

Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela 2017

ADIDA

Una publicación de:



Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado

Centro para la Integración y el Derecho Público
en alianza con el
**Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela**

**ANUARIO DE LA ESPECIALIZACIÓN
EN DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA**

Año 2017



Coordinación: Armando Rodríguez García,
Antonio Silva Aranguren, Gabriel Sira Santana

Caracas, 2017

© Centro para la integración y el Derecho Público
**Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad
Central de Venezuela**

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en este Anuario son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponden necesariamente con la de los coordinadores del mismo, el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) o el Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Depósito legal N° DC2017000040
ISSN 2610-8089

Publicación anual

Coordinación: Armando Rodríguez García, Antonio Silva Aranguren, Gabriel Sira Santana

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)

Avenida Santos Ermíny, Urbanización Las Delicias, Edificio Park Side, Oficina 23,
Caracas, Venezuela

E-mail: contacto@cidep.com.ve

<http://cidep.com.ve> <http://cidep.online>

Centro para la Integración y el Derecho Público

Fundado en enero de 2005, en la ciudad de Caracas, el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) es una sociedad civil dedicada al derecho público y los aspectos jurídicos de los procesos de integración regional.

La Dirección General del CIDEP corresponde a Jorge Luis Suárez Mejías y la Dirección Ejecutiva a Antonio Silva Aranguren.

NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

El *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela* (AEDA) aceptará artículos de estudiantes de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela, para su evaluación a los efectos de su publicación, a través de la dirección electrónica contacto@cidep.com.ve. Los trabajos presentados habrán de atender a las siguientes pautas:

1. No se establece un número mínimo o máximo de páginas por colaboración.
2. Espaciado de 1.5 puntos, letra Arial, número 12, tamaño carta, márgenes superiores e inferiores de 2.5 cm y derecho e izquierdo de 3 cm, sangría de 0.75 cm al inicio de cada párrafo.
3. Incluir, en español, un resumen de máximo 150 palabras y de 3 a 5 palabras claves.
4. El texto se dividirá atendiendo a la siguiente jerarquía. La introducción y la conclusión no se enumeran:
 - I.
 1.
 - A.
 - a.
 - a'.
5. Las citas bibliográficas habrán de incluirse como pie de páginas y se seguirá el siguiente orden: nombre y apellido del autor: *título de la obra*. Editorial. Lugar de publicación, año de publicación, número de páginas citadas. Ejemplo: Samantha Sánchez Miralles: *Casos de estudio sobre la expropiación en Venezuela*. Centro para la Integración y el Derecho Público y Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2016. En caso de revistas u obras colectivas, el orden a seguir es el siguiente: nombre y apellido del autor: "título del trabajo". *Título de la revista u obra*. Editorial. Lugar de publicación, año de publicación, número de páginas citadas. Ejemplo: Jorge Luis Suárez: "El verdadero sentido de los poderes de gobierno bajo estado de excepción: recuerdos de un fallo de la Corte Suprema de Justicia y de un Estado que ya no existe". *Revista de Derecho Público*. N° 143-144. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, pp. 88-89.
6. Si la cita supera las 60 palabras deberá incluirse como párrafo aparte, y con margen izquierdo de 0.75 cm, letra Arial, número 10. En caso de ser inferior a las 60 palabras, la cita se insertará en el texto entre comillas.
7. El AEDA no está en la obligación de publicar las colaboraciones recibidas.
8. Los autores que publiquen en el AEDA ceden sus derechos sobre sus obras, a excepción del derecho de ser reconocido como tales, a tenor de lo previsto en el artículo 19 de la Ley sobre el Derecho de Autor.

ÍNDICE

Número dos.....	<u>7</u>
Aproximación a las unidades de auditoría interna como órganos de control fiscal interno. Iván PAREDES CALDERÓN	<u>10</u>
Derecho a la Buena Administración. Moisés E. MARTÍNEZ SILVA	<u>26</u>
Notas sobre la actividad de la Administración Pública en materia urbanística: especial referencia a la edificación. Ángel Alberto DÍAZ	<u>44</u>
Las causales de destitución en la Ley del Estatuto de la Función Pública. Thairy DAZA	<u>60</u>
Problemas prácticos en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y leyes conexas. Jesús VILLEGAS RUIZ	<u>84</u>
La audiencia preliminar prevista en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para las demandas de contenido patrimonial. Julio César CELIS	<u>110</u>
Aproximación a una noción de servicio público de cara a la demanda por reclamos en su prestación establecida en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Fernando Javier DELGADO RIVAS	<u>131</u>
Análisis de las medidas cautelares nominadas previstas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos. María Valentina VILLAVICENCIO	<u>148</u>

NÚMERO DOS

En el segundo número del *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela* (AEDA) que nos corresponde reseñar, el lector encontrará ocho artículos elaborados por estudiantes de la mencionada especialización.

Estos trabajos responden –en su mayoría– a investigaciones desarrolladas en el marco del programa de estudios de la especialización, revisando sus autores temas diversos como lo son la organización y la actividad administrativa, aspectos de interés administrativo en la legislación nacional y algunos de los procesos que se tramitan ante la llamada jurisdicción contencioso administrativa.

En este sentido, la primera colaboración lleva por nombre **“Aproximación a las unidades de auditoría interna como órganos de control fiscal interno”** y su autoría corresponde a *Iván Paredes Calderón*, quien partiendo de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y demás normas aplicables repasa las funciones y potestades de esta institución, así como la importancia del régimen de estabilidad de sus titulares.

De seguida, con **“El derecho a la buena Administración”**, *Moisés E. Martínez Silva* reflexiona sobre este concepto y cómo el mismo se ha expandido en el derecho comparado y local gracias –en parte– al denominado Derecho Administrativo Global. Para ello, y luego de acentuar la diferencia entre Gobierno y Administración, el autor se pronuncia sobre aspectos como la simplificación de trámites, el carácter vicarial de la Administración y la importancia del control jurisdiccional.

A este artículo le siguen las **“Notas sobre la actividad de la Administración Pública en materia urbanística: especial referencia a la edificación”** de *Ángel Alberto Díaz*, donde se ofrece una revisión sumaria de la legislación urbanística nacional enfocada en los modos en que la Administración Pública interviene en asuntos de edificación, precisándose con anterioridad conceptos fundamentales como la ordenación territorial y urbanística, la función social de la propiedad y las variables urbanas fundamentales.

Con posterioridad, en **“Las causales de destitución en la Ley del Estatuto de la Función Pública”**, *Thairy Daza* parte del listado contenido en el artículo 86 de la mencionada ley para pronunciarse sobre los diversos supuestos de hecho que pueden dar lugar a la destitución de un funcionario

público, atendiendo como parte de su estudio a los dichos de la jurisprudencia y la doctrina en la materia.

Este artículo es seguido por otro titulado **“Problemas prácticos en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y Leyes Conexas”** de *Jesús Villegas Ruiz* que, como su nombre lo indica, desarrolla algunos de los inconvenientes que se presentan al aplicar esta ley. Principalmente, en cuanto a las ocupaciones previas, la determinación del justiprecio y la existencia de leyes que por su especialidad tienen prevalencia sobre la mencionada norma general.

Luego, desplazándonos a temas del contencioso encontramos la colaboración **“La audiencia preliminar prevista en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para las demandas de contenido patrimonial”** de *Julio César Celis*, quien se manifiesta sobre cuál debe ser el contenido de esta audiencia entre las diferentes opciones acogidas por el foro y los tribunales de la República, efectuando ciertas consideraciones –a su vez– sobre el acta que recoge lo ocurrido en tal acto procesal.

También sobre esta ley versa el artículo **“Aproximación a una noción de servicio público de cara a la demanda por reclamos en su prestación establecida en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”** de *Fernando Javier Delgado Rivas*. En él, el autor repasa cuál ha sido el devenir de lo que se entiende por servicio público y la necesidad de precisar un concepto que permita limitar la aplicación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en pro de la libertad económica.

Ya para finalizar el lector hallará el **“Análisis de las medidas cautelares nominadas previstas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos”** de *María Valentina Villavicencio*, que presenta parte de la investigación que la autora realizó como su Trabajo Especial de Grado para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo, y en el que determina si tales medidas pueden ser considerada como tales atendiendo a los principios y características de la tutela cautelar en sede administrativa o si, por el contrario, se trata de la aplicación prematura de sanciones.

Agradecemos a los estudiantes de la especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela por su interés en esta iniciativa y aprovechamos la ocasión para informar que hemos abierto dos plazas para incorporarse al equipo editorial del **Anuario 2018** y participar así en la revisión de las colaboraciones recibidas y la formulación de sugerencias y comentarios de rigor para su publicación. Quienes deseen postularse o conocer más al respecto pueden escribir al correo electrónico

aeda@derechoadministrativoucv.com.ve, adjuntando su resumen curricular y datos de contacto.

Gabriel Sira Santana

Enero, 2018

APROXIMACIÓN A LAS UNIDADES DE AUDITORÍA INTERNA COMO ÓRGANOS DE CONTROL FISCAL INTERNO

Iván Paredes Calderón¹

Resumen: *Mediante el presente trabajo se realiza un análisis de la Unidad de Auditoría Interna como Órgano de Control Fiscal de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, su Reglamento y demás instrumentos de rango sublegal dictados por el Máximo Órgano de Control; todo ello con el objeto de denotar no sólo las funciones que ejecuta en el marco de las actuaciones de control, sino también, la ejecución de potestades administrativas como la potestad de investigación o sancionatoria y el particular régimen de estabilidad del que se encuentra provisto su titular.*

Palabras clave: *Auditoría Interna – Potestades administrativas – Control fiscal.*

SUMARIO. Introducción. I. Marco normativo de las unidades de auditoría interna. **II.** La potestad de investigación y sancionatoria de las unidades de auditoría interna. **III.** Régimen de estabilidad de los titulares de los órganos de control interno. **A modo de conclusión.**

INTRODUCCIÓN

Resulta indiscutible que a medida en que han evolucionado las sociedades, igualmente lo ha hecho el conjunto de normas relativas al funcionamiento y organización de la Administración Pública como medio de consecución de los fines del Estado. Asimismo, a la par del desarrollo de las normas antes mencionadas, se hace necesario adaptar la noción de “control” a ese nuevo entramado legal, todo ello en aras de permitir el mejoramiento de los índices de eficiencia y eficacia de la Administración Pública y contribuir con una eficaz aplicación de los recursos que al efecto se disponen para esos cometidos.

Ahora bien, la noción de *control* ha sido definida por la Real Academia Española como “comprobación, inspección, fiscalización, intervención”² y, conforme a la configuración Constitucional vigente en nuestro país, el órgano competente para el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos, así como de las operaciones relativas a los mismos es la

¹ Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2014). Director de la Firma Martínez & Paredes Abogados S.C.

² Diccionario de la Real Academia Española. Disponible en <http://dle.rae.es/?id=AeYZ09V> [Consultado: 06/04/2017]

Contraloría General de la República, todo ello sin perjuicio de las funciones que a tales efectos sean atribuidas a otros órganos de control externo como se da en el caso de los estados y municipios, en los cuales operan las Contralorías estatales y municipales, respectivamente, y por otro lado, en el caso del control interno de los órganos y entes de la Administración Pública, es la Unidad de Auditoría Interna quien detenta estas funciones, todo ello siempre en coordinación con la Contraloría General de la República.

Así, el objeto de la presente contribución se contrae a una aproximación de la Unidad de Auditoría Interna como órgano de control fiscal interno de la Administración Pública, lo cual pasa ineludiblemente por un análisis del marco normativo que regula sus funciones, el régimen de estabilidad del que se encuentra dotado el titular de ese órgano y algunas breves reflexiones a modo de conclusión sobre su importancia en la organización actual de la Administración Pública.

I. MARCO NORMATIVO DE LAS UNIDADES DE AUDITORÍA INTERNA

En lo atinente a su régimen jurídico, tenemos que la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal³ (en adelante LOCGRySNCF), como Ley marco que regula las funciones de la Contraloría General de la República, del Sistema Nacional de Control Fiscal y la participación de los ciudadanos y ciudadanas en el ejercicio de la función contralora, dispone en su artículo 9 lo que a continuación se indica:

Artículo 9. Están sujetos a las disposiciones de la presente Ley y al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República:

1. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional.
2. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Estatal.
3. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público en los Distritos y Distritos Metropolitanos.
4. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Municipal y en las demás entidades locales previstas en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.
5. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público en los Territorios Federales y Dependencias Federales.

³ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010.

6. Los institutos autónomos nacionales, estatales, distritales y municipales.
7. El Banco Central de Venezuela.
8. Las universidades públicas.
9. Las demás personas de derecho público nacionales, estatales, distritales y municipales.
10. Las sociedades de cualquier naturaleza en las cuales las personas a que se refieren los numerales anteriores tengan participación en su capital social, así como las que se constituyan con la participación de aquéllas.
11. 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.
12. Las personas naturales o jurídicas que sean contribuyentes o responsables, de conformidad con lo previsto en el Código Orgánico Tributario, o que en cualquier forma contraten, negocien o celebren operaciones con cualesquiera de los organismos o entidades mencionadas en los numerales anteriores o que reciban aportes, subsidios, otras transferencias o incentivos fiscales, o que en cualquier forma intervengan en la administración, manejo o custodia de recursos públicos.

Asimismo, dicho instrumento normativo señala en sus artículos 35 al 41 de su Título II “Del Sistema Nacional de Control Fiscal; del Capítulo II “Del Control Interno”, un conjunto de disposiciones relativas a la regulación del sistema de control interno que se debe implementar en los órganos y entes a los que se hace referencia en los numerales 1 al 11 del artículo 9 antes citado, siendo que más concretamente los artículos 40 y 41 indican sobre las Unidades de Auditoría Interna lo que a continuación se señala:

Artículo 40. Sin perjuicio de las funciones de la Contraloría General de la República y de lo dispuesto en el artículo 36, corresponde a las unidades de auditoría interna de las entidades a que se refieren el artículo 9, numerales 1 al 11, de esta Ley, evaluar el sistema de control interno, incluyendo el grado de operatividad y eficacia de los sistemas de administración y de información gerencial, así como el examen de los registros y estados financieros, para determinar su pertinencia y confiabilidad, y la evaluación de la eficiencia, eficacia y economía en el marco de las operaciones realizadas.

Artículo 41. Las unidades de auditoría interna en el ámbito de sus competencias, podrán realizar auditorías, inspecciones, fiscalizaciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza en el ente sujeto a su control, para verificar la legalidad, exactitud, sinceridad y corrección de sus

operaciones, así como para evaluar el cumplimiento y los resultados de los planes y las acciones administrativas, la eficacia, eficiencia, economía, calidad e impacto de su gestión.

De lo anterior se colige que las Unidades de Auditoría interna se erigen como órganos de vital importancia para el mejoramiento de la gestión administrativa del órgano o ente de que se trate, siendo que para el logro de este cometido se vale, entre otras cosas, de procedimientos tales como auditorías, inspecciones, fiscalizaciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones, los cuales brindarán a este órgano el material necesario para realizar una evaluación certera del área objeto del procedimiento.

Por su parte, el Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁴ (en adelante RLOCGRySNCF), señala en su artículo 20 una aproximación de lo que se entiende como Unidad de Auditoría Interna en los siguientes términos:

Artículo 20. La unidad de auditoría interna de cada órgano o entidad es la encargada de prestar el servicio de auditoría interna en los términos establecidos en la Ley; que abarcará la evaluación del grado de cumplimiento y eficacia de los sistemas de administración e información gerencial y de los instrumentos de control interno incorporados en ellos y el examen de los registros y estados financieros, para determinar su pertinencia y confiabilidad, así como la evaluación de la eficiencia, eficacia, economía, calidad e impacto de su gestión; sin perjuicio de las competencias que la Ley le atribuye en materia de potestades investigativas y de determinación de responsabilidades.

Utilizando el contenido de este artículo podemos entonces definir a la Unidad de Auditoría Interna como un órgano de control fiscal que forma parte de la estructura organizativa interna del órgano o ente respectivo y que se encuentra investida de competencias para efectuar el servicio de auditoría interna en los mismos, por lo cual, en el ejercicio de sus funciones, tiene amplias facultades para evaluar la aplicación de los sistemas de administración e información implementados en el sujeto de que se trate, así como también puede hacer lo propio con los instrumentos de control interno que hayan sido elaborados en contraste con criterios de eficiencia, eficacia, economía y calidad de la gestión, ello sin menoscabo de las competencias que posee en materia investigativa y sancionatoria (determinación de responsabilidades).

Situados en este contexto conviene ahora analizar las funciones que le han sido atribuidas a este peculiar órgano de control en el rango sublegal, motivo por el cual si bien es cierto las mismas han sido al menos preliminarmente señaladas en los artículos 40 y 41 de la LOCGRySNCF

⁴ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.240 del 12 de agosto de 2009.

(rango legal), debe señalarse que la Contraloría General de la República como máximo órgano de control dictó los *Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna*⁵, los cuales disponen en su Capítulo “V” las funciones de las Unidades bajo estudio en la forma siguiente:

1. Ejercer funciones de control posterior en el respectivo órgano o ente.
2. Evaluar el sistema de control interno, incluyendo el grado de operatividad y eficacia de los sistemas de administración y de información gerencial.
3. Examinar los registros y estados financieros para determinar su pertinencia y confiabilidad.
4. Realizar el examen posterior de los programas, proyectos u operaciones, para determinar el cumplimiento de objetivos y metas, y la eficiencia, eficacia, economía, calidad e impacto de su desempeño.
5. Realizar el examen selectivo o exhaustivo, así como la calificación y declaratoria de feneamiento de las cuentas de ingresos, gastos y bienes públicos.
6. Recibir y tramitar las denuncias de particulares o las solicitudes que formule cualquier órgano, ente o empleado público, vinculadas con la comisión de actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición legal o sublegal, relacionados con la administración, manejo y custodia de fondos o bienes públicos del órgano o ente sujeto a su control.
7. Ejercer la potestad investigativa, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y su Reglamento.
8. Iniciar, sustanciar y decidir los procedimientos administrativos para la formulación de reparos, declaratoria de responsabilidad administrativa o imposición de multas, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y su Reglamento.
9. Elaborar su Plan Operativo Anual tomando en consideración las solicitudes y los lineamientos que le formule la Contraloría General de la República; la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna, en el caso de los órganos o entes sujetos a su control; la Contraloría Estadal, Distrital, Municipal, o cualquier órgano o ente legalmente competente para ello, según el caso; las denuncias recibidas, las áreas estratégicas a nivel nacional, estadal, distrital o municipal, así como la situación administrativa, importancia, dimensión y áreas críticas del órgano o entidad sometido a su control.

⁵ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.408 del 22 de abril de 2010.

10. Promover el uso y actualización de manuales de normas y procedimientos que garanticen la realización de procesos suficientes y el cumplimiento de los aspectos legales y técnicos de las actividades.
11. Elaborar su proyecto de presupuesto anual con base en criterios de calidad, economía y eficiencia, a fin de que la máxima autoridad del respectivo órgano o ente, lo incorpore al presupuesto del órgano o ente de adscripción.
12. Establecer sistemas que faciliten el control y seguimiento de las actividades realizadas, así como medir su desempeño.
13. Fomentar la participación ciudadana en el ejercicio del control sobre la gestión pública, sin menoscabo de las funciones que le corresponde ejercer a la Oficina de Atención Ciudadana.
14. Presentar informe de gestión de sus actividades, ante la máxima autoridad jerárquica del respectivo órgano o ente.
15. Participar, cuando lo estime pertinente, con carácter de observador sin derecho a voto, en los procedimientos de contratación promovidos por el ente u organismo sujeto a control.
16. Apoyar las actuaciones de control de la unidad de auditoría interna con los informes, dictámenes y estudios técnicos que realicen los auditores, consultores y profesionales independientes, debidamente calificados y registrados en la Contraloría General de la República.

Así, del cúmulo de atribuciones que hemos podido apreciar del marco normativo citado, puede colegirse que las funciones de la Unidad de Auditoría Interna pueden englobarse en: A) *funciones de control*: relativas a las funciones de control posterior y vigilancia del manejo y operatividad no solo de los fondos públicos, sino también de la ejecución del plan operativo, evaluación de la estructura organizativa del órgano o ente de que se trate, entre otros; B) *funciones de investigación*: que se contraen a la ejecución de la potestad que tienen atribuidos estos órganos de control para determinar los hechos que fueren presuntamente irregulares y establecer la relación de causalidad a que hubiere lugar; C) *función sancionatoria*: derivada de la potestad que posee este órgano de control interno para, en el marco de sus funciones, proceder a sancionar a aquellos funcionarios que hubieren incurrido en actos, hechos u omisiones contrarios a una norma de rango legal o sublegal y que pudiere encuadrarse en cualquiera de los supuestos generadores de responsabilidad administrativa a que hace referencia el artículo 91 de la LOCGRySNCF.

Asimismo, debe agregarse que como se habrá podido notar, cada una de estas funciones se presentan como un eslabón sucesivo –y necesario– de las otras funciones, ya que el producto de la ejecución de cada una de ellas, servirá como nutriente o sustancia para tramitar la siguiente función

administrativa. Así a modo de ejemplo tenemos que aquellos hechos presuntamente irregulares que hayan podido suscitarse en el marco de la función de control, serán investigados con mayor profundidad a través de la función de investigación, y el resultado del ejercicio de esta función aparejará, de ser el caso, la puesta en marcha de la función sancionatoria del órgano de control interno.

Ahora bien, teniendo en cuenta el marco normativo antes señalado y habiendo puntualizado las funciones que posee la Unidad de Auditoría Interna, corresponde realizar una aproximación a las potestades de las que se encuentra investidas, y más concretamente, de la potestad de investigación y sancionatoria.

II. LA POTESTAD DE INVESTIGACIÓN Y SANCIONATORIA DE LAS UNIDADES DE AUDITORÍA INTERNA

Tal y como se ha señalado precedentemente, la Unidad de Auditoría Interna posee un gran número de funciones que se encuentran focalizadas en el mejoramiento del desempeño del órgano o ente de que se trate, así como también, en velar por el estricto y eficaz uso de los recursos de que se encuentren dotados los mismos.

Ahora bien, tales fines se encontrarían incompletos si la misma no fuere dotada de las potestades suficientes para indagar la existencia de presuntos actos, hechos u omisiones contrarios a una norma legal o sublegal que hayan generado un perjuicio al patrimonio público o atenten en contra del buen funcionamiento del órgano o ente de que se trate, y en vía de consecuencia, sustanciar el procedimiento administrativo respectivo tendente a la imposición de las sanciones a que hubiere lugar.

Precisamente, tal y como se ha podido inferir de lo anterior, la potestad de investigación se constituye como el poder que posee el órgano de control fiscal interno para indagar y establecer con exactitud la veracidad de la comisión de presuntos hechos irregulares que se enmarquen dentro de los supuestos generadores de responsabilidad administrativa establecidos en el artículo 91 de la LOCGRySNCF, y que, para garantizar el derecho a la defensa de quienes resulten ser interesados legítimos en los mismos, deberá canalizarse a través de un debido procedimiento administrativo.

Es el caso que una vez culminado este procedimiento administrativo de investigación, el producto final lo constituye el *informe de resultados* de la potestad de investigación que viene a ser el instrumento a través del cual se establecerá la relación de causalidad entre el presunto hecho irregular, el cúmulo probatorio, las normas presuntamente infringidas y las personas que

estuvieren directamente vinculadas a tales hechos. De allí que resulta sumamente importante que el curso de este procedimiento de investigación le sea otorgado el respectivo derecho a la defensa y al debido procedimiento a quienes se erijan como interesados legítimos de los mismos.

Por su parte, en lo que concierne a la potestad sancionatoria, debemos señalar que la misma constituye un elemento de suma importancia para la corrección de aquellas conductas reprochables de quienes estando en la obligación de velar por el buen actuar de la administración y el correcto uso del patrimonio público, incurran en un supuesto generador de responsabilidad administrativa, todo lo cual será ventilado en el correspondiente procedimiento administrativo de determinación de responsabilidades.

Así, la LOCGRySNCF consagra en sus artículos 93 y 94 las disposiciones relativas a la potestad sancionatoria de los órganos de control en los siguientes términos:

Artículo 93. Las potestades sancionatorias de los órganos de control serán ejercidas de conformidad con lo previsto en la Constitución de la República y las leyes, siguiendo el procedimiento establecido en esta Ley para la determinación de responsabilidades. Dicha potestad comprende las facultades para:

1. Declarar la responsabilidad administrativa de los funcionarios, funcionarias, empleados, empleadas, obreros y obreras que presten servicio en los entes señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley, así como de los particulares que hayan incurrido en los actos, hechos u omisiones generadores de dicha responsabilidad.
2. Imponer multas en los supuestos contemplados en el artículo 94 de la presente Ley.
3. Imponer las sanciones a que se refiere el artículo 105 de esta Ley.

Artículo 94. Serán sancionados, de acuerdo con la gravedad de la falta y a la entidad de los perjuicios causados, con multa de cien Unidades Tributarias (100 U.T) a un mil Unidades Tributarias (1.000 U.T), que impondrán los órganos de control previstos en esta Ley, de conformidad con su competencia:

1. Quienes entraben o impidan el ejercicio de las funciones de los órganos de control fiscal.
2. Quienes incurran reiteradamente en errores u omisiones en la tramitación de los asuntos que deban someter a la consideración de los órganos de control fiscal.
3. Quienes sin motivo justificado, no comparecieren cuando hayan sido citados por los órganos de control fiscal.

4. Quienes estando obligados a enviar a los órganos de control fiscal informes, libros y documentos no lo hicieren oportunamente.
5. Quienes estando obligados a ello, no envíen o exhiban dentro del plazo fijado, los informes, libros y documentos que los órganos de control fiscal les requieran.
6. Quienes designen a los titulares de los órganos del control fiscal en los entes y organismos señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley al margen de la normativa que regula la materia.

Asimismo, se tiene que el artículo 105 de la Ley *ejusdem* señala:

Artículo 105. La declaratoria de responsabilidad administrativa, de conformidad con lo previsto en los artículos 91 y 92 de esta Ley, será sancionada con la multa prevista en el artículo 94, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios que se hubieren causado. Corresponderá al Contralor o Contralora General de la República de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ningún otro procedimiento, acordar en atención a la entidad del ilícito cometido, la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro meses o la destitución del declarado responsable, cuya ejecución quedará a cargo de la máxima autoridad; e imponer, atendiendo la gravedad de la irregularidad cometida, su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince años, en cuyo caso deberá remitir la información pertinente a la dependencia responsable de la administración de los recursos humanos del ente u organismo en el que ocurrieron los hechos para que realice los trámites pertinentes.

En aquellos casos en que sea declarada la responsabilidad administrativa de la máxima autoridad, la sanción será ejecutada por el órgano encargado de su designación, remoción o destitución.

Las máximas autoridades de los organismos y entidades previstas en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley, antes de proceder a la designación de cualquier funcionario público o funcionaria pública, están obligados a consultar el registro de inhabilitados que a tal efecto creará y llevará la Contraloría General de la República. Toda designación realizada al margen de esta norma será nula.

Estas normas constituyen el fundamento de rango legal de la potestad sancionatoria de los órganos de control fiscal y que comprende a las Unidades de Auditoría Interna como órganos de control interno por lo que vemos entonces que se encuentran dotadas de las potestades suficientes en el ámbito como para aplicar las sanciones según sea el caso, todo ello en el marco de un procedimiento administrativo que garantice al presunto responsable el derecho a la defensa y al debido procedimiento de los que tiene derecho conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

III. RÉGIMEN DE ESTABILIDAD DE LOS TITULARES DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL INTERNO

Del desarrollo que hemos venido efectuando en líneas anteriores se ha podido resaltar la delicada actividad efectuada por las unidades bajo análisis, y es que no sólo tienen acceso a información que pudiere resultar vital para el ente u órgano de que se trate (como por ejemplo la información financiera o presupuestaria), sino que también tiene amplias potestades para ejercer la potestad de investigación y sancionatoria a que hubiere lugar (caso del procedimiento de determinación de responsabilidades) con las limitaciones que el propio marco normativo le establecen.

Es por esta razón que se hizo necesario dotar de un régimen de estabilidad suficiente al titular de esa dependencia, lo cual posee consagración en el artículo 27 de la LOCGRySNCF, que dispone:

Artículo 27. Todos los titulares de los órganos de control fiscal de los entes y organismos señalados en el artículo 9, numerales 1 al 11, de esta Ley serán designados o designadas mediante concurso público, con excepción del Contralor o Contralora General de la República.

Los titulares así designados o designadas no podrán ser removidos o removidas, ni destituidos o destituidas del cargo sin la previa autorización del Contralor o Contralora General de la República, a cuyo efecto se le remitirá la información que éste o ésta requiera.

De esta forma, se establece el ingreso por concurso público como la forma mediante la cual los titulares de los órganos de control fiscal (lo que incluye a la Unidad de Auditoría Interna), son dotados de la estabilidad requerida para el ejercicio de sus funciones, todo ello en virtud que para su remoción no basta la simple manifestación de voluntad del máximo titular del ente u órgano respectivo, sino que es necesaria la sustanciación de un debido procedimiento administrativo en el cual pueda el interesado ejercer su derecho a la defensa y, si fuere comprobada la falta en ese íter procedimental, se hace necesaria la autorización del Contralor General de la República para que pueda proceder la remoción del titular de dicha unidad.

Tal agravado y complejo mecanismo hace que el Auditor Interno que fuere designado por el respectivo concurso público, no quede sujeto al arbitrio de la autoridad del máximo jerarca del ente u órgano en el cual desempeña sus funciones sino que le permite actuar con la seguridad de que sus procedimientos e investigaciones no supondrán amenaza alguna a la ocupación del cargo en el que se encuentra.

Ahora bien, adicionalmente tenemos que el RLOCGRySNCF establece en su artículo 46 lo que a continuación se señala:

Artículo 46. Con excepción del Contralor General de la República, todos los titulares de los órganos de control fiscal de los organismos y entidades señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de la Ley, serán designados mediante concurso público, organizado y celebrado de conformidad con la reglamentación dictada al efecto por el Contralor General de la República, aplicable en cada nivel territorial.

Precisamente, el concurso antes indicado fue desarrollado por la Contraloría General de la República a través del *“Reglamento sobre los Concursos Públicos para la Designación de los Contralores Distritales y Municipales y los Titulares de las Unidades de Auditoría Interna de los Órganos del Poder Público Nacional, Estatal, Distrital y Municipal y sus Entes Descentralizados”*⁶, el cual establece los pasos a seguir para la convocatoria al mismo así como también el iter procedimental a seguir para la designación del Auditor Interno.

A tales efectos, se tiene que conforme a la normativa indicada el procedimiento para la designación del titular de la Unidad de Auditoría Interna sería el siguiente:

- a. El concurso público para la designación de los titulares de las Unidades de Auditoría Interna de los órganos que ejercen el Poder Público Nacional, Estatal, Distrital o Municipal y sus entes descentralizados, será convocado por la máxima autoridad jerárquica del respectivo ente u organismo mediante acto motivado, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha del vencimiento del período para el cual fue designado el auditor interno saliente; de producirse la vacante absoluta del cargo después de transcurridos seis (6) meses, contados a partir de su designación; o del inicio de las actividades, en caso de constitución de Unidades de Auditoría Interna. (2° párrafo del artículo 6).

Es importante resaltar que en el caso en que la autoridad competente no hubiere efectuado la convocatoria a que se hace referencia en el punto anterior, el Contralor General de la República podrá, mediante Resolución (motivada) que deberá ser publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, convocar los concursos públicos para la designación de los titulares de los órganos de control fiscal respectivos, todo ello sin perjuicio de las sanciones que pudieren derivarse del incumplimiento de la obligación de convocar el concurso. Asimismo, de ser este el caso, en la Resolución de la Contraloría General se ordenará al órgano o autoridad correspondiente, efectuar el llamado público a participar en el concurso, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la

⁶ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.350 del 20 de enero de 2010.

publicación de la citada Resolución y garantizar al jurado que lo tramite hasta su culminación (artículo 7).

De lo anterior se evidencian claramente los poderes que detenta la Contraloría General de la República como Máximo Órgano Rector en materia de Control Fiscal, los cuales deben limitarse en este caso únicamente a efectuar la convocatoria respectiva (siempre y cuando haya operado la omisión del respectivo jerarca) dejando que el Órgano continúe el trámite del procedimiento, esto en aras de “garantizar la idoneidad, capacidad e independencia en el ejercicio de las funciones de los órganos de control fiscal”, en palabras del propio texto normativo, siendo que una intervención que supere este límite podría atentar contra estos mismos principios.

- b. Una vez efectuada la convocatoria, y dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes a la misma, el mismo órgano o autoridad a quién corresponde efectuar la convocatoria deberá (Artículo 8): a) Designar dos (2) representantes en el Jurado con sus respectivos suplentes; b) Notificar a los órganos y entidades que se indican a continuación para que designen a un (01) representante en el Jurado con su respectivo suplente: a’) A la Contraloría General de la República, cuando se trate de concursos para la designación de los titulares de las Unidades de Auditoría Interna de los órganos que conforman el Poder Legislativo, Judicial, Ciudadano y Electoral a nivel Nacional; del Banco Central de Venezuela; del Contralor del Municipio Libertador del Distrito Capital; del Contralor del Distrito Metropolitano de Caracas, así como los titulares de las Unidades de Auditoría Interna de las Contralorías de los Estados; b’) A la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna, sólo cuando se trate de concursos para la designación de los titulares de las Unidades de Auditoría Interna de los órganos y entes que conforman el Poder Ejecutivo Nacional a través de la Administración Pública Nacional Central y Descentralizada Funcionalmente; c’) A la Contraloría del Estado, Distrito o Municipio según su ámbito de competencia, cuando se trate de concursos para la designación de los titulares de la Unidad de Auditoría Interna de los órganos que ejercen el Poder Público Estatal, Distrital y Municipal; d’) A las máximas autoridades del órgano o ente de adscripción o tutela cuando se trate de concursos para la designación de los titulares de la Unidad de Auditoría Interna de los órganos y entes adscritos a los órganos que ejercen el Poder Público Nacional a que se refiere el punto “a””; y e’) A las máximas autoridades del órgano o ente de adscripción o tutela

- cuando se trate de concursos para la designación de los titulares de la Unidad de Auditoría Interna de los órganos y entes adscritos a los órganos que ejercen el Poder Público Estatal, Distrital y Municipal, a que se refiere el punto "c"; c) Efectuar el llamado público a participar en el concurso
- c. Se procederá a tomar juramento a los miembros del Jurado y a sus respectivos suplentes, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la designación de todos sus miembros. Igualmente, las autoridades a que se hace referencia en los puntos "a" al "d" del punto "b" anteriormente mencionado, deberán proceder a designar a sus representantes en el jurado dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su notificación (artículo 9) y si no lo hicieren dentro de este lapso, el ente u órgano convocante deberá llenar esa vacante designándolo él mismo, lo cual hará dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al vencimiento del lapso anteriormente señalado.
- d. Una vez vencido los lapsos anteriores, el órgano o autoridad competente para efectuar la convocatoria, procederá a efectuar el llamado público a participar en el concurso mediante un anuncio en prensa que deberá ser publicado en un diario de mayor circulación nacional, no obstante, el mismo reglamento señala la posibilidad de publicar tal anuncio en otro diario de publicación regional o de la locación en la que tiene su asiento el ente u órgano convocante, lo cual luce acertado ya que en muchas ocasiones aquellos diarios que poseen por su tiraje mayor circulación nacional no abarcan ciertas zonas o regiones a las que sí llegan algunos diarios regionales e incluso locales.

Ahora bien, una vez hecha la publicación en prensa (y si son varias entendemos que desde la última de ellas) deberán dejarse transcurrir cinco (05) días hábiles, luego de los cuales los aspirantes podrán proceder a formalizar su inscripción, lapso éste que no podrá exceder de diez (10) días hábiles (Artículo 11).

- e. Finalizado el lapso de inscripción al que hemos señalado en el punto anterior, y dentro de los quince (15) días hábiles siguiente, el Jurado respectivo procederá a evaluar las credenciales de los aspirantes para "determinar su nivel de capacitación y experiencia laboral", realizará las entrevistas de panel y elaborará una lista por orden de mérito de aquellos que reúnan los requisitos exigidos para el cargo (artículo 35) para que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, sea enviada a la máxima autoridad del órgano o ente convocante a los fines de su publicación en la Secretaría o

Dependencia responsable del área de Recursos Humanos (artículo 35).

- f. Una vez hecho esto, y dentro de los dos (02) días hábiles siguientes a la recepción de la lista a la que se hizo referencia en el literal "e", la autoridad convocante publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, o del respectivo ente político territorial, según sea el caso, el resultado de la evaluación y la identificación del ganador del concurso (artículo 45), así como también dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes a la presentación de los resultados por el Jurado, se procederá a notificar a cada uno de los participantes sobre la puntuación que hubieren obtenido, así como la del ganador y el lapso para la aceptación del cargo, fecha de juramentación y toma de posesión.

Asimismo una vez notificado el concursante ganador del concurso, dispondrá de cinco (05) días hábiles a partir de su notificación para aceptar el cargo (artículo 47). En caso de que el ganador del concurso no se presentare a aceptar su designación al cargo, el órgano o autoridad convocante designará y posesionará dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes a aquel participante que le sigue en la lista por orden de méritos, todo ello con la finalidad de no dejar acéfalo a ese órgano de control interno y precisamente dar garantía de que aquel que resulte ganador lo ha sido producto de la tramitación de un concurso público en el cual fue evaluada su idoneidad para el cargo.

- g. Finalmente, hemos de señalar que este procedimiento culmina con la juramentación y toma de posesión del cargo por quien hubiere resultado ganador del concurso, lo cual conforme lo dispuesto en el artículo 46 del Reglamento deberá hacerse dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes al vencimiento del lapso previsto para la aceptación del cargo a que se refiere el artículo 47.

Debe hacerse énfasis en que este sería el procedimiento para la designación de los titulares de la Unidad de Auditoría Interna de los órganos y entes de la Administración Pública, toda vez que las normas analizadas poseen igualmente otros supuestos aplicables a los titulares de los órganos de control externo que, por el alcance de la presente contribución, no fueron referenciados.

Ahora bien, la Contraloría General de la República a través de diversas circulares dirigidas a las Máximas Autoridades de los Órganos y Entes del Poder Público Nacional ha hecho énfasis en dar cumplimiento a las disposiciones relativas a los concursos públicos, tal y como es el caso de la

Circular N.º 01-00-000784 de fecha 14 de agosto de 2015 y la N.º 01-00-000294 del 07 de abril de 2015, a través de las cuales se indicó que:

(...) las máximas autoridades deben realizar los procedimientos necesarios para convocar el concurso público correspondiente, según lo establece el Reglamento sobre los Concursos Públicos para la Designación de los Contralores Distritales y Municipales y los Titulares de las Unidades de Auditoría Interna de los Órganos del Poder Público Nacional, Estatal, Distrital y Municipal y sus Entes Descentralizados, dictado por el Contralor General de la República, como competencia (...).

Para luego concluir con que "(...) aquellos órganos y entes que integran el Poder Público nacional que no han efectuado la convocatoria del concurso público deberán proceder de inmediato a ejecutar los trámites pertinentes, e informar a la Contraloría General de la República antes de dictar el respectivo acto motivado, sin menoscabo de las sanciones a que hubiere a lugar".

Resulta sumamente inquietante el poco acatamiento que le ha sido dado a las disposiciones no solo de la Ley (que per se es grave) sino a las directrices de la Contraloría General dictadas al respecto, toda vez que tiempo después de haber sido dictadas las circulares mencionadas sigue observándose la grave situación de auditores internos designados como "encargados" tal y como es el caso de los siguientes ejemplos: Gaceta Oficial N.º 40.842 del 03 de febrero de 2016: designación del Auditor Interno "encargado" de la Vicepresidencia Sectorial para el Desarrollo Social y la Revolución de las Misiones; Gaceta Oficial N.º 40.894 del 2 de mayo de 2016: designación del Auditor Interno "encargado" del Instituto Nacional de Servicios Sociales; Gaceta Oficial N.º 40.964 del 11 de agosto de 2016: designación del Auditor Interno "encargado" de la Superintendencia de Seguridad Social; Gaceta Oficial N.º 40.999 del 29 de septiembre de 2016: designación del Auditor Interno "encargado" del Ministerio del Poder Popular de Desarrollo Minero Ecológico; y Gaceta Oficial N.º 41.069 del 06 de enero de 2017: designación del Auditor Interno "encargado" de FOGADE.

Estos son sólo algunos pocos ejemplos de las muchas designaciones de Auditores Internos como "encargados" que se han venido efectuando en franca violación del texto de la LOCGRySNCF así como también de las circulares emitidas por la Contraloría General de la República que, como se ha podido observar, son inclusive PREVIAS a las designaciones efectuadas, no obstante, ya en pleno año 2017 sigue realizándose esta práctica sin que la Contraloría General aplique "las sanciones a que hubiere lugar".

A MODO DE CONCLUSIÓN

Las Unidades de Auditoría Interna como órganos de control fiscal interno desempeñan una notable función en el marco de la estructura organizativa de los órganos o entes de la administración pública, todo ello en razón que al encontrarse ubicadas a lo interno del mismo sujeto que controlan poseen una inmediación mucho mayor respecto de los procedimientos de toda índole que se gestan en el seno de la administración controlada, lo cual coadyuva en tener una visión mucho más completa, cercana y exacta no sólo de las debilidades sino también de las fortalezas con las que cuenta el órgano o ente respectivo.

Así las cosas, resulta indudable la enorme utilidad que posee este órgano de control interno para coadyuvar con el mejoramiento del funcionamiento administrativo, lo cual conseguiría mayor potencialidad si se diera acogida a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico venezolano relativo a la condición de carrera del máximo titular de esas dependencias. Igualmente, hemos de señalar que si bien la Contraloría General de la República ha hecho algunos avances en la normativa aplicable a estos órganos de control interno, y particularmente, ha elaborado manuales y normas de procedimientos a ser utilizados como referencia obligada al momento en que sean concebidos estos instrumentos a lo interno de cada uno de los entes u órganos de que se trate, estos esfuerzos tienden a ser insuficientes si el máximo titular de esa unidad es un encargado designado por el jerarca del órgano o ente que, dicho sea de paso, puede proceder a designar un nuevo encargado ante cualquier actividad de control que por mero capricho no considere conveniente.

La situación anterior se ha convertido en una práctica reprochable que sin duda compromete el buen funcionamiento administrativo, lo cual, en tiempos como el presente en el que nuestra Administración Pública crece a un ritmo imparable llegando a alcanzar la actividad de impensables sectores de la sociedad, necesariamente se traduce en una notoria disminución de la efectividad de los fines perseguidos por aquella, por lo que al ser tal el nivel de impacto de la actividad de la Unidad de Auditoría Interna, esperamos que su actividad y conformación sea enmarcada dentro del marco legal aplicable al que se hizo referencia en el presente trabajo, siempre teniendo en cuenta que la Contraloría General de la República como Máximo Órgano de Control tiene la obligación ineludible de velar porque todas las deficiencias que se presenten sobre el particular sean subsanadas aplicando incluso las sanciones que amerite el caso.

EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

Moisés E. Martínez Silva¹

Resumen: *El artículo que se presenta a continuación recoge un conjunto de reflexiones que forman parte de una investigación más amplia y que, será utilizada para mi trabajo especial de grado de la especialización de Derecho Administrativo. El tema específico a tratar en las páginas siguientes, será el denominado derecho a la buena administración, para aproximarnos a su contenido, naturaleza, caracteres y regulación. Para ello, acudiremos al estudio del Derecho Comparado, del denominado Derecho Administrativo Global, así como de la doctrina y ordenamiento jurídico nacional. Expondremos los elementos generalmente aceptados de ese derecho a la buena administración y nos detendremos brevemente al análisis de algunas disposiciones específicas contenidas en los tratados y cartas de derechos que rigen la Unión Europea; la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública; la Constitución venezolana y otras normas de Derecho interno de interés.*

Palabras clave: *Derecho Administrativo Global – Buena Administración – Gobernanza.*

SUMARIO. Introducción. I. Breve planteamiento sobre la diferencia entre Gobierno y Administración. **II.** El Derecho a una buena administración. **1.** La buena administración en la Unión Europea. **2.** El derecho a la buena administración en Iberoamérica y Venezuela. **A.** Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública. **B.** Control jurisdiccional como garantía de la buena administración. **C.** Derecho a la buena administración en el artículo 141 de la Constitución Venezolana. **D.** Derecho a la buena administración. Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos. **E.** Código de ética del servidor público. **Conclusiones.**

INTRODUCCIÓN

El estudio del Derecho Administrativo, en la mayoría de los casos, se circunscribe al examen o análisis de aquellas actividades que involucren una intervención en el ámbito social, o, dicho de otra manera, se enfoca principalmente en aquellas actividades donde la Administración a través de sus órganos, se interrelaciona con los administrados.

El presente artículo, pretende, de forma general, esbozar algunas de las soluciones que, en el Derecho Comparado y en el Derecho Administrativo Global, han sido planteadas para intentar resolver las fallas típicas de

¹ Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2014).

cualquier Administración Pública, esos remedios tienden a la previsión de procedimientos, principios, derechos y obligaciones, que permitan la optimización y buena gestión de la función pública, a esas previsiones, llamaremos provisionalmente derecho a la buena administración.

Para lograr nuestro objetivo, partiremos del supuesto que el Gobierno y la Administración, son funciones diferentes de la rama ejecutiva del Poder Público, aunque en algunos casos puedan y en efecto coincidan los órganos que ejercen una y otra, dejando para una investigación posterior, el estudio del Gobierno y, por ende, los elementos del buen gobierno. Nos abocaremos entonces, a dilucidar el concepto y alcance del derecho a la buena administración, determinar sí, por su naturaleza es un derecho, un principio o una obligación; e igualmente expondremos las principales características y caracteres aceptados en el Derecho Comparado y Administrativo Global, así como algunas de las previsiones doctrinales y normativas más relevantes que existen en el país al respecto.

I. BREVE PLANTEAMIENTO SOBRE LA DIFERENCIA ENTRE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN

A pesar de no ser este el tema principal del presente artículo, se ha señalado precedentemente, que se partirá del supuesto de que, el Gobierno y la Administración, son funciones diferentes de la rama ejecutiva del Poder Público, para pasar únicamente al estudio de lo que se refiere a la buena administración, siendo que precisar sus diferencias puede resultar un tema arduo y controvertido, sobre el cual no existe una posición unánime, por ello, pasaremos a esbozar unas breves notas que permiten vislumbrar la existencia de tal diferenciación.

Para apreciar los contrastes entre una y otra institución, nos circunscribiremos al análisis de esas en Venezuela. Lo primero que se debe establecer, es que los órganos de Gobierno y los superiores de la Administración Pública en Venezuela, coinciden parcialmente, así, el Decreto sobre la Organización General de la Administración Pública publicado en Gaceta Oficial Extraordinario nro. 6.238 de fecha 13 de julio de 2016, establece que los órganos que conforman el Nivel Central de la Administración Pública está integrado por la Presidencia, la Vicepresidencia, las Vicepresidencias sectoriales, el Consejo de Ministros, los Ministerios y demás órganos creados por la Ley, mientras que a los órganos encargados de la dirección de la acción de Gobierno, de conformidad con el artículo 4 de dicho decreto son “a quienes les corresponde la coordinación general de los demás órganos superiores de dirección, así como la definición de las líneas elementales en la formulación de políticas públicas, su ejecución y control” y estará a cargo de la Presidencia,

la Vicepresidencia, las Vicepresidencias sectoriales y el Consejo de Ministros, existiendo una coincidencia parcial con los órganos centrales de la Administración y los de Gobierno, excluyendo los últimos a los Ministros y a otros órganos creados por vía legal.

No obstante esa coincidencia parcial en lo que respecta a los órganos superiores de uno y otro, podemos establecer, como primera diferencia, que la Administración Pública, abarca una mayor variedad de órganos y entes que aquellos que se encargan de ejercer la función de gobierno.

Por otra parte, desde el punto de vista funcional, nos remitimos a los planteamientos del Dr. BREWER-CARIÁS² para quien, la función de Gobierno o política es aquella mediante la cual se dirige, ordena y conduce la política del Estado, está atribuida típicamente a los órganos superiores que ejercen la rama Ejecutiva del Poder Público, y lo hacen en ejecución directa de la Constitución.

Mientras que la Administración en ejercicio de la función administrativa, gestionan el interés público y se relaciona con los particulares como sujeto de derecho, en ejecución directa de la Ley e indirecta de la Constitución, por lo que sus actos son de rango sublegal.

A pesar de la simpleza y aparente claridad de esa distinción, en la práctica, resulta engorroso determinar cuándo un órgano de la rama ejecutiva ejerce una u otra función. Para el reconocido autor patrio PEÑA SOLÍS, resulta imperativo realizar el análisis individualizado de cada norma atributiva de competencia para poder determinar cuando estos órganos actúan en función política o de gobierno y cuando lo hacen en ejercicio de la función administrativa, tal como lo establece en los siguientes términos:

El único método para intentar lograr el referido esclarecimiento radica en el análisis de la norma constitucional atributiva de competencia, la cual en casi la totalidad de los casos alude a competencias políticas y administrativas conjuntamente. De modo, pues, que corresponde al intérprete, y en última instancia a los órganos jurisdiccionales competentes, realizar la mencionada determinación, siempre orientados por las variables que la doctrina denomina dirección política del Estado, y dirección administrativa, o ejecución de la política general formulada por el Gobierno³.

² Allan Brewer-Carías: “Las funciones del Estado, la función administrativa, y las actividades estatales”. *La función administrativa del Estado. Cuatro amigos, cuatro visiones sobre el derecho administrativo en América Latina. Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello N° 30*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, pp. 211-221.

³ José Peña Solís: *Manual de Derecho Administrativo. Tomo II*. 1ra ed. 4ta reimpresión. Ediciones Paredes. Caracas, 2012, p. 431.

El autor español, RODRÍGUEZ-ARANA, ya abordando más concretamente el tema del buen gobierno y la buena administración, reconoce la complejidad de diferenciar en determinadas ocasiones al Gobierno y a la Administración, no obstante, termina estableciendo de forma general su diferencia de la siguiente manera:

Es verdad que con frecuencia se confunde gobierno con gestión o administración, pero en realidad el complejo gobierno-administración, indisolublemente unido, hace referencia a la cabeza y al cuerpo. La cabeza manda y el cuerpo concreta sus dictados. Unos dictados, insisto, que no son, no deben ser, caprichosos o arbitrarios, sino proyección del programa electoral que concitó la mayoría en las elecciones. La administración, pues, está bajo la dirección del gobierno, pero ni se confunde ni con ella se identifica. Por eso, cuándo tratemos de buen gobierno o de buena administración o gestión pública, queremos decir que ambas actividades, distintas, pero íntimamente unidas, deben confeccionarse con arreglo a los postulados que las conforman en el marco del sistema político, fundamentalmente en forma de materializaciones concretas que son trasunto de los valores o vectores marcados por el gobierno de turno⁴.

Todo lo anterior, tiene la finalidad de dejar claro que, a pesar de lo complejo que puede resultar la distinción entre Administración y Gobierno, el objeto del presente artículo estará delimitado, únicamente al ámbito de la actuación de los órganos de la Administración Pública de la rama ejecutiva del Poder Público, actuando en función administrativa y consecuentemente, al principio o derecho de la buena administración, dejando para un estudio posterior, el análisis sobre el concepto, contenido, regulación y límites del ejercicio de la función de Gobierno o Política, e incluso sobre el ejercicio de la función administrativa y/o de Gobierno, por órganos de otras ramas del Poder Público diferente al ejecutivo. Sin embargo, resultará imperativo realizar algunas menciones a nociones de gobernanza y buen gobierno, para el establecimiento de diferencias o explicaciones.

II. EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

El autor italiano CASSESE⁵, haciendo referencia a su vez, a las palabras de Jacob Söderman, establece –refiriéndose a los países miembros de la Unión Europea– que el siglo XXI sería el siglo de la buena administración, pero para

⁴ Jaime Rodríguez-Arana: “Gobernanza, Buena Administración y Gestión Pública”. *Seminario de Modernización y Apertura de la Administración Pública*. Disponible en: http://aragonparticipa.aragon.es/sites/default/files/ponencia_jaime_rodriguez_arana.pdf

⁵ Sabino Cassese: *Il diritto alla buona amministrazione. Relazione alla “Giornata sul diritto alla buona amministrazione” per il 25 anniversario della legge sul “Sindic de Greuges “della Catalogna, Barcellona*. Disponible en: <http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/05/Diritto-alla-buona-amministrazione-barcellona-27-marzo.pdf>

comprender el alcance de tal afirmación debemos comenzar por saber: ¿qué debemos entender por una buena administración?

La buena administración se encuentra íntimamente ligada a los conceptos de gestión pública y las exigencias de buen gobierno y gobernanza contemporáneas, sin identificarse plenamente con esos. El término gobernanza surge como una propuesta para superar las formas tradicionales de gobierno y administración pública basadas en el modelo burocrático weberiano, y se caracteriza por una serie de políticas que buscan redefinir el rol del Estado en aras de hacer más eficientes los procesos de toma y ejecución de decisiones, por lo tanto, “se configura como un atributo que caracteriza a las sociedades capaces de afrontar con éxito los retos del progreso y el bienestar”⁶. Por lo tanto, para poder hablar de gobernanza, es necesario que cada ordenamiento jurídico establezca previamente las condiciones necesarias para la existencia de una buena administración y de un buen gobierno; es por ello que la buena administración, es un presupuesto de la gobernanza y se materializa en disposiciones expresas, que permitan hacer efectiva y tangibles las reformas de la Administración Pública que generen desarrollo y bienestar social, por tal razón puede resultar un concepto de engorrosa aprehensión y cuyo contenido puede mutar dependiendo de las regulaciones específicas de cada Estado.

A pesar de lo dicho, en primer lugar, debemos referirnos a la naturaleza jurídica del derecho a buena administración y, en ese sentido es posible señalar que la misma puede tener y en efecto tiene una triple naturaleza, siendo que la buena administración es entendida tanto como un principio del Derecho y, por ende, una fuente formal de Derecho Administrativo; como un derecho subjetivo de los administrados y; como un deber jurídico para la Administración de impretermitible cumplimiento. Así lo establece PONCÉ SOLÉ, señalando además que, en algunos ordenamientos jurídicos puede apreciarse la triple naturaleza de la buena administración, mientras que en otros, está concebida o consagrada solo como un principio, derecho o deber, según sea el caso:

Dado que la configuración del derecho a una buena administración dependerá de cada ordenamiento jurídico concreto (de sus normas constitucionales, en su caso, y de la legislación) es difícil intentar ofrecer un análisis de tal derecho. En todo caso, podemos intentar avanzar algunas cuestiones relevantes. Así, la buena administración puede tener en un ordenamiento jurídico dado una triple vertiente. De un lado, puede ser un principio general del Derecho, constitucionalizado, integrado por diversos subprincipios (caso de la

⁶ Francisco Longo: “Introducción. Los directivos públicos ante los retos de la gobernanza contemporánea”. *Los Escenarios de la Gestión Pública del Siglo XXI*. Bellaterra Ediciones. España, 2008, p. 30.

Constitución española, como veremos). A la vez, puede ser un deber jurídico constitucional, que aparezca, en su caso, como en España y Costa Rica, implícitamente) como suma de todos los deberes jurídicos derivados de los mencionados principios, configurándose como un auténtico deber jurídico de hacer, con todas las notas típicas aisladas por la doctrina en referencia a los deberes jurídicos. Finalmente, cuando así haya sido reconocido legalmente, será, además, un derecho subjetivo típico o activo, que otorga el poder a su titular para exigir la realización por parte de las Administraciones públicas de aquellas actuaciones incluidas en su contenido, pudiéndose reaccionar jurídicamente contra el incumplimiento de dichas obligaciones jurídicas públicas⁷.

Entendiendo a la buena administración como un principio, CASSESE⁸ señala que su significación ha evolucionado, dado que dejó de ser un principio concebido únicamente para optimizar la eficacia en la gestión de la Administración Pública, para convertirse en un principio de los derechos ciudadanos, el cual busca la protección y tutela de los intereses de esos últimos en las relaciones con la Administración. Asimismo, establece que, de ser un principio programático en sus inicios, en la actualidad es un verdadero precepto atributivo-imperativo, atribuyendo derechos subjetivos a los ciudadanos y correlativas obligaciones a la Administración.

En ese orden de ideas, definiendo a la buena administración como un derecho fundamental, el reconocido autor español RODRÍGUEZ-ARANA, afirma que “[l]a buena administración de instituciones públicas parte del derecho ciudadano a que sus asuntos comunes y colectivos estén ordenados de forma y manera que reine un ambiente de bienestar general e integral para el pueblo en su conjunto. Las instituciones públicas, desde esta perspectiva, han de estar conducidas y manejadas por una serie de criterios mínimos (...)”⁹. Es decir, la buena administración puede ser definida o apreciada como los requisitos mínimos de eficiencia en la gestión pública que permitan alcanzar el bienestar general y colectivo, centrandó esa definición en el rol protagónico que deben tener los ciudadanos a luz de ese derecho, en las relaciones frente a la Administración.

Cónsono con la definición anterior, y aproximándonos un poco más a la conceptualización de ese derecho, el autor patrio, profesor JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ, afirma que, el concepto de buena administración se encuentra íntimamente ligado al nuevo paradigma de la Administración Pública que surge con el advenimiento de la cláusula del Estado Social y que, por tanto,

⁷ Juli Ponce Solé: “El derecho a buena administración, la discrecionalidad administrativa y la mejora de la gestión pública”. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora*. Año 2. N° 2 (jan./dez.). Belo Horizonte, 2012, p. 310. Disponible en: <https://www.pjf.mg.gov.br/secretarias/pgm/revista/arquivos/2012.zip>

⁸ S. Cassese: *Il diritto alla buona amministrazione...* Op. cit., p. 6.

⁹ J. Rodríguez-Arana: *Gobernanza, Buena Administración y Gestión Pública...* Op. cit., p. 17.

implica una redefinición de la actividad prestacional de la Administración, la cual, “debe basarse en cauces de participación ciudadana, abiertos, y democráticos, que permitan identificar con precisión las áreas de atención de tal actividad, conforme a los principios de menor intervención y subsidiariedad, límites fundamentales a tal actividad”¹⁰. Esto, guarda relación con la tesis de la Administración vicarial, o al servicio de los ciudadanos, también del referido autor, de la cual haremos mención más adelante.

Todo lo anterior, nos deja entrever que, la buena administración, es un principio, derecho y deber, enmarcado dentro de los principios del Estado Social de Derecho y que exige la existencia y cumplimiento de determinadas condiciones mínimas en los diferentes órganos y entes de la Administración Pública, que permitan la consecución del bienestar de los ciudadanos. Para determinar cuáles son esas condiciones o requisitos mínimos, es necesario analizar o estudiar cada ordenamiento jurídico en concreto.

Para ello, hemos de comenzar con una regulación del Derecho Comunitario europeo, que si bien, no fue la primera en establecer condiciones o estándares de calidad de gestión de la Administración Pública para con los ciudadanos, sí fue pionera en su sistematización, agrupación y denominarlas expresamente como derecho a la buena administración.

1. La buena administración en la Unión Europea

Podemos señalar que, la doctrina remonta como antecedente de la configuración del principio de una buena administración, las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que *tímidamente* hacían mención a la necesidad de instaurar buenas prácticas administrativas o una sana Administración en la Unión Europea, siendo que, en sus inicios, la buena administración tenían simplemente un carácter interpretativo o axiológico, sin embargo, fue evolucionando hasta adquirir un verdadero carácter normativo¹¹.

¹⁰ José Ignacio Hernández: “Eduardo García Enterría y la renovación del Derecho Administrativo”. *La Protección de los derechos frente al poder de la Administración*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, p. 71.

¹¹ Para mayor detalle ver nota al pie N° 42 de Luca Perfetti: “Diritto ad una Buona Amministrazione, determinazione dell’interesse Pubblico ed Equità”. *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*. 2010, p. 806. Disponible en: https://www.academia.edu/1457909/Diritto_ad_una_buona_amministrazione_determinazione_dellinteresse_pubblico_ed_equit%C3%A0?auto=download. Donde se establece lo siguiente: “Si pone da subito il tema della natura del principio, sicché si avanza l’idea ch’esso valga ad integrare le norme ove assenti ovvero ad imporre comportamenti doverosi per le istituzioni ma non immediatamente giustiziabili dai destinatari e, per questa seconda via, il principio diviene elemento interpretativo — e forse integrativo — di disposizioni esistenti,

La buena administración apareció consagrada como principio de derecho en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada por el Parlamento Europeo el 7 de diciembre de 2000 en Niza y adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo; posteriormente se intentó acoplar el contenido de dicho artículo en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el cual, a pesar de ser aprobado por el Parlamento Europeo el 18 de junio de 2003, y suscrito en Roma el 29 de octubre de 2004 por los jefes de gobierno de los países que formaban la Unión Europea, también es denominada la Constitución Europea, o la Constitución no nacida, en virtud que no fue ratificada por todos los Estados miembros de la Unión, lo cual era imperativo para su entrada en vigencia. El artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea referido al derecho a una buena administración establece lo siguiente:

Artículo 41 – Derecho a una buena administración:

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.
2. Este derecho incluye en particular: - el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, - el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la

senza divenire per se' principio con forza autonoma (si veda l'evoluzione di Corte di giustizia dalla sentenza 15 marzo 1984, causa 64/82, Tradax Graanhandel BV — ove rilevanti le conclusioni dell'avvocato generale Sir Gordon Slynn del 27 ottobre 1983 — a Corte di giustizia 13 luglio 1966, cause riunite 56 e 58/64, Consten & Grundig contro Commissione). L'idea che il principio di buona amministrazione non solo sia strumento di interpretazione delle norme e dovere — ancorche' non giustiziabile da se' solo — degli organi, evolve rapidamente (Tribunale di primo grado del 27 febbraio 1992, cause riunite T-79, 84, 85, 86, 91, 92, 94, 96, 98, 102, 104/89, BASF AG e altri contro Commissione delle Comunita' europee) verso il superamento del principio come norma interna. Dalla sentenza del Tribunale di primo grado del 17 dicembre 1991, causa T-7/89, SA Hercules Chemicals NV contro Commissione delle Comunita' europee, le regole interne dell'organizzazione — di buona e sana amministrazione — divengono giustiziabili da parte dei terzi (ed in specie dei destinatari della decisione) giacche' se la norma interna vincola l'apparato amministrativo, costituendo obblighi, a questi ultimi corrisponderanno diritti che sorgono in capo ai destinatari dell'azione amministrativa (non si puo` non notare la similitudine rispetto alla giustiziabilita` delle norme interne che ha impegnato, nei decenni passati, parte autorevolissima della nostra dottrina — solo per i riferimenti bibliografici si puo` consultare, di chi scrive, Principi costituzionali, istituti del diritto amministrativo ed interpretazione delle norme, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Anuario 2004, Milano, 2005, 73). Il principio, quindi, diviene regola e da subito si collega con i principi di legalita` e certezza del diritto (Tribunale di primo grado, 25 marzo 1999, causa T-37/97, Forges de Clabecq, Corte di giustizia, 16 gennaio 2003, causa C-205/01, Paesi Bassi)'.

confidencialidad y del secreto profesional y comercial, la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.
4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

PERFETTI¹², haciendo un análisis exegético del artículo anteriormente transcrito, establece que la totalidad de las expresiones del derecho a la buena administración, ya estaban consagradas o formaban parte de la tradición jurídica de la mayoría de los países integrantes de la Unión Europea. Y que tales manifestaciones buscan redefinir la relación clásica entre los particulares y la sociedad frente a la Administración Pública, debiendo estar presentes en todos los órganos y entes y en especial en las instituciones comunitarias.

A tenor de lo establecido en el artículo 41 antes citado, el derecho a la buena administración está contenido por los siguientes derechos o subprincipios: el derecho a una buena administración se concreta en el requisito de la imparcialidad de la Administración; el derecho a un tratamiento igual ante la Ley; la garantía de un procedimiento de duración razonable; el derecho a ser escuchado; el derecho a la motivación de las decisiones; el derecho a ser resarcido por los daños sufridos a causa de la acción ilícita de las instituciones comunitarias o el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración; y la posibilidad de dirigirse y obtener respuesta de las instituciones de la Unión.

Dicho lo anterior, es necesario precisar que, de una interpretación literal de esa disposición normativa, podemos inferir, que el derecho a la buena administración tal como fuera consagrado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, está conformado en su mayoría por principios procedimentales, que buscaban regular las relaciones entre los ciudadanos y la Administración.

A pesar de lo anterior, RODRÍGUEZ-ARANA, nos señala que la buena administración en la Unión Europea, no se limita al establecimiento de meros principios o enunciados, sino que es un verdadero derecho fundamental ciudadano ya que:

[R]eposa sobre las más altas argumentaciones del pensamiento democrático: en la democracia, las instituciones políticas no son de propiedad de políticos o altos

¹² L. Perfetti: *Diritto ad una Buona Amministrazione...* Op. cit., p. 802.

funcionarios, sino que son del dominio popular, son de los ciudadanos, de las personas de carne y hueso que día a día, con su esfuerzo por encarnar los valores cívicos y las cualidades democráticas, dan buena cuenta del temple democrático en la cotidianeidad. Por ello, si las instituciones públicas son de la soberanía popular, de dónde proceden todos los poderes del Estado, es claro que han de estar ordenadas al servicio general, y objetivo, de las necesidades colectivas. Por eso, la función constitucional de la administración pública, por ejemplo, se centra en el servicio objetivo al interés general. Así las cosas, si consideramos que el ciudadano ha dejado ser un sujeto inerte, sin vida, que tenía poco menos que ser enchufado a la vida social por parte de los poderes públicos, entonces comprenderemos mejor el alcance de este derecho¹³.

Resulta importante señalar que, el Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el cual fue firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, en su artículo 6.1 reconoce y otorga carácter vinculante a todos los derechos fundamentales establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluyendo, por supuesto, el artículo 41 de la Constitución Europea, en el cual se estableció expresamente el Derecho a la buena administración. Aunado a lo anterior, el artículo 15 del Tratado de Lisboa, a “fin de fomentar una buena gobernanza” (para lo cual debe existir un buen gobierno y buena administración), consagra la obligación de los órganos de la Unión de respetar el principio de apertura, mejor conocido en Venezuela como el principio de publicidad del expediente administrativo, siendo este, el único principio procedimental expresamente establecido en el referido Tratado, lo cual no implica, que no serán aplicables otros elementos de la buena administración a los procedimientos de la Unión Europea. Algunos autores¹⁴, consideran que el Tratado de Lisboa también consagra la participación y la transparencia como elementos de la buena administración, no obstante, esos principios también pueden incluirse dentro del derecho al buen gobierno, que como ya hemos mencionado, le daremos un tratamiento diferenciado.

2. El Derecho a la buena administración en Iberoamérica y Venezuela

En la actualidad, se habla de un Derecho Administrativo Global, Mundial o Transnacional (más allá de las diferencias que pueda existir entre uno y otro vocablo), para referirse a la existencia de un “derecho administrativo

¹³ J. Rodríguez-Arana: *Gobernanza, Buena Administración y Gestión Pública... Op. cit.*, 17.

¹⁴ Javier Guillem Carrau: “La buena administración en la UE tras el tratado de Lisboa: ¿más por menos?”. *Corts Valencianes: Anuario de derecho parlamentario*. N° 25. España, 2011, pp. 69-103. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3870621.pdf>

desacoplado del Estado”¹⁵ por lo que no necesariamente se rige por tratados o normas de Derecho Comunitario para cuya formación se requiera intervención estatal, pero que aún sí, es de obligatorio cumplimiento para las administraciones públicas estatales. Venezuela, no escapa de esa cobertura y se rige igualmente por normas del denominado Derecho Administrativo Global¹⁶, entre esas, a efectos del presente artículo, resultar imperativo destacar la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública.

A. Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública

La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública fue aprobada por el Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), del cual forma parte Venezuela, en Caracas el 10 de octubre de 2013 y adoptada por la Organización de Estados Iberoamericanos en XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en la Ciudad de Panamá los días 18 y 19 de octubre de 2013. En ella, se consagra expresamente, el Derecho a la buena administración, es su tres vertientes, a saber “como principio general de aplicación a la Administración Pública y al Derecho Administrativo”; como “una obligación de toda Administración Pública que se deriva de la definición del Estado Social y Democrático de Derecho, especialmente de la denominada tarea promocional de los poderes públicos en la que consiste esencialmente la denominada cláusula del Estado social” y; “desde la perspectiva de la persona, se trata de un genuino y auténtico derecho fundamental a una buena administración Pública, del que se derivan, como reconoce la presente Carta, una serie de derechos concretos, derechos componentes que definen el estatuto del ciudadano en su relación con las Administraciones Públicas y que están dirigidos a subrayar la dignidad humana”¹⁷.

La Carta define el derecho a una buena administración por su finalidad y sus elementos constitutivos, señalando que la buena administración

¹⁵ Diogo De Figueiredo Moreira Neto: *La protección de los derechos frente al poder de la Administración*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, pp. 183.

¹⁶ José Antonio Muci Borjas: “El derecho fundamental a una buena administración y la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública”. *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación*. Tomo II. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2015, pp. 913.

¹⁷ Preámbulo de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública. Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD). Caracas, 2013, pp. 2-3.

“consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana”¹⁸. Y de seguidas, pasa a enumerar un amplio catálogo de derechos que se derivan o que deben estar presentes en toda buena administración y que simplemente mencionaremos: derecho a la motivación de las actuaciones administrativas; derecho a la tutela administrativa efectiva; derecho a una resolución administrativa amparada en el ordenamiento jurídico, equitativa y justa, de acuerdo con lo solicitado y dictada en los plazos y términos que el procedimiento señale; derecho a presentar por escrito o de palabra peticiones de acuerdo con lo que se establezca en las legislaciones administrativas de aplicación, en los registros físicos o informáticos; derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de la Administración Pública, absteniéndose de hacerlo cuando estén a disposición de otras Administraciones públicas del propio país; derecho a ser oído siempre antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente; derecho a servicios públicos y de interés general de calidad; derecho a conocer y a opinar sobre el funcionamiento y la calidad de los servicios públicos y de responsabilidad administrativa para lo cual la administración pública propiciará el uso de las TICs; derecho a formular alegaciones en el marco del procedimiento administrativo; derecho a presentar quejas y reclamaciones ante la Administración Pública. Los ciudadanos también tendrán derecho a presentar recursos contra actos o resoluciones de la Administración Pública de acuerdo con los correspondientes ordenamientos jurídicos; derecho a conocer las evaluaciones de gestión que hagan los entes públicos y a proponer medidas para su mejora permanente de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente; derecho de acceso a la información pública y de interés general, así como a los expedientes administrativos que les afecten en el marco del respeto al derecho a la intimidad y a las declaraciones motivadas de reserva que habrán de concretar el interés general en cada supuesto en el marco de los correspondientes ordenamientos jurídicos; derecho a copia sellada de los documentos que presenten a la Administración Pública; derecho de ser informado y asesorado en asuntos de interés general; derecho a ser tratado con cortesía y cordialidad; derecho a conocer el responsable de la tramitación del procedimiento administrativo; derecho a conocer el estado de los procedimientos administrativos que les afecten; derecho a ser notificado por escrito en los plazos y términos establecidos en las disposiciones correspondientes y con las mayores garantías, de las

¹⁸ Capítulo Tercero: El derecho fundamental a la buena administración pública y sus derechos derivados. Párrafo 25. Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública.

resoluciones que les afecten; derecho a participar en asociaciones o instituciones de usuarios de servicios públicos o de interés general; derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades de las personas al servicio de la Administración Pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas de acuerdo con el ordenamiento jurídico respectivo¹⁹.

Podemos apreciar, que gran parte de esos derechos ya se encuentran consagrados en nuestro ordenamiento, bien como principios informadores de Derecho Administrativo venezolano o propiamente como derechos constitucionalizados o establecidos en leyes generales o especiales, sin embargo, en el marco del Derecho Administrativo Global y de conformidad con lo establecido en nuestro artículo 23 Constitucional y párrafo 54 de la propia Carta, estos subprincipios de la buena administración prevalecen en el orden interno venezolano y “tendrán la protección administrativa y jurisdiccional de los derechos humanos previstos en los diferentes ordenamientos jurídicos”²⁰.

B. Control jurisdiccional como garantía de la buena administración

Si bien el control jurisdiccional y la tutela judicial efectiva son principios que no forman propiamente parte integrante del concepto de la buena administración, sin ellos, resultaría nugatorio cualquier intento por parte de los ciudadanos de hacer valer los referidos derechos ante violaciones de la Administración Pública. En ese sentido, se requiere no solo la existencia de Tribunales capaces de conocer los vicios incurridos por la Administración en ejercicio de la actividad administrativa, como en el caso de Venezuela existe la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, regulada por la Ley Orgánica de homónimo nombre, sino que esos órganos jurisdiccionales deben, ser expeditos, imparciales e independientes.

Frente a los órganos jurisdiccionales nacionales, y cónsono con el reconocimiento del Derecho Administrativo Global, surgen órganos jurisdiccionales globales que buscan reforzar la protección y respeto al derecho a la buena administración, como son el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), a los fines de resolver disputas relacionadas a la protección internacional de inversiones y la Corte

¹⁹ Para ver el contenido completo de los derechos ver: párrafos 26 al 46 Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública.

²⁰ Párrafo 54 de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública. Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo.

Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH), que pretende la protección de los Derechos Humanos de los ciudadanos.

Es importante resaltar que, Venezuela ha denunciado tanto el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados; como la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, por las cuales era aplicable al Estado Venezolano la jurisdicción del CIADI y la CIDH respectivamente²¹.

C. Derecho a la buena administración en el artículo 141 de la Constitución Venezolana

El autor patrio JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ²², analizando el rol de la Administración Pública en los procesos de desarrollo contemporáneos, así como los conceptos de gobernanza, buen gobierno y buena administración, establece con respecto a esa última definición que, en el marco del Estado Social, no puede hablarse de cualquier Administración, sino de una Administración Pública centrada en el ciudadano y su libertad y por ende que cumpla una función vicarial, es decir, que esté al servicio de los ciudadanos, hallando tal consagración en el artículo 141 de nuestra Constitución vigente, la cual establece: “La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”.

En ese artículo constitucional, se encuentran establecidos algunos presupuestos propios de la buena gobernanza más que de la buena administración, no obstante, también es cierto que, para la procura y cumplimiento de las disposiciones tendientes a la consecución de una buena administración, es imperativo cambiar la concepción misma de la Administración Pública como “instrumento esencial del Estado establecido para gerenciar, es su nombre y por su cuenta, la satisfacción de las necesidades colectivas de las sociedad que constitucional y legalmente esté obligado a asumir, por lo que como tal instrumento, su misión esencial es estar al servicio

²¹ Para profundizar en el tema ver: J. I. Hernández: *Eduardo García Enterría y la... Op. cit.*, pp. 75-76; José Ignacio Hernández: *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*. Editorial Jurídica Venezolana y Centro para la Integración y el Derecho Público. Caracas, 2016; Carlos Ayala Corao: *Del Diálogo Jurisprudencial al Control de Convencionalidad*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012.

²² José Ignacio Hernández: *Administración Pública, desarrollo y libertad en Venezuela*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2012, pp. 138-149.

de los ciudadanos o administrados”²³; por lo cual, la función vicarial de la Administración Pública venezolana consagrada en el artículo 141 constitucional, también juega un rol fundamental en la configuración y transformación hacia una buena administración.

D. Derecho a la buena administración. Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos

Ahora bien, resulta relevante hacer mención a normas de rango legal que prevén una serie de derechos y principios que deben regir los procedimientos administrativos y que reproducen, gran parte de los derechos contenidos por el derecho a la buena administración europeo e Iberoamericano, según lo visto precedentemente.

En primer lugar, encontramos la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, publicada en Gaceta Oficial nro. 2.818, de fecha 1° de Julio de 1981, en ella se consagran principios como el derecho de petición y derecho de queja; respuesta oportuna; responsabilidad patrimonial de la Administración; responsabilidad funcional; publicidad del expediente administrativo; deber de motivación de los actos; principios de economía, eficacia, celeridad e imparcialidad; derecho a recurrir de los actos; entre otros.

Por su parte, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria nro. 6.149, de fecha martes 18 de noviembre de 2014, consagra en su articulado diversas disposiciones, en las cuales se pretende generar un bienestar ciudadanos frente a los trámites y procedimientos que estos deban realizar ante la Administración Pública, prohibiendo la exigencia de copias, documentos o requisitos que no se encuentren expresamente establecidos en la Ley, simplificando trámites y estructuras organizativas; prohibiendo a la Administración solicitar recaudos que ya estén o deberían estar previamente acreditados y; establece todo un capítulo denominado “La Administración Pública al Servicio de los Ciudadanos”, en el cual se establece el deber de la Administración de capacitar a los funcionarios; el deber de informar y asistir a los ciudadanos; el derecho de los administrados de conocer es estatus de sus trámites y el establecimiento de sistemas electrónicos y automatizados de gestión. Principios, derechos y deberes que, de ser efectivamente acatados,

²³ Allan Brewer-Carías: “Los condicionantes políticos de la Administración Pública en la Venezuela contemporánea”. *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación*. Tomo II. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2015, p. 722.

propenderían al alcance de una verdadera buena administración. El conocido jurista venezolano ARAUJO JUÁREZ, refiriéndose a la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos del año 2008, señala la importancia de los principios contenidos en esa Ley a los efectos de la materialización del contenido del derecho a la buena administración de la siguiente manera:

Y es que hoy el procedimiento administrativo no se contempla sólo desde una perspectiva jurídica, sino que también se considera uno de los principales mecanismos de realización del principio constitucional de buena administración, lo que se proyecta en múltiples estudios sobre la agilización, simplificación y optimización de los procedimientos administrativos, y sobre todo la calidad en las decisiones administrativas, uno de los objetivos más perseguidos por la LSTA, y de los temas escasamente tratados por la doctrina reciente. Las conexiones entre el procedimiento administrativo y la "buena administración," no sólo tienen interés doctrinal, ya que quedan reflejadas en el derecho constitucional a la plena tutela judicial, que también tiene naturaleza de principio, a través de la figura del agotamiento de la vía administrativa²⁴.

Ahora bien, tal como señala HERNÁNDEZ²⁵, la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos ha sido simplemente ignorada, siendo imperativo su acatamiento por parte de los órganos y entes de la Administración Pública y que, de forma concordada con Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo se racionalicen los procedimientos existentes y se tienda a la implementación de una Administración electrónica.

E. Código de ética del servidor público

Finalmente, el Conejo Moral Republicano a través de la Resolución nro. CMR-016-2013 de fecha 1° de diciembre de 2013, publicada en Gaceta Oficial 40.314 del 12 de diciembre de 2013, dicta el Código de Ética de las servidoras y los servidores públicos, que pasa a derogar el Código de conducta de los servidores públicos del año 1998.

Este Código de ética impone en su artículo 5° a los funcionarios públicos una serie de deberes que, igualmente, encuadran en la definición buena administración, esta vez, en su naturaleza de deberes de la Administración. El referido artículo reza lo siguiente:

Artículo 5. Son deberes de las servidoras y los servidores públicos:

²⁴ José Araujo-Juárez: *Derecho Administrativo venezolano. Aproximación a su construcción científica*. Disponible en: http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/boletines/derecho-admin/1_boletin/JOSE_ARAUJO_JUAREZ.pdf

²⁵ J. I. Hernández: *Administración Pública, desarrollo y libertad... Op. cit.*, pp. 185-187.

- 1) Salvaguardar en todo momento y en cada una de sus actuaciones, los intereses del Estado y preservar el patrimonio público.
- 2) Actuar con estricto apego a lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y a todas las demás normas e instrucciones que deben regir su comportamiento en la realización cabal de todas las tareas que le hayan sido asignadas.
- 3) Dedicar todos sus esfuerzos para cumplir, con la máxima eficiencia y la más alta eficacia, la misión que le esté encomendada.
- 4) Realizar permanentemente actividades de superación personal y de colaboración en el mejoramiento institucional de la Administración Pública y, en particular, del ente u organismo donde preste sus servicios.
- 5) Rehusar con firmeza inequívoca el mantenimiento y relaciones o de intereses, con persona u organizaciones, que sean incompatibles con sus cargos y con las atribuciones y funciones que le estén asignadas.
- 6) Proceder con objetividad e imparcialidad en todas las decisiones que le corresponda tomar y en los asuntos, en los que deba intervenir.
- 7) Rechazar en cualquier caso y circunstancia y no solicitar jamás, ni para sí mismo ni para terceros, pagos, prebendas, privilegios u otros beneficios indebidos con ocasión de los servicios que deba prestar.
- 8) Ajustar su conducta, de modo estricto y sin excepciones, a favor de la transparencia de la Administración Pública manteniendo la confidencialidad y reserva de información, salvo las excepciones que expresamente establezca la ley.
- 9) Tratar a los ciudadanos y ciudadanas y a las servidoras y los servidores públicos con absoluto respeto y prestar sus servicios y colaboración de manera eficiente, puntual y pertinente, sin abusar de modo alguno de la autoridad y atribuciones que les sean conferidas con ocasión del cargo que desempeñe.

Es así como observamos que, en el ordenamiento jurídico venezolano, y en el Derecho Administrativo Global, existen diferentes normas, de diferentes rangos, que consagran la buena administración en su forma de principio, de derecho y de deber, a las cuales hace mención la doctrina

CONCLUSIONES

Haciendo un estudio en abstracto, no parece necesario recopilar o consagrar expresamente en Venezuela un derecho a la buena administración como ocurrió con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dado que, por virtud de normas de Derecho Administrativo Global, constitucionales, legales y sublegales, ya se encuentran vigentes en nuestro

ordenamiento jurídico, diversos principios y subprincipios, derechos y obligaciones, tendientes a la consecución de una buena administración.

Ahora bien, en la práctica, cualquier previsión o precepto por más completo que sea, resulta insuficiente si no son acatados por los operarios públicos a quienes les corresponda su cumplimiento. Es ese sentido, el control jurisdiccional juega un rol fundamental, ya que son los tribunales contenciosos administrativos y los órganos jurisdiccionales internacionales, los llamados a velar por el efectivo cumplimiento de las obligaciones de la Administración y la protección de los derechos ciudadanos.

Sin embargo, vemos como en nuestro país, a pesar del mandato del artículo 141 constitucional, la Administración y los Tribunales Contenciosos Administrativos, parecieran estar llamados para proteger y exacerbar las prerrogativas estatales y no, al servicio de los ciudadanos. Igualmente, es evidente la falta de voluntad política de avanzar hacia una protección administrativa internacional de los derechos ciudadanos, que se patentiza con la denuncia del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados y la Convención Interamericana de los Derechos Humanos.

La percepción y protección del derecho a la buena administración, debe evolucionar tal como sucedió en la Unión Europea, donde pasó de ser una simple enunciación de principios, a convertirse en un verdadero derecho fundamental, lo cual debe ir de la mano con el establecimiento de límites y estándares de prestación de servicio para los Gobiernos y Administraciones, que devendrán en políticas y reformas que generen bienestar social y, por ende, solo a partir que exista la voluntad política de limitar el poder y la conciencia ciudadana de que se tienen derechos frente a la Administración, lo cuales se pueden hacer valer ante órganos jurisdiccionales expeditos, autónomos e independientes, avanzaremos hacia nuestra propia versión del concepto de gobernanza.

NOTAS SOBRE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MATERIA URBANÍSTICA: ESPECIAL REFERENCIA A LA EDIFICACIÓN

Ángel Alberto Díaz¹

Resumen: *La regulación que sobre el urbanismo se ha hecho es tal vez una de las áreas en las que con mayor claridad se observa el ejercicio de funciones públicas, siendo la administrativa la que con máxima intensidad se revela. En efecto, de forma natural, la ordenación urbanística se sirve de instituciones propias del Derecho Administrativo, llegando a ser una de sus más fecundas parcelas en cuanto a intervención de la Administración Pública se refiera; ante tal realidad, y al haberse cumplido ya 30 años de la publicación del instrumento legal que rige la materia, se ofrece el tratamiento sucinto y actualizado del específico tema de las construcciones a través del presente escrito.*

Palabras clave: *Derecho urbanístico – Ciudad – Ordenación – Construcciones.*

SUMARIO. **I.** Consideraciones acerca de la ordenación territorial y urbanística como prolegómenos necesarios. **II.** Función social de la propiedad como elemento esencial en la ordenación urbanística: la propiedad urbana. **III.** Marco legal del urbanismo y sus autoridades. **1.** Bloque de legalidad. **2.** Autoridades urbanísticas. **IV.** Configuración del derecho a edificar en áreas urbanas: las variables urbanas fundamentales. **V.** Intervención de la Administración Pública en asuntos de edificación urbana. **1.** Inspecciones. **2.** Consulta preliminar para edificar. **3.** La Ejecución de obras. **A.** Inicio de la construcción. **a.** Tratamiento del silencio administrativo. **B.** Terminación de la construcción. **4.** Sanción a obras.

CONSIDERACIONES ACERCA DE LA ORDENACIÓN TERRITORIAL Y URBANÍSTICA COMO PROLEGÓMENOS NECESARIOS

Con el objeto de maximizar la eficiencia en cuanto a la realización de actividades económicas y sociales de la población, y así también, respecto al aprovechamiento de los recursos geográficos, el territorio es organizado en áreas cuyo tratamiento derivará, en razón de su particular realidad y del criterio determinado desde la alta conducción estatal para la consecución de su inmejorable evolución, en el establecimiento de una regulación propia para cada espacio estructurado.

¹ Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2013).

La ordenación territorial implica focalizar el desarrollo de zonas mediante la puesta en marcha de políticas públicas que darán lugar a actividades consistentes en la transformación física de dichas zonas, tales actuaciones, deben responder al propósito de lograr bienestar para los asentamientos humanos y la óptima explotación de los recursos naturales, procurando no reportar detrimento al medio ambiente.

Al respecto, nuestra ordenación territorial tiene lugar desde el siglo XX con la delimitación del uso y ocupación de determinados espacios por parte del Estado durante el transcurrir de las décadas de la mencionada centuria, creando áreas naturales protegidas, planeando además la incipiente gestión sectorial del territorio, buscando la distribución equilibrada del mismo conforme a las actividades comerciales e industriales, llegando a adoptar instrumentos normativos con incidencia en la materia que confluirían en la perspectiva estratégica sobre la intervención de autoridades de alto nivel nacional en el diseño y configuración de la aludida ordenación, siendo dictada para el año 1983 la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio que vino a regular el tema constituyendo a los planes como instrumentos fundamentales de la estructuración territorial, y así también asignando las competencias respectivas².

Más allá del diseño y desarrollo del mero espacio geográfico, la ordenación del territorio comprende también la consideración sobre la planificación, gestión y ejecución del Urbanismo³, concebido “como una función pública, a partir de lo cual, se entiende que, jurídicamente, la posibilidad de hacer ciudad no es una mera manifestación de los poderes dominicales inherentes al derecho de propiedad del suelo, sino una expresión pública”⁴. El urbanismo no ha sido una materia olvidada por el ámbito de lo público, sino que radicalmente está impregnado de atención por parte del poder constituido, siendo relevante traer a colación lo indicado sobre la cuestión por el autor JOSÉ PARADA VÁSQUEZ:

La técnica más elemental y primigenia que impide la urbanización por la sola voluntad de los particulares es en el Derecho Romano la calificación de los

² Cfr. María Salas Bourgoïn y Elides Sulbarán Zambrano: “Modificación de la Ley Orgánica para La Ordenación del Territorio en Venezuela: revisión de un proceso de 10 años sin perspectivas de cristalización”. *Revista Provincia*. N° 26. Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales. Mérida, 2011, pp. 35-38. Disponible en <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/36147/1/articulo2.pdf>

³ Según diccionario de la Real Academia de Española en su versión web: “Conjunto de conocimientos relacionados con la planificación y desarrollo de las ciudades”.

⁴ Armando Rodríguez García: *Planificación urbana en Venezuela. Breves apuntes en clave jurídico administrativa*. Disponible en http://www.acading.org.ve/info/comunicacion/pubdocs/FORO_PLANIFICACION_URBANA/Charla_Foro_Victor_Fossi_AR.pdf

terrenos conquistados como *age publicus* y la necesidad de sujetar la fundación de colonias de nueva planta a una Ley votada por el Senado. Dicha Ley hacía la división de las tierras, señalaba el trazado de las calles y del *forum* o plaza central y delimitaba el perímetro de la ciudad, asignando a los colonos las respectivas parcelas.

(...)

En la Baja Edad Media predomina la iniciativa pública en el proceso urbanizador, exigiéndose un fuero o carta-puebla para fundar en un territorio. Aparece asimismo el Repartimiento, instrumento urbanístico, mediante el cual unos oficiales reales —partidores o divisores— proceden a la partición y entrega de lotes de terreno, operación sujeta a la posterior aprobación real (...)

La creación de ciudades, el derecho de urbanizar, es asimismo configurado en la Legislación de Indias, como un deber del conquistador y una potestad pública más que como una consecuencia del dominio privado de la asignación de las tierras. Así, en las ordenanzas para nuevos descubrimientos y fundaciones de Felipe II (1 5 7 3), se obliga a capitular el tiempo en que el adelantado deberá fundar, erigir y poblar (...)

Estos elementales datos históricos prueban que el derecho a urbanizar entendido más allá del simple derecho a edificar, como la facultad de planificar la creación de ciudades o nuevos núcleos habitados, como ocurre en las actuales urbanizaciones de iniciativa privada, no ha sido nunca una facultad inherente y reconocida en el derecho dominical sobre bienes inmuebles, dejando a la discreción y arbitrio de su titular. (...)⁵.

No ha sido pues, la configuración de lo urbano, un ámbito de la realidad que se someta al licencioso y deliberado actuar por parte de individualidades, perviviendo en cambio la preocupación manifiesta de su establecimiento y expansión⁶; y al puntualizar sobre la formación y crecimiento de nuestro sistema de ciudades, resulta aplicable citar que “hemos sufrido un proceso de urbanización acelerado, pero hemos carecido de urbanismo; hemos tenido urbanizadores pero, también, hemos carecido de urbanistas”⁷, planteándose así la pertinencia de reflexionar acerca del posible aminoramiento de la situación cuando menos caótica de las urbes del país con una mayor dedicación al desarrollarse la ordenación urbana.

⁵ José Parada Vásquez: “La Trayectoria del Derecho a Edificar”. *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración Vol. 5*. Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1983, pp. 363-364.

⁶ Siendo muestra de ello la “Carta de Atenas” adoptada en IV Congreso Internacional de Arquitectura Moderna en el año 1933.

⁷ Allan Brewer-Carías: “La Urbanización en Venezuela y la Ausencia de un Derecho Urbanístico”. *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración Vol. 5*. Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1983, p. 16.

Expone el profesor ARMANDO RODRÍGUEZ GARCÍA⁸ que el proceso urbanístico en Venezuela se inicia aproximadamente en la década de los años 40 del siglo pasado producto del crecimiento demográfico, social y económico del momento, apreciándose, en el marco de la vida urbana, una significativa intervención del Estado a través del Ministerio de Obras Públicas en localidades como Ciudad Ojeda y El Silencio para 1937 y 1942 respectivamente, dándose a conocer en el año 1952 “El Plano Regulador de Caracas” elaborado por la Comisión Nacional de Urbanismo, del cual se desprende una estructura urbana constituida por un área central y sus adyacentes, con previsión de usos y actividades a desarrollar, junto al sistema vial expreso de tránsito automotor separado de la circulación peatonal, ordenándose con posterioridad zonas como Ciudad Guayana y algunas periféricas con relación a la Ciudad de Caracas.

El urbanismo venezolano encuentra tratamiento legislativo en el año 1987 al ser dictada la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, la cual de manera exclusiva viene a regular la específica materia mediante disposiciones por las que se confieren competencias inherentes a la ordenación urbanística a determinados ámbitos de poder estatal, y a la vez se estructura la organización del suelo urbano a los fines de su desarrollo, siendo además normado el proceso edificatorio en las mismas, a través de un sistema jerarquizado de planes referidos a la clasificación y calificación a las áreas urbanas; y precisamente, la consideración de la aludida actividad de edificación sujeta legítimamente a intervención de la Administración Pública, es el objeto principal del presente opúsculo.

II. FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD COMO ELEMENTO ESENCIAL EN LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA: LA PROPIEDAD URBANA

En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de propiedad encuentra reconocimiento de su ejercicio y garantía en la propia Constitución de la República⁹, que en el artículo 115 dispone:

Artículo 115: Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines

⁸ Cfr. Armando Rodríguez García: “Nuevas Perspectivas en la Planificación Territorial”. *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración Vol. 5*. Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1983, pp. 310-318.

⁹ Publicada en Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinaria, de fecha 24 de marzo de 2000. Única Enmienda publicada en Gaceta Oficial N° Extraordinaria 5.908, de fecha 19 de febrero de 2009.

de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.

Se desprende de la norma transcrita, el eventual sometimiento del derecho real a contribuciones, restricciones y obligaciones, que en suma representan limitaciones que el desarrollo legislativo establezca con arreglo a la utilidad pública o interés social que denote el ejercicio de los atributos de la propiedad privada; ratificándose la concepción sobre *función social de la propiedad* que se remonta a la previsión constitucional del año 1947¹⁰.

En este orden de ideas, se indica en la doctrina *ius privatista* que el “Código Civil venezolano [1982], pese a que prosigue la tradición inaugurada por el Código Civil francés, introduce una modificación sustancial: el reconocimiento de la *exclusividad* en el dominio que compete al titular y la eliminación de la absolutividad [sic] del derecho, con miras a la *función social* y a las restricciones edificadas por la ley que ha de cumplir”¹¹, describiéndose la apreciación legal no de un derecho con carácter irrestricto, sino relativo, cuya realización se obedecerá al interés social.

Se infiere que la función social de la facultad dominical “legitima las distintas cargas y limitaciones que la ley puede imponer a la propiedad privada. Delimita, por tanto, el ámbito dentro del cual el Derecho Público puede afectar y modificar la propiedad, como institución de Derecho Civil [...] de manera tal que el Estado pueda, legítimamente, controlar e incluso moldear los atributos de la propiedad”¹². Se tiene pues, que la función social precisa el contenido de la propiedad privada, previa definición e integración del interés colectivo, como elemento configurador de su ejercicio, en una Ley¹³, procurando el equilibrio entre tal interés y el individual, siendo palmariamente esencial en materia urbanística “la necesidad de conciliar la propiedad privada con los intereses colectivos”¹⁴, originando tal fijación funcional a la denominada *propiedad urbana*.

¹⁰ Cfr. Ana Araujo García: “El Régimen de la Propiedad del Suelo con Fines Urbanos”. *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración Vol. 5*. Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1983, p. 383.

¹¹ Gert Kummerow: *Bienes y Derechos Reales*. Mc Graw Hill. Caracas, 2002, p. 230.

¹² Rafael Badell Madrid y et. al: *Régimen Jurídico del Urbanismo (adaptado a la nueva Constitución)*. Editorial Torino. Caracas, 2000, p. 18.

¹³ Cfr. María José Calvano: *La función social de la propiedad y su proyección en el sistema de compensación urbanística [Archivo de ordenador]*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2000, p. 120.

¹⁴ Allan Brewer-Carías citado en Juan Garrido Roviria: “La Propiedad del Suelo Urbano y Sector Público”. *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración Vol. 5*. Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1983, p. 49.

Así entonces, al comprender la propiedad urbana “el conjunto de cargas, limitaciones y restricciones a la propiedad privada, impuestos en aras del interés general que subyace tras la ordenación urbanística”¹⁵, se deduce como “un derecho esencialmente limitado en su contenido. Sus límites y deberes establecidos por la Ley y por el Plan para garantizar su función social, pasan a ser los confines internos del derecho de propiedad”¹⁶.

III. MARCO LEGAL DEL URBANISMO Y SUS AUTORIDADES

1. Bloque de legalidad

Como se adelantó en el mismo primer apartado de este compendio, la ordenación urbanística se encuentra regulada por la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística publicada en Gaceta Oficial de la República N° 33.868 de fecha 16 de diciembre de 1987 (LOOU), cuyas disposiciones normativas son desarrolladas en el respectivo Reglamento dictado por el Ejecutivo Nacional que fue publicado en Gaceta Oficial de la República N° 34.678 de fecha 19 de marzo de 1991, siendo aplicable a temas urbanísticos no reglados por la mencionada Ley, y únicamente de manera supletoria¹⁷, el articulado comprendido en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio publicada Gaceta Oficial de la República N° 3.238 Extraordinario de fecha 11 de agosto de 1983 (LOOT); los instrumentos legales referidos constituyen “el entramado normativo, de rango legal que sirve de soporte a la actuación pública, conforme al Principio de Legalidad que expresa la esencia nuclear del Estado de Derecho, al propio tiempo que determina el arsenal para la protección de los derechos y garantías subjetivas y de seguridad jurídica para los ciudadanos y las colectividades”¹⁸.

Al margen del enunciado que directamente antecede, y sin pretender la proyección de una postura investigativa “amante de la anomia” sino enfática, es oportuna la mención respecto a la -cuando menos discutible- vigencia de los instrumentos normativos arriba referidos, toda vez que, producto de la creación legislativa para la materia, fue dictada la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio según Gaceta Oficial

¹⁵ R. Badell M., *op. cit.*, p. 31.

¹⁶ M. J. Calvano, *op. cit.*, p. 149.

¹⁷ De acuerdo con lo establecido en el artículo 119 de la LOOU.

¹⁸ Armando Rodríguez García: “La curiosa trayectoria y los efectos de la Ley Orgánica para la planificación y gestión de la ordenación del territorio, en la República Bolivariana de Venezuela”. *Revista de Derecho*. N° 25. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2007, pp. 404. Disponible en http://www.acading.org.ve/info/comunicacion/pubdocs/DOCS_INFRAESTRUCTURA/La_curiosa_trayectoria_los_efectos_Ley_Organica.pdf

de la República Bolivariana de Venezuela distinguida con el N° 38.263 de fecha 01 de septiembre de 2005, la cual de manera accidentada implicó la derogatoria expresa tanto de la LOOU como de la LOOT; asunto este, denunciado en forma diáfana por el catedrático ARMANDO RODRÍGUEZ GARCÍA en los siguientes términos:

[...] con la simple revisión de la secuencia documental, la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio, en su versión publicada en la Gaceta oficial N° 38.388 del 1º de marzo de 2006, entró en vigencia, y estuvo vigente durante un (1) día, el jueves 31 de agosto de 2006, con lo cual, necesariamente produjo de manera directa e inmediata el efecto derogatorio sobre las leyes mencionadas, de conformidad con lo que establecía expresamente su Disposición Derogatoria [...]¹⁹.

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en la LOOU, la ordenación urbanística se desarrolla con arreglo a un sistema jerarquizado de Planes que describe la estructuración de espacios físicos en relación con el proceso de urbanizar y edificar; dichos Planes son actos emanados de autoridades públicas, -en principio órganos administrativos-, entran en vigencia con su publicación en la Gaceta Oficial correspondiente²⁰, y su reforma o derogación sólo podría tener lugar mediante el empleo de un instrumento de -al menos idéntica fuente, por lo que, a pesar de la advertida complejidad del asunto²¹, puede considerarse su naturaleza de “norma jurídica y naturalmente reglamentaria, en cuanto emanada de la Administración Pública y no del órgano que tiene constitucionalmente atribuida la potestad del dictado de normas jurídicas con fuerza y eficacia de ley”²².

El conjunto graduado de Planes es consagrado por la LOOU en su artículo 16, que establece lo que a continuación se cita:

Artículo 16: La planificación urbanística forma parte del proceso de ordenación del territorio, y se llevará a cabo mediante un sistema integrado y jerarquizado de planes, del cual forman parte:

- El Plan Nacional de Ordenación del Territorio.
- Los planes regionales de ordenación del territorio.
- Los planes de ordenación urbanística, y

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ De acuerdo con lo establecido en los artículos 28 y 42 la LOOU.

²¹ A. Rodríguez G.: *Nuevas perspectivas... op. cit.*, pp. 303-309.

²² Luciano Parejo Alfonso: “La Naturaleza de los Planes Urbanísticos. Efectos sobre la Propiedad, Modificación y Revisión de Planes”. *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración Vol. 5*. Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1983, pp. 337.

- Los planes de desarrollo urbano local.

También formarán parte integrante del sistema de planes al cual se refiere este artículo los planes especiales y particulares que se formulen.

Aunado a los elementos imperativos descritos, conviven normas y procedimientos técnicos dictados por parte de las autoridades urbanas respectivas²³ con el objeto de reglar la ejecución del ámbito urbanístico, pudiendo ilustrarse el punto con mención de las Normas Sanitarias para Proyecto, Construcción, Reparación, Reforma y Mantenimiento de Edificaciones emitidas mediante Resolución conjunta de los otrora Ministerios de Sanidad y Asistencia, y del Desarrollo Urbano, publicadas en Gaceta Oficial de la República N° 4.404 de fecha 08 de septiembre de 1988.

2. Autoridades urbanísticas

El tema que ocupa aparece delimitado en la propia Constitución de la República cuando establece competencias propias de los niveles nacional²⁴ y municipal²⁵ por ser un Estado Federal; y conforme a ello, a pesar de su carácter preconstitucional, la LOOU determina expresamente que el *Ejecutivo Nacional* y los *Municipios* son las autoridades competentes para desarrollar la materia urbanística (artículo 6 de la LOOU), ejerciendo sus atribuciones de manera coordinada para alcanzar sus objetivos (artículo 7), contando a la vez con la cooperación de los organismos regionales y los estados (artículo 9), asimismo, la Ley Orgánica establece, con cierto detalle, el contenido de las potestades reconocidas a las mencionadas autoridades urbanísticas de acuerdo a su vinculación político-territorial (artículos 8 y 10).

Lógicamente, la materialización de competencias respecto al Urbanismo en el nivel Nacional recae en el seno de la Administración Pública Nacional, ratificándose tal afirmación el artículo 12 de la LOOU al establecer que: “La administración urbanística nacional estará integrada por el Ministerio del Desarrollo Urbano, quien ejercerá la autoridad urbanística nacional, y por los demás organismos de la Administración Pública Nacional que tengan atribuciones relacionadas con la ordenación y el desarrollo urbanístico, los cuales serán coordinados por el citado Ministerio”. Pareciera no generar dudas lo planteado, pero conviene referirse a su aplicación actualizada, entre

²³ De acuerdo con el contenido del artículo 77 de la LOOU.

²⁴ “Artículo 156: Es de la competencia del Poder Público Nacional: [...] 19. El establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y de urbanismo, y la legislación sobre ordenación urbanística”.

²⁵ “Artículo 178: Son de la competencia del Municipio [...] 1. Ordenación territorial y urbanística [...]”.

otras razones, por no existir dentro de la organización administrativa de estos días el *Ministerio del Desarrollo Urbano*.

Procurando no dilatar indebidamente el presente artículo, basta decir que en virtud del peculiar manejo organizativo de la Administración Pública Nacional Central que ha tenido lugar en las últimas décadas, el *Ministerio del Desarrollo Urbano* ya no tiene existencia, pero tal realidad no necesariamente deriva en la ausencia de un competente órgano nacional para ejecutar actividades administrativas de índole urbana; así, de acuerdo con el Decreto Presidencial N° 1.701 de fecha 07 de abril de 2015, publicado en Gaceta Oficial de la República N° 40.634 de la fecha mencionada, se crea el *Ministerio del Poder Popular para Hábitat y Vivienda* (artículo 2), el cual cuenta entre sus atribuciones *la ordenación y planificación estratégica urbana y el equipamiento urbano* (artículo 3), resultando en definitiva la autoridad urbanística a nivel nacional.

A nivel local, la LOOU se refiere a los *Municipios* como autoridad urbanística sin precisar en forma discriminada qué órgano tiene encomendada la realización de actuaciones en la materia dentro del correspondiente territorio; frente a lo descrito, es ineludible la mención sobre el cambio que en la estructura municipal operó con posterioridad a la sanción, promulgación y entrada en vigencia de la aludida Ley Especial, en tal sentido, es de resaltar que desde que operó la reforma a la Ley Orgánica de Régimen Municipal del año 1978, fue establecida la separación de funciones ejecutivas de las legislativas en los Municipios, siendo asignadas al Alcalde y al Concejo Municipal respectivamente²⁶, lo cual influyó en la configuración de las competencias urbanísticas locales que ahora puede ser resumido básicamente en el establecimiento de la competencia legislativa productora de Ordenanzas cuyo objeto sea el desarrollo urbano local en cabeza de los respectivos Concejos Municipales, y la atribución de competencias orientadas al control administrativo previo, concomitante y posterior sobre la ejecución del urbanismo a órganos técnicos que forman parte la rama ejecutiva del Municipio denominada Alcaldía, los cuales puede que sean designados bajo títulos no siempre coincidentes, pudiendo mencionarse que en los Municipios Baruta y Chacao del Estado Miranda la denominación de las respectivas oficinas es *Dirección de Ingeniería*, en los también mirandinos Municipios Sucre y El Hatillo se habla de *Direcciones de Ingeniería y Planeamiento Urbano Local*, así como de *Desarrollo Urbano y Catastro* respectivamente, concluyendo la ejemplificación la *Dirección de Control Urbano* del Municipio Libertador del Distrito Capital.

²⁶ Cfr. Gustavo Urdaneta Troconis: "El Urbanismo y el Nuevo Sistema de Gobierno Municipal". *Derecho Urbanístico*. N° 1. Editorial Urbanitas. Caracas, 1993.

Además, vale el señalamiento de los Órganos Urbanísticos Intermunicipales que, también para el ejercicio de competencias propias del nivel local, pueden ser constituidos por dos o más Municipios que, sin formar parte de un Distrito Metropolitano, compartan intereses en asuntos urbanos, de acuerdo a lo previsto en el artículo 11 de la LOOU.

IV. CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A EDIFICAR EN ÁREAS URBANAS: LAS VARIABLES URBANAS FUNDAMENTALES

El sólo rótulo de la presente sección anuncia la delimitación del contenido de la propiedad en suelo urbano. Al respecto, y sin ser agotada la temática de la reserva legal como garantía ante la aludida delimitación del derecho real, debe citarse el contenido del artículo 53 de la LOOU, que establece:

Artículo 53: Los planes de ordenación urbanística y de desarrollo urbano local delimitan el contenido del derecho de propiedad, quedando éste vinculado al destino fijado por dichos planes.

Las contribuciones, restricciones y obligaciones establecidas por leyes, reglamentos, planes y ordenanzas urbanísticas se consideran limitaciones legales al derecho de propiedad, y en consecuencia no dan, por sí solas, derecho a indemnización.

Esta sólo podrá ser acordada en los casos de limitaciones que desnaturalicen el derecho de propiedad y produzcan un daño directo, cierto actual, individualizado y cuantificable económicamente. En estos casos, a los efectos de determinar la indemnización, se seguirán los criterios establecidos en la presente Ley y en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social.

La vinculación descrita en la transcrita disposición, fija y a otorga asidero jurídico a la sujeción que las construcciones ejecutadas en terrenos clasificados como áreas urbanas, según la respectiva ordenación, deben guardar respecto al planeamiento urbanístico, quedando circunscrito el *ius aedificandi* a los límites que la legalidad imponga para desarrollar el proceso edificatorio; concluyéndose que “[...] el derecho del propietario de transformar el propio fundo mediante la construcción de edificaciones para vivienda, industria u otras propiedades”²⁷, obedece a la configuración de la propiedad urbana, sin poder llegar a admitirse que la fijación de tal contenido reduzca las esenciales facultades de dominio a un grado tal que imposibilite su ejercicio.

Nuestro ordenamiento acepta entonces, que la edificación esté sometida a las limitaciones previstas por los planes de ordenación territorial y urbana que establecen parámetros funcionales y arquitectónicos cuya observancia resulta irrestricta para realizar construcciones dentro del espacio físico

²⁷ Ramón Parada citado por Rafael Badell Madrid, *op. cit.*, p. 11.

urbanístico, ello con arreglo al interés social declarado legalmente respecto a la materia (artículo 5 de la LOOU), y con la finalidad de conseguir la sana expansión de las ciudades. Los referidos parámetros deben responder a la realidad particular de las áreas consideradas, derivando tal requerimiento en la *zonificación* como “técnica de identificación de las diferentes divisiones del suelo”²⁸, que viene a consagrar “a) La determinación del uso que deberá darse a las diversas porciones del territorio zonificado, lo cual se denomina técnicamente *zonificación funcional* [y] b) Las características que en cada una de tales porciones deberá tener la construcción, a lo que se denomina técnicamente *zonificación arquitectónica*”²⁹.

Al entender que la zonificación precisa los usos y criterios relativos a la densidad urbana, altura y distancia entre las construcciones ejecutadas en la urbe³⁰, es pertinente indicar cómo se establece, pudiendo apriorísticamente afirmarse que se hace a través de la actividad de creación normativa asignada al órgano con función deliberante en el Municipio, esto es, a través de *Ordenanzas*, tal y como lo señala ANTONIO MOLES CAUBET:

La zonificación y especialmente la zonificación funcional es un elemento constitutivo del Plan de Desarrollo Urbano y ha de establecerse, por tanto, en el mismo acto administrativo que la configura jurídicamente confiriéndole legitimidad. Es ello evidente porque, implicando la zonificación una limitación de la propiedad y otros derechos reales, únicamente puede dimanar de un acto que, como el Plan de Desarrollo Urbano, se forma y modifica con las garantías de un procedimiento que permite la intervención de los interesados (fase de información pública)³¹.

Los parámetros establecidos al *zonificar* son verdaderas restricciones a la libre transformación de predios ciudadanos mediante la edificación, que en el marco de la ordenación urbanística patria se denominan Variables Urbanas Fundamentales, que para la temática específica de este escrito son las señaladas en el artículo 87 de la LOOU, que reza:

Artículo 87: A los efectos de esta ley se consideran variables urbanas fundamentales en el caso de las edificaciones:

1. El uso previsto en la zonificación.

²⁸ Hildegard Rondón de Sansó citada en Juan Garrido Rovira y María Arcia Paschen: “Cambios de Zonificación y Áreas de Servicios”. *Derecho Urbanístico*. N° 2. Editorial Urbanitas. Caracas, 1993, p. 8.

²⁹ Antonio Moles Caubet: “Planificación y zonificación en el Área Metropolitana de Caracas”. *Revista de Derecho Público*. N° 5. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1981, p. 30.

³⁰ Cfr. J. Garrido R. y M. Arcia P., *op. cit.*, p. 9.

³¹ A. Moles C., *op. cit.*, p. 31.

2. El retiro de frente y el acceso según lo previsto en el plan para las vías que colindan con el terreno.
3. La densidad bruta de población prevista en la zonificación.
4. El porcentaje de ubicación y el porcentaje de construcción previstos en la zonificación.
5. Los retiros laterales y de fondo previstos en la zonificación.
6. La altura prevista en la zonificación.
7. Las restricciones por seguridad o por protección ambiental.
8. Cualesquiera otras variables que los planes respectivos impongan a un determinado lote de terreno.

V. INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ASUNTOS DE EDIFICACIÓN URBANA

La construcción efectuada (o proyectada) en la ciudad se considera categóricamente como una actividad de ejecución urbanística del ámbito local, implicando tal concepción que la realización de obras se supedita al control y gestión de los órganos técnicos que dentro de la estructura administrativa municipal cuentan con las competencias inherentes a la materia; así, en la LOOU se regulan supuestos en los que la Administración Pública Municipal interviene en el proceso edificatorio mediante procedimientos que producen actos de conocimiento o voluntad, entendidos sumariamente como a continuación se expone:

1. Inspecciones³²

Con el objeto de verificar el cumplimiento de variables urbanas fundamentales, y así también de normas técnicas aplicables, la autoridad local inspecciona directamente o mediante contrato de servicios profesionales, las construcciones levantadas, elaborando *in situ* un acta que refleje lo percibido y cuya copia debe ser entregada al responsable de las obras. En caso de delatar la infracción de normas técnicas relativas a arquitectura, ingeniería o urbanismo, dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes de haber sido conocida, debe el órgano inspector participarlo por escrito a aquel que tenga atribuidas las potestades sancionatorias respectivas.

³² De acuerdo con lo establecido en los artículos del 90 al 94 de la LOOU.

2. Consulta preliminar para edificar³³

El interesado en construir una edificación en una determinada parcela, está facultado legítimamente para dirigirse a la autoridad administrativa³⁴ urbanística solicitando obtener conocimiento sobre cuáles son las variables urbanas fundamentales aplicables al lote, debiendo presentar junto a su consulta una copia del documento de propiedad del terreno, y un croquis o levantamiento topográfico del mismo según se trate de una parcela para vivienda unifamiliar o multifamiliar respectivamente.

La consulta formulada debe ser resuelta dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes a su recepción, mediante acto administrativo con efectos declarativos; siendo tal respuesta recurrible de conformidad con lo previsto en las Leyes que rigen los procedimientos administrativos y la jurisdicción contencioso administrativa. En el caso de la inexistencia del respectivo Plan de Desarrollo Local u Ordenanzas de Zonificación aplicables, las correspondientes variables serán asignadas por el Concejo Municipal de acuerdo con lo pautado en el artículo 125 de la LOOU.

3. La ejecución de obras³⁵

A. Inicio de la construcción

Para emprender una construcción, tan sólo basta que el propietario, o su representante, se dirija por escrito a la autoridad urbanística local con el objeto de notificarlo, debiendo acompañar a esa notificación de inicio de edificación el debido proyecto, el certificado de capacidad de suministro de los correspondientes servicios públicos o en su defecto las alternativas respectivas, los comprobantes de pago de impuesto municipales, así como otros documentos requeridos por las Ordenanzas, y el competente órgano debe acusar recibo y dispensará un comprobante de recepción fechado, firmado y sellado.

Una vez notificada la pretensión constructiva, el órgano administrativo debe constatar si el proyecto se ajusta o no a las variables urbanas fundamentales aplicables al inmueble en un plazo de treinta (30) días continuos, derivando tal comprobación, vista la inspección realizada a tales efectos, en la determinación de conformidad del proyecto con las mencionadas variables, caso en el que la Administración Municipal debe

³³ De acuerdo con lo establecido en los artículo del 81 al 83 de la LOOU.

³⁴ De acuerdo con la distribución de funciones en las estructuras municipales.

³⁵ De acuerdo con lo establecido en los artículo del 84 al 89 de la LOOU, así como el artículo 95 *eiusdem*.

expedir al interesado el acto con efectos declarativos³⁶ denominado *Constancia de Ajuste a las Variables Urbanas Fundamentales*, para que este la presente a los organismos de la administración urbanística nacional con arreglo a las formalidades de ley dentro del plazo de cinco (5) días hábiles siguientes; a cambio, si la autoridad local considera que el proyecto presentado no se ajusta a las correspondientes variables, lo notificará al interesado mediante *oficio motivado*, ordenando a la vez la paralización de la construcción, para que sea presentado el proyecto modificado en razón de la notificación hecha u observaciones al *oficio motivado*, a los fines que el órgano, dentro del plazo de quince (15) días continuos, resuelva la conformidad o no del proyecto a las variables urbanas, dictando la constancia correspondiente en el primer caso. La negativa sobre el ajuste de un proyecto de edificación a las variables urbanas fundamentales podrá ser objeto de recursos administrativos y judiciales conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico actual.

a. Tratamiento del silencio administrativo

Lo hasta ahora expuesto con relación a la intervención de la Administración Pública en la ejecución de obras no alude al supuesto en que la autoridad se abstenga de dictar pronunciamiento formal en los correspondientes lapsos configurando lo que en nuestra disciplina se conoce como *silencio administrativo*, resultando cuando menos prudente señalar lacónicamente que la consideración sobre la configuración del aludido silencio conllevará a la aprobación o negación de las diligencia dirigidas a los órganos administrativos que no encuentran respuesta conforme a la formalidad temporal prevista legalmente; y justamente la ordenación del territorio, junto a la del urbanismo, es una materia en la que el efecto positivo para la esfera jurídica de los solicitantes, con ocasión al silencio de los competentes órganos, ha sido contemplado, tradicionalmente por las disposiciones normativas previstas en la LOOT que, como se dijo, son de aplicación supletoria respecto a temas no considerados en la LOOU, siendo resumida tal situación por el Dr. ALLAN BREWER-CARIÁS:

Ahora bien, la Ley Orgánica, en estos casos, nada establece respecto a la abstención o negativa de la Administración Municipal de otorgar la constancia en el lapso prescrito, por lo que conforme al artículo 119 de la Ley Orgánica, debe aplicarse supletoriamente la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, en cuanto a los efectos positivos del silencio administrativo.

³⁶ Cfr. Flor Montell Arab: "Procedimiento para la obtención de la constancia de cumplimiento de las variables urbanas fundamentales". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. N° 111. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1999, p. 382.

Por tanto, conforme al artículo 55 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, si transcurridos los mencionados lapsos de 30 y 60 días respectivamente para el otorgamiento de las constancias, éstas no se hubieran otorgado o negado, "se considerarán concedidas, a cuyo efecto los Municipios están obligados a otorgar la respectiva constancia". Y en caso de que haya negativa o abstención de hacerlo, entonces el particular puede recurrir al recurso contencioso-administrativo contra las conductas omisivas en la Administración, antes mencionado³⁷.

Debe decirse que la respetable y lógica postura sobre el despliegue de efectos positivos en virtud del silencio administrativo, actualmente no tiene acogida en la jurisprudencia patria, encontrando sucesiva refutación desde la célebre sentencia Caso Sindicato Agrícola 168 dictada en fecha 13 de diciembre de 1999 por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, reduciendo la ausencia de respuesta administrativa a una *abstención* que puede ser objeto de control judicial al ejercer el mecanismo procesal idóneo, pero sin entenderse como la causa de la obligación en cabeza de la Administración consistente en dictar el correspondiente acto.

B. Terminación de la construcción

Al no haber objeción sobre las obras por parte de la autoridad urbanística local, el profesional responsable de la ejecución de las mismas y el propietario consignarán ante el órgano administrativo competente certificación firmada por ambos, en la que harán constar que el proceso edificatorio tuvo lugar de conformidad con las variables urbanas fundamentales y las correspondientes normas técnicas, debiendo otorgar la Administración Pública municipal constancia de recepción de la referida certificación dentro de un plazo de diez (10) días hábiles, que será declaratoria suficiente para considerar a la edificación como habitable. De haber pendiente alguna objeción que denote la vulneración a variables urbanas o a normas técnicas se hará constar y lo construido no podrá habitarse hasta que sea subsanada tal objeción, y posteriormente proceda el órgano de control urbanístico a anunciarlo en la certificación *in comento*.

4. Sanción a obras³⁸

En resguardo del interés público urbano, las autoridades administrativas con competencia en control respecto a la ejecución de planes u obras cuentan

³⁷ Allan Brewer-Carías et. al.: "Introducción General al Régimen Legal de la Ordenación Urbanística". *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, Colección Textos Legislativos*. N° 6. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1988, p. 56.

³⁸ De acuerdo con lo establecido en los artículos del 109 al 111 de la LOOU.

con la potestad de imponer sanciones por la presencia de obras que contraríen la ordenación urbanística, previa tramitación de un procedimiento respetuoso de los derechos subjetivos de los señalados como infractores. Este ejercicio de potestad sancionatoria prevé consecuencias que abarcan desde la orden de paralización de construcciones cuya continuidad se somete a la obtención de la Constancia de Ajuste a las Variables Urbanas Fundamentales (en caso de que lo edificado no violente lo dispuesto en el Plan respectivo pero la respectiva notificación de inicio no tuvo lugar ante el órgano competente), hasta la orden de demolición total o parcial de la obra, acompañada de multa para su responsable por no cumplir con las variables urbanas que le son aplicables.

LAS CAUSALES DE DESTITUCIÓN EN LA LEY DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Thairy Daza¹

Resumen: *El presente trabajo se circunscribe al estudio de las causales de destitución establecidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública, sanción más grave del régimen disciplinario establecido en dicha ley.*

Palabras clave: *Causales de destitución – Función pública – Procedimiento administrativo.*

SUMARIO. **I.** Las causales de destitución establecidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública. **1.** Haber sido objeto de tres amonestaciones escritas en el transcurso de seis meses. **2.** El incumplimiento reiterado de los deberes inherentes al cargo o funciones encomendadas. **3.** La adopción de resoluciones, acuerdos o decisiones declarados manifiestamente ilegales por el órgano competente, o que causen graves daños al interés público, al patrimonio de la Administración Pública o al de los ciudadanos o ciudadanas. Los funcionarios o funcionarias públicos que hayan coadyuvado en alguna forma a la adopción de tales resoluciones estarán igualmente incurso en la presente causal. **4.** La desobediencia a las órdenes e instrucciones del supervisor o supervisora inmediato, emitidos por éste en el ejercicio de sus competencias, referidas a tareas del funcionario o funcionaria público, salvo que constituyan una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional o legal. **5.** El incumplimiento de la obligación de atender los servicios mínimos acordados que hayan sido establecidos en caso de huelga. **6.** Falta de probidad, vías de hecho, injuria, insubordinación, conducta inmoral en el trabajo o acto lesivo al buen nombre o a los intereses del órgano o ente de la Administración Pública. **A.** Falta de probidad. **B.** Vías de hecho. **C.** Injuria. **D.** Insubordinación. **E.** Conducta inmoral en el trabajo. **F.** Acto lesivo al buen nombre o a los intereses del órgano o ente de la Administración Pública. **7.** La arbitrariedad en el uso de la autoridad que cause perjuicio a los subordinados o al servicio. **8.** Perjuicio material severo causado intencionalmente o por negligencia manifiesta al patrimonio de la República. **9.** Abandono injustificado al trabajo durante tres días hábiles dentro del lapso de treinta días continuos. **10.** Condena penal o auto de responsabilidad administrativa dictado por la Contraloría General de la República. **11.** Solicitar o recibir dinero o cualquier otro beneficio, valiéndose de su condición de funcionario o funcionaria público. **12.** Revelación de asuntos reservados, confidenciales o secretos de los cuales el funcionario o funcionaria público tenga conocimiento por su condición de tal. **13.** Tener participación por sí o por interpuestas personas, en firmas o sociedades

¹ Abogada de la Universidad Central de Venezuela (2013).

que estén relacionadas con el respectivo órgano o ente cuando estas relaciones estén vinculadas directa o indirectamente con el cargo que se desempeña. **14.** Haber recibido tres evaluaciones negativas consecutivas, de conformidad con lo previsto en el artículo 58 de esta Ley. **Consideraciones finales.**

La Ley del Estatuto de la Función Pública² establece un régimen disciplinario que contempla dos tipos de sanciones: la amonestación escrita y la destitución. DE PEDRO³ señala a la destitución como la sanción disciplinaria más grave porque ella supone la ruptura del vínculo de empleo público existente entre el funcionario y la Administración ante una conducta o hecho que la ley considera lesivo a los intereses de la actividad administrativa; afecta la naturaleza de la carrera administrativa y atenta contra el derecho a la estabilidad de los funcionarios de carrera.

De conformidad con la norma contenida en el artículo 30 de la referida ley, los funcionarios que ocupen cargos de carrera gozan de estabilidad en el desempeño de sus cargos, por lo que solo podrán ser retirados del servicio por las causales que ella prevé. Dicho retiro procederá, según el numeral 6 del artículo 78 *eiusdem*, entre otros casos allí previstos, por estar incurso en causal de destitución.

En las páginas siguientes se presenta un breve estudio sobre la interpretación de las diecinueve causales de destitución establecidas en el artículo 86 de la referida ley.

I. LAS CAUSALES DE DESTITUCIÓN ESTABLECIDAS EN LA LEY DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

1. Haber sido objeto de tres amonestaciones escritas en el transcurso de seis meses

La amonestación escrita constituye la sanción menos gravosa del régimen disciplinario establecido en la Ley del Estatuto de la Función Pública. Con ella la Administración pretende sancionar la incursión del funcionario en hechos que atentan contra la buena prestación del servicio, que aun cuando no sean de gravedad tal que ameriten la destitución, deben ser igualmente controlados por ella. Con este propósito, la ley en los artículos 83, 84 y 85, señala cuáles son las causales de amonestación escrita, el procedimiento

² Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.483 del 11 de julio de 2002; reimpresa por error material del ente emisor según Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.522 del 06 de septiembre de 2002.

³ Antonio de Pedro Fernández: *Comentarios a la Ley del Estatuto de la Función Pública*. 2a. edición, 7a. reimpresión. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2004, p. 89.

administrativo que deberá tramitarse para aplicarla y los recursos que podrán interponerse contra el acto administrativo que aplique esta sanción.

Como sostiene DE PEDRO⁴, es una causal objetiva, incluso podría entenderse como la más objetiva de todas las consagradas en el artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública⁵, puesto que al ser sancionado el funcionario con tres amonestaciones escritas en el transcurso de seis meses, estará incurso en esta causal.

Sin embargo, la misma no opera *ope legis*, es decir, no procede la destitución con la tercera amonestación escrita. Para ello es necesario iniciar el procedimiento disciplinario de destitución y determinar si en efecto se cumplen los extremos de esta causal: la existencia de tres amonestaciones escritas aplicadas en el lapso de seis meses⁶.

En el procedimiento disciplinario de destitución que se tramite con la finalidad de determinar la incursión del funcionario en esta causal, deberá verificarse que las amonestaciones escritas impuestas al funcionario se hayan aplicado siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 84 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, con lo cual se le haya garantizado su derecho a la defensa; de lo contrario, es decir, si se llegare a determinar que las mismas fueron impuestas sin seguir el procedimiento establecido, violando por tanto el derecho a la defensa del funcionario, deberán declararse nulas de conformidad con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y no podrá aplicarse la sanción de destitución.

Asimismo, como señala ROJAS PÉREZ, deberá verificarse que las amonestaciones escritas no se realizaron con la finalidad de que operara la destitución, pues las mismas adolecerían del vicio de desviación de poder. En este sentido, con el propósito de verificar la conformidad o no a derecho de las amonestaciones escritas, estas deberán constar con sus respectivos expedientes, en los autos del procedimiento disciplinario de destitución, que servirán como prueba fundamental en dicho procedimiento⁷.

⁴ Antonio de Pedro Fernández: *Derecho de la función pública. La experiencia venezolana*. 1a. edición, 1a. reimpresión. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2004, p. 169.

⁵ Manuel Rojas Pérez: *Notas sobre derecho de la función pública*. 1a. edición. Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2011, p. 122.

⁶ *Ibíd.*, p. 122.

⁷ *Ibíd.*, pp. 122-123.

2. El incumplimiento reiterado de los deberes inherentes al cargo o funciones encomendadas

Debemos advertir que esta causal consagra dos supuestos distintos: por un lado, el incumplimiento reiterado de los deberes inherentes al cargo; y por otro, el incumplimiento reiterado de las funciones encomendadas.

Al respecto indica ROJAS PÉREZ⁸ que la incursión en esta causal presupone la presencia física del funcionario en la oficina, pero sin atender los deberes inherentes a su cargo o tareas que le han sido encomendadas, con lo cual se pretende medir y controlar la cantidad de trabajo realizado por el funcionario.

En este sentido, CARRASCO sostiene que “para la apreciación de esta falta resulta menester la exigencia de estándares de rendimiento de los puestos de trabajo, a fin de medir el rendimiento del funcionario”⁹. Es decir, para que este tipo se configure es necesario que el funcionario haya desatendido de tal manera los deberes inherentes a su cargo o funciones encomendadas, que suponga una disminución clara en el rendimiento en relación con el estándar promedio de rendimiento de los demás funcionarios de su misma categoría o función¹⁰.

Señala expresamente ROJAS PÉREZ que:

En efecto, no podría señalarse como incumplimiento reiterado de los deberes inherentes al cargo cuando a un funcionario determinado se le ha recargado de más trabajo que a otros de su misma jerarquía. En ese sentido, debe realizarse un estudio global de las funciones del funcionario en relación con los demás; de igual manera debe sopesar [se] la cantidad de trabajo, y la complejidad del mismo, ya que tampoco podría decirse que hay incumplimiento cuando al funcionario se le han encargado los casos más difíciles, por lo que requiere de mayor tiempo para su estudio.

La falta de rendimiento ha de ser notoria o evidente, es decir, clara, innegable, manifiesta y patente. El carácter notorio ha de estimarse referido más que a la idea de evidencia, en cuanto sabido o conocido por todos, a la de una objetiva entidad del bajo rendimiento¹¹.

Una simple demora no constituye una falta de rendimiento, “a menos que esa demora en la entrega de trabajo sea ya de tal magnitud que se considere grosera, y menoscabe la prestación del servicio”¹². Sin embargo, no estamos

⁸ *Ibíd.*, p. 123.

⁹ Alejandro Carrasco: “Comentarios al régimen disciplinario en la Ley del Estatuto de la Función Pública”. *Ley del Estatuto de la Función Pública*. Funeda. Caracas, 2002, p. 72.

¹⁰ M. Rojas P.: *Notas sobre derecho de la función... op. cit.*, p. 123.

¹¹ *Ibíd.*, pp. 123-124.

¹² *Ibíd.*, p. 124.

de acuerdo con esta última idea, pues como señala CARRASCO: “(...) ‘reiterado’ supone que haya un incumplimiento previo sancionado para merecer la imposición de la sanción de destitución (...)”¹³. Para este autor, esta causal resulta imprecisa por cuanto no se establecen los criterios para determinar qué debe entenderse por “reiterado”, si una, dos, tres o más veces, aunque señala que no podría considerarse incumplimiento reiterado el incumplimiento simple, aislado o puntual¹⁴.

No obstante, si tomamos como referencia el Diccionario de la Real Academia Española que define “reiterado” como aquello “que se hace o sucede repetidamente”; “repetidamente”, a su vez, es un adverbio de modo que alude a aquello que se hace “con repetición, varias veces”; y finalmente, “repetir”, según su primera acepción, es “volver a hacer lo que se había hecho, o decir lo que se había dicho”; podemos afirmar que esta causal se configura cuando se incumple dos o más veces los deberes inherentes al cargo o funciones encomendadas, siempre que tal incumplimiento previo haya sido sancionado.

El incumplimiento de manera aislada y puntual de los deberes inherentes al cargo o de las funciones que le hayan sido encomendadas al funcionario no constituye causal de destitución ni podrá ser sancionado con amonestación escrita¹⁵. Pero es de nuestro parecer que este incumplimiento aislado o simple de los deberes inherentes al cargo podría subsumirse en el supuesto de hecho del numeral 1 del artículo 83 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, que constituye una causal de amonestación escrita, siempre que tal incumplimiento aislado por parte del funcionario de los deberes inherentes a su cargo haya sido de manera negligente.

No puede confundirse el incumplimiento reiterado de los deberes inherentes al cargo o funciones encomendadas con el incumplimiento aislado y puntual, ya que constituyen supuestos de hecho diferentes que no se identifican entre sí, cuyas sanciones además reflejan el principio de proporcionalidad en tanto que el incumplimiento reiterado es una causal de destitución mientras que el incumplimiento aislado o puntual podría constituir una causal de amonestación escrita.

Finalmente debemos señalar que para determinar si un funcionario se encuentra incurso en esta causal deben existir elementos probatorios que hagan concluir que con anterioridad, en los trabajos, tareas o funciones asignadas, el funcionario ha tenido retraso grave en la conclusión de los mismos. Se visualizará con el cumplimiento o no de los objetivos de

¹³ A. Carrasco: “Comentarios al régimen disciplinario...” *op. cit.* p. 72.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ *Ibíd.*

desempeño individual, donde el supervisor debe verificar que el funcionario cumple con el estándar promedio de trabajo que normalmente realiza un funcionario en las mismas condiciones de tiempo, lugar y modo. Cuando el funcionario no cumpla con los deberes inherentes a su cargo o funciones encomendadas, el supervisor inmediato debe realizar las observaciones pertinentes con la finalidad de que este corrija su conducta, dejando constancia de tal incumplimiento; y, en el caso de reincidir en la misma, se verificaría el incumplimiento reiterado.

Esta causal normalmente no se configura porque en la mayoría de los casos tales elementos probatorios no existen o las funciones que supuestamente ha dejado de incumplir el funcionario investigado no son funciones inherentes a su cargo o no le han sido encomendadas debidamente.

Entendemos por elementos probatorios fundamentales, en este caso, las actas debidamente levantadas por el supervisor inmediato al funcionario, donde se deje constancia del incumplimiento de sus funciones. En las mismas deberá señalarse el día en que se le hicieron las respectivas asignaciones de trabajo que no llevó a cabo o que realizó a destiempo, el tipo de asignación con una breve descripción que refleje la complejidad o sencillez de la misma y el promedio de tiempo necesario para su realización, acompañada con los respectivos soportes de las afirmaciones realizadas; las cuales deberán constar en el expediente formado con ocasión del procedimiento disciplinario de destitución y ser analizadas detenidamente por los funcionarios encargados de instruir, opinar y decidir sobre el mismo, con el objeto de no declarar al funcionario incurso en esta causal solo con base en las denuncias infundadas que realiza el funcionario de mayor jerarquía de la respectiva unidad en el acto de solicitud de apertura del procedimiento.

3. La adopción de resoluciones, acuerdos o decisiones declarados manifiestamente ilegales por el órgano competente, o que causen graves daños al interés público, al patrimonio de la Administración Pública o al de los ciudadanos o ciudadanas. Los funcionarios o funcionarias públicos que hayan coadyuvado en alguna forma a la adopción de tales resoluciones estarán igualmente incursos en la presente causal

Cuando una resolución, acuerdo o decisión sea declarado manifiestamente ilegal por el órgano competente, el funcionario que dictó tal acto estará incurso en esta causal. Sin embargo, estas resoluciones, acuerdos o decisiones serán válidos hasta tanto no hayan sido declarados nulos por ilegalidad en virtud de la presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos. Además tal ilegalidad debe ser declarada manifiesta para

que pueda configurarse este supuesto, no basta con la simple declaratoria de nulidad del acto.

ROJAS PÉREZ¹⁶ sostiene acertadamente que el que se declare la nulidad de un acto administrativo por su ilegalidad no implica de suyo que se esté incurrido en esta causal, ya que la ilegalidad debe ser manifiesta, pero a diferencia de él, consideramos que la cualidad de manifiesta o no de la ilegalidad del acto también deberá ser declarada por el órgano competente en el acto que declare nula la resolución, acuerdo o decisión.

Por otro lado, la *o* como disyunción, denota diferencia, separación o alternativa, por lo que cuando la causal señala “*o* que causen graves daños al interés público, al patrimonio de la Administración Pública o al de los ciudadanos o ciudadanas”, debe entenderse como un supuesto distinto a la declaratoria de ilegalidad manifiesta del acto por parte del órgano competente.

Es decir, consideramos que el acto puede ser declarado manifiestamente ilegal sin que necesariamente cause grave perjuicio al interés público, al patrimonio de la Administración Pública o al de los ciudadanos, o viceversa. En ambos casos se configuraría el tipo. El daño causado deberá ser grave, esto es, que sobrepase los parámetros normales¹⁷, pero tal gravedad solo podrá ser determinada por el órgano competente. Asimismo, los funcionarios que hayan coadyuvado en alguna forma a la adopción de tales decisiones estarán igualmente incurso en la presente causal.

No compartimos, como sí lo hace ROJAS PÉREZ¹⁸, la opinión de CARRASCO, para quien esta causal “puede producir un efecto negativo en el funcionamiento de la Administración Pública, ya que ante el temor de ser destituidos, los funcionarios competentes se abstendrán de dictar actos administrativos que afecten a los particulares”¹⁹, pues consideramos que el efecto puede ser el contrario. Según esta causal no se destituirá a un funcionario porque dicte un acto contrario a los intereses de un ciudadano, sino porque dicho acto le cause grave perjuicio. En la mayoría de los casos un funcionario le causa grave perjuicio a un ciudadano o a la Administración cuando su actuación no es conforme a la Constitución o a la ley, y debe ser sancionado por ello.

En la medida en que los funcionarios de la Administración tengan un mejor nivel de desarrollo técnico, profesional y moral, habrá menos

¹⁶ M. Rojas P.: *Notas sobre derecho de la función...* op. cit., pp. 126-127.

¹⁷ A. De Pedro F.: *Comentarios a la Ley del Estatuto...* op. cit., p. 170.

¹⁸ M. Rojas P.: *Notas sobre derecho de la función...* op. cit., p. 127.

¹⁹ A. Carrasco: “Comentarios al régimen disciplinario...” op. cit. p. 73.

probabilidad de equivocarse y más probabilidad de cumplir la ley, no incurriendo así en estos supuestos.

4. La desobediencia a las órdenes e instrucciones del supervisor o supervisora inmediato, emitidos por éste en el ejercicio de sus competencias, referidas a tareas del funcionario o funcionaria público, salvo que constituyan una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional o legal

Señala MANUEL MARÍA DIEZ²⁰ que la gestión unitaria en la actividad administrativa exige que los órganos estén ligados por una relación de jerarquía, que se traduce en el poder de mando del superior y el deber de obediencia del inferior. La jerarquía es, por tanto, la relación de supremacía de los órganos superiores en relación con los inferiores, y por ende, la relación de subordinación en que se hallan los órganos inferiores respecto de los superiores jerárquicos. Como consecuencia de la subordinación jerárquica, surge entonces para el inferior un deber de obediencia en relación con el superior. La obediencia es un elemento fundamental de la disciplina, sin la cual no cabe organización jerárquica. En este sentido, los funcionarios tienen deber de obediencia en cuanto actúan como tales²¹.

Partiendo de la idea según la cual la naturaleza jurídica del nombramiento o designación del funcionario es la de un acto condición, cuyo objeto es colocar al particular en una situación jurídica general y objetiva, creada de manera preexistente en leyes y reglamentos; el deber de obediencia, derivado de la jerarquía administrativa y de la necesidad de hacer posible la función pública, surge precisamente de ese estatus legal de que ha sido investido²².

El principio de jerarquía administrativa y el consecuente deber de obediencia, está consagrado en el artículo 28 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública²³:

Los órganos y entes de la Administración Pública estarán internamente ordenados de manera jerárquica y relacionados de conformidad con la distribución vertical de atribuciones en niveles organizativos. Los órganos de inferior jerarquía estarán sometidos a la dirección, supervisión, evaluación y

²⁰ Manuel María Díez: *El deber de obediencia en la función pública*. 2a. edición. Librería Jurídica. Valerio Abeledo-Editor. Caracas, 1951, p. 11.

²¹ *Ibíd.*, p. 11-29.

²² *Ibíd.*, p. 30-44.

²³ Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.147 Extraordinario, del 17 de noviembre de 2014.

control de los órganos superiores de la Administración Pública con competencia en la materia respectiva.

El incumplimiento por parte de un órgano inferior de las órdenes e instrucciones de su superior jerárquico inmediato obliga a la intervención de este y acarrea la responsabilidad de los funcionarios o funcionarias a quienes sea imputable dicho incumplimiento, salvo lo dispuesto en el artículo 8 del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica.

A su vez, el artículo 8 de la mencionada ley, señala que los funcionarios públicos están en la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución, y que estos incurrir en responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria, por los actos, hechos y omisiones que en el ejercicio de sus funciones violen o menoscaben los derechos garantizados en la Constitución y la ley, sin que le sirvan de excusas órdenes superiores. Disposición que desarrolla la norma contenida en el artículo 25 constitucional, según el cual todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos.

Por esta razón, el deber de obediencia no es absoluto, sino relativo²⁴, en virtud del principio de legalidad sobre el que debe sustentarse toda actividad administrativa²⁵. Este deber de obediencia relativo se vincula con el concepto de obediencia debida, es decir, si bien el deber de obediencia implica acatamiento y ejecución por parte del funcionario inferior de la orden o instrucción girada por el superior, no toda orden o instrucción deberá ser cumplida por el inferior. Para que el funcionario se encuentre realmente constreñido a obedecer una orden, esta debe estar conforme a derecho en sentido lato, es decir, que el superior inmediato la haya dictado en ejercicio de las atribuciones que la ley le reconoce, referida a las obligaciones que el funcionario inferior tiene el deber de cumplir y que por supuesto no

²⁴ Sostiene Manuel María Díez que “La obediencia puede clasificarse en absoluta o relativa. La obediencia será absoluta cuando el funcionario inferior debe cumplir la orden recibida sin poder apreciar su legalidad ni formalidad. (...) La obediencia es relativa cuando el inferior puede calificar la orden que ha recibido. El deber de obedecer será más amplio o más restringido según sean más o menos grandes las facultades del inferior en la apreciación de la orden recibida. La obediencia relativa nace en las democracias, donde por encima de la voluntad del Jefe de Estado, está la ley, que debe ser cumplida, la que también determina lo que puede ordenar el superior y debe cumplir el subordinado, precisando las responsabilidades respectivas”. M. Díez: *El deber de obediencia... op. cit.*, p. 44.

²⁵ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: “Artículo 137. La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen” y “Artículo 139. El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley”.

constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional o legal.

Por ello, ROJAS PÉREZ señala que:

(...) la obediencia que deben los funcionarios públicos a sus superiores encuentra un límite objetivo en la ley: las especificaciones del respectivo cargo, esto es, el conjunto de obligaciones, responsabilidades y tareas típicas de una clase de cargo determinado, las cuales aparecen enumeradas o descritas en el Manual Descriptivo de Cargos. Por tal razón el subordinado estará obligado a obedecer al superior sólo (*sic*) si la orden esta (*sic*) relacionada directamente con las especificaciones del cargo.

(...)

La destitución por esta causal solo podrá realizarse si la orden u ordenes (*sic*) impartidas estaban dentro de las competencias naturales del funcionario, ya que de lo contrario, sería una orden ilegal, lo cual el funcionario está materialmente imposibilitado de cumplir²⁶.

Por tal motivo, deberán verificarse las competencias del funcionario para determinar si legalmente estaba obligado a obedecer la orden o instrucción, aunque debe tenerse en cuenta que no constituye desobediencia las discrepancias u opiniones contrarias²⁷.

Como señala CARRASCO, la "(...) obediencia no necesariamente conduce a un resultado material concreto, pues como fruto de la profesionalidad y saberes técnicos puede tenerse discrepancias que en ningún caso significa insubordinación, sino, reiteramos, diferencias de apreciación entre el funcionario y su superior jerárquico"²⁸.

Asimismo es necesaria la concurrencia voluntaria del funcionario, es decir, que haya incumplido de manera consciente la orden del superior, lo que puede manifestarse a través de una actitud explícita o simplemente mediante una actitud pasiva y renuente²⁹. De lo contrario, podría constituir el supuesto de otra causal de destitución, pero no sería desobediencia.

En resumen, para que esta causal se configure es necesario que se verifique la concurrencia de todos los elementos establecidos en la norma: (a) la orden o instrucción desobedecida debió emanar del supervisor inmediato; (b) emitida por este en el ejercicio de sus competencias; (c) referidas a tareas propias del cargo del funcionario y no cualquier tarea aislada; (d) siempre que no constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto

²⁶ M. Rojas P.: *Notas sobre derecho de la función...* op. cit., p. 132

²⁷ *Ibíd.*, p. 132.

²⁸ A. Carrasco: "Comentarios al régimen disciplinario..." op. cit. p. 73.

²⁹ M. Rojas P.: *Notas sobre derecho de la función...* op. cit., p. 132.

constitucional o legal; y además (e) que tal desobediencia se haya dado de manera voluntaria por parte del funcionario.

5. El incumplimiento de la obligación de atender los servicios mínimos acordados que hayan sido establecidos en caso de huelga

La sanción de destitución procede, en este caso, cuando el funcionario que haya sido designado para atender servicios mínimos en caso de huelga, no lo hiciere, porque aunque tenga derecho a la huelga, carece en ese caso particular del derecho a asistir a esa convocatoria concreta de huelga³⁰.

6. Falta de probidad, vías de hecho, injuria, insubordinación, conducta inmoral en el trabajo o acto lesivo al buen nombre o a los intereses del órgano o ente de la Administración Pública

Este numeral contiene seis causales distintas; por tal razón, la Administración debe señalar específicamente la causal en que incurrió el funcionario, pues el señalamiento genérico de este numeral sin discriminación alguna de las causales que contiene podría viciar el acto de destitución de falso supuesto.

A. Falta de probidad

ROJAS PÉREZ señala que la amplitud e indeterminación de esta causal permite en principio encajar en ella cualquier conducta:

Si nos vamos al concepto de probidad, esto es, honradez, y esta voz significa rectitud de ánimo, integridad en el obrar, a tenor del Diccionario de la Real Academia Española, luego cualquier causal de destitución estaría dentro de los parámetros de la falta de probidad.

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia número 00828 del 31 de mayo de 2007, caso C.V.G. Ferrominera Orinoco, C.A., señaló que la falta de probidad tiene múltiples acepciones referidas primordialmente a la falta de rectitud, bondad, hombría de bien, honradez al obrar, honestidad o integridad, bien sea de palabras o de hechos y en términos generales, a través de ella se busca que el funcionario tenga un

³⁰ *Ibíd.*, p. 133.

comportamiento acorde con los principios éticos que permiten el desarrollo armónico de la actividad servicial³¹.

Sin embargo, en virtud del principio de tipicidad, según el cual, cada tipo sancionatorio se diferencia de otro, se garantiza al funcionario público investigado que cualquier acción que cometa no sea señalada y acusada como omisión a la honradez en el ejercicio público de su cargo³².

Luego, el autor citado indica³³ que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia número 002286 del 13 de noviembre de 2012, en la que ratifica el criterio sostenido en la sentencia N° 2010-829 dictada por ella misma el 22 de junio de 2011, señala un elemento interesante administrando los deberes de los funcionarios públicos con los límites de esta causal para poder entender cuál es su sentido exacto: entre los deberes establecidos en el artículo 33 de la Ley del Estatuto de la Función Pública se encuentra el deber de guardar en todo momento una conducta decorosa (ordinal 5° del artículo 33), entendida esta como aquella que denota decencia y dignidad o que reúne las condiciones mínimas necesarias para ser merecedor de respeto. Concepto íntimamente vinculado con una prestación del servicio por parte del funcionario caracterizada por la honestidad, honradez, lealtad, rectitud, ética e integridad en la labor, no solo en relación con la Administración y los ciudadanos en general, sino también con sus compañeros de oficina.

En la sentencia referida, la Corte señala que la falta de probidad es la conducta contraria a los principios de bondad, integridad y honradez en el obrar, la cual tiene un amplio alcance, pues comprende el incumplimiento de las obligaciones que constituyen el llamado contenido ético del contrato de trabajo, equivalente a las obligaciones que impone la Ley del Estatuto de la Función Pública.

En definitiva, es la falta de contenido ético lo que determina esta causal. Pero debe tratarse de una falta de contenido ético que se diferencie de las demás causales de destitución, por lo que hay que analizar el caso en concreto para establecer la causal³⁴. No debe incurrirse en el error de entender que cualquier conducta contraria a la ética es falta de probidad sin verificar si la misma se encuentra tipificada como una causal de destitución diferente.

³¹ Manuel Rojas Pérez: "La falta de probidad como causal de destitución de funcionarios públicos en la jurisprudencia reciente de las Cortes de lo Contencioso Administrativo". *Revista de Derecho Funcionario*, N° 8-9, Caracas. Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2013, pp. 29-30.

³² *Ibíd.*, p. 30.

³³ *Ibíd.*, p. 36.

³⁴ *Ibíd.*, pp. 38-39.

Como último punto sobre esta causal queremos señalar que para que se configure la falta de probidad es necesario que el funcionario haya realizado la conducta de manera consciente, que su actuar antiético sea voluntario; lo contrario podría constituir el supuesto de hecho de otra causal.

B. Vías de hecho

Esta causal consiste principalmente en la utilización de la violencia por parte del funcionario, bien sea contra el administrado, compañeros de oficina o contra la institución para la cual presta servicio³⁵. Las vías de hecho comprenden la agresión física en la persona de compañeros, superiores, inferiores o terceros, así como a cosas. Siempre que tal agresión se circunscriba a actuaciones realizadas mientras se encuentra en el desempeño de sus funciones³⁶. Por último, es necesario que el acto violento se haya realizado con la intención de causar un daño, de lo contrario no se configuraría la vía de hecho³⁷.

C. Injuria

En relación con esta causal, la jurisprudencia ha sostenido que no obstante la generalidad con que el legislador emplea el término *injuria*, lo cual puede acarrear la inclusión dentro del mismo de cualquier conducta ofensiva del funcionario, corresponde a la Administración, así como a los jueces, apreciar como tal aquella conducta que revele el *animus iniuriandi*, esto es, el evidente deseo de ofender, de dañar la imagen de alguien, de causar desmérito, deshonra³⁸.

El Diccionario de la Real Academia Española define *injuria* como agravio o ultraje de obra o de palabra, pero para que se configure este tipo es necesario que tal agravio se haya hecho con la intención de deshonrar, desacreditar, envilecer. La acción en la injuria se concreta en la ofensa a la reputación de una persona.

Asimismo, la injuria debe cumplir los extremos del artículo 446 del Código Penal sobre la injuria, es decir, que la ofensa se le haya comunicado a varias personas, juntas o separadas, y que esa comunicación tenga como finalidad ofender al injuriado³⁹.

³⁵ M. Rojas P.: *Notas sobre derecho de la función...* op. cit., p. 138.

³⁶ A. De Pedro F.: *Derecho de la función pública...* op. cit., p. 171.

³⁷ M. Rojas P.: *Notas sobre derecho de la función...* op. cit., p. 139.

³⁸ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 06 de diciembre de 1984, citada en A. De Pedro F.: *Derecho de la Función Pública...* op. cit., p. 172.

³⁹ M. Rojas P.: *Notas sobre derecho de la función...* op. cit., p. 140.

D. Insubordinación

Esta causal guarda estrecha relación con la desobediencia; sin embargo, se diferencian en tanto que la insubordinación implica un rechazo activo y frontal al cumplimiento de los deberes que impone el ejercicio del cargo. Presupone no una conducta aislada y pasiva, como podría serlo la desobediencia, sino una actitud desafiante y enfrentada al cumplimiento del deber⁴⁰.

Debe diferenciarse también la insubordinación de la vía de hecho, pues la insubordinación tendrá siempre como finalidad el no acatar las órdenes emanadas de los superiores jerárquicos, por lo que no cualquier acto de rechazo activo, frontal y hasta violento del funcionario debe ser calificado como insubordinación, sino solo aquel acto que está estrictamente dirigido a no obedecer al superior, rompiendo por tanto la jerarquía administrativa⁴¹.

E. Conducta inmoral en el trabajo

Esta causal, al igual que la falta de probidad, presenta complejidad en su interpretación. Sin embargo, consideramos que la conducta inmoral debe analizarse en relación con los usos y costumbres socialmente aceptados, y no ya relacionada con el contenido ético que debe guardar su conducta en su calidad de funcionario. Tal conducta debe llevarse a cabo en el sitio de trabajo.

ROJAS PÉREZ⁴² señala como ejemplos de conducta inmoral, actividades de tipo sexual o higiénico. El funcionario estaría incurso en esta causal si realiza actos sexuales dentro de la dependencia oficial, llega embriagado al sitio de trabajo o se embriaga estando en él, solo por citar algunos ejemplos.

F. Acto lesivo al buen nombre o a los intereses del órgano o ente de la Administración Pública

Esta causal comprende dos supuestos: acto lesivo al buen nombre del órgano o ente de la Administración y acto lesivo a los intereses del órgano o ente de la Administración.

En el primero de ellos, nos encontramos en el campo de los derechos morales, pues está destinado a proteger la reputación, la fama, la integridad moral. En el segundo, la lesión que pueda generar ese acto lesivo se refiere a

⁴⁰ A. De Pedro F.: *Derecho de la Función Pública... op. cit.*, p. 172.

⁴¹ M. Rojas P.: *Notas sobre derecho de la función... op. cit.*, p. 141.

⁴² *Ibíd.*, p. 142.

situaciones jurídicas más concretas, esto es, a derechos y expectativas que tienen un contenido material⁴³.

Se trata de un acto que debe interpretarse jurídicamente, esto es, como una manifestación de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos, de tal forma que el primer elemento necesario para que se configure alguno de los dos supuestos de esta causal es que haya una manifestación de voluntad capaz de producir un perjuicio⁴⁴. Un perjuicio que menoscabe el buen nombre del organismo, su reputación y su fama; o vaya en contra de los intereses del mismo, que en definitiva no puede ser otro que el interés general.

7. La arbitrariedad en el uso de la autoridad que cause perjuicio a los subordinados o al servicio

La arbitrariedad a que se refiere esta causal alude al abuso de poder que acarrea la responsabilidad individual del funcionario según el artículo 139 de la Constitución. En efecto, el funcionario que en ejercicio del Poder Público abuse del mismo es responsable individualmente.

Comporta el ejercicio de potestades propias del cargo para el logro de fines distintos a los que prevé la norma, bien en las relaciones con los ciudadanos o con los subordinados. Normalmente, el funcionario que incurre en esta causal pretende obtener algún beneficio personal o para terceros, en perjuicio y menoscabo del interés general implícito en la norma que le atribuye la competencia para actuar.

8. Perjuicio material severo causado intencionalmente o por negligencia manifiesta al patrimonio de la República

Esta causal contiene varios elementos que deben concurrir necesariamente para que pueda configurarse: (a) un perjuicio material, esto es, concreto, físico, corpóreo⁴⁵; (b) que sea severo o grave; (c) la intención o negligencia manifiesta como causa de tal perjuicio; y (d) que afecte el patrimonio de la República.

En este sentido, el perjuicio debe ser material, es decir, debe trascender la simple esfera de los derechos morales. Debe ser un daño verificable, cuantitativo y objetivo. El problema se presenta en cuanto a la gravedad que debe comportar el perjuicio, ya que la norma exige que el mismo sea severo.

⁴³ Sentencia del Tribunal de la Carrera Administrativa del 29 de febrero de 1972. Magistrada ponente: Hildegard Rondón de Sansó, citada en M. Rojas P.: *Notas sobre Derecho de la Función...* op. cit., p. 143.

⁴⁴ M. Rojas P.: *Notas sobre derecho de la función...* op. cit., p. 143.

⁴⁵ A. De Pedro F.: *Derecho de la función pública...* op. cit., p. 173.

De no serlo podría constituir el supuesto del numeral 2 del artículo 83 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, pero no constituiría causal de destitución. En todo caso, la gravedad del perjuicio deberá ser analizada en cada caso concreto, en función de los elementos del daño, las razones por las cuales se cometió el perjuicio, la intencionalidad o no del funcionario, la comparación con otros casos donde hubo perjuicio⁴⁶.

Asimismo, es necesario que el daño material se haya causado intencionalmente o por negligencia tal que sea inexcusable, y que el patrimonio de la República haya resultado efectivamente afectado.

9. Abandono injustificado al trabajo durante tres días hábiles dentro del lapso de treinta días continuos

El abandono injustificado comprende dos supuestos igualmente válidos: la inasistencia al sitio de trabajo durante una jornada completa sin que medie el justificativo correspondiente; o la acción de retirarse o ausentarse del sitio de trabajo, después de haber asistido a este, sin autorización o permiso alguno.

El Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa⁴⁷, parcialmente vigente, establece en los artículos 49 y siguientes las situaciones que pueden dar origen a que la Administración confiera un permiso, cuáles de estos son de otorgamiento obligatorio o potestativo, así como el procedimiento administrativo que debe seguirse para la concesión del mismo.

En este sentido, los artículos 53 y 54 *eiusdem* señalan que el funcionario deberá solicitar el permiso por escrito con suficiente anticipación a la fecha de su vigencia, ante el superior inmediato, quien lo tramitará ante el funcionario que deba otorgarlo. El funcionario competente participará por escrito su decisión al solicitante y a la Oficina de Personal, a la cual remitirá la documentación correspondiente.

Es necesario indicar que el funcionario siempre tiene la obligación de solicitar el permiso de acuerdo con lo señalado anteriormente y esperar que dicha solicitud sea respondida, bien sea otorgándole el permiso o negándose, independientemente de que se trate de un permiso de otorgamiento obligatorio o potestativo. El funcionario no podrá ausentarse de manera

⁴⁶ M. Rojas P.: *Notas sobre derecho de la función...* op. cit., p. 148

⁴⁷ Publicado según Decreto nro. 1.378 de fecha 15 de enero de 1982 en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela nro. 2.905 Extraordinario de fecha 18 de enero de 1982; reformado parcialmente mediante decreto nro. 3.209 de fecha 07 de enero de 1999 publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela nro. 36.630 de fecha 27 de enero de 1999.

justificada de su sitio de trabajo si, aun cuando haya solicitado el permiso, el procedimiento administrativo seguido para el otorgamiento del mismo no concluyó con el acto administrativo definitivo que le confiere el mismo, sin que sea relevante y que por ello sirva de excusa, repetimos, que se trate de un permiso de otorgamiento obligatorio o potestativo.

El funcionario que se ausente de su puesto de trabajo en virtud de un permiso debidamente otorgado, deberá, una vez que haya hecho uso del mismo, consignar de manera inmediata el justificativo que dio lugar al otorgamiento de tal permiso por parte de la Administración, probando suficientemente la causa que originó el permiso. Solo así la inasistencia al trabajo resultará completamente justificada.

En el procedimiento disciplinario de destitución deberá verificarse, en primer lugar, la existencia de los permisos o licencias; en segundo lugar, si estos fueron debidamente otorgados, esto es, cumpliendo el procedimiento a que hicimos referencia en líneas anteriores; y en tercer lugar, si el funcionario consignó el justificativo que pruebe el motivo en virtud del cual se otorgó el permiso.

Por otra parte, el artículo 55 del Reglamento señala que cuando por circunstancias excepcionales le resulte imposible al funcionario solicitar el permiso cumpliendo la forma indicada, dará aviso de tal situación a su superior inmediato a la brevedad posible; y que al reincorporarse a sus funciones deberá justificar por escrito su inasistencia y acompañará, de ser el caso, las pruebas que correspondan.

El carácter excepcional de una circunstancia tendrá que ser valorado en todo caso por el superior inmediato, tomando como referencia la proporcionalidad y gravedad del asunto⁴⁸.

El funcionario debe dar aviso a su superior inmediato de la causa imprevista y excepcional, con la obligación además de dejar constancia escrita de la misma una vez que se reincorpore a sus funciones y probar suficientemente la excepcionalidad de tal circunstancia.

Por último, y en relación con el lapso a que se refiere este numeral, se trata de tres días hábiles dentro de un lapso de treinta días continuos que no deben entenderse como un mes, como lo establecía la derogada Ley de Carrera Administrativa. Por tal motivo, el abandono injustificado que prevé esta causal podría configurarse por la inasistencia durante, verbigracia, dos días hábiles de un mes y uno de otro mes, siempre que el tiempo transcurrido

⁴⁸ M. Rojas P.: *Notas sobre derecho de la función... op. cit.*, p. 150.

entre la primera y la última de las inasistencias sea igual o menor a treinta días continuos⁴⁹.

10. Condena penal o auto de responsabilidad administrativa dictado por la Contraloría General de la República

Esta causal contempla dos supuestos: la destitución por condena penal y la destitución por auto de responsabilidad administrativa dictado por la Contraloría General de la República.

Es necesario advertir que en el primero de los casos, la ley no señala que la destitución procede por condena penal siempre que la misma implique privación de libertad, por tal razón, toda condena penal, implique o no privación de libertad, dará lugar a la destitución con base en este numeral.

Por otro lado, el auto de responsabilidad administrativa debe ser un acto definitivamente firme⁵⁰ y haber sido dictado por la Contraloría General de la República. Los autos de las Contralorías internas de los diferentes órganos de la Administración nacional, estatal, o municipal, no constituyen el supuesto de esta causal.

11. Solicitar o recibir dinero o cualquier otro beneficio, valiéndose de su condición de funcionario o funcionaria público

Para que se configure la presente causal es necesario que concurren los dos elementos señalados por ella; a saber: (a) solicitar o recibir dinero o cualquier otro beneficio y (b) que tal solicitud o recibo se haya hecho valiéndose de su condición de funcionario.

En primer lugar, observamos que no es necesario que se materialice la solicitud de dinero o cualquier otro beneficio valiéndose de su condición de funcionario, bien sea que reciba o simplemente solicite estos sin que sea necesario que se haga efectiva dicha solicitud, estará incurso en esta causal. Tal solicitud o recibo no necesariamente versará sobre dinero, ya que puede tratarse de cualquier otro beneficio.

El dinero o beneficio podría provenir tanto de particulares como de funcionarios de otras dependencias⁵¹. Es necesario que tal solicitud o recibo de dinero u otro beneficio se realicen valiéndose de su condición de funcionario, es decir, que con ocasión del ejercicio de sus competencias el

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 150.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal de la Carrera Administrativa, del 5 de febrero de 1975, citada en *Ibíd.*, p. 152.

⁵¹ M. Rojas P.: *Notas sobre derecho de la función... op. cit.*, p. 153.

funcionario se haya valido de tal condición para solicitar o recibir beneficios de cualquier tipo, pues tal beneficio no se hubiere podido solicitar o recibir sino teniendo el estatus de funcionario y con ocasión de las funciones que desempeña.

12. Revelación de asuntos reservados, confidenciales o secretos de los cuales el funcionario o funcionaria público tenga conocimiento por su condición de tal

En ejercicio de sus competencias, los funcionarios al servicio de la Administración Pública tienen el deber de guardar la reserva, discreción y secreto que requieran los asuntos relacionados con las funciones que tienen atribuidas, sin perjuicio del deber de prestar la información necesaria a los particulares en los asuntos y expedientes en que estos tengan algún interés legítimo.

En este sentido, la norma contenida en el artículo 143 constitucional establece que los ciudadanos tienen el derecho a ser informados de manera oportuna y veraz por la Administración sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados. Tendrán acceso a los archivos administrativos sin perjuicio de los límites aceptables en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. Finalmente señala este artículo que no se permitirá censura alguna a los funcionarios que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad.

Por su parte, el artículo 159 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública señala que toda persona tiene el derecho de acceder a los archivos administrativos cualquiera que sea la forma de expresión o el tipo de soporte material en que figuren, salvo las excepciones que establece la Constitución y la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto.

El artículo 172 *eiusdem* establece que los funcionarios correspondientes podrán expedir copia certificada a las personas y a las autoridades competentes que la solicitaren, salvo que los documentos y expedientes hubiesen sido previa y formalmente declarados secretos o confidenciales de conformidad con las leyes que regulen la materia.

Sobre este particular, el artículo 59 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁵², señala que los interesados tienen el derecho de examinar y

⁵² Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela nro. 2.818 Extraordinario de fecha 01 de julio de 1981.

copiar en cualquier estado o grado del procedimiento cualquier documento contenido en el expediente así como pedir certificación del mismo, con excepción de los documentos calificados como confidenciales.

La calificación de confidencial deberá hacerse mediante acto motivado, por lo que el mismo deberá constar en los autos del procedimiento disciplinario de destitución⁵³. Además del deber del funcionario de no revelar la información de los documentos declarados confidenciales por la autoridad competente mediante acto motivado, tampoco podrá hacerlo respecto de aquellos asuntos reservados o secretos declarados como tal por la ley que regule la materia.

13. Tener participación por sí o por interpuestas personas, en firmas o sociedades que estén relacionadas con el respectivo órgano o ente cuando estas relaciones estén vinculadas directa o indirectamente con el cargo que se desempeña

Para que esta causal se configure es necesario que concurran los dos elementos señalados por ella, a saber: (a) que el funcionario tenga participación personalmente o por terceros en firmas o sociedades que estén relacionadas con el respectivo órgano o ente al cual está adscrito y (b) que esas relaciones estén directa o indirectamente vinculadas al cargo que desempeña dentro del órgano o ente.

En efecto, no cualquier relación entre la sociedad o firma en que el funcionario tenga participación personal o por terceras personas y la Administración constituye el supuesto de esta causal, pues es necesario que esa relación esté directa o indirectamente vinculada al cargo que desempeña el funcionario que tiene participación en aquella. Lo que se pretende es que el funcionario actúe con el propósito de realizar el interés general implícito en la norma que le atribuye las competencias, sin que tal ejercicio se desvíe en aras de satisfacer sus intereses personales.

14. Haber recibido tres evaluaciones negativas consecutivas, de conformidad con lo previsto en el artículo 58 de esta Ley

Esta casual, al igual que la contenida en el numeral 1, es una de las más objetivas de todas las causales establecidas en el artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. Para que se configure es necesario que concurran todos los elementos contenidos en ella; a saber: (a) que el funcionario haya efectivamente recibido las tres evaluaciones, que las mismas

⁵³ M. Rojas P.: *Notas sobre derecho de la función... op. cit.*, p. 155.

sean negativas y que se hayan dado de manera consecutiva y (b) de conformidad con lo previsto en el artículo 58 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

El artículo 58 a que se refiere la causal establece que la evaluación se realizará dos veces por año, lo que quiere decir que la consecutividad de las evaluaciones negativas se verificará en la medida en que estas se hayan realizado en el lapso de 18 meses.

El mismo artículo señala que la evaluación se realizará con base en los registros continuos que debe llevar el supervisor, en los que constará el desempeño de los funcionarios de carrera, en cuanto al trabajo asignado y realizado por los mismos⁵⁴.

En el procedimiento disciplinario de destitución sustanciado con base en esta causal, deberá verificarse, además de los elementos ya señalados, que las evaluaciones negativas hayan sido realizadas de conformidad con las normas previstas en los artículos que van desde el 57 al 62 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, por lo que las mismas deberán constar en los autos del procedimiento.

En este sentido, en el proceso de evaluación el funcionario deberá conocer los objetivos del desempeño a evaluar, que serán acordes con las funciones inherentes a su cargo. De igual manera, las evaluaciones se realizarán mediante los instrumentos que a tal fin se establezcan, y que deberán satisfacer los requisitos de objetividad, imparcialidad e integridad de la evaluación.

Los resultados de la evaluación serán válidos siempre que sean suscritos por el supervisor inmediato o funcionario evaluador y por el funcionario evaluado. Los mismos serán notificados al funcionario evaluado quien podrá impugnarlos de conformidad con el artículo 62 de la Ley del Estatuto de la Función Pública y en vía jurisdiccional.

Sobre el particular, BRICEÑO VIVAS y BRACHO DOS SANTOS señalan acertadamente que:

(...) la evaluación termina con un acto administrativo que debe indicar la forma como fue evaluado el funcionario y la calificación definitiva que obtuvo. Por ser un acto administrativo, debe estar sometido a la legalidad, lo que implica que debe ser suficientemente motivado en su decisión, de manera que para el caso en que la evaluación sea deficiente o no cubra las expectativas del cargo, el acto

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 160.

explique las razones del deficiente desempeño en sus labores por parte del evaluado (...)»⁵⁵.

CONSIDERACIONES FINALES

Dentro de los organismos de la Administración Pública se realizan interpretaciones en su mayoría poco acertadas de los supuestos que constituyen causal de destitución según la Ley del Estatuto de la Función Pública, lo cual a primera vista podría resultarnos sorpresivo si no tuviésemos en cuenta que para las Cortes de lo Contencioso Administrativo la “falta de probidad” puede identificarse perfectamente con el “incumplimiento reiterado de los deberes inherentes al cargo o funciones encomendadas”, con el “acto lesivo al buen nombre del órgano o ente de la Administración Pública”⁵⁶ o con “solicitar o recibir dinero o cualquier otro beneficio valiéndose de su condición de funcionario público”⁵⁷, por citar solo dos ejemplos, cuya práctica es constante en la jurisprudencia de estas Cortes.

Tales errores de interpretación son normalmente aceptados sin advertencia alguna por los funcionarios encargados de instruir los expedientes disciplinarios y los que tienen la competencia para opinar y decidir sobre los mismos en el marco del procedimiento disciplinario de destitución.

En reiteradas ocasiones se entiende, verbigracia, que el abandono injustificado al trabajo durante tres días hábiles en el lapso de treinta días continuos (numeral 9) comporta de suyo el incumplimiento reiterado de los deberes inherentes al cargo o funciones encomendadas (numeral 2), ignorando el hecho de que en el primer supuesto el funcionario no estuvo presente en la oficina, y en el segundo, sí; interpretaciones estas que menoscaban el principio de tipicidad.

Este desconocimiento general del sentido y alcance de cada una de las causales de destitución establecidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública tiene consecuencias perniciosas tanto para el funcionario investigado como para el órgano al que presta sus servicios. Una de las más importantes es que el funcionario encargado de instruir el expediente nunca podrá llevar a cabo una tarea exenta de errores, ya que al no saber el sentido y alcance de la causal, no podrá determinar cuál es la prueba fundamental necesaria en

⁵⁵ Gustavo Briceño Vivas y Joaquín Bracho Dos Santos: *Ley del Estatuto de la Función Pública*. 1a. edición, 3a. reimpresión. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2004, p. 66.

⁵⁶ Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, N° 00033, 25-11-2011, citada en M. Rojas P.: “La falta de probidad...” *op. cit.*, pp. 31-35.

⁵⁷ Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, N° 002042, 06-12-2012, citada en *Ibíd.*, pp. 41-42.

virtud de la que pueda establecerse con certeza que los hechos denunciados son subsumibles en el supuesto de hecho de la norma.

Tales desaciertos pueden resumirse de la siguiente manera:

Al no tener claridad en el sentido y alcance de las causales, los funcionarios de las Oficinas de Recursos Humanos encargados de instruir los procedimientos disciplinarios, se equivocan en la calificación de los hechos denunciados, y por tanto, subsumen la conducta del funcionario en una causal que sanciona una situación diferente. Casos típicos: incumplimiento reiterado de los deberes inherentes al cargo o funciones encomendadas y falta de probidad. En los que en la mayoría de los casos entienden dichas causales como consecuencia necesaria de la configuración de otras causales, verbigracia, abandono injustificado.

Como consecuencia de lo anterior, estos funcionarios no pueden saber con claridad cuáles son las pruebas fundamentales en virtud de las que se configuran dichas causales, y por lo tanto, la instrucción del expediente resulta, en la mayoría de los casos, insuficiente.

Por otro lado, consideramos que al activar las unidades administrativas encargadas de sustanciar, opinar y decidir un procedimiento disciplinario de destitución, debe existir una presunción real, aun cuando sea *iuris tantum*, que conduzca a pensar que el funcionario *podría* estar incurso en causal de destitución. Lo contrario es una recarga innecesaria e inútil de trabajo a los funcionarios encargados de tales tareas que incidirá negativamente en la actividad administrativa.

Con lo expuesto anteriormente no pretendemos sostener que un funcionario no pueda estar incurso en varias causales, lo que es perfectamente posible; lo que queremos advertir es que el actuar de los funcionarios encargados de instruir estos expedientes debe estar guiado por el principio de tipicidad en la calificación de los hechos en virtud de la cual formula los cargos al funcionario con base en una causal determinada.

La configuración de una sola causal es suficiente para la aplicación de la sanción de destitución, no siendo necesario que se atribuyan dos, tres, cuatro o cinco causales de manera simultánea e indiscriminada a un funcionario cuando no hay verdaderas razones que lo justifiquen, lo que en última instancia solo denota una cierta negligencia en el cumplimiento de las funciones asignadas al cargo del funcionario encargado de iniciar e instruir el expediente administrativo.

Es necesaria una interpretación adecuada, crítica y reflexiva de las causales de destitución establecidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública, tanto por parte de la doctrina jurídica venezolana como de los

tribunales con competencia en la materia, con la finalidad de delimitar el sentido y alcance de aquellas en consonancia con el principio de tipicidad; pues la destitución es una de las causas de retiro de la Administración Pública, constituyendo así la sanción más grave del régimen disciplinario contenido en esta ley.

PROBLEMAS PRÁCTICOS EN LA LEY DE EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA Y LEYES CONEXAS

Jesús Villegas Ruiz¹

Resumen: *El presente artículo desarrolla los problemas prácticos en los casos de expropiaciones por causa de utilidad pública y su aproximación en la jurisprudencia administrativa. Igualmente, se analiza el complejo marco normativo de la institución expropiatoria en Venezuela contenido tanto en la Ley de Expropiación como ley rectora, como en el Decreto-Ley de Ley Orgánica de Emergencia de Terrenos y Viviendas. Finalmente, se desarrolla un análisis del procedimiento de avalúo contenido en la Ley de Expropiación y sus implicaciones prácticas en la determinación del justiprecio.*

Palabras clave: *Expropiación – Utilidad pública – Justiprecio.*

SUMARIO. Introducción. I. Análisis preliminar de la Ley de Expropiación. 1. Problemas en la ocupación previa y estrategia procesal. **2.** Requisitos de los peritos evaluadores y sus potestades. **3.** Procedimiento de avalúo y la comisión de evaluadores. **II. ¿Cómo se determina el justiprecio? 1.** El valor comercial o de mercado y el valor de las últimas transacciones inmobiliarias. **2.** El valor fiscal. **A.** Consideraciones sobre el valor catastral. **III. Normativa especial expropiatoria. 1.** Comentarios generales. **2.** El Decreto Ley de Ley Orgánica de Emergencia de Terrenos y Viviendas y sus problemas prácticos. **A.** Medidas administrativas de ocupación contenidas en el DLOETV. **B.** El concepto de inmueble “subutilizado” a los fines del DLOETV. **C.** Remedios en sede administrativa y judicial ante la eventual ocupación de un inmueble. **Conclusiones.**

INTRODUCCIÓN

En el lenguaje común, el término expropiación pocas veces se relaciona con en el procedimiento técnico que implica. Más bien, pareciera ser evidente los efectos de la expropiación que se concretan en la privación del derecho de propiedad sobre la cosa expropiada. En este iter procedimental ocurren muchas precisiones técnicas y jurídicas que pasan fácilmente por alto. Así, a los ojos del administrado, el procedimiento expropiatorio pierde importancia ante la realidad de los hechos (la inminente ocupación del inmueble ante la insaciable voluntad de la Administración), y los administrados pueden perder

¹ Abogado *Magna Cum Laude* de la Universidad Central de Venezuela (2015). Magister en Derecho Americano de la Universidad de Boston. Candidato a Magister en Derecho Comparado por la Universidad de Pensilvania.

su derecho a participar en las distintas vías para el establecimiento del valor de sus bienes.

De esta forma, el procedimiento expropiatorio concluye en la apropiación de un bien y la traslación de su dominio a manos de una entidad político-territorial. La pregunta que se encuentra en estos apuntes surge en el marco del procedimiento. Asumimos, a los efectos de este artículo, el ineludible poder expropiatorio de la Administración con todas las ventajas y desventajas de esta institución jurídica. Así, sea una expropiación amigable o contenciosa, siempre surge la inminente duda práctica ¿Cómo se calcula el valor de lo expropiado? ¿Cuáles son las reglas de derecho aplicables al justiprecio? ¿Cuál es la Ley aplicable? ¿Cuáles son las vías procesales para obtener remedio?

Ante la duda de cómo establecer el valor de las cosas mucho se ha profundizado en la teoría económica. Sin ánimos de ahondar aguas tan profundas, la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y Social² (“Ley de Expropiación”) busca la protección de los administrados respecto a la forma en la cual sus propiedades pueden ser afectadas en aras de la protección de un interés general o por causa de utilidad pública, y en final término, en cómo establecer su justo valor.

Esto tiene sentido, y gracias al mandato constitucional del Artículo 115, se establece que “la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general” siempre y cuando medie “mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización”. Así, la utilidad pública no escapa y ni se sobrepone sobre la protección que existe respecto al establecimiento del valor de los bienes objeto de expropiación. Sin embargo, las partes del proceso expropiatorio se encuentran desprovistas de herramientas para la realización de un análisis comercial, transaccional y fiscal del bien expropiado. El carácter técnico de los conceptos empleados por la Ley de Expropiación para establecer el valor de los bienes expropiados, hacen que el establecimiento del justo valor sea, como tendremos la oportunidad de apreciar, una tarea que sobrepasa las nociones del Derecho. De hecho, dicha labor se constituye en un análisis eminentemente técnico en el marco de un procedimiento legal.

Tal carácter técnico del cual se desprende de la Ley de Expropiación no se encuentra definido por la misma, y dificulta, sin la adecuada orientación, la interpretación de sus disposiciones. Es una realidad práctica que los abogados, que coadyuvamos a sostener el procedimiento expropiatorio, no tenemos las herramientas necesarias para comprender el impacto del

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.475 del 1 de julio de 2002.

establecimiento de un determinado precio, ni la preparación suficiente para entender el fundamento de la utilización de variables comerciales.

Nuestra intención en las siguientes páginas, al margen de lo preceptuado en la Ley, es expresar el desarrollo de la tarea eminentemente práctica y técnica que implica el establecimiento del justiprecio y la consideración de las múltiples variables que la Ley ordena seguir, así como una lectura jurisprudencial de la Ley de Expropiación en aras de lograr una orientación en términos llanos de tan crucial problema en el marco del procedimiento expropiatorio.

De esta forma, consideraremos todas las variables existentes para el establecimiento del justo valor, incluido en él el valor *per se* y las indemnizaciones a que hubiere lugar, que no son más que “una suma equivalente a la pérdida sufrida por concepto de reparación, de modo que ésta no traiga como resultado el empobrecimiento del expropiado, como tampoco su enriquecimiento”³. Igualmente, gracias a la práctica profesional, nos planteamos vías procesales en el litigio propio contra la República, los estados y los municipios en materia expropiatoria, así como algunas precisiones en leyes conexas, por considerarlos problemas prácticos en el litigio expropiatorio.

No está demás decir que, en Venezuela, la noción de expropiación tiene una consagración legal. De esta manera, la Ley de Expropiación dispone que la expropiación es “una institución de Derecho Público, mediante la cual el Estado actúa en beneficio de una causa de utilidad pública o de interés social, con la finalidad de obtener la transferencia forzosa del derecho de propiedad de los particulares, a su patrimonio”⁴ y mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización. Como tendremos la oportunidad de señalar, el problema que nos ocupa es cómo establecer el valor monetario del avalúo que supone esa justa indemnización que dispone la Ley en el marco de la ley aplicable a la expropiación en concreto.

Así, la potestad expropiatoria de la Administración es indudable y siempre procedente por perseguir fines que atañen al colectivo y protegen el interés público. Al respecto, abundante ha sido la doctrina que ha explicado la naturaleza jurídica de la institución bajo estudio. No obstante, para nuestro objetivo es necesario aclarar preliminarmente que dicha potestad

³ *Jesús Lorenzo Rojas v. República*, sentencia del 14 de diciembre de 1992 dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Magistrado ponente: Gustavo Urdaneta Troconis, consultado en *20 años de jurisprudencia: Expropiación*. Caracas. FUNEDA, p. 159.

⁴ Ley de Expropiación, Art. 2.

expropiatoria no es absoluta y se compensa con el pago de justa indemnización.

Respecto a la noción de justiprecio la doctrina ha señalado que “el justiprecio es una experticia judicial estimatoria destinada a obtener un dato sobre un hecho no conocido”⁵. Así, justipreciar un bien, supone su valoración previa que requiere herramientas que desconocen las partes y el juez ante el cual se someta el asunto. Por ello, la doctrina jurisprudencial ha dispuesto en concreto que:

el avalúo en expropiación no constituye un simple justiprecio, sino un mecanismo ideado por el legislador para compensar, mediante justa indemnización, el sacrificio del particular que se ve privado de su bien por causa de utilidad pública o interés social; y, por eso, la Ley contempla una serie de requisitos o formalidades que deben guiar la actuación para establecer el verdadero, real y equitativo valor del bien expropiado⁶.

Y por consecuencia, “el justiprecio tiene entonces la naturaleza de una experticia complementaria del fallo”⁷ y es el resultado del trabajo conjunto de los peritos y el análisis legal del juez de instancia aplicados a los hechos de la expropiación. Procedemos a analizar algunas particularidades de este procedimiento de seguidas.

I. ANÁLISIS PRELIMINAR DE LA LEY DE EXPROPIACIÓN

1. Problemas en la ocupación previa y estrategia procesal

El procedimiento expropiatorio ordinario se encuentra contenido en su totalidad en la Ley de Expropiación, estableciendo, en primer lugar, un procedimiento de acuerdo amigable para la adquisición del bien, y, en segundo lugar, el procedimiento expropiatorio ordinario ante un juez contencioso administrativo. Decimos ordinario porque existen leyes de contenido expropiatorio con procedimientos autónomos. Por motivos prácticos, no comentaremos el procedimiento judicial expropiatorio (denominado por nosotros como ordinario) dada la abundante doctrina nacional al respecto⁸. En cambio, haremos puntuales precisiones contenidas

⁵ Ramsis Ghazzaoui: *Consideraciones en torno a la garantía constitucional de la expropiación y el derecho de propiedad*. Asociación Círculo de Derecho Administrativo. Perú, 2014., p. 23.

⁶ María Chiquinquirá González de Ferrer y otros, v. *Compañía Anónima Energía Eléctrica de Venezuela (ENELVEN)*, sentencia del 17 de Julio de 2002 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

⁷ Enrique Lagrange: “Contribución al estudio de los modos de fijación de la indemnización en materia expropiatoria”. *Revista de la Fundación Procuraduría*. N° 2. Caracas, 1986, pp. 41 y ss.

⁸ Véase Allan Brewer-Carias: *Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2002.

en la Ley respecto a la ocupación temporal y la posibilidad del ejercicio de la acción por vía de hecho en el supuesto de inobservancia de los mandatos de la Ley de Expropiación.

La Ley de Expropiación prevé sólo dos supuestos en los que el ente expropiante puede ocupar temporalmente o previamente el bien objeto de expropiación y establece una serie de requisitos y procedimientos para ello. La doctrina ha diferenciado las distintas ocupaciones que se encuentran reguladas en la Ley de Expropiación, y en este sentido ha sostenido constantemente que:

la Administración tampoco [sic] no puede alterar la Constitución ni lo previsto en la Ley de Expropiación respecto a las tradicionales figuras de la ocupación temporal (que es una ocupación administrativa con fines precisos y limitadísimos) y la ocupación previa (que es más amplia y es dictada por el juez no por la Administración), las cuales son diferentes, tienen funciones muy precisas y, además, requieren cada una del cumplimiento de un conjunto de requisitos y formalidades previstos en la Ley⁹.

Como podemos observar, estos institutos en materia expropiatoria tienen una regulación precisa, diferente y limitada. Así las cosas, en primer lugar, los artículos 55, 53 y 54 de la Ley de Expropiación regulan lo atinente a la ocupación temporal y su procedimiento. Así, la Ley de Expropiación consagra un límite a la ocupación temporal, ya que la misma durará tan sólo el tiempo absolutamente indispensable, no debiendo, en ningún caso, concederse por un término mayor de seis meses, pudiendo prorrogarse por igual término, y por una sola vez, por causa debidamente justificada. De igual manera, la ocupación temporal requiere de una resolución suficientemente motivada por parte del ente expropiante, que motive las causas de la ocupación, y tal resolución deberá ser protocolizada en la correspondiente Oficina de Registro Inmobiliario de la localidad donde se ubique el bien expropiado. Finalmente, la ocupación temporal supone a su vez la necesaria notificación anticipada a los administrados expropiados, como garantía del respeto a sus derechos, con un lapso de 10 días de anticipación al día en que el ente expropiante requiera de practicar la ocupación temporal¹⁰.

⁹ Luis Ortíz-Álvarez: “Expropiaciones en Venezuela (límites y garantías)”. *Anuario de Derecho Público*. Universidad Monteavila. Caracas, 2012, p. 357.

¹⁰ En este sentido, los Artículos in comento establecen:

Artículo 52. La ocupación temporal. Toda obra declarada de utilidad pública lleva consigo el derecho a la ocupación temporal de las propiedades ajenas por parte del que las ejecute, en los casos siguientes:

1. Hacer estudios o practicar operaciones facultativas, de corta duración, que tengan por objeto recoger datos para la formación del proyecto o para el replanteo de la obra.

La ocupación temporal se sustenta en dos supuestos taxativos de la Ley de Expropiación, a saber, (i) hacer estudios o practicar operaciones facultativas, de corta duración, que tengan por objeto recoger datos para la formación del proyecto o para el replanteo de la obra, y para (ii) el establecimiento provisional de estaciones de trabajo, caminos, talleres, almacenes o depósitos de materiales, y cualquiera otra que requiera la obra para su construcción o reparación. Igualmente es importante considerar que la mera notificación no puede asimilarse al acto previo que la Ley de Expropiación exige en su artículo 52¹¹.

Así, se deben respetar tales garantías por medio de: la notificación a los propietarios expropiados, la existencia de un acto administrativo motivado sobre las causas de la ocupación temporal y su debida protocolización ante la oficina subalterna de registro de la localidad donde se encuentre el inmueble, los motivos de la ocupaciones que deben ser para estudios técnicos o relacionados con el proyecto, y una duración máxima de seis meses prorrogables por otros seis mediante un nuevo acto administrativo motivado.

En lo que respecta a la ocupación previa, la misma presupone un juicio expropiatorio (es decir, no se está en presencia de un procedimiento de acuerdo amigable) y la ocupación declarada por un juez, previo pago de la justa indemnización. Por tratarse de una medida ablatoria, la Ley de Expropiación exige que se esté ante un proceso judicial y se brindan al

2. Para el establecimiento provisional de estaciones de trabajo, caminos, talleres, almacenes o depósitos de materiales, y cualquiera otra que requiera la obra para su construcción o reparación. La ocupación durará tan sólo el tiempo absolutamente indispensable, no debiendo, en ningún caso, concederse por un término mayor de seis (6) meses. Sin embargo, podrá prorrogarse por igual término, y por una sola vez, por causa debidamente justificada. Artículo 53. Requisitos para la ocupación temporal. Para proceder a la ocupación temporal se requerirá una resolución suficientemente motivada, por escrito, del Gobernador del estado, del territorio federal, y de los alcaldes de los municipios respectivos de la jurisdicción donde se ejecute la obra. Esta resolución se protocolizará en la correspondiente Oficina de Registro correspondiente.

Artículo 54. Notificación de la ocupación temporal. No se acordará la ocupación temporal sin haberse efectuado la correspondiente notificación, por escrito, al propietario u ocupantes si los hubiere, por lo menos con diez (10) días de anticipación.

¹¹ En nuestra opinión, no es jurídicamente factible por medio de una notificación judicial “ocupar” un inmueble, puesto que la ocupación exige una serie de garantías para el particular afectado. La Ley de Expropiación es garantista de los derechos de los administrados, y por ello: “[n]o parece lícito ni constitucionalmente admisible la expansión por vía de normativas especiales ni menos por vía de auto-atribución administrativa de una suerte de potestad amplísima de “ocupación temporal” para ocupar, tomar posesión y hasta desapoderar totalmente a los particulares de sus bienes, derechos y empresas”. *Id.* p. 357.

particular unas garantías especiales por despojarse del bien en determinadas circunstancias¹².

Por el carácter de la ocupación, y porque esta implica un “despojo” anticipado del bien, la Ley regula de manera estricta y garantista el procedimiento de ocupación previa estableciendo un procedimiento judicial. El debido proceso es una noción esencial en la materia que nos ocupa. De hecho, es el juez quien decreta la ocupación del bien, previa consignación del justiprecio, como garantía al particular expropiado. En otras palabras, la Ley presupone que no habiendo avenimiento del particular para un acuerdo amigable (en vía administrativa) entonces el ente expropiante debe demandar al particular en vía judicial para llevar a cabo la expropiación, y si se trata de una obra de urgente realización, puede solicitarle al juez la ocupación previa del inmueble.

En este sentido, ha sostenido la jurisprudencia que:

constituyen entre otros requisitos para que se decrete la ocupación previa, la realización del avalúo del bien por parte de la comisión de expertos y la consignación de la cantidad dineraria determinada en el informe de avalúo, fundamentalmente porque con su procedencia se produce la anticipación de los efectos definitivos del juicio de expropiación, es decir, la ocupación del inmueble y el inicio de la realización de las obras que motivaron su afectación¹³.

Finalmente, y como punto al margen, es oportuno señalar que el administrado expropiado siempre tendrá la opción de incoar la acción por vía de hecho cuando la Administración no cumpla el procedimiento legalmente

¹² Con respecto a la ocupación previa, la Ley señala lo siguiente: “Artículo 56. Cuando la obra sea de utilidad pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de esta Ley y la autoridad a quien compete su ejecución la califique de urgente realización, deberá hacer valorar el bien por una Comisión de Avalúos designada, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 *eiusdem* a los fines de la ocupación previa, la cual será acordada por el tribunal a quien corresponda conocer del juicio de expropiación, después de introducida la demanda respectiva y siempre que el expropiante consigne la cantidad en que hubiere sido justipreciado el bien. El resultado de esa valoración no será impugnabile por ninguna de las partes, y sólo servirá para que el tribunal de la causa decrete la ocupación previa del bien y se garantice el pago al expropiado. Antes de procederse a la ocupación previa, el Juez de la causa, efectuará la correspondiente notificación al propietario y a los ocupantes, si los hubiere. Vencido el lapso de comparecencia previsto en el artículo 27 de esta Ley, sin que se haya formulado oposición justificada, el propietario podrá convenir con el avalúo realizado. El Juez dará por consumado el acto, y se procederá como sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. El acto por el cual el propietario conviene en el avalúo es irrevocable, aun antes de la homologación del tribunal”.

¹³ Sentencia No. 1252 del 16 de noviembre de 2017, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, disponible a través en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/205329-01252-161117-2017-2016-0797.HTML>

establecido en la Ley de Expropiación, o por la falta de acto administrativo que sustente el acto expropiatorio. Con razón, la doctrina nacional ha definido la vía de hecho como “toda aquella fuerza o violencia estatal ilegítima, que no está justificada en el ordenamiento jurídico o que se lleva a cabo sin atenerse a las que se consideran como las garantías o formalidades esenciales frente a los derechos y las libertades de los ciudadanos”¹⁴. Lo anterior tiene sentido considerando el mero hecho que las vías de hecho son las realizadas “con prescindencia total o absoluta del procedimiento” calificando como una “infracción grosera de la legalidad”¹⁵.

De esta manera, las vías de hecho se verifican a través de una actuación material de la Administración Pública, sea nacional, estatal o municipal, mediante la cual se desconoce toda norma sobre procedimiento o competencia aplicables en la materia de que se trate, siendo dicha actuación atentatoria del principio de legalidad y en algunos casos, como en el presente, hasta de derechos constitucionales. Dicho en otros términos, es la grotesca actuación de la Administración en desapego a lo establecido en la Ley¹⁶.

La jurisprudencia administrativa ha hecho un vasto desarrollo sobre la vía de hecho y los supuestos en los que se verifica¹⁷. De forma sucinta, la vía

¹⁴ Antonio Canova, Luis Alfonso Herrera, Karina Anzola: *Expropiaciones o vías de hecho*, FUNEDA. Caracas, 2009, p. 45.

¹⁵ Véase Hildegard Rondón de Sansó: *La Acción de Amparo contra los Poderes Públicos*. Editorial H.R.S. Caracas, 1994, p. 235.

¹⁶ Por su parte, García De Enterría y Fernández explican lo que es la vía de hecho y aportan un claro ejemplo de esta figura, en los siguientes términos: “Es todo ataque a la propiedad, derechos e intereses patrimoniales legítimos que provenga de la Administración o de sus agentes o delegados y que, implicando por su contenido una verdadera expropiación, en los términos que hemos estudiado no se acomode, sin embargo a los límites definidores de la potestad expropiatoria o, aun dentro de ellos no se ejercite precisamente por el cauce procedimental que la Ley señala, sino solamente de hecho. El caso más notorio de vía de hecho, como está aludiendo su misma expresión, es el de un apoderamiento puramente fáctico de los bienes privados por la Administración, sin medir declaración expresa ni procedimiento expropiatorio alguno. (Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo 2. Civitas. Madrid, 2005, p. 241).

¹⁷ Al respecto, la Sala Político Administrativa ha delimitado los supuestos para su procedencia y los supuestos en los que se verifica. “[S]e dan cuando la Administración pasa a la acción sin interponer acto alguno, es decir, con falta absoluta de decisión o acto previo; y segundo, cuando existe el acto, pero fue dictado fuera de la competencia o al margen del procedimiento establecido por la ley. Respecto al segundo punto, también existe vía de hecho en aquellos supuestos en los que aun existiendo acto previo y siendo éste perfectamente regular, la actividad material de ejecución excede del ámbito cubierto por el acto en cuestión cualitativa y cuantitativamente. En estos casos existe una falta de cobertura, equivalente a la inexistencia del acto previo”. (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 16 de julio de 2008, *Aduanera Kosmar, C.A. vs. Decisión del Juzgado Superior Tercero de lo Contencioso Tributario la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas*, Magistrado Ponente: Francisco Carrasquero). Igualmente, en el caso *Blue Note Publicidad C.A.*, la Sala

de hecho exige que: (i) se esté en presencia de una actuación material sin título o acto previo que la sustente (o en presencia de un acto pero la forma de ejecución del mismo es arbitraria y fuera de procedimiento), (ii) que se esté en presencia de una ausencia absoluta del procedimiento legalmente establecido y por último, (iii) que el Estado haya actuado fuera del marco de sus competencias.

Como conclusión de este acápite, en nuestro ordenamiento, la acción por vía de hecho se encuentra consagrada en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (“LOJCA”), la cual establece en su artículo 65 el procedimiento aplicable al llamado procedimiento breve. Esta acción debe ser siempre considerada en la estrategia procesal de la expropiación dado lo complejo de los hechos que puede acaecer el caso en concreto. Ciertamente, la vía de hecho es una opción procedimental ante los miles de problemas que pueden ocurrir en el iter expropriatorio.

2. Requisitos de los peritos evaluadores y sus potestades

De conformidad con lo establecido en la Ley de Expropiación, la comisión de avalúos será instalada, independientemente si el procedimiento se torna amigable o contencioso, y “estará constituida por tres (3) peritos, designados: uno por el ente expropiante, uno por el propietario y uno nombrado de común acuerdo por las partes” (artículo 19). En este sentido, la Ley es particularmente concreta al establecer los requisitos para ser perito evaluador, estableciéndose que se requiere (i) haber egresado de un instituto de enseñanza superior que acredite conocimientos básicos en materia valuatoria, y haber ejercido la profesión durante dos años, por lo menos, (ii) y habilitándose a las personas que, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley, hayan realizado en forma habitual y por más de tres años tasaciones en materia expropiatoria, podrán igualmente tenérselas como peritos.

Finalmente, el artículo *eiusdem* señala la especial referencia a la materia topográfica y catastral al establecer que “para la realización de avalúos de inmuebles se requerirá, además, conocimientos básicos en materia topográfica y catastral”. Así, como tendremos oportunidad de señalar infra,

expuso lo siguiente: “En resumidos términos, se ha entendido la vía de hecho como cualquier actuación material originada por la Administración Pública, carente de todo título jurídico que la justifique; de allí que se haya previsto en el artículo 78 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que: “Ningún órgano de la administración podrá realizar actos materiales que menoscaben o perturben el ejercicio de los derechos de los particulares, sin que previamente haya sido dictada la decisión que sirva de fundamento a tales actos”” (Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 11 de agosto de 2011, caso: *Blue Note Publicidad C.A.*, Magistrado Ponente: Trina Omaira Zurita).

el catastro cumple un papel vital en el establecimiento del eventual valor de los objetos expropiados.

Fíjese que la propia Ley expresa claramente la necesaria preparación técnica para ser perito, excluyendo a los abogados de la tarea del establecimiento del valor del objeto expropiado. Lo anterior es lógico y acorde con la naturaleza del asunto, ya que los abogados no tenemos herramientas técnicas para los fines que persigue la expropiación. Así, el peritaje será la colaboración necesaria entre los abogados que conocen el contenido de la Ley y su alcance, y los conocimientos técnicos que pueden aportar los peritos para el establecimiento del valor del bien expropiado.

En cuanto a las potestades de los peritos evaluadores, en primer lugar, la Ley no establece expresamente que el empleo por parte del evaluador de los valores exigidos deben ser tomados en partes iguales o en porcentajes distintos –y si así fuera no establece cómo–. Igualmente, la Ley no establece si existe alguna importancia entre los valores, o si existe alguna distinción o diferencias entre los mismos. De hecho, la Ley ni siquiera distingue cuál de los valores es superior o cual es inferior, ni cual es más importante o irrelevante a los efectos del establecimiento del valor total del objeto expropiado. De manera que existe discrecionalidad técnica del perito al momento de realizar su avalúo.

La jurisprudencia de oro de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha sostenido que las observaciones hechas por las partes no son vinculantes para los peritos¹⁸ y que dicho análisis se debe regir por las disposiciones relativas a la prueba de expertos contenida en el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 451¹⁹ y siguientes. De esta forma, los expertos “procederán libremente en el desempeño de sus funciones, pero no podrán destruir o inutilizar las cosas sometidas a su examen sin autorización del Juez” (artículo 465 del CPC). En dicho análisis perital, tradicionalmente, se ha entendido que la pérdida del valor de la moneda es otro factor relevante a tomar en cuenta por el perito evaluador²⁰. Como se explica en el punto II de

¹⁸ Caso *Maurice Moses Toledano*, Sentencia del 12 de abril de 1983 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Magistrado Ponente: Román Duque Corredor. Consultado en *Op. Cit, 20 años de jurisprudencia: Expropiación*.

¹⁹ Así, el Art. 451 del CPC establece que: “[l]a experticia no se efectuará sino sobre puntos de hecho, cuando lo determine el Tribunal de oficio, en los casos permitidos por la ley, o a petición de parte. En este último caso se promoverá por escrito, o por diligencia, indicándose con claridad y precisión los puntos sobre los cuales debe efectuarse”.

²⁰ Caso *Natalio Hecker y Compañía, C.A*, Sentencia del 2 de mayo de 1989 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Magistrado Ponente: Cecilia Sosa. Consultado en *Op. Cit, 20 años de jurisprudencia: Expropiación*.

este artículo, el análisis del valor del bien expropiado requiere cierta técnica que es eminentemente práctica.

3. Procedimiento de avalúo y la comisión de evaluadores

Ahora bien, respecto a la parte procedimental del avalúo, independientemente que la expropiación sea amigable o contenciosa, seguirá lo preceptuado en el procedimiento establecido en el artículo 19 y siguientes de la Ley de Expropiación. Sin embargo, la confusión puede surgir al interpretar el texto normativo ya que el procedimiento de avalúo es sustancialmente el mismo pero realizado en momentos procedimentales distintos dependiendo si la expropiación es amigable o contenciosa.

Así, si el expropiado desea llegar a un acuerdo amigable con la Administración que lo expropia, la comisión de avalúos se instalará en el marco de la vía del acuerdo amigable –que en esencia es un procedimiento administrativo previo–, en cambio, si el expropiado no comparece para el inicio de un acuerdo amigable, y la Administración expropiante solicita la expropiación en vía judicial, la comisión de avalúos se instalará en el marco del procedimiento judicial expropiatorio luego de sentencia judicial que declare la necesidad de adquirir el todo o parte de la propiedad o algún otro derecho.

En particular, la Ley de Expropiación es vaga en lo referido al avalúo desarrollado por la Comisión de Avalúos en el acuerdo amigable. La Ley se limita a exponer que “a tales efectos, lo hará valorar [el bien afectado] por peritos designados de conformidad con el artículo 19 de esta Ley, los cuales deberán cumplir con los requisitos del artículo 20 *eiusdem*” (artículo 22). Así, la Ley no establece etapas procedimentales en el propio acuerdo amigable, y se resume en que las partes deban reunirse para designar a los evaluadores.

Igualmente, el artículo *eiusdem* tampoco señala la necesidad del levantamientos de actas u otras formalidades una vez practicado el avalúo por los peritos designados, y solamente regulando el supuesto del resultado del avalúo, se establece que al existir un “justiprecio del bien a expropiar [éste] será notificado por escrito a los propietarios o sus representantes legales, quienes deberán manifestar en el acto de la notificación o dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes por escrito, si aceptan o no la tasación practicada”.

El avalúo es inimpugnable de conformidad con el art. 56 de la Ley de Expropiación y así lo ha reconocido la jurisprudencia²¹. En efecto, la Ley de

²¹ Mediante sentencia No. 1017 del 11 de octubre de 2016, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido “en cuanto a las objeciones formuladas respecto al procedimiento seguido para llevar a cabo la ocupación previa interesa destacar que

Expropiación dispone que “[e]l resultado de esa valoración no será impugnabile por ninguna de las partes, y sólo servirá para que el tribunal de la causa decrete la ocupación previa del bien y se garantice el pago al expropiado” (Art. 56, primer párrafo, última parte). Igualmente, el avalúo *per se* y el justiprecio, aunque conceptos íntimamente relacionados, operan de forma distintas y no deben ser confundidos. En efecto, ha sostenido la jurisprudencia, que:

constituyen entre otros requisitos para que se decrete la ocupación previa, la realización del avalúo del bien por parte de la comisión de expertos y la consignación de la cantidad dineraria determinada en el informe de avalúo, fundamentalmente porque con su procedencia se produce la anticipación de los efectos definitivos del juicio de expropiación, es decir, la ocupación del inmueble y el inicio de la realización de las obras que motivaron su afectación²².

II. ¿CÓMO SE DETERMINA EL JUSTIPRECIO?

1. El valor comercial o de mercado y el valor de las últimas transacciones inmobiliarias

El valor de los bienes en comercio depende fundamentalmente de la oferta y la demanda, con lo cual, no existen valores fijos, sino que éstos fluctúan dependiendo de las necesidades de un determinado mercado de bienes. La Ley consagra la necesidad de tomar en consideración el valor comercial o de mercado de los bienes objeto de expropiación, diferenciándose entre aquéllos bienes de naturaleza mobiliaria a aquéllos bienes considerados

conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, se ha establecido que los trámites propios de la ocupación previa son de carácter incidental, no definitivo, de manera que las deficiencias que eventualmente hubieren ocurrido en el marco de dicha medida, siempre podrán ser subsanadas posteriormente, toda vez que como antes se indicó, su naturaleza es preventiva”. En este caso, “El [Tribunal] ordenó depositar los aludidos cheques de gerencia, en su cuenta corriente del Banco Bicentenario y posteriormente acordó librar cheques [...], ello con la finalidad de darle apertura a las cuentas de ahorros a nombre de los ciudadanos Andrés Eloy Núñez y Guillermo Jesús Rodríguez, respectivamente. El día 12 del mismo mes y año, la abogada María Alejandra Medina Mazarelli, antes identificada, en representación del ciudadano Andrés Eloy Núñez, presentó diligencia en la cual solicitó se libre oficio a la entidad financiera banco bicentenario, con la finalidad que su representado antes identificado, “(...) disponga del dinero depositado a su nombre; por concepto de juicio de Expropiación; y pueda ejecutar todos los trámites necesarios en la Entidad Financiera (...)”. De manera que resulta improcedente la pretensión del ciudadano Guillermo Jesús Rodríguez dirigida a impugnar el monto del avalúo realizado con ocasión de la ocupación previa acordada por el ente expropiante.” Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/190760-01017-111016-2016-2014-0851.HTML>.

²² Sentencia No. 1252 del 16 de noviembre de 2017, *Id. supra* 12.

como inmuebles por mandato de la Ley. Así, deberá tomarse en consideración distintos valores si se trata de un bien inmueble, recurriendo al registro inmobiliario donde se encuentre ubicado el bien expropiado, o de un bien mueble, recurriendo a los precios del mercado de bienes del que se trate.

En la actualidad se ha abandonado la vieja concepción romana del mayor valor poseído por los bienes inmuebles sobre los bienes muebles, ya que, en la contemporaneidad, inclusive existen bienes muebles de mucha mayor valía que muchos inmuebles²³, con lo cual hace que el problema que nos ocupa sea más complejo de valorar dependiendo del bien expropiado de que se trate. Evidentemente, no será lo mismo la expropiación de un fundo ganadero a la expropiación de una obra de arte, y, por ende, no puede ser comparable su valor comercial. En este análisis, la Ley no exige datos referidos a la zonificación del inmueble, pero creemos que puede ser un dato útil a los efectos de la determinación del valor comercial de los inmuebles y así lo ha apuntado la jurisprudencia²⁴. En el caso de los bienes inmuebles, como ya adelantamos, el perito debe considerar los precios de transacciones similares que consten en el registro inmobiliario donde se encuentre ubicado el bien expropiado. En efecto, ante esta situación práctica, es indudable que la búsqueda de un valor justo no puede encontrarse en valores tergiversados por las prácticas del mercado.

El valor en las transacciones inmobiliarias se desprende de los precios en las compraventas registradas en los registros inmobiliarios como ya hemos apuntado. Al respecto, ha señalado la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa que “no deben ser consideradas las transmisiones del inmueble a expropiar que se hayan realizado dentro de los seis meses anteriores al Decreto expropiatorio, sino las verificadas en época anterior a dicho término”. La idea de tal interpretación es:

indiscutiblemente la interpretación acertada de lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley de la materia, ya que la inteligencia de la norma se orienta a evitar manipulaciones indebidas del valor del bien a expropiar, por parte de sus propietarios quienes en conocimiento de la posibilidad inminente de que se les

²³ Profundamente discutido en la doctrina nacional, véase Gert Kummerow; *bienes y derechos reales: derecho civil II*. Segunda Edición. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1969.

²⁴ En el caso Roberto Linares Trejo, la Corte Primera sostuvo que dentro de los elementos a analizar por los peritos evaluadores no se establece expresamente el análisis de inmuebles con zonificación distinta. En particular la Corte sostuvo que “obviamente que al utilizar referenciales correspondientes a otras zonificaciones [...] expertos deben manejarse con buen criterio aludiendo a zonificaciones análogas”. Sentencia del 1 de febrero de 1990 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Magistrada Ponente Hildegard Rondón de Sanso, consultado en *Op. Cit.*, 20 años de jurisprudencia: Expropiación.

expropiación, pueden realizar transacciones sobre esos bienes por precios (valores) superiores a los que realmente el bien posee²⁵.

No obstante, y como es lógico, la Ley no previó la vorágine inflacionaria de la economía del país y la política cambiaria implementada desde el año 2002 que ha generado como consecuencia que los precios de las transacciones que consten en el registro inmobiliario sean irreales respecto al verdadero valor de un inmueble en un tiempo determinado. Ha sido un secreto a voces que muchas de las transacciones inmobiliarias en Venezuela sean pactadas en dólares en el exterior para evadir la territorialidad de los convenios cambiarios establecidos en aras de controlar el ingreso y egreso de divisas en la República. Esta situación irregular tiene como consecuencia que, al momento de la valoración del objeto expropiado por medio de su valor de mercado, los peritos tengan que recurrir a un valor que no se corresponde al valor real del inmueble. Creemos que es justificable el rechazo de dicho valor por las razones expuestas.

2. El valor fiscal

Entre los elementos a considerar para determinar el valor del bien expropiado debe considerarse el valor fiscal de dicho bien. Este valor impositivo proviene, como su nombre indica, de los pagos realizados por los contribuyentes en razón de tributos que afectan el bien expropiado o el patrimonio del cual son parte. Así las cosas, el valor fiscal siempre tendrá un valor de relevancia que no puede fácilmente ser desapercibido por los expertos evaluadores en su informe. En efecto, al existir dicho valor por los pagos de tributos efectuados, no existen remedios para enmendarlo o mejorarlo en aras de obtener un avalúo, y a tal efecto, los peritos no pueden desestimarlos por crear un precio final inconveniente. Por ello, es oportuno recordar que el valor fiscal y el valor mercado no son sinónimos, y el valor resultante del procedimiento avaluatorio puede ser por lejos muy diferente al valor de mercado del inmueble.

Pero, ¿qué entiende la Ley por valor fiscal? La jurisprudencia en expropiación²⁶ ha mantenido que el valor fiscal debe “estar representado por una cantidad líquida de dinero perfectamente determinada, que el propietario haya declarado como valor de su propiedad o que el propietario lo haya

²⁵ *Id. supra* 6.

²⁶ La jurisprudencia dorada de la expropiación se desarrolló en la época de los ochenta, y quizás, es acertado afirmar que es esta la época de oro del Derecho Administrativo venezolano. Es en esta jurisprudencia, la información más importante para el establecimiento de directrices claras sobre valor fiscal y su tasación.

aceptado de manera expresa e incondicional”²⁷. Por ello, “se ha señalado que esta declaración y aceptación del valor fiscal, debe ser anterior al Decreto de Expropiación y que se haya efectuado con el indudable propósito de establecer el monto de la obligación tributaria a cargo del propietario y de dar cumplimiento a esta obligación”²⁸. El valor fiscal puede ser apartado como factor en la consideración del justiprecio siempre y cuando sea motivado²⁹. Sin embargo, “este elemento de obligatoria observancia deberá ser razonablemente desestimado en caso de no existir ninguna declaración presentado o valor declarado por los propietarios y se deberán indicar las diligencias llevadas a cabo para la obtención de dicho factor”³⁰. Finalmente, dicho valor no puede ser rechazado genéricamente, y debe ser soportado con un análisis lógico de su exclusión³¹.

²⁷ *María Chiquinquirá González de Ferrer y otros, v. Compañía Anónima Energía Eléctrica de Venezuela (ENELVEN)*, sentencia del 17 de Julio de 2002 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

²⁸ *Id.*

²⁹ En el caso *Sucesión Rodolfo Wallis*, sentencia del 22 de marzo de 1983 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Magistrado Ponente: Román Duque Corredor, la Corte sostuvo al respecto “que el requisito de la motivación exigida en el artículo 1425 del Código Civil, impone a los expertos la obligación de justificar debidamente la imposibilidad de utilizar el valor fiscal como un factor de tasación, sin que pueda aceptarse que se cumple esa obligación con el señalamiento genérico de que no existe dicho valor la interpretación más adecuada permite afirmar que los peritos deben indicar que gestiones o labores realizaron para concluir en la inexistencia del valor fiscal, o en su idoneidad”. En este caso en concreto “Los expertos en su informe de avalúo, en lo referente al avalúo fiscal declarado o aceptado por el propietario expresaron lo siguiente: “La Comisión de expertos analizó este aparte, pero no le fue posible encontrar ningún recaudo cercano a la fecha del Decreto que nos permitiera usarlo para fijar el precio del inmueble a expropiar” y, concluyeron que la única manera viable y adecuada para evaluar el inmueble expropiado es el de compararlo con otros inmuebles, cuyas operaciones de compra-venta hayan sido realizadas dentro del lapso de 12 meses anteriores a la fecha del decreto de expropiación, es decir, que solo acogieron el valor comercial el de la plaza para definir el precio de la expropiación”. Consultado en *Op. Cit.*, 20 años de jurisprudencia: *Expropiación*.

³⁰ *Juan Hernández v. República*, sentencia del 8 de agosto de 1996 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Magistrado Ponente: María Amparo Grau. En efecto, la desestimación tiene que tener soporte en las diligencias para establecer el valor fiscal. Así, la citada sentencia, también señaló lo que a la par había sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema: “los expertos deben señalar en el caso de la desestimación de las diligencias conducentes a la obtención del valor fiscal, la razón de dicha desestimación.” (CSJ-SPA (84) fecha 20/04/82- Ponente: Luis H. Farías Mata, Rdos 10PP, 181-182 (citas del texto de la sentencia)).

³¹ En este sentido, la Sala Político-Administrativa ha señalado “[el tribunal de instancia] “expresamente señaló como fundamento de su rechazo al valor fiscal “que no se encontró ninguna declaración de Impuesto Sobre la Renta, es(e) tribunal compartiendo ese criterio con sus asesores, considera y así lo establece, que no se debe tomar en cuenta ese elemento a los efectos de la determinación del valor de la cosa expropiada”. Entonces, queda claro para esta Sala que tan genérico pronunciamiento por sí sólo vicia por inmotivación al fallo del a quo. Ampliamente se ha

Como regla general, el valor fiscal puede ser encontrado en cualquier documento de naturaleza fiscal donde el sujeto expropiado ejerce su carácter de contribuyente ante la Administración nacional, estatal o municipal y pagare sus tributos. Como tendremos la posibilidad de constatar, la Ley de Expropiación no se refiere exclusivamente a la Administración Tributaria nacional, siendo en nuestra opinión posible sustentar el valor fiscal con tributos municipales.

De esta forma, el valor fiscal puede ser determinado por las declaraciones de Impuesto Sobre la Renta, declaraciones sucesorales del expropiado o relativos³², y por el pago de impuesto municipales, como el impuesto inmobiliario urbano, dependiendo de la normativa tributaria municipal de donde se encuentre el inmueble afectado por la expropiación. Finalmente, cabe señalar que otros valores no son considerados valores fiscales a los efectos de la Ley de Expropiación, como es el caso del pago de los derechos de registro en las transacciones inmobiliarias ante los registros inmobiliarios³³.

expuesto en la presente decisión que no son aceptables señalamientos genéricos para que opere el rechazo de determinado valor de obligatorio cumplimiento, sino que, para su validez, debe señalarse con precisión las labores o gestiones que se llevaron a cabo para poder concluir, bien la inexistencia de dicho valor o bien su falta de idoneidad para apreciarlo" (*Id. María Chiquinquirá González de Ferrer y otros*).

³² Respecto al valor contenido en las declaraciones sucesorales del expropiado y su utilidad como método de tasación, en el caso *Francisco Antequera Martín*, sentencia del 1 de febrero de 1990 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Magistrado Ponente: Alfredo Ducharme Alonzo, la Corte Primera sostuvo que "al referir el valor que aparece declarado en la planilla sucesoral correspondiente, a una extensión de la cual el bien objeto de la expropiación no es más que una parte, y sin que constare no es más que una parte, y sin que constare la superficie de esa mayor extensión, obviamente no es posible calcular el valor unitario que pueda aplicarse proporcionalmente al bien objeto de la expropiación. El señalamiento de la Procuraduría General de la República de que los peritos han debido practicar un levantamiento topográfico de todo el fundo y de que si les resultaba oneroso debían haber ocurrido a las autoridades competentes, es un alegato que la Corte considera, cuando menos, inoportuno. Pretender que los expertos realcen un peritaje distinto del que se les ha encomendado sobre una extensión mayor de la que ni siquiera el ente expropiante ha suministrado datos [...] todo ello para concluir, en definitiva, que ello permitiría precisar, el valor señalado en una declaración sucesoral sobre un bien del cual el expropiado es solo parte, es absolutamente absurdo. [...] hay que tener presente que no es cierto que el valor de una extensión de tierra que parte de otra pueda siempre calcularse mediante la simple división del valor total de la mayor extensión entre el número de metros de ellas para luego multiplicar el valor así obtenido por el de la menor extensión de que se trate." En este caso, La Corte justificó la desestimación del valor fiscal sostenido en el informe de los peritos al no existir forma de establecer el valor fiscal del inmueble. Consultado en *Op. Cit.*, 20 años de jurisprudencia: Expropiación.

³³ *Sociedad Mercantil El Cerro, C.A v. República*, sentencia del 9 de mayo de 1985 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Magistrado Ponente: Román Duque Corredor. Consultado en *Op. Cit.*, 20 años de jurisprudencia: Expropiación.

A. Consideraciones sobre el valor catastral

Tradicionalmente se ha relacionado el valor catastral con el valor fiscal. Así, de forma preliminar, cabe advertir que el valor catastral de los inmuebles es un valor de naturaleza fiscal. Aunque, del mismo modo, catastro y fisco son nociones autónomas, pero en la materia que nos ocupa, son nociones relacionadas. Por esta razón, el mismo se encuentra íntimamente vinculado con el impuesto inmobiliario urbano del municipio donde se ubica el inmueble objeto de expropiación. En este sentido, el valor catastral sirve de base de cálculo del impuesto a pagar por los propietarios de inmuebles en el municipio, y poco tiene que ver con la realidad comercial del inmueble y su valor real.

El valor catastral del bien inmueble a expropiar es un factor de importancia al momento de la realización del avalúo, por cuanto el inmueble posee una cédula catastral de conformidad a la normativa municipal al respecto, y que resulta en un valor de naturaleza fiscal. En este sentido la Ley de Geografía, Cartografía y Catastro Nacional³⁴ (en adelante la Ley de Catastro), establece en su artículo 25 que “[l]os municipios, para la formación y conservación de su respectivo catastro, adoptarán las normas técnicas y el código catastral establecidas por el Instituto Geográfico de Venezuela Simón Bolívar, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley”.

Por su parte, el artículo 37 de la Ley de Catastro establece la norma de lo que ha ocurrido en la práctica. Así, “la oficina municipal de catastro fijará la base de cálculo para la determinación del valor catastral del inmueble, de conformidad con las variables y normas técnicas de valoración establecidas por el Instituto Geográfico de Venezuela Simón Bolívar”. En efecto, la forma de determinación del valor catastral de los inmuebles debe ser realizado de conformidad con las normas técnicas que a tal efecto la Dirección de Catastro del municipio donde se encuentre ubicado el inmueble fije para ser la base de cálculo del impuesto inmobiliario urbano, de conformidad con variables y normas técnicas de valoración establecidas por el instituto Geográfico de Venezuela Simón Bolívar.

Dichas normativa técnica fue establecida en la Resolución No. 64 sobre las normas técnicas para la formación y conservación del catastro nacional dictado por el Instituto Geográfico de Venezuela Simón Bolívar³⁵ (“Resolución de Catastro”). En particular, cabe precisar que el artículo 16 de dicha normativa establece al respecto que:

³⁴ Gaceta Oficial No. 37.002 de fecha 28 de julio de 2000.

³⁵ Dictado el 28 de mayo de 2002 y publicado en Gaceta Oficial No. 5.590 del 10 de junio de 2002.

para determinar el valor catastral de los inmuebles, las oficinas municipales de catastro deberán emplear el método de avalúo masivo, el cual consiste en un procedimiento de comparación de las características de los inmuebles objeto de avalúo, con las contenidas en la Planta de Valores de la Tierra y en la Tabla de Valores de la Construcción. La Planta de Valores de la Tierra refleja los valores unitarios de la tierra de un municipio; y la Tabla de Valores de la Construcción expresa los valores unitarios de las diferentes tipologías de construcción determinadas en el municipio.

Por las anteriores consideraciones es que existen los peligros del valor catastral para el establecimiento del justiprecio. Así, cabe advertir que al ser el valor catastral un valor con objetivos fiscales, el mismo no fluctúa a criterio exclusivo del propietario del bien. Por lo anterior, al modificarse el valor catastral de un inmueble después de solicitada la cédula catastral, ésta solo puede llegar a fluctuar en el supuesto del cambio de valor por causa de un nuevo precio por parte de un nuevo adquirente del inmueble. Algunos parámetros técnicos para la determinación del valor catastral se desprenden del método de *Ross Heidecke* para calcular la depreciación en la valoración de construcciones³⁶.

En este sentido, las distintas Direcciones de Catastro toman en consideración la construcción y la ubicación del terreno para la determinación del valor catastral. Conjuntamente con lo anterior, la Dirección de Catastro utiliza para determinar el valor catastral de los inmuebles el valor empleado en las operaciones inmobiliarias en los registros subalternos del municipio, en fórmulas matemáticas en conjunción con la Resolución de Catastro.

III. NORMATIVA ESPECIAL EXPROPIATORIA

1. Comentarios generales

Una forma de aproximar los casos en materia expropiatoria es analizar, en primer lugar, la normativa aplicable a la expropiación en concreto y, en segundo lugar, definir las lagunas en la normativa aplicable e interpretarla sistemáticamente con las demás leyes expropiatorias. Ciertamente, como ya ha apuntado la doctrina, hay leyes expropiatorias y leyes de contenido

³⁶ En líneas muy generales, este método considera los siguientes principios básicos: 1) la depreciación es pérdida de valor que no puede ser recuperada con gastos de mantenimiento; 2) las reparaciones pueden aumentar la durabilidad del bien., y finalmente, 3) un bien regularmente conservado se deprecia de modo regular, en tanto que un bien mal conservado se deprecia más rápidamente. Esta información se encuentra disponibles a través de <http://www.americabienes.com/avaluos/rossheidecke.html>.

expropiatorio³⁷. El objetivo de este estudio es sobre leyes que contienen un procedimiento expropiatorio más que la apropiación genérica de bienes por parte de entes político-territoriales³⁸. Particularmente, en el caso que nos ocupa, es oportuno afirmar que la Ley de Expropiación es la Ley general y rectora en la materia, mientras los demás instrumentos normativos son normas especiales, con lo cual debe aplicar el principio de la primacía de la Ley especial sobre la Ley general en cuanto sea aplicable, y sin contrariar los principios generales de la Institución expropiatoria en garantía de los derechos de los administrados³⁹.

2. El Decreto Ley de Ley Orgánica de Emergencia de Terrenos y Viviendas y sus problemas prácticos

No nos parece oficioso comentar sobre la constitucionalidad de este instrumento normativo, ya que la doctrina lo ha precisado⁴⁰. En cambio, nos enfocaremos en la praxis del litigio contra el Estado. Sobre este particular, haremos especial referencia a lo decidido en el caso *Inmobiliaria Uva de Playa*

³⁷ Rafael Badell Madrid: *Algunas Consideraciones Sobre El Derecho De Propiedad Y La Jurisprudencia Sobre La Materia En Venezuela*, disponible a través de www.badellgrau.com.

³⁸ De esta forma, leyes tradicionalmente de contenido expropiatorio pueden considerarse la Ley de Tierras, la Ley de Regularización de Arrendamiento de vivienda, entre otras. Sin embargo, estas leyes no contienen un procedimiento de expropiación en los términos del presente ensayo. En cambio, ellas contienen apropiaciones genéricas que afectan, sin lugar a dudas, el derecho de propiedad de los sujetos a dicha normativa.

³⁹ En este sentido, es erróneo referirse a la Ley Especial como texto normativo general. La especificidad viene determinada a una proposición en particular que indica la concreta regulación de un asunto determinado, una norma de un instrumento normativo que contrasta con otra norma de otro instrumento normativo, en ese contraste normativo, la especificidad resulta del supuesto de hecho regulado. La disposición general será entonces la que regule un menor número de supuestos de hechos en su preposición. Lo anterior es importante desde el punto de vista de interpretación y aplicación de las normas jurídicas cualesquiera que sean.

⁴⁰ Al respecto, en opinión del respetado administrativista José Ignacio Hernández, el procedimiento especial expropiatorio “violenta el artículo 115 de la Constitución, en tanto la fase judicial es una garantía esencial del derecho de propiedad privada. Por ello, el Decreto-Ley comentado refleja una de las tendencias del modelo socialista, cual es la funcionalización de la propiedad privada, lo que se traduce en la reducción de sus garantías jurídicas y la indebida ampliación de la potestad de la Administración para limitar el ejercicio de la propiedad privada e incluso, acordar la adquisición coactiva de bienes.” (José Ignacio Hernández, *Anuