



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.

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

Luis Alfonso Herrera Orellana¹

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 (...) Preciso 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.