

EL CURIOSO “PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO” EXPROPIATORIO PREVISTO EN LA LEY DE EMERGENCIA PARA TERRENOS Y VIVIENDA

Jesús Villegas¹

Resumen: *En el presente artículo se analiza de una manera general la normativa prevista en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Emergencia para Terrenos y Vivienda, y de manera particular lo relacionado al procedimiento expropiatorio especial previsto en dicho instrumento legal y su cumplimiento o no de las garantías expropiatorias derivadas del artículo 115 constitucional, especialmente la de la fase judicial de dicho procedimiento.*

Palabras clave: *Procedimiento expropiatorio – Derecho a la vivienda – Derecho a la propiedad privada.*

SUMARIO. Introducción. I. Consideraciones generales sobre la ley de emergencia. **II.** Del procedimiento expropiatorio previsto en la ley de emergencia. **III.** Críticas. **Conclusión.**

INTRODUCCIÓN

En el ejercicio de sus facultades legislativas extraordinarias, derivadas de la ley habilitante del 17 de diciembre de 2010² el entonces Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez, dictó por espacio de 18 meses, 54 decretos leyes. La causa principal que motivó al Presidente de la República a solicitar dicha habilitación y en consecuencia a dictar los referidos actos normativos, estribó en la situación cierta de emergencia, derivada de las fuertes lluvias que se suscitaron en todo el territorio nacional en los meses de noviembre y diciembre del año 2010.

Esa ley habilitante, como toda ley de su categoría, a la par de establecer un amplio margen temporal de 18 meses de habilitación legislativa, dispuso una amplísima habilitación desde un punto de vista material, enmarcada en 9 grandes áreas en las cuales se delegó la facultad de legislar, y de las cuales sólo una de ellas (artículo 1, numeral 1) tenía vinculación directa con el tema de las lluvias, situación que como vimos fue el motivante inicial para solicitar la referida habilitación.

¹ Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2009).

² Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar decretos con rango, valor y fuerza de ley en las materias que se delegan, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.009, Extraordinario, de fecha 17-12-2010.

Entonces, como advirtiera la doctrina³ en su oportunidad en el sentido de establecer que la mayoría de los decretos leyes dictados con ocasión a la referida ley habilitante no tenían relación alguna con la emergencia causada por las lluvias en los últimos meses del año 2010, y teniendo en cuenta que el decreto ley objeto de análisis se erige en un instrumento normativo destinado a hacer frente a la crisis de vivienda agravada por las circunstancias naturales ya referidas (artículo 1), bien pudiéramos adelantar opinión para afirmar que ese decreto ley pudo haber sido uno de los pocos instrumentos normativos que fueron dictados en estricto apego del motivo fundamental de la ley que condicionó su emisión.

Pues bien, dentro de los 54 decretos leyes dictados con ocasión a esa ley habilitante, destaca el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Emergencia para Terrenos y Vivienda⁴, el cual, además de ser un instrumento que consagra de manera directa en cabeza del ejecutivo nacional la facultad expropiatoria, dispone a su vez, un singular procedimiento expropiatorio para llevar a cabo dicha facultad.

En el presente artículo, a la par de examinar de manera general algunos aspectos de interés derivados del régimen legal del presente decreto ley, queremos examinar de forma particular, el especial procedimiento expropiatorio previsto en dicho instrumento normativo, el cual advertimos desde ya, la doctrina⁵ no ha vacilado en darle el carácter de verdadero “procedimiento administrativo”.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA LEY DE EMERGENCIA

Dentro de los tipos normativos de la Constitución, entendiendo por tales, a las categorías de normas que reconoce el texto constitucional, destacan las leyes de base, de desarrollo, orgánicas, ordinaria, los decretos leyes, entre otros. Con respecto a estos últimos, la doctrina⁶ ha reconocido el abuso que de los mismos se ha hecho al punto de ser claros instrumentos de limitaciones de

³ Jorge Kiriakidis: “Las leyes pluviosas de los años XI, XII y XIII (Algunas consideraciones en torno a la Ley Habilitante de 17-12-10)”. *Revista de Derecho Público*. N° 130. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, p. 20.

⁴ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Emergencia para Terrenos y Vivienda, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.018, Extraordinario, del 29-01-2011 y reimpresso por error material en la Gaceta Oficial N° 39.626 del 01-03-2011.

⁵ José Ignacio Hernández: *La expropiación en el derecho administrativo venezolano*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2014, p. 310.

⁶ José Gregorio Silva: “Del abuso en la pretendida Constituyente”. *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Compiladores: Allan R. Brewer-Carías y Carlos García Soto. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2017, p. 380.

derechos constitucionales en un claro e indebido ejercicio de ampliación de las atribuciones de la Administración Pública.

Ahora bien, lo primero que hay que decir, es que los decretos leyes orgánicos, no figuran expresamente en el catálogo de tipos normativos parlamentarios nacionales⁷ que recoge expresamente el texto constitucional. Antes bien, estas especies o tipologías, fueron creadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a través de su jurisprudencia⁸.

La crítica fundamental que se le hace al concepto es que las materias reservadas a ser reguladas por leyes orgánicas no pueden ser objeto de delegación al poder ejecutivo⁹. Sin embargo, este principio parece haber sido omitido deliberadamente por el poder ejecutivo, a tal punto que de los 54 decretos leyes dictados en el marco de la ley habilitante del 2010, al menos 14 de ellos¹⁰, tienen el carácter de decretos leyes orgánicos, siendo uno de ellos, justamente, la ley de emergencia.

Por otra parte, esta especial categoría normativa rompe con el principio de enunciación de las fuentes del derecho según el cual el particular conoce de antemano los instrumentos normativos a los que puede acudir a la hora de plantear una controversia, todo ello en abono de la seguridad jurídica de los ciudadanos. También, lesiona el principio de las mayorías requeridas para la creación de leyes orgánicas, lo que deriva en un problema de legitimación al ser producto de la voluntad de un funcionario, el Presidente de la República, y no de la exigencia constitucional de la mayoría de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, como lo establece la Constitución. No obstante ello, la Sala Constitucional¹¹ siguiendo su criterio ya mencionado, declaró el carácter orgánico del presente decreto ley.

El referido Decreto garantiza y desarrolla los mecanismos para asegurar la eficacia de un derecho constitucional como lo es el derecho a la vivienda (artículo 1).

⁷ José Peña Solís: *Los tipos normativos en la Constitución de 1999. (Tesis sobre los principales problemas interpretativos que origina su regulación)*. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2005.

⁸ Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1719 del 01-09-2001, caso: Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación y N° 3 del 28-01-2011, caso: Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Emergencia para Terrenos y Vivienda.

⁹ J. Peña Solís: *Los tipos normativos en la Constitución de 1999... Op. cit.*, p. 234.

¹⁰ Antonio Silva y Gabriel Sira: "Decretos-Leyes dictados por el Presidente de la República, con base en Ley Habilitante, en el período 2010-2012". *Revista de Derecho Público*. N° 130. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, pp. 26-39.

¹¹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 3/2011, ya citada.

De una simple lectura del articulado del decreto ley, salta a la vista de forma más que evidente, cómo de manera reiterada, se hace alusión a la obligación del Estado venezolano de garantizar el derecho a la vivienda, lo cual no es más que una derivación necesaria de lo previsto en el artículo 82 de la Constitución nacional. Sin embargo, cuando la Administración hace uso de una de sus potestades (la potestad expropiatoria) que le permite incluso limitar y restringir el derecho de propiedad, facultad derivada en este caso de la ley que comentamos, instrumento normativo que a su vez, como ya vimos, procura de manera ostensible garantizar el derecho a la vivienda de todos los ciudadanos, nos encontraríamos en una clara situación de tensión entre dos derechos fundamentales de los cuales no vale derivar ninguna relación de jerarquía de uno sobre el otro.

Muchos son los artículos que de una u otra forma, mencionan el deber del Estado venezolano de garantizar el derecho constitucional a la vivienda, más en concreto, de esta tendencia es notoriamente revelador el contenido del artículo 2 de dicho texto, en donde se establece que el Estado garantizará el derecho a una vivienda digna, dando prioridad a aquellas familias que se encuentren en riesgo vital, así como, las que no posean vivienda propia y a las parejas jóvenes que estén fundando familia. Este artículo sin embargo, no es más que la reiteración de lo dispuesto en el artículo 82 constitucional en donde se establece el derecho a la vivienda y la consiguiente obligación del Estado venezolano en su satisfacción.

Este artículo 2, habría que administrarlo con el artículo 12 de la ley en donde se establece que, ningún interés particular privará sobre el interés general de la sociedad en la ejecución de obras y acciones para el cumplimiento de dicha normativa, es decir, aunque no se dice expresamente, bien podemos concluir de antemano que la ley asume que el interés general de las personas por una vivienda digna estaría por encima de cualquier interés particular, incluyéndose en estos, al derecho a la propiedad privada de los particulares. La ley es clara entonces, al sostener la primacía de los derechos colectivos sobre los particulares. Esta tendencia sin embargo, ha sido criticada por la doctrina¹² al llamar la atención ante la preponderancia general o apriorística de los intereses colectivos sobre los individuales, al considerarla una visión bastante "frágil".

Al margen de la situación de conflicto de dos derechos fundamentales, en el presente caso, se omitió de manera deliberada cualquier mención al derecho de propiedad y más en concreto al derecho de propiedad privada del

¹² Jesús María Casal: *Los derechos fundamentales y sus restricciones*. LEGIS. Caracas, 2010, p. 186.

particular que sufre la medida de afectación de su bien, ya sea mediante una medida administrativa o mediante el procedimiento expropiatorio como tal.

Más allá de extendernos en consideraciones que escapen al objeto del presente trabajo, queremos dejar en claro lo censurable de una tendencia a efectuar la ponderación partiendo de manera apriorística en que un determinado derecho ostente un valor más alto sobre otro, puesto que, dado que la Constitución no trae un sistema general de jerarquización de los derechos por ella reconocidos, conviene en principio tratarlos como lo que son, derechos de un mismo rango y jerarquía y porque en definitiva, al Estado le compete asegurar todos los derechos fundamentales y no solamente algunos de ellos, aun cuando estos puedan encontrarse en conflicto¹³.

Es loable que la Administración garantice el derecho a la vivienda, de hecho al hacerlo ejecuta la Constitución, está cumpliendo de manera expresa con un mandato constitucional. Lo que no puede ser es que cuando tal aseguramiento se persigue mediante la especial técnica de la expropiación como la figura más intrusiva¹⁴ del derecho de propiedad debe tenerse en cuenta y respetarse las garantías de tal derecho. Es legítimo que se quiera garantizar el derecho a la vivienda. No obstante, es totalmente censurable que se omita cualquier consideración en torno al derecho de propiedad, derecho fundamental del mismo rango y por consiguiente de la misma jerarquía que el derecho que la ley quiere garantizar.

El DLEPTyV es entonces, un instrumento normativo enmarcado en la política oficial del Estado venezolano de regular la asignación de vivienda a los sectores más vulnerables. En ese sentido, el tema del reconocimiento al derecho a una vivienda digna, es ciertamente, uno de los temas novedosos incorporados en el texto constitucional de 1999. Se trata, de un derecho subjetivo que tiene todo ciudadano, más en concreto, junto con el derecho a la educación, a la alimentación, entre otros, el derecho a la vivienda figura dentro del ámbito de los llamados derechos sociales, entendidos como aquellos derechos humanos relativos a las condiciones sociales y económicas básicas necesarias para una vida en dignidad y libertad.

En efecto, el derecho a la vivienda es un derecho claramente reconocido por la norma fundamental, y más en específico encuadrado dentro de los llamados derechos sociales (artículo 82). También, se trata de un derecho típicamente prestacional, en tanto su reconocimiento como derecho

¹³ Gabriel Sira Santana: "Potestades de la Administración contrarias al Derecho de Propiedad, 'en defensa' de la vivienda". *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*. N° 10. Universidad Monteávila. Caracas, 2016, p. 44.

¹⁴ J.I. Hernández: *La expropiación en el derecho administrativo venezolano...Op. cit.*, p. 279.

fundamental implica como correlativo la exigencia de actuaciones positivas en cabeza del Estado.

Es un derecho fundamental, de carácter social y típicamente prestacional, reconocido así por la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia¹⁵ e inclusive, un derecho humano reconocido en diversos instrumentos internacionales de los cuales la República es parte, entre ellos, Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), Convención Internacional Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

Por otra parte, el derecho de propiedad asumió su carácter de derecho fundamental con el nacimiento del Estado de derecho y más en concreto como un derecho individual fundamental. No obstante, esa noción individualista se morigeró con el tiempo para dar paso a la noción de la “función social de la propiedad” a tal punto que al día de hoy sirve esa noción como criterio tomado por la doctrina¹⁶, la ley¹⁷ y la jurisprudencia¹⁸, para justificar cualquier limitación sobre el derecho de propiedad.

La ley en comento, no hace mención expresa al tema del derecho de propiedad del particular ni mucho menos de la función social de la propiedad, más bien, y como ya vimos, la misma parte del principio de la primacía de los derechos colectivos representado por el derecho a la vivienda de todos los ciudadanos en condiciones que así lo requieran, sobre los particulares, representado por el derecho subjetivo de propiedad de quien eventualmente sería sujeto de una medida de expropiación sobre su bien, a los fines de la ejecución de viviendas (artículo 12).

En el derecho venezolano y de acuerdo al Código Civil (artículo 538), solo existen dos tipos de propiedad, la privada, que es aquella que le pertenece a los particulares y la pública, la cual le pertenece al Estado. Esto es bueno precisarlo, ya que últimamente en varias leyes nacionales¹⁹ se ha querido consagrar nuevos tipos de propiedades entre ellas colectiva, familiar, multifamiliar, mancomunada o mixta, conceptualizaciones todas estas que

¹⁵ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1714 del 14-12-2012, caso: Promotora Parque La Vega C.A.

¹⁶ J.I. Hernández: *La expropiación en el derecho administrativo venezolano...Op. cit.*, p. 27.

¹⁷ Ley de tierras urbanas, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.933, Extraordinario, del 21-10-2009.

¹⁸ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 343 del 06-05-2016, caso: Ley de Otorgamiento de Títulos de Propiedad a Beneficiarios de la Gran Misión Vivienda Venezuela y otros Programas Habitacionales del Sector Público.

¹⁹ Por ejemplo, artículo 9 de la Ley del Régimen de Propiedad de las Viviendas de la Gran Misión Vivienda Venezuela, Gaceta Oficial N° 6.021 Extraordinario del 06-04-2011.

bajo ningún caso pueden ser consideradas como propiedad privada, en lo que ha sido llamado como una clara tendencia de degradación del lenguaje y en específico de una deconstrucción jurídica del derecho de propiedad²⁰.

Más allá de las diversas caracterizaciones que los derechos a la vivienda y a la propiedad puedan tener, se trata en definitiva de verdaderos derechos fundamentales al ser reconocidos expresamente por el texto constitucional y en razón de lo cual, repetimos, no cabe aplicar ninguna relación de jerarquía de un derecho sobre el otro.

Por otra parte, uno de los artículos más importante a tener en cuenta es el artículo 5 de la ley. Como consideramos de suma importancia el presente artículo, resulta oportuno transcribir en su totalidad su contenido, el cual dice lo siguiente:

Artículo 5. Se declararán de utilidad pública, Interés social e importancia estratégica, los inmuebles no residenciales, así como, los terrenos urbanos o rurales abandonados, ociosos, subutilizados o sobre los que exista un uso Inadecuado a los fines del Poblamiento, para el buen vivir de la población en las Áreas Vitales de Viviendas y de Residencias (AVIVIR). Igualmente, se declaran de utilidad pública e interés social, aquellos bienes esenciales que el Ejecutivo Nacional califique como necesarios para la ejecución de proyectos habitacionales.

Esta norma habría que leerla en dos partes. La primera de ellas, la que establece la declaratoria de utilidad pública sobre los inmuebles no residenciales, los terrenos urbanos o rurales abandonados, ociosos, subutilizados o sobre los que exista un uso inadecuado a los fines del poblamiento. Esto quiere decir que de acuerdo a la norma, la declaratoria de utilidad pública versa sobre los dos tipos de bienes ya reseñados.

Esa norma ha sido criticada por varias razones. Primeramente, en cuanto a su segundo párrafo la manera tan abierta en que fue redactada, no deja lugar a dudas en que se trata de una amplia e ilimitada habilitación al ejecutivo nacional para expropiar cualquier bien que considere necesario para la ejecución de proyectos habitacionales, situación que deriva en el uso arbitrario de la potestad expropiatoria.

Otra de las críticas que se le hace al artículo es que no debe hacerse la declaratoria de utilidad pública por un decreto ley, ya que una de las garantías básicas de la expropiación, es que su ejecución parta del principio de separación de poderes, así, esta declaratoria pertenece a la llamada fase legislativa del procedimiento expropiatorio, como actividad que recae de

²⁰ José Ignacio Hernández: “Breve nota sobre la propiedad privada de las viviendas de la gran misión vivienda Venezuela”. *Revista de Derecho Público*. N° 145/146. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2016, p. 117.

manera exclusiva en los órganos colegiados que representan a la soberanía nacional, en nuestro caso, la Asamblea Nacional, como titular de la rama legislativa del poder público y surgida del procedimiento constitucionalmente previsto para la formación de las leyes²¹.

A su vez, se trata esta declaratoria de una clara deslegalización a favor del ejecutivo. Recordemos que es al legislativo al que le corresponde esta declaratoria la cual debe estar contenida en una ley, general y abstracta, situación que evidentemente se quebranta en el presente artículo, al ser el poder ejecutivo el que podrá determinar cuál o cuáles bienes singulares o concretos podrán ser objeto de la potestad expropiatoria. También, esa declaratoria al versar sobre bienes concretos rompe con el principio fundamental según el cual toda declaratoria debe recaer sobre obras o actividades que justificarán el ejercicio de la potestad expropiatoria.

Finalmente, queremos traer a colación que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, tuvo oportunidad de conocer de una demanda de nulidad por razones de inconstitucionalidad contra varias normas entre ellas la ley que nos ocupa, pero que sin embargo, y antes de resolver el fondo del asunto, la Sala decidió en su oportunidad²² declarar "inadmisible" la demanda de nulidad interpuesta, al no resultar procedente la acumulación planteada de los recursos interpuestos en el caso concreto.

