se plantea desde un plano de *subordinación*, y por ende, reconociendo la primacía del Poder Nacional sobre el Poder Estatal, al punto que se reconoce la potestad de aquél para intervenir el ejercicio de competencias que, conforme a la Constitución, han sido atribuidas a los estados, como es el caso de la competencia exclusiva que el artículo 164.10 de la Constitución les atribuye para la *“conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Ejecutivo Nacional”*.

Más allá del análisis de esta norma, interesa destacar que la Sala ha reconocido, al Poder Nacional, la potestad implícita de ordenación de la economía, incluso, en ámbitos de competencia exclusiva de los estados, ello, sobre la base de la necesaria coordinación que ha de existir entre ambos ordenamientos, coordinación postulada sobre la base de la subordinación jerárquica.

Es de destacar que en la sentencia de 19 de diciembre de 2006, ya comentada, la Sala Constitucional había asomado otra interpretación. En esa oportunidad, la Sala reconoció que la tarea de coordinar *“supone una potestad superior atribuida a los órganos centrales de un estado determinado, que tiene como propósito integrar las tareas que sobre una misma materia les ha sido encomendadas a diversos entes, con el fin de que las mismas confluyan en un objetivo común, cual sería la prestación homogénea de un servicio o bien público”*. Ya la afirmación de la “potestad superior” resulta cuestionable, pues esa idea sitúa la relación entre la República, Estados y Municipios en el plan de la superioridad de aquélla. Pero lo cierto es que esta tesis de la superioridad fue extremada al punto de equiparar la superioridad con la jerarquía. Recordemos las apreciaciones de la Sala Constitucional en la comentada sentencia de 15 de abril de 2008:

“La coordinación implica la integración de órganos y entes a un objetivo, la jerarquía o superioridad del ente u órgano que coordina y la estandarización de la prestación de un servicio o bien público. En cualquier caso, la coordinación significa la satisfacción de diversos intereses públicos mediante una actuación funcionalmente coincidente de varios entes u órganos, que debe responder a los principios de eficiencia y continuidad de la prestación de un servicio o bien público.

Por lo tanto, es conforme al correspondiente régimen estatutario de derecho público, que debe determinarse el órgano u ente de la Administración Pública Nacional que ejerza las competencias de coordinación, así como el grado o intensidad del control sobre la actividad de conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras o autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial”.

Puede plantearse una relación de supremacía sin que exista jerarquía, como acota García-Trevijano Fos²², pues para que exista jerarquía debe haber unidad de competencia, y de allí que sean dos los principios básicos de la organización: coordinación y subordinación (D’ Aleessio)²³. La subordinación, en tanto la capacidad de un órgano de supeditar la voluntad de otro, es propia de la jerarquía. Por ende, no puede plantearse que la coordinación entre los distintos Poderes Públicos se estructure sobre la base de la jerarquía del Poder Nacional: si se afirma tal jerarquía, se aniquila, conceptualmente, la autonomía de los Estados y Municipios, en contra del postulado del artículo 4 constitucional.

22- Principios jurídicos de la organización administrativa, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 208.

23- Istituzioni di diritto amministrativo, Torino, 194, pp. 242 y ss.

Por ello, al abordarse este problema desde la tesis ordinal de Romano²⁴, la solución es otra, de muy distinto matiz. Los ordenamientos de las personas político-territoriales no se vinculan, entre sí, en función de la jerarquía sino de la competencia, como ha señalado la propia Sala Constitucional en sentencia de 7 de septiembre de 2004, caso *Rubén Darío Nieto Peñaranda*, así como Gustavo Linares Benzo²⁵. Las competencias que la Constitución define en sus artículos 164 y 178 son propias de Estados y Municipios: en ellas no puede interferir jerárquicamente el Poder Nacional, simplemente, pues carece de competencia. La coordinación que plantea la Constitución no es, pues, la coordinación subordinada, sino la coordinación paritaria, en la cual, las reglas uniformes de la ordenación económica han de ser estipuladas por el Poder Nacional, preservando ese núcleo o halo de autonomía, auténtica garantía institucional que la Constitución ha dispensado a favor de Estados y Municipios²⁶.

5. EL CENTRALISMO DE LA ORDENACIÓN ECONÓMICA EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA. EN ESPECIAL, LA AFECCIÓN DE LA AUTO-NOMÍA MUNICIPAL

Sin embargo, la realidad que ofrece la ordenación *positiva* de la economía venezolana, debe reconocerse, va en sintonía con la interpretación de la Sala Constitucional: generalizada ordenación nacional de la economía que deja muy poco margen a la autonomía regulatoria de Estados y Municipios. En el caso de los estados, tal centralismo es, en parte, tributario del exiguo margen de competencia que las entidades federales tienen en la ordenación de la economía. Pero en el caso municipal, sin embargo, se acusa igual centralismo, a pesar que la Constitución –en frase de arraigo fisiócrata, conforme a la tesis el Ministro Turgot– ha hecho pivotar el autogobierno municipal sobre los “*asuntos propios de la vida local*”.

Es cierto que tales “*asuntos propios de la vida local*”, a los que alude el artículo 178 constitucional responden a competencias respecto de los cuales el Poder Nacional tiene, también, atribuciones regulatorias, con lo cual, como apuntara Brewer-Carías, se trata de competencias concurrentes²⁷. El enfoque que debe asumirse es, sin embargo, otro. Se puede plantear la existencia de competencias concurrentes pues ambos Poderes coinciden en la ordenación de tales asuntos locales, como sucede –por ejemplo– con la ordenación del tránsito, a la que alude el artículo 178.2 constitucional. Pero tal concurrencia no es concéntrica: no se trata de una simple superposición de ordenamientos jurídicos, sino por el contrario, de la coincidencia *parcial* de tales ordenamientos, en cuanto corresponde al Poder Nacional fijar reglas mínimas de regulación que aseguren la unidad y, por ende, el tratamiento paritario de la libertad económica. Pero no podría el Poder Nacional exceder tal regulación a fin de incidir en la *arista local* de esa regulación general. En otros términos, no puede el Poder Nacional, con la regulación general, afectar las aristas regulatorias que deben conformarse de acuerdo con la realidad propia de cada Municipio.

Una de las pocas disposiciones que, de manera clara, resuelven tal situación en la Constitución, es en lo relativo a los servicios públicos, cuyo régimen general es competencia del Poder Nacional (artículo 156.29), mientras que las particularidades propias de la localidad es competencia propia del Municipio (178. 6). Aquí tiene operatividad plena el consabido principio de unidad de mercado: ese régimen local no puede derivar en la desfragmentación del mercado interno. La regulación general del Poder Nacional, por ello, ha de limitarse a asegurar el cumplimiento de las reglas que diseña el artículo 183 constitucional.

24- Romano, Santi, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pp. 17 y ss.

25- Linares Benzo, Gustavo, “Sistema venezolano de repartición de la competencia legislativa”, en *Derecho Administrativo Iberoamericano*, Tomo I, Paredes, Caracas, 2007, pp. 309 y ss.

26- Sobre la base de la tesis expuesta, inicialmente, por Parejo Alfonso, la doctrina venezolana ha acudido a la tesis de la garantía institucional para articular la protección reforzada de la autonomía municipal. Recientemente, vid. Hernández-Mendible, Víctor, “La autonomía del Poder Público Local”, en *Derecho administrativo iberoamericano*, Tomo I, Paredes, Caracas, 2007, pp. 221 y ss., y Villegas Moreno, José Luis, “La autonomía local y su configuración en la Constitución venezolana de 1999”, en *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, pp. 720 y ss.

27- Brewer-Carías, Allan, “Introducción general al régimen del Poder Público Municipal”, cit., pp. 88 y ss.

La realidad que ofrece el régimen legal es muy contrario, en todo caso: amplia y detallada regulación nacional de actividades propias de la vida local, que frustran cualquier autonomía en su ordenación jurídica. Para ello, tomaremos el mejor ejemplo que ofrece el Derecho venezolano: el régimen de los –llamados- servicios públicos domiciliarios²⁸: electricidad, gas, telecomunicaciones y agua potable. Como hemos señalado en otro lugar²⁹, los Municipios no cuentan con la competencia exclusiva sobre la ordenación jurídica de los servicios públicos municipales, ello, por cuanto esos servicios –en especial, aquellos basados en redes- tienen un claro impacto nacional. Es indebido, así, contraponer –como hace la Ley Orgánica del Poder Público Municipal- las competencias *propias* de las *concurrentes*. Pero dejando a un lado tal imprecisión, cabe reconocer que la competencia que al Poder Nacional se ha asignado en la Constitución, para acometer la regulación general de las actividades económicas locales –en especial, en lo que atañe a los servicios públicos domiciliarios- es justificada por dos razones: (i) muchas de las actividades catalogadas como servicios públicos (agua potable, electricidad y gas doméstico) exceden, muy mucho, del mero ámbito local; además (ii) el principio constitucional de unidad de mercado implica, como se ha visto, que corresponde al Poder Nacional, por su propia índole o naturaleza (artículo 156.33) la ordenación general del sistema económico³⁰.

Es por lo anterior que algunos de estos servicios públicos han sido objeto de regulaciones generales contenidas en Leyes nacionales, las cuales preservan esta competencia del Poder Nacional. De hecho, la propia Ley Orgánica del Poder Público Municipal, que es Ley del Poder Nacional, se encarga de desarrollar, parcamente, el régimen de los servicios municipales, pero detallando con detalle los instrumentos a través de los cuales los Municipios podrán atender su gestión, con lo cual, la libertad de organización de los servicios públicos –como nota de la autonomía municipal- se reduce a una libertad instrumental. He aquí el primer quiebre a la autonomía municipal constitucionalmente garantizada.

El segundo quiebre viene determinado en función a la intensidad con la cual la Legislación nacional acomete la ordenación de tales servicios. Así, es el Poder Nacional quien establece las formas de prestación de los servicios de suministro de electricidad, gas y agua potable. Lo propio sucede con la telefonía básica. De hecho, el Poder Nacional ha asumido, también, el otorgamiento de los títulos habilitantes que permiten la gestión de algunas de las actividades catalogadas como servicios públicos domiciliarios: sucede así con los servicios de telefonía básica. En teoría, tal régimen general no es incompatible con la autonomía municipal. El quiebre se determina, pues, por la *intensidad* con la cual la Ley nacional lleva a cabo tal ordenación.

En la práctica, las actividades que se catalogan como servicios públicos domiciliarios –que son, por definición, actividades económicas propias de la vida local y que por ende, caen dentro del ámbito de competencia del Municipio- se someten a una regulación nacional que, además de establecer el marco general, fija sus formas de gestión y sus características generales, preservando el Poder Nacional, además, potestades de control. Sucedió así con la Ley de Armonización y Coordinación de Competencias de los Poderes públicos Nacional y Municipal para la Prestación de los Servicios de Distribución de Gas con fines domésticos y de electricidad, la cual, como indica su nom-

28- Que se confunden con los servicios públicos municipales. En cuanto a éstos, vid. Brewer-Carías, Allan, "El régimen de los Servicios Públicos Municipales dentro de las competencias municipales previstas en la Ley Orgánica de Régimen Municipal", en *Revista de Derecho Público número 9*, Caracas, 1982, pp. 14 y ss.; Hernández-Mendible, Víctor, "El régimen de los servicios públicos municipales (especial referencia a los servicios públicos domiciliarios)", en *Temas de Derecho Administrativo. Volumen I*, Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 997 y ss. y Villegas Moreno, José Luis, "Servicios públicos municipales", en *Servicio Público. Balance & Perspectiva*, Vadell Hermanos, Valencia, 1999, pp. 284 y ss. Véase en general la obra colectiva *Los servicios públicos domiciliarios*, Editorial Jurídica Venezolana, CERECO, FUNEDA, Caracas, 2012.

29- Se sigue aquí lo expuesto en Hernández G., José Ignacio, *Derecho administrativo y regulación económica*, cit., pp. 609 y ss. Vid. también Hernández G., José Ignacio, "Servicio domiciliario y servicio público", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Volumen 53, Número 129, Caracas, 2007, pp. 321 y ss.

30- Bajo la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989 se planteó la controversia en torno a si podía el Poder Nacional incidir sobre los servicios públicos municipales, en específico, ante el parágrafo único de su artículo 36, que asignaba al Poder Nacional la competencia para regular las tarifas de esos servicios públicos. La Sala Constitucional concluyó reconociendo la potestad del Poder Nacional para regular, en general, tales servicios, en el entendido que la autonomía municipal no es ilimitada (sentencia de 13 de noviembre de 2001, caso *Fernando Chumaceiro*).

bre, se orientó a coordinar las competencias entre el Poder Nacional y Municipal en lo que atañe a la regulación de actividades allí reflejadas. Según su artículo 3.1, es competencia del Poder Nacional “el régimen general de los servicios públicos domiciliarios de gas y de electricidad, estableciendo su armonización y coordinación con los distintos niveles del Poder Público”. Otro ejemplo lo encontramos en la Ley Orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento, la cual preserva, en su artículo 9, la competencia del Poder Ejecutivo Nacional para la regulación general de tales servicios.

Pero ese régimen general, en realidad, se extiende a aspectos bastante particulares. Así, la propia *prestación* de esas actividades queda disciplinada por la Ley nacional. En cuanto al suministro del gas doméstico, por ejemplo, su regulación ha sido abordada por la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos. Hay aquí una contradicción de la que conviene dar cuenta, pues la referida Ley sujetó la realización de esa actividad a un título autorizatorio, a pesar de lo cual la Ley de Armonización previó –además- la figura de la concesión. La autorización será otorgada por el Poder Nacional; la concesión, por el Poder Municipal, pero también podrá hacerlo excepcionalmente el Poder Nacional³¹. La Ley Orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y de saneamiento desarrolla las diversas modalidades de gestión, previéndose la concesión, la cual será otorgada por los Municipios. Por último, el régimen de los servicios de telecomunicaciones es bastante similar, en tanto la Ley Orgánica de Telecomunicaciones ha desarrollado los modos de gestión de esos servicios y, en particular, ha previsto que corresponderá al Poder Nacional otorgar las habilitaciones administrativas para su gestión. Por lo tanto, la prestación se supedita a las formas establecidas por la Legislación nacional³².

Sí se aprecia mayor apego –formal- a la autonomía municipal en el sector del agua potable y saneamiento, pues la gestión de tales servicios, en manos del Poder Nacional, debería traspasarse al Poder Municipal³³, quien podrá llevar a cabo tal gestión –directa o indirectamente³⁴- conforme a las reglas fijadas por el Poder Nacional (artículo 11.a)³⁵, considerando el régimen concesional que rige para el aprovechamiento de las aguas³⁶.

Pero incluso, la propia regulación de la *explotación* de estas actividades ha sido abordada por el Poder Nacional, en cada una de las Leyes que ha sido dictada, incluyendo la fijación del precio –entiéndase, tarifa- de tales servicios, así como la inspección de estas actividades, actividad en la que concurrirá el Municipio según los parámetros de las normas técnicas nacionales (artículos 8 y 9, Ley de Armonización). Potestad que también se reconoce, a favor del Poder Nacional, en el artículo 9.c de la Ley Orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento. Empero, en esta Ley se permite a los Municipios fijar las tarifas aplicables, dentro de las reglas fijadas por el Poder Nacional³⁷.

Como se observa en los ejemplos referidos, en esta regulación no se ha diseñado, como regla de solución de conflictos, el principio de unidad de mercado. En realidad, la regulación general

31- De conformidad con el artículo 3.8 de la Ley de Armonización, el otorgamiento de las concesiones para la distribución de gas con fines domésticos, y de las concesiones para la distribución de electricidad corresponderá al Poder Nacional cuando: a. Los Municipios no constituyan la Mancomunidad respectiva de acuerdo con lo previsto en el numeral 4 del artículo 4 de la Ley; b. La Mancomunidad o el Municipio no logren un acuerdo con el Poder Público Nacional sobre las modalidades y condiciones para el otorgamiento de la concesión. c. La Mancomunidad o el Municipio no presten el servicio o lo hagan en contravención a las normas que dicte el Poder Público Nacional que conlleve a una prestación deficiente o ineficaz. Nótese la indeterminación de este supuesto, que permite al Poder Nacional intervenir la dotación de los servicios públicos municipales, a pesar que ésta es competencia del Poder Nacional.

32- Como excepción, la Ley de Armonización, en su artículo 4, señala que “es de la competencia exclusiva del Poder Público Municipal el servicio de alumbrado público dentro de su ámbito territorial, bajo la modalidad que se estime más conveniente para los intereses de la comunidad”.

33- Es competencia del Poder Municipal promover la transferencia a los Municipios de la prestación de los servicios actualmente prestados por órganos del Poder Ejecutivo Nacional, de acuerdo a lo establecido en las leyes que regulan la materia (artículo 9.e), lo que en la práctica no ha sucedido.

34- Aquí sí se da mayor cobertura al principio de libertad de gestión, como lo demuestra el artículo 11 en sus literales g y h.

35- Aun cuando los literales “e” y “f” de esa norma confieren a los Municipios la potestad normativa para reglamentar, específicamente, tal prestación.

36- El literal “d” del artículo 11 otorga competencia a los Municipios para “solicitar al Poder Ejecutivo Nacional la concesión para el aprovechamiento y captación del agua cruda, así como para hacer las respectivas descargas de aguas servidas”.

37- En el literal “i” del artículo 11 precitado se permite a los Municipios fijar la “Tarifa calculada por el prestador de servicios con base en el Modelo Tarifario elaborado por la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento y a los procedimientos establecidos en esta Ley y su Reglamento”.

abarca las condiciones bajo las cuales estas actividades podrán ser desarrolladas, con lo cual el Municipio asume una función meramente operativa, de ejecutor de esa regulación nacional, reduciéndose el principio de libertad de organización a un aspecto meramente instrumental: el Municipio podrá escoger las formas de gestión de estos servicios, dentro del catálogo cerrado que dibuja la Ley nacional, siendo que además, tal selección se encuentra frecuentemente limitada. La idea de la relación de subordinación jerárquica que ha planteado la Sala Constitucional encuentra reflejo en estas Leyes.

Este centralismo ha adquirido, además, rasgos mucho más acusados. La reforma de 2009 de la Ley Orgánica de Descentralización -impulsada por la sentencia de la Sala Constitucional de 15 de abril de 2008, precitada- reconoció formalmente una especie de principio de jerarquía del Poder Nacional³⁸, inicio de un férreo proceso de centralización en el contexto de la construcción del llamado "estado comunal". Así, bajo la tesis de la predominancia de la "democracia directa, se han creado "instancias" de participación ciudadana en el llamado "Poder Popular". Tales instancias, en realidad, son meros instrumentos de acción del Poder Nacional Central, cuyo único propósito debe ser la construcción del socialismo y en el plano económico, la construcción del sistema económico comunal³⁹. Con lo cual, el concepto de descentralización se ha degenerado, para aludir a la transferencia de competencias a favor de esas instancias⁴⁰.

Ese sistema económico comunal no solo es contrario a la Constitución económica por desconocer a la libertad de empresa y la propiedad privada. Para efectos de este trabajo, interesa señalar que ese sistema se basa en un centralismo, pero desde la óptica del estado comunal, de lo cual ha derivado el progresivo debilitamiento institucional de Estados y Municipios, y el consecuente fortalecimiento de las competencias del Poder Nacional.

De allí que, en la práctica, el principio de unidad de mercado carece de relevancia entre nosotros, pues falta el elemento esencial: la coexistencia de ordenamientos jurídicos autónomos entre sí, en el sentido que cada institución -Estados y Municipios- ha de tener capacidad para desarrollar tal autonomía con independencia de lo dispuesto por el Poder Nacional. Sólo si se garantiza la existencia de estos tres ordenamientos, tendría sentido entonces articular el principio de unidad de mercado, para evitar la dispersión del orden económico y la garantía de la igualdad.

La Unión, 2015.

38- Subero Mujica, Mauricio, "Comentarios a la Ley de reforma parcial de la ley orgánica de descentralización, delimitación y transferencia de competencias del poder público del 17 de marzo de 2009", en el Boletín del Posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello, consultado en http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/boletines/derecho-admin/1_boletin/MAURICIO_SUBERO.pdf [Consulta 27.4.2015].

39- Brewer-Carías, Allan, *Estado totalitario y desprecio a la Ley*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 145 y ss.

40- Como explicamos en la obra colectiva *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011.

La potestad organizativa en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Administración Pública de 2014

*Luis Alfonso Herrera Orellana*¹

Resumen: Este trabajo expone los contenidos principales de la última reforma de la Ley Orgánica de Administración Pública, los efectos de la misma sobre el sistema económico constitucional y una evaluación de los costos y beneficios de esos efectos, para luego proponer algunos cambios que deberían incluirse en una futura reforma de esta legislación.

Palabras claves: Potestad, organización, Estado de Derecho.

Abstract: This study presents the principals contents of the last reform of the Organic Law of Public Administration, the effects thereof about the constitutional economic system and an evaluation of the costs and benefits of them, with the objective to propose some changes that should be incorporated in a future reform of this law.

Keywords: Power, organization, Rule of Law.

1. LA REFORMA DEL DECRETO CON RANGO DE LEY ORGÁNICA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE 2014:

En la Gaceta Oficial Nro. 6.147, Extraordinario, de 17 de noviembre de 2014, se publicó el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (en lo que sigue DLOAP), el cual tiene por objeto establecer los principios, bases y lineamientos que rigen la organización y el funcionamiento de la Administración Pública; regular los compromisos de gestión; crear mecanismos para promover la participación popular, el control, seguimiento y evaluación de las políticas, planes y proyectos públicos; y establecer las normas básicas sobre los archivos y registros de la Administración Pública.

A diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia de la Constitución de 1961, cuando la decisión acerca del tamaño de la Administración central la adoptaba el Congreso mediante ley nacional, a propuesta del Ejecutivo nacional, debido a una modificación de materia en la Constitución de 1999, con base en el artículo 236, numeral 20, y de este DLOAP, el Presidente de la República puede reducir o ampliar, mediante acto sub-legal, a su entera discreción, el número y tamaño de los Ministerios y demás órganos de la Administración central nacional (comisiones, servicios autónomos, autoridades únicas de área, etc.), y, asimismo, puede con base en el mismo DLOAP determinar el número y tamaño de los entes descentralizados con forma de Derecho Privado, a saber, de fundaciones, asociaciones civiles, sociedades civiles estatales y, en especial, sociedades mercantiles estatales o llamadas comúnmente empresas del Estado.

Ahora bien, ¿qué razones impulsaron esta nueva reforma del DLOAP?

El jefe del Ejecutivo nacional dio como justificación de la reforma del DLOAP, mediante Ley Habilitante, la siguiente:

(...) "hemos tomado un conjunto de elementos que ustedes propusieron para ir a una transformación de todos los ministerios, de todos los entes públicos para que los trabajadores

1- Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela.

asuman un papel protagónico en las funciones que cumplen todos los entes públicos' (...) el Mandatario señaló que en esta reforma de la Ley se incluirán las vicepresidencias sectoriales, 'las vicepresidencias de las cinco revoluciones a la cual llamé yo, para impulsar y acelerar la revolución' (...) Estas vicepresidencias son: la vicepresidencia del Desarrollo Socialismo Territorial, encabezada por Elías Jaua; la vicepresidencia de la Seguridad y Soberanía Alimentaria, dirigida por Yván Gil; la vicepresidencia de Economía, a cargo del General Marco Torres; la vicepresidencia Política, dirigida por el canciller Rafael Ramírez y la vicepresidencia de las Misiones y la Revolución Social, encabezada por Héctor Rodríguez ².

De acuerdo con lo anterior, el motivo de la reforma fue aumentar la burocracia nacional y dotar de mayores competencias y poder a esas Vicepresidencias (en perjuicio de la autonomía política y técnica de los Ministerios), como ya había ocurrido en la reforma de este mismo DLOAP en 2008, cuando se lo modificó para sujetar, de forma inconstitucional, a todas las organizaciones administrativas nacional, estatal y municipal a la "planificación central" (ejercida por la Comisión Central de Planificación y el resto del Ejecutivo nacional) y darle "rango legal" a las "misiones" (que en realidad son órganos o entes centrales, según su acto de creación presidencial).

Es con base en el marco legislativo general que contiene este DLOAP en la materia, que el Gobierno nacional (lo mismo que los gobiernos estatales y municipales) ejerce la llamada potestad organizativa, a saber, el poder jurídico que otorga la ley a los entes territoriales y órganos que ejercen el Poder Público (así como a los demás órganos y entes previstos en la Constitución, como el Banco Central, Consejo Federal, etc.) para crear sus estructuras organizativas, administrar sus recursos humanos y materiales, definir sus normas internas de funcionamiento, así como la forma en que actuarán para cumplir con los fines que la Constitución y las leyes le establezcan³.

Gracias al DLOAP, Venezuela es actualmente uno de los países a nivel mundial con más Ministerios, que resultan de los más costosos no sólo por su tamaño, personal y gastos de mantenimiento, sino por sus mediocres resultados, que no generan reales beneficios a los ciudadanos⁴.

En una entrevista hecha al diputado Elías Matta, se dieron las siguientes cifras sobre el tema:

"A 29 se eleva el número de ministerios creados por el Gobierno Nacional desde que la Revolución Bolivariana llegó al poder con el fallecido presidente Hugo Chávez en 1999 quien heredó 16 despachos de la administración del desaparecido Rafael Caldera (...) En 2013 existían 32 ministerios que luego se redujeron a 28 cuando el año pasado el presidente Nicolás Maduro anunció nuevos cambios en la estructura del Gabinete Ejecutivo agrupándolos en cinco áreas y bajo la coordinación de seis vicepresidencias. Según datos estadísticos Estados Unidos tiene dos millones de empleados públicos. En Colombia 3,9% de la fuerza laboral trabaja en la administración pública y Perú 8,3%. Según el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) Venezuela tenía 1,3 millones de empleados al cierre de 2002 y al 2012 la cifra alcanzó a 2,4 millones que representan el 19,6 por ciento de la fuerza laboral del país (...) El diputado del partido Un Nuevo Tiempo (UNT) Elías Matta culpó al Gobierno por crear un 'Estado burocrático paralelo, cada vez más grande e inservible, con tres millones de empleados hoy día dentro de un desorden administrativo que en nada ayuda a resolver los problemas de la gente' (...) En su opinión el Gobierno ha creado un estado burocrático paralelo, cada vez más grande e inservible, centralizado totalmente desde Caracas, que viene absorbiendo e incorporando a la nómina nuevos funcionarios y como ejemplo citó el área comunal (...) Precisó que el aparato burocrático venezolano cuesta 100 millones de bolívares de acuerdo al monto reflejado en el presupuesto nacional que por ser deficitario termina 250 mil millones de bolívares"⁵.

2- Ver la declaración íntegra en: <http://goo.gl/UEFFK2>.

3- Sobre esta potestad en general, y la evolución de su régimen jurídico en Venezuela, ver Peña Solís, José, *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen Segundo, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 557 y ss.

4- Sobre el problema del desbordamiento irresponsable y sin control del tamaño de la Administración Pública en el país, ver: Alvarado, Andrade, Jesús María, "Análisis sobre el acrecentamiento de la Administración central del Estado venezolano", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, N° 60-61, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2010, pp. 209 y ss., disponible en <http://goo.gl/LXzG0C>

5- Ver: <http://goo.gl/KGsgp8>.

No obstante lo anterior, de todos los entes (figuras con personalidad jurídica, como el INTI o CONATEL) y órganos (figuras sin personalidad jurídica, como el SENIAT o el SAPI) que puede crear el Gobierno nacional con base en el DLOAP, nos interesa en esta contribución centrarnos en el caso de las empresas del Estado, ya que a través de esta figura administrativa el Gobierno nacional ha venido sustituyendo en forma progresiva y arbitraria a muchas empresas privadas en los más diversos sectores de la economía, violando el sistema de economía social de mercado constitucional⁶ y, al mismo tiempo, creando monopolios estatales en perjuicio de los derechos económicos de los ciudadanos. También es en este sector de la organización administrativa en donde se suscitan los mayores y más escandalosos casos de corrupción en contra del patrimonio público.

Sobre el último aspecto, en materia de importaciones por ejemplo, es ya una realidad el monopolio estatal en dicho ámbito de la economía, situación que si bien se presenta por la falta de un Tribunal Supremo que haga valer la economía social de mercado que la Constitución establece, también se produce porque el DLOAP también lo permite, al no establecer límite alguno al Gobierno al crear burocracia por vía de actos administrativos, que carecen de control parlamentario previo y posterior, y peor aún, darle a esa burocracia creada mediante actos sub-legales potestades administrativas, aunque tengan "*forma de Derecho Privado*".

Así, en una información de prensa de meses atrás se señaló que:

(...) "la semana pasada se oficializó la creación de la empresa Venezolana de Servicios Tecnológicos para Equipos de Salud S.A (Vensalud). Según el decreto presidencial 744, contenido en la Gaceta Oficial 40.338, Vensalud "tendrá por objeto ejecutar las actividades relacionadas con la investigación, diseño, desarrollo, producción, manufactura, distribución, comercialización, importación y exportación de equipos, instrumentos y materiales médicos (...) Aunque el discurso del Ejecutivo nacional es contrario a las importaciones, la realidad es que las compras externas del sector público no han dejado de crecer en los últimos años (...) Las cifras del Banco Central de Venezuela (BCV) indican que entre el tercer trimestre de 1998, año previo a la llegada de Hugo Chávez al poder, y el tercer trimestre de 2013 las importaciones públicas no petroleras crecieron 995% al pasar de apenas 245 millones de dólares a los 2 mil 684 millones de dólares. La red de empresas que ha levantado el Estado en los últimos 15 años son las que han gastado esos recursos en la compra de alimentos, vehículos o teléfonos celulares. La Corporación de Abastecimientos y Servicios Agrícolas (CASA) se ha convertido en la responsable de la importación de productos terminados que van a las redes estatales de comercialización de alimentos, así como materia prima e insumos que luego vende en el mercado interno a la industria privada. Un esquema similar al de CASA ha aplicado la estatal Telecom de Venezuela (Telecom) en el sector de las telecomunicaciones. Esta empresa es la responsable de controlar las compras de equipos y dispositivos para operadoras de telefonía móvil y de televisión por cable como Movistar, Movilnet, Digitel, Directv o Supercable. La compañía Suministros Venezolanos Industriales (Suvinca) también ha jugado un rol clave en la importación de bienes en los últimos años. Buena parte de los productos que el Gobierno le compra a China, tales como los automóviles de la marca Chery y los electrodomésticos Haier destinados al programa 'Mi casa bien equipada' han venido a Venezuela a través de Suvinca. A estas compañías se une Venezolana de Exportaciones e Importaciones (Veximca). Aunque esta empresa ha realizado importaciones para la Fuerza Armada Nacional, recientemente también ha realizado compras de diversos productos (...) desde Veximca han informado a empresarios del sector electrodomésticos que será la compañía estatal quien asuma las compras de esos equipos".

Más allá del aumento del centralismo y de la burocracia en el Gobierno nacional que ha permitido la reforma de 2014, interesa en esta oportunidad examinar qué limitaciones establece el DLOAP, tanto jurídicas como económicas, a la potestad organizativa del Gobierno central, qué efectividad tienen esas limitaciones -si existen- y qué impacto tiene el ejercicio actual de esa potestad, mediante la creación de empresas estatales, sobre el sistema de economía social de

6- Sobre este sistema constitucional ver González, José Valentín, "Una nueva aproximación a la Constitución económica de 1999", *Enfoques sobre Derecho y Libertad en Venezuela*, Herrera Orellana, Luis Alfonso (Coord.), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, pp. 107-129.

7- Ver: <http://goo.gl/cRACp7>

mercado y los derechos económicos de los venezolanos, aplicando a tales fines la metodología de análisis costo-beneficios.

2. PRINCIPALES CONTENIDOS DEL DECRETO CON RANGO DE LEY ORGÁNICA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE POTESTAD ORGANIZATIVA Y SUS LÍMITES:

En sus primeros artículos el DLOAP incluye una serie de normas que, en principio, deberían servir para disciplinar, limitar y facilitar el control (judicial y fiscal) de la potestad organizativa, cuando es ejercida por el Gobierno Nacional. A continuación, una breve síntesis de los mismos.

El artículo 15 señala que los órganos y entes de la Administración Pública se crean, modifican y suprimen por los titulares de la potestad organizativa, según lo establecido en la Constitución de la República y la ley.

El artículo 16 indica que la creación de órganos y entes administrativos debe sujetarse, entre otros requisitos a la:

(...)“previsión de las partidas y créditos presupuestarios necesarios para su funcionamiento. En las correspondientes leyes de presupuesto se establecerán partidas destinadas al financiamiento de las reformas organizativas que se programen en los órganos y entes de la Administración Pública” y añade en forma expresa que “no podrán crearse nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de éstos”.

El artículo 17 adopta el principio de responsabilidad fiscal, de acuerdo con el cual:

(...) “no podrán crearse nuevos órganos o entes en la Administración Pública que impliquen un aumento en el gasto recurrente de la República, los estados, los distritos metropolitanos o de los municipios, sin que se creen o prevean nuevas fuentes de ingresos ordinarios de igual o mayor magnitud a la necesaria para permitir su funcionamiento”.

El artículo 18 dispone que el funcionamiento de los órganos y entes de la Administración Pública:

(...) “se sujetará a las políticas, estrategias, metas y objetivos que se establezcan en los respectivos planes estratégicos y compromisos de gestión” (...) “y comprenderá el seguimiento de las actividades, así como la evaluación y control del desempeño institucional y de los resultados alcanzados”.

El artículo 19 establece que *“la actividad de los órganos y entes de la Administración Pública perseguirá el cumplimiento eficaz de los objetivos y metas fijados en las normas, planes y compromisos de gestión”*.

El artículo 20 contempla que:

(...) “la asignación de recursos a los órganos y entes de la Administración Pública se ajustará estrictamente a los requerimientos de su funcionamiento para el logro de sus metas y objetivos; asimismo que el funcionamiento de la Administración Pública propenderá a la utilización racional de los recursos humanos, materiales y presupuestarios” (...) “los titulares de la potestad organizativa de los órganos y entes de la Administración Pública, previo estudio económico y con base en los índices que fueren más eficaces de acuerdo al sector correspondiente, determinarán los porcentajes mínimos de gasto permitido en unidades de apoyo administrativo”.

Por último, el artículo 21 establece que:

(...) “el tamaño y la estructura organizativa de los órganos y entes de la Administración Pública serán proporcionales y consistentes con los fines y propósitos que les han sido asignados. Las formas organizativas que adopte la Administración Pública serán suficientes para el cumplimiento de sus metas y objetivos y propenderán a la utilización racional de los recursos del Estado”.

Luego de revisar todas estas normas, cabe preguntarse:

¿Estas normas del DLOAP en realidad regulan y limitan la potestad organizativa de la Administración Pública en Venezuela?

¿Qué eficacia han tenido dichas normas (piénsese en el caso de la ciudad de Caracas, en la que el Ejecutivo nacional ha creado múltiples autoridades, así como en algunos Estados como Miranda, Corporaciones que “*compiten*” con las Gobernaciones)?

¿Las tomó en cuenta el Gobierno nacional cuando creó las llamadas “*misiones*”, “*grandes misiones*” y las “*Vicepresidencias*” sin antes evaluar y eliminar allí donde fuera necesario los órganos existentes?

¿Existen sentencias o actos de la contraloría general que hayan anulado decisiones del Ejecutivo o establecido algún tipo de responsabilidad administrativa por violar el DLOAP?

¿Qué criterios sigue el Ejecutivo nacional en especial al momento de crear mediante decreto sub-legal entes descentralizados empresariales o no? ¿Técnicos o partidistas? ¿Evalúa cuánto se invierte en estas empresas del Estado y cuánto éstas benefician en realidad a la población?

¿Puede afirmarse que el cambio constitucional de 1999 que permite al Gobierno fijar mediante decreto sub-legal el número de ministerios fue beneficioso o perjudicial para el país? ¿No es más responsable y ajustado al Estado de Derecho que el Parlamento tenga un control previo sobre este asunto, como ocurría bajo la Constitución de 1961?

¿Qué impacto tiene en la asignación de recursos a otros Poderes Públicos, a los Estados, los Municipios y personas con autonomía constitucional, como el BCV y las Universidades públicas, la creación compulsiva de entes descentralizados?

¿Existen informes, estudios, estadísticas y casos oficiales que evidencien la relación que existe entre desbordamiento del tamaño de la Administración y corrupción?

La mayoría de las respuestas a estas preguntas parecen ser negativas, entre otras razones debido a la inexistencia de fuentes que permitan constatar lo contrario, no obstante lo cual cada ente y órgano creado por el Gobierno nacional sin control ni supervisión de otros Poderes implica el uso de millones de bolívares y también de dólares (en el caso de las empresas del Estado) para el funcionamiento de esas instancias, al margen de lo que cuestan por la corrupción que en ellos tarde o temprano se genera.

3. EFECTOS DEL RÉGIMEN DE LA POTESTAD ORGANIZATIVA SOBRE EL SISTEMA ECONÓMICO CONSTITUCIONAL:

Un reciente informe de la organización Transparencia Venezuela⁸ sobre el funcionamiento de algunas empresas del Estado nacionales existentes a la fecha revela que, según las últimas Memorias y Cuenta presentadas por el Gobierno nacional, para julio de 2015 operaban 203 empresas de propiedad estatal en el país. Cabe indicar que este número puede estar por debajo de la realidad, debido al gran desorden y falta de transparencia en la información con que opera el Estado venezolano.

Pues bien, muchas de esas empresas estatales, asumiendo que en Venezuela rige un sistema de planificación central de la economía y no uno de economía social de mercado, con el principio de subsidiariedad como pilar central⁹ se crearon a partir de la “*expropiación*”, ocupación,

8- Ver su contenido en <http://goo.gl/AjS4Ja>

9- Sobre este principio y su vinculación con la división de Poderes, ver Alvarado Andrade, Jesús María, “División del Poder y principio de subsidiariedad”, *Enfoques sobre Derecho y Libertad en Venezuela*, Herrera Orellana, Luis Alfonso (Coord.), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, pp.131-185.

intervención o “*confiscación*” judicial de empresas privadas, a las que se declaró en forma arbitraria de utilidad pública o se las acusó de incurrir en delitos o en ilícitos administrativos. De este modo, cabe afirmar que la potestad organizativa en el país, desde hace varios años, cuando se orienta a la creación de empresas estatales, implica violaciones a los derechos de propiedad, sin que las normas del DLOAP hayan sido idóneas para impedir tal proceder.

A su vez, muchas de estas empresas estatales se han utilizado como medios para expropiar, intervenir y tomar empresas privadas o bienes de propiedad de éstas, como ha ocurrido en el caso de PDVSA con las empresas privadas que prestaban servicios a esa estatal, los contratistas de FUNDAPROPATRIA 2000, entre otros casos, en una clara desviación de poder en el ejercicio de la potestad organizativa. También se han creado, como se indicó, monopolios estatales que violan la libre competencia, los derechos de los consumidores y los derechos de los trabajadores, ya que el Derecho del Trabajo no se aplica de igual forma a los empleados públicos que a los privados.

Ello pasa porque en Venezuela el Derecho Administrativo, la jurisprudencia de esta área y la doctrina especializada, en general, aceptan, justifican o no cuestionan el que se otorguen potestades administrativas a los entes descentralizados “*con forma de Derecho Privado*”, para sancionar, regular, expropiar y dictar actos ejecutivos y ejecutorios.

Ocurre a la inversa en ordenamientos como el español, tan invocado en el país, en el cual se entiende que es el Derecho Privado el aplicable a la actividad ordinaria de esos entes, y no el Derecho Administrativo, tal y como lo explica Ariño Ortiz:

“En primer lugar, conviene recordar algo que es importante y que pone la tremenda fuerza condicionante de la organización en el Derecho, a saber: que hay una serie de aspectos ad intra en todo ente que se incruste de alguna manera en la organización del Estado (sea público o privado) que son siempre de Derecho público-administrativo: su creación y composición, financiación, orientación general de su actividad, control, etc.; y ello aun cuando la ‘forma jurídica’, su actuación en cada caso y sus relaciones erga privatos, estén sometidos plenamente a los métodos y reglas del Derecho privado. Dicho con otras palabras, también para las sociedades hay un marco de Derecho público que afecta a algunos momentos singulares de su nacimientos, organización (la cúspide) y actividad (orientación general de sus fines). Tal marco de Derecho público no es sino la consecuencia necesaria de la peculiar condición del sujeto que las crea (el Estado), pero constituye algo marginal externo a la propia sociedad, cuyo régimen jurídico básico sigue siendo privado¹⁰”.

En el caso venezolano, por deficiencias del DLOAP, lo marginal es la aplicación del Derecho Privado en el caso de los entes descentralizados “*con forma de Derecho Privado*” y la regla es la aplicación del Derecho Administrativo.

Otras empresas estatales, a su vez, son utilizadas para discriminar (otorgando privilegios a unos en perjuicio de otros), controlar (dictar autorizaciones, prohibiciones y sanciones) o dirigir (decidir qué se importara, qué se exportará, a quién, etc.) la actividad de las pocas empresas privadas que van quedando en el país, como si se tratara de Ministerios o Institutos Autónomos, al atribuirles el ejercicio de potestades administrativas en lugar de sólo atribuirles facultades para contratar a través de sus estatutos sociales. Es el caso de CORPOVEX, de la Corporación Maneiro y de Veximca, entre otros.

Finalmente, la existencia de esta absurda e injustificada cantidad de empresas del Estado (que le quita fondos a actividades estatales esenciales como la seguridad ciudadana, la justicia, la salud y educación públicas, la infraestructura, la seguridad en fronteras, las cárceles, etc.), y que es contraria al principio de subsidiariedad que es inherente al sistema de economía social de mercado, demanda incontables recursos para el pago de nóminas, compromisos, servicios, materiales,

10- Ariño Ortiz, Gaspar, *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*, Editorial IUSTEL y Fundación de Estudios de Regulación, Madrid, 2011, pp. 316 y 317.

transporte, etc., que no provienen en su totalidad de los ingresos por venta de petróleo, lo que impacta no sólo en el aumento de impuestos y contribuciones especiales, sino de las sanciones pecuniarias o multas, cada vez más elevadas e injustas en la legislación económica vigente en el país, como es el caso del DL de Precios Justos.

Valga precisar, a propósito de la subsidiariedad antes mencionada, lo que ese principio quiere decir, siguiendo lo explicado al respecto por la doctrina jurídica chilena:

“El principio de subsidiariedad parte de la base de la ‘autonomía’ de cada cuerpo o grupo asociativo, para realizar sus fines propios y específicos y así contribuir al bien de sus miembros y de todos aquellos con quienes se relaciona; en tal virtud no significa sino que cada grupo o entidad dentro de la sociedad debe respetar ese campo de acción propio de cada una de esas agrupaciones, no interfiriendo en su actividad, ni perturbando su accionar (...) El principio de subsidiariedad en su contenido esencial indica ese muy principal principio de organización social y especialmente de la comunidad política, que exige que el papel o función de ayuda, auxilio o socorro de las organizaciones dichas ‘mayores’ respecto de las ‘menores, cuando éstas (...) se ven en apuros, dificultades o penurias para desarrollar sus funciones propias y específicas. Ello supone necesariamente ese aspecto que se ha hecho resaltar tanto y que ha llevado a olvidar el aspecto indicado de acción/actividad u obra de las agrupaciones mayores, como es la abstención o no intervención de ellas en la actividad o accionar de las sociedades menores, el dejar vivir en su intrínseca autonomía a esas organizaciones menores para realizar sus fines específicos¹¹”.

Todas las anteriores son casos de violaciones directas e indirectas a la propiedad privada, derivados de la forma insuficiente e ineficiente (meras declaraciones de principios) en que el DLOAP regula la potestad organizativa del Gobierno nacional, siendo ésta, por desgracia, otra de las áreas en que, al menos en Venezuela, el Derecho Administrativo ha fracasado rotundamente en su misión de someter a la Administración a la ley y ponerla al servicio de los ciudadanos, quedando esa rama del Derecho como una mera ficción, que es objeto de burla y uso indecoroso por parte del Poder según sus caprichos y conveniencia.

Por demás, valga resaltar y rechazar aquí el que se pretenda justificar lo anterior sobre la base de los “empleos públicos” ineficientes e injustificados que crean estas empresas del Estado, ya que ello es tanto como decir que la mayor parte de la población que no tiene un empleo público ni es funcionario debe aceptar sumisamente que un sector minoritario aunque no genere beneficios a la sociedad en general se beneficie al recibir fondos públicos por tener un empleo que no beneficia sino sólo a su titular.

Sobre este tema, en un artículo titulado “*El drama del tamaño de la Administración Pública*”, se señaló acertadamente lo siguiente:

“Uno de los grandes temas para el Ejecutivo Nacional es el de los empleados públicos, cuya cantidad ha ido en aumento, a pesar que hace 10 años el Presidente Hugo Chávez dijo que su propósito era disminuir el tamaño del Estado. Una década más tarde, el gobierno, en su afán de acumular más poder, ha ido aumentando el tamaño del sector público que, según cifras del Instituto Nacional de Estadísticas (INE), ha aumentado en 170 mil empleados, en un año. La nómina del Estado ha aumentado un más de un millón de empleados en estos 10 años, a pesar de que la promesa era todo lo contrario. No se puede decir que esto es bueno o malo, porque no se trata de criticar por criticar. Lo que sí podemos decir es que hay una concepción de apoderamiento del Estado en el sector económico que ha hecho que se empeñe en ser el gran motor empleador del país. No es el fondo, sino es la forma como ha crecido el Estado lo que criticamos. Tal vez, el Ejecutivo cree que ser el gran empleador es una alternativa para solucionar un problema puntual. Sin embargo, el gobierno va en vías de atrofiarse, si es que ya no lo está, a causa del tamaño de la nómina que es gigantesco y diría que insostenible¹²”.

11- Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, AbeledoPerrot y Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012, pp. 112 y 114.
12- Ver: <http://goo.gl/IYYXHO>

Dicho lo anterior, de nuevo, cabe preguntar, ahora en función de la futura puesta en vigencia de la economía social de mercado en nuestro país:

Las empresas de propiedad estatal que funcionan en Venezuela, ¿cuánto cuestan al año y qué beneficios directos generan a la nación, a las regiones y a las localidades?

¿Cuántos institutos autónomos funcionan en Venezuela, qué grado de autonomía técnica tienen respecto de los Ministerios, qué beneficios generan y cuánto le cuestan al país?

¿Cuántas asociaciones y sociedades civiles existen en Venezuela, qué utilidad generan a la ciudadanía, cuál es su presupuesto y qué reglas siguen para evitar su partidización?

¿Qué beneficios ha traído incorporar a las misiones y a los Vicepresidentes sectoriales al DLOAP?

¿Qué medidas sería necesario adoptar tanto en esta legislación como en la Constitución para impedir el crecimiento desmesurado del tamaño y los costos de funcionamiento de la Administración?

¿La creación de entes descentralizados debe justificarse en la creación de empleos, la búsqueda de fines ideológicos o en la ejecución de políticas públicas responsables?

4. ANÁLISIS COSTOS – BENEFICIOS DEL RÉGIMEN DE LA POTESTAD ORGANIZATIVA EN EL DECRETO-LEY ORGÁNICA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE 2014:

4.1 Establece principios y reglas para el ejercicio racional y responsable de la potestad organizativa de la Administración, pero al no existir control judicial ni fiscal sobre su aplicación queda reducida en estos artículos a meras sugerencias legislativas:

El DLOAP establece, como se indicó, una serie de normas dirigidas a racionalizar y hacer eficiente el ejercicio de la potestad organizativa de la Administración Pública, de modo que se creen sólo los entes y órganos estrictamente necesarios, y se asignen los recursos que sean requeridos para su funcionamiento, sin excesos ni desproporción, lo que es sin duda beneficioso para la ciudadanía y el funcionamiento del Estado; sin embargo, esas normas no son supervisadas en su cumplimiento por la Contraloría General ni tampoco por los Tribunales, en principio es el propio Gobierno el llamado a cumplirlas por su propia voluntad, lo que es ilusorio y contrario a la naturaleza misma del poder, de modo que la falta de controles de cumplimiento de esas normas, debido a la insuficiencia del DLOAP y la falta de división de Poderes, genera costos inmensos para la población debido al ejercicio ilimitado e irresponsable de la mencionada potestad, que da lugar a la creación compulsiva de más y más burocracia, que sólo beneficia a quienes la integran.

4.2 Se aumentó el número de órganos de la Administración central y ésta se centralizó aún más en el Presidente de la República, pero tal medida no la ha hecho más eficiente ni accesible a los ciudadanos:

La reciente reforma, vía Ley Habilitante, del DLOAP creó 5 Vicepresidencias sectoriales: la Vicepresidencia del Desarrollo Socialista Territorial; la Vicepresidencia de la Seguridad y Soberanía Alimentaria; la Vicepresidencia de Economía; la Vicepresidencia Política y la Vicepresidencia de las Misiones y la Revolución Social, instancias que podrían considerarse de utilidad para unificar decisiones y acciones en el Gobierno central y así actuar con mayor eficacia al momento de atender los problemas de los ciudadanos en estas áreas generales; el problema, y allí los costos de la medida, es que la creación de estas Vicepresidencias no implicó la eliminación o supresión de Ministerios u otros órganos, sino la adición de nuevos órganos a los existentes, ya que las Vicepresidencias igual deben actuar a través de los Ministerios y demás órganos y entes nacionales, siendo en cambios

estos últimos, en especial los Ministerios, los que han perdido autonomía y se tornarán aún más ineficientes en su actividad, ya que ahora unos Ministros están sujetos a las decisiones de otros “Super” Ministros, que están entre ellos, el Vicepresidente y el Presidente de la República.

4.3 Ha permitido el crecimiento del número de empleados públicos nacionales, pero en puestos de trabajo burocráticos, improductivos, que no generan beneficios a la ciudadanía sino sólo a sus ocupantes:

Se podría considerar un beneficio derivado del modo en que se regula la potestad organizativa en el DLOAP, así como de la creciente burocracia que se ha generado a partir de su ejercicio, la existencia de cada vez más cargos y empleados públicos, lo que supondría asumir el ejercicio de esta potestad como una suerte de política pública para la generación de empleos en el país, con apoyo en recursos públicos, al margen de la eficiencia, pertinencia y costos que implica la creación de esos puestos de trabajo; el costo de esa forma de entender la potestad organizativa es que por esta vía se malgastan millones y millones de bolívares y dólares en actividades y organizaciones que no son prioritarias ni corresponden en casos al Estado, en perjuicio de las funciones y tareas que sí le son esenciales y resultan indelegables al mercado o a la sociedad civil, ya que los recursos, por abundantes que sean, resultan siempre escasos e insuficientes; por otro lado, esta visión de la creación de empleos es errada y discriminatoria, pues los empleos de calidad y en cantidad suficiente sólo pueden generarse en el sector privado si existe un buen funcionamiento de la economía, y los empleos públicos deben reducirse a los estrictamente necesarios, sin que fines ideológicos, partidistas o electorales los definan, ya que en tal caso se estaría privilegiando a unos ciudadanos (los que ocupan cargos que no se necesitan pero se pagan con fondos públicos) en perjuicio de otros (ciudadanos que no reciben atención que requieren del Estado por falta de fondos públicos para ello).

4.4 Facilita la creación de entes descentralizados a discreción del Ejecutivo, en especial de empresas estatales con fines de interés general, pero ello ha permitido la creación de monopolios, de expropiaciones arbitrarias y el fomento de la improductividad:

Por último, y acorde con la mentalidad estatista e intervencionista que predomina tanto en la población como en la sociedad política venezolana, se podría considerar que la facilidad que otorga el DLOAP para la creación de entes descentralizados, en especial empresas del Estado, es beneficioso para la población ya que frente a fallas de mercado o conductas indebidas del sector privado en cualquier sector de la economía, el Gobierno podría crear sin mayor dificultad una o varias empresas estatales que den respuesta al problema y satisfagan las necesidades de la población; el problema con esa perspectiva, que ignora por completo la complejidad y retos de la función empresarial bajo régimen de competencia y sujeta a la soberanía del consumidor, es que deja de lado los costos que en forma predecible generará la facilidad que da al poder el DLOAP para crear empresas estatales, a saber, la creación de éstas con criterios ideológicos, partidistas o electorales, como recompensa o como castigo a aliados políticos o adversarios del Gobierno, con fines de corrupción o simplemente por irresponsabilidad de quien no sabe producir nada pero sí destruir a quienes sí saben producir (las empresas estatales, a diferencia de las privadas, no quiebran); adicionalmente, permite la creación de monopolios estatales y de violaciones a los derechos de propiedad que no sólo afectan a los empresarios, sino en forma directa a los trabajadores y a los consumidores, al deteriorarse y desaparecer puestos de trabajo y reducirse y hasta desaparecer la oferta de bienes y servicios. Por último, la improductividad y la ineficiencia, por la falta de incentivos a los directivos y a los trabajadores de esas empresas, hacen que den pérdidas, es decir, que sólo sirvan para destruir recursos públicos¹³.

13- Ver: <http://goo.gl/7k8iKH>.

5. CONCLUSIÓN. IDEAS PARA UNA FUTURA REFORMA DEL DECRETO-LEY ORGÁNICA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:

El DLOAP presenta normas jurídicas de utilidad para regular y limitar la potestad organizativa de la Administración Pública, pero que son insuficientes por sí mismas para garantizar que no haya un crecimiento compulsivo, ineficiente, irresponsable y contrario al sistema de economía social de mercado de los órganos centrales y entes descentralizados, en especial de empresas del Estado, por lo que sus costos son mucho mayores a sus posibles beneficios.

Las dos últimas reformas del DLOAP, tanto para incluir las misiones y la sujeción de toda la organización administrativa del Estado venezolano a la planificación central, así como para incluir las Vicepresidencias sectoriales en la más reciente de 2014, no han implicado mejora alguna en el funcionamiento de la Administración central nacional, ni en la mejor prestación de servicios a los ciudadanos.

Es por lo anterior lícito afirmar que el DLOAP, a diferencia de lo que prometía en su versión original de 2001, no ha generado los beneficios que se esperaban de él, en cuanto a racionalización, eficiencia y austeridad en la creación y funcionamiento por parte del Gobierno nacional de los órganos y entes administrativos nacionales, vía ejercicio de la potestad organizativa, y sí costos imponderables, ya que son incontables los recursos públicos que se dilapidan en entes que no generan beneficios a la población y que son necesitados en hospitales, escuelas, tribunales, policías, atención de emergencias, etc. para poder funcionar.

Por tanto, urge que la próxima Asamblea Nacional reforme esta legislación, no sólo para excluir las normas inconstitucionales, por centralistas, que actualmente contiene, sino para mejorar y completar las normas sobre control de la creación de órganos y entes públicos por el Gobierno nacional, lo que debe traducirse en mayor participación de los ciudadanos, legitimación de éstos para actuar ante los tribunales, y mayor control político, fiscal y judicial sobre la creación de burocracia de modo que sólo exista la que se necesite, y no más.

Así, en una futura reforma al DLOAP deberá incluir normas que limiten mucho mejor la potestad organizativa del Gobierno nacional, sometiéndola a un control previo o posterior del Parlamento y obligando a que haya rendición de cuentas periódica a fin de verificar si su eficiencia (económica y social) justifica la inversión de fondos públicos que se hace en los entes descentralizados que se creen, especialmente en el caso de las empresas estatales; e igualmente debe mejorarse y diseñarse un esquema de control por parte de la Contraloría General de la República, así como de las Contralorías estatales y municipales, en coordinación y cooperación con la Comisión de Contraloría de la Asamblea Nacional y las comisiones respectivas de los Consejos Legislativos y los Concejos Municipales.

Del mismo modo, se deben incluir normas que definan mejor lo que significa "*entes descentralizados con forma de Derecho Privado*", es decir, normas que precisen que la "*actividad*" ordinaria, cotidiana, de esos entes, incluida la contratación en general (en lo que respecta al contenido y ejecución del contrato, no así en lo relativo a la selección del contratista), estará sujeta y será ejecución de normas del Derecho Civil, del Derecho Mercantil y del Derecho Laboral, y en ningún caso de normas de Derecho Administrativo (éstas sólo se deben aplicar a la creación, ubicación en la organización administrativa nacional, fines, manejo de presupuesto y control fiscal del ente), de modo que quede claro que las Fundaciones, las sociedades civiles, asociaciones civiles y empresas estatales no pueden recibir ni ejercer potestades administrativas, pues no son entes descentralizados con forma de Derecho Público como los Institutos Autónomos; de lo contrario, mejor eliminar de la ley esa falsa e inexistente distinción.

Finalmente, es necesario que las normas organizativas de una futura LOAP respeten y garanticen adecuadamente la vigencia en el ámbito de la actividad económica del Estado del principio de subsidiariedad inherente al sistema de economía social de mercado, que es el adoptado por la Constitución de 1999, más allá de algunas contradicciones que ella tiene en esta materia, y que en una futura reforma constitucional se deberían eliminar.

*El Instituto Nacional para la Gestión Eficiente de Trámites y Permisos (INGETYP):
Centralización sancionatoria de funcionarios públicos nacionales,
estadales y municipales por irregularidades en trámites administrativos.*

María Lidia Álvarez Chamosa¹

Resumen: El 26 de noviembre de 2014 entró en vigencia el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos que crea el Instituto Nacional para la Gestión Eficiente de Trámites y Permisos (INGETYP), ente nacional que centraliza la tramitación e imposición de multas a través del procedimiento establecido en el decreto a funcionarios públicos nacionales, estadales y municipales, asumiendo una competencia que correspondía, según la normativa derogada, a la máxima autoridad del órgano o ente donde el funcionario presuntamente cometió la infracción e ingresando las multas pagadas a su patrimonio.

Palabras claves: Simplificación de trámites, INGETYP, Centralización, Funcionarios.

Abstract: The November 26, 2014, came into effect the Decree with Rank, Value and Force of Simplification Law of Administrative Procedures, establishing the National Institute for Efficient Management Procedures and Permits (INGETYP), a national body that centralizes the processing and imposition of fines through the procedure set out in the decree on national, state and municipal government officials, assuming a competition that according to the repealed regulations to the highest authority of the agency or entity where the officer allegedly committed the offense and entering the fines paid to its patrimony.

Keywords: Simplification of procedure, INGETYP, Centralization, Government Officials

Como punto de partida felicito a los organizadores e impulsores del Boletín Electrónico de Derecho Administrativo por varias razones, entre las cuales se puede citar el uso de tecnologías virtuales para acceder al conocimiento y además hacer más fácil difundir las investigaciones o posturas de quienes allí colaboramos, tener el tiempo, dedicación y disposición para llevar a cabo la tarea que se propusieron y en definitiva apostar y demostrar que aunque lograr una loable meta en ocasiones no sea sencillo o no se cuente con las mejores condiciones, con algo de cariño y mucho interés esa meta se puede alcanzar.

Para contribuir con esta tarea presento unas breves reflexiones derivadas de la creación vía Decreto-Ley del Instituto Nacional para la Gestión Eficiente de Trámites y Permisos (INGETYP) en relación a la imposición de sanciones a funcionarios que incurran en omisiones, distorsiones o retardos en actividades de tramitación de solicitudes presentadas por particulares.

1. ANTECEDENTES Y ACTUAL REGULACIÓN

El tema de la simplificación de trámites administrativos ha sido objeto de regulación con algunos cambios en decretos-leyes del año 1999² y del año 2008³. Posteriormente en ejercicio de

1- Abogada, Especialista en Derecho Administrativo y egresada de Estudios Avanzados de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello. Actualmente opta al título de Magister en Derecho Constitucional en la misma Universidad. Profesora de Pregrado de Introducción al Derecho y de Postgrado de Derecho Administrativo en la UCAB.

2- Presidencia de la República: Gaceta Oficial número 5.393 Extraordinario del 22 de octubre de 1999, consultada el 28 de enero de 2015 en <http://www.menpet.gob.ve/dgfi/documentos/LEY%20SOBRE%20SIMPLIFICACION%20DE%20TRAMITES%20ADMINISTRATIVOS.doc> y reimpressa por error material acorde a Gaceta Oficial número 36.845 del 07 de diciembre de 1999, consultada el 28 de enero de 2015 en <http://www.pgr.gob.ve/dmdocuments/1999/36845.pdf>

3- Presidencia de la República: Gaceta Oficial número 5.891 Extraordinario del 31 de julio de 2008, consultada el 24 de enero de 2015 en <http://www.veneconomia.com/site/files/leyes/ley30.pdf>

la Ley que Autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las Materias que se Delegan del año 2013⁴, el Presidente de la República dictó en el año 2014 el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos⁵ con fundamento en el literal “a”, numeral 2 del artículo 1º de la Ley Habilitante referido al ámbito de lucha contra la corrupción.

Este Decreto-ley, cuya reimpresión está vigente desde el 26 de noviembre de 2014, contempla entre otras cosas, la creación del Instituto Nacional para la Gestión Eficiente de Trámites y Permisos (INGETYP), como estructura descentralizada perteneciente a la Administración Pública Nacional que asume la competencia de sancionar funcionarios públicos de todos los niveles de la organización territorial y se constituye en la autoridad nacional unificada “...en materia de trámites administrativos y su simplificación, a cuyas direcciones se someterán los órganos y entes de la Administración Pública en lo referente a dicha materia...”⁶.

Bajo el título “De la rectoría, dirección y gestión pública en materia de trámites administrativos”⁷ además de crear el señalado Instituto que cuenta con un Directorio presidido por la Autoridad Nacional de Simplificación de Trámites y Permisos⁸, conforma un Sistema Nacional de Trámites Administrativos (SISTRAD) constituido por el conjunto de políticas públicas, estrategias, órganos y entes, procedimientos, archivos y otros aspectos vinculados a los trámites administrativos⁹.

A su vez repitiendo lo que establecía el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos del año 2008, el actual Decreto-Ley contempla que su ámbito de aplicación abarca los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, estatal y municipal¹⁰ y que a los efectos del mismo se entenderá por trámites administrativos las diligencias, actuaciones o gestiones que realizan las personas ante los órganos y entes de la Administración Pública¹¹.

Ahora bien, mientras la normativa derogada establecía en sus artículos 58 y 59 que los funcionarios públicos y empleados al servicio de los órganos y entes de la Administración Pública, responsables del incumplimiento del decreto del 2008, así como de retardo, omisión o distorsión de los trámites administrativos, serían sancionados con una multa impuesta por la máxima autoridad del órgano o ente conforme al procedimiento de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional en cuanto fuere aplicable, el decreto del año 2014 señala que la imposición de multas a los funcionarios -que según su gravedad oscila entre el veinticinco por ciento y el cincuenta por ciento de la remuneración total del mes en el que se cometió la infracción-, se hará siguiendo un procedimiento que este decreto-ley establece al efecto (Título VII) y mediante providencia administrativa debidamente motivada, dictada por el funcionario competente¹².

4- Asamblea Nacional: Gaceta Oficial número 6.112 Extraordinario del 19 de noviembre de 2013, consultada el 24 de enero de 2015 en <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/gaceta-oficial>

5- Presidencia de la República: Gaceta Oficial número 6.149 Extraordinario del 18 de noviembre de 2014, reimpressa según Gaceta Oficial número 40.549 del 26 de noviembre de 2014, consultada el 31 de enero de 2015 en <https://docs.google.com/file/d/0B8fhBobOcJfUR0NOaU5qNVpmeEU/view>. Esta última versión presenta patentes cambios en relación algunos aspectos como son la normativa que fundamenta la competencia del Presidente de la República para dicta este instrumento, el órgano rector, la fecha de entrada en vigencia de este decreto-ley y algunas competencias que se habían establecido en la versión original del 18 de noviembre. Un análisis posterior de tales modificaciones debe tomar en consideración que en fecha 19 de noviembre de 2014 se extinguió la vigencia de doce meses de habilitación al Presidente de la República establecida en la Ley Habilitante del año 2013.

6- Artículo 57.

7- Título IV.

8- Artículo 60.

9- Artículo 54.

10- Artículo 2.

11- Artículo 3.

12- Artículos 71 y 73.

2. AUTORIDAD SANCIONATORIA ACORDE AL DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY DE SIMPLIFICACIÓN DE TRÁMITES ADMINISTRATIVOS VIGENTE

Según se observa en el artículo 73 del actual decreto-ley la tramitación del procedimiento, esto es, apertura, sustanciación, conocimiento, decisión e imposición de la sanción será efectuada por las unidades administrativas y por los funcionarios que señale el reglamento de funcionamiento del INGETYP, autoridad que iniciará el procedimiento ya sea de oficio, mediante denuncia, a solicitud de parte interesada o a solicitud del órgano o ente que tuviere la presunción de la comisión de alguna infracción, debiendo observarse en todo caso las disposiciones establecidas en la ley que regula los procedimientos administrativos.

Es decir, el conocimiento, tramitación e imposición de la sanción por incumplir este instrumento normativo, o por incurrir en retardo, omisión o distorsión de los trámites administrativos ya no corresponde a un funcionario ubicado en la misma estructura organizativa del presunto infractor, sino a un ente descentralizado diferente a aquel dentro del cual se produjo la transgresión que además centraliza dichas actividades en cabeza de un Instituto perteneciente a la Administración Pública Nacional y al que a su vez ingresarán las multas que se hubieren impuesto¹³.

Se trata de sanciones de carácter disciplinario, en las que el funcionario se somete a un procedimiento tramitado no por la autoridad con la cual tiene una especial relación de sujeción y respecto a la que se presume incumplió "...la disciplina interna por la cual se rige dicha relación"¹⁴, sino por otra autoridad y que busca imponer una multa como consecuencia jurídica, esto es, una sanción disciplinaria que implica un valor económico¹⁵.

3. SUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL DECRETO-LEY: TRAMITACIONES, NO PROCEDIMIENTOS

El Decreto vigente no aclara si las omisiones, retardos o distorsiones en trámites, diligencias, actuaciones o gestiones en los que pudiere incurrir un funcionario público presentan alguna diferencia o derogan lo que se ha denominado recurso de queja o reclamo establecido en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos¹⁶, según el cual los funcionarios y demás personas que presten servicios en la Administración Pública:

(...) "están en la obligación de tramitar los asuntos cuyo conocimiento les corresponda y son responsables por las faltas en que incurran. Los interesados podrán reclamar, ante el superior jerárquico inmediato, del retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier procedimiento, *trámite* o plazo, en que incurrieren los funcionarios responsables del asunto. Este reclamo deberá interponerse en forma escrita y razonada y será resuelto dentro de los quince (15) días siguientes. La reclamación no acarreará la paralización del procedimiento, ni obstaculizará la posibilidad de que sean subsanadas las fallas u omisiones. Si el superior jerárquico encontrare fundado el reclamo, impondrá al infractor o infractores la sanción prevista en el artículo 100 de la presente Ley sin perjuicio de las demás responsabilidades y sanciones a que hubiere lugar (*cursiva agregada*).

El Decreto-Ley puede generar confusión al señalar en su artículo 39 en relación al estado de las tramitaciones que "Toda persona que haya presentado una petición, *reclamación*, consulta, *queja*, o que haya efectuado una diligencia, actuación o gestión ante los órganos y entes de la Administración Pública, tiene derecho a conocer el estado en que se encuentra su tramitación..." (*cursivas añadidas*).

13- Artículos 63.3 y 78.

14- Citando a Brewer-Carías, Araujo-Juárez, José, Derecho Administrativo General: Procedimiento y recurso administrativo, Ediciones Paredes, Caracas, 2010, p.343.

15- Empleando la terminología de Peña Solís, José, La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública Venezolana, Colección de Estudios Jurídicos número 10, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005.

16- Congreso Nacional: Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 2.818 Extraordinario del 1ro. de julio de 1981, consultada el 24 de enero de 2015 en http://historico.tsj.gov.ve/legislacion/LeyesOrganicas/49.-GOE_2818.pdf

Y si bien es cierto que las regulaciones contenidas en el reciente Decreto-Ley en relación a su ámbito de aplicación (toda la Administración Pública), a lo que se considera trámite (artículo 3), al derecho de toda persona a conocer sobre el estado de sus reclamaciones o quejas -entre otras cosas- como indica el artículo 39 supra mencionado y a las sanciones de los funcionarios del artículo 71 no son algo nuevo ya que pueden apreciarse en el decreto-ley del año 2008¹⁷ instrumento cuya exigencia transcurrió a la par de la todavía vigente Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, constituye una novedad que en el Decreto-Ley de 2014, como ya se indicó, la competencia para imponer las sanciones a cualquier funcionario público se sitúe en cabeza de un Instituto Autónomo Nacional en vez de ser tramitadas e impuestas por una autoridad jerárquicamente vinculada al presunto infractor tal y como se establecía en el decreto derogado¹⁸ y en el transcrito artículo 3 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. También es novedoso el procedimiento a seguir ya que mientras el decreto-ley de 2008 y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en los artículos 59 y 102 respectivamente, remitían a la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional en cuanto fuera aplicable, el Decreto-Ley actual establece su propio procedimiento.

De aquí se derivan al menos dos reflexiones. La primera se vincula a que los procedimientos contemplados en el Decreto-Ley de 2014 y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos tramitados contra los funcionarios que presuntamente han incurrido en una irregularidad son procedimientos disciplinarios que en definitiva persiguen la autoprotección de la Administración al sancionar a sus funcionarios, es decir a sujetos con quien mantiene una previa relación especial de sujeción tal y como se infiere de lo que expone el profesor Araujo¹⁹, y que al imponer una multa "...busca corregir la inacción o inactividad, por un lado, y por el otro, defectos o deficiencias del trámite"²⁰. Sin embargo en el caso objeto de estudio no se presenta esta relación de supremacía, es decir el vínculo subjetivo entre el sancionador y el sancionado que "...constituye el sustrato que delimita subjetiva y temporalmente la competencia sancionatoria disciplinaria..."²¹, ya que el INGETYP como ente descentralizado funcionalmente tiene relación de jerarquía respecto a los funcionarios que se desempeñan dentro del mismo pero no detenta esta relación jerárquica fuera del Instituto. La segunda reflexión se relaciona con el hecho de que en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos existe un procedimiento que no amerita sustanciación y que a falta de una disposición expresa debe resolverse dentro de veinte días siguientes a la presentación de una petición, representación o solicitud (artículo 5), procedimiento que "...se caracteriza por una tramitación mínima..."²². A este respecto si bien antes del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de 2014, tanto la autoridad que instruía y sancionaba al funcionario irregular como el procedimiento a seguir coincidían ya se tratase del incumplimiento de un trámite o del incumplimiento dentro de un procedimiento independientemente del tipo que fuera, en la actualidad habría que distinguir si el trámite en cuestión se enmarca dentro de los procedimientos de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos o fuera de ella a fin de determinar la autoridad competente y el procedimiento a seguir.

4. CONCLUSIÓN

Planteado el nuevo panorama legislativo en líneas anteriores existen dos procedimientos y dos autoridades diferentes para imponer sanciones a los funcionarios públicos que incurran en omisión, retardo o distorsión.

17- Artículos 2, 3 y 58.

18- Artículo 59.

19- Araujo-Juárez, José, op. cit.

20- Araujo-Juárez, José, op. cit., p. 345.

21- Peña Solís, José, op. cit., p. 350.

22- Araujo-Juárez, José, op. cit., p. 337.

Así a partir del 26 de noviembre de 2014 habría que precisar si se trata de actuaciones, trámites, gestiones o diligencias presentadas por personas por ante la Administración Pública nacional, estatal o municipal, aunque también reclamaciones y quejas (que asumimos no requieren mayor sustanciación) en cuyo caso los funcionarios que incurran en irregularidades en su tramitación serán pasibles de las sanciones impuestas mediante el procedimiento tramitado por el INGETYP, mientras que si se trata de esas mismas irregularidades dentro de un procedimiento administrativo que amerite sustanciación o que sin requerirla no esté regulado en otra ley, entonces deberá aplicarse el artículo 3 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y la tramitación y decisión le corresponderá a las autoridades jerárquicamente superiores del funcionario infractor.

Miguel Ángel Basile Urizar¹

Resumen: El presente trabajo tiene como objeto analizar los efectos de la supresión del Instituto Nacional para la Defensa de los Derechos de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, en lo que respecta a los procedimientos administrativos sancionatorios iniciados por ese Instituto, pero que no habían terminado para la fecha de su supresión, debido a la publicación en Gaceta Oficial del derogado Decreto N° 600, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos.

Palabras claves: Teoría de la Organización Administrativa; Administración Pública; Competencia; Procedimiento Administrativo; Potestad Sancionatoria; Competencia Administrativa; Derecho Administrativo Sancionador; Prescripción; Protección al Consumidor; Control de Precios.

Abstract: This paper aims to analyze the effects of the abolition of the National Institute for the Defense of the People's Rights to Access to Goods and Services, with regard to punitive administrative proceedings initiated by the Institute, but that had not been completed by the date of its suppression, due to the publication in the Official Gazette of the repealed Decree No. 600, whereby it is dictated the Decree with Rank, Value and Force of Organic Law of fair Prices.

Keywords: Administrative Procedure; Sanctioning powers; Administrative competition; Sanctioning Administrative Law; Prescription; Consumer protection; Price control.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto analizar los efectos de la supresión del Instituto Nacional para la Defensa de los Derechos de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios ("INDEPABIS"), en lo que respecta a los procedimientos administrativos sancionatorios iniciados por ese Instituto que no habían terminado para la fecha de su supresión, en virtud de la publicación en Gaceta Oficial de 23 de enero de 2014 del derogado Decreto N° 600, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos² (en lo sucesivo la "derogada LOPJ").

Consideramos pertinente el estudio del tema antes planteado en virtud de que el INDEPABIS sustanciaba una cantidad considerable de procedimientos administrativos sancionatorios contra los particulares a nivel nacional en materia de protección al consumidor y de control de precios. A todo evento, para la fecha de su extinción y hasta la presente fecha, es decir a más de un (1) año de su supresión, ese Instituto no había terminado la sustanciación de muchos de éstos. Todo lo anterior ha tenido como consecuencia que inclusive a la presente fecha no se hayan o siquiera realizado las actuaciones necesarias para la continuación de tales procedimientos

1- Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de Prácticas de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello.

2- Gaceta Oficial N° 40.340 Ordinario de 23 de enero de 2014.

por el sujeto hoy competente para ello, es decir la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (“SUNDDE”)³.

Lo anterior, como explicaremos en el presente trabajo, podría tener como consecuencia que la SUNDDE no podría lícitamente continuar con la sustanciación de esos procedimientos o incluso imponer una sanción por la supuesta comisión de una infracción. Ello, por cuanto en dichos procedimientos podría sostenerse que habría prescrito la potestad administrativa sancionatoria otorgada a tal efecto por la LOPJ, es decir en términos más estrictos se habría configurado una incompetencia temporal, en la medida en que se verifique que no hubo actuación procedimental por un tiempo mayor de tres (3) meses o un (1) año, dependiendo del monto de la sanción y sin perjuicio de las particularidades de cada caso.

En ese orden de ideas, a los fines de abordar el análisis del tema antes planteado iniciaremos con la exposición: (i) de los antecedentes a la supresión del INDEPABIS y su evolución hasta la presente fecha, a partir de los instrumentos normativos dictados a tal efecto; para luego hacer (ii) unas breves consideraciones sobre la competencia administrativa en materia sancionatoria, en concreto respecto a la improrrogabilidad y su límite temporal de cara a la prescripción del ejercicio de la potestad sancionatoria; y finalmente (iii) nuestras consideraciones sobre los efectos de la supresión del INDEPABIS en lo que respecta a la competencia de la SUNDDE para sustanciar y dictar decisiones en lo que respecta a los procedimientos sancionadores de ese Instituto no terminados para la fecha de su extinción.

2. CIRCUNSTANCIAS EN LAS CUALES SE SUPRIMIÓ EL INDEPABIS Y SE ATRIBUYÓ LA COMPETENCIA PARA SUSTANCIAR Y DECIDIR LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS QUE ESE INSTITUTO SUSTANCIABA

Con la publicación en Gaceta Oficial el 1 de febrero de 2010 de la derogada LOPJ se derogó la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios⁴ (en lo sucesivo la “LABS”) y las demás normas que colinden con ésta⁵. Asimismo, la LOPJ suprimió expresamente el INDEPABIS, de acuerdo con la disposición transitoria segunda de esa norma.

Ahora bien, la recién creada SUNDDE habría tenido que iniciar sus actividades y funcionamiento inmediatamente a la entrada en vigencia de la derogada LOPJ, mientras que “*los bienes, el personal y los **procedimientos** en curso*” (...) “*serán trasladados*” (...) al INDEPABIS “*cuya administración transitoria estará a cargo de una Junta Ad-Hoc*” (...), “*que simultáneamente funcionará como Junta Liquidadora de*” (resaltado, subrayado y cursiva nuestra) la Superintendencia de Control y Precios Justos (“SUNDECOP”) y del INDEPABIS, acorde a la disposición transitoria tercera de la derogada LOPJ.

En todo caso, la disposición transitoria cuarta de la derogada LOPJ dispone que el Ejecutivo Nacional debía dictar el reglamento que desarrollaría esa Ley dentro de los ciento (180) días contados a partir de su entrada en vigencia.

Lo anterior supuso en la práctica el cese de funciones del INDEPABIS, lo cual se mantuvo parcialmente a nuestro entender hasta finales del 2014, ya que el referido organismo desde el

3- Tal circunstancia la ha advertido Moncho en los siguientes términos:

“En la práctica esto significa la unificación de dos monstruos burocráticos en nuevo monstruo, ahora de dos cabezas, que como veremos en la reforma de noviembre de 2014 le creó una tercera cabeza, que tendría en su control, de forma bastante amplia, las políticas económicas del país. Hasta el momento de la redacción del presente artículo, a más de un año de la entrada en vigencia de la LOPJ, todavía no estaba funcionando normalmente la nueva autoridad, lo que significa la paralización absoluta de casi todos los procedimientos que llevaban tanto la SUNDECOP como el INDEPABIS, con las previsibles afectaciones que ello conlleva a, entre otros, el debido proceso” (Moncho Stefanj, Rodrigo, “La imposición de un límite a las ganancias permitidas en Venezuela bajo la Ley Orgánica de Precios Justos”, *Revista de Derecho Público. Estudios sobre los decretos leyes 2014*, N° 140, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, p. 273).

4- Gaceta Oficial N° 39.358 Ordinario de 1 de febrero de 2010.

5- A todo evento, de cara al estudio de un caso en concreto relativo a un procedimiento administrativo sancionatorio iniciado por el extinto INDEPABIS, que no haya sido culminado antes de la supresión de ese Instituto, consideramos que debe examinarse si las infracciones que se imputan a una persona se consideran despenalizadas en virtud de la derogatoria de la LABS, lo cual escapa del objeto del presente trabajo, aun cuando no dejamos de lado su pertinencia.

momento de su creación había iniciado principalmente con las fiscalizaciones de oficio en esa materia, pero no la continuación de la sustanciación de los procedimientos, sino de manera muy reducida.

Debemos destacar que el INDEPABIS atendía los reclamos o denuncias de las personas a nivel nacional en materia de protección al consumidor y de control de precio a través de los mecanismos de conciliación y la sustanciación de procedimientos administrativos sancionatorios. Por tal motivo, es razonable entender que para esa fecha había una cantidad considerable de procedimientos administrativos sancionadores que el INDEPABIS no había terminado de sustanciar.

El 3 de febrero de 2014 se publica en Gaceta Oficial el Decreto N° 759 a través del cual se dicta el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Precios Justos⁶, mediante el cual se regula el régimen de supresión del INDEPABIS y la Superintendencia Nacional de Costos y Precios Justos ("SUNDECOP"), así como la liquidación de bienes y derechos que correspondan y la transferencia progresiva de competencias, bienes, derechos y obligaciones, en ocasión a la puesta en funcionamiento de la SUNDDE, de conformidad con el artículo 1.

A tal efecto, el artículo 2 del referido Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Precios Justos señala que la competencia asignadas por la derogada LOPJ a la SUNDDE deberán ser asumidas de manera inmediata, y en el caso en que *"determinadas funciones no puedan ser asumidas por"* (...) ese organismo, éstas *"serán asumidas a través de la estructura orgánica y funcional que detentan los organismos en supresión"*. En todo caso, esa norma también indicaba que *"la administración transitoria de los organismos en supresión estará a cargo de una Junta Liquidadora Ad Hoc, la cual llevará a cabo, además, la supresión y liquidación de los mismos"*.

Al respecto, la Junta Liquidadora Ad Hoc, a partir de su designación, *"tendrá un plazo de seis (6) meses para culminar los procesos de supresión y liquidación de bienes y derechos a que hubiere lugar, tanto del"* INDEPABIS como de la SUNDECOP, acorde el artículo 3 del Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Precios Justos.

De igual forma, el numeral 7 del artículo 7 del Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Precios Justos dispone que la Junta Liquidadora será competente, entre otros, de *"asegurar la continuidad de las actividades que se desarrollan en la estructura organizativa y funcional de los organismos en supresión, hasta que sus funciones sean asumidas por la"* SUNDDE. Cabe destacar que la SUNDDE podría asumir la competencia antes señalada *"mediante Providencia Administrativa"* (...) *"en la medida que dicha institución cuente con la estructura y recursos para su cabal ejercicio"*.

Sobre el particular, el numeral 26 del artículo antes referido le atribuye a la Junta Liquidadora la competencia para:

(...) *"continuar, conocer y dar resolución a los procedimientos administrativos que hubieren sido iniciados en los organismos en supresión, y que no hubieren sido resueltos"* (...) *"para lo cual dará continuidad a los procedimientos administrativos hasta su resolución definitiva, pudiendo dictar todos los actos administrativos necesarios a fin de constituir, declarar, modificar, desconocer o reconocer los derechos a que haya lugar, con la finalidad de hacer efectivo el cumplimiento de tales actos y el ejercicio de los correspondientes derechos"*.

En el marco del contexto antes descrito, el 18 de febrero de 2014 se publica en Gaceta Oficial el Decreto N° 796⁷, mediante el cual se nombra a los ciudadanos, que en él se indican, como miembros principales de la Junta Liquidadora del INDEPABIS y SUNDECOP. Por tanto, fue a partir de esa fecha en la cual empezó el lapso de seis (6) meses para culminar el proceso de liquidación del INDEPABIS, acorde al antes comentado artículo 3 del Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Precios Justos.

6- Gaceta Oficial N° 40.347 Ordinario de 3 de febrero de 2014.

7- Gaceta Oficial N° 40.358 Ordinario de 18 de febrero de 2014.

No obstante lo anterior, el 14 de agosto de 2014 se publica en Gaceta Oficial el Decreto N° 1.177⁸, mediante el cual se prorroga hasta el 31 de diciembre de 2014 el plazo para culminar los procesos de supresión y liquidación del INDEPABIS y de la SUNDECOP. Conforme al artículo 2 del Decreto N° 1.177, una vez que venciera el plazo antes indicado, la Vicepresidencia tendría que dictar la Resolución que declare concluido el proceso de supresión de los mencionados organismos y establecerá el régimen regulatorio de los asuntos judiciales o administrativos, activos sin transferir, derechos, obligaciones y demás trámites que quedaren pendientes. En todo caso, el artículo 3 del Decreto N° 1.177 indicó expresamente que *“los Miembros Principales de la Junta Liquidadora” (...)* *“continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta la culminación de la prórroga”* antes referida.

Sobre la base de lo anterior el 22 de diciembre de 2014 se publicó en Gaceta Oficial la Providencia N° 004/2014⁹ de la Junta Liquidadora del INDEPABIS y SUNDECOP, mediante la cual se transfiere a la SUNDDE los procedimientos administrativos activos, llevados por el INDEPABIS y SUNDECOP. En todo caso, acorde a los artículos 2, 3 y 4 de la referida Providencia, a los fines de materializar la transferencia antes referida la Junta Liquidadora y la SUNDDE deberán suscribir las Actas de Entrega correspondientes, al igual que con la Superintendencia de la Actividad Aseguradora (“SUDEASEG”), a la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (“SUDEBAN”), al Instituto Nacional de Aeronáutica Civil (“INAC”) y al Ministerio del Poder Popular para la Vivienda y Hábitat, en lo que respecta a los procedimientos administrativos activos relacionados con las actividades que a cada uno de los organismos citados compete.

Ahora bien, no fue sino hasta el 29 de diciembre de 2014 en que se publicó en Gaceta Oficial la Resolución N° 067/2014, mediante la cual se declara concluido el proceso de supresión y liquidación del INDEPABIS y de la SUNDECOP¹⁰. En ese sentido, el artículo 1 de la Resolución N° 067/2014 declara concluido el proceso de supresión y liquidación del INDEPABIS y la SUNDECOP, por lo que en consecuencia el INDEPABIS y la SUNDECOP se declararan formalmente suprimidos y la Junta Liquidadora encargada de ese proceso de supresión y liquidación designada a tal efecto cesa en sus funciones. En todo caso, la Junta Liquidadora designada a tal efecto deberá entregar a la Vicepresidencia de la República un informe de su gestión durante el proceso de supresión y liquidación hasta el próximo 30 de enero de 2015, de conformidad con los artículos 2 y 3 de la Resolución N° 067/2014. Finalmente, se ordena la remisión a la Dirección Legal de la Vicepresidencia de la República un informe final para los fines de preparar su correspondiente remisión a la Contraloría General de la República, de acuerdo al artículo 4 de la Resolución N° 067/2014.

3. SOBRE LA COMPETENCIA ADMINISTRATIVA EN MATERIA SANCIONATORIA, SU IMPRORROGABILIDAD Y LÍMITE TEMPORAL DE CARA A LA PRESCRIPCIÓN DE LA POTESTAD SANCIONATORIA

Hechas las consideraciones antes transcritas sobre la supresión del INDEPABIS, el proceso a cargo de la Junta Liquidadora y su subsiguiente entrega a la SUNDDE nos interesa hacer unas breves consideraciones sobre la competencia administrativa en materia sancionatoria, su improrrogabilidad y límites temporales de cara a la prescripción de la potestad sancionatoria.

El artículo 26 del derogado Decreto N° 6.217 mediante la cual se dicta la Ley Orgánica de la Administración Pública¹¹ del año 2008, aplicable al momento de la publicación en Gaceta Oficial de la LOPJ, *ratione temporis*, disponía que el ejercicio de la competencia *“será de obligatorio cumplimiento y ejercida bajo las condiciones, límites y procedimientos establecidos; será irrenunciable, indelegable, improrrogable y no podrá ser relajada por convención alguna, salvo los casos expresamente*

8- Gaceta Oficial N° 40.475 Ordinario de 14 de agosto de 2014.

9- Gaceta Oficial N° 40.567 Ordinario de 22 de diciembre de 2014.

10- Gaceta Oficial N° 40.570 Ordinario de 29 de diciembre de 2014.

11- Gaceta Oficial N° 5.890 Extraordinario del 31 de julio de 2008.

previstos en las leyes y demás actos normativos". Cabe destacar que dicha norma se mantiene en términos exactos en el artículo 26 del Decreto N° 1.424 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública¹² (en lo sucesivo "LOAP").

En tal sentido, se entiende por la improrrogabilidad de la competencia la prohibición para la Administración Pública de "disponer de ella, sino que debe limitarse a su ejercicio en los términos en que la norma respectiva lo establezca"¹³. Ello responde justamente al interés público a la cual atiende el ejercicio de la competencia no sea desatendido, lo cual ha sido explicado por Peña Solís en los siguientes términos:

"En virtud de que la competencia es asignada al órgano o ente mediante una norma jurídica, ni éste ni los particulares pueden transferirla ni prorrogarla, salvo las excepciones en lo atinente a su ejercicio, que estudiaremos más adelante. Tampoco el titular del órgano puede renunciar a su ejercicio, en virtud de que la asignación de la competencia tiene como finalidad esencial la tutela del interés público, de modo pues que de admitirse que tiene facultad para renunciar a ella quedarían sin protección el aludido interés. En este mismo orden de razonamiento, debe rechazarse su prórroga, porque en primer lugar comportaría una evidente infracción a la norma atributiva, en segundo lugar, porque el órgano que la tenía asignada legalmente y la transfirió habría actuado sin competencia, y en tercer lugar el órgano a quien se le transfiere, igualmente actuaría al margen de la Ley, puesto que ejercería una competencia que no le ha sido asignada conforme a lo previsto en el Ordenamiento Jurídico. Por supuesto, que los actos de renuncia o de prórroga de competencia estarán viciados de nulidad, e igualmente detentarán esa condición los actos dictados por el órgano a quien se le prorrogó dicha competencia"¹⁴.

En efecto, es en virtud de que el ejercicio de la competencia por parte de la Administración Pública obedece a la satisfacción del interés colectivo, que en el caso de que un órgano determinado no actúe en el sentido en que deba hacerlo conforme a una norma atributiva de competencia como un imperativo que "si causa un daño anormal, individualizado y mensurable económicamente, puede originar responsabilidad patrimonial del Estado, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa del funcionario de que se trate"¹⁵.

Ahora bien, la competencia como medida de la potestad administrativa comprende *per se* una limitación en el ejercicio del poder. Tales límites pueden ser de distintos tipos, ya sea en atención a la materia, el territorio y el tiempo. En ese orden de ideas, tal como ha indicado Pittaluga la competencia es generalmente atemporal, salvo que una Ley indique lo contrario¹⁶, definiendo así un tiempo específico en el cual el organismo competente puede ejercer la potestad administrativa en cuestión.

A todo evento, esa regla no puede ser interpretada restrictivamente de forma tal que opere en contra del principio de seguridad jurídica y más importante cuando tenga como resultado una reversión en la finalidad del Derecho Administrativo como garantía a favor de los particulares en contra de los abusos del Estado, lo cual es especialmente relevante en el ejercicio de la potestad sancionatoria.

En lo que respecta al principio de seguridad jurídica, en nuestra opinión, es patente en el ejercicio de la potestad sancionatoria, ya que de interpretarse ampliamente la atemporalidad natural de la competencia pudiese entenderse que el ejercicio de esa potestad con base a normas sancionatorias que no contemplen un límite temporal al ejercicio de esa potestad un ciudadano siempre estaría susceptible a ser perseguido por supuestos ilícitos que hayan sido cometidos con muchos años de anticipación, incluso con completo conocimiento de la Administración Pública desde su comisión.

12- Gaceta Oficial N° 6.147 Extraordinario de 17 de noviembre de 2014.

13- Araujo-Juárez, José, *Derecho Administrativo General. Administración Pública*, Ediciones Paredes, Caracas, 2011, p. 42.

14- Peña Solís, José, *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen Segundo, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2008, p. 231

15- Fraga Pittaluga, Luis, *La incompetencia en el Derecho Administrativo*, FUNEDA, Caracas, 2007, p. 37.

16- Fraga Pittaluga, Luis, op. cit., 2007, p. 34.

Ese razonamiento sobre el principio de seguridad jurídica ha sido el fundamento de la prescripción de la acción penal, según la cual el Estado no puede perseguir a un individuo por un supuesto delito que haya incurrido en tanto haya transcurrido más del tiempo definido en la normativa aplicable.

Piénsese por un momento que si el Derecho Penal que regula ilícitos tan graves como el homicidio contempla la posibilidad de que la acción para perseguir ese ilícito pueda prescribir, cómo sería racional entender que la potestad sancionatoria respecto a un ilícito tipificado como una infracción, que es evidentemente menos grave que un homicidio, no estaría sujeto a un límite temporal, ya sea por vía de prescripción o competencia temporal.

Asumir una interpretación mediante la cual se justifique que la potestad sancionatoria opera sin límite temporal no sólo es contrario al principio de seguridad jurídica, conforme a lo antes explicado, sino que además trastoca la finalidad misma del Derecho Administrativo, que no es otra que ser garante de los particulares frente al Estado.

A todo evento, más allá de su justificación desde un punto de vista de razonabilidad, entendemos que la temporalidad de la competencia en esa materia sí existe por la vía de la interpretación de las normas venezolanas, incluso en los casos en que la regulación especial no estipule nada al respecto, como bien ocurre en la LOPJ y la LOPA¹⁷.

En efecto, tómese en consideración que la derogada LABS y la derogada LOPJ no señalan nada al respecto el límite temporal o la prescripción de la potestad sancionatoria de la SUNDDE, con lo cual se tiene que acudir a la norma que aplica de manera general a los procedimientos administrativos, es decir la LOPA.

Adicionalmente, tal y como advertimos, la LOPA no contempla un límite temporal o la prescripción de la potestad sancionatoria. Ello lo fundamentamos en que los artículos 64, 65 y 66 de la LOPA estipulan la declaratoria de perención que opera en el caso de que haya una inactividad por parte de un individuo en los procedimientos administrativo a instancia de un particular que dicho sea de paso *"no extingue los derechos y acciones del interesado y tampoco interrumpe el término de la prescripción de aquéllos"*. Es decir es el incumplimiento de la carga procedimental por parte del interesado en un procedimiento que bajo ningún caso puede entenderse como sancionatorio ya que al ser de instancia de parte son típicamente los autorizatorios o mero declarativos¹⁸.

De igual forma, el artículo 70 de la LOPA dispone el lapso de prescripción de las *"acciones provenientes de los actos administrativos creadores de obligaciones a cargo de los administrados"*. Esa norma difiere del ejercicio de la potestad sancionatoria, el cual es previo a cualquier acto administrativo definitivo y es al que hace alusión la norma. En otras palabras el artículo 70 contempla un lapso de prescripción luego del ejercicio de la potestad sancionatoria y que no puede extenderse válidamente a su ejercicio previo al acto.

17- Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario del 1 de julio de 1981.

18- A todo evento, parte de la doctrina y la jurisprudencia ha reconocido la aplicabilidad de la perención en los procedimientos administrativos sancionatorios en el caso en que la Administración Pública no emita el acto administrativo definitivo dentro del lapso legalmente establecido en ello, caso en el cual deberá sustanciar nuevamente el procedimiento desde el principio.

Sobre el particular, observamos que Urosa ha indicado lo siguiente:

"No regula la Ley qué consecuencias tiene la falta de decisión expresa de este procedimiento sancionador. En tales casos, evidentemente, no operaría el silencio administrativo, puesto que no media petición o solicitud alguna del interesado, sino que se trata del ejercicio de la potestad sancionadora o de control en un procedimiento iniciado de oficio. En consecuencia, debería entenderse que ante la falta de decisión expresa opera el decaimiento del procedimiento y la consecuente extinción del mismo, sin perjuicio de que pueda la Administración, posteriormente iniciar un nuevo procedimiento ante esa presunta infracción finalmente no sancionada" (Urosa, Daniela, *"la regulación de los procedimientos administrativos bancarios y el control jurisdiccional de los actos administrativos de la superintendencia de bancos en la nueva LSB"* *Análisis y Comentarios a la Ley de Instituciones del Sector Bancario*, FUNEDA, Caracas, 2011, p. 401).

Lo anterior, también es sostenido por la jurisprudencia ya que pareciera admitir que la perención puede operar en tales circunstancias, pero que puede desaplicarse principalmente por supuestas excepciones en materia bancaria por el interés público (Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 4 de abril de 2011, caso Banco Del Caribe, C.A., Banco Universal).

Por otra parte, Turuhpial aún cuando comparte el criterio según el cual es aplicable la perención en tal circunstancia, lo hace con la salvedad de que la perención opera pero una vez que hayan *"transcurridos dos meses de consumado el plazo de los 45 días"* (Turuhpial, Héctor, *"La potestad sancionatoria de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario"*, *Análisis y Comentarios a la Ley de Instituciones del Sector Bancario*, FUNEDA, Caracas, 2011, p. 391).

A los fines de solucionar el problema antes planteado, el vacío legal en la LOPJ y la LOPA, una primera interpretación se deduce de que el ejercicio de la competencia administrativa como medida de una potestad sancionatoria está sujeta a unas limitaciones específicas propias del *ius puniendi* del Estado del cual deriva, lo cual tiene como resultado la regla general de que las disposiciones que regulan el Derecho Penal, en concreto del Código Penal¹⁹, le son aplicables analógicamente.

Una segunda interpretación sería partiendo en vez de la base de que el ejercicio de la potestad sancionatoria no deriva del *ius puniendi* del Estado, sino de las reglas propias de la actividad administrativa de Policía Administrativa, en la cual aplica, claramente, la analogía de normas similares en caso de que haya silencio en las que apliquen de manera directa. A tal efecto, en virtud de que el Código Penal regula justamente el funcionamiento de la persecución penal es razonable entender que puede ser utilizada, por vía de analogía, en el ejercicio de la potestad sancionatoria.

En ese orden de ideas, con independencia de la postura que se asuma, existen argumentos suficientes para indicar que esa incompetencia temporal se deriva de la aplicación analógica de la prescripción de la sanción penal contenida en el Código Penal la cual es aplicable al ámbito administrativo, acorde a la jurisprudencia²⁰, aun cuando la doctrina ha advertido la dificultad que representa esa interpretación²¹.

Partiendo de lo anterior, examinaremos a continuación las normas del Código Penal que regulan la prescripción de la acción penal y que podría sostenerse que aplican por analogía a la prescripción del ejercicio de la potestad sancionatoria.

Los numerales 6 y 7 del artículo 108 del Código Penal disponen que la acción penal prescribirá *"por un año, si el hecho punible sólo acarrear arresto por tiempo de uno a seis meses, o multa mayor de ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.)" o "por tres meses, si el hecho punible sólo acarrear pena de multa inferior a ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.)"*. Ello es relevante si se toma en consideración que la derogada LABS disponía únicamente multas de hasta 5.000 U.T. como sanción a la comisión de las infracciones que tipificada, acorde a sus artículos 126 y siguientes.

En todo caso, el artículo 109 del Código Penal señala que la prescripción de la acción penal comenzará a contarse desde *"el día de la perpetración; para las infracciones, intentadas o fracasadas, desde el día en que se realizó el último acto de la ejecución; y para las infracciones continuadas o permanentes, desde el día en que cesó la continuación o permanencia del hecho"*.

Se entiende que el lapso de la prescripción comienza a partir del día en que se cometió el supuesto ilícito o en que cesó la última de las actuaciones en caso de que dicha comisión fue continuada. En todo caso, la jurisprudencia ha indicado en algunas ocasiones que debe computarse el lapso de prescripción a partir de la fecha en que la Administración Pública haya podido tener conocimiento de esa supuesta comisión²². No compartimos esa posición ya que al aplicar ana-

19- Gaceta Oficial N° 5.768 Extraordinario de 13 de abril de 2005.

20- Tal interpretación ha sido acogida por la Corte Segunda en lo Contencioso Administrativo en la Sentencia N° 2009-1107 de 18 de junio de 2009, caso Sonia Borges, con ponencia de Emilio Ramos.

21- Peña Solís advierte que dada la proliferación de normas administrativas que disponen lapsos especiales para computar la prescripción o la incompetencia temporal de la potestad sancionatoria, además de las disposiciones contenidas en el Código Penal, hay "dos soluciones posibles:"

(...)

"1) atendiendo a la naturaleza de la potestad sancionatoria de la Administración optar por aplicar analógicamente las disposiciones sobre prescripción existentes en las leyes administrativas; 2) optar por la aplicación del plazo único de un año contenido en el Código Penal. Las reglas elementales de la lógica apuntan hacia la primera solución, porque al fin y al cabo la potestad ejercida por la Administración es la misma aunque, la materia regulada sea distinta, y también es la misma la finalidad que se persigue con la aplicación del principio de prescripción".

Aun cuando, no deja de advertir el mencionado autor que optar por la primera de las alternativas interpretativas que ofrece acarrearía problemas en lo que respecta a la disparidad de bienes jurídicos que regula cada norma administrativa respecto al caso al que se quiera aplicar (Peña Solís, José, *La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública Venezolana*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, pp.265-266).

22- Véase en tal sentido la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Político Administrativa N° 1031 de 9 de mayo de 2000, caso Mario Luis Ramírez Marciano.

lógicamente la disposición contenida en el Código Penal sólo puede entenderse del significado propio de las palabras que el lapso comienza a computarse es a partir de la fecha de su comisión o de la última fecha en que cesó el incumplimiento, de ser continuado.

Asimismo, conforme al artículo antes transcrito, se entenderá que la prescripción se suspenderá en caso de que no *“pudiere promoverse o proseguirse la acción penal sino después de autorización especial o después de resuelta una cuestión prejudicial diferida a otro juicio”*. En lo que respecta a la suspensión de la prescripción, observamos que el artículo 109 del Código Penal se refiere a una *“autorización especial o después de resuelta una cuestión prejudicial diferida a otro juicio”*. Respecto a la autorización especial Arteaga ha indicado lo siguiente:

“Se trata, pues, de aquellos supuestos en los cuales las leyes condicionan la acción penal a una autorización, como en el caso del enjuiciamiento del Presidente de la República o el enjuiciamiento de los parlamentarios (autorización de la Asamblea Nacional) o el requerimiento de la persona o cuerpo ofendido en los delitos de ofensa o vilipendio de que trata el Código Penal (art. 152, por ejemplo); o, asimismo, en el caso de la bigamia, la cuestión de la validez del anterior matrimonio”²³.

En cuanto a la cuestión prejudicial la norma penal se refiere a uno de los obstáculos al ejercicio de la acción durante la fase preparatoria, es decir aquella relativa a una cuestión prejudicial civil que no haya sido decidida por un tribunal civil o que deba dilucidarse pero no ha sido impuesta la demanda, tiene como efecto la suspensión del procedimiento hasta por el término de seis meses, de conformidad con los artículos 28 y 36 del Código Orgánico Procesal Penal²⁴.

En todo caso, poco dispone la LOPA al respecto, salvo que en caso de que el órgano sustanciador solicitara a *“otras autoridades u organismos los documentos, informes o antecedentes que estime convenientes para la mejor resolución del asunto”* (...), su falta de entrega por parte del ente a quien se le solicitó, en el lapso correspondiente, *“no suspenderá la tramitación, salvo disposición expresa en contrario, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el funcionario por la omisión o demora”*, de conformidad con los artículos 54 y 56 de la LOPA.

Por otra parte, el artículo 110 del Código Penal indica que se interrumpirá la prescripción de la acción penal en los siguientes casos: (i) *“por el pronunciamiento de la sentencia, siendo condenatoria, o por la requisitoria que se libre contra el imputado, si éste se fugare”* (...); (ii) *“la citación que como imputado practique el Ministerio Público, o la instauración de la querrela por parte de la víctima o de cualquier persona a los que la ley reconozca con tal carácter; y las diligencias y actuaciones procesales que le sigan”*. No obstante, en el marco de lo anterior *“si el juicio, sin culpa del imputado, se prolongare por un tiempo igual al de la prescripción aplicable más la mitad del mismo, se declarará prescrita la acción penal”*.

Cabe destacar que conforme al artículo antes aludido si la prescripción fuese menor de un (1) año, la prescripción quedará *“interrumpida por cualquier acto de procedimiento; pero si en el término de un año, contado desde el día en que comenzó a correr la prescripción no se dictare la sentencia condenatoria, se tendrá por prescrita la acción penal”*. Lo anterior, resulta de interés ya que del significado propio de las palabras contenidas en esa disposición pareciera que el lapso de un (1) año para dictar una sentencia condenatoria a partir de la interrupción no está sujeta a suspensión o interrupción, por lo que corre fatalmente.

En ese orden de ideas, en el caso en que la Administración Pública sustanciara e impusiera una sanción cuando se haya verificado la prescripción de la potestad administrativa sancionatoria, la actuación que derive de ésta estaría viciada de nulidad por incompetencia, ya que opera de pleno derecho sin necesidad de que sea solicitada²⁵.

23- Arteaga Sánchez, Alberto, *Derecho Penal Venezolano*, Ediciones Liber, Caracas, 2012, p. 642.

24- Gaceta Oficial N° 6.078 Extraordinario de 15 de junio de 2012.

25- Véase en tal sentido la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Constitucional de 15 de febrero de 2011, caso María Del Pilar Puerta

4. LA COMPETENCIA PARA SUSTANCIAR Y DICTAR DECISIONES EN LO QUE RESPECTA A LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES DEL INDEPABIS NO TERMINADOS PARA LA FECHA DE SU EXTINCIÓN

Hechas las consideraciones antes transcritas observamos que con la publicación en Gaceta Oficial de la derogada LOPJ se estipuló expresamente, en la disposición transitoria tercera de la derogada LOPJ, que sería la Junta Liquidadora del INDEPABIS el organismo encargado de la administración transitoria de los procedimientos administrativos sancionadores del INDEPABIS que no hayan culminado con anterioridad a la supresión de dicho organismo.

Lo anterior fue ratificado en el numeral 26 del artículo 7 del Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Precios Justos al indicar que la Junta Liquidadora del INDEPABIS era la competente para lo siguiente:

(...)“continuar, conocer y dar resolución a los procedimientos administrativos que hubieren sido iniciados en los organismos en supresión, y que no hubieren sido resueltos” (...) “para lo cual dará continuidad a los procedimientos administrativos hasta su resolución definitiva, pudiendo dictar todos los actos administrativos necesarios a fin de constituir, declarar, modificar, desconocer o reconocer los derechos a que haya lugar, con la finalidad de hacer efectivo el cumplimiento de tales actos y el ejercicio de los correspondientes derechos”.

A todo evento, se trata de una competencia que le fue atribuida de manera directa e inmediata por la LOPJ y luego por el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Precios Justos, por lo cual no sería válido entender que procedería una supuesta dilación o prórroga alguna a su ejercicio, más aún si tomamos en cuenta la naturaleza de la competencia administrativa explicada en el presente trabajo.

En efecto, recordemos que el plazo que estipula el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Precios Justos, en el artículo 3, es en relación al tiempo con el cual contará la Junta Liquidadora Ad Hoc para culminar con los procesos de supresión y liquidación de los bienes y derechos del INDEPABIS, a partir de su designación. Ello se debe entender como un límite máximo que tiene dicho organismo para completar una determinada finalidad y no como una prórroga al ejercicio de la competencia administrativa relativa a la sustanciación de procedimientos administrativos sancionadores no terminados por el INDEPABIS para la fecha de su extinción, máxime cuando la derogada LOPJ no dice nada al respecto y en tanto no puede ser desvirtuado por una norma de rango sub-legal, como lo es el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Precios Justos.

Por tal motivo, el lapso de prescripción de la potestad administrativa sancionador que era competencia del extinto INDEPABIS no se puede entender como suspendida o interrumpida cuando no se verificó con la derogatoria de la LABS y la supresión de ese Instituto una cuestión prejudicial o una sujeción a una autorización especial, ya que, reiteramos, la competencia para ello se determinó por la misma derogada LOPJ.

Partiendo de lo anterior, somos del criterio que a partir de la publicación de la LOPJ se debió haber continuado inmediatamente con la sustanciación y de ser el caso la decisión de los procedimientos administrativos sancionatorios, incluso con independencia de que no se hubiese creado la Junta Liquidadora del INDEPABIS y designado a sus miembros, ya que de lo contrario se atendería directamente en contra del principio de impropiedad de la competencia.

Tomando en consideración que la misma LOPJ dispuso que atendiendo al principio de continuidad administrativa se ponderó que habían competencias que no podía asumir la SUNDDE debido a que no contaría con la estructura para atender tales asuntos. Por lo cual se estimó que una Junta Liquidadora era el organismo más idóneo para tales casos, como

bien sería la sustanciación y decisión de los referidos procedimientos administrativos.

En todo caso, la Junta Liquidadora sólo sería competente para la sustanciación y decisión de los referidos procedimientos administrativos hasta el momento en que suscribiera con la SUNDDE las Actas de Entrega correspondientes de tales procedimientos, de conformidad con la Providencia N° 004/2014 de la Junta Liquidadora del INDEPABIS y SUNDECOP. Ahora bien, con independencia de lo anterior y sin perjuicio de que cada caso particular pudiese variar, ya sea porque se continuó activamente con su sustanciación, la competencia de la Junta Liquidadora sobre tales casos culminó, como máximo, el 29 de diciembre de 2014, fecha en la cual se publicó en Gaceta Oficial la Resolución N° 067/2014 mediante la cual se disolvió dicho organismo.

A partir de tales fechas, comenzando por la verificación de la suscripción del Acta de Entrega respectiva o en su defecto a partir de la disolución de la Junta Liquidadora, la SUNDDE pasó a ser el competente de manera inmediata para sustanciar y decidir los procedimientos administrativos sancionadores que no hayan sido decididos con anterioridad a la supresión del INDEPABIS.

A tal efecto, no somos del criterio que la entrega de tales procedimientos por la Junta Liquidadora del INDEPABIS a la SUNDDE suponga la suspensión o interrupción del lapso de prescripción del ejercicio de la potestad sancionatoria en el marco antes referido, ya que no se trata de un acto procedimental puntual atribuible a cada caso determinado sino a la competencia general que tiene un ente u órgano en relación a una materia. Distinto sería el caso en que un órgano se declare incompetente sobre un procedimiento administrativo particular y lo remita a su vez al que considere competente, cuestión que no ocurre en el presente caso.

Como consecuencia de lo anterior, cualquier procedimiento administrativo sancionador que no haya sido terminado por el extinto INDEPABIS antes de la fecha de su supresión, es decir para el 23 de enero de 2014, y no contemple ninguna actuación procedimental dirigida a continuar con su sustanciación y efectiva decisión hasta tres (3) meses o un (1) año contados a partir de esa fecha, según corresponda de acuerdo con la cuantía de la sanción que se impondría, de ser el caso, o inclusive desde la última fecha en la que hubo una actuación procedimental, incluyendo aquellos casos que tenían esa condición con anterioridad a la supresión del extinto INDEPABIS, ya sea por la Junta Liquidadora o subsiguientemente por la SUNDDE, se entenderá que la potestad administrativa sancionador de la SUNDDE para llevar a cabo tales acciones se encontrarán prescritas y en consecuencia dicho organismo no podrá lícitamente imponer una sanción en contra de los particulares por la presunta comisión de un hecho ilícito.

Ahora bien, en el supuesto negado en que se considerara que en virtud de la supresión del INDEPABIS, el plazo de prescripción se hubiera interrumpido, en virtud de la aplicación analógica del artículo 110 del Código Penal, antes comentado, es decir el 23 de enero de 2014, se deberá dictar una decisión en término de tres (3) meses o un (1) año a partir del día en que comenzó a correr nuevamente la prescripción, dependiendo de la sanción, y de no ocurrir se tendrá prescrita la potestad sancionatoria, con independencia de que la Junta Liquidadora del INDEPABIS haya transferido la competencia sobre tales procedimientos antes de que se cumpliera nuevamente un (1) año, ya que conforme a una interpretación racional de esa norma ese término no está sujeto a suspensión o interrupción. En ese orden de ideas en ese caso hipotético, que no compartimos, la potestad sancionatoria de tales procedimientos administrativos hubiese prescrito como máximo el 23 de enero de 2015, con las consecuencias legales antes descritas.

*Una nueva interpretación de la tradicional afectación de bienes.
Notas sobre las afectaciones eternas en la expropiación (a propósito
de la sentencia de la sala político administrativa del tribunal supremo
de justicia de 7 de mayo de 2014, caso Constructora Alvo, C.A. y Otras.*

Carlos García Soto¹

Resumen: El ensayo explica cómo una reciente sentencia promueve el perverso fenómeno de las “afectaciones eternas” en la expropiación.

Palabras claves: fenómeno, afectaciones eternas, expropiación.

Abstract: The essay explains how a recent decision promotes the perverse phenomenon of the “eternal effects” on the expropriation.

Keywords: phenomenon, “eternal effects”, expropriation.

1. INTRODUCCIÓN

Una reciente sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 7 de mayo de 2014, caso *Constructora Alvo, C.A. y otras* ha puesto de relieve el problema de las “afectaciones eternas” en la expropiación. Tema muy propio de la práctica de la expropiación en Venezuela, agravado en los últimos años, que con esta sentencia se hace más patente. Como ha sucedido con los otros elementos de la expropiación desde al menos una década, también aquí se ha dado lugar a una “anomalía”, en este caso, sobre el denominado Decreto de Expropiación.

La sentencia va a dar lugar a un retroceso en los avances que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se habían dado para, de alguna forma, corregir el problema de las afectaciones eternas, retroceso que vendrá de lo que expresamente calificó esta sentencia como “una nueva interpretación de la tradicional afectación de bienes”. En la medida en la que no hay una solución normativa general a este problema de las afectaciones eternas, se habían ido construyendo modos de limitar sus efectos, modos que se ven severamente cuestionados a partir de este nuevo criterio jurisprudencial.

Se trata, por ello, de una nueva anomalía en la expropiación, que contribuye a desdibujar la institución expropiatoria. Mucho tiempo y esfuerzo habrá que dedicar a la reconstrucción del sistema conceptual de la expropiación, porque las anomalías que se han hecho comunes en torno a sus elementos han abarcado prácticamente todos los temas de esa figura, ahora también el Decreto de Expropiación.

Este trabajo pretende explicar algunas notas sobre el problema de las afectaciones eternas en el Derecho venezolano. Se hará especial énfasis en los avances que se habían logrado en la materia, para luego contrastarlos con el retroceso que ha implicado tal sentencia.

1- Abogado (*magna cum laude*), Universidad Monteávila. Doctor en Derecho (sobresaliente *cum laude*), Universidad Complutense de Madrid. Director de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Monteávila.

2. NOTAS SOBRE EL DECRETO DE EXPROPIACIÓN COMO ELEMENTO DE LA EXPROPIACIÓN

El Decreto de Expropiación es uno de los elementos de la expropiación. Se trata del principal acto que dicta el Poder Ejecutivo en el procedimiento expropiatorio. Conforme al numeral 2 del artículo 7 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social (LECUPS), uno de los requisitos de la expropiación es la *"Declaración de que su ejecución exige indispensablemente la transferencia total o parcial de la propiedad o derecho"*.

Por ello, el Decreto de Expropiación es un acto administrativo de efectos particulares por el cual el Poder Ejecutivo señala uno o varios bienes que considera indispensables para la satisfacción de la causa de utilidad pública o interés social que ha sido declarada por el Poder Legislativo.

El artículo 5 de la Ley definirá lo que debe entenderse por Decreto de Expropiación:

"Artículo 5. El Decreto de Expropiación consiste en la declaración de que la ejecución de una obra requiere la adquisición forzosa de la totalidad de un bien o varios bienes, o de parte de los mismos. Dicha declaración le corresponderá en el orden nacional, al Presidente de la República, en el orden estatal al Gobernador, y en los municipios a los Alcaldes".

Usualmente se ha utilizado como sinónimo del término *"Decreto de Expropiación"* el término *"Decreto de Afectación"*. Así, se entiende que el Decreto de Expropiación ha producido la *"afectación"* de determinados bienes. A la inversa, se entiende que un bien ha sido *"afectado"* cuando sobre ese bien se ha dictado un Decreto de Expropiación o de Afectación. Como advertiría Allan R. Brewer-Carías:

*"Dentro del procedimiento expropiatorio, y en particular en su fase administrativa, sin duda, el Decreto de Expropiación, Decreto de Ejecución o Decreto de Afectación, como indistintamente se lo llama, es uno de los actos de mayor importancia. Mediante él, la autoridad administrativa nacional, estatal o municipal, decide ejecutar o realizar la obra previamente declarada de utilidad pública, indicando la necesidad de utilizar determinados bienes para dicha ejecución"*².

La consecuencia jurídica que se produce sobre los bienes acerca de los cuales se ha dictado un Decreto de Expropiación, es decir, que han sido afectados por el Decreto de Expropiación, es que el titular del derecho de propiedad sobre esos bienes está obligado a transferir su propiedad al ente expropiante. La expresión utilizada por la temprana jurisprudencia era bastante gráfica: la expropiación procederá *"por las buenas o por las malas"*³.

Sin embargo, la transmisión de la propiedad sólo ocurrirá, en realidad, (i) una vez que se llegue al *"arreglo amigable"* (artículo 22 LECUPS) o (ii) una vez que sea consignada la suma o constancia de haberse realizado el pago al expropiado y se registre la sentencia que declaró la expropiación en la oficina correspondiente y se ordene a la respectiva autoridad del lugar para que haga formal entrega del bien al solicitante (artículo 46 LECUPS).

Por ello, conforme a la LECUPS, no basta que haya sido dictado el Decreto de Expropiación para que se proceda a la transmisión de la titularidad sobre el bien objeto del Decreto. Si bien el Decreto de Expropiación establece una obligación en cabeza del titular del derecho de propiedad

2- Brewer-Carías, Allan R., *Urbanismo y propiedad privada*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, p. 433. En términos similares han señalado Antonio Canova González, Luis Alfonso Herrera Orellana y Karina Anzola Spadaro que:

"El elemento de forma que condiciona la validez de la voluntad de la Administración Pública en materia expropiatoria es la emisión de un acto expreso. En ese acto expreso, acá denominado Decreto de Expropiación, la Administración Pública de forma unilateral determina o concretiza, por una parte, que la expropiación es la vía idónea para llevar a cabo la obra de utilidad pública o la actividad de interés social, según sea el caso, y, en segundo lugar, singulariza los bienes específicos que resultarán afectados por ser necesarios para lograr el fin" (Canova González, Antonio, Herrera Orellana, Luis Alfonso y Anzola Spadaro, Karina, *¿Expropiaciones o vías de hecho? (La degradación continuada del derecho fundamental de propiedad en la Venezuela actual)*, Funeda, UCAB, Caracas, 2009, p. 85).

Véase igualmente a Hernández-Mendible, Víctor, *"Las afectaciones y los mecanismos para su control"*, Revista de la Fundación de la Procuraduría, N° 17, Caracas, 1997, p. 47 y Reverón Boulton, Carlos, *"Las afectaciones eternas en la expropiación"*, Revista Tachirensis de Derecho, N° 22, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 2011, p. 116.

3- Sentencia de la Sala Federal de la Corte Federal y de Casación de 14 de marzo de 1952.

de transferir la propiedad, ello sólo podrá tener lugar con ocasión del arreglo amigable o con ocasión de la sentencia que acuerde la expropiación y la consignación del pago.

De hecho, el Decreto de Expropiación, en tanto acto administrativo, carece de ejecutoriedad, como elemento típico del acto administrativo⁴. Si bien es un título ejecutivo, carece del elemento ejecutoriedad, el cual permitiría ejecutar forzosamente el acto por la propia Administración (en el caso de la expropiación, ordenar el traslado del derecho de propiedad sobre el bien expropiado), aún en contra de la voluntad del administrado (artículo 80 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos). En la expropiación, la Administración requiere la intervención del Juez para “ejecutar” el acto administrativo que constituye el Decreto de Expropiación.

3. NOTAS SOBRE EL PROBLEMA DE LAS “AFECTACIONES ETERNAS”

3.1. El supuesto de las afectaciones eternas

Ahora bien, que se dicte un Decreto de Expropiación no significa, necesariamente, que los bienes sobre los cuales recae el Decreto sean luego efectivamente expropiados. Diversas razones pueden llevar a que luego no se produzca la expropiación.

Una de esas razones por las cuales no se proceda a la expropiación de esos bienes objeto del Decreto de Expropiación es que el Poder Ejecutivo no impulse el procedimiento expropiatorio.

En efecto, una vez que ha sido dictado el Decreto de Expropiación, corresponde al Poder Ejecutivo iniciar el procedimiento administrativo de expropiación de dos maneras.

La primera forma sería a través del “arreglo amigable”, previsto en el primer artículo del Título IV de la LECUPS, titulado “Del procedimiento para la expropiación”. Conforme a ese artículo 22 LECUPS, “El ente expropiante, una vez publicado el decreto de expropiación, procederá a iniciar el trámite de adquisición del bien afectado por vía del arreglo amigable”.

Si alguna de las partes no se muestra conforme con el arreglo amigable, de acuerdo a los artículos 23 y siguientes de la LECUPS corresponde al Poder Ejecutivo solicitar al Juez la expropiación del bien.

Es decir, conforme al procedimiento expropiatorio, corresponde al Poder Ejecutivo impulsar ese procedimiento, una vez ha dictado el Decreto de Expropiación⁵. Por ello, como ha advertido José Ignacio Hernández G., que la Administración no impulse el procedimiento administrativo, bien sea a través del arreglo amigable, o a través de la solicitud de expropiación, implica un supuesto de inactividad de la Administración⁶.

Sin embargo, como se señaló, una de las razones por las cuales no podría tener lugar la efectiva expropiación de los bienes es porque el Poder Ejecutivo no impulse el procedimiento expropiatorio.

Es el caso de lo que la doctrina y la jurisprudencia han definido como el supuesto de las “afectaciones eternas”.

Sería Allan R. Brewer-Carías, para variar, quien advertiría este problema, calificándolo como de “afectaciones eternas”.

4- Cfr. Canova González, Antonio, Herrera Orellana, Luis Alfonso y Anzola Spadaro, Karina, ¿Expropiaciones o vías de hecho? (La degradación continuada del derecho fundamental de propiedad en la Venezuela actual), op. cit., p. 87, quienes advertirán:

(...) “esta excepción a la regla general comporta que el Decreto de Expropiación, pese a su condición de acto administrativo, no surta efectos sobre su destinatario hasta tanto un tribunal se pronuncie sobre la legalidad de dicho acto y declare la procedencia de la expropiación de los bienes de propiedad privada afectados. Exigiéndose, entonces, la revisión anticipada del órgano judicial” (p. 88).

5- Cfr. Hernández G., José Ignacio, *La expropiación pública en el Derecho Administrativo venezolano*, Caracas, 2014, consultado en original, p. 204.

6- Véase Hernández G., José Ignacio, *La expropiación pública en el Derecho Administrativo venezolano*, op. cit., pp. 204-205.

En 1978 señalaría:

“Bien es sabido que la expropiación es una potestad pública, y como toda potestad pública, tiene una finalidad; por tanto, el uso de esta potestad debe estar condicionada por la finalidad perseguida por el legislador cuando ella se otorga al Estado. La autoridad expropiante concretiza esta potestad a través de un decreto de expropiación, de ejecución o de afectación. Mediante este acto, individualiza un bien y señala la voluntad del Estado de adquirir ese bien. En esta forma, si puede identificarse una finalidad fundamental y específica del Decreto de Expropiación, ésta es la adquisición de un bien por parte del Estado en forma forzosa. Este es el fin del Decreto: la transferencia última del dominio de un particular al Estado”⁷.

Luego señalaría cuál ha sido el origen de esta anomalía:

“La consideración de estos requisitos de la finalidad perseguida en la expropiación nos conduce a un problema real y normal en Venezuela: en un gran porcentaje, los decretos de expropiación, afectación o ejecución no se han dictado a los efectos de que los mismos, realmente, sean ejecutados en un lapso determinado; se han dictado, al contrario, con una finalidad distinta y real: congelar los precios, ya que, como se verá, tradicionalmente se había interpretado que la indemnización a pagar se determina, de acuerdo a la Ley y la jurisprudencia, tomando en cuenta los valores existentes antes del Decreto de expropiación, aún cuando ésta se realizase efectivamente muchos años después de haberse dictado ese Decreto”⁸.

Más allá de cuál haya sido el origen histórico de las afectaciones eternas, por lo pronto lo que nos interesa resaltar es que en el caso de las afectaciones eternas un bien es objeto de un Decreto de Expropiación, por lo cual queda “afectado”, pero luego el Poder Ejecutivo no impulsa luego la efectiva expropiación del bien. Con lo cual, el bien queda en una situación de afectación, es decir, señalado como un bien indispensable para la ejecución de una causa de utilidad pública o interés social, aún en propiedad de su titular, pero expuesto a que sobre el bien sea dictada alguna medida de ocupación, o a su desvalorización⁹.

Así, y en resumen, lo característico de la afectación eterna es que el Poder Ejecutivo dicta el Decreto de Expropiación, y sin embargo luego no impulsa el procedimiento administrativo de expropiación¹⁰.

3.2. Ausencia de regulación en la LECUPS para el supuesto de las afectaciones eternas

Lo problemático de la situación de las afectaciones eternas es que la LECUPS no ofrece una solución a este supuesto. La LECUPS se ocupa de regular el procedimiento de expropiación, pero no prevé el supuesto en el cual se dicte el Decreto de Expropiación pero luego no se proceda a la expropiación del bien objeto del Decreto¹¹.

7- Brewer-Carías, Allan R., “Las expropiaciones urbanísticas”, *Jurisprudencia de la Corte Suprema (1930-1974) y estudios de Derecho Administrativo*, tomo VI (La propiedad y la expropiación por causa de utilidad pública o interés social), Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, pp. 76-77.

8- Brewer-Carías, Allan R., “Las expropiaciones urbanísticas”, op. cit., p. 78. Véase en el mismo sentido a Muci Borjas, José Antonio, *La Retrocesión en la Expropiación Forzosa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, p. 50. Véase igualmente Linares Benzo, Gustavo, “Innovaciones de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social del 21-05-2002”, *Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, pp. 150-151. La sentencia de 24 de julio de 1978 de la Corte Suprema de Justicia señalaría que:

“El legislador presume que entre la fecha del Decreto y la de entrega de la indemnización correspondiente al propietario, el lapso que transcurra nunca será lo bastante largo para que durante el mismo se puedan alterar los términos de la ecuación económica que forzosamente debe existir entre las recíprocas prestaciones de ambas partes, en conformidad con el precepto constitucional que exige el pago de una justa indemnización, y es por ello y sólo por ello que la Ley tomó como punto de referencia, a los fines antes indicados, la fecha del Decreto expropiatorio”.

9- Como señaló la sentencia de 10 de agosto de 1993 de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, caso *Jesús Antonio Silva*, ya la afectación de un bien a través de un Decreto de Expropiación, implica, desde esa perspectiva, una limitación del derecho de propiedad:

“Si bien es cierto que ese particular, dueño del bien afectado y sobre el cual recae el Decreto de Expropiación, sigue siendo el titular del derecho de propiedad mientras no sea decidida en forma definitiva la expropiación, con el señalamiento en sentencia judicial, del correspondiente monto del justiprecio, de conformidad con las disposiciones que sobre avalúo establece la Ley de la materia, ni consignado por el ente expropiante el pago del mismo, y por tanto puede ejercer -salvo el supuesto de ocupación previa- las facultades de uso, goce y disposición inherentes a su derecho real de propiedad, tal como se desprende del artículo 6° de la Ley Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, no es menos cierto que desde el momento en que se decreta la expropiación se causa una lesión al derecho de ese propietario quien, como se dijo, deberá ceder o enajenar el bien afectado”.

10- Como ha advertido Caterina Balasso Tejera: “Los trámites procedimentales necesarios para lograr la adquisición del bien o bienes a expropiar se inician una vez declarada la utilidad pública y publicado el Decreto de Expropiación correspondiente” (Balasso Tejera, Caterina, “Aspectos procedimentales de la expropiación”, *Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, p. 124).

11- Sobre las distintas soluciones que se plantearon en proyectos de Ley para este problema, hasta 1980, véase Allan R. Brewer-Carías, “Las expropiaciones urbanísticas”, op. cit., p. 85-87.

Por supuesto, como se señaló, ello coloca al administrado en una situación jurídicamente comprometida: si bien es titular del derecho de propiedad del bien sobre el cual se dictó el Decreto de Expropiación, en principio, deberá transmitir la propiedad de ese bien, una vez que se llegue al arreglo amigable, o una vez que se dicte la sentencia que acuerde la expropiación y se realice el pago. Pero mientras ello no suceda el bien se encuentra “*afectado*”.

Por ello, la gran interrogante en estos casos es cuándo debe considerarse que el bien que fue objeto de un Decreto de Expropiación ya no se encuentra “*afectado*”, una vez que haya transcurrido determinado lapso sin que se proceda a su expropiación o, al menos, a la sustanciación del procedimiento de expropiación. La Ley, como se señaló, nada dice al respecto.

Por el contrario, la Ley sí contiene una solución para un problema diferente en su forma, pero parecido en lo sustancial, como lo es el supuesto de la retrocesión de la expropiación.

Cuando un bien es expropiado, bien sea porque se llegue al arreglo amigable o porque se declare judicialmente la expropiación y se proceda al pago de la indemnización expropiatoria, pero luego no se ejecuta la obra para la cual fue expropiado el bien, la LECUPS reconoce al propietario que ha sido despojado de su propiedad el derecho a la “retrocesión de la expropiación”. Señala en este sentido el artículo 51 LECUPS que:

“(…) El propietario del bien expropiado, que no fuere utilizado para la obra de utilidad pública o interés social que motivó su expropiación, tendrá derecho a readquirirlo por el mismo precio por el cual se lo adquirió el ente expropiante, sin perjuicio de las acciones que pudieran corresponderle al expropiado por los daños y perjuicios que la expropiación injustificada le ocasionó. En consecuencia, bastará la simple comprobación mediante inspección judicial, de que el bien expropiado no esté siendo destinado para la obra de utilidad pública o interés social que motivó su expropiación. En estos casos, el derecho de retrocesión se ejercerá en sede administrativa ante el ente expropiante respectivo, sin perjuicio del ejercicio de las acciones judiciales a que hubiere lugar”.

Es decir, si una vez que ha sido expropiado el bien, éste no es utilizado para la obra de utilidad pública o interés social para la cual fue expropiado, el sujeto de la expropiación tiene derecho a solicitar le sea devuelto ese bien, realizando para ello el pago del precio por el cual lo adquirió en ente expropiante.

Pero no existe en la LECUPS una figura similar para el supuesto en el cual se afecte un bien a través de un Decreto de Expropiación, pero luego no se proceda a su expropiación.

3.3. Algunas regulaciones previstas en Leyes especiales

Leyes especiales se percataron del problema que suponía las afectaciones eternas y previeron regulaciones para remediarlas. Concretamente, se trata de la solución prevista en la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal (LORM), así como las soluciones previstas en la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio (LOOT) y en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística (LOOU). Tales regulaciones demuestran el interés que se ha tenido en controlar los perjuicios que para el administrado pueden derivarse de afectaciones eternas. Sin embargo, como ha sido señalado, en la LECUPS no existe una solución general para este tipo de supuestos.

Como se verá, el interés en esas soluciones previstas en Leyes especiales se encuentra en que hasta el momento habían sido las soluciones sobre las cuales se había apoyado la jurisprudencia para resolver no sólo los casos a los cuales eran directamente aplicable esas normas, sino para resolver por analogía supuestos de afectaciones eternas, con lo cual se protegía a administrados que eran sujeto de esas anomalías.

3.3.1. El supuesto de la derogada LORM

En la derogada LORM de 1978 se preveía un supuesto concreto de límite temporal a la vigencia del Decreto de Expropiación, lo cual constituía cierto remedio para el supuesto de las afectaciones eternas. Se disponía en su artículo 85:

“Artículo 85. Cuando con la promulgación de un Plano de Desarrollo Urbano Local se afecten terrenos de propiedad privada para usos recreacionales o deportivos, asistenciales, educacionales o para cualquier uso público, se indicará el plazo dentro del cual el Municipio deberá adquirir esos terrenos. Este plazo en ningún caso podrá exceder de cuatro (4) años, vencido el cual sin que el Municipio haya adquirido esos bienes se considerará sin efecto dicha afectación.

Esta disposición no es aplicable cuando la afectación resulte de un plano de parcelamiento o de urbanismo”¹².

Como puede observarse, la solución de la Ley sería declarar que si luego de dictada la afectación de un terreno transcurren cuatro años sin que el Municipio adquiera los bienes, se considera sin efecto la afectación, es decir, que se considera que ha decaído el Decreto de Expropiación. Expresamente, pues, se regula el supuesto de afectación eterna, al considerarse que el transcurso de cuatro años supone un caso de afectación eterna, que es resuelto al considerarse que transcurrido ese plazo, decae ese Decreto.

En la vigente Ley Orgánica del Poder Público Municipal no se prevé una norma similar.

3.3.2. El supuesto de la LOOT

Por su parte, el artículo 64 de la LOOT, aún vigente, establecerá una regulación para controlar las afectaciones eternas para un supuesto también concreto:

“Artículo 64. Cuando la ejecución de los planes de ordenación del territorio implique la extinción del derecho de propiedad, las autoridades respectivas competentes deberán proceder a decretar la expropiación, conforme a la Ley especial.

A tal efecto, en el Plan respectivo de Ordenación del Territorio se deberá establecer un lapso para la ejecución de la expropiación correspondiente, cónsono con la naturaleza y alcance de la actividad a realizar.

Cuando el lapso sea superior a tres años, la autoridad competente deberá establecer un régimen transitorio de uso efectivo de la propiedad afectada.

Único: Vencido el lapso para la ejecución de la expropiación previsto en el Decreto respectivo, sin que los entes públicos competentes hubieren procedido consecuentemente, se deberá indemnizar al propietario por las limitaciones al uso de su propiedad y deberá reglamentarse un uso compatible con los fines establecidos en el plan respectivo”¹³.

12- En la reforma a esa Ley de 1989 se optó por la siguiente fórmula en el artículo 106:

“Artículo 106. Cuando con la promulgación de un Plan de Desarrollo Urbano Local se afecten terrenos de propiedad privada para uso recreacional, deportivo, asistencial, educacional o para cualquier uso público que implique la extinción del derecho de propiedad, el Municipio o Distrito deberá proceder de conformidad con la Ley respectiva.

El Decreto establecerá un plazo para la ejecución de la expropiación, que en ningún caso excederá al establecido en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, vencido el cual, sin que se hubiese procedido en consecuencia, se considerará sin efecto dicha afectación y el Municipio o Distrito deberá indemnizar a los propietarios por los daños y perjuicios debidamente demostrados por las limitaciones al uso de sus propiedades, regulando para éstas un uso compatible con el Plan de Desarrollo respectivo.

Esta Disposición no es aplicable cuando la afectación resulte de un Plan de Parcelamiento o Urbanismo”.

Véanse las diferencias entre ambas normas en José Antonio Muci Borjas, *La Retrocesión en la Expropiación Forzosa*, op. cit., pp. 47-50.

13- Como advirtió en su momento José Antonio Muci Borjas:

“Si bien esta norma no prevé el decaimiento de la afectación, constituye un remedio legal al ya comentado problema de las afectaciones eternas. Nótese que nuestro Legislador no estableció un lapso único dentro del cual debía el expropiador proceder a iniciar el procedimiento, sino que dejó tal determinación al Plan de Ordenación del Territorio correspondiente” (*La Retrocesión en la Expropiación Forzosa*, cit., p. 53).

En el supuesto previsto en el artículo 64 de la LOOT se permite que el bien objeto del Decreto de Expropiación se mantenga afectado. Sin embargo, se establecen tres mecanismos para la protección del administrado:

En primer lugar, se exige que en el Plan respectivo de Ordenación del Territorio se establezca un lapso para la ejecución de la expropiación correspondiente, el cual debe ser cónsono con la naturaleza y alcance de la actividad a realizar.

En segundo lugar, si el lapso establecido en ese Plan de Ordenación del Territorio es superior a tres años, debe establecerse un régimen transitorio de uso efectivo de la propiedad afectada.

Sin embargo, en tercer lugar, si vence el lapso para la ejecución de la expropiación que haya sido previsto en el Decreto de Expropiación, sin que la expropiación haya tenido lugar, se deberá indemnizar al propietario por las limitaciones al uso de su propiedad y deberá reglamentarse un uso compatible con los fines establecidos en el plan respectivo.

En todo caso, también supone el reconocimiento de que a los problemas de afectaciones eternas debe darse una solución que proteja al administrado.

3.3.3. El supuesto de la LOOU

En un sentido similar, el numeral 12 del artículo 34 de la LOOU, también vigente, establecerá un control al supuesto de las afectaciones eternas:

“Artículo 34. Los planes de desarrollo urbano local se elaborarán teniendo en cuenta las directrices y determinantes establecidas en los planes de ordenación urbanística, y contendrán:

(...)

12. La identificación de los terrenos de propiedad privada que resultarán afectados por la ejecución del plan, indicando plazo para la expropiación y disponibilidad de recursos para implantar el servicio o realizar la obra”.

La regulación de la LOOU (numeral 12 del artículo 34) resultará más parca que la prevista en la LOOT (artículo 64). El control se restringirá a que se señale un plazo para la expropiación en los planes de desarrollo urbano local en los cuales se afecten bienes. En todo caso, también supone el reconocimiento a la necesaria protección de administrado ante supuestos de afectaciones eternas.

3.4. La evolución jurisprudencial sobre el control de las afectaciones eternas

A pesar que la LECUPS de 1947 y la vigente no contienen una regulación expresa que permita una solución al problema de las afectaciones eternas, la jurisprudencia se percataría de las injusticias a las cuales podía llevar ese problema, y estableció criterios para proteger al administrado.

Para ello acudió a dos herramientas fundamentales. Por una parte, hizo referencia a la necesaria razonabilidad que debía exigirse al lapso de ejecución del Decreto de Expropiación. Pero, por otra parte, hizo uso de la analogía para resolver casos para los cuales no había norma expresa que regulara el supuesto de afectaciones eternas. Para ello, tomó las referencias contenidas en la LORM y en la LOOT a las cuales ya se ha hecho referencia.

3.4.1. La razonabilidad del lapso de ejecución del Decreto de Expropiación

La sentencia de 24 de julio de 1978 de la Corte Suprema de Justicia señalaría al referirse a un supuesto de afectación eterna:

“Es criterio de la Corte que la situación así planteada no puede ser mantenida por el Estado indefinidamente, puesto que cuando el Ejecutivo Nacional u otra autoridad competente, según los casos, dicta un Decreto de expropiación, la ejecución del mismo debe tener lugar dentro de un lapso razonable, pasado el cual las personas afectadas por el acto pueden ocurrir a los tribunales a hacer valer sus derechos, bien para que se les expropie o para que se les declare excluidas de la expropiación, cuando esto último sea posible en conformidad con las disposiciones del Decreto, tal como ocurre precisamente en el caso que es objeto de examen en esta decisión”.

El criterio sería reiterado en la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 10 de agosto de 1993, caso *Jesús Antonio Silva*, en la que se señalaría que:

“Ahora bien, tal cesión o enajenación tendría que necesariamente cumplirse en un tiempo razonable puesto que no responde al concepto de justicia social enfrentar al particular a la ausencia de seguridad jurídica, como lo ha reconocido la Sala al señalar que éste no debe estar sometido indefinidamente a la situación de incertidumbre que se le causa una vez dictado el decreto expropiatorio y hasta la definitiva ejecución del mismo. (Caso: Alberto Baumeister T., decisión del 19-9-78). Por el contrario debe existir cierta continuidad que, además, responda a la necesidad de la colectividad, que es justamente lo que hace que una obra sea considerada como de utilidad pública, es decir, debe evitarse la excesiva dilación en su ejecución y proceder a hacer efectiva la expropiación en un lapso razonable, que dependerá entre otras cosas, de la naturaleza de la obra a ejecutar y de los bienes que se vean afectados de expropiación”.

Luego advertiría la sentencia que:

“La intención del Legislador al imponer el señalamiento del referido plazo responde a la necesaria continuidad que el proceso expropiatorio demanda, debido, en primer lugar, a que constituye una limitación al derecho de un particular que encuentra su justificación en el interés colectivo, sin que pueda por ello la afectación prolongarse de manera indefinida en el tiempo por ausencia de tramitación de la expropiación misma, puesto que debe respetarse el principio conforme al cual en materia expropiatoria debe procurarse la menor afectación posible a la esfera de derechos del expropiado, pagando en todo caso la justa indemnización”¹⁴.

Del mismo modo, en la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 8 de octubre de 2003, caso *Centro Comercial Industrial y Estación de Servicios Las Maravillas, C.A.*¹⁵, se reiteraría el criterio, para señalar que:

“es claro que tal cesión o enajenación debe materializarse dentro de un lapso de tiempo razonable, de manera de no someter al particular a un estado de incertidumbre indefinida debido a la emisión de un decreto expropiatorio cuya ejecución no sea determinada desde el punto de vista temporal, pues, de lo contrario, se estaría atentando contra la idea de justicia como valor fundamental que propugna la Carta Magna y esencial en el concepto del Estado venezolano como democrático y social de derecho y de justicia, además de vulnerarse los más elementales principios de seguridad jurídica que deben prevalecer en toda sociedad”.

Por último, en la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 29 de junio de 2006, caso *Compañía Anónima Inversiones Catia* se notaría que:

“en materia de expropiación, vista la limitación al derecho de propiedad del particular que resulta afectado por el Decreto de Expropiación, las expropiaciones deben cumplirse en un

14- Agregaría la sentencia que:

(...)“la continuidad de la expropiación es demandada igualmente por la colectividad que se verá favorecida con la ejecución de la obra cuya utilidad pública y social ha sido ya declarada, por lo que en el orden lógico, a todo Decreto de Afectación y Expropiación debe seguir su ejecución. Ahora bien, partiendo de la premisa conforme a la cual debe siempre existir un lapso para la ejecución de las expropiaciones, y tomando en cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio sólo para aquellas expropiaciones cuyo lapso de ejecución sea superior a tres años, debe establecer la autoridad competente un régimen transitorio de uso efectivo de la propiedad afectada, puede inferirse que a partir de la entrada en vigencia de la mencionada Ley, para aquellos casos en los que no se indique régimen transitorio se entenderá que la ejecución de la expropiación debe tener lugar dentro de los tres años siguientes a la fecha de la entrada en vigencia del Decreto en el que se ordena la misma”.

15- La sentencia dictada sobre este caso versaría sobre bienes que fueron incluidos en el mismo Decreto de Expropiación que es objeto del nuevo criterio de la Sala Político-Administrativa que aquí se critica, contenido en la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 7 de mayo de 2014, caso *Constructora Alvo, C.A. y otras*.

tiempo razonable sin que de ningún modo pueda pretenderse que el particular afectado se encuentre en una incertidumbre permanente o que su propiedad se vea afectada “eternamente”, independientemente de razones de diversa índole”¹⁶.

En ese caso, al ejercerse un recurso por abstención o carencia contra un Decreto de Expropiación dictado en 1979, la sentencia concluiría:

“resulta evidente que ha transcurrido un tiempo más que razonable para que el Decreto de Expropiación dictado por el entonces Presidente de la República, haya sido ejecutado, por lo menos en cuanto a las adquisiciones de los inmuebles que conformarían la segunda etapa del Parque del Oeste “Jóvito Villalba”, y dentro de los cuales se encuentra el inmueble propiedad de la empresa Compañía Anónima Inversiones Catia, a pesar de evidenciarse de autos el interés renovado de los diversos órganos y entes administrativos involucrados en realizar la ampliación del referido Parque”.

El recurso por abstención o carencia que, como señalamos en nota al pie, trata sobre bienes incluidos en el mismo Decreto de Expropiación objeto de la sentencia que más adelante criticaremos, sería declarado con lugar¹⁷.

3.4.2. La analogía como técnica para el control de las afectaciones eternas

Una opción que valoraría la jurisprudencia para proteger al sujeto del Decreto de Expropiación sería la posibilidad de acudir a la analogía, a partir de las normas que sí establecieran un lapso expreso para la ejecución del Decreto de Expropiación (LORM y LOOT). Así, en la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 10 de agosto de 1993, caso *Jesús Antonio Silva*, se realizaría el siguiente razonamiento:

“Sin embargo, la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, no establece un lapso en el cual deba el ente encargado de la ejecución del Decreto de Expropiación comenzar las negociaciones y expropiaciones. Se plantea entonces la necesidad de recurrir a las otras fuentes internas de derecho positivo previstas en el artículo 4 del Código Civil, el cual en su primer aparte señala la posibilidad de recurrir a disposiciones que regulen casos semejantes o materias análogas cuando no hubiere norma precisa de la Ley aplicable al supuesto de hecho, fuente de derecho cuya importancia ha sido además reconocida por este Alto Tribunal (S.P.A., casos Roberto Enrique Carrasqueño y Alí Madrid Guzmán, decisiones de fechas 02-11-82 y 09-10-90, respectivamente)”.

Y así, al hacer referencia a lo que disponía el artículo 108 de la entonces vigente LORM, concluirá por aplicar la analogía para casos distintos a los previstos expresamente en la LORM:

“El supuesto de hecho previsto en la norma transcrita se relaciona con los casos de expropiación en los que el ente expropiante es el Municipio o el Distrito, pero las consecuencias jurídicas allí expresadas son aplicables, por vía analógica, a los demás casos de expropiación, es decir, aquellos en los cuales el ente expropiante es persona jurídica distinta a los municipios o los Distritos”.

El criterio será reiterado en la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 29 de junio de 2006, caso *Compañía Anónima Inversiones Catia*.

16- El criterio sería reiterado, por ejemplo, en la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 13 de julio de 2011, caso *Karmaty, C.A.*

17- La doctrina también reconocería que una vez se ha dictado el Decreto de Expropiación, la expropiación debe ser realizada en un lapso de tiempo razonable. Así, por ejemplo, Magdalena Salomón de Padrón señalaría que: “El Decreto de Expropiación, por cuanto tiene una incidencia directa sobre el patrimonio de los particulares, debe ser ejecutado de acuerdo con la finalidad de la Ley que declara la utilidad pública o interés social. Además, debe ser cumplido dentro del lapso racional de ejecución, de manera que no se eternice en su cumplimiento” (Salomón de Padrón, Magdalena, “Consideraciones generales sobre la expropiación por causa de utilidad pública o social”, *El Derecho Administrativo venezolano en los umbrales del siglo XXI. Libro homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez*, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Monteávila, Caracas, 2006, pp. 374-375). Por su parte, para Antonio Silva Aranguren y Gustavo Linares Benzo, “Este vicio puede ser también corregido mediante la declaratoria de decaimiento de los decretos luego de un plazo prudencial sin que se hayan ejecutado. Quizá la solución a este problema implica una reforma legislativa que establezca un lapso de vigencia a los decretos de afectación si no se ejecutan” (Silva Aranguren, Antonio, y Linares Benzo, Gustavo, *La expropiación en Venezuela*, UCAB, Caracas, 2011, p. 70).

La analogía también sería aplicada en atención a la fórmula del artículo 64 de la LOOT. Así, en la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 8 de octubre de 2003, caso *Centro Comercial Industrial y Estación de Servicios Las Maravillas, C.A.*¹⁸, se señalaría:

“Así las cosas, resulta oportuno precisar que ni en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y Social aplicable para la época en que se dictó del decreto cuestionado, ni en la vigente ley reguladora de la materia, se estableció un plazo para que la autoridad administrativa efectuara todos los trámites tendentes a ejecutar lo dispuesto en el decreto expropiatorio, por lo que el criterio jurisprudencial de esta Sala, y que en esta oportunidad se reitera, ha sido el de aplicar por la vía analógica lo previsto en el artículo 64 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio”.

3.5. Dos posibles soluciones al problema de las afectaciones eternas

A partir de lo expuesto, aquí se ensayarán dos soluciones que puede tener el problema de las afectaciones eternas, al menos, en la propia sede administrativa. Por ello, haremos referencia al tema del decaimiento del Decreto de Expropiación y a la posibilidad de acudir a la figura de la prescripción de la obligación administrativa.

3.5.1. El decaimiento del Decreto de Expropiación

¿Qué sucede con el Decreto de Expropiación, en tanto acto administrativo, en el supuesto de la afectación eterna?

La solución al problema de las afectaciones eternas exige, necesariamente, que sea estudiado el Decreto de Expropiación a la luz de la teoría del acto administrativo.

Desde esa perspectiva de la teoría del acto administrativo, el caso de un Decreto de Expropiación que no es ejecutado a través del arreglo amigable o a través de la sentencia que acuerde la expropiación y el pago, es decir, el caso de una afectación eterna, supone el decaimiento de ese Decreto de Expropiación, en tanto acto administrativo. Para llegar a esa conclusión se parte de la base de considerar que la causa de ese acto administrativo ha dejado de existir¹⁹. Como ha señalado Allan R. Brewer-Carías en términos generales:

“La segunda forma de extinción de los actos administrativos en virtud del propio acto es el decaimiento, que se produce cuando pierden su eficacia por circunstancias sobrevinientes, que hacen desaparecer un presupuesto de hecho o de derecho que los sustentaban”²⁰.

En efecto, si la causa de ese acto administrativo denominado Decreto de Expropiación era determinada obra pública, como la construcción de un parque, pero luego esa obra no es proyectada ni ejecutada, tal Decreto de Expropiación, en tanto acto administrativo, pierde su causa. Recuérdese que la causa del acto administrativo son las razones de hecho y de Derecho que dan lugar a que se dicte el acto administrativo. En el caso de un Decreto de Expropiación, la causa de ese acto administrativo será la obra de utilidad pública o de interés social que la Administración decidió en su momento emprender. En este sentido, el artículo 115 de la Constitución, que se dedica a la expropiación, es particularmente claro, según ha sido tradición en este punto en el constitucionalismo venezolano: “sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia

18- Como se señala en nota anterior, la sentencia dictada sobre este caso versaría sobre bienes que fueron incluidos en el mismo Decreto de Expropiación que es objeto del nuevo criterio de la Sala Político-Administrativa que aquí se critica, contenido en la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 7 de mayo de 2014, caso *Constructora Alvo, C.A. y otras*.

19- Como ha advertido Luis A. Ortiz-Álvarez:

“El decreto de expropiación debe calificar con un acto administrativo formal y, por tanto, debe cumplir con todas las formalidades de tales actos, quedando igualmente sometido a los límites y vicios de nulidad de los mismos, por lo que debe tener presente lo previsto en el artículo 25 de la Constitución y en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos” (Ortiz-Álvarez, Luis A. “Expropiaciones en Venezuela (límites y garantías)”, en *Anuario de Derecho Público*, N° 6, Centro de Estudios de Derecho Público, Universidad Monteávil, Caracas, 2012, en prensa).

20- Brewer-Carías, Allan R. *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*, tomo III (Los actos administrativos y los contratos administrativos), Civitas-Thomson Reuters-Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 2013, p. 544.

firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes”²¹. Recuérdese que la fórmula es sustancialmente la misma del artículo 547 del Código Civil: “nadie puede ser obligado a ceder su propiedad, ni a permitir que otros hagan uso de ella, sino por causa de utilidad Pública o Social, mediante juicio contradictorio e indemnización previa”.

Pues bien, desde esa perspectiva, la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 8 de octubre de 2003, caso *Centro Comercial Industrial y Estación de Servicios Las Maravillas, C.A.* señalaría expresamente el supuesto del decaimiento del acto administrativo, al referirse a un Decreto de Expropiación:

“la declaratoria de cesación de efectos de un acto administrativo, en principio corresponde a la propia Administración, mediante la aplicación de la figura del ‘Decaimiento’, la cual procede ante el presupuesto de desaparición o modificación de las condiciones, de hecho o de derecho, necesarias para la subsistencia del mismo y que sirvieron en su momento de sustento para que fuese dictado. Así, el decaimiento de un acto administrativo puede provenir de la desaparición de un supuesto indispensable para su validez, de la derogación de la regla legal en que el acto se fundaba, o en el cambio de legislación que haga imposible jurídicamente la subsistencia del mismo, todo lo cual debe ser verificado por la autoridad administrativa o por el operador judicial de ser el caso”²².

Por ello, en la medida en la que las razones de hecho o de Derecho por las cuales se dictó el Decreto de Expropiación, es decir, la causa de ese acto administrativo, deja de existir, se produce el decaimiento de ese Decreto de Expropiación o la desafectación del bien, decaimiento que puede ser declarado de oficio por la Administración o a solicitud de interesado. Por ello es que señalamos que el problema de las afectaciones eternas debe ser estudiado desde la perspectiva de la causa del acto administrativo.

Sin embargo, como se ha señalado, el tema de las afectaciones eternas es particularmente complejo porque nuestra LECUPS no contiene una solución general para este problema.

Haciendo referencia a la retrocesión en la expropiación, José Antonio Muci Borjas llega a conclusiones trasladables al problema de las afectaciones eternas, desde la perspectiva de la teoría del acto administrativo:

“Si en el ejercicio de la potestad expropiatoria es requisito esencial la existencia de la *causa expropriandi*, se deduce que su desaparición debe conducir a que cesen los efectos de una expropiación forzosa que el tiempo ha demostrado inútil, ya que el logro del fin que determinó la expropiación constituye un deber para el ente expropiador, cuyo incumplimiento desnaturaliza la medida expropiatoria, entendida como instrumento para alcanzar fines de utilidad general; y como contrapartida del deber a cargo del expropiante, el antiguo titular tiene un derecho correlativo a rescatar un bien de cuya titularidad fue privado sin que éste fuese destinado a satisfacer el interés general”²³.

Por ello, en la medida en la que tanto en la retrocesión de la expropiación, como en el supuesto de la afectación eterna el problema es similar, es decir, que el Decreto de Expropiación ha perdido su causa, puede considerarse que el artículo 51 LECUPS, que establece el derecho de

21- Por ello Héctor TuruhpialCariello señala que el Decreto de expropiación debe respetar la causa de utilidad pública o interés social:

“Tal carácter fundamental de la causa, en los términos en que la hemos adjetivado, resulta por lo demás explícito en el artículo 115 de la Constitución que al consagrarla en un sentido negativo como limitación al derecho de propiedad, establece que unívocamente por causa de utilidad pública o interés social, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes, no admitiendo la fórmula ninguna otra motivación técnicamente invocable ni permitiendo la omisión de invocación de cualquier de los dos presupuestos teleológicos” (TuruhpialCariello, Héctor, *Teoría general y régimen jurídico del dominio público en Venezuela*, Funeda, Caracas, 2008, p. 445).

22- De tal manera, la sentencia seguiría la posición de Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001, p. 201. El criterio sería reiterado, por ejemplo, en la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 13 de julio de 2011, caso *Karmaty, C.A.*

23- *La Retrocesión en la Expropiación Forzosa*, op. cit., p. 59.

retrocesión, pudiera ser aplicado analógicamente para proteger al administrado sujeto de una afectación eterna, que podría por ello solicitar sobre la base de ese artículo la desafectación del bien, por decaimiento del Decreto de Expropiación²⁴. Tal derecho procedería tanto en casos de mera inactividad, como en casos en los cuales el uso urbanístico del bien afectado no se corresponda con la causa de expropiación, como podría ocurrir a partir de un caso de rezonificación.

Una consecuencia de esta perspectiva es que las distintas defensas administrativas y judiciales con ocasión del problema de las afectaciones eternas deben tener en cuenta que es el elemento causal del acto administrativo que constituye el Decreto de Expropiación el que se encuentra viciado en el caso de las afectaciones eternas²⁵.

3.5.2. La prescripción de la obligación administrativa

Otra posible vía de solución para el caso de las afectaciones eternas sería acudir a la figura de la prescripción de las obligaciones administrativas.

En efecto, y como ha advertido José Ignacio Hernández G., en el caso de un Decreto de Expropiación que no se ejecute, podría plantearse la figura de la prescripción de obligaciones reconocida en el artículo 70 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos²⁶.

El artículo 79 de esa Ley establece que *“Las acciones provenientes de los actos administrativos creadores de obligaciones a cargo de los administrados, prescribirán en el término de cinco (5) años, salvo que en leyes especiales se establezcan plazos diferentes”*. Por ello, una vez dictado el Decreto de Expropiación, el cual establece la obligación al administrado de transferir el derecho de propiedad, transcurrido un término de cinco (5) años sin que sea ejecutado el Decreto de Expropiación, podría considerarse que ha prescrito esa obligación de transmitir el derecho de propiedad sobre el bien objeto del Decreto de Expropiación, y así podría oponerse a la Administración expropiante.

4. LA POSICIÓN ASUMIDA POR LA SENTENCIA DE LA SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE 7 DE MAYO DE 2014, CASO CONSTRUCTORA ALVO, C.A.

Esas posibles soluciones fueron desconocidas por la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 7 de mayo de 2014, caso *Constructora Alvo, C.A. y otras*.

El caso tiene su origen en el Decreto N° 930 de Expropiación dictado el 11 de diciembre de 1985, que sería reformado en dos ocasiones (1987 y 1992). La obra para la cual se consideraba era necesario proceder a la expropiación de los bienes era la creación del Parque Recreacional “Leonardo Ruiz Pineda”.

Para el momento en el que se dicta la sentencia no se había iniciado el procedimiento administrativo expropiatorio. Por ello, los titulares del derecho de propiedad sobre algunos de los bienes contenidos en el Decreto de Expropiación, solicitan a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia que se desafecten tales bienes.

Al conocer de la solicitud de desafectación, la sentencia, en primer lugar, hará referencia a normas constitucionales (artículos 127 y 128) y al “GRAN OBJETIVO HISTÓRICO N° 5” de las *Líneas Generales del Plan de la Patria. Proyecto Nacional Simón Bolívar. Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2013-2019*²⁷. De esas referencias concluiría que

24- Véase Hernández G., José Ignacio, *La expropiación pública en el Derecho Administrativo venezolano*, cit., p. 89, nota 184.

25- Sobre los medios de defensa administrativos y judiciales ante las afectaciones eternas, véase Reverón Boulton, Carlos, “Las afectaciones eternas en la expropiación”, cit., pp. 120 y siguientes.

26- Hernández G., José Ignacio, *La expropiación pública en el Derecho Administrativo venezolano*, op. cit., pp. 206-207.

27- Gaceta Oficial N° 6.118 extraordinario de 4 de diciembre de 2013.

“se colige claramente que la protección del ambiente no solo constituye un aspecto de interés general sino una política de Estado, que conforme a lo establecido en los artículos 115 *eiusdem* y 2 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, justifican la limitación del derecho de propiedad, creando la obligación del Estado de garantizar mejores condiciones de vida para las generaciones presentes y futuras”.

Sobre la base de esa idea, la sentencia luego planteará el problema a resolver en torno a una supuesta contradicción entre la protección del ambiente, específicamente entre los derechos colectivos (derechos ambientales) y el derecho de propiedad de los titulares de los bienes objeto del Decreto de Expropiación, en estos términos:

“en el presente caso se está frente a una situación donde las sociedades mercantiles recurrentes exigen la restitución del pleno ejercicio de los atributos del derecho de propiedad previsto en el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al solicitar la desafectación de los inmuebles comprendidos dentro del área destinada para la creación del “Parque Recreacional Leonardo Ruiz Pineda” según el Decreto N° 930 de fecha 11 de diciembre de 1985, circunstancia que pareciera confrontarse con los derechos colectivos (derechos ambientales) previstos en el citado artículo 127 *eiusdem*, cuestión que procederá a constatar este Máximo Tribunal de seguidas”.

Posteriormente, la sentencia cita su anterior sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 8 de octubre de 2003, caso *Centro Comercial Industrial y Estación de Servicios Las Maravillas, C.A.* Advierte la propia Sala que esta sentencia dictada en 2003 fue dictada con ocasión de una acción interpuesta contra el mismo Decreto de Expropiación que abarca los bienes objeto de esta sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de de 7 de mayo de 2014, caso *Constructora Alvo, C.A. y otras.* Es decir, la sentencia de 2003 conoció del mismo Decreto de Expropiación de la sentencia de 2014, si bien se refería a bienes distintos, pero incluidos todos en el mismo Decreto. En esa sentencia de 2003, como expresamente cita la propia sentencia de 2014, señalaría la Sala Político-Administrativa:

“Sobre el particular se observa que de acuerdo con lo expresado por la actora, el inmueble de su propiedad se encuentra incluido dentro del polígono de afectación definido en el Decreto N° 930 de fecha 11 de diciembre de 1985, (...) sin que hasta la fecha de la interposición de la presente acción y a pesar de haber transcurrido más de quince años desde su publicación, las autoridades administrativas hayan procedido a realizar las expropiaciones pertinentes.

Así las cosas, como quiera que el citado Decreto N° 930 no dispuso de un lapso de tiempo específico para la ejecución de dichas expropiaciones, se entiende, conforme a la doctrina de esta Sala, que la Administración contaba con un máximo de tres años para tal fin, plazo éste que en este caso ha transcurrido sobradamente, constituyendo tal omisión por parte de la autoridad administrativa una clara vulneración del derecho de propiedad de la sociedad mercantil Centro Comercial Industrial y Estación de Servicios Las Maravillas, C.A. Así se declara”.

Como se ve, la sentencia acude a la analogía como herramienta para proteger al administrado de un supuesto de afectación eterna, a partir de lo dispuesto por el artículo 64 de la LOOT, que no era directamente aplicable al caso. Sin embargo, aquí vendrá el cambio de criterio de la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 7 de mayo de 2014, caso *Constructora Alvo, C.A. y otras*:

“No obstante, en el marco de un Estado democrático y social de derecho y de justicia los órganos del Estado venezolano, por mandato Constitucional, se encuentran en el deber de adecuar su actividad a una progresista y revolucionaria gestión ambiental de contenido social, por lo que a la luz de los criterios sostenidos por este Máximo Tribunal acerca del derecho al ambiente en las sentencias N° 01641 del 28 de junio de 2006 y N° 992 de fecha 27 de junio de 2008, dictadas por esta Sala Político Administrativa y la Sala Constitucional, respectivamente, resulta pertinente realizar las siguientes consideraciones:”.

Luego de citar el artículo 2 de la Constitución y los criterios jurisprudenciales contenidos en la sentencia N° 656 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 30 de junio de 2000 y la sentencia N° 575 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 7 de mayo de 2009, señalaría:

“Es así pues que el deber de proteger las áreas de importancia ecológica obedece al carácter social que adopta el Estado en los términos establecidos en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pues resulta evidente que tal imperativo es de naturaleza eminentemente social y es a través de los órganos que conforman los poderes públicos que debe orientarse el desarrollo del colectivo hacia un modelo sustentable, en el sentido de satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer los derechos de las generaciones futuras, lo que exige un equilibrio que debe impulsarse mediante proyectos endógenos basados en el respeto y preservación del ambiente”.

La sentencia procederá entonces a realizar lo que expresamente denomina como “una nueva interpretación de la tradicional afectación de bienes”. Para ello, primero realiza la siguiente afirmación de carácter general, de gravedad para el Derecho Administrativo:

“Lo anterior resulta de mayor importancia cuando se le incorpora el aspecto relativo a la prevalencia del interés general sobre el interés particular, por cuanto la cuestión del interés general es un asunto medular para afrontar la modificación y evolución de algunos de los conceptos jurídicos básicos sobre los que se han asentado ciertos aspectos del Derecho Público. El descubrimiento y surgimiento de nuevos valores, como los valores ecológicos, paisajísticos, deportivos y culturales propios de la actualidad, la aparición de intereses legítimos colectivos y la articulación de mecanismos jurídicos para su defensa han nutrido la noción de interés general como uno de los elementos nucleares de importantes decisiones administrativas”.

La concreción de la anterior idea para el caso de las afectaciones de bienes derivadas de Decretos de Expropiación será entonces la siguiente:

“La cuestión ambiental del dominio público sería de este modo una nueva interpretación de la tradicional afectación de bienes, donde prevalece el interés general sobre el particular. Suponiendo la vinculación de estos bienes a la generación directa de un patrimonio colectivo donde el ambiente, la ecología, la recreación, tienen valor superior. A tal efecto, cabe entenderse de la lectura del artículo 127 constitucional que la tutela ambiental se configura actualmente como una auténtica función pública, por lo que a este asunto respecta, el interés general no debe consistir en un mero *desideratum* que provenga de la simple voluntad del correspondiente ente público; al contrario, debe ser la conclusión a la que se llega tras un análisis pormenorizado no solo de todos los intereses en juego sino también, y en especial, de los valores que deben emanar de la decisión que haya de tomarse en un caso específico”.

Luego de realizar consideraciones sobre cómo el derecho de propiedad debe sujetarse a la materia urbanística²⁸ y al derecho al deporte y a la recreación²⁹, señalará la sentencia cómo debe subordinarse el derecho de propiedad a los derechos relativos a la preservación del ambiente:

“Con vista en los argumentos anteriormente expuestos, cobran mayor relevancia los derechos constitucionales al ambiente, al deporte y a la recreación (artículos 111 y 127), y tomando

28- Por ejemplo, señalará la sentencia que:

“Así pues, el planeamiento urbanístico -en desarrollo de todos los derechos y principios constitucionales que se le relacionen y de las regulaciones legales existentes- parece que debe, pues, garantizar un medio ambiente urbano adecuado, que, en lo que ahora nos interesa, permita el esparcimiento, la recreación, el mantenimiento de la ecología. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el planeamiento urbanístico no sólo delimita el derecho de propiedad urbana establecido en el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sino que, simultáneamente, debe permitir el desarrollo de otros derechos constitucionales sobre el territorio, regulándolos en lo preciso para conectarlos con el interés general”.

29- Desde esa perspectiva concluirá la sentencia que

“Todo lo anterior tiene su fundamento en que, asumir a la recreación y la práctica de actividades deportivas como mediadores de procesos de desarrollo humano, significa comprenderla desde sus beneficios en cada una de las dimensiones de desarrollo de los seres humanos y tener claridad sobre las condiciones que hacen estos beneficios posibles. Ciertamente, se debe reconocer que las prácticas recreativas son entendidas como complementarias a los procesos de aprendizaje y desarrollo cultural y como una herramienta para romper con los círculos de pobreza, dependencia, inactividad, ocio, violencia, etc, ya que la recreación proporciona un medio para estimular el crecimiento y la transformación personal positiva, de ahí que, al igual que el valor trabajo, la recreación y la práctica de deportes se deba potenciar como un mediador del desarrollo humano, por cuanto la recreación es un derecho humano básico, como son la educación, el trabajo y la salud, todos de consagración constitucional”.

en consideración que se deben mitigar las consecuencias del aún presente crecimiento acelerado de la población en el suroeste de la capital a través de la construcción del aludido parque recreacional, queda claro entonces que, en criterio de esta Sala, los derechos relativos a la preservación del ambiente en virtud del interés general que representa, deben prevalecer sobre derechos particulares, como es en el caso sub iudice el derecho a la propiedad, por cuanto constituye una obligación de todos los órganos del Estado, a tenor de lo establecido en el supra citado artículo 127 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, velar por el cumplimiento de tal preeminencia, en primer término, para el beneficio de las generaciones presentes; y, en segundo lugar, para la protección de las generaciones futuras, en virtud de las repercusiones que las normas de protección ambiental producen no solo en el entorno inmediato de las comunidades circundantes a las áreas a favor de las cuales se dictan, sino porque tales consecuencias trascienden y afectan la calidad de vida de los seres humanos y los animales, contribuyendo a fortalecer el frágil equilibrio de los ecosistemas, amenazados por intervenciones desordenadas del urbanismo capitalino”.

Luego de hacer referencia a la necesidad de parques recreativos en la ciudad de Caracas, reafirmará la sentencia su conclusión sobre la preeminencia de la protección de los derechos ambientales frente al derecho de propiedad del administrado sujeto del Decreto de Expropiación:

“Lo anterior nos lleva indefectiblemente a concluir que en el marco de un estado democrático y social de derecho y de justicia, que limita el derecho de propiedad por causas de utilidad pública y el interés general o social, debe tener preeminencia la protección de los derechos ambientales frente al interés particular, pues el mandato contenido en el artículo 127 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela exige a todos los órganos y entes del Estado la defensa de todas aquellas medidas dirigidas a proteger el ambiente, lo que comprende espacios ciudadanos, además de los aspectos arquitectónicos, urbanísticos y culturales, todos los elementos naturales dentro de los cuales se encuentran los espacios verdes”.

De tal manera, la sentencia declarará improcedente la solicitud de desafectación:

“En el presente caso las recurrentes exigen la restitución del pleno ejercicio de los atributos del derecho de propiedad previsto en el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sobre unos inmuebles comprendidos dentro del área destinada para la creación del Parque Recreacional ‘*Leonardo Ruiz Pineda*’ según el Decreto N° 930 de fecha 11 de diciembre de 1985, publicado en la Gaceta Oficial N° 3.675 Extraordinario de esa misma fecha, circunstancia que se confronta con los derechos colectivos de tercera generación (derechos ambientales) previstos en el artículo 127 eiusdem y con todas las premisas sentadas anteriormente, por lo que esta Sala debe declarar improcedente la solicitud de desafectación interpuesta, máxime cuando conforme al artículo 1 del referido Decreto, el mencionado parque se crea a fines de ‘...*ornamentación, saneamiento ambiental, esparcimiento y bienestar de la población...*’. Así se decide.

También declara la Sala que frente al derecho de los particulares afectados por el Decreto impugnado se encuentran los derechos del conglomerado social y la República, acerca del goce y disfrute de espacios verdes, máxime en una ciudad como Caracas, que carece de suficientes tierras para producir un mejor aire, tan necesario en nuestra contaminada ciudad”.

Al constatar que “*de la revisión exhaustiva de las actas no se desprende de autos que las autoridades administrativas hayan procedido a realizar los procedimientos relativos a las expropiaciones de los inmuebles que se encuentran incluidos dentro del polígono de afectación*”, lo cual configuró al caso como uno de afectación eterna, la sentencia advertirá:

“Por lo tanto, sobre la base de todos los argumentos expuestos anteriormente para justificar que aún existe la necesidad de la construcción del Parque Recreacional en referencia, esta Sala considera imperioso instar al Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, a la Procuraduría General de la República, así como al Instituto Nacional de

Parques (INPARQUES) a revisar y efectuar los procedimientos de expropiación a los que se refieren los actos administrativos aludidos en la motiva del presente fallo, para la construcción del Parque Recreacional allí descrito. Así se declara³⁰.

5. CONCLUSIÓN

La sentencia va a sentar el criterio según el cual, ante un conflicto entre el derecho de propiedad que un administrado reclame sobre un bien acerca del cual se ha dictado un Decreto de Expropiación y los derechos ambientales que puedan atribuirse a los habitantes de una determinada comunidad, éstos deberán prevalecer, en todo caso, sobre el derecho de propiedad de ese administrado. Aún cuando se trate de un supuesto de afectación eterna.

En nuestra opinión, la referida postura prácticamente cancela cualquier posibilidad de controlar los supuestos de afectaciones eternas, los cuales siempre podrán ser justificados en algún derecho colectivo –ambiental, urbanístico, artístico- que prive sobre el derecho de propiedad del administrado titular del bien sobre el cual ha sido dictado el Decreto.

Ello sin duda, supone un retroceso en los avances tanto normativos como jurisprudenciales aquí reseñados en materia de afectaciones eternas.

Desde esa perspectiva, ello implica que no se considerará como controlable la inactividad de la Administración que luego de dictado el Decreto de Expropiación no procede a impulsar el procedimiento administrativo expropiatorio, bien sea para llegar al arreglo amigable, o para dar lugar a la sentencia que acuerde la expropiación y ordene el pago correspondiente.

En este caso, la Sala Político-Administrativa, acudiendo al expediente de los derechos ambientales, ha colocado las bases conceptuales para que no se controle a la Administración expropiante en supuestos de afectaciones eternas.

30- Sin duda, en este punto la sentencia plantea un importante problema, como es el relativo al alcance de su sustitución en las decisiones de la Administración. Desde que se dictó el Decreto de Expropiación (año 1985), la Administración no ha considerado necesario iniciar e impulsar el procedimiento administrativo de expropiación para la construcción del parque "Leonardo Ruiz Pineda". Sin embargo, de los contenidos de las actas, la sentencia considera que está justificada la necesidad de la construcción del parque, y para ello insta a la propia Administración.

Ramsis Ghazzaoui¹

Resumen: Se analiza la reforma parcial de la Ley Orgánica de Bienes Públicos, en donde se incrementan las potestades del órgano rector, se hacen cambios a los procedimientos establecidos, y se pierde la oportunidad de corregir la lesión a la garantía institucional de la autonomía de los entes públicos territoriales y otros aspectos de dudosa constitucionalidad.

Palabras clave: Bienes Públicos, dominio público, autonomía, sistema de bienes públicos.

Abstract: This research analyze the amendments of Public Property Fundamental Law, where we find an increase in the authority of the governing body, a substantial modification in the proceedings, and the opportunity missed to correct the tort on the institutional warranty on the autonomy of the estates and municipal entities and others issues with uncertain constitutionality on this law.

Keywords: Public Property, Public Domain, Autonomy, Public Property Systems.

1. LA REGULACIÓN GENERAL Y HETEROGÉNEA ANTERIOR A LA LEY ORGÁNICA DE BIENES PÚBLICOS

En la historia del derecho público venezolano la normas relativas a los bienes de la Nación o de la República, y de las entidades territoriales ha estado difuminada en diversas leyes a lo largo del ordenamiento jurídico positivo. Se partía, y en gran parte aun es así, de la inicial concepción de los bienes en el derecho común, esto es, de la regulación general que estable el Código Civil en sus artículos 538 al 544.² De un análisis exegético de las disposiciones señaladas se desprenden fundamentalmente las siguientes notas:

- a. Los bienes son de las personas jurídicas y de los particulares.
- b. Los bienes de las personas jurídicas de Derecho Público son del dominio público o del dominio privado (o bienes patrimoniales).
- c. Los bienes del dominio público son de *uso público* o de *uso privado*.
- d. Los bienes del dominio público están afectados al uso público o a un servicio público. Los bienes del dominio público que no estén afectados al uso público o a un servicio público pasan al dominio privado de las personas jurídicas de Derecho Público correspondientes.
- e. El régimen de las tierras baldías.³

1- Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB)

2- Una aproximación al régimen jurídico pasado y presente de los bienes públicos en la doctrina venezolana podemos encontrarlo en: Araujo-Juárez, José, *Derecho Administrativo, Parte General*, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, p. 726 y ss. Brewer-Carias, Allan R., *Código de Derecho Administrativo*, Colección Textos Legislativos N° 55, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 115-122. Brewer-Carias, Allan R., "El nuevo régimen de las zonas costeras. Inconstitucionalidades, dominio público, limitaciones a la propiedad privada e insuficiencias normativas" *Ley Habilitante del 13/11/2000 y sus Decretos-Leyes*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2002, p. 253 y ss. Brewer-Carias, Allan R., *Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007*, Colección Estudios Jurídicos N° 86, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, p. 332 y ss. Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001, p. 576 y ss. Turuhpial Cariello, Héctor, *Teoría General y Régimen Jurídico del Dominio Público en Venezuela*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2008, p. 132 y ss.

3- Sobre los baldíos, su régimen está determinado en la Constitución en los artículos 13, in fine; 156, núm. 16°; 164, núm. 5°; 181 segundo aparte y en la Disposición Transitoria Décima Primera; en la Ley de Tierras Baldías y Ejidos aún vigente (Gaceta Oficial del 03 de septiembre de 1936); en el artículo 147 de Ley Orgánica del Poder Público Municipal (Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.015 del 28 de diciembre de 2010); en los artículos 2 y 95 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.991 del 29 de julio de 2010) y los artículos 15, núm. 5° y 50 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con rango, valor y fuerza Ley Orgánica de Bienes Públicos (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.155 del 19 de noviembre de 2014) en lo sucesivo, Ley Orgánica de Bienes Públicos (LOBP).

- f. Los bienes del dominio público son inalienables, los del dominio privado no⁴.

De igual manera, se regulaban algunas cuestiones relativas a los bienes públicos en la ya derogada Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y desde el punto de vista de los bienes públicos en particular y el dominio público especial, en las distintas leyes sectoriales.⁵A este complejo normativo heterogéneo le siguió la regulación general de diferentes bienes en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela así como el diferente tratamiento de ellos como bienes dominicales o patrimoniales, entre estas disposiciones destacan:

- a. El régimen de los yacimientos mineros⁶ y de hidrocarburos⁷, y de las costas marinas⁸, artículos 12 y 156, numeral 16.
- b. El régimen y administración del espectro radioeléctrico, artículo 156, numeral 28.⁹
- c. El régimen y aprovechamiento de minerales no metálicos¹⁰, artículo 164 numeral 5; el régimen del dominio público vial estatal, numeral 9; la conservación, administración y mantenimiento de las vías nacionales, de puertos y aeropuertos comerciales¹¹, numeral 10.
- d. El régimen y administración de los ejidos, artículo 181¹² y
- e. El régimen y aprovechamiento de las aguas, artículo 304.¹³

2. LA PRIMERA OPORTUNIDAD PERDIDA: LA LEY ORGÁNICA DE BIENES PÚBLICOS

En el año 2012 se dictó por primera vez en nuestro país una legislación general relativa a los bienes públicos. Fue el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos¹⁴. Se pensó en una unificación de criterios general del régimen básico de los bienes públicos, y eso

4- Ghazzaoui, Ramsis, "Notas sobre el uso, aprovechamiento y gestión de los bienes del dominio público" Canonico Sarabia, Alejandro (Coordinador) *Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, p. 119-120.

5- Cuestión esta que sigue siendo así, a tenor de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley Orgánica de Bienes Públicos.

6- En concordancia con el artículo 2 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Minas (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.382 del 28 de septiembre de 1999).

7- En concordancia con los artículos 6, numeral 4 de la Ley Orgánica de Bienes Públicos; 3 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos (Gaceta Oficial N° 38.443 del 24 de mayo de 2006) y 1 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (Gaceta Oficial N° 36.793 del 23 de septiembre de 1999).

8- En concordancia con el artículo 9 del Decreto con fuerza de Ley de Zonas Costeras (Gaceta Oficial N° 37.349 del 19 de diciembre de 2001) y artículo 6, numeral 3 de la Ley Orgánica de Bienes Públicos.

9- En concordancia con el artículo 7 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: "El espectro radioeléctrico es un bien de dominio de la República, para cuyo uso y explotación deberá contarse con la respectiva concesión, de conformidad con la ley" (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.015 del 28 de diciembre de 2010).

10- En concordancia con el artículo 13, numeral 2 de la Ley Orgánica de Descentralización, delimitación y transferencia de competencias del Poder Público.

11- Bajo la figura organizativa de coordinación; la cual fue objeto de una tergiversada interpretación del artículo 164, numeral 10° de la Constitución, violatoria de la misma y de la garantía institucional de la autonomía territorial de los Estados como ente político territorial por parte de la Sala Constitucional y por medio de la cual sirvió como punto de apoyo para el arrebato de los puertos y aeropuertos comerciales localizados en jurisdicciones de los estados catalogados como "opositores" al régimen centralizado del poder nacional. Vid. Sentencia SC/TSJ N° 564 del 15/04/2008. Vid. artículo 14 de la Ley Orgánica de Descentralización, delimitación y transferencia de competencias del Poder Público (Gaceta Oficial N° 39.140 del 17 de marzo de 2009) "El Ejecutivo Nacional ejercerá la rectoría y establecerá los lineamientos para el desarrollo de la coordinación señalada en el presente artículo" (negritas nuestras).

12- En concordancia con los artículos 133 y 147 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.015 del 28 de diciembre de 2010).

13- En concordancia con los artículos 5, numeral 10 y 6 de la Ley de aguas (Gaceta Oficial N° 38.595 del 2 de enero de 2007). La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en una sentencia del 4 de marzo de 2004 (N° 285) interpretó el artículo 304 constitucional, determinando que el vocablo "Nación" establecido en la disposición debía entenderse como sinónimo de "República" creemos alejándose de la ratio del constituyente que quiso con esto apartarse (por lo menos en cuanto al dominio público acuático o hidráulico, dependiendo de su gestión y aprovechamiento) de la noción propietarista o patrimonialista francesa del dominio público (liderizada por Maurice Hauriou) imperante en Venezuela, tanto en la legislación como en la jurisprudencia, acercándose a la noción del dominio público como título de intervención o haz de potestades, que en resumen, ve en el "pueblo" al titular de los bienes de dominio público, y sin barreras en el caso del llamado dominio público natural, tesis que compartimos a cabalidad. De hecho el legislador de la Ley de Aguas en el citado artículo 6 ratifica este criterio, a pesar que la Sentencia *in comento* es del año 2004 y la ley especial del año 2007: "Son bienes del dominio público de la Nación...". Sobre la sentencia comentada y otros temas de la legislación de aguas, Brewer-Carias, Allan R., *Ley de Aguas*. Colección textos legislativos N° 41, Caracas, 2007, p. 17 y ss. Sobre las teorías que tratan de explicar la relación o naturaleza jurídica del derecho que tiene el Estado sobre sus bienes y la titularidad de los mismos puede verse una muy completa sistematización de estas teorías en Diez, Manual María. *Dominio Público. Teoría General y Régimen Jurídico*. Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1940, p. 288 y ss. También, con más profundidad, Marienhoff, Miguel Santiago. *Tratado del Dominio Público*. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1960, p. 55 y ss. Un análisis más actualizado en Gonzalez Garcia, Julio V., *La titularidad de los bienes del dominio público*. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 1988, pp. 34 y ss. Lopez Ramon, Fernando. *Sistema jurídico de los bienes públicos*. Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2012, p. 38 y ss. Un estudio muy completo a favor de la doctrina objetiva, liderizada en España por el Profesor José Luis Villar Palasí, en Parejo Alfonso, Luciano. "La summa divisio de las cosas. Las cosas públicas: el patrimonio de las administraciones y el dominio público" Parejo Alfonso, Luciano y Palomar Olmeda, Alberto (Directores). *Derecho de los Bienes Públicos*, Volumen I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013, pp. 86-100.

14- Gaceta Oficial N° 39.952 del 26 de junio de 2012.

era lo que esperaba el foro jurídico venezolano e inclusive parte de los organismos de gestión y control de bienes (Contraloría General de la República, contralorías estatales, municipales y unidades de auditoría).

El resultado, una ley hasta hoy día poco aplicada (por inaplicable), y por desconocimiento de cómo desarrollar sus disposiciones; pero al mismo tiempo, y quizás lo más grave, atentatoria de garantías constitucionales e institucionales y sobre todo implícitamente derogatoria de algunas construcciones dogmáticas doctrinales y del régimen jurídico administrativo de algunos bienes, que tanto constitucional como legalmente tienen plena vigencia; no sabemos si por desconocimiento, por fallos de técnica legislativa (que le sobran) o con toda la intención de desmontar un régimen de articulación competencial entre los distintos entes políticos territoriales a favor de un régimen centralizado de regulación, administración, gestión y control de todos los bienes públicos, lógicamente a favor de la República.¹⁵

A pesar que el presente opúsculo se circunscribe a la Reforma parcial de la Ley de Bienes Públicos, tratare de hacer una concisa sistematización de las disposiciones que considero más relevantes y de mayor problemática en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos de 2012:

- a. El artículo 2 de la Ley establece que sus disposiciones son de estricto cumplimiento a todas las personas que conforman el Sistema Nacional de Bienes. Se dispone que quedan a salvo las competencias y autonomía atribuidas en la materia por la Constitución y leyes correspondientes. Esta última mención no es óbice para afirmar que el ámbito de aplicación extendido que proclama la ley puede ser atentatorio contra la autonomía de los entes políticos territoriales, que la misma Constitución garantiza en sus artículos 159 y 164 relativa a los Estados y 168 relativa a los Municipios.
- b. En el artículo 3 se establece que las disposiciones de la ley son de orden público y se aplicaran con preferencia a cualquier otra del mismo rango; cabe preguntarse ¿qué pasaría en los casos de colisión de normas de igual rango, como por ejemplo entre la Ley Orgánica de Bienes Públicos y la Ley Orgánica del Poder Público Municipal? ¿Cómo se aplica el criterio de la especialidad? Pensamos que en aras de salvaguardar la garantía institucional¹⁶ de la autonomía municipal, habría que decantarse por la segunda, a pesar que la propia Ley Orgánica de Bienes Públicos declara en su artículo 18, numeral 1 la especialidad de sus disposiciones.
- c. En el artículo 4, numeral 11 se establece que el Sector Público comprende las sociedades mercantiles en la cuales las personas a que se refiere el numeral anterior (empresas del Estado, estatales, municipales o distritales) tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital social; esta redacción se presta a una verdadera confusión, siendo más sencillo citar como parte del mencionado sector a las empresas filiales de aquellas, que es sin duda lo que ha querido mencionarse.
- d. En el artículo 6, numeral 3, se cataloga al mar territorial como bien del dominio público, cuestión que rompe con el criterio dogmático por el cual sobre el mar territorial y espacios acuáticos se ejerce soberanía, conforme al artículo 11 de la Constitución. En estos espacios la República es titular de una especie de dominio eminente, jamásequi-

15- Acerca de la centralización del poder, la violación de la autonomía territorial y semejantes tópicos, con provecho, Brewer-Carias, Allan R., "El Estado totalitario y la ausencia de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, de economía mixta y descentralizado" Ghazzaoui, Ramsis (Coordinador) *Constitución, Derecho Administrativo y Proceso: vigencia, reforma e innovación*. XVII Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2014, pp. 31 y ss.

16- Dos obras fundamentales para comprender el concepto y características de la teoría alemana de la garantía institucional, por cierto, en ambas se trata el tema de la autonomía y como funciona en las Constituciones: Parejo Alfonso, Luciano. *Garantía institucional y autonomías locales*. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981, pp. 17 y ss. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (Derecho a la Educación; autonomía local; opinión pública)*. Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Civitas, Madrid, 1994, pp. 45 y ss.

valente a la propiedad, ni pública ni privada. Es tal la descoordinación e incoherencia del legislador habilitado (valga decir, la Presidencia y Vice-Presidencia de la República, las Vice-presidencias sectoriales, la Procuraduría General de la República y el Ministerio del Poder Popular de Planificación) que en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos¹⁷ no se estableció **la categoría demanial al mar territorial**, más bien, se siguió la línea constitucional del artículo 11 citado, así: “Artículo 8°. La soberanía nacional en el mar territorial se ejerce sobre el espacio aéreo, las aguas, el suelo, el subsuelo y sobre los recursos que en ellos se encuentren”

- e. El artículo 7 está referido a la figura de la desafectación expresa de bienes del dominio público, los cuales se entienden incorporados al dominio privado de la República (con lo cual se infiere que la norma regula solo los bienes públicos nacionales) una vez dictado por el Presidente de la República el respectivo Decreto y previa autorización de la Asamblea Nacional. Esta disposición que tiene íntima relación con la siguiente del artículo 8 relativa a la afectación expresa de bienes patrimoniales al uso o servicios públicos no tiene paradigmas en la legislación venezolana, ya que rompe con toda la unidad de criterios doctrinales y jurisprudenciales hasta hoy conocidos. Según el legislador habilitado se puede afectar solo a través de ley especial dictada por la Asamblea Nacional, pero se desafecta expresamente por Decreto presidencial en Consejo de Ministros, rompiendo por el completo el principio de paralelismo de las formas en Derecho y acabando con la posibilidad de afectar y desafectar a través de actos administrativos. Reiteramos, ambas disposiciones se infiere son aplicables solo a bienes nacionales, vale decir, de la República.
- f. Con respecto a las disposiciones que se encuentran en los artículos 9 y 10, considero una pérdida de oportunidad para introducir criterios jurisprudenciales de avanzada a nivel mundial relativos al tema de los privilegios y prerrogativas de los entes políticos territoriales, veamos: El artículo 9 dispone que los bienes del dominio público son imprescriptibles, inembargables e inalienables, en plena consonancia con la construcción dogmática de los caracteres jurídicos y protección de los bienes demaniales, sin embargo el artículo 10 dispone que los bienes que formen parte del patrimonio de la República no están sujetos a embargos, secuestros, hipotecas, ejecuciones interdictales y en general a ninguna medida preventiva o ejecutiva. Aquí se incluyen todos los bienes (de dominio público y dominio privado). Por la lectura de las normas pensamos que lo que quiso el legislador habilitado fue establecer en el artículo 9 las características jurídicas de los bienes de dominio público y en el artículo 10 disponer los privilegios y prerrogativas de que gozan todos los bienes de la República. El problema radica en incluir los bienes patrimoniales, que no gozan de protección demanial por no estar afectados ni a usos públicos ni a servicios públicos en los privilegios y prerrogativas de la República, cuestión que por demás está superada en legislaciones extranjeras.¹⁸

17- Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.153 del 18 de noviembre de 2014.

18- Esta regulación se encuentra en semejante forma en otras normas: artículo 75 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.892 del 31 de julio de 2008); artículo 100 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.147 del 17 de noviembre de 2014); artículos 29 y 156 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal; artículo 36 de la Ley Orgánica de Descentralización, delimitación y transferencia de competencias del Poder Público; artículo 13 de la Ley especial sobre la organización y régimen del Distrito Capital (Gaceta Oficial N° 39.156 del 13 de abril de 2009); artículo 10 de la Ley especial del régimen municipal a dos niveles del Área Metropolitana de Caracas (Gaceta Oficial N° 39.276 del 1 de octubre de 2009). La inembargabilidad no es un rasgo característico propio de los bienes demaniales, sino un privilegio general de la Administración financiera, aplicable a la totalidad de los bienes y derechos que integran su patrimonio en virtud de varias disposiciones arriba señaladas. El Tribunal Constitucional Español en una sentencia ya de vieja data estableció lo siguiente: "...lo que caracteriza a los bienes demaniales frente a los patrimoniales – y lo que legitima su régimen jurídico exorbitante – es el criterio de la afectación a un uso público o a la prestación de un servicio público. La inembargabilidad se vincula con el destino del bien para la satisfacción de necesidades colectivas. En la medida en que los bienes patrimoniales no reúnen esta característica de la afectación o destino, no deben gozar del privilegio de la inembargabilidad..." (STCE N° 166 del 15 de julio de 1998). Esta última doctrina jurisprudencial ya ha sido acogida en nuestro país. Vid. sentencias SC/TSJ N° 1869 del 15 de octubre de 2007; SPA/TSJ N° 1769 del 7 de noviembre de 2007. Sin embargo, en criterio contrario, retornando al viejo sistema, SC/TSJ N° 1582 del 21 de octubre de 2008. Críticas a esta última sentencia en Reveron Boulton, Carlos. "La sentencia 1582 de la Sala Constitucional y los privilegios procesales de la República" en *Anuario de Derecho Público* N° 2, Centro de Estudios de Derecho Público, Universidad Monteávil, Caracas, 2009, p. 266. Díaz Candia, Hernando. "La inembargabilidad de la República y su condena en costas: crítica interpretativa a la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 21 de octubre de 2008 en el caso Jorge Neher y Hernando Díaz Candia" en *Cuadernos Infolex*, N° 2, Ediciones Paredes, Valencia, 2010, pp. 83 y ss.

- g. La pretendida primacía de las normas de la Ley Orgánica de Bienes Públicos y las normas reglamentarias y complementarias de la misma como principio, conforme al artículo 18, numeral 1, sin duda atentatorio a la autonomía financiera, de gestión y administración de las entidades municipales y a la autonomía de administración y gestión de los bienes de los estados, conforme a los artículos constitucionales 168 y 164, numeral 3 respectivamente. Lo mismo puede decirse de la previsión competencial otorgada a la Superintendencia de Bienes Públicos en el artículo 21, numeral 11 de la Ley, referido a la posibilidad de acceder a los registros de bienes y datos de los órganos del Sector Público y de la disposición a todas luces inconstitucional a que se contrae el último párrafo del artículo 27 de la Ley, relativo a la observancia obligatoria por parte de las entidades político territoriales diferentes a la República de las normas de registro, conservación y mantenimiento de Bienes Públicos. Igualmente la autorización de la Comisión de Enajenación de Bienes Públicos para enajenar un bien propiedad de una entidad territorial (artículo 28) es atentatoria a los disposiciones constitucionales aquí señaladas; como también lo es la pretendida obligación de los estados, municipios, distritos, distritos metropolitanos y entes públicos no territoriales a informar a la Superintendencia de Bienes Públicos sobre la adquisición de bienes inmuebles y la enajenación de toda clase de bienes de su propiedad (artículos 50, *in fine* y 84). Esto se suma a la descripción en la ley como falta grave de los sujetos que conforman el Sector Público que incumplan el deber de suministrar la información requerida por la Superintendencia de Bienes Públicos de conformidad con la ley (artículo 98, numeral 4).
- h. El artículo 39 señala que para la incorporación al patrimonio de la República de los bienes muebles e inmuebles que se encuentren en el territorio de la República y que no tengan dueño, el Superintendente solicitara la posesión real al Juez de Primera Instancia en lo Civil, obviando por completo las previsiones relativas a los baldíos como bienes inmuebles (al igual que lo hace la categorización de bienes públicos que hace el artículo 5, numeral 2 de los bienes que no tienen dueño) y la ocupación como forma tradicional de adquisición de los muebles abandonados (Artículo 797 y 801 del Código Civil).
- i. La peligrosa estipulación del artículo 46 que permite a la República recuperar por sí misma, sin mediar procedimiento alguno la posesión que considere indebidamente perdida sobre bienes que considere de su patrimonio. El legislador habilitado parece ignorar por ejemplo el régimen de baldíos, que al ser bienes de dominio privado pueden ser objeto de prescripción adquisitiva o usucapión, y el procedimiento para recuperar la posesión perdida de los mismos establecido en los artículos 10 y 11 de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos y el juicio declarativo de prescripción establecido en los artículos 690 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.
- j. El desconocimiento en la Ley de los derechos del concesionario de una concesión de dominio público, al estipular el artículo 64 que las mismas no crean derechos reales; desconoce el legislador habilitado todo el edificio dogmático en materia de concesiones administrativas. Claro está que las mismas no crean derechos reales típicos de derecho privado, crean derechos reales administrativos a favor de concesionario, que van más allá del derecho a realizar el uso, aprovechamiento o explotación de los bienes y que si son oponibles a terceros y a la propia administración concedente¹⁹.

19- Vid. por ejemplo el artículo 33 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.394 del 25 de octubre de 1999), el cual establece los derechos que nacen para el concesionario desde que se perfecciona el contrato de concesión, y el artículo 35 *ejusdem* el derecho del concesionario a ceder o transferir su derecho en la concesión, ambos aplicables por remisión del artículo 74 de la vigente Ley Orgánica de Bienes Públicos a las concesiones demaniales, en oposición a lo establecido en el citado artículo 64 de la Ley Orgánica de Bienes Públicos de 2012. No obstante, sorprendentemente, en el artículo 66 de la LOBP del 2012 (reiterado textualmente en el artículo 77 de la vigente Ley Orgánica de Bienes) el legislador previó un derecho preferente a favor de "los titulares de derechos vigentes sobre bienes públicos que resulten de concesiones otorgadas", en franca contradicción con el mencionado artículo 64. Es otra de las incongruencias y fatalidades de la ley.

- k. En el Capítulo VIII, del Título III, referente a la desincorporación y enajenación de bienes, a pesar de su regulación expresa en los artículos 73 y 76 respectivamente, el mismo no establece los procedimientos para llevar a cabo estas importantes formulas en la administración pública. Solo se disponen unas normas básicas relativas a la enajenación de bienes bajo la modalidad de venta y permuta y los casos de adjudicación directa.²⁰
- l. Por último, la falta de un procedimiento constitutivo sancionatorio que establezca y garantice los derechos de los presuntos infractores administrativos y sobre todo su participación en el mismo. La ley se limita a indicar la formación de expediente a las unidades de bienes del Sector Público, a establecer los tipos y las sanciones, las causales atenuantes y agravantes, la forma de imposición de la sanción, la posibilidad de ejercer el recurso de reconsideración una vez dictada la providencia con la multa, la promoción de pruebas en vía recursiva y estableciendo un plazo muy amplio para decidirlo, la posibilidad de interponer recurso jerárquico contra la negativa de admisión del recurso de reconsideración y la no suspensión del acto impugnado en vía administrativa.

Vistos los aspectos más relevantes de la Ley Orgánica de Bienes Públicos, pasemos a detallar las reformas a la misma en la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Bienes Públicos.

3. OTRA OPORTUNIDAD PERDIDA: EL DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY DE REFORMA PARCIAL DEL DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA DE BIENES PÚBLICOS.

En el marco de una Ley Habilitante (una vez más) el Ejecutivo Nacional dictó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos. No conocemos cual fue el propósito de la reforma, pues de la lectura y análisis de la misma no se encuentran modificaciones sustanciales que nos lleven a indicar una corrección de los errores materiales o formales de la Ley Orgánica de Bienes Públicos de 2012, más bien todo lo contrario, la reforma trata de ampliar aún más el ámbito de aplicación de la ley, extender y recalcar el marcado centralismo en el marco de la arquitectura competencial de los órganos y entes que ejercen rectoría en el sistema de bienes públicos y que están en cabeza del Poder Público Nacional y quizás lo más grave, no se reforma ninguna disposición en aras de garantizar la autonomía de las entidades políticas territoriales, manteniendo así la ley visos de inconstitucionalidad. Es, pues, otra oportunidad perdida. Sin embargo, consideramos que lo más atractivo de la reforma es la incorporación de un procedimiento administrativo acorde con los derechos y garantías de los entes y órganos del Sector Público o personas involucradas, sobre todo, en donde se permite la participación de los presuntos infractores.

Pero pasemos a señalar los cambios que consideramos más importantes de esta reforma:

- a. Se modificó el artículo 4, en el cual se prevén los órganos y entes que conforman el Sector Público. En ese sentido, se incorporaron dos nuevos numerales (11 y 12), relativos a las personas jurídicas previstas en la ley que regula la materia del poder popular y añadiendo la aplicación de las disposiciones legales a sociedades de cualquier tipo, no solo mercantiles, y eliminando la mención a la categoría general de personas

20- La Superintendencia de Bienes Públicos dictó unas "Normas Generales sobre la licitación para la venta y permuta de bienes públicos" (Gaceta Oficial N° 40.054 del 20 de noviembre de 2012). Una revisión de las mismas en Trias Bertorelli, Diana. "Comentarios sobre el régimen jurídico de licitación para la venta y permuta de bienes públicos" en Canonico Sarabia, Alejandro (Coordinador). *Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp.137 y ss.

jurídicas estatales de derecho público, quedando redactado de la siguiente manera:

Artículo 4°. Para los efectos del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, el Sector Público comprende los órganos y entes que a continuación se detallan:

1. Los órganos y entes a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional.
2. Los órganos y entes a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Estatal.
3. Los órganos y entes a los que incumbe el ejercicio del Poder Público en los Distritos y Distritos Metropolitanos.
4. Los órganos y entes a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Municipal y en las demás entidades locales previstas en la Ley que regulan la materia del Poder Público Municipal.
5. Los órganos y entes a los que incumbe el ejercicio del Poder Público en los territorios Federales y Dependencias Federales.
6. Los institutos autónomos o públicos nacionales, estatales, distritales y municipales.
7. El Banco Central de Venezuela y el Sector Público Financiero en General.
8. Las Universidades Públicas.
9. Las sociedades mercantiles en las cuales la República o las demás personas a que se refiere el presente artículo tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital social. Quedarán comprendidas además las sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional.
10. Las sociedades mercantiles en las cuales las personas a que se refiere el numeral anterior tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital social.
11. Las personas jurídicas previstas en la ley que regula la materia del poder popular.
12. Las sociedades de cualquier naturaleza en las cuales las personas a que se refieren los numerales anteriores tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital social, así como las que contribuyan con la partición de aquellas.
13. Las fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones creadas con fondos públicos o que sean dirigidas por las personas a que se refieren los numerales anteriores o en las cuales tales personas designen sus autoridades, o cuando los aportes presupuestarios o contribuciones efectuados en un ejercicio presupuestario por una o varias de las personas a que se refieren los numerales anteriores representen el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto.

Se suprimieron los numerales 7 y 12 del texto legal anterior, pertenecientes al Territorio Insular Francisco de Miranda y a las Empresas de Propiedad Social Indirecta Comunal, respectivamente.

- a. El artículo 20, ahora artículo 22, se prevé la creación de la Superintendencia de Bienes Públicos, agregando que la misma es un servicio “especializado y sin personalidad jurídica” y que, a parte de las facultades ya mencionadas en el texto anterior, también

tiene capacidad de gestión administrativa y operativa.

- b.** El artículo 21, ahora artículo 30, el cual regula las competencias de la Superintendencia de Bienes Públicos, incorporo en el numeral 23 la posibilidad de establecer los lineamientos para el diagnóstico el estado físico, legal y administrativo de los Bienes de los órganos y entes del Sector Público, en el marco de las atribuciones conferidas en el presente Decreto con Rango, valor y Fuerza de Ley, cuestión que aparte de atentar contra la autonomía de los órganos y entes políticos territoriales le confiere al mencionado servicio desconcentrado un alto grado de discrecionalidad al momento de determinar, por ejemplo, que se considera un bien obsoleto, o que bien está en posesión o en propiedad de una persona pública.
- c.** El artículo 33, ahora artículo 44 establece la obligación a todos los órganos y entes que conforman el Sector Público la obligación de suministrar información se sus inventarios de bienes. Una vez más se ratifica la violación a la autonomía administrativa y de gestión de los entes políticos territoriales y sus organismos.
- d.** Se modificó el artículo 92 pasando a ser el artículo 103, ampliando el rango de responsabilidades ya no solo a funcionarios públicos sino a toda persona natural que ejerza función de gestión pública.
- e.** Se modificó en su totalidad el Título VI del texto legal relativo a los procedimientos y recursos, del artículo 113 al 131, ambos inclusive.

El Procedimiento Administrativo se iniciará a instancia de parte o de oficio. En el caso de apertura de oficio, el Superintendente ordenará el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio y notificará a los órganos y entes, así como a los particulares cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos pudieran verse afectados, concediéndoles un lapso de 10 días hábiles para que presenten sus alegatos y argumentos (artículo 113).

Cuando se dé inicio al procedimiento por instancia de parte interesada, en el escrito deberá constar (artículo 114):

- a.** Fecha expresando lugar, día mes y año.
- b.** Escrito dirigido al Superintendente.
- c.** Identificación de la persona o representante legal con expresión de los nombres, apellidos, domicilio, nacionalidad, estado civil, profesión, número de cédula o pasaporte.
- d.** En caso de tratarse de un órgano o ente, o persona jurídica de derecho privado, deberá constar el número de Registro de Información Fiscal, y la identificación del representante legal.
- e.** La dirección del lugar donde se harán las notificaciones pertinentes.
- f.** Los hechos, razones y pedimentos correspondientes, expresando la materia objeto de la solicitud.
- g.** Referencia a los anexos que lo acompañan, si tal es el caso.
- h.** Cualesquiera otras circunstancias que exijan las normas legales o reglamentarias.
- i.** La firma de los interesados.

Las unidades responsables patrimoniales encargadas de la administración y custodia de los bienes públicos en los órganos o entes del Sector Público deberán formar expediente admi-

nistrativo. Asimismo deberán incorporar al expediente aquellos documentos que tengan en su poder, relacionados directa o indirectamente con la presunta comisión de los hechos. Deberán remitir el expediente administrativo a la Superintendencia dentro de los 30 días hábiles siguientes a la presunta comisión del hecho a fin de dar inicio al procedimiento administrativo sancionatorio (artículo 115).

Si el escrito de solicitud de inicio de procedimiento administrativo tuviese algún error u omisión, se notificará al solicitante y tendrá 15 días hábiles para subsanarlos (artículo 116).

Dentro de los 3 días hábiles, de no contener errores la solicitud, deberá ser admitido el escrito de solicitud, se ordenará abrir el procedimiento administrativo sancionatorio mediante acto motivado y se designará al funcionario instructor del expediente (artículo 117).

Iniciado el procedimiento el funcionario debe abrir el expediente administrativo (artículo 118). Imaginamos recabando el expediente a que se refiere el artículo 115 con el acto motivado de iniciación de procedimiento sancionatorio.

El acto administrativo que da inicio al procedimiento será notificado en la sede principal del órgano o ente del Sector Público o del domicilio fiscal de la persona natural o jurídica de derecho privado de que se trate, y surtirá pleno efecto una vez que conste la recepción del órgano o ente involucrado o la parte interesada (artículo 119).

Cuando resulte impracticable la notificación se procederá a la publicación del cartel en un diario de mayor circulación nacional, se entenderá como notificado a los 5 días hábiles siguientes a la publicación del cartel o cuando se deje constancia en el expediente administrativo (artículo 120).

Dentro de los 5 días hábiles siguientes al vencimiento del lapso de notificación, las partes podrán presentar sus escritos de prueba. Una vez concluido dicho lapso, habrá 3 días hábiles para la oposición a las pruebas. Vencido el lapso de oposición se abrirá un lapso de 3 días hábiles para que el funcionario admita las pruebas y ordenará su evacuación, la cual se hará a los 10 días hábiles siguientes (artículo 121).

El Superintendente podrá, de oficio o a solicitud de parte, acumular los expedientes en caso de haber conexión o relación con cualquier otro asunto (artículo 122).

Los interesados y sus representantes tendrán libre acceso al expediente con la finalidad de revisar todas las actuaciones, a excepción de aquellas que sean declaradas como confidenciales (artículo 123).

Vencido el lapso de pruebas, mediante acto motivado que se agregará al expediente administrativo, el funcionario instructor lo remitirá a la unidad administrativa competente con la finalidad de que se pronuncie dentro de los 15 días hábiles siguientes. Dicho pronunciamiento deberá ser remitido junto con el expediente al Superintendente, a fines de que este decida mediante providencia administrativa debidamente motivada dentro de los 20 días hábiles siguientes las sanciones a que hubiere lugar (artículo 124).

La notificación de la decisión se hará de acuerdo a las formalidades legales establecidas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. En caso de que la decisión sea la imposición de una sanción de multa, la misma deberá ser pagada dentro de los 15 días siguientes a la notificación y consignando el recibo dentro de los 3 días hábiles siguientes (artículo 125).

Contra la Providencia Administrativa emitida por el Superintendente se podrá interponer Recurso de Reconsideración dentro de los 15 días hábiles siguientes a su notificación y deberá ser admitido o no por el Superintendente dentro de los 10 días hábiles siguientes (artículo 126).

La inadmisibilidad del Recurso de Reconsideración deberá ser motivada y contra dicha decisión se podrá interponer Recurso Jerárquico ante el Ministro con competencia en la materia de Finanzas, bajo las formalidades y plazos de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (artículo 127).

La interposición de los recursos no impedirá o suspenderá la ejecución del acto recurrido (artículo 128).

Cuando se trate de multa, se fijará para cada caso según la mayor o menor gravedad de la infracción, la magnitud de los perjuicios causados al Tesoro Nacional y las circunstancias agravantes o atenuantes previstas en el Decreto-Ley y conforme al principio de proporcionalidad y adecuación entre el supuesto de hecho y fines de la norma (artículo 129).

Se entenderán por circunstancias atenuantes (artículo 130):

- a. Que el hecho o la omisión constitutivo de la infracción se haya cometido sin intencionalidad por parte de quien lo cometió.
- b. Que el hecho o la omisión constitutivo de la infracción no haya causado grave perjuicio al patrimonio público o a las personas.
- c. La reparación del daño por iniciativa de quien cometió el mismo.

Se entenderán como circunstancia agravantes (artículo 131):

- a. Que el hecho o la omisión constitutivo de la infracción se cometió intencionalmente.
- b. Que el hecho o la omisión constitutivo de la infracción haya causado grave perjuicio al patrimonio público o a las personas.
- c. Que el hecho o la omisión constitutivo de la infracción haya producido ganancias o provecho para quien lo cometió o para sus cómplices si los hubiese.
- d. La reincidencia.

Comentarios sobre el Régimen Jurídico de Licitación para la Venta y Permuta de Bienes Públicos

Diana Trías Bertorelli¹

Resumen: Análisis del régimen jurídico sobre la licitación para la venta y permuta de bienes públicos contenidas en el “Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos” y en las “Normas Generales sobre Licitación para la venta y permuta de Bienes Públicos”.

Palabras claves: Bienes públicos, bienes patrimoniales, licitación, venta, enajenación, procedimiento, ofertas, precio, buena pro.

Abstract: Analysis of the legal regime of the public bidding for the sale and exchange of public property contained in the “Decree with Rank, Value and Force of Organic Law on Public Goods” and the “General Rules on Bidding for the sale and exchange of public goods”.

Keywords: Public property, public bidding, sale, exchange, procedure, offer, price, approval of public contract.

1. INTRODUCCIÓN DEL TEMA. PROPIEDAD PÚBLICA Y PROPIEDAD PRIVADA

Las presentes consideraciones tienen por objeto analizar el régimen jurídico sobre la licitación para la venta y permuta de bienes públicos con ocasión de las recientes regulaciones contenidas en el “Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos” y en las “Normas Generales sobre Licitación para la venta y permuta de Bienes Públicos”.

El Código Civil, ley sustantiva de la legislación civil, constituye referencia obligada para abordar cualquier aspecto vinculado al dominio público, pues éste en atención a la pertenencia subjetiva de los bienes, dispone que los bienes pueden ser de propiedad pública o privada, trátense de muebles o inmuebles², lo que da origen a la aplicación de un régimen jurídico igualmente público o privado, según el caso.

Seguidamente el Código Civil dispone que los bienes pertenecientes a la Nación (República), a los Estados y a las Municipalidades (Municipios), son del dominio público y del dominio privado, y precisa en el artículo 540, que los bienes del dominio público pueden ser a su vez de uso público o de uso privado.

El desarrollo de este particular tema impone referirnos de manera general a los bienes públicos entendidos como los bienes pertenecientes a las personas públicas y a la *summa divisio* entre bienes del dominio público y bienes del dominio privado o bienes patrimoniales, ambas categorías de titularidad pública que conforman el patrimonio del Estado.

El tema objeto de desarrollo se enmarca pues, dentro del denominado dominio público, cuyo origen se encuentra en el Código Civil que ordena entre otros aspectos, como antes se indicó, la propiedad pública, lo que no significa, como bien advierte Araujo Juárez, que “el dominio

1- Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello. Postgrado en la Universidad Central de Venezuela en Derecho Administrativo. Profesora de Pre y Postgrado en la Universidad Católica Andrés Bello. Profesora de Pregrado en la Universidad Monteávila. Profesora de Postgrado en la Universidad Metropolitana. Directora del Postgrado en Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. Miembro de la firma Despacho de Abogados Badell&Grau.

2- CC. Artículo 525: “Las cosas que pueden ser objeto de propiedad pública o privada son bienes muebles o inmuebles”.

*público sea de naturaleza civil: es de Derecho administrativo*³.

En concreto, y por lo que atañe a la posibilidad de ser objeto de enajenación, los artículos 543 y 544 del Código Civil establecen que “los bienes del dominio público son inalienables y los del dominio privado pueden enajenarse de conformidad con las leyes que le conciernen” y prescribe la aplicación de las disposiciones del Código Civil “a los bienes del dominio privado, en cuanto no se opongan a las leyes especiales respectivas” (Resaltado y subrayado nuestro).

2. MARCO JURÍDICO. “DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA DE BIENES PÚBLICOS” Y “NORMAS GENERALES SOBRE LICITACIÓN PARA LA VENTA Y PERMUTA DE BIENES PÚBLICOS”

En nuestro ordenamiento jurídico, es lo cierto que leyes especiales han regulado este aspecto, y en particular recientemente y con fundamento en el artículo 238, numeral 8, de la Constitución y en el artículo 1, numeral 5, literal a, de la Ley que Autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en las Materias que se Delegan,⁴ del 17 de diciembre de 2010, se dictó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos (en adelante **LOBP**)⁵. Dicha Ley tiene por objeto, conforme a lo previsto en el artículo 1 “... establecer las normas que regulan el ámbito, organización, atribuciones y funcionamiento del Sistema de Bienes Públicos, como parte integrante del Sistema de Administración Financiera del Estado”.

El Sistema de Bienes Públicos fue creado por la propia **LOBP**, conforme al cual éste estará integrado por:

(...)“el conjunto de principios, normas, órganos, entes y procesos que permiten regular, de manera integral y coherente, la adquisición, uso, administración, mantenimiento, registro, supervisión y **disposición** de los Bienes Públicos, dentro del Sector Público”⁶. (Resaltado nuestro).

Interesa resaltar dentro de las finalidades del Sistema de Bienes Públicos, la relativa a la **disposición**, es decir, a la posibilidad de su enajenación, y precisamente para regular el aspecto de la disposición de dichos bienes fueron dictadas las **“NORMAS GENERALES SOBRE LA LICITACIÓN PARA LA VENTA Y PERMUTA DE BIENES PÚBLICOS”** (en adelante **NORMAS DE LICITACIÓN**).

En ese sentido, en la Gaceta Oficial Nro. 40.054 del 20 de noviembre de 2012 fue publicada la Providencia Administrativa Nro. 004-2012 del 23 de octubre de 2012, mediante la cual **EL SUPERINTENDENTE DE BIENES PÚBLICOS** dictó las **NORMAS DE LICITACIÓN**, cuyo análisis constituye el objeto del presente estudio.

Las **NORMAS DE LICITACIÓN** fueron dictadas con fundamento en los artículos 73 y 76 al 84 de la **LOBP**, por tanto, un estudio sobre las referidas **NORMAS DE LICITACIÓN** impone referirnos previa y brevemente a concretas regulaciones de la **LOBP**, vinculadas con el aspecto central de las presentes consideraciones, relativo a la posibilidad de enajenar bienes públicos mediante la modalidad de venta o permuta. Cabe resaltar que la **LOBP** constituye, dado su carácter orgánico, la ley marco en esta materia, cuya normativa por declaratoria expresa de la propia Ley *“son de orden público y de aplicación preferente a cualquier otra del mismo rango”*.⁷

3- Araujo Juárez, José: *Derecho Administrativo*, Ediciones Paredes, Caracas, Venezuela, 2008, p.731.

4- Publicada en la G.O. Nro. 6009 Extraordinario del 17 de diciembre de 2010.

5- Publicado en la G.O. Nro. 39.952 del 26 de junio de 2012.

6- **LOBP** Artículo 16:

“Se crea el Sistema de Bienes Públicos, integrado por el conjunto de principios, normas, órganos, entes y procesos que permiten regular, de manera integral y coherente, la adquisición uso, administración, mantenimiento, registro, supervisión y **disposición (sic)** de los Bienes Públicos, dentro del Sector Público definido en el artículo 4 del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en función del cumplimiento de las políticas públicas, y que tiene a la Superintendencia de Bienes Públicos como ente rector, con la estructura organizativa que determine el Reglamento respectivo” (Resaltado y subrayado nuestro).

7- **LOBP** Artículo 3. *“Las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley son de orden público y se aplicarán con preferencia a cualquier otra del mismo rango”*.

3. BIENES PÚBLICOS. BIENES PÚBLICOS DEL DOMINIO PÚBLICO Y BIENES PÚBLICOS DEL DOMINIO PRIVADO O BIENES PATRIMONIALES. RÉGIMEN JURÍDICO

Previo al estudio en concreto de las **NORMAS DE LICITACIÓN**, se imponen algunas precisiones respecto de la clasificación de los denominados Bienes Públicos ordenados en la **LOBP**.

En cuanto a la consideración de Bienes Públicos, la **LOBP**, los define en el artículo 5, el cual establece que:

“Se consideran Bienes Públicos:

1. Los bienes muebles e inmuebles, títulos valor, acciones, cuotas o participaciones en sociedades y demás derechos, de dominio público o de dominio privado, que hayan adquirido o adquieran los órganos y entes que conforman el Sector Público, independientemente del nivel de gobierno al que pertenezcan;
2. Los bienes, mercancías o efectos, que se encuentran en el territorio de la República y que no tienen dueño;
3. Los bienes muebles e inmuebles, títulos valores, acciones, cuotas o participaciones en sociedades y demás derechos provenientes de las herencias yacentes;
4. Las mercancías que se declaren abandonadas;
5. Los bienes, mercancías o efectos que sean objeto de una medida de comiso firme mediante acto administrativo o sentencia definitiva, y los que mediante sentencia firme o procedimiento de Ley sean puestos a la orden del Tesoro Nacional”.

Seguidamente, la **LOBP** en el mismo artículo indica los bienes, productos o artículos que **no** son catalogados como Bienes Públicos.⁸

La **LOBP** distingue a su vez las categorías y clasificación de los Bienes Públicos. Por lo que se refiere a las categorías establece, utilizando un criterio de pertenencia subjetiva, que los Bienes Públicos podrán ser: **i) Bienes Nacionales, ii) Bienes Estadales, iii) Bienes Municipales y, iv) Bienes Distritales.**

Respecto de la clasificación, la **LOBP** dispone que los Bienes Públicos son del dominio público o del dominio privado, estableciendo así la clasificación básica en la condición legal o naturaleza jurídica de los bienes. A tal efecto, la **LOBP** dispone en el artículo 6 cuales son los Bienes Públicos del dominio público⁹.

8- **LOBP** Artículo 5:

“(...) No serán catalogados como Bienes Públicos:

- 1.- Los productos que sean adquiridos, concebidos, extraídos o fabricados por las personas, órganos y entes sujetos a esta Ley, de conformidad con su naturaleza, funciones, competencias, atribuciones o actividades comerciales, mercantiles, financieras o sociales, con destino a la venta;
- 2.- Los artículos calificados como materiales y suministros según el Clasificador Presupuestario dictado por la Oficina Nacional de Presupuesto;
- 3.- Los bienes adquiridos con la finalidad de ser donados de forma inmediata;
- 4.- Los bienes adquiridos en ejecución de norma expresa, en cumplimiento de fines institucionales, con el fin de ser enajenados a terceros”.

9- **LOBP** Artículo 6:

“Los Bienes Públicos son del dominio público o del dominio privado.

Son Bienes Públicos del dominio público:

- 1.- Los bienes destinados al uso público, como plazas, parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos y otros.
- 2.- Los bienes que en razón de su configuración natural, construcción o adaptación especial, o bien por su importancia histórica, científica o artística sean necesarios para un servicio público o para dar satisfacción a una necesidad pública y que no puedan ser fácilmente reemplazados en esa función.
3. Los espacios lacustre y fluvial, mar territorial, áreas marinas interiores, históricas y vitales y las comprendidas dentro de las líneas de base recta que ha adoptado o adopte la República; las costas marinas; el suelo y subsuelo de éstos; el espacio aéreo continental, insular y marítimo y los recursos que en ellos se encuentran, incluidos los genéticos, los de las especies migratorias, sus productos derivados y los componentes intangibles que por causas naturales allí se hallen.
- 4.- Los yacimientos mineros y de hidrocarburos, cualquiera que sea su naturaleza, existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental.
- 5.- Todos aquellos bienes a los que por ley se confiera tal cualidad.”

En cuanto al régimen jurídico, la **LOBP** prevé que los Bienes Públicos del dominio público son ***“imprescriptibles, inembargables e inalienables y están exentos además, de gravámenes o contribuciones nacionales, estatales y/o municipales”*** (Resaltado y cursiva nuestro) (Artículo 9).

Los Bienes Públicos de dominio público susceptibles de desafectación por no estar destinados al uso público o a los servicios públicos, o no ser requeridos para tales fines, se entenderán incorporados **al dominio privado de la República**, una vez dictado el respectivo Decreto por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, y previa autorización de la Asamblea Nacional, mediante una formalidad que configura uno de los denominados actos parlamentarios sin forma de ley (Artículo 7 de la **LOBP**).

Respecto de los Bienes Públicos del dominio privado o bienes patrimoniales, la **LOBP** establece que los Bienes Públicos del dominio privado son aquellos Bienes Públicos no incluidos en la clasificación de Bienes Públicos del dominio público, *los cuales siendo, de propiedad del Estado o de algún ente público, no están destinados al uso público ni afectados a algún servicio público*” (Artículo 6 Único Aparte) (Resaltado nuestro).

La **LOBP** en relación con esta concreta categoría de bienes ordena que los órganos y entes del Sector Público **deberán enajenar** estos bienes públicos de su propiedad que no fueren necesarios para el cumplimiento de sus finalidades y los que hubiesen sido desincorporados por obsolescencia o deterioro, *dejando a salvo, “los bienes y productos adquiridos, fabricados u obtenidos por el Sector Público con destino a la venta, donación o al suministro”*¹⁰ (Resaltado nuestro) (Artículos 73 y 74). Es decir, que la norma ordena la enajenación de los bienes no necesarios para el cumplimiento de las competencias o atribuciones de los entes propietarios pero a su vez permite conservar aquellos necesarios para su actividad o aquellos que deban ser enajenados por razones distintas a la mera desincorporación, siempre, claro está, existe la posibilidad de que razones de orden público, y no la circunstancia de la obsolescencia o inutilidad del bien, puedan justificar que el ente público ejerza su capacidad de disposición de bienes que le pertenecen, así lo reconoce la norma.

4. ENAJENACIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS DEL DOMINIO PRIVADO O BIENES PATRIMONIALES. VENTA Y PERMUTA

La **LOBP**, prevé que la enajenación de los Bienes Públicos del dominio privado o bienes patrimoniales podrá efectuarse a través de las siguientes modalidades: **i) Venta; ii) Permuta;** iii) Dación en pago; iv) Aporte del bien al capital social de sociedades mercantiles del Estado; v) Donación y, vi) Mediante otros tipos de operaciones legalmente permitidas (Artículo 76).

La enajenación mediante alguna de las modalidades antes indicadas deberá realizarse conforme a las normas y procedimientos establecidos en la **LOBP**, su Reglamento, que a la fecha no ha sido dictado, y a las disposiciones que al efecto dicte **la Superintendencia de Bienes Públicos** (Artículo 76 único aparte).

Por lo que se refiere a las modalidades de **venta o permuta**, la **LOBP** dispone que cuando la enajenación se realice mediante alguna de tales modalidades, ella deberá hacerse mediante proceso de **Oferta Pública (Artículo 79)**¹¹.

10- **LOBP Artículo 73:**

“Los órganos y entes del Sector Público deberán enajenar los bienes públicos de su propiedad que no fueren necesarios para el cumplimiento de sus finalidades y los que hubiesen sido desincorporados por obsolescencia o deterioro, conforme a los términos establecidos en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, en lo que les sea aplicable”.

LOBP Artículo 74: “Las disposiciones de este capítulo no son aplicables a los bienes y productos adquiridos, fabricados u obtenidos por el Sector Público con destino a la venta, donación o al suministro”.

11- **LOBP Artículo 79:**

“La Enajenación de Bienes Públicos bajo la modalidad de venta o permuta, se hará mediante proceso de Oferta Pública y preferentemente por lotes, pudiéndose realizar enajenaciones por unidades en razón de las características particulares de los bienes, avaladas a través de acto motivado suscrito por la máxima autoridad del respectivo ente u organismo”.

Es precisamente respecto de los Bienes Públicos del dominio privado o bienes patrimoniales que las **NORMAS DE LICITACIÓN** van a estructurar el procedimiento conforme al cual se dispondrá la enajenación a través de las modalidades de venta o permuta contempladas dentro de los diversos mecanismos que permite la **LOBP**.

5. “NORMAS GENERALES SOBRE LICITACIÓN PARA LA VENTA Y PERMUTA DE BIENES PÚBLICOS”. ANÁLISIS

Las **NORMAS DE LICITACIÓN** fueron dictadas, como antes se ha indicado, por el **SUPERINTENDENTE DE BIENES PÚBLICOS** en su condición de máxima autoridad de la **SUPERINTENDENCIA DE BIENES PÚBLICOS**, servicio autónomo desconcentrado del ministerio con competencia en materia de finanzas, creado por la **LOBP** en el artículo 20¹², como órgano rector del Sistema de Bienes Públicos y ordena en el artículo 21 las competencias del referido instituto. Interesa resaltar del elenco de competencias atribuidas a la Superintendencia de Bienes Públicos, las establecidas en los numerales 5 y 6¹³ que permiten a la Superintendencia “...dictar las normas e instrucciones técnicas en las materias de su competencia” y “...establecer mediante las correspondientes normas técnicas, los procedimientos destinados al registro y **disposición de los Bienes Públicos**” (Resaltado nuestro). Las competencias antes indicadas están invocadas en las **NORMAS DE LICITACIÓN** para fundamentar la providencia administrativa dictada.

5.1. Objeto

Las **NORMAS DE LICITACIÓN** tienen por objeto regular el procedimiento conforme al cual se dispondrá “la enajenación de bienes del Sector Público” a través de la modalidad de venta o permuta. De la especificidad del objeto de las regulaciones contenidas en las **NORMAS DE LICITACIÓN** surge una primera observación respecto de su denominación, pues ella ha debido precisarse en atención a la clasificación contemplada en la **LOBP**. En efecto, conforme a dicha Ley **sólo** son bienes susceptibles de enajenación los Bienes Públicos del dominio privado o bienes patrimoniales. De manera que las **NORMAS DE LICITACIÓN** están dirigidas a regular el procedimiento para la venta y permuta de los Bienes Públicos del dominio privado o de los bienes patrimoniales.

Llama la atención el rescate dentro de nuestro ordenamiento jurídico, de la expresión “licitación”, utilizada por la autoridad administrativa, pues ésta en el marco de las regulaciones atinentes a la selección de ofertas en el ámbito de la contratación pública, fue sustituida, sin justificación alguna, por Concurso Abierto¹⁴, desconociendo una denominación propia de una institución del derecho administrativo y de lo que era nuestra tradición legislativa, para ello, basta examinar las Leyes de Licitación que precedieron a la vigente Ley de Contrataciones Públicas. En ese mismo sentido, no puede dejar de mencionarse el rescate de otra denominación como lo es el otorgamiento de la “Buena Pro” para indicar la selección de la oferta, que de manera igualmente injustificada en la Ley de Contrataciones Públicas se sustituyó por “**otorgamiento de la adjudicación**” (Resaltado nuestro).

12- LOBP Artículo 20:

“Se crea La Superintendencia de Bienes Públicos, como servicio desconcentrado del ministerio con competencia en materia de finanzas con autonomía económica, presupuestaria, financiera, técnica y funcional, para ejercer la rectoría del Sistema de Bienes Públicos bajo la responsabilidad y dirección de un Superintendente o una Superintendente de Bienes Públicos, quien será la máxima autoridad dentro de dicho órgano. La organización interna de la Superintendencia de Bienes Públicos será establecida mediante Reglamento.

El Superintendente o la Superintendente Nacional de Bienes Públicos será de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República y sus competencias y deberes serán establecidos en el Reglamento del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley”.

13- LOBP Artículo 21:

“Son competencias de la Superintendencia de Bienes Públicos:”

(...)

5.- Dictar las normas e instrucciones técnicas en las materias de su competencia.

6.- Establecer, mediante las correspondientes normas técnicas, los procedimientos destinados al registro y disposición de los Bienes Públicos”.

14- Ver Ley de Contrataciones Públicas.

Interesa puntualizar que la licitación es un procedimiento administrativo integrado por actos y hechos de la Administración y del oferente, en el cual rigen los principios jurídicos que imperan en el procedimiento administrativo, en la medida en que no contradigan su especificidad.

Las **NORMAS DE LICITACIÓN** reiteran en el artículo 1 el contenido imperativo de la regulación contenida en el artículo 73 de la **LOBP** que ordena a *“los órganos y entes del Sector Público enajenar los Bienes Públicos de su propiedad que no fueren necesarios para el cumplimiento de sus finalidades y los que hubiesen sido desincorporados por obsolescencia o deterioro”*.

Así, en acatamiento a la orden legal, las **NORMAS DE LICITACIÓN** están dirigidas a regular el procedimiento conforme al cual se dispondrá la enajenación de bienes públicos del dominio privado o bienes patrimoniales que se encuentren en situación de deterioro o de obsolescencia o que si bien no se encuentren en tal situación, no sean necesarios para el cumplimiento de los fines de los órganos y entes del Sector Público Nacional, Estatal, Municipal o Distrital, atendiendo a la entidad político territorial de que se trate.

5.2. Operaciones exceptuadas de la aplicación de las Normas Generales sobre Licitación para la Venta y Permuta de Bienes Públicos

Conforme a lo previsto en el artículo 32 de las **NORMAS DE LICITACIÓN** que reiteran lo establecido en el artículo 82 de la **LOBP** *“quedan exceptuadas del procedimiento de oferta pública la venta o permuta de Bienes Públicos”* (Resaltado nuestro) del dominio privado o bienes patrimoniales las siguientes operaciones:

- “1.- Las de venta o permuta de bienes cuyo adquirente sea otro órgano o ente del Sector Público.
- 2.- Las de venta de bienes cuyos adquirentes sean los trabajadores del órgano o ente enajenante, siempre que la enajenación de dichos bienes se realice mediante concurso en igualdad de condiciones entre todos los interesados.
- 3.- Las relativas a la venta o permuta de bienes en producción: cuando el proceso licitatorio pudiere afectar el proceso productivo del bien;
- 4.- Las de venta o permuta de bienes de cualquier tipo cuando mediante un proceso amplio de oferta pública, se determine la existencia de un solo oferente;
- 5.- La venta o permuta de derechos litigiosos”.

Algunos comentarios se imponen respecto de las excepciones antes indicadas que en idénticos términos regula el artículo 82 de la **LOBP**. En primer lugar debe precisarse que, en principio, tales excepciones permiten la adjudicación directa de los bienes públicos del dominio privado o bienes patrimoniales, siempre que la modalidad utilizada para la enajenación sea venta o permuta *“debiendo contar siempre en cualquiera de los supuestos regulados, con la autorización de la máxima autoridad del órgano o ente enajenante mediante acto debidamente motivado”* (Artículo 32).

En concreto, y por lo que se refiere al supuesto contemplado en el numeral 3 relativo a la *“venta o permuta de bienes en producción, cuando el proceso licitatorio pudiere afectar el proceso productivo del bien”* (Resaltado nuestro), se observa que la expresión **“proceso productivo”** (Resaltado nuestro) alude -siguiendo para ello la definición contenida en la Ley de Contrataciones Públicas- *“A las actividades realizadas por el órgano y ente contratante, mediante las cuales un conjunto de elementos o materiales sufren un proceso de transformación que conducen a obtener bienes tangibles o servicios para satisfacer necesidades”* (artículo 6 numeral 17). En ese sentido, el supuesto contenido en el numeral 3 aplicaría en principio sólo a los entes públicos que desarrollan una

actividad industrial, los cuales en su mayoría pertenecen a la administración descentralizada.

Ahora bien, cabe destacar que las **NORMAS DE LICITACIÓN** están dirigidas a ordenar el procedimiento de venta y permuta de bienes patrimoniales que no fueren necesarios para el cumplimiento de las finalidades del ente público propietario y los que hubieren sido desincorporados por obsolescencia o deterioro, aspectos éstos que se enervan o contraponen a un proceso productivo y que conforme a lo dispuesto en el artículo 74 de la **LOBP** se encuentran exceptuados de la obligación de enajenar, pues carece de todo sentido considerar un procedimiento productivo de bienes obsoletos o deteriorados o que no sean requeridos para las finalidades del órgano o ente. Por tanto, en nuestra opinión, carece de fundamento en el ámbito de las **NORMAS DE LICITACIÓN** contemplar una excepción de lo que constituye el objeto de la actividad regular del órgano o ente según se trate.

Por lo que se refiere al supuesto contemplado en el numeral 4, relativo a la **“venta o permuta de bienes de cualquier tipo cuando mediante un proceso amplio de oferta pública, se determine la existencia de un solo oferente”** (Resaltado nuestro), se observa que éste no constituye un supuesto de excepción de la aplicación del procedimiento de oferta pública sino un supuesto que permite el otorgamiento de la Buena Pro cuando sólo se haya recibido una oferta y ésta cumpla con los requisitos del pliego de condiciones. En efecto, la redacción de la norma resulta una contradicción en sus propios términos, pues el supuesto de excepción de la norma supone la realización del procedimiento de oferta pública o licitatorio que es precisamente lo que se pretende excepcionar.

Lo antes dicho encuentra justificación en lo establecido en el primer párrafo del mismo artículo que indica que para el supuesto contenido en el numeral 4 *“realizados los dos llamados de Ley, corresponderá a la máxima autoridad del órgano o ente enajenante otorgar, mediante acto debidamente motivado, la Buena Pro al oferente interesado cuya oferta cumpla con las condiciones establecidas en el respectivo pliego de condiciones”*.

Entendemos que si lo que se pretendía regular era la posibilidad de otorgar la Buena Pro cuando se presente una sola oferta y ésta cumpla con los requisitos señalados en el pliego de condiciones, ello ha debido regularse en una norma única y aparte y no dentro de la norma que regula las excepciones del cumplimiento del procedimiento mismo de oferta pública o de adjudicación directa, pues como antes se indicó en ese caso ello supone la aplicación del procedimiento licitatorio.

En relación con los supuestos de excepción de la aplicación del procedimiento de oferta pública establecido en las **NORMAS DE LICITACIÓN** debe también resaltarse el contemplado en el artículo 35¹⁵ que regula la enajenación de títulos representativos de capital propiedad de la República en sociedades mercantiles, al disponerse que cuando los títulos objeto de venta se coticen en Bolsa, su enajenación se hará de conformidad con las reglas de la respectiva institución bursátil y cuando los títulos **no** se coticen en Bolsa, se enajenarán mediante **subasta pública**, a menos que el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, a propuesta del ministro con competencia en materia de finanzas, **acuerde su adjudicación directa**. De manera que en este último caso, ello pudiera constituir un supuesto de excepción de aplicación del procedimiento de oferta pública ordenado en las **NORMAS DE LICITACIÓN**.

15- Artículo 35°.

“La enajenación de títulos representativos de capital propiedad de la República en sociedades mercantiles, requiere de la autorización del Presidente de la República en Consejo de Ministros.

Cuando los títulos objeto de venta se coticen en Bolsa, su enajenación se hará de conformidad con las reglas de la respectiva institución bursátil.

títulos que no se coticen en Bolsa, se enajenarán mediante subasta pública, a menos que el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, a propuesta del ministro con competencia en materia de finanzas, acuerde su adjudicación directa”

De otro lado es dudosa la interpretación que al término subasta pública ha de darse, pues el tema de los títulos valores encuentra su regulación especial en las normas de la materia, y la subasta pública no pareciera que puede equipararse al concepto de licitación pública. En este sentido, el término subasta pública ciertamente difiere de la licitación, en cuanto la subasta pública se define como el método mediante el cual se adjudica un bien al mayor precio ofrecido, en tanto que en la licitación, el precio es sólo uno de los elementos a considerar en la selección del contratista y debe favorecerse a la mejor oferta, que no siempre ha de coincidir con la más favorable desde el punto de vista económico, como en la subasta pública, sino que debe ser la más beneficiosa para la Administración desde el punto de vista de una evaluación integral.

Adicionalmente, se observa que la norma contenida en el artículo 35 de las **NORMAS DE LICITACIÓN** reitera lo dispuesto en el último párrafo del artículo 87¹⁶ de la **LOBP**. Sin embargo, por lo que se refiere al supuesto relativo a la enajenación de títulos que **no** se coticen en Bolsa, el artículo 35 de las **NORMAS DE LICITACIÓN** omitió la expresión **“a entes del Sector Público”** (Resaltado nuestro) contenida en la parte final del artículo 87 de la **LOBP**¹⁷. Ello, constituye una omisión que en modo alguno puede ser interpretada como una excepción en el sentido de permitir la adjudicación directa de los títulos que **no** se coticen en Bolsa a personas o entes distintos a los del Sector Público, pues ello configuraría una clara infracción de la Ley Orgánica que constituye su fundamento y que sólo permite la adjudicación directa cuando se acuerde su enajenación a un ente del Sector Público.

A todo evento se estima que la omisión del artículo 35 de las **NORMAS DE LICITACIÓN**, encontraría adecuación a la norma prevista en el artículo 87 de **LOBP**, derivado de una interpretación concordada de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 32 de las referidas **NORMAS DE LICITACIÓN** que establecen la posibilidad de adjudicación directa cuando se trate de operaciones de **“venta o permuta de bienes cuyo adquirente sea otro órgano o ente del Sector Público”** (Resaltado nuestro).

Enmarcado asimismo dentro de los supuestos de excepción de aplicación de las **NORMAS DE LICITACIÓN**, el artículo 36 dispone que los derechos correspondientes a la propiedad intelectual o industrial de la República, *“se enajenarán mediante subasta pública, a menos que el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, acuerde la adjudicación directa por razones estratégicas, de soberanía o de interés nacional, determinadas por el Presidente de la República, o en atención a los acuerdos internacionales suscritos válidamente por la República Bolivariana de Venezuela”*. Caso distinto ocurrió en este supuesto en el que la versión contentiva de la reimpresión de la **LOBP**, omitió la expresión **“a entes del Sector Público”** (Resaltado nuestro), contenida en el artículo 90¹⁸ de la publicación inicial. De manera que cuando se trate de la enajenación de los derechos correspondientes a la propiedad intelectual o industrial de la República, ello podrá realizarse de manera excepcional por adjudicación directa a entes del Sector Público o ajenos a éste, previo acuerdo por parte del Presidente de la República, verificadas las situaciones de hecho que permiten la excepción de la aplicación del procedimiento de subasta pública. De nuevo el término subasta pública es utilizado, de manera que en estos casos se privilegia la oferta económica como elemento fundamental de la adjudicación.

16- LOBP Artículo 87.

“La enajenación de títulos representativos de capital propiedad de la República en sociedades mercantiles, requiere de la autorización del Presidente de la República en Consejo de Ministros.

Cuando los títulos objeto de venta se coticen en Bolsa, su enajenación se hará de conformidad con las reglas de la respectiva institución bursátil. (...)”

17- LOBP. Artículo 87 último párrafo:

“(…) Los títulos que no se coticen en Bolsa, se enajenarán mediante subasta pública, a menos que el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro con competencia en materia de finanzas, acuerde la adjudicación directa **a entes del Sector Público**” (Resaltado nuestro).

18- LOBP Artículo 90:

“Los derechos correspondientes a la propiedad intelectual o industrial de la República se enajenarán mediante subasta pública, a menos que el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, acuerde la adjudicación directa **a entes del Sector Público** por razones estratégicas, de soberanía o de interés nacional, determinadas por el Presidente de la República, o en atención a los acuerdos internacionales suscritos válidamente por la República Bolivariana de Venezuela”. (Resaltado nuestro).

5.3. Autoridades que intervienen en el procedimiento de Licitación. Competencias

Por lo que se refiere a las autoridades que participan en el procedimiento administrativo ordenado en las **NORMAS DE LICITACIÓN**, éstas contemplan la intervención de múltiples autoridades administrativas, en nuestro criterio, un exceso, que lejos de establecer un control efectivo, entraba y complica el desarrollo del procedimiento. En efecto, intervienen en dicho procedimiento, la máxima autoridad del órgano o ente enajenante, el Comité de Licitaciones, la Superintendencia de Bienes Públicos, la Comisión de Enajenación¹⁹, las Unidades encargadas de la Administración y custodia de los Bienes Públicos dentro de los órganos y entes del Sector Público, sin perjuicio de las competencias de control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República, sobre los bienes de la Nación²⁰ y del Presidente de República en Consejo de Ministros, en particulares casos.

Dentro de las autoridades administrativas intervinientes y por lo que se refiere a la máxima autoridad, ésta debe determinarse en atención a la ubicación del respectivo órgano o ente contratante dentro de la estructura organizativa pública a la cual pertenezca, y la máxima autoridad estará constituida por el órgano ejecutivo al que corresponda la dirección y administración, de acuerdo con el régimen jurídico que le sea aplicable.

Dentro de las competencias asignadas a la máxima autoridad, llama la atención que no se precisa la referida al otorgamiento de la Buena Pro, pues tratándose de una competencia determinante en el ámbito objetivo de lo regulado por las **NORMAS DE LICITACIÓN**, no se precisa en un artículo en concreto, sino que en algunos casos se infiere de diversas normas o peor aún se contempla en el artículo que contiene las excepciones de la aplicación del procedimiento licitatorio, (contrariando los principios que informan en el ámbito del derecho público la asignación de competencias). En efecto, y a manera de ejemplo, en el artículo 5 se contempla la posibilidad que tiene la máxima autoridad de apartarse de las recomendaciones presentadas por el Comité de Licitaciones al establecer que los miembros del Comité “*serán solidariamente responsables con la máxima autoridad por las recomendaciones que presenten y sean aprobadas*”, lo que comporta la posibilidad de no ser aprobadas y en consecuencia apartarse de lo recomendado que se entiende se refiere al otorgamiento de la buena pro, lo cual tampoco lo precisa.

Debe destacarse igualmente en este punto, lo dispuesto en el artículo 6 numeral 5 de las **NORMAS DE LICITACIÓN** que al establecer las atribuciones del Comité de Licitaciones dispone que a éste corresponde “*Considerar y opinar acerca del acto motivado que se someta a la máxima autoridad del órgano o ente enajenante, para proceder al otorgamiento de la Buena Pro*”, (resaltado nuestro), es decir se atribuye tal competencia de manera incidental, dentro de las competencias del Comité de Licitaciones. El caso del artículo 32, llama aún más la atención, pues dicho artículo si bien regula los supuestos de excepción de aplicación del procedimiento de oferta pública, resulta el más claro y específico ejemplo respecto de la asignación de la competencia de otorgamiento de la Buena Pro a la máxima autoridad, al disponer en el primer párrafo que “*(...) corresponderá a la máxima autoridad del órgano o ente enajenante otorgar, mediante acto debidamente motivado, la Buena Pro (...)*”. A todo evento, y más allá de las observaciones antes indicadas, no hay lugar a dudas de que este acto, el del otorgamiento de la buena pro, corresponde a la máxima autoridad.

19- Creada por la **LOBP** en el artículo 28.

20- **LOBP Artículo 2:**

“Las normas contenidas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, normas reglamentarias y aquellas que emita la Superintendencia de Bienes Públicos, son de estricto cumplimiento por las entidades que conforman el Sistema Nacional de Bienes Públicos, así como para las personas naturales o jurídicas que custodien o ejerzan algún derecho sobre un Bien Público, con las excepciones de Ley, dejando a salvo las competencias y autonomía atribuidas en la materia por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes correspondientes.

Las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley se aplicarán sin perjuicio de las competencias de control, vigilancia y fiscalización que corresponden a la Contraloría General de La República sobre los bienes de la Nación”.

Por lo que atañe a la naturaleza de otra de las autoridades administrativas que intervienen en el procedimiento de licitación, como lo es el Comité de Licitaciones, se observa que dichos Comités constituyen los órganos que dentro del órgano o ente público ejercen funciones asesoras y que son creados por la máxima autoridad para que colaboren con éste en la dirección, coordinación y sustanciación de los procedimientos de licitación para seleccionar al comprador o permutable según la modalidad seleccionada. Las **NORMAS DE LICITACIÓN** contemplan en el artículo 6 el elenco de competencias atribuidas a dicho órgano, dentro de las cuales interesa destacar la referida a la elaboración del informe contentivo de la recomendación respecto de las ofertas que en su consideración integral resulten más favorables a los intereses del órgano o ente enajenante. Dicho informe debe ser motivado debiendo indicar las razones “*que justifican el oferente seleccionado y las ventajas estratégicas operacionales o administrativas para dicha selección*”.

5.4. Pliego de condiciones

La recomendación contenida en el Informe elaborado por el Comité de Licitaciones debe realizarse con base en los requisitos y criterios de evaluación contemplados en el pliego de condiciones, respecto del cual cabe destacar, que las **NORMAS DE LICITACIÓN** no indican a quien corresponde su elaboración, sin embargo, dada la naturaleza de dicho documento y aplicando analógicamente lo regulado en los procedimientos de selección ordenados en la Ley de Contrataciones Públicas, su elaboración debería corresponder al Comité de Licitaciones.

Debemos detenernos en este punto a fin de precisar que el pliego de condiciones es el documento en el cual se establecen las reglas básicas, requisitos o especificaciones que rigen para las modalidades de selección, y contienen asimismo, en la mayoría de los casos, las reglas, condiciones y criterios aplicables a cada contratación, e incluso el proyecto de contrato a ser celebrado. Igualmente debe destacarse que el pliego de condiciones, se caracteriza por ser un documento que goza de: **(i). Generalidad, (ii). Obligatoriedad, (iii). Publicidad, y, (iv) Estabilidad**²¹.

Sin embargo, se observa que las **NORMAS DE LICITACIÓN** contemplan en el artículo 12 que el “**(...) Comité de Licitaciones podrá en cualquier momento de acuerdo a las normas que rigen el proceso de licitación, suspender, modificar o tomar decisiones que puedan variar las condiciones de la licitación**” (Resaltado nuestro). Tal facultad, sin el establecimiento de regulaciones que establezcan límites, atenta contra la estabilidad propia del pliego de condiciones. A tal efecto, cabe la comparación de la regulación de este aspecto en la Ley de Contrataciones Públicas, artículo 46⁴⁷ en las que si bien se contempla tal posibilidad, ello sólo puede realizarse hasta antes de la presentación de las ofertas y se ordena la publicidad respectiva de la decisión, mediante la obligación de notificar a todos los participantes.

5.5. Precio base

Por lo que se refiere al precio base, las **NORMAS DE LICITACIÓN** en acatamiento a lo previsto el artículo 77 de la **LOBP**, disponen que éste se determinará con fundamento en el avalúo efectuado por peritos de reconocida capacidad e idoneidad técnica, de acuerdo con su profesión y conocimientos prácticos en la materia objeto del avalúo y debidamente inscritos en el Registro de Peritos de la Superintendencia Nacional de Bienes Públicos (Artículo 30)²³.

21- Opinión publicada en www.badellgrau.com. Sección Opiniones. Contratación Pública.

22- **LCP Artículo 46:**

“El órgano o ente contratante sólo puede introducir modificaciones al pliego de condiciones hasta dos días hábiles antes de la fecha límite para la presentación de las manifestaciones de voluntad u ofertas, según el caso, notificando las modificaciones a todos los participantes que hayan adquirido el pliego de condiciones o hayan sido invitados. El órgano o ente contratante puede prorrogar el lapso originalmente establecido para la preparación de manifestaciones de voluntad u ofertas a partir de la última notificación”.

23- **NORMAS DE LICITACIÓN Artículo 30:**

“El precio que servirá de base para la enajenación de los Bienes Públicos adscritos a los órganos y entes que conforman el Sector Público Nacional, será determinado por la Comisión de Enajenación de Bienes Públicos, con base en los avalúos presentados y cualquier otro criterio válido a juicio de la **comisión (sic)**” (Resaltado nuestro).

Sobre este aspecto cabe destacar que las **NORMAS DE LICITACIÓN** disponen que las Unidades encargadas de la administración y custodia de los Bienes Públicos dentro de los órganos y entes públicos distintos del Sector Público Nacional podrán designar un equipo técnico de trabajo para determinar el precio base de enajenación del bien²⁴, por tanto, la designación del grupo evaluador no constituye una competencia del Comité de Licitaciones, sino de las referidas Unidades, a las cuales corresponderá remitir el informe de los expertos al Comité de Licitaciones.

Asimismo debe señalarse que cuando se trate de la enajenación de Bienes Públicos adscritos a los órganos y entes que conforman el **Sector Público Nacional**, las **NORMAS DE LICITACIÓN** establecen, de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 y en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 78²⁵ de **LOBP**, que el precio que servirá de base para la enajenación será determinado por la Comisión de Enajenación de Bienes Públicos, con fundamento en los avalúos presentados y cualquier otro criterio válido a juicio del Comité. Debe tenerse presente que dicha Comisión constituye un órgano de la Superintendencia de Bienes Públicos creado por la **LOBP** en el artículo 28²⁶ con la exclusiva finalidad y facultad para autorizar la enajenación de los bienes públicos del dominio privado o bienes patrimoniales que sean propiedad o que se encuentren adscritos a alguno de los órganos o entes que conforman el Poder Público Nacional. Debe resaltarse asimismo que la **LOBP** los exceptuó de la autorización previa que en estos casos exige la Constitución en el artículo 187 numeral 12, por parte de la Asamblea Nacional²⁷.

Ahora bien, punto importante a resaltar es la competencia que se le atribuye al Comité de Licitaciones de *“Conocer y recomendar las variaciones del precio base establecido para la enajenación de los bienes, en los casos de Ley”*. (Artículo 6 numeral 10 de las **NORMAS DE LICITACIÓN**). Conforme a dicha norma, es posible que un órgano distinto al que corresponde su determinación y autorización según el caso, pueda modificar el precio base, lo que más allá de contrariar el principio de paralelismo de las formas, debe ser interpretado de manera concordada con lo establecido en el último párrafo del artículo 80²⁸ de la **LOBP** conforme al cual en caso de que el Comité de Licitaciones autorice la enajenación del bien por un precio base distinto al ya fijado debe iniciarse un nuevo proceso licitatorio. Lo contrario sería desconocer, en nuestro criterio, un principio fundamental que informa al procedimiento licitatorio atinente a la estabilidad del precio base durante el desarrollo del procedimiento, lo que no impide, aspecto distinto, que el precio base pueda o no ser considerado como parámetro para la evaluación de las ofertas, debiendo a todo evento estar previsto y regulado en el pliego de condiciones respectivo.

Por lo que se refiere a los bienes a enajenar mediante venta o permuta, las **NORMAS DE LICITACIÓN** ordenan que la enajenación debe realizarse *“preferentemente por lotes, pudiéndose realizar enajenaciones por unidades en razón de las características particulares de los bienes, avaladas a través de acto motivado suscrito por la máxima autoridad del respectivo órgano o ente enaje-*

24- **NORMAS DE LICITACIÓN Artículo 29:**

“Las Unidades encargadas de la administración y custodia de los Bienes Públicos dentro de los órganos y entes públicos distintos del Sector Público Nacional, podrán designar un equipo técnico de trabajo para determinar el precio base de enajenación del bien. La designación de técnicos, peritos y asesores externos dependerá de la complejidad de las características técnicas de los bienes a enajenar”.

25- **LOBP Artículo 78:**

“El precio que servirá de base para la Enajenación de los Bienes Públicos adscritos a los órganos y entes que conforman el Sector Público Nacional, será determinado por la Comisión de Enajenación de Bienes Públicos, con base en los avalúos presentados y cualquier otro criterio válido a juicio de la comisión”.

26- **LOBP Artículo 28:**

“Se crea la Comisión de Enajenación de Bienes Públicos, como órgano de la Superintendencia de Bienes Públicos facultado para autorizar la Enajenación de los bienes públicos que sean propiedad, o que se encuentren adscritos a alguno de los órganos o entes que conforman el Poder Público Nacional, en todas sus instancias, la cual estará conformada por el Superintendente o la Superintendente Nacional de Bienes Públicos, quien presidirá la misma, y cuatro (4) miembros principales y sus respectivos suplentes, de libre elección y remoción del Presidente de la República.”

27- **Constitución Artículo 187:** “Corresponde a la Asamblea Nacional:

12. Autorizar al Ejecutivo Nacional para enajenar bienes inmuebles del dominio privado de la Nación, con las excepciones que establezca la ley”.

28- **LOBP Último párrafo artículo 80:**

“ (...) Si en las oportunidades fijadas en el presente artículo no se recibieran ofertas en tiempo hábil o estas no fueren satisfactorias, el Comité de Licitaciones podrá autorizar la enajenación del bien por un precio distinto al ya fijado, debiéndose iniciar un nuevo proceso licitatorio”.

nante (Artículo 3) (Resaltado nuestro). La expresión “**avaladas**” utilizada en la redacción de la norma propia del tema relativo a garantías y que alude a la intervención de un tercero que la otorga, no resulta apropiada pues en este caso se trata de un acto **autorizatorio** emanado de la máxima autoridad del órgano o ente enajenante. A diferencia de la expresión utilizada en el artículo 3 de las **NORMAS DE LICITACIÓN**, el artículo 32 segundo párrafo, al regular los casos de excepción de la aplicación del procedimiento de oferta pública utilizado, califica adecuadamente el acto requerido al disponer lo siguiente: “*En cualquier caso, la adjudicación directa de Bienes Públicos deberá contar con la **autorización** expresa de la máxima autoridad del órgano o ente enajenante, mediante acto debidamente motivado*” (Resaltado nuestro). A todo evento, bien sea por lotes o por unidades la enajenación, la enajenación debe ser autorizada por la máxima autoridad.

5.6. Desarrollo del procedimiento

En relación con el desarrollo del procedimiento, éste se inicia de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 de las **NORMAS DE LICITACIÓN**, con el acto administrativo que autorice la enajenación, entendemos, pues no lo precisa la norma, se trata del acto inadecuadamente denominado “*acto motivado que **avale** la enajenación*” dictado por la máxima autoridad, regulado en el artículo 3 de las **NORMAS DE LICITACIÓN**. Respecto del referido acto de inicio, se advierte que éste no constituye un acto de publicidad en relación a los eventuales interesados en participar en el procedimiento, sino un acto de la intimidad del órgano o ente público, que si bien constituye un requisito sustancial para la validez del procedimiento, no trasciende a los sujetos a los cuales está dirigido el trámite, característica esencial de la naturaleza de los actos que pretenden regular procedimientos de llamado a terceros.

Adicionalmente a lo antes indicado, se observa que la situación se complica aún más al disponer las **NORMAS DE LICITACIÓN** en el artículo 8 que “*el plazo para la presentación de las ofertas se contará a partir de la fecha de publicación del aviso*”²⁹. Ello reafirma que el acto de inicio del procedimiento administrativo de selección lo debe constituir la publicación del aviso en prensa y los plazos del procedimiento deben contarse a partir de la fecha de publicación del primer aviso. No obstante ello, el artículo 7 que regula la duración del procedimiento fija como acto de inicio del cómputo, el acto que aprueba la enajenación, lo que evidencia una mezcla inconveniente de oportunidades para regular aspectos relativos al desarrollo del procedimiento. En todo caso debe tenerse presente que el acto de la máxima autoridad regulado en el artículo 3, puede constituir la autorización del procedimiento más no el acto que debería considerarse para el inicio del procedimiento, sin embargo, el artículo 7 así lo dispone.

En cuanto al desarrollo del procedimiento de selección, y en concreto por lo que se refiere a su duración, las **NORMAS DE LICITACIÓN** disponen en el artículo 7 que los procesos de enajenación de Bienes Públicos por oferta pública deberán tener lugar en un plazo no menor a veinte (20) días hábiles y no mayor a cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados estos a partir de la fecha que registre el acto administrativo que aprueba la enajenación.

29- Normas de Licitación Artículo 8:

“Para los procesos de enajenación de Bienes Públicos por Oferta Pública, el Comité de Licitaciones del órgano o ente que enajenará el bien publicará un aviso en dos diarios de comprobada circulación nacional, en el cual se indiquen:

- 1.- Las características del bien;
- 2.- El precio base fijado y las condiciones establecidas para la enajenación;
- 3.- El acto administrativo mediante el cual la Comisión de Enajenación de Bienes Públicos aprobó el acto, cuando corresponda.
- 4.- Las fechas y plazos previstos para la realización de los distintos actos que tendrán lugar con motivo del proceso.

Una de dichas publicaciones podrá ser sustituida por una publicación en un medio digital, a tenor de lo dispuesto en la ley que regula la materia sobre mensajes de datos y firmas electrónicas.

En el aviso deberá indicarse además, el lugar, el día, la hora y el plazo para la presentación de Las ofertas, el cual se fijará tomando en cuenta la complejidad del acto y no podrá ser inferior a tres (3) días hábiles contados a partir de la fecha de publicación de dicho aviso. (Resaltado nuestro).

Conforme a lo dispuesto en el artículo 8, el Comité de Licitaciones publicará un aviso en dos diarios de comprobada circulación nacional, en el que debe indicarse: i) Las características del bien; ii) El precio base fijado y las condiciones establecidas para la enajenación; iii) El acto administrativo mediante el cual la Comisión de Enajenación de Bienes Públicos aprobó el acto, cuando corresponda, y iv) Las fechas y plazos previstos para la realización de los distintos actos que tendrán lugar con motivo del proceso.

Aún cuando las **NORMAS DE LICITACIÓN** no lo precisan, el aviso debe contener la publicación del pliego de condiciones o en su defecto indicar la oportunidad para proceder a su retiro por parte de los interesados, pues sólo con base en éste podrán los interesados elaborar sus ofertas. Asimismo, se omiten la referencia a los requisitos legales o de cualquier otro tipo necesarios para la calificación de los oferentes, que constituye una etapa indispensable de todo procedimiento de selección para la escogencia de ofertas.

En efecto, la etapa de calificación en el desarrollo de un procedimiento de selección de contratista, tiene por finalidad que el Comité de Licitaciones analice si el interesado cumple los requisitos de aptitud legal, financiera y técnica. Así, sólo si esa evaluación preliminar es superada, pasaría éste órgano a considerar su oferta. A través de ella, por tanto, el Comité de Licitaciones comprueba que el participante ha cumplido con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones. Cabe destacar que:

“La calificación no es discrecional; antes por el contrario, tanto el examen y la evaluación de los documentos presentados, como la decisión en torno a la calificación, deberán sujetarse a lo contemplado en el pliego, a los efectos de garantizar la seguridad jurídica de los participantes”³⁰.

Sin embargo, en el caso de las **NORMAS DE LICITACIÓN** éstas se limitan a asignar la competencia de descalificación al Comité de Licitaciones.³¹

En este punto conviene resaltar que tal verificación de aptitud para presentar ofertas resulta indispensable, pues es en esta oportunidad en el que el Comité de Licitaciones debe constatar que el participante no haya sido declarado en estado de atraso o quiebra o condenado por delitos contra la propiedad o contra el Patrimonio Público, ni sea deudor moroso de obligaciones fiscales o con instituciones financieras públicas, ni que habiendo resultado favorecido con la Buena Pro en un proceso licitatorio efectuado por el órgano o ente enajenante con anterioridad, haya incumplido las condiciones, términos y plazos acordados en la respectiva oferta, lo que le impediría conforme a lo dispuesto en el artículo 15 de las **NORMAS DE LICITACIÓN** participar en los procesos de enajenación de Bienes Públicos³².

5.7. De la oferta

Por lo que se refiere a la oferta, ésta, en términos generales constituye la propuesta económica presentada por una persona natural o jurídica, cumpliendo con los recaudos exigidos, respecto de la cual la doctrina ha señalado que *“la oferta en si misma no es un acto aislado, ni incausado, sino que es la respuesta a un convite y la causa de otros comportamientos administrativos por venir en el decurso procedimental de preparación del contrato”³³.*

30- Opinión publicada en www.badellgrau.com. Sección Opiniones. Contratación Pública.

31- **Artículo 6°.-**

“Son atribuciones de los Comités de Licitaciones las siguientes:

6.- Descalificar oferentes o rechazar ofertas, según el caso, que no cumplan con los requisitos o condiciones establecidas en el pliego de condiciones, o que sean inadecuadas a los fines del órgano o ente enajenante.”

32- **Normas de Licitación. Artículo 15:**

“No podrán participar en los procesos de enajenación de Bienes Públicos, las personas que hayan sido declaradas en estado de atraso o quiebra o condenadas por delitos contra la propiedad o contra el Patrimonio Público, ni los deudores morosos de obligaciones fiscales o con instituciones financieras públicas, ni aquellas que habiendo resultado favorecidos con la Buena Pro en un proceso licitatorio efectuado por el órgano o ente enajenante con anterioridad, hayan incumplido las condiciones, términos y plazos acordados en la respectiva oferta.”

33- Dromi, Roberto, *Licitación Pública*, II Edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires. p. 354.

Las **NORMAS DE LICITACIÓN** prevén, respecto de los requisitos de la oferta, que éstas deberán consignarse ante el Comité de Licitaciones en el acto público fijado para ello, debidamente firmadas y en sobres cerrados. (Artículo 10). Se prevé asimismo en las **NORMAS DE LICITACIÓN** que no se admitirán ofertas que: i) No cumplan con lo establecido en la **LOBP** y su Reglamento, en las presentes Normas y en las condiciones establecidas para la licitación, ii) Condicionadas o alternativas, a menos que se hubiese establecido en las condiciones de la licitación, iii) Diversas que provengan de un mismo oferente, y iv) Presentadas por distintas personas, si se comprueba la participación de cualesquiera de ellas en otra oferta de la misma licitación. De manera general puede señalarse que los supuestos antes indicados pretenden garantizar los principios de honestidad, transparencia y concurrencia propios de todo procedimiento de selección, además de evidenciar el comportamiento deshonesto y fraudulento por parte del oferente.

En cuanto al mantenimiento de las ofertas, las **NORMAS DE LICITACIÓN** exigen que los oferentes deberán obligarse a sostener sus ofertas hasta el otorgamiento de la Buena Pro y presentar garantía suficiente a juicio del Comité de Licitaciones, la cual deberá mantenerse en vigencia hasta que culmine la operación (artículo 11)³⁴, es decir, hasta que se verifique la venta o permuta del bien o bienes enajenados. El carácter obligatorio de la presentación de la garantía se justifica en la necesidad de prever un medio jurídico a través del cual la Administración pueda recuperar, ante el eventual incumplimiento de uno o varios oferentes, los gastos en que pudiera haber incurrido.

Así, las **NORMAS DE LICITACIÓN** contemplan en el artículo 17 que de no formalizarse la operación en el plazo fijado se entenderá que el oferente ha desistido, en cuyo caso no le será devuelto el monto de la garantía que hubiese ofrecido para afianzar la oferta. *Esta expresión "afianzar la oferta" descarta cualquier otra modalidad de garantía.*

Salvo esta mención, es lo cierto que por lo que se refiere a la modalidad de la garantía que deben presentar los oferentes, las **NORMAS DE LICITACIÓN** no exigen un tipo determinado, por lo que o bien se entiende que es la fianza la única opción o bien se interpreta más ampliamente que la garantía puede acreditarse a través de cualquier medio jurídico que cumpla con tal finalidad, tales como: dinero, fianza o caución otorgada por una entidad bancaria o empresa de seguro o títulos valores. Asimismo, y por lo que atañe a su monto, las **NORMAS DE LICITACIÓN** tampoco establecen un parámetro para fijar su monto, por lo que el órgano o ente licitante posee discrecionalidad para determinarlo siempre que, en nuestro criterio, lo realice sobre la base del monto estimado de la operación de venta o permuta, es decir sobre el precio base.

5.8. Evaluación de las ofertas

Respecto de la evaluación de las ofertas que supone un examen previo en cuanto al cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, las **NORMAS DE LICITACIÓN** contemplan en el artículo 16 que *el Comité de Licitaciones examinará las ofertas y escogerá a su juicio la más ventajosa mediante informe razonado, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en la cual fueron consignadas las ofertas*". Este proceso tiene como objetivo fundamental seleccionar al oferente cuya oferta sea la más conveniente a los intereses del órgano o ente enajenante.

Debe precisarse en este punto que las **NORMAS DE LICITACIÓN** no definen lo que debe entenderse por oferta más ventajosa o cuál, en particular, es la oferta que merece la primera opción para el otorgamiento de la Buena Pro. Es decir, no precisa que en la valoración de la oferta se otorgue preeminencia al examen de ciertos factores o atributos específicos sobre otros.

³⁴- **Normas de Licitación Artículo 11:** "Los participantes deberán obligarse a sostener sus ofertas hasta el otorgamiento de la Buena Pro y presentar garantía suficiente a juicio del Comité de Licitaciones, la cual deberá mantenerse en vigencia hasta que culmine la operación".

Todos esos aspectos serán determinados libremente, y según las necesidades de cada contratación, por el ente enajenante. De allí que en algunos casos la oferta más beneficiosa desde el punto de vista económico (precio más alto), no sea la merecedora de la Buena Pro, por no ser la que ofrezca mayores ventajas ni se adecue a todas las necesidades exigidas por el ente enajenante. Ello se reafirma en las propias **NORMAS DE LICITACIÓN** al exigir dentro de los requisitos del Informe de Recomendación *“la motivación particular de la selección, cuando el oferente recomendado para el otorgamiento de la adjudicación no haya ofrecido el precio más alto”* (Artículo 20 numeral 6). Obsérvese que la norma alude al **otorgamiento de la adjudicación** y no al **otorgamiento de la Buena Pro**, que aunque se trata del mismo acto no obedece a la terminología empleada en las **NORMAS DE LICITACIÓN** si no a la empleada en la Ley de Contrataciones Públicas.

Las **NORMAS DE LICITACIÓN** prevén un supuesto especial en la etapa de valoración de las ofertas en el que *“de presentarse ofertas por iguales montos, en igualdad de condiciones, el Comité de Licitaciones tomará en cuenta para la evaluación de las mismas, la hora de llegada al acto de los oferentes”* (Artículo 18).

5.9. Informe de recomendación

El proceso de evaluación de las ofertas culmina con la elaboración del Informe de Recomendación por parte del Comité de Licitaciones cuya finalidad es indicarle a la máxima autoridad del órgano o ente enajenante *“las razones técnicas, económicas y financieras en las que se fundamenta la evaluación, la selección de la o las ofertas que merezcan la adjudicación, así como las de aquellas que hubieren obtenido la segunda y la tercera opción, si fuere el caso”*. (Artículo 20 numeral 5). Es decir, que la obligación de indicar la oferta que merezca la segunda y tercera opción sólo aplica cuando existan ofertas que puedan merecerla según los criterios y mecanismos de evaluación contemplados en el pliego de condiciones.

Ahora bien, diversas situaciones pueden plantearse en esta etapa. Así, es posible que ninguna oferta haya sido presentada o que todas las ofertas resulten rechazadas o los oferentes descalificados, de conformidad con lo establecido en el pliego de condiciones, lo que impone la declaratoria de desierto del procedimiento por imposibilidad de hecho.

Las **NORMAS DE LICITACIÓN** regulan de manera incompleta las eventualidades que pueden presentarse al respecto. En efecto, al establecer en el artículo 21 que *“Si en las oportunidades fijadas no se recibiera un mínimo de dos (02) ofertas en tiempo hábil o éstas no fueren satisfactorias, el Comité de Licitaciones podrá autorizar la enajenación del bien por un precio distinto al ya fijado, debiéndose iniciar un nuevo proceso de oferta pública.(...)”*, **omite sin justificación alguna**, el acto administrativo que se impone dictar en el marco de un procedimiento licitatorio, como lo es el **acto de declaratoria de desierto**, que correspondería a la máxima autoridad y que constituye en tales supuestos, el acto que marca la culminación del procedimiento licitatorio en curso y permite el inicio de otro procedimiento licitatorio respecto del bien objeto de enajenación.

A todo evento, se observa que conforme a las **NORMAS DE LICITACIÓN** para proceder al otorgamiento de la Buena Pro es indispensable la presentación de al menos dos (2) ofertas que cumplan con los requisitos del pliego de condiciones, en cuyo defecto, se impone la declaratoria del desierto del procedimiento, pudiendo el Comité de Licitaciones variar el precio base del bien o bienes a enajenar para iniciar un nuevo procedimiento licitatorio previa autorización de la Comisión de Enajenación de Bienes Públicos cuando se trate de la enajenación de bienes adscritos a los órganos y entes que conforman el Sector Público Nacional, por la modificación del precio fijado (Artículo 21). Sin embargo, ello resulta una contradicción con lo dispuesto en el artículo 32 numeral 4 que permite la adjudicación directa cuando cumplido un *“proceso amplio de oferta pública, se determine la existencia de un solo oferente cuya oferta cumpla con las condiciones establecidas en el pliego de condiciones respectivo”*.

5.10. Otorgamiento de la Buena Pro

Recibido el Informe del Comité de Licitaciones, corresponde a la máxima autoridad del órgano o ente enajenante el otorgamiento de la Buena Pro. En ese sentido, las **NORMAS DE LICITACIÓN** ordenan que *“La Buena Pro se otorgará a la oferta que integralmente sea la más conveniente a los intereses del órgano o ente enajenante, la cual deberá ser publicada en la página web de la institución que realiza el proceso. Asimismo, se procederá a la notificación del oferente favorecido, donde se le señalará el plazo para formalizar la operación”* (Artículo 17). En este caso, la formalización de la operación consistirá en la firma del respectivo contrato de compra-venta o de permuta según la modalidad de enajenación seleccionada.

El otorgamiento de la Buena Pro constituye así, el acto jurídico conforme al cual culmina el procedimiento de licitación. Así lo ha asentado la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 11 de abril de 2003, caso *Maxy Ways Computer*, número 759, al expresar que:

(...)“la buena pro es el acto administrativo a través del cual culmina el procedimiento licitatorio iniciado. Mediante éste, el ente licitante selecciona al oferente que, conforme la determinación de los pliegos, presentó la mejor oferta. La buena pro, como acto conclusivo del procedimiento administrativo, entraña entonces, por un lado, la declaración cierta del ente licitante, en el sentido de que el oferente beneficiario cumplió los requisitos necesarios para su selección; por el otro, otorga **el derecho subjetivo** a la ejecución del contrato que por esa vía se otorgó” (Resaltado nuestro).

Usualmente el otorgamiento de la Buena Pro se realiza de manera íntegra a un mismo oferente, sin embargo, las **NORMAS DE LICITACIÓN** en el artículo 18, al igual que en su caso lo permite la Ley de Contrataciones Públicas, admite la posibilidad del otorgamiento proporcional de la Buena Pro, siempre y cuando ello se hubiere previsto expresamente en las condiciones de la licitación y la naturaleza de los bienes lo permita³⁵.

El otorgamiento de la Buena Pro comporta la obligación de firmar el contrato, en nuestro caso el de compra-venta o permuta. Sin embargo, puede ocurrir que durante la fecha de otorgamiento y la suscripción del contrato sucedan circunstancias que impliquen la extinción de los efectos jurídicos del otorgamiento de la Buena Pro. En efecto, pudiera ocurrir que el beneficiario de la Buena Pro se niegue a firmar el contrato para concretar la enajenación, lo que configuraría un supuesto de decaimiento de la Buena Pro. La negativa del beneficiario de la Buena Pro de firmar el contrato, va en contra de los principios que informan la licitación pública y en consecuencia, el decaimiento busca evitar los eventuales perjuicios que el retardo en la suscripción del contrato pudieren generar al ente contratante. De allí que tal y como lo señala Rafael Badell Madrid *“la negativa del contratista no puede catalogarse sino como la pérdida evidente del interés en contratar, por lo que, para evitar los perjuicios que dicha negativa acarrearía, la Administración puede proceder a declarar el decaimiento de la adjudicación”*:³⁶

El decaimiento de la Buena Pro, no se encuentra regulado, sin embargo, su declaratoria se impone y justifica en la potestad de autotutela de la Administración. Así, ante el evento de que el beneficiario de la adjudicación incumpla con los deberes que se derivan del acto adjudicatario, al negarse a firmar el contrato, o no suministre los documentos y garantías requeridas para la celebración del contrato, se admita la posibilidad para la Administración, de declarar el decaimiento de la adjudicación otorgada.

35- **Normas de Licitación. Artículo 18:**

“Podrá adjudicarse proporcionalmente la Buena Pro a la totalidad o a una parte de varias ofertas que representen igualmente las mayores ventajas, si así se hubiere previsto expresamente en las condiciones de la licitación y la naturaleza de los bienes lo permite.

De presentarse ofertas por iguales montos, en igualdad de condiciones, el Comité de Licitaciones tomará en cuenta para la evaluación de las mismas, la hora de llegada al acto de los oferentes”.

36- **Badell, Madrid, Rafael.** Opinión publicada en www.badellgrau.com. Sección Opiniones. Contratación Pública.

Asimismo debe señalarse que la necesidad para el órgano o ente contratante de resolver la situación que se le plantea ante el incumplimiento del adjudicatario, justifica la declaratoria de decaimiento de la adjudicación, lo que le permite realizar las actuaciones necesarias para celebrar la contratación con otro oferente, que pudiera ser aquel que haya merecido la segunda o tercera opción, si así se hubiere determinado³⁷.

En ese sentido las **NORMAS DE LICITACIÓN** prevén en el artículo 17 que “(...) De no formalizarse la operación en el plazo fijado se entenderá que el oferente ha desistido, en cuyo caso no le será devuelto el monto de la garantía que hubiese ofrecido para afianzar la oferta, **pu diéndose** otorgar, a juicio del Comité de Licitaciones, la Buena Pro a la oferta que hubiere obtenido el segundo lugar dentro del proceso” (Resaltado nuestro). En este caso, se observa que la redacción de la norma no es imperativa, lo que genera duda en relación con la obligatoriedad de respetar el orden de recomendación indicado en el Informe del Comité de Licitaciones, en efecto, la expresión “**pu diéndose**” (Resaltado nuestro) utilizada por el reglamentista parece permitir a la máxima autoridad apartarse del orden señalado. Sin embargo, en nuestro criterio, tal orden debe respetarse pues de lo contrario poco sentido tendría la obligación que tiene el Comité de Licitaciones de indicar en su Informe la segunda y tercera opción si fuere el caso, de conformidad con lo previsto en el numeral 5 del artículo 20 de las **NORMAS DE LICITACIÓN**.

Adicionalmente se observa que el respeto del orden indicado en el Informe de Recomendación comporta importantes efectos jurídicos pues el señalamiento en el Informe de Recomendación de los oferentes que merezcan la segunda tercera opción, si fuera el caso, genera en los beneficiarios un derecho a ser reconocidos como tales y podrían interponer con éxito acciones ante el desconocimiento por parte del órgano o ente enajenante de tal orden.

Así pues, el otorgamiento de la Buena Pro constituye el acto mediante el cual, la Administración decide cual es la oferta más conveniente a sus intereses, quedando con ello determinado el contratante para ese caso particular. Por tanto, el otorgamiento de la adjudicación crea un derecho subjetivo al oferente elegido, a suscribir el contrato respectivo.

Finalmente no puede dejar de mencionarse la omisión de regulación en las **NORMAS DE LICITACIÓN**, de las diversas incidencias que pueden surgir durante el desarrollo del procedimiento las cuales según las causas que lo originen comportará la declaratoria de actos administrativos concretos de terminación anticipada, suspensión, revocatoria, o nulidad fundamentados en el ejercicio de la potestad de autotutela de la Administración.

6. CONCLUSIÓN

Podemos señalar que estas nuevas regulaciones relativas a la enajenación de bienes públicos persiguen, como es normal, el mejor beneficio para la Administración, y en este sentido, el mejor beneficio para el interés público al que siempre la Administración pública debe servir. Se trata de prever un sistema de enajenación de bienes que cumpla con los requisitos formales del procedimiento de selección de contratistas de la Administración, en los cuales se pondere, de una parte, la eficiencia y pulcritud de la gestión administrativa, y de la otra, la satisfacción de los intereses de la Administración, que siempre serán reconducidos a la noción del interés público. Esto en definitiva es lo que persigue, como es natural la **LOBP**, y de allí que su interpretación deba atender a esta noción teleológica.

37- De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Ley de Contrataciones Públicas, los oferentes que hubieren merecido la segunda y tercera opción, tienen en ese mismo orden, derecho a que les sea otorgada la adjudicación, en caso de que el adjudicatario no mantenga su oferta, se niegue a celebrar el contrato o no suministre las garantías requeridas.

Balance sobre la Regulación de la Actividad Económica en 2014

Carlos García Soto¹

Resumen: El ensayo resume los principales cambios que hubo durante el año 2014 en la regulación económica en Venezuela.

Palabras claves: cambios, año 2014, ámbito regulatorio.

Abstract: The essay summarizes the major changes that have occurred during the year 2014 in economic regulation in Venezuela.

Keywords: changes, year 2014, economic regulation.

2014 continuó la tendencia de intensa regulación de la actividad económica. Lugar predominante ocupó la regulación sobre el control cambiario y el control de precios. Pero también hubo regulaciones sobre otros aspectos importantes de la actividad económica, como la inversión extranjera y la libre competencia, según ocurrió hacia el final del año, con ocasión de Decretos Leyes dictados en ejercicio de la Ley Habilitante cuya vigencia se agotaba para esos días. El régimen tributario también se veía muy impactado a través de diversos Decretos-Leyes. En menor medida, el régimen laboral. La intención de estas notas es tan sólo reflejar cuáles fueron los temas *generales* tratados en la regulación de la actividad económica, dejándose por ahora de lado los sectores especiales que también fueron objeto de regulación.

1. INVERSIÓN EXTRANJERA

En la Gaceta Oficial N° 6152 extraordinario, correspondiente al 18 de noviembre de 2014, fue publicado el Decreto N° 1438 de 17 de noviembre de 2014 con rango, valor y fuerza de Ley de Inversiones Extranjeras.

El Decreto Ley de Inversiones Extranjeras establece un nuevo régimen para la participación de inversores extranjeros en Venezuela, distinto al vigente a partir de la ahora derogada Ley para la Promoción y Protección de Inversiones. El nuevo régimen previsto en el Decreto Ley, sin duda, constituye un ambiente jurídico menos favorable a la seguridad jurídica de los inversionistas extranjeros. No en vano en el título del Decreto Ley se eliminaron los términos "*promoción*" y "*protección*" a las inversiones.

En líneas generales, puede señalarse que el nuevo régimen para las inversiones extranjeras (i) estará sometido a un intenso control administrativo a las inversiones e inversionistas, a través del otorgamiento de un largo listado de competencias al CENCOEX; (ii) las inversiones deben ajustarse al "*Plan de la Patria*"; (iii) se establecen importantes limitaciones a la disponibilidad de las inversiones y sus resultados; (iv) se sujeta la protección de inversiones a la obtención de un registro; (v) se restringe la posibilidad de someter a tribunales arbitrales extranjeros las disputas con ocasión de tales inversiones, y (vi) se establecen normas sancionadoras en blanco que implican importantes riesgos que atentan contra la seguridad jurídica de los inversores.

1- Abogado (*magna cum laude*), Universidad Monteávila. Doctor en Derecho (sobresaliente *cum laude*), Universidad Complutense de Madrid. Director de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Monteávila.

2. RÉGIMEN CAMBIARIO

El régimen cambiario sufrió diversas modificaciones a lo largo de 2014.

En la Gaceta Oficial N° 6.122 del 23 de enero de 2014 fue publicado el Convenio Cambiario N° 25. A través de este Convenio Cambiario se modifica el tipo de cambio de un conjunto de operaciones que venían siendo liquidadas a la tasa establecida en el Convenio Cambiario N° 14 (Bs. 6,30 por dólar). A partir de la entrada en vigencia de este Convenio Cambiario N° 25, tales operaciones serían calculadas a la tasa de cambio que resultare de la última asignación de divisas realizada a través del SICAD. Se trató de la instauración del SICAD I.

En la Gaceta Oficial N° 40.349 del 5 de febrero de 2014 fue publicada la Providencia N° 002, mediante la cual se autoriza el modelo de contrato de fiel cumplimiento para operaciones cambiarias, dictada por el CENCOEX. Ese modelo fue modificado a través de la Providencia N° 006 (Gaceta Oficial N° 40.405 del 6 de mayo de 2014) para suprimir la exigencia de otorgar una fianza de fiel cumplimiento.

A los días sería publicado el Decreto N° 798, mediante el cual se dicta el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos (LRCl), (Gaceta Oficial N° 6126 extraordinario de 19 de febrero de 2014) que ordena la supresión de CADIVI. De acuerdo a lo establecido en el artículo 9 del Decreto Ley, las personas naturales o jurídicas demandantes de divisas podrán adquirirlas a través de transacciones en moneda extranjera que sean ofrecidas por (i) personas naturales y jurídicas del sector privado; (ii) Petróleos de Venezuela, S.A. y (iii) el BCV. Fue la instauración del SICAD II.

A través del Convenio Cambiario N° 27 (Gaceta Oficial N° 40.368 de 10 de marzo de 2014) se precisó el modo de funcionamiento del SICAD II. Las operaciones de ese sistema están referidas a operaciones de compra y venta, en moneda nacional, de divisas en efectivo así como de títulos valores denominados en moneda extranjera, emitidos por la República, sus entes descentralizados o por cualquier otro ente, público o privado, nacional o extranjero, que estén inscritos y tengan cotización en los mercados internacionales.

En la Gaceta Oficial N° 6.150 extraordinario de 18 de noviembre de 2014 fue publicado el Decreto N° 1.403, mediante el cual se dicta el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos. Los cambios más importantes de esta reforma fueron: (i) la adscripción de la administración cambiaria a la Vicepresidencia de la República y (ii) el aumento del ámbito de sanciones y penas ante los ilícitos.

3. CONTROL DE PRECIOS

En cuanto al control de precios, el año 2014 comenzó con el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos (Gaceta Oficial N° 40.340 de 23 de enero de 2014). Se crea la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (SUNDEE), que viene a sustituir tanto al INDEPABIS como a la SUNDECOPE. El Decreto Ley establece un procedimiento para la determinación y modificación de precios y márgenes de ganancias. Como se recordará, conforme a la ahora derogada Ley de Costos y Precios Justos la determinación sólo se realizaba sobre los precios. De acuerdo al régimen de este nuevo Decreto Ley, ese control también puede ser establecido a través de la determinación de las ganancias.

En la Gaceta Oficial N° 40.351 del 7 de febrero de 2014 fue publicada la Providencia N° 003/2014, mediante la cual se fijan Criterios Contables Generales para la Determinación de Precios Justos.

Por su parte, en la Gaceta Oficial N° 40397 de 23 de abril de 2014 fue publicada la Providencia N° 005/2014 de la SUNDEE, que tiene por objeto informar sobre los mecanismos, metodología

y demás aspectos necesarios, por medio de los cuales serán públicas las distintas regulaciones en relación a la determinación de precios justos en el acceso a los productos y servicios (artículo 1).

En Gaceta Oficial N° 40482 de 25 de agosto de 2014 fueron publicados los Decretos de la Presidencia de la República N° 1.191 y 1.192, a través de los cuales (i) se adscribe a la Vicepresidencia de la República el CENCOEX y (ii) se establece que la emisión, modificación, otorgamiento y revocación de Licencias de Importación, Certificados de No Producción Nacional (CNP) y Certificados de Insuficiencia de Producción (CIP) serán centralizados por el CENCOEX, y su autorización sólo podrá efectuarse previa aprobación del Vicepresidente Ejecutivo.

En la Gaceta Oficial N° 6.156 extraordinario de 19 de noviembre de 2014 fue publicado el Decreto N° 1467 con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, que reforma al Decreto Ley dictado en enero. También este caso se adscribió la SUNDEE a la Vicepresidencia de la República, y se hicieron algunas modificaciones en su organización. Igualmente en esta reforma se aumentó el impacto de sanciones y penas.

4. LIBRE COMPETENCIA

En la Gaceta Oficial N° 6.151 extraordinario de 18 de noviembre de 2014 fue publicado el Decreto N° 1.415, mediante el cual se dicta el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Antimonopolio. En este Decreto Ley se amplía el margen de apreciación de la autoridad a partir del cual puede considerarse que se ha incurrido en competencia desleal. Al igual que la reforma de la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos y la de la Ley Orgánica de Precios Justos, se aumenta el ámbito de las sanciones y penas aplicables a quienes cometan ilícitos.

5. TRÁMITES ADMINISTRATIVOS

En la Gaceta Oficial N° 40.397 de 23 de abril de 2014 fue publicado el Decreto N° 928, el cual tiene por objeto la agilización de los trámites administrativos y procedimientos operativos requeridos para efectuar las importaciones de los productos terminados, insumos y materia prima que se indican en el Decreto, requeridos para asegurar el abastecimiento nacional y el suministro oportuno de bienes esenciales para la vida, la salud y la alimentación digna de los venezolanos (artículos 1).

Por su parte, en la Gaceta Oficial N° 40.332 de 13 de enero de 2014 fue publicada la Resolución N° 19 del 13 de enero de 2014 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz que establece los requisitos únicos y obligatorios para la tramitación de actos o negocios jurídicos en los registros principales, mercantiles, públicos y las notarías.

6. ARRENDAMIENTO COMERCIAL

En la Gaceta Oficial N° 40.418 de 23 de mayo de 2014 fue publicado el Decreto N° 929, mediante el cual se dicta el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial.

En la Gaceta Oficial N° 40.305 del 29 de noviembre de 2013 había sido publicado el Decreto N° 602, mediante el cual se estableció un régimen transitorio de protección a los arrendatarios de inmuebles destinadas al desempeño de actividades comerciales, industriales o de producción.

7. PROMOCIONES Y OFERTAS DE BIENES, PRODUCTOS Y SERVICIOS

En la Gaceta Oficial N° 40.397 de 23 de abril de 2014 fue publicada la Providencia N° 004/2014 de la SUNDEE, la cual tiene por objeto establecer los requisitos, controles y trámites necesarios para autorizar las promociones y ofertas de bienes, productos y servicios, incluyendo cualquier método utilizado y asociado a éstas, a los fines de evitar la publicidad o propaganda

subliminal, falsa o engañosa que induzca al consumismo, los métodos coercitivos que distorsionen la conciencia y las prácticas o cláusulas impuestas por proveedores de bienes y servicios que contraríen los derechos de las personas (artículo 1).

8. RÉGIMEN TRIBUTARIO

Con ocasión de la Ley Habilitante cuya vigencia se agotaba en los últimos días de 2014, fueron publicados distintos Decretos Leyes que contienen regulaciones generales en materia tributaria, a saber: (i) Decreto N° 1.434, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Tributario (Gaceta Oficial N° 6.152 extraordinario de 18 de noviembre de 2014); (ii) Decreto N° 1.435, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Impuesto Sobre la Renta (Gaceta Oficial N° 6.152 extraordinario de 18 de noviembre de 2014); (iii) Decreto N° 1.436, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley que Establece el Impuesto al Valor Agregado (Gaceta Oficial N° 6.152 extraordinario de 18 de noviembre de 2014); (iv) Decreto N° 1.398, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que Reforma Parcialmente la Ley de Timbres Fiscales (Gaceta Oficial N° 6.150 extraordinario de 18 de noviembre de 2014) y (v) Decreto N° 1.416, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Aduanas (Gaceta Oficial N° 6.155 extraordinario de 19 de noviembre de 2014). También fueron dictados otros Decretos Leyes en materia tributaria para sectores específicos.

9. RÉGIMEN LABORAL

En la Gaceta Oficial N° 40.540 del 13 de noviembre de 2014 fue publicada la Ley para la Juventud Productiva, que rige las condiciones y oportunidades que aseguren la incorporación al proceso social de trabajo a los jóvenes hasta los treinta años de edad, en cualquiera de las modalidades de ocupación prevista en el ordenamiento jurídico que regule la materia del trabajo.

En la Gaceta Oficial N° 6.147 extraordinario de 17 de noviembre de 2014 fue publicado el Decreto N° 1.393 con rango, valor y fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Alimentación para los Trabajadores y las Trabajadoras, con el objeto de aumentar los montos mínimos de este beneficio laboral.

Sobre la Ley Habilitante Antiimperialista para La Paz

Carlos Reverón Boulton

Resumen: Estudio de la quinta Ley Habilitante dictada conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, denominada Ley Habilitante Antiimperialista Para la Paz. El análisis comprende el objeto de las leyes habilitantes anteriores, los límites que debe observar la legislación delegada y el contenido y alcance de esta última Ley Habilitante.

Palabras clave: Ley Habilitante, Decreto-Ley, Legislación, Delegación.

Abstract: Essay on the fifth enabling law issued under the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela, called Enabling Law Antiimperialista for Peace. The analysis includes the subject of previous enabling legislation, the limits to be observed by delegated legislation and the content and scope of that enabling law.

Keywords: Enabling Law, Decree-Law, Legislation, Delegation.

1. INTRODUCCIÓN

En la Gaceta Oficial N° 6.178 Extraordinario del 15 de marzo de 2015, se publicó la Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan para la Garantía Reforzada de los Derechos de Soberanía y Protección del Pueblo Venezolano y el Orden Constitucional de la República, denominada Ley Habilitante Antiimperialista Para la Paz.

El fundamento constitucional de las Leyes Habilitantes lo encontramos en el artículo 203 de nuestra actual Constitución, y son aquéllas sancionadas por la Asamblea Nacional por las tres quintas partes de sus integrantes, con el objeto de que se establezcan las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente para que proceda a dictar Decretos con rango y valor de ley.

El antecedente constitucional de estas Leyes Habilitantes se remonta en un principio a la Constitución de 1945, norma que se mantuvo sin mayores cambios hasta la Constitución de 1961, en la que se facultaba al Poder Ejecutivo para dictar Decretos-Leyes en materia económica y financiera¹. Se debe precisar que la norma de esa naturaleza no fue incluida en la Constitución de

1- El numeral 23 del artículo 78 de la Constitución de 1945, establecía que:

"La Cámara de Diputados y la del Senado, al actuar como Cuerpos Colegisladores, tienen las siguientes atribuciones:

(...)

23. Autorizar temporalmente al Presidente de la República, para ejercer determinadas y precisas facultades extraordinarias destinadas a proteger la vida económica y financiera de la nación, cuando la necesidad o las conveniencias públicas lo requieran".

De igual forma, el numeral 9 del artículo 162 de la Constitución de 1947 disponía que:

"Las Cámaras Legislativas, como cuerpos Colegisladores, tienen las siguientes atribuciones:

(...)

9. Autorizar, temporalmente, al Presidente de la República para ejercer determinadas y precisas facultades extraordinarias destinadas a proteger la vida económica y financiera de la Nación, cuando la necesidad o la conveniencia pública lo requieran".

Esa facultad del Presidente de la República también estaba contemplada en el artículo 198, numeral 30 de esa Constitución.

En idéntico sentido, el numeral 8 del artículo 190 de la Constitución de 1961 disponía que:

"Son atribuciones y deberes del Presidente de la República:

(...)

8. Dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ello por la ley especial".

1953, pues es ésta se mantuvo una costumbre que data de la Constitución de 1864, según la cual la facultad para sancionar la ley no es delegable.

En lo que respecta a la norma contenida en el artículo 203 constitucional venezolano, según nos enseña Peña Solís², ésta unifica o confunde las leyes de base y de delegación reguladas en la Constitución vigente española, que aunque se diferencia de ésta, lo que se persigue es crear un nuevo tipo de leyes que se inscribe dentro de la técnica de legislación delegada.

Es por ello, que la Constitución vigente no sigue con los preceptos constitucionales que venían estableciéndose desde 1945, desde que las Leyes Habilitantes en la actualidad no son dictadas atendiendo a medidas extraordinarias y materias específicas, ya que sin razón alguna -en la actualidad-éstas pueden abarcar el ámbito de las materias que son competencia de la Asamblea Nacional. Además la Ley Habilitante conforme a la Constitución de 1999, supone el ejercicio de una delegación al Presidente para legislar y no una autorización como ocurría previamente, la cual requiere el voto de una mayoría calificada y no obedece al interés público como sucedía en el pasado.

2. PREVIAS LEYES HABILITANTES DICTADAS BAJO LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Como mencionáramos anteriormente, el fundamento constitucional de las Leyes Habilitantes se encuentra recogido en el artículo 203 constitucional, cuyo tenor es el siguiente:

“Son leyes habilitantes las sancionadas por la Asamblea Nacional por las tres quintas partes de sus integrantes, a fin de establecer las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República, con rango y valor de ley. Las leyes habilitantes deben fijar el plazo de su ejercicio”.

Obsérvese entonces que en la actualidad la Ley Habilitante es una ley marco que delega al Presidente la potestad para legislar en las materias que ella determine conforme a las directrices y propósitos y *marcos* que en ella se fije, por lo cual tiene el rango de Ley Orgánica. De ese modo aunque en el texto definitivo de la Constitución se haya cambiado la denominación de Ley Habilitante, en lugar de leyes de base como consta en los diarios de debate de la Asamblea Nacional Constituyente, ello no significa que éstas dejen de ser un marco normativo para otras leyes (legislación delegada), las cuales están limitadas al desarrollo de los principios contenidos en la Ley Habilitante.

En efecto, la Sala Constitucional en sentencia N° 1719 del 19 de septiembre de 2001 afirmó que a la luz de este precepto legal, la Ley Habilitante es una ley base que sirve de marco normativo a otras leyes, por lo que se trata de una Ley Orgánica cuya particularidad es la exigencia de un *quórum* calificado diferente a las otras leyes orgánicas investidas con tal carácter por la Asamblea Nacional. También se afirmó que aun tratándose de una Ley Orgánica no es necesario que sea calificada como tal o que sea remitida a la Sala Constitucional para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico.

En esa decisión, también se afirmó que la Asamblea Nacional delega su potestad sin ningún tipo de límite en cuanto al objeto o contenido de la ley, lo cual debe entenderse sólo en cuanto a que la delegación puede ser, según la Sala, en cualquier materia propia de la Asamblea Nacional, pero ello no debe significar que no haya “ningún tipo de límites de contenido”, como pretende la Sala, pues el Presidente de la República sólo podrá legislar atendiendo a las directrices y al marco delimitado por la Ley Habilitante.

Hechas las anteriores consideraciones, a continuación nos referiremos a las anteriores Leyes Habilitantes dictadas con fundamento en la vigente norma constitucional. Al respecto, precisamos lo siguiente:

2- Peña Solís, José. *Manual de Derecho Administrativo*. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, p. 303.

2.1. Ley Habilitante del año 2000

En la Gaceta Oficial N° 37.076 del 13 de noviembre de 2000, se publicó la primera Ley Habilitante bajo la Constitución de 1999³, por medio de la cual se delegó al Presidente la potestad de dictar Decretos con fuerza de ley “de acuerdo con las directrices, propósitos y marco” de las materias delegadas, es decir, en esta Ley Habilitante la Asamblea Nacional correctamente utilizó esa ley como una ley base que delimitaba cuál era el ámbito de la delegación.

A través de esta Ley Habilitante, cuya duración fue de un año, el Presidente dictó 49 Decretos-Leyes⁴ en los siguientes ámbitos: (i) financiero; (ii) económico y social; (iii) infraestructura, transporte y servicios; (iv) seguridad ciudadana y jurídica; (v) ciencia y la tecnología; y (vi) organización y funcionamiento del Estado.

2.2. Ley Habilitante del año 2007

En la Gaceta Oficial N° 38.617 del 01 de febrero de 2007, se publicó la segunda Ley Habilitante a favor del Presidente Chávez bajo la vigente Constitución, esta vez la delegación careció de especificación alguna que delimitara el ejercicio de ésta por parte del Presidente, aunque nuevamente se acudió a señalarse los ámbitos en los que se podía legislar, su delimitación carece de cualquier condición, de manera que las materias simplemente fueron enunciadas sin señalarse ningún tipo de directriz.

A través de esta Ley Habilitante, cuya vigencia fue de 18 meses, el Presidente dictó 59 Decretos-Leyes⁵ siendo sus ámbitos: (i) transformación de las instituciones del Estado; (ii) participación popular; (iii) valores esenciales del ejercicio de la función pública; (iv) económico y social; (v) financiero y tributario; (vi) seguridad ciudadana y jurídica; (vii) ciencia y tecnología; (viii) ordenación territorial; (ix) seguridad y defensa; (x) infraestructura, transporte y servicios; y (xi) energético.

Se debe destacar que parte del desarrollo legislativo realizado a través de esta Ley Habilitante tuvo por objeto dar un marco jurídico al *Estado Socialista*, que fue rechazado el 02 de diciembre de 2007, en un Referéndum Consultivo relativo a la reforma de 69 artículos⁶ de la Constitución, cuyo objeto era precisamente el establecimiento del *Estado Socialista*, que esta vez, de manera unilateral, se instauró y dio un marco normativo a través de Decretos-Leyes que desconocieron la voluntad popular manifestada en ese referéndum.

3- Se debe recordar que en el primer período presidencial del Presidente Chávez se otorgó una Ley Habilitante bajo la vigencia de la Constitución de 1961, la cual se publicó en la Gaceta Oficial N° 36.687 del 26 de abril de 1999, en la que se autorizó al Presidente para que en un lapso de 6 meses pudiera dictar Decretos-Leyes en los siguientes ámbitos: (i) Organización de la Administración Pública Nacional; (ii) Financiera; (iii) Tributario y (vi) Económico Sectorial.

A través de esta Ley Habilitante se dictaron 53 Decretos-Leyes, los cuales fueron publicados en las Gacetas Oficiales N° 36.693 del 04 de mayo de 1999; 5.341 Extraordinario del 05 de mayo de 1999; 36.707 del 24 de mayo de 1999; 36.718 del 08 de junio de 1999; 5.363 Extraordinario del 12 de junio de 1999; 36.722 del 14 de junio de 1999; 5.353 Extraordinario del 17 de junio de 1999; 5.358 Extraordinario del 29 de agosto de 1999; 5.372 Extraordinario del 11 de agosto de 1999; 36.775 del 30 de agosto de 1999; 36.781 del 07 de septiembre de 1999; 36.791 del 21 de septiembre de 1999; 36.793 del 23 de septiembre de 1999; 5.382 Extraordinario del 28 de septiembre de 1999; 36.800 del 04 de octubre de 1999; 5.386 Extraordinario del 11 de octubre de 1999; 36.807 del 14 de octubre de 1999; 5.390, 5.391, 5.392 y 5.393 Extraordinarios del 22 de octubre de 1999; 5.394, 5.395, 5.396 y 5.397 Extraordinarios del 25 de octubre de 1999; y el 5.398 Extraordinario del 26 de octubre de 1999.

4- Los referidos Decretos-Leyes fueron publicados en las Gacetas Oficiales N° 37.097 del 12 de diciembre de 2000; 37.126 del 24 de enero de 2001; 37.313 del 31 de enero de 2001; 37.148 del 28 de febrero de 2001; 37.164 del 22 de marzo de 2001; 37.194 del 10 de mayo de 2001; 37.202 del 22 de mayo de 2001; 37.285 del 18 de septiembre de 2001; 37.290 del 25 de septiembre de 2001; 37.291 del 26 de septiembre de 2001; 37.292 del 27 de septiembre de 2001; 37.293 del 28 de septiembre de 2001; 37.303 del 15 de octubre de 2001; 37.317 del 05 de noviembre de 2001; 37.318 del 06 de noviembre de 2001; 37.319 del 07 de noviembre de 2001; 37.321 del 09 de noviembre de 2001; 5.551 Extraordinario del 09 de noviembre de 2001; 37.322 del 12 de noviembre de 2001; 5.552 Extraordinario del 12 de noviembre de 2001; N° 5.553, 5.554, 5.555, 5.556; 5.557 Extraordinarios; y 37.323 del 13 de noviembre de 2001.

5- Los Decretos-Leyes fueron publicados en las Gacetas Oficiales N° 38.618 del 02 de febrero de 2007; 38.625 del 13 de febrero de 2007; 38.628 del 16 de febrero de 2007; 38.632 del 26 de febrero de 2007; 38.638 del 06 de marzo de 2007; 38.648 del 20 de marzo de 2007; 38.680 del 10 de mayo de 2007; 38.670 del 25 de abril de 2007; 5.841 Extraordinario del 22 de junio de 2007; 38.736 del 31 de julio de 2007; 5.852 Extraordinario del 05 de octubre de 2007; 38.793 del 19 de octubre de 2007; 38.795 del 23 de octubre de 2007; 38.819 del 27 de noviembre de 2007; 5.867 Extraordinario del 28 de diciembre de 2007; 5.870 Extraordinario del 31 de diciembre de 2007; 38.846 del 09 de enero de 2008; 38.859 del 28 de enero de 2008; 38.862 del 31 de enero de 2008; 38.875 del 21 de febrero de 2008; 38.883 del 04 de marzo de 2008; 5.877 Extraordinario del 14 de marzo de 2008; 38.991 del 14 de marzo de 2008; 38.914 del 21 de abril de 2008; 38.920 del 29 de abril de 2008; 38.928 del 12 de mayo de 2008; 38.940 del 28 de mayo de 2008; 38.946 del 05 de junio de 2008; 38.949 del 10 de junio de 2008; 38.951 del 12 de junio de 2008; 5.886 Extraordinario del 18 de junio de 2008; 38.958 del 23 de junio de 2008; y el 31 de julio de 2008 las Gacetas Oficiales N° 5.889, 5.890, 5.882 y 5.892 Extraordinarias.

6- Los artículos de la Constitución que se proponían modificar eran los siguientes: 11; 16; 18; 21; 64; 67; 70; 71; 72; 73; 74; 82; 87; 90; 98; 100; 103; 109; 112; 113; 115; 136; 141; 152; 153; 156; 157; 158; 163; 164; 167; 168; 173; 176; 184; 185; 191; 225; 230; 236; 251; 252; 264; 265; 266; 272; 279; 289; 293; 295; 296; 299; 300; 301; 302; 303; 318; 320; 329; 337; 339; 339; 341; 342; y 348.

Aun cuando efectivamente en algunos casos era posible desarrollar legislativamente algunos postulados del *Estado Socialista* rechazado, ello no significaba que fuera válido por el desconocimiento de ese referéndum. Ese desarrollo legislativo realizado en desconocimiento de la consulta popular del 02 de diciembre de 2007, fue avalada por la Sala Constitucional en la sentencia N° 256 del 10 de abril de 2014 (caso: *Eliseo Fermín Escaray*), según la cual el rechazo en un referéndum aprobatorio de una determinada modificación de la Constitución debe ser interpretada como la negación del pueblo soberano de incluir u otorgar rango constitucional a la propuesta realizada, pero nunca como una prohibición del posible desarrollo legislativo del contenido de la referida propuesta.

2.3. Ley Habilitante del año 2010

En la Gaceta Oficial N° 6.009 Extraordinario del 17 de diciembre de 2010, se publicó la cuarta Ley Habilitante a favor del presidente Chávez, pero la tercera bajo la Constitución de 1999. Esta Ley cuya vigencia fue de 18 meses, nuevamente delega plenos poderes al no haber la Asamblea Nacional delimitado las directrices y propósitos que debieron observarse en la legislación delegada que constó de 54 Decretos- Leyes⁷ y al igual que su antecesora, resulta inconstitucional al no cumplir con su propósito de ley marco.

Esta Ley Habilitante de nuevo recurre a señalar los ámbitos de la delegación, los cuales fueron los siguientes: (i) atención sistematizada y continua a las necesidades humanas vitales y urgentes derivadas de las condiciones sociales de pobreza y de las lluvias, derrumbes, inundaciones y otros eventos producidos por la problemática ambiental; (ii) infraestructura, transporte y servicios públicos; (iii) vivienda y hábitat; (iv) ordenación territorial, el desarrollo integral y del uso de la tierra urbana y rural; (v) financiero y tributario; (vi) seguridad ciudadana y jurídica; (vii) seguridad y defensa integral; (viii) cooperación internacional, y (ix) sistema socioeconómico de la Nación.

2.4. Ley Habilitante del año 2013

En la Gaceta Oficial N° 6.112 Extraordinario del 19 de noviembre de 2013, se publicó la penúltima Ley Habilitante, en la que nuevamente la Asamblea Nacional delegó el ejercicio de legislar de manera abierta e ilimitada al Presidente de la República, como se realizó en las dos ocasiones anteriores, sin atender al verdadero propósito de una ley marco.

Esta Ley Habilitante tuvo un lapso de duración de 12 meses en la que se dictaron 51 Decretos-Leyes⁸ en únicamente dos ámbitos: (i) lucha contra la corrupción y; (ii) defensa de la economía.

Obsérvese entonces que bajo el imperio de la vigente Constitución se han dictado 213 Decretos-Leyes⁹ (en total este Gobierno, en sus diversos períodos constitucionales, ha dictado 266 Decretos-Leyes) a través de Leyes Habilitantes cuyas duraciones en su totalidad han sido de 5 años (60 meses¹⁰), sin contar el lapso establecido en la última Ley Habilitante.

7- Los referidos Decretos-Leyes se publicaron en la Gacetas Oficiales N° 39.583 del 29 de diciembre de 2010; 39.599 del 21 de enero de 2011; 39.603 del 27 de enero de 2011; 39.604 del 28 de enero de 2011; 6.018 Extraordinario del 29 de enero de 2011; 39.626 del 01 de marzo de 2011; 39.627 del 03 de marzo de 2011; 6.020 Extraordinario del 21 de marzo de 2011; 6.021 Extraordinario del 06 de abril de 2011; 6.022 Extraordinario del 18 de abril de 2011; 39.660 del 26 de abril de 2011; 39.666 del 04 de mayo de 2011; 6.024 Extraordinario del 06 de mayo de 2011; 39.668 del 06 de mayo de 2011; 39.676 del 18 de mayo de 2011; 39.677 del 19 de mayo de 2011; 6.025 Extraordinario del 25 de mayo de 2011; 39.713 del 14 de julio de 2011; 39.715 del 18 de julio de 2011; 39.734 del 12 de agosto de 2011; 39.739 del 19 de agosto de 2011; 39.741 del 23 de agosto de 2011; 39.759 del 16 de septiembre de 2011; 39.787 del 27 de octubre de 2011; 39.797 del 14 de noviembre de 2011; 39.818 del 12 de diciembre de 2011; 39.819 del 13 de diciembre de 2011; 6.063 Extraordinario del 15 de diciembre de 2011; 39.858 del 06 de febrero de 2012; 39.865 del 15 de febrero de 2012; 39.869 del 23 de febrero de 2012; 39.871 del 27 de febrero de 2012; 39.879 del 01 de marzo de 2012; 39.892 del 27 de marzo de 2012; 39.893 del 28 de marzo de 2012; 39.904 del 17 de abril de 2012; 39.912 del 30 de abril de 2012; 39.915 del 04 de mayo de 2012; 6.076 Extraordinario del 07 de mayo de 2012; 39.928 del 23 de mayo de 2012; y la 39.945 del 15 de junio de 2012.

8- Los Decretos- Leyes fueron publicados en las Gacetas Oficiales N° 40.340 del 23 de enero de 2014; 40.540 del 13 de noviembre de 2014; 6.147 del 17 de noviembre de 2014; 6.148, 6.149; y 6.150 del 18 de noviembre de 2014; 6.151; 6.152; 6.153, 6.154, 6.155 y 6.156 del 19 de noviembre de 2014.

9- Bajo la Constitución de 1961 se dictaron, durante más de 30 años de vigencia de ésta, 234 Decretos-Leyes, de los cuales 10 fueron en el año 1961 (Rómulo Betancourt), 62 en 1974 (Carlos Andrés Pérez), 80 en 1984 (Jaime Lusinchi), 14 en 1993 (Ramón J. Velázquez), 7 en 1994 (Rafael Caldera), 8 en 1998 (Rafael Caldera) y 53 en 1999 (Hugo Chávez).

10- Bajo la vigencia de la anterior Constitución, las Leyes Habilitantes tuvieron una duración total de 48 meses y medio, que desglosado sería: (i) 1 año (Gaceta Oficial N° 26.590 del 29 de junio de 1961); (ii) 1 año (Gaceta Oficial N° 30.412 del 31 de mayo de 1974); (iii) 1 año (Gaceta Oficial N° 33.005 del 22 de junio de 1984); (iv) 4 meses (Gaceta Oficial N° 35.280 del 23 de agosto de 1993); (v) 30 días (Gaceta Oficial N° 35.442 del 18 de abril de 1994); (vi) 45 días (Gaceta Oficial N° 36.531 del 03 de septiembre de 1998; y (vii) 6 meses (Gaceta Oficial N° 36.687 del 26 de abril de 1999).

Es decir, en nuestro criterio, el carácter exclusivo y particular por el cual se debe dictar una Ley Habilitante que delegue al Presidente la facultad de dictar Decretos-Leyes dejó de ser una excepción para convertirse en la regla, esto es, lo anormal se convirtió en lo normal. Lo anterior también fue apuntado por Brewer-Carías quien señala que *“la legislación básica del país, en los últimos catorce años, sin duda ha sido mediante decretos leyes conforme a sucesivas leyes habilitantes”*¹¹.

3. CONTENIDO DE LA LEY HABILITANTE ANTIIMPERIALISTA PARA LA PAZ

Esta Ley Habilitante cuya vigencia es de aproximadamente 9 meses (hasta el 31 de diciembre de 2015), tiene por objeto dictar o reformar leyes en los ámbitos de la libertad, igualdad, justicia y paz internacional, independencia, soberanía, inmunidad, integridad territorial y la autodeterminación nacional.

Esta Ley Habilitante se dictó como consecuencia de la orden ejecutiva emanada del Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica en las que se concretan las ya conocidas sanciones que fueron previstas en la *Ley Para la Defensa de Derechos Humanos en Venezuela*, es decir, que en principio pareciera que a través de Decretos-Leyes se quisieran contrarrestar los efectos de esa orden ejecutiva, cuestión que carece de cualquier tipo de lógica jurídica. De hecho, la exposición de motivos de esta Ley Habilitante afirma que Venezuela ha sido amenazada mediante una *“legislación foránea injerencista”*, cuestión que es absurda pues una legislación que no resulta aplicable al país no puede amenazar la paz y tranquilidad de éste y mucho menos se puede pretender defender la soberanía a través de Decretos-Leyes.

De seguidas se realizará el análisis de esta Ley Habilitante en atención a los siguientes particulares:

3.1. Materias objeto de la delegación

Por mandato establecido en el artículo 203 constitucional resulta indispensable que la Ley Habilitante tenga un objeto definido en lo que se refiere a las materias que serán objeto de los Decretos-Leyes, por lo cual está prohibido que se otorguen delegaciones genéricas o en blanco. Es por ello que la Ley Habilitante debe hacer referencia de manera concreta a cuál es la materia específica sobre la cual se puede legislar, de manera que se debe establecer concretamente cuáles serán los instrumentos normativos que serán dictados, modificados o derogados y en atención a directrices e indicaciones particulares sobre las cuales girará la actividad legislativa del Presidente.

Lo primero que se debe precisar es que esta ley Habilitante es la más amplia y a la vez más ambigua en lo que se refiere a los ámbitos o materias en los que el Presidente podrá legislar, desde que se utilizan, en su gran mayoría, conceptos jurídicos indeterminados como fundamento de la delegación, por lo que se observa que en realidad no hay una materia específica y concreta con directrices claras delineadas por la Asamblea Nacional para el ejercicio de esa delegación.

A continuación se observará cuál es el objeto de la delegación en la Ley Habilitante bajo análisis, según lo establecido en los cinco numerales del artículo 1 *eiusdem*, los cuales son:

3.1.1. Soberanía y autodeterminación (art. 1.1)

“Reforzar la garantía del ejercicio de los principios constitucionales de soberanía y autodeterminación de los pueblos; protección contra la injerencia de otros estados en asuntos internos de la República, acciones belicistas, o cualquier actividad externa o interna, que pretenda violentar la paz, la tranquilidad pública y el funcionamiento de las instituciones democráticas, por un mundo más seguro”.

11- Brewer-Carías, Allan, “El fin de la llamada “democracia participativa y protagónica” dispuesto por la Sala Constitucional en fraude a la Constitución, al justificar la emisión de legislación inconsulta en violación al derecho a la participación política”, *Revista de Derecho Público N° 137*, enero-marzo, Caracas, 2014. p.158.

Conviene advertir que pareciera que la ley autoriza al Presidente para legislar en lo que se refiere a la autodeterminación nacional, lo que es inconstitucional y preocupante en virtud de que la autodeterminación parte de la libertad que tiene un pueblo para de forma soberana elegir qué tipo de organización social, política y jurídica los regirá, lo cual nunca podrá ser establecido de manera unilateral por parte del Estado a través de cuerpos normativos con rango legal, puesto que esa facultad reside en los ciudadanos única y exclusivamente. De ese modo, la autodeterminación nacional no se enmarca y delimita con actos provenientes del poder nacional hacia el pueblo, sino por el contrario ésta, al ser una potestad del pueblo, obliga por esa voluntad popular al poder a regirse según lo decidido por dicha voluntad.

La Ley Habilitante tiene por fundamento, como bien lo denomina su título, la consecución de la paz, cuestión que se logra no a través de una legislación inconsulta, ilimitada e impuesta, sino precisamente a través de instituciones y poderes independientes entre sí; el ejercicio de una justicia expedita e imparcial, que no obedezca a razones políticas; a través de un Estado que sirva a los ciudadanos y no a parcialidades políticas y en fin, con la consecución real y efectiva del Estado Social de Derecho y de Justicia que consagra la Constitución en su artículo 2.

Se observa así que la materia objeto de la delegación en esta materia no está claramente definido y mucho menos establece las directrices, propósitos y marco que deberá seguir el Presidente al legislar sobre esta materia, por lo que claramente se observa que se trata de una habilitación en blanco que delega plenos poderes al Ejecutivo para legislar de manera ilimitada y discrecional.

3.1.2. Protección de la producción, el comercio y el sistema socioeconómico (art.1.2)

“Protección del Pueblo y de todo el Estado frente a actuaciones de otros países o entes económicos o financieros transnacionales, o de factores internos, dirigidas a perturbar o distorsionar la producción, el comercio el sistema socioeconómico o financiero, así como los derechos y garantías asociados”.

De nuevo la delegación es demasiado amplia y se desconoce concretamente sobre qué materia específica podrá el Presidente legislar con el objeto de dar esa protección al pueblo y al Estado contra actuaciones transnacionales o internas capaces de distorsionar *la producción, el comercio el sistema socioeconómico o financiero, así como los derechos y garantías asociados*, es decir, no se indica cuál ley en concreto será desarrollada o modificada por el Presidente, ni mucho menos se establece alguna directriz que sirva de guía a la actividad legislativa del Presidente.

En declaraciones efectuadas por el Presidente de la República en fecha 07 de abril de 2015¹², se afirmó que la Ley Habilitante sería utilizada para realizar una “reforma tributaria”, lo cual además de invadir *la reserva legal*, toda vez que ésta materia sólo debe ser regulada mediante ley dictada por la Asamblea Nacional, no es una de las materias expresamente prevista en la Ley Habilitante, como sí sucedió en las Leyes Habilitantes del 2007 y 2010. Sin embargo, esta materia no fue prevista en la Ley Habilitante del año 2013 y aun así se modificaron entre otras, de naturaleza tributaria, la Ley de Impuesto sobre Cigarrillos y Manufacturas de Tabaco¹³, Ley de Impuesto Sobre Alcohol y Especies Alcohólicas¹⁴, el Código Orgánico Tributario¹⁵, la Ley de Impuesto Sobre La Renta¹⁶ y la Ley que Establece el Impuesto al Valor Agregado¹⁷, es decir, ya se realizó una reforma tributaria.

12- Esas declaraciones fueron recogidas por la prensa nacional como se observa de la versión digital que fue recuperada en el siguiente enlace: <http://www.elmundo.com.ve/noticias/economia/politicas-publicas/ejecutivo-hara-reforma-fiscal-via-habilitante.aspx>

13- Gaceta Oficial N° 6.151 Extraordinario del 18 de noviembre de 2014.

14- Gaceta Oficial N° 6.151 Extraordinario del 18 de noviembre de 2014.

15- Gaceta Oficial N° 6.152 Extraordinario del 18 de noviembre de 2014.

16- Gaceta Oficial N° 6.152 Extraordinario del 18 de noviembre de 2014.

17- Gaceta Oficial N° 6.152 Extraordinario del 18 de noviembre de 2014.

En atención a los límites a la delegación legislativa expuestos por Brewer-Carías¹⁸, es preciso indicar que no pueden dictarse Decretos-Leyes que signifiquen la restricción a los derechos y garantías constitucionales consagradas en los artículos 19 al 129 de la Constitución, pues tales garantías solo pueden ser limitadas a través de la *reserva legal*, esto es que solo puede realizarse a través de una ley formal conforme lo establece el artículo 202 de la Constitución.

Lo anterior se desprende de las materias de competencia Nacional que sólo puede legislar la Asamblea Nacional según el artículo 156.32¹⁹ de nuestra carta magna, por lo que el Presidente de la República, según nuestra apreciación, no puede dictar Decretos-Leyes que signifiquen limitaciones o restricciones a los derechos y garantías constitucionales, pues ello constituiría una violación al principio de la *reserva legal* que se erige como una verdadera garantía constitucional para la protección de tales derechos²⁰.

Según el principio de separación de poderes se otorga la competencia de legislar en el Parlamento, pero ello no quiere decir que sea exclusiva, pues esa función puede ser legalmente atribuida a otro órgano. En virtud de ello cobra importancia la *reserva legal*, dado que gracias a esto ciertas materias no podrán ser desarrolladas por la potestad normativa de un órgano que no sea el Legislativo, quien es el representante legítimo de la voluntad de los ciudadanos. En tal sentido, la *reserva legal* resulta un límite al Legislativo, al imponerle la obligación de legislar de forma exclusiva y excluyente determinadas materias que han sido reservadas únicamente al legislador para ser regulados por la ley.

En conclusión, conforme a lo establecido en los artículos 187.1²¹ y 156.32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la *reserva legal* exige que solo la Asamblea Nacional sea la capaz de legislar en las materias relacionadas con la regulación del ejercicio de garantías constitucionales, las de carácter penal, las de naturaleza tributaria y las relativas a la organización de los Poderes Públicos, por lo que evidentemente tales materias no pueden ser objeto de un Decreto-Ley como se pretende en esta última habilitación legislativa.

3.1.3. Eficacia del principio democrático de participación protagónica (art.1.3)

“Eficacia del principio democrático de participación protagónica y el valor de la solidaridad colectiva en la defensa y prevención del orden constitucional, contra tales amenazas, acciones y sus posibles consecuencias, en garantía de los derechos de todos los habitantes de la República”.

Esta “materia” no parece que pueda tener un desarrollo legislativo real, aunque pareciera de su redacción y de la exposición de motivos de esta Ley Habilitante pudiera entenderse que existe un interés electoral en la delegación legislativa, desde que se afirma que existen Estados cuya soberanías se traducen en “los más amplios procesos electorales, directos y universales o las fórmulas de referendo” las cuales pueden ser *atacadas* por “*formas opacas del orden financiero mundial o de carácter belicista transfronterizas, que actúan mediante factores externos o internos, con el pretendido fin de debilitar las soberanías nacionales mediante atentados contra procesos constitucionales populares de auténtico talante democrático*”.

18- Brewer-Carías, Allan. *El régimen constitucional de los decretos leyes y de los actos de gobierno*. Consultado en su versión digital el cual fue recuperado de: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/11.4.428.pdf>

19- (...)

“La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notaría y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional”.

20- Obsérvese que por ejemplo, la Constitución al hacer referencia de que el derecho de propiedad y de libertad económica (artículos 115 y 112, respectivamente) afirma que éstos sólo podrán ser limitados por las leyes (formal y material) eso es que de manera concreta se utiliza el vocablo ley y es sólo este acto el que es capaz de limitar tales derechos.

21- Artículo 187: “Corresponde a la Asamblea Nacional: 1. Legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional”.

Insistimos en que no basta con que la Ley Habilitante señale qué materia o ámbito es el objeto de la delegación, es menester que se indique de manera precisa y concreta cuál es la Ley que se va a dictar, reformar o derogar en atención a la delegación, estableciendo límites claros que orienten de forma específica el contenido de los Decretos-Leyes que se dictarán es decir, en este caso se ha debido precisar que se habilita la modificación de la Ley Orgánica de Procesos Electorales si de manera concreta esa era la intención de la Asamblea Nacional al establecer esa posibilidad -que no está muy clara- en este tercer ámbito, en el que no se delimito ni siquiera cuáles eran los parámetros que se deben seguir para modificar la ley electoral.

Recuérdese además que según el artículo 298 de la Constitución la Ley que regula los procesos electorales no podrá modificarse en forma alguna en los seis meses anteriores a elección, lo cual presupone un límite al Presidente si pretendiese modificar esa Ley dentro de este año electoral.

3.1.4. Fortalecimiento de las alianzas estratégicas (art. 1.4)

“Fortalecer las alianzas estratégicas de la República Bolivariana de Venezuela con los países hermanos de la América Latina y el Caribe, estableciendo coaliciones que consoliden la soberanía regional, en resguardo a la dignidad de todos los pueblos del continente americano”.

En esta materia pareciera que se permite a través de esta Ley Habilitante que el Presidente pueda dictar leyes aprobatorias de tratados internacionales, cuestión que a todas luces es inconstitucional, pero que es posible gracias al criterio de la Sala Constitucional que insiste en señalar que el ejercicio de la legislación delegada no tiene límite alguno. Recuérdese que según el artículo 154 de la Constitución los tratados que celebre la República serán aprobados por la Asamblea Nacional, de manera que aun cuando exista la posibilidad de que el Presidente dicte leyes aprobatorias de tratados internacionales según esta Ley Habilitante, ello no está contemplado en la Constitución.

Curiosamente Peña Solís al referirse a los vacíos normativos constitucionales en materia de la potestad normativa delegada del Poder Ejecutivo, observó que con base a ello se ha incrementado cuantitativa y cualitativamente esa potestad y cita el ejemplo el Decreto con Fuerza de Ley de Amnistía que se dictó en diciembre de 2007 y plantea con base a ello como un supuesto imposible la posibilidad de que se dicte un Decreto con fuerza de Ley aprobatoria de un tratado internacional. Al respecto, afirmó lo siguiente:

“Todas esas tesis interpretativas, derivadas de los indicados vacíos, apuntan hacia el ejercicio excesivo y arbitrario, como expresamos antes, de la potestad normativa de rango legal del Poder Ejecutivo, y pese a que no es el caso el análisis de las mismas, cabe señalar en forma sucinta que la aplicación de la inexistencia de límites materiales podría conducir a situaciones tan absurdas como que el Presidente pudiese dictar un decreto con fuerza de ley de presupuesto, o un decreto con fuerza de ley aprobatorio de un tratado internacional, o un decreto con fuerza de ley de carácter habilitante, de tal manera que el propio Presidente de la República se auto delegara la competencia legislativa, y ya dio lugar, como indicamos precedentemente, a la emanación de un Decreto con fuerza de ley de Amnistía, en diciembre de 2007”²².

Es por ello en el que la delegación no obedece a ningún límite es evidente que atenta contra el Estado de Derecho, por cuanto la Asamblea Nacional desconoce el objeto y propósito de la Ley Habilitante, como ley base, al carecer de un marco normativo que señale cuáles son las materias que serán objeto de la legislación delegada, en virtud de lo cual, el Parlamento al otorgar plenas competencias al Presidente de la República desnaturaliza y deja de cumplir su cometido esencial, cual es dictar leyes.

22- Peña Solís, José, “Las potestades normativas del Poder Ejecutivo Nacional: Principales problemas que origina su ejercicio”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, N° 134, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2009, pp. 159,160.

Sostener que el Presidente no está sometido a los límites establecidos en la Ley Habilitante implica el ejercicio ilimitado de una potestad, con lo cual éste puede decidir si dicta o no los Decretos-Leyes en las materias delegadas o incluso si se someten o no al ámbito de la delegación. Así ha ocurrido por ejemplo, en el ejercicio de la Ley Habilitante de 2007, en el que aun cuando la Sala Constitucional se pronunció sobre el carácter orgánico de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones²³, éste no fue dictado por el Presidente, cuestión que se repitió con la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, que no fue dictado por el Presidente aun cuando de manera específica la Ley Habilitante delegaba la potestad de legislar en *el ámbito de la ordenación territorial*²⁴.

3.1.5. Posibilidades de dictar normas punitivas (art. 1.5)

“Normar las directrices dirigidas al fortalecimiento del sistema de responsabilidades civiles, administrativas y penales a que hubiere lugar en resguardo de los principios, valores y reglas constitucionales enunciados en esta Ley”.

Se observa con bastante preocupación que tanto los motivos de la Ley Habilitante como el objeto propio de la habilitación, tiene por fundamento “proteger al pueblo y al Estado frente a actuaciones de factores internos”, frente a lo cual el Presidente podrá legislar para el fortalecimiento del sistema de responsabilidades penales para el resguardo de los vagos principios que fueron enunciados en esa Ley, esto es, que se podrán dictar Decretos-Leyes *punitivas* para determinar responsabilidades de cualquier naturaleza, pues la ley obedece a los más amplios conceptos jurídicos indeterminados. Recuérdese que según lo expuesto en el punto 1.3 dictar normas de naturaleza sancionatoria y penales invade la *reserva legal* y por tanto los Decretos-Leyes que se dicten en esa materia deben reputarse como inconstitucionales.

Insistimos en que parece ridículo que frente a una supuesta amenaza a la seguridad de la Nación, la defensa del país se logre a través del establecimiento de “normas jurídicas específicas y directrices que se fundamenten específicamente en el reforzamiento de las garantías en los ámbitos financieros, socioeconómicos, sancionatorio y de justicia, de seguridad interna y exterior, así como la defensa de la integridad, libertad, independencia y soberanía de la Nación”, es decir, la Ley Habilitante en realidad permite la legislación por parte del Presidente en cualquier materia sin directriz lógica alguna.

En conclusión, resulta difícil determinar cuál podría ser el objeto de los Decretos-Leyes que dictará el Presidente, por carecer de cualquier especificación las materias que fueron delegadas a través de la Ley Habilitante. Sin embargo, de la exposición de motivos se desprende que se dictarán Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en materia económica financiera, energética e industrial; de seguridad, soberanía y defensa de la República; de justicia y paz y para la integración regional y relaciones internacionales.

De ese modo, y siguiendo el ejemplo expuesto por Peña Solís²⁵ que al referirse a la Ley Habilitante de 1994²⁶ en la que el legislador de manera concreta estableció el marco del Decreto-Ley que se debía dictar del modo que sigue:

“En la modificación de la Ley de Impuesto sobre la Renta, el Ejecutivo Nacional deberá mantener vigente, en todo caso, los actuales desgravámenes a las personas naturales por sus gastos médico-asistenciales y odontológicos y las primas de los seguros respectivos; de educación y

23- Ver sentencia de la Sala Constitucional N° 1254 del 31 de julio de 2008.

24- La Sala Constitucional se había pronunciado con respecto al carácter orgánico del Decreto con rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica para la Ordenación y Desarrollo del Territorio en la sentencia N° 1252 del 31 de julio de 2008.

25- Peña Solís, José, “Dos nuevos tipos de leyes en la Constitución de 1999: leyes habilitantes y leyes de bases”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, N° 119, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Política, Caracas, 2000, p. 100.

26- Gaceta Oficial N° 35.442 del 18 de abril de 1994.

pago de alquileres o de interés de los créditos obtenidos para el financiamiento de su vivienda, siempre y cuando, dichos alquileres o intereses no excedan de cinco mil (5000) de las unidades tributarias previstas en los Proyectos de Código Orgánico Tributario y de la Ley de Impuesto sobre la Renta; así como las exenciones y exoneraciones, según el caso, a sus ingresos por concepto de interés devengados por depósitos en cuentas de ahorros, cajas de ahorros, fideicomisos o fondo de prestaciones sociales de los trabajadores’.

Es evidente que en esta última Ley Habilitante no se estableció en ninguna de las cinco materias objeto de la delegación un límite material de este tipo a la potestad legislativa que se transfirió al Presidente. Téngase en cuenta que en esta Ley Habilitante de 2015 ni siquiera las materias objeto de la delegación (artículo 1) se encuentran establecidas de manera clara, por lo que mucho menos este requisito se encuentra cumplido, toda vez que la delegación es excesivamente amplia y está basada en los más indeterminados conceptos jurídicos que permiten cualquier tipo de discrecionalidad al Presidente para dictar, al parecer, cualquier tipo de Decretos-Leyes en lo que se refiere a la materia, cuya actividad legislativa no está restringida por ningún límite en razón de las directrices o marco que debía contener la Ley Habilitante.

Frente a los conceptos imprecisos contemplados en esta Ley Habilitante, se debe insistir que conforme al artículo 203 constitucional lo correcto es que la Asamblea Nacional delegue su competencia legislativa al Poder Ejecutivo a través de una Ley Habilitante que delimite de manera precisa el objeto de la delegación, lo cual significa que debe señalarse de manera clara y específica el ámbito material de la delegación y por ello es censurable que se existan delegaciones genéricas o en blanco que otorgan plenos poderes por carecer de un señalamiento claro de las directrices y propósitos que deben condicionar el objetivo de la delegación, como sucede en este caso concreto.

La legislación que se produzca como consecuencia de la delegación tiene que ceñirse a los motivos alegados, por lo que en el caso particular de esta Ley Habilitante los Decretos-Leyes que se dicten deben tener como causa la circunstancia excepcional de un ataque a la soberanía producto de la *Ley Para la Defensa de Derechos Humanos en Venezuela* y no como sucedió en lo que se refiere a la Ley Habilitante del 2010, en la que se utilizó como justificativo la situación ocurrida como consecuencia de las fuertes lluvias que sumieron al país en una suerte de caos y aun así el lapso de la habilitación fue de 18 meses, en que la legislación tuvo por objeto cuestiones distintas a normalizar la situación ocurrida y que exigía la inmediata actuación del Presidente de la República, lo cual no sucedió ya que la mayoría de los Decretos-Leyes fueron dictados entre los años 2011 y 2012, esto es, mucho después de que se publicara la Ley Habilitante. En el ejercicio de esa delegación se atendieron materias distintas a los motivos alegados²⁷, pues se dictaron Decretos-Leyes que no guardaron relación alguna con la emergencia sufrida como por ejemplo, la Ley de Alimentación de los Trabajadores y Trabajadoras²⁸, Ley de Costos y Precios Justos²⁹, Ley Orgánica del Turismo³⁰ y la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana³¹, entre otras.

3.2. Posibilidad de publicar Decretos-Leyes con rango de orgánico

De conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Ley Habilitante bajo análisis existe la posibilidad de que el Presidente de la República dicte Decretos-Leyes con rango de Ley Orgánica, los cuales deberán remitirse antes de su publicación en la Gaceta Oficial a la Sala Constitucional

27- Se debe indicar que sólo se dictaron 2 Decretos-Leyes para atender la situación de emergencia, los cuales fueron: la Ley Especial de Refugios Dignos para Proteger a la Población en Caso de Emergencias o Desastres (Gaceta Oficial N° 39.599 del 21 de enero de 2011) y la Ley Para la Determinación del Justiprecio de Bienes Inmuebles en los Casos de Expropiaciones de Emergencias con Fines de Poblamiento y Habitabilidad (Gaceta Oficial N° 39.945 del 15 de junio de 2012).

28- Gaceta Oficial N° 39.666 del 04 de mayo de 2011.

29- Gaceta Oficial N° 39.715 del 18 de julio de 2011.

30- Gaceta Oficial N° 39.955 del 29 de junio de 2012.

31- Gaceta Oficial N° 6.020 Extraordinario del 21 de marzo de 2011.

del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de que ésta se pronuncie sobre la constitucionalidad de dicho carácter³².

Se debe destacar que es a partir de la Ley Habilitante del 2007 que de manera inconstitucional se ha venido estableciendo la obligación de que el Presidente, cuando le confiera a un Decreto-Ley el carácter de orgánico, éste sea remitido previo a su publicación en la Gaceta Oficial a la Sala Constitucional para que ésta se pronuncie sobre la constitucionalidad de tal carácter, cuestión que escapa y no está expresamente señalado en el artículo 203 constitucional.

Sobre este particular María Amparo Grau afirma que tomando en consideración que la Ley Habilitante tiene naturaleza de Ley Orgánica, al ser un ley base, no es posible que los Decretos-Leyes que se dicten puedan tener esa misma naturaleza y rango³³, lo cual ha sido desestimado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en las sentencias N° 1719 del 19 de septiembre de 2001 y N° 2264, 2265 y 2266 todas del 13 de noviembre de 2001.

Según el artículo 203 constitucional las Leyes Habilitantes son aquellas que establecen las directrices, propósitos y marcos de las materias sobre las cuales el Presidente dictará decretos con rango y valor de ley. También el primer párrafo del mencionado artículo 203 establece que todo proyecto de Ley Orgánica será previamente admitido por la Asamblea Nacional, es decir, según la Constitución sólo a la Asamblea Nacional le corresponde dictar leyes con tal rango. Además se debe destacar que conforme al artículo 236.8 *eiusdem* se habla expresamente de decretos con fuerza de ley. De igual forma el artículo 336.3 se refiere a los actos con rango de ley, con lo cual queda excluido constitucionalmente que un Decreto tenga el rango de Ley Orgánica, pues ello no está previsto en nuestra Constitución como se observa en la lectura concatenada de las normas mencionadas.

Recuérdese que según el artículo 203 constitucional las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado como Leyes Orgánicas serán remitidas, antes de su promulgación, a la Sala Constitucional para que ésta se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico. Obsérvese así que la norma solo se refiere, y por ende, sólo permite que la Asamblea Nacional sea quien pueda dictar una Ley Orgánica y no el Presidente a través de los Decretos-Leyes, pues la norma no se refiere a estos últimos.

También resulta inconstitucional la competencia que se le atribuyó a la Sala Constitucional en el artículo 25.14 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia relativa al pronunciamiento previo de carácter orgánico de los decretos con rango y fuerza de ley que sean dictados por el Presidente, obsérvese que incluso en esa norma se habla del rango de ley y no del rango de Ley Orgánica, pues ésta definición no tiene fundamento constitucional o legal alguno.

3.3. La fijación del plazo para el ejercicio de la potestad legislativa delegada

La Ley Habilitante debe fijar un plazo durante el cual el Presidente de la República podrá hacer ejercicio de la potestad delegada. Se puede establecer una fecha cierta o fijar el plazo en el término de un lapso. En el caso concreto, el artículo 3 de la Ley Habilitante bajo estudio estableció el plazo desde la fecha de la publicación de la Ley en la Gaceta Oficial (15 de marzo de 2015) hasta el 31 de diciembre de 2015.

Estimamos que el lapso que otorgue la Asamblea Nacional en la Ley Habilitante debe ceñirse al principio de racionalidad, toda vez que la delegación no debería ser por lapsos muy prolonga-

32- Artículo 2:

"Cuando se trate de un Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, al cual el Presidente de la República le confiera carácter orgánico, y no estuviere calificado como tal por la Constitución de la República, deberá remitirse antes de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de que ésta se pronuncie sobre la constitucionalidad de tal carácter, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela".

33- Grau, María Amparo, *Separación de poderes y Leyes Presidenciales en Venezuela*, Badell&Grau Editores, Caracas. 2008. p. 37.

dos, pues esta debe tratar materias excepcionales y motivos muy concretos. Así, la legislación que se realiza a través de Decretos-Leyes debe servir para cuestiones de extrema importancia en el que la celeridad y la inmediatez justifiquen esa delegación, de modo que la ley se dicte de manera inmediata y no siguiendo el procedimiento normal de formación de las leyes por la Asamblea Nacional, lo cual es la principal justificación para que se dicten las Leyes Habilitantes.

Sin embargo, en Venezuela las Leyes Habilitantes desde el año 2000, han tenido una duración incluso superior al año, lo que hace que se dude acerca de los verdaderos motivos excepcionales y concretos que justifican que se delegue el ejercicio de esa competencia en el Ejecutivo.

Además se observa que en el caso de las Leyes Habilitantes de 2000, 2007 y 2013, la gran mayoría de los Decretos-Leyes publicados se realizó en días posteriores a que culminó el plazo otorgado en la Ley Habilitante.

En el caso de la Ley Habilitante del 2000, en el último día del plazo de la habilitación en la Gaceta Oficial N° 37.323 de fecha 13 de noviembre de 2001, sólo se anunciaron que 16 Decretos-Leyes serían publicados en 4 Gacetas Oficiales Extraordinarias³⁴ que en realidad fueron publicadas en días posteriores al día en que se culminó el plazo de la habilitación.

Ello se repitió en el último día de vigencia de la Ley Habilitante del 2007, pues en la Gaceta Oficial N° 38.984 del 31 de julio de 2008, se anunció que se publicarían 26 Decretos-Leyes en 4 Gacetas Oficiales Extraordinarias³⁵ que en realidad fueron dictados luego del 31 de julio de 2008.

Esa práctica se repitió en lo que respecta a los 45 Decretos-Leyes que se anunciaron en el último día de la habilitación de la Ley Habilitante del 2013, como se observa en las Gacetas Oficiales N° 40.543 y 40.544 del 18 y 19 de noviembre de 2014, respectivamente y que en realidad fueron publicados con posterioridad a esa fecha en 9 Gacetas Oficiales Extraordinarias³⁶.

Lo anterior constituye, sin lugar a dudas un fraude a la ley, pues en realidad esos 87 Decretos-Leyes que se dictaron fuera del plazo de la habilitación, deben ser reputados como inconstitucionales, ya que el Presidente de la República no tenía la potestad de dictar Decretos-Leyes fuera del plazo de la delegación.

4. RECAPITULACIÓN

En la actualidad las Leyes Habilitantes están consagradas en el artículo 203 de la Constitución, según el cual son aquéllas sancionadas por la Asamblea Nacional por las tres quintas partes de sus integrantes con el fin de establecer las directrices, propósitos y marcos de las materias que se delegan al Presidente de la República para que dicte Decretos con rango y valor de ley, por lo cual tienen naturaleza de Ley Orgánica. Éstas Leyes Habilitantes deben precisar el plazo de la delegación.

Resulta una nota característica de las Leyes Habilitantes bajo la nueva Constitución, de que éstas son una delegación de la competencia para legislar atribuida a la Asamblea Nacional, por lo que ya no se trata de meras autorizaciones para legislar en la materia económica y financiera como lo contemplaban las constituciones de 1945, 1947 y 1961.

Desde muy temprano la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia señaló que no existe ningún tipo de límite en lo que se refiere al contenido y las materias que pueden ser delegadas. También se precisó que tampoco existían límites en cuanto al rango de la norma legal que pueden ser dictados a través de los Decretos-Leyes, por lo que se aceptó la posibilidad de que se dicten Leyes Orgánicas a través de esta delegación.

34- Gacetas Oficiales Extraordinarias N° 5.554, 5.555, 5.556 y 5.557.

35- Gacetas Oficiales Extraordinarias N° 5.889, 5.590, 5.591 y 5.892.

36- Gacetas Oficiales Extraordinarias N° 6.148, 6.149, 6.150, 6.151, 6.152, 6.153, 6.154, 6.155 y 6.156.

Como consecuencia de lo anterior, se observa claramente que en las Leyes Habilitantes de los años 2007, 2010, 2013 y, sobre todo la de 2015, incumplen con su objeto de ser una ley base que sirva de marco normativo a los Decretos-Leyes que se dicten como consecuencia de la delegación legislativa. Por ello, se puede afirmar que todas estas son habilitaciones en blanco que otorgan plenos poderes al Presidente de la República para que dicte Decretos-Leyes sin observar directrices previas que debieron ser diseñadas por la Asamblea Nacional.

Bajo la Constitución de 1999 se han dictado 5 Leyes Habilitantes cuyas duraciones en su totalidad han sido de 69 meses y a través de las cuales se han dictado 213 Decretos-Leyes. De ese modo, la legislación delegada que debiera tener un carácter excepcional y especial se ha convertido en la regla, pues básicamente el país se ha normado a través de Decretos-Leyes.

Se debe destacar que la novísima Ley Habilitante de 2015, se concedió a menos de 120 días en que culminó el plazo de la anterior Ley Habilitante, es decir, que la Asamblea Nacional delegó su competencia para legislar prácticamente de modo indefinido desde el año 2013 y hasta el 31 de diciembre de 2015 (plazo en que culmina la actual delegación).

Se debe señalar que el desmedido ejercicio de legislación delegada ha actuado en detrimento del principio de separación de poderes ya que en la práctica se ha venido usurpando la competencia principal de la Asamblea Nacional, pues lo que ha venido sucediendo es que el parlamento ha renunciado a su función esencial de dictar leyes.

En lo que respecta a la Ley Habilitante Antiimperialista para la Paz, esta escapa de cualquier análisis jurídico desde que parte de conceptos muy amplios, etéreos e indeterminados tanto en su fundamentación como en lo que respecta a las materias que autorizan para legislarse, con lo cual se trata de una ley que otorga plenos poderes (plenas competencias) al Presidente para legislar en materias que no están claramente precisas y que sólo puede inferirse que serán de naturaleza económica, financiera, de carácter sancionatorio (civil, administrativo y penal), energética y financiera, seguridad y defensa de la nación e incluso pareciera que faculta para que se dicten leyes aprobatorias de tratados internacionales, lo que excede en gran medida el propósito de la habilitación y que consigue su fundamento en la tesis de la Sala Constitucional de que no existen límites de contenido en las materias que puede legislarse. Preciado lo anterior, realizamos estas últimas observaciones:

En *primer* lugar, la delegación debía estar limitada a través del contenido mismo de la Ley Habilitante para que todos los Decretos-leyes se apegaran a las directrices que en teoría debió contener esta Ley Habilitante en su carácter de ley base.

Resulta tan grave abstenerse de cumplir los propósitos delineados en la Ley Habilitante, el hecho de excederse de los motivos por los que se dictaron la Ley Habilitante, como sucedió por ejemplo, en la del año 2010 que se dictó como consecuencia de la emergencia en que se encontraba el país producto de las lluvias ocurridas en ese año y aun así se dictaron leyes que no guardaban ningún tipo de relación con esa emergencia.

En *segundo* lugar, ante la posibilidad de que se dicten Decretos-Leyes con el objeto de realizar una reforma tributaria (art. 1.2) o de crear sanciones y penas (art. 1.4) se debe recordar que los Decretos-Ley no pueden limitar los derechos consagrados en los artículos 19 a 129 de la Constitución, toda vez que el ejercicio de éstos solo pueden ser regulados a través de una ley en sentido estricto, esto es, aquella sancionada por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador, de ese modo la *reserva legal* constituye un límite al ejercicio de la legislación delegada, pues esta no debe invadir las materias que están reservadas a la ley por parte del Parlamento de manera exclusiva y excluyente en virtud de las competencias otorgadas al Poder Nacional para legislar, conforme al artículo 156.32 constitucional y que por lo tanto esas materias concretas no podrán ser desarrolladas a través de una legislación delegada. Recuérdese que la *reserva legal* exige que sólo a través de la ley puedan ser

reguladas las materias relacionadas con la regulación del ejercicio de garantías constitucionales, las de carácter penal, las de naturaleza tributaria y las relativas a la organización de los Poderes Públicos.

En tercer lugar, aunque la Ley Habilitante deja abierta la posibilidad de que se dicten Decretos-Leyes con rango de orgánica creemos que esto no es posible por tres razones: (i) porque la Ley Habilitante es una Ley Orgánica que como hemos dicho debería establecer las directrices y propósitos de los Decretos-Leyes que se dictarán con base a ésta, por lo que se excluye la posibilidad de que éstos Decretos-Ley puedan tener el rango de orgánica; (ii) puesto que la lectura concatenada del artículo 203, 236.8 y 336.3 de la Constitución se entiende claramente que los Decretos que dicte el Ejecutivo a través de una delegación legislativa única y exclusivamente pueden tener el rango de ley, nunca de Ley Orgánica; y (iii) porque el artículo 203 constitucional al referirse a las Leyes Orgánicas establece que éstas solo pueden ser dictadas por la Asamblea Nacional e impone como requisito que sean remitidos a la Sala Constitucional para que se pronuncie sobre el referido carácter orgánico, por lo que la norma no contempla de ninguna manera Decretos-Leyes con rango de Ley Orgánica y por tanto, resulta inconstitucional la obligación que vienen estableciendo las Leyes Habilitantes desde 2007, en lo relativo a que previo a la publicación de los Decretos con rango de Ley Orgánica sean remitidos a la Sala Constitucional para el respectivo pronunciamiento, cuestión que no tiene basamento constitucional alguno.

En cuarto lugar, el otro límite que impone la Ley Habilitante es el lapso de duración de la delegación, que en este caso es hasta el 31 de diciembre de 2015 y solo hasta esa fecha es que podrán dictarse los Decretos-Leyes con el único objeto de contrarrestar los efectos de la *Ley para la Defensa de Derechos Humanos en Venezuela*, que es el acto que originó que la Asamblea Nacional otorgara esta Ley Habilitante. De ese modo, no podrá repetirse la práctica inconstitucional mediante la cual se han dictado 87 Decretos-Leyes luego de vencido el lapso establecido en la Ley Habilitante, tal como ocurrió en los años 2001, 2008 y 2014, en el que se publicaron Decretos-Leyes en días posteriores al que venció la delegación, los cuales habían sido solamente anunciados en la Gaceta Oficial en el último día de vigencia de la Ley Habilitante.

Como reflexión final, debemos indicar que el Estado de Derecho y la democracia significa el imperio de la ley (y de la Constitución), pero no todo Estado que esté sometido a la ley implica que sea democrático, puesto que en regímenes totalitarios puede existir esa sujeción a la ley, pero una ley arbitraria. En Venezuela por haber sido normada en su gran mayoría por Decretos-Leyes inconsultos, cuyo ámbito material ha sido ilimitado y su ejercicio se ha realizado en plazos en que la delegación ha sido excesiva, por lo que la Asamblea Nacional prácticamente ha renunciado a su competencia natural de legislar, de manera plural, en representación del pueblo y en el que se deben escuchar incluso las voces de las minorías allí representadas, por lo que pudiera concluirse que se trata de un Estado sometido a una ley arbitraria, lo cual significa que el Estado de Derecho se encuentra seriamente comprometido.



*Colaboraciones
Internacionales*

Ricardo Perlingeiro²

Resumen: El texto analiza las bases internacionales y constitucionales del derecho a la verdad en un régimen de justicia de transición, vinculándolo con el derecho de acceso a la información en poder del Estado. En busca de la efectividad de un régimen de transición, el autor destaca la necesidad de que las autoridades públicas responsables de las comisiones de la verdad u organismos garantes del acceso a la información, sean dotados de facultades para actuar con independencia. El texto también propone, alternativamente, que el legislador, siempre que le sea posible, indique ejemplos de expresiones como “seguridad nacional” e “interés público”, frecuentemente consideradas como obstáculos para el derecho de acceso a la información y el acceso a la verdad, por autoridades administrativas que carecen de independencia, de modo que se sientan más vinculadas a una exégesis literal de las normas, reduciéndoles el margen de actuación (de discrecionalidad y de apreciación) y, finalmente, proporcionando una mayor seguridad jurídica y, en cualquier caso, la credibilidad del sistema en general.

Palabras clave: Justicia de transición, Derecho a la verdad, Derecho a la información, América Latina, Derecho internacional, Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Abstract: This text analyses the international and constitutional bases of the right to the truth under a transitional justice system, linking it with the right to access information that is held by the State. In the search for an effective transitional system, the author points out that it is necessary for the public authorities in charge of the truth commissions and organisations guaranteeing information access to be endowed with powers of independent action. The text also proposes, as a solution, that the legislators, whenever possible, should give examples of expressions such as “national security” and “public interest”, which are frequently considered by non-independent public authorities as obstacles to the right to access information and the truth. Such authorities therefore feel bound to interpret the laws strictly by the letter, which reduces their scope of action (margin of discretion and evaluation). In the final analysis, such legislative definitions would create greater legal certainty and improve the general credibility of the legal system.

Keywords: Transitional justice, Right to the truth, Right to information, Latin America, International law, Inter-American Convention on Human Rights.

Sumario: Introducción. (i) Bases (internacionales y constitucionales) de la justicia de transición, del derecho a la verdad y del derecho a la información. (ii) Relación entre el derecho a la verdad y el acceso a la información. (iii) El derecho a la verdad ante reglamentos y leyes incompatibles (o insuficientes): ¿implementación ante autoridades sin independencia? ¿Codificación de acceso a la información como alternativa? 1. Prerrogativas de independencia de las comisiones de la verdad y de los órganos de control de acceso a la información oficial. 2. Contribución de la codificación de acceso a la información para un efectivo derecho a la verdad. Conclusiones.

1- Texto de la ponencia presentada en el VI CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL: CONSTITUCIONES PARA LA PAZ, organizado por la *Universidad Libre de Colombia*, en Bogotá, el día 25 de septiembre de 2014. El presente texto contiene transcripción de algunos apartes del artículo “A codificação do direito à informação na América Latina”, publicado en la *Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A & C*. Belo Horizonte, año 14, n. 56, abr./jun. 2014.

2- Profesor Catedrático (*Professor Titular*) de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal Fluminense (UFF). Juez Federal (*Desembargador Federal*) del Tribunal Regional Federal de la 2ª Región.

Abstract: Introduction. (i) International and constitutional bases of the transitional justice system, the right to the truth and the right to information. (ii) Relationship between the right to the truth and access to information. (iii) The right to the truth confronted with incompatible (or insufficient) laws and regulations: Are non-independent authorities capable of guaranteeing the right to the truth? Should the right of access to information be codified as an alternative? 1. Prerogatives of independence of the

1. INTRODUCCIÓN

En conferencia impartida en la Universidad de los Andes, en 2012, Ruth Stella Correa Palacio refirió al origen de la expresión “justicia de transición” como:

“referencia a una nueva noción de justicia que opera dentro de los procesos a través de los cuales se llevan a cabo transformaciones radicales de orden político de un país que atraviesa por un período de violencia y pasa a otro de consolidación de la paz con la vigencia del Estado de derecho, ofreciendo respuestas legales que tienen por objetivo enfrentar los crímenes cometidos por los regímenes anteriores”³.

De conformidad con la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas:

“cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones”⁴.

La Constitución Política de Colombia, en el artículo transitorio 66, dispone que el derecho a la verdad es uno de los instrumentos de la justicia transicional y que la ley debe prever mecanismos de carácter extrajudicial para el esclarecimiento de la verdad como la creación de una comisión de la verdad.

Por lo tanto, el derecho a la verdad es uno de los componentes esenciales de un régimen de justicia de transición, para garantizar la persecución penal de los responsables y la reparación civil de las víctimas.

Por otra parte, es íntima la relación entre derecho a la verdad y derecho a la información.

La Corte Interamericana de derechos humanos, en la decisión sobre *Claude Reyes and Others v. Chile* de 2006, reconoció la existencia de un derecho de acceso a la información oficial – buscar y recibir información – con base en el art. 13 de la Convención Interamericana de Derechos humanos, que dispone sobre la libertad de pensamiento y expresión⁵.

En la decisión *Barrios Altos contra Perú*, de 2001⁶, la Corte Internacional sostuvo que el derecho a la verdad:

(...) “tiene sus raíces en el artículo 13.1 de la Convención, en cuanto reconoce el derecho a buscar y recibir información. Agregó que, en virtud de este artículo, sobre el Estado recae una obligación positiva de garantizar información esencial para preservar los derechos de las víctimas, asegurar la transparencia de la gestión estatal y la protección de los derechos humanos”⁷.

3- Conferencia *La reparación de víctimas en el contexto de las reformas judiciales*, presentada en IV CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL, Universidad de los Andes, Bogotá, febrero de 2012.

4- Principio 2 del *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, de 2005. Disponible en: < <http://bit.ly/18RECWu> >. Acceso el: 5 feb. 2015.

5- *Claude Reyes and Others v. Chile*, 19 set. 2006, series C Nº. 151, parágrafo 77, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: < <http://bit.ly/1EJmcBE> >. Acceso el: 5 feb. 2015

6- Disponible en: < <http://bit.ly/VMcop4> >. Acceso el: 5 feb. 2015.

7- De acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, “the right to the truth may be characterized differently in some legal systems as the right to know or the right to be informed or freedom of information” Disponible en: < <http://bit.ly/16vmkIY> >. Acceso el: 5 feb.

Por cierto, al definir el derecho a la verdad, la Ley colombiana 1.448/2011 (*por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno*), dispone que:

El Estado debe garantizar **el derecho y acceso a la información** por parte de la víctima, sus representantes y abogados con el objeto de posibilitar la materialización de sus derechos, en el marco de las normas que establecen reserva legal y regulan el manejo de información confidencial.

Es decir, en el modelo constitucional colombiano, el derecho de acceso a la información y especialmente el “derecho a la verdad” no están explícitamente previstos en la mayoría de las constituciones en Latinoamérica, es común verificar rasgos comunes con respecto a la transparencia o los principios relacionados con la publicidad, además de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales que garantizan la transparencia como condición de los principios básicos del Estado Constitucional democrático⁸.

En este contexto, en general, se indaga cómo deben proceder las autoridades públicas frente a la necesidad de interpretación constitucional o de omisión legislativa sobre la implementación del derecho a la verdad o del derecho de acceso a la información en poder del Estado.

¿Cuáles serían las condiciones institucionales ideales para la efectividad de un procedimiento administrativo de acceso a la verdad y de acceso a la información? ¿En qué medida un código legislativo podría contribuir a la efectividad del derecho a la verdad y del derecho a la información y evitar una judicialización excesiva?

De esta manera, desde una perspectiva latinoamericana, la presente exposición se orienta en tres direcciones.

En primer lugar, se propone que las comisiones de la verdad y los órganos de control de acceso a la información mantengan una independencia efectiva. En segundo lugar, que cuando esta independencia no exista, se refuerce el papel de las leyes generales o códigos legislativos como una herramienta para la efectividad del derecho de acceso a la información y consecuentemente para la efectividad del derecho a la verdad. Finalmente, señala los principios fundamentales y reglas generales sobre el acceso a la información que se desplaza sobre el derecho a la verdad y exige una mayor reflexión sobre un sistema que no goza de independencia en las comisiones de la verdad y en los órganos de control.

2. LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO A LA VERDAD Y DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

Comportarse como parte integrante de un verdadero segundo Poder de Estado... orientarse por los derechos fundamentales... actuar mediante decisiones administrativas precedidas de procedimientos dotados de las garantías del debido proceso legal (*due process of law*) procedimientos administrativos en los cuales democráticamente los ciudadanos tienen posibilidad de influir en el resultado.

En efecto, todo esto requiere por parte de las autoridades públicas condiciones mínimas, para que su actuación no sea meramente formal.

En particular, nos referimos a una de las técnicas de solución de conflictos administrativos como es la de valerse de las autoridades públicas independientes, para que las demandas se deci-

8- Ver SOMMERMANN, Karl-Peter, La exigencia de una Administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho. En: GARCÍA MACHO, Ricardo (Org.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 12, 19.

dan por quién no esté subordinado a algún superior, es decir un modelo cercano a la *administrative agency* cuasi judicial⁹.

Las prerrogativas que garantizan esta independencia con relación a las autoridades públicas tienden a acercarse a las prerrogativas de los tribunales y jueces, cualesquiera que sean: (i) las prerrogativas institucionales, como la autonomía administrativa y financiera a favor de órganos decisorios; (ii) prerrogativas personales, como la inamovilidad y la remuneración justa de aquellos que están investidos de la función de decisión, los cuales deberían ser nombrados después de un criterio de selección transparente¹⁰.

De hecho, la solución de conflictos, basada en la técnica de las autoridades administrativas independientes es oportuna a los procedimientos destinados al derecho de acceso a la verdad y del derecho de acceso a la información oficial, en los cuales la vulnerabilidad al riesgo de interferencia política es aún mayor.

De hecho, aunque en forma incipiente, se ha presentado una auténtica tendencia en la creación de organismos independientes que permiten el acceso a la información.

En América Latina, hay cuatro ejemplos de órganos de control de acceso a la información que propenden por una independencia efectiva, garantizada por facultades previstas en la ley: México, con el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos; Chile, con el Consejo de Transparencia; Honduras, con el Instituto de Acceso a la Información Pública; y El Salvador, con el Instituto de Acceso a la Información Pública¹¹.

También es posible identificar los órganos de control independientes en países de otras regiones; sin embargo, no son muchos los que tienen características similares.

A modo de ejemplo citaremos a Serbia, con *The Commissioner*, a Eslovenia, con *The Commissioner for Access to Public Information* (Comisionado para el acceso a la información pública), a Liberia, con *Independent Information Commissioner* (Comisionado para información Independiente), la India, con *The Central Information Commission* (la Comisión de información Central), Antigua y Barbuda, con *The Information Commissioner* (el Comisario de información), Macedonia, con *Commission for Protection of the Right to Free Access to Information of Public Character* (la Comisión para la protección del derecho al libre acceso a información de carácter público) y Azerbaiyán, con *Authorized Agency* (la Agencia autorizada).¹²

En términos generales, estos son organismos autónomos con su propia personalidad jurídica y pronóstico presupuestal específico. Los miembros de estos órganos detentan un mandato. Su nombramiento y terminación de sus funciones está sujeto a normas específicas con la participación del Poder Legislativo y Ejecutivo y, en algunos casos, del Poder Judicial.

Por cierto, la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública, aprobada en 2010 por la Asamblea General de la OEA,¹³ prevé una Comisión de Información con la función de

9- Sobre el concepto de autoridad administrativa independiente, ver CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes - Rapport public* 2001. Disponible en: < <http://bit.ly/1CHKnrK> >. Acceso el: 5 feb. 2015. Ver también ZILLER, Jacques. Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne. In: *Revue Française de Droit Administratif*, 5, 2010, p. 901-906. Sobre las agencias independientes en los EUA, Reino Unido y Australia, ver ASIMOW, Michael. Five Models of Administrative Adjudication. *American Journal of Comparative Law*. Prelo. Disponible en: < <http://bit.ly/1yp8y4i> >. Acceso el: 5 feb. 2015.

10- Ver COUNCIL OF EUROPE, Consultative Council of European Judges, Magna Carta of Judges (Fundamental Principles). Disponible en: < <http://bit.ly/15xIWJj> >. Acceso el: 5 feb. 2015.. Ver también UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC), *Commentary on The Bangalore Principles of Judicial Conduct*, comentario n. 26 (a), p. 36. Disponible en: < <http://bit.ly/1yZmRgl> >. Acceso el: 5 feb. 2015.

11- Art. 33 de la Ley mexicana; art. 31 de la Ley chilena; art. 8 de la Ley de Honduras; arts. 51 al 60 de la Ley de El Salvador.

12- SERBIA, Law on Free Access to Information of Public Importance, arts. 32 al 35. Disponible en: < <http://bit.ly/1L8KAKy> >. Acceso el: 5 feb. 2015; ESLOVENIA, Access to public information act, arts. 28 al 30. Disponible en: < <http://bit.ly/1GU9DrP> >. Acceso el: 5 feb. 2015; LIBERIA, The freedom of information act of 2010, cap. 5. Disponible en: < <http://bit.ly/1DElXm5> >. Acceso el: 5 feb. 2015; INDIA, Act nº 22/2005, arts. 12 a 14. Disponible en: < <http://bit.ly/1L8KPw1> >. Acceso el: 5 feb. 2015; ANTIGUA E BARBUDA, The Freedom Of Information act of 2004, arts. 35 al 40. Disponible en: < <http://bit.ly/1JluM4C> >. Acceso el: 5 feb. 2015; MACEDONIA, Law on free access to information of public character, arts. 30 al 35. Disponible en: < <http://bit.ly/1uNbmKG> >. Acceso el: 5 feb. 2015; AZERBAIJÁN, Law of the Republic of Azerbaijan on right to obtain information, art. 44. Disponible en: < <http://bit.ly/1utMCBp> >. Acceso el: 5 feb. 2015.

13- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Acceso a la información*. Washington, 10 dic. 2012. Disponible en: < <http://bit.ly/1yhRuJY> >. Acceso el: 5 feb. 2015.

promover la implementación efectiva del derecho de acceso a la información pública, inclusive de decidir en última instancia sobre las solicitudes de acceso a la información. La Comisión de Información, como se propone, tendría personalidad jurídica completa, autonomía operativa, presupuestaria, y de decisión¹⁴.

En lo que respecta a las comisiones de la verdad, el Principio 2, del Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, prescribe que deben las comisiones de la verdad establecerse mediante procedimientos que garanticen su independencia, imparcialidad y competencia.

Con ese fin, continúa el Comité de Derechos Humanos de la ONU, que el mandato de las comisiones de investigación, incluidas las comisiones de carácter internacional, debe respetar las siguientes directrices:

- a. a) Deberán estar formadas conforme a criterios que demuestren a la opinión pública la competencia en materia de derechos humanos y la imparcialidad de sus miembros, que deben incluir a expertos en derechos humanos y, en caso pertinente, en derecho humanitario. También deberán estar formadas de conformidad con condiciones que garanticen su independencia, en particular por la inamovilidad de sus miembros durante su mandato, excepto por razones de incapacidad o comportamiento que los haga indignos de cumplir sus deberes y de acuerdo con procedimientos que aseguren decisiones justas, imparciales e independientes.
- b. b) Sus miembros se beneficiarán de los privilegios e inmunidades necesarios para su protección, incluso cuando ha cesado su misión, especialmente con respecto a toda acción en difamación o cualquier otra acción civil o penal que se les pudiera intentar sobre la base de hechos o de apreciaciones mencionadas en los informes de las comisiones.
- c. c) Al elegir a los miembros, deberán realizarse esfuerzos concertados por garantizar una representación adecuada de las mujeres así como de otros grupos apropiados cuyos miembros hayan sido especialmente vulnerables a las violaciones de los derechos humanos.

A pesar de innumerables comisiones de la verdad en América Latina, que presumen un estado de independencia, desafortunadamente ninguna de ellas reúne a plenitud todas las prerrogativas personales e institucionales antes mencionadas.

Las siguientes son comisiones de la verdad creadas en América Latina: en Argentina, la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, de 1983; en Brasil, la Comisión Nacional de la Verdad, de 2011; en Chile, la Comisión Nacional de la Verdad y Reconciliación, de 1991; en Ecuador, La Comisión de la Verdad, 1996; en El Salvador, la Comisión de la Verdad para El Salvador, de 1992; en Guatemala, la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, 1994; en Haití, The Haitian National Truth and Justice Commission, de 1995; en Panamá, la Comisión de la Verdad, 2000; y en Perú, la Comisión de la Verdad y Reconciliación, 2001.

3. LA CONTRIBUCIÓN DE UNA CODIFICACIÓN DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN CON EL FIN DE CONCRETAR EL ACCESO A LA VERDAD

La codificación del derecho a la información ha sido una tendencia global en los últimos años. Actualmente están en vigor alrededor del mundo aproximadamente noventa leyes sobre el

14- Arts. 46 al 49 y 53 al 62 de la Ley Modelo Interamericana.

acceso a la información con características de código, la mayoría de ellas aprobadas después de la década de los 90.

En América Latina, de los 20 Estados existentes, trece ya contienen normas generales sobre el derecho de acceso a la información. Ellos son: México, Perú, Argentina, Ecuador, República Dominicana, Honduras, Nicaragua, Chile, Guatemala, Uruguay, El Salvador, Brasil y Colombia.¹⁵ Bolivia, Costa Rica, Panamá y Paraguay actualmente discuten proyectos de ley nacional general.¹⁶

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se registra la ya mencionada Ley Modelo Interamericana sobre Acceso Público a la Información de 2010.

No es difícil entender por qué tanto entusiasmo con códigos sobre acceso a la información: una rama del derecho que, hasta el final de la década de los 90, era prácticamente desconocido en la cultura jurídica de la mayoría de los países; una rama del derecho en el que los deberes de la prestación del Estado son extraídos directamente de las normas internacionales y constitucionales y por lo tanto, coexiste con un amplio margen de interpretación; una rama del derecho frente a una legislación dispersa y no clara, en la que los poderes públicos aumentan su margen de apreciación.

Desde una perspectiva comparada basada en leyes nacionales y en la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la información, se nota un progreso sensible en la implementación del derecho a la información en América Latina.

Con orientaciones claras y basadas en el sistema interamericano de derechos humanos, las recientes codificaciones legislativas fueron capaces de reducir diferentes asuntos controvertibles que con anterioridad eran definidos por las propias autoridades.

No son pocos los ejemplos de esa evolución. Tomemos tres de ellos: el alcance de las leyes de acceso a la información en el poder ejecutivo, el poder legislativo y en el poder judicial; el derecho a la información como un derecho universal; y la información sujeta a su apertura proactiva.

A pesar de la sistematización exitosa de numerosas normas sobre leyes generales de acceso a la información, de manera persistente algunas de ellas no corresponden a las expectativas de un código legislativo, especialmente en lo que dice respecto a la realidad sociopolítica de América Latina.

Hago referencia a las normas que continúan con un alto grado de inexactitud y que están sujetas a interpretaciones polémicas en las manos de las autoridades públicas, casi siempre sin garantía de una actuación independiente.

Las normas de mayor impacto son las que dicen respecto a las limitaciones de acceso a la información, que, generalmente, se basan en intereses privados, como la privacidad, y en el interés público, tales como la seguridad pública o defensa nacional.

15- MÉXICO, Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública de 2002. Disponible en: < <http://bit.ly/1xUGZ0r> >. Acceso el: 5 feb. 2015; PERÚ, Ley n° 27.806/2002 (Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública). Disponible en: < <http://bit.ly/1uNcJcj> >. Acceso el: 5 feb. 2015; ARGENTINA, Decreto Administrativo n° 1172 de 2003 (Reglamento General del acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo Nacional). Disponible en: < <http://bit.ly/1C2EclV> >. Acceso el: 5 feb. 2015; ECUADOR, Ley 34/2004 (Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública). Disponible en: < <http://bit.ly/15lmLQF> >. Acceso el: 5 feb. 2015; REPÚBLICA DOMINICANA, Ley 200/2004 (Ley General Sobre el Libre Acceso a la Información Pública). Disponible en: < <http://bit.ly/1D721MH> >. Acceso el: 5 feb. 2015; HONDURAS, Decreto Legislativo N° 170/2006 (La Ley de transparencia y Acceso a la Información). Disponible en: < <http://bit.ly/1tdFfCC> >. Acceso el: 5 feb. 2015; NICARAGUA, Ley N° 621/2007 (Ley Sobre el Acceso a la Información Pública). Disponible en: < <http://bit.ly/1tdFfCC> >. Acceso el: 5 feb. 2015; CHILE, Ley N° 20.285/2008 (Ley Sobre el Acceso a la Información Pública). Disponible en: < <http://bit.ly/1zbuZ0o> >. Acceso en: 5 feb. 2015; GUATEMALA, Decreto Legislativo N° 57/2008 (Ley de Acceso a la Información Pública). Disponible en: < <http://bit.ly/1uNdHFk> >. Acceso el: 5 feb. 2015; URUGUAI, Ley 18.381/2008 (Ley sobre el Derecho de Acceso a la Información Pública). Disponible en: < <http://bit.ly/1JqjnbC> >. Acceso el: 5 feb. 2015; EL SALVADOR, Decreto 534/2011 (Ley de Acceso a la Información). Disponible en: < <http://bit.ly/1JqjvaK> >. Acceso el: 5 feb. 2015; BRASIL, Ley 12.527/2011 (Ley de Acceso a la Información). Disponible en: < <http://bit.ly/1eKDwYf> >. Acceso el: 5 feb. 2015.

16- BOLIVIA, Proyecto de ley de transparencia y acceso a la información pública. Disponible en: < <http://bit.ly/1C2FQu5> >. Acceso el: 5 feb. 2015; COLOMBIA, Proyecto de ley n° 156 de 2011 (Ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional). Disponible en: < <http://bit.ly/1EKNYqO> >. Acceso el: 5 feb. 2015; COSTA RICA, Proyecto de ley de transparencia y acceso a la información pública. Disponible en: < <http://bit.ly/1ySSKZs> >. Acceso el: 5 feb. 2015; PANAMÁ, Proyecto de ley n° 584 (Que Crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información). Disponible en: < <http://bit.ly/1Bat5Js> >. Acceso el: 5 feb. 2015; PARAGUAY, Proyecto de ley de libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental. Disponible en: < <http://bit.ly/1EKOrZQ> >. Acceso el: 5 feb. 2015.

Muchas son las inseguridades, siendo sólo aparente que aquí se observe el principio de reserva de ley, como en efecto debería ocurrir en virtud de las diferentes leyes nacionales y declaraciones, incluyendo las recomendaciones del preámbulo a la misma Ley Modelo Interamericana (“que las excepciones al derecho de acceso a la información deben ser claras y expresamente establecidas por la ley”).

De hecho, no hay ninguna diferencia entre una omisión legislativa en los supuestos de restricción a la divulgación de información y una ley que se refiere genéricamente, por ejemplo, a la “seguridad pública” como hipótesis de restricción a la divulgación.

Ante la ausencia de la ley, sería perfectamente natural negar el acceso a la información siempre que exista el riesgo de ofensa al interés público. Esto se extrae de la colisión entre los valores fundamentales. La expresión “seguridad pública”, hoy, consagrada como inherente en el interés público, se elabora inevitablemente de una interpretación de la norma de cualquier naturaleza (Ley, Constitución o Convención Internacional) que disponga indeterminadamente sobre el “interés público”.

Por lo tanto, una ley que sólo mencione “seguridad pública” no será necesaria y no cumple con el principio de reserva de ley, al menos en un contexto latinoamericano. Así, dada la ausencia de ley o frente a una ley tan genérica que equivalga a la ausencia de ley, las autoridades administrativas buscarán el aval de sus actuaciones en las normas constitucionales y convencionales.

A propósito, la mencionada Ley Modelo Interamericana llega a indicar que las autoridades administrativas nacionales deben cumplir directamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sin embargo, ¿cuál es el grado de certeza que se espera de las autoridades públicas latinoamericanas con sus conocidas fallas estructurales, obligándolas a basar sus decisiones administrativas directamente en la jurisprudencia del sistema interamericano; y, pasando así por encima del orden jurídico nacional?

Es innegable que las normas sobre los límites a la información disponen sobre temas que no son fáciles de ser tratados de manera abstracta por el legislador¹⁷, sin embargo, se impone un mayor nivel de precisión,¹⁸ en particular frente a los sistemas jurídicos que no coexisten con las autoridades administrativas, dotados con las prerrogativas inherentes a la independencia y también aún en los juzgados que estén sobrecargados. Lo que se desea con el principio de la reserva de ley, en estos casos, es realmente evitar, en cuanto sea posible, una infinita gama de interpretaciones en poder de las autoridades públicas.

En este sentido, el Código Modelo de Acceso a la Información para África, desde 2013, elaborado por la Comisión Africana de Derechos Humanos y Personales,¹⁹ dispone sobre las excepciones al acceso a la información con especificación de nivel superior; explica en nueve artículos lo que sería “seguridad y defensa nacional” (art. 30) y en cuatro artículos el sentido de “aplicación de la ley” (art. 33).

17- Sobre la dificultad de interpretación abstracta de conceptos jurídicos indeterminados, ver MAURER, Hartmut, *Derecho administrativo alemán*. México: UNAM, 2012. p. 141.

18- Sobre la posibilidad de reducir el carácter indeterminado de las normas, inclusive las cláusulas generales, por medio de “definiciones”, ver GUASTINI, Riccardo. Interpretare e argomentare In: MESSINEO, Francesco et al. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milán: Giuffrè, 2011. p. 56. Sobre la interpretación abstracta y la interpretación auténtica, ver MESSINEO, óp. cit., p. 81-90. Sobre las cláusulas generales, conceptos jurídicos indeterminados, interpretación abstracta y definiciones legales, ver WOLF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. *Direito Administrativo* [Administrative Law]. v. 1. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. p. 448-450.

19- AFRICA COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLE' RIGHTS. *Model Law on Access to Information for Africa*. Disponible en: < <http://bit.ly/1xKH0qm> >. Acceso el: 5 feb. 2015.

4. CONSIDERACIONES FINALES

En los últimos años, el proceso de la codificación del acceso a la información, ha logrado éxito en la mayoría de los Estados de América Latina, a través de la aprobación de leyes generales de acceso a la información en poder del Estado, compatibles con las directrices del Sistema Interamericano de derechos humanos, en particular lo que dice respecto a las normas que se refieren a la divulgación proactiva, acceso y restricciones a la información.

Sin embargo, la falta de previsión de órganos de control que sostienen las prerrogativas inherentes a la independencia puede ser considerada un riesgo de fracaso de los sistemas de acceso a la información en América Latina. En este punto, lo mismo se dice respecto a las comisiones de la verdad y del derecho de acceso a la verdad en los sistemas latinoamericanos de justicia de transición.

Contribuye a esta brecha una cultura aún embrionaria del derecho administrativo latinoamericano – de fuerte tradición europea-continental – en cuanto a la técnica de solución de conflictos por las autoridades públicas independientes, a pesar del consenso de que los procesos administrativos (extrajudiciales), sobre cualquier tema, deban someterse a las garantías del *due process of law*.

Ante este panorama, el derecho de acceso a la información y el derecho de acceso a la verdad presentarían mayores signos de efectividad si la falta de órganos de control independientes fuera compensada por los códigos legislativos, que deberían anticiparse, en la medida de lo posible, con interpretaciones abstractas (definiciones, aclaraciones) sobre conceptos jurídicos indeterminados, que actualmente en América Latina, se han entregado totalmente al poder de apreciación de las autoridades públicas.

Por lo tanto, en ausencia de prerrogativas en ley que aseguren la independencia efectiva de los órganos de control sobre el derecho de acceso a la información y de las comisiones de la verdad, sería conveniente que los códigos y leyes sobre acceso a la información, modificasen las normas más sensibles y susceptibles a una interpretación fluida, para que las autoridades públicas se sientan más vinculadas a una exégesis literal de las normas, proporcionando una mayor seguridad jurídica y, en cualquier caso, la credibilidad del sistema en General.

Esto es un desafío que debe ser perseguido por los códigos legislativos en América Latina, aumentando la efectividad en el derecho de acceso a la información y, consecuentemente, la efectividad del derecho a la verdad, indispensable en un régimen de transición.