II. DEL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO PREVISTO EN LA LEY DE EMERGENCIA

La figura de la expropiación ha sido definida como la institución de derecho público tendente a procurar la transferencia forzosa de la propiedad al Estado, esto no es más que la noción sustantiva de la institución²³. Pero también, la expropiación ha sido definida desde un punto de vista adjetivo o formal, como el procedimiento mediante el cual se lleva a cabo esa transferencia forzosa de la propiedad²⁴. Ese procedimiento, desde luego, no es un procedimiento administrativo per se, en tanto y en cuanto dicho trámite no se agota necesariamente en la fase administrativa, a la par de que precisa de la intervención tanto del juez como del legislador. Es por ello que, como

²¹ J.I. Hernández: *La expropiación en el derecho administrativo venezolano...Op. cit.*, p. 101.

²² Sentencia N° 56 del 20-02-2014, caso: Cervecería Polar C.A., Alimentos Polar Comercial, C.A. y Asociación Civil Centro de Atención Nutricional Infantil Antímamo (CANIA).

²³ Eloy Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo*. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2013, p. 717.

²⁴ Antonio Canova, Luis Alfonso Herrera y Karina Anzola: *¿Expropiaciones o vías de hecho?* FUNEDA-UCAB. Caracas, 2009, p. 100 y ss.

garantía de los particulares, se ha querido que en el mismo intervengan las tres ramas clásicas del Poder Público (legislativa, ejecutiva y judicial).

En el ordenamiento jurídico además de la ley de expropiación existen diversas leyes administrativas que regulan la materia, lo cual quiere decir que, no hay impedimento para que a través de leyes administrativas se creen procedimientos expropiatorios. La figura del rescate agrario, prevista en el artículo 82 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola²⁵ constituye en claro ejemplo de un procedimiento administrativo expropiatorio²⁶. Entonces, en la práctica, leyes administrativas especiales pueden consagrar procedimientos expropiatorios también especiales. Sin embargo, lo que no puede ocurrir, es que tales procedimientos pretendan sustraerse de la obligación de respetar el conjunto de garantías expropiatorias manifestadas en las 3 fases del mismo.

Tradicionalmente se ha pretendido enfocar o más bien derivar la potestad expropiatoria del propio artículo 115 constitucional. De esta situación da cuenta la doctrina²⁷, al advertir cómo en forma errónea se ha dado por reconocer al 115 constitucional como el fundamento de la potestad expropiatoria. Este artículo sin embargo antes que tal potestad lo que viene a reconocer son las garantías básicas expropiatorias. Esas garantías básicas de la expropiación la conforman las tres fases en que la misma se desenvuelve, esto es, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Con especial referencia a los fines de este artículo, queremos centrar la mirada en la fase judicial y la correspondiente justificación o razón de ser de dicha fase como manifiesta garantía expropiatoria.

Por otra parte, si bien corresponde en este punto abordar el tema central del artículo, el del procedimiento expropiatorio, consideramos necesario incluir en este apartado, el tema de las medidas administrativas, que de acuerdo a la ley, está facultada la Administración en dictar. Ello lo afirmamos porque de acuerdo a la letra de la ley el procedimiento expropiatorio queda supeditado claramente a la emisión de medidas administrativas. Así, de acuerdo al título VII el ejecutivo nacional está facultado para dictar las medidas de ocupación de urgencia y ocupación temporal, sin embargo, a estas medidas habría que agregarle la medida de ocupación previa, consagrada en el artículo 10 de la ley, Se trata entonces, de un régimen de medidas

²⁵ Gaceta Oficial N° 5.991 Extraordinario del 29-07-2010.

²⁶ Allan Brewer-Carías: "La figura del 'Rescate' administrativo de tierras agrícolas de propiedad privada regulada en la reforma de ley de tierras y desarrollo agrícola de 2010, su inconstitucionalidad, y el tema de la acreditación de la titularidad de la propiedad privada sobre tierras rurales". *La propiedad privada en Venezuela. Situación y perspectivas*. Coordinadora: Laura Louza Scognamiglio. FUNEDA. Caracas, 2016, p. 140.

²⁷ J.I. Hernández: *La expropiación en el derecho administrativo venezolano...Op. cit.*, p. 82.

administrativas, que antes de estar conceptualizado en la ley de forma sistemática fue propuesto de una manera poco menos que dispersa.

En ese sentido, se establece en cabeza del ejecutivo nacional la facultad de dictar medidas con carácter de “preventivo”, “temporal” o “definitivo” (artículo 25). Con los dos primeros vocablos, no habría mayor problema, pero con el último sí.

En efecto, debemos recordar que dentro de los caracteres esenciales de toda medida administrativa encontramos los atributos de la provisoriedad y la instrumentalidad²⁸. La provisoriedad entendida en el sentido de que los efectos de la medida tienen una urgencia temporal limitada, son dependientes temporalmente hasta el momento en que sea dictado el proveimiento administrativo y la instrumentalidad en que necesariamente están preordenadas a la emanación ulterior de una providencia definitiva, razón por la cual no son un fin en sí mismas. Entonces, al pretender la ley darle el carácter de definitivas a las medidas administrativas que ella misma consagra, evidentemente esa situación entronca con los dos caracteres esenciales acabados de mencionar.

La naturaleza jurídica de las medidas contempladas en la ley es de simples medidas cautelares, y para ello, basta con leer el contenido del artículo 26, en donde se establecen como requisitos para su procedencia al *fumus boni iuris* y al *periculum in mora*. En ese sentido, lo primero que hay que decir es que la existencia de la potestad cautelar en sede administrativa, atiende al fenómeno que se ha dado por denominar como el de la “judicialización” del procedimiento administrativo, que no es más que, la extrapolación de instituciones propias del derecho procesal al ámbito del procedimiento administrativo. Esta situación, cuyo reconocimiento legislativo ha ido en ascenso en los últimos tiempos, ha sido cuestionada por la doctrina²⁹ al tratarse de una clara situación que debilita aún más la relación entre la Administración y los ciudadanos.

Al respecto, son reveladoras las palabras que esgrime la autora venezolana HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ en este sentido:

Las medidas cautelares deberían estar destinadas a evitar los riesgos derivados de circunstancias sobrevenidas que pudiesen afectar a las partes que estén sometidas en un juicio o en un procedimiento administrativo de naturaleza contenciosa, es decir, donde hay conflicto de intereses que deben ser decididos.

²⁸ Ricardo Henríquez La Roche: *Instituciones del Derecho Procesal*. CEJUV. Caracas, 2010, p. 380 y ss.

²⁹ Hildegard Rondón de Sansó: *El procedimiento administrativo y sus actuales tendencias legislativas*. FUNEDA. Caracas, 2011, p. 190.

Ahora bien, la Administración no se encuentra en los procedimientos administrativos en situación de debilidad, ni sus intereses están en peligro frente a los del administrado. Además, la Administración está dotada de grandes poderes de naturaleza pública de los cuales obviamente carece el administrado. Ante esta realidad, en nuestro criterio no tiene sentido alguno que se acuerden medidas cautelares a favor de la Administración. Exitoso sería el procedimiento administrativo que previese medidas cautelares a favor del administrado porque así se obtendría una cierta igualdad entre las posiciones del administrado y la Administración.

Nótese entonces, como la doctrina no es proclive al establecimiento vía legislativa de la potestad cautelar en sede administrativa pues tal situación redundaría en un acrecentamiento de la ya desbalanceada relación entre la Administración y los administrados.

Por otra parte, en cuanto al inicio del procedimiento expropiatorio, es necesario advertir que, técnicamente éste solo empieza una vez que la Administración dicte el decreto expropiatorio como acto administrativo de efectos particulares en el cual se individualizan los bienes a ser expropiados. Sin embargo la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia³⁰ ha sido del criterio de que en aquellos casos en los que una vez dictada una medida administrativa de ocupación y sin haber mediado, no obstante, un decreto de expropiación como tal, el procedimiento se encuentra en "fase inicial".

Ciertamente, estas medidas contempladas en la ley están asociadas indefectiblemente a un procedimiento principal que no es otro que el procedimiento especial expropiatorio. No obstante, no necesariamente el trámite de las medidas debe derivar en el ejercicio por parte de la Administración de la potestad expropiatoria y ello es así ya que en efecto la ley reconoce la posibilidad de que para el caso de que los estudios no acrediten la factibilidad del bien afectado este deberá ser devuelto a su titular (artículo 30).

Se pudiera entender que por la urgencia de las circunstancias tales medidas tienen carácter pre-procedimental, sin embargo, como quiera que están asociadas a un procedimiento expropiatorio, no hay proporción entre la ocupación y el procedimiento expropiatorio ya que al finalizar este la Administración perfectamente puede entrar en posesión directa del bien.

Por otra parte, una de las particularidades del reconocimiento de la administración de la potestad de dictar medidas administrativas es que

³⁰ Sentencias N° 1.108 del 26-10-2016, caso: Suheil Srouer Salum, 1125 del 17-10-2017, caso: Universidad Nacional Experimental del Táchira (UNET) y 1126 del 17-10-2017, caso: Jair Elizabeth Castañeda Suárez y otros.

mediante las mismas se pretende habilitar a la administración a ocupar materialmente el bien a expropiar lo cual le está vedado a la Administración, quien no puede llevar a cabo ningún acto de afectación del bien a expropiar sin la intervención del juez. En efecto, se entiende que determinado bien ha sido afectado, cuando sobre ese bien se ha dictado un decreto de expropiación o de afectación, como indistintamente se lo llama.

El principal acto de afectación en el marco del procedimiento expropiatorio lo constituye el decreto de expropiación. Pero también, puede la Administración, tomar posesión del bien en sede cautelar y mediante el visto bueno del juez. Sin embargo, pretender que la propia Administración sea quien pueda afectar el bien objeto de expropiación va en contra del principio general según el cual la Administración no puede ocupar el bien a expropiar salvo que medie expresa habilitación del juez.

Incluso, para el caso de que fuere dictado efectivamente un decreto de expropiación, tampoco la Administración podría llevar a cabo actos materiales de ejecución de dicho decreto, en razón de que en ese caso la potestad de autotutela ha sido suprimida como garantía para el particular y entonces para ejecutar el decreto únicamente podría ser posible o bien mediante el acuerdo de las partes o bien mediante el consentimiento del juez.

En la práctica estas medidas se dictan al margen de cualquier límite de temporalidad razonable al punto de erigirse en verdaderas afectaciones eternas en sede administrativa. Como dato ilustrativo de este punto, el lector puede dar cuenta de la sentencia N° 1108 del 26-10-2016, caso: Suheil Srour Salum, dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en donde se señaló lo siguiente:

De lo anterior se evidencia que la única actuación del Ejecutivo Nacional en el asunto bajo examen, ha sido la creación de las Áreas Vitales de Viviendas y de Residencias (AVIVIR) objeto del acto recurrido, con la respectiva declaratoria de urgencia de la ejecución de las obras (construcción de viviendas) y la orden de ocupación de urgencia de los inmuebles afectados; lo que constituye, conforme a las disposiciones del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Emergencia para Terrenos y Vivienda, la *fase inicial* del procedimiento allí establecido. (Destacado nuestro).

Al margen de cualquier consideración sobre el tema de fondo, interesa destacar un pequeño detalle, y es que se trata de la impugnación del Decreto Presidencial número 179 del 11 de junio de 2013 y de una decisión de fecha 21 de octubre de 2016, esto es, el particular demandante llevaba a la fecha más de 3 años con una afectación de un inmueble de su propiedad mediante una medida administrativa y sin que la Administración hubiera cumplido con su obligación legal de realizar los estudios técnicos a los fines de determinar la factibilidad de uso del bien a expropiar, situación totalmente censurable, y

más aún incluso, cuando la propia Sala ni siquiera insta a la Administración a cumplir con tal obligación de ley.

En definitiva, el establecimiento de las medidas en la ley permite concluir que existen una serie de inconsistencias, resumiéndolas todas ellas de la siguiente manera: (a) se trata de medidas que exceden por mucho el carácter provisional e instrumental, elementos estos fundamentales de toda medida administrativa; (b) se trata de medidas anticipativas, dictadas antes del inicio del procedimiento expropiatorio y sobre el bien objeto de expropiación; y (c) se trata de habilitaciones a la Administración para que esta pueda afectar el bien objeto de expropiación sin autorización previa del juez.

Para el caso de que la Administración inicie formalmente el procedimiento expropiatorio, la ley exige la presencia de varios requisitos, a saber, (a) que sean infructuosas las negociaciones previstas en el artículo 31; (b) que la ejecución de la obra se califique de urgente, (c) que se hayan declarado de utilidad pública e interés general las actuaciones y (d) que los estudios técnicos arrojen que el bien es factible de ser destinado a la finalidad perseguida por la ley (artículo 33).

Solo si se verifican esos 4 supuestos es que la Administración procedería a dictar el decreto de expropiación y con él se da inicio formalmente al procedimiento expropiatorio especial previsto en la ley. Tal y como está redactada la norma, se habilita a la Administración para que “ordene la expropiación”, sin embargo ello está reñido con la garantía expropiatoria representada en la fase judicial, en donde es el juez única y exclusivamente, quien puede entre otras cosas declarar la procedencia de la expropiación. Observamos entonces una clara intención de la ley de suprimir u omitir la fase judicial en lo que se refiere a la posibilidad de que sea la Administración y no el juez la que ordene la expropiación.

Otro tema interesante en este procedimiento lo constituye el relativo al justiprecio. Y es que la ley de manera novedosa, remite el tema a una regulación especial (artículo 34) prevista en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Determinación del Justiprecio de Bienes Inmuebles en los casos de expropiaciones de emergencia con fines de poblamiento y habitabilidad³¹, cuyo objeto es el establecimiento del procedimiento para determinar el justiprecio de los inmuebles a ser adquiridos por el Estado venezolano, a los fines del poblamiento y habitabilidad, en los casos de expropiación de emergencia, previstos en la ley que regula la materia de emergencia para terrenos y vivienda.

³¹ Gaceta Oficial N° 39.945 del 15-06-2012.

De nuevo, esto nos es más que la clara intención de sustraer el procedimiento de la fase judicial, en donde se persigue que sea la Administración la que de manera unilateral fije el justiprecio sin la intervención del particular y sin su debido control en el proceso de fijación del monto a ser pagado, recordando que una de las razones de la fase judicial es que sea el juez y no la Administración, el llamado a velar por la correcta definición del justiprecio.

También, advertimos una nueva arbitrariedad al establecerse que la sentencia recaída en el caso, constituirá el título de propiedad del bien la cual deberá ser registrada ante la oficina de registro correspondiente (artículo 36). Consideramos desacertado el contenido del artículo ya que en principio el juez en la sentencia declara procedente la expropiación y acuerda la ejecución del decreto de expropiación, sin embargo en el presente caso, el contenido de la sentencia solo se justifica para que la misma haga las veces de título de propiedad del bien. También, al ordenarse que de manera inmediata se proceda a dictar sentencia se cercena la posibilidad del particular de debatir la expropiación, en el marco de un juicio expropiatorio, desnaturalizándose de nuevo la fase judicial como una de las garantías expropiatorias derivadas del artículo 115 de la Constitución.

III. CRÍTICAS

Hemos destacado una serie de críticas a la ley, las cuales enumeramos de la manera siguiente:

- a. El manejo de la noción de que la propiedad privada, como derecho individual del particular, debe ceder ante las superiores exigencias del interés general representada en el presente caso por el derecho a la vivienda del colectivo.
- b. Uso arbitrario de la figura de las medidas administrativas. Posibilidad de dictar medidas de ocupación sin necesidad de acudir al Juez.
- c. La potestad expropiatoria está condicionada a la potestad de dictar medidas administrativas.
- d. A pesar de hablarse de un régimen de emergencia, extrañamente no se establecen tiempos por ejemplo para que la Administración lleve a cabo los estudios de factibilidad del terreno afectado que conducirán a su posterior expropiación.

- e. Uso arbitrario de las figuras de las medidas administrativas y en concreto la posibilidad de dictar medidas de ocupación sin necesidad de acudir a un juez.
- f. La manera en cómo está regulado el justiprecio constituye un riesgo de cara a la fase judicial como especial garantía expropiatoria de conformidad con el artículo 115 constitucional.
- g. Se prevé la posibilidad de que el inmueble sea ocupado previamente, antes incluso de dictarse el decreto de expropiación, cuando la ejecución de la obra se califique como de urgente, todo ello sin la intervención de un juez.
- h. En cuanto a la determinación del justiprecio del inmueble se prevé que sea la propia Administración Pública quien lo calcule, siendo que para ello es igualmente necesaria la intervención del juez, y la valuación objetiva e imparcial con el control de ambas partes, del justiprecio a pagar.
- i. Impedimento de ejercer el control difuso a la declaratoria de utilidad pública.
- j. En la orden de proceder a dictar inmediatamente la sentencia de expropiación se le imposibilita al particular la posibilidad de debatir la figura como tal de la expropiación.
- k. Al tradicional tema de las afectaciones eternas no resuelto por esta ley se le agrega el tema de las afectaciones también eternas y en el marco de medidas administrativas de ocupación.

CONCLUSIÓN

La presente normativa objeto de análisis, sirvió un sus inicios como un instrumento destinado a hacer frente a los graves problemas ocasionados con motivo de las lluvias, y en ese sentido, establecerse como un marco normativo destinado a hacer frente a la grave crisis de vivienda agravada con ocasión de tales lluvias.

De lo analizado, no exageramos en afirmar que tal normativa forma parte de esa tendencia que la doctrina³² ha denominado “el fomento legislativo a la vía de hecho”, sin embargo, debemos afirmar también que, es sumamente peligroso el reconocimiento de la noción del derecho de vivienda desde un

³² Juan Manuel Rafalli: “El fomento legislativo a la vía de hecho”. *Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo: libro homenaje a Josefina Calcaño de Temelta*. FUNEDA. Caracas, 2010.

punto de vista populista³³, en donde se procura que los ciudadanos dependan cada vez más del Estado, porque deriva esa situación en este caso en la progresiva eliminación del derecho de propiedad privada e incluso en la libertad misma de todos los ciudadanos, y porque al final de cuentas, la propiedad privada pudiera quedar sujeta a un ejercicio arbitrario de la potestad expropiatoria, tal y como claramente se desprende de la normativa analizada.

³³ Mario Vargas Llosa: *El nuevo enemigo*. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2017/03/02/opinion/1488458309_164217.html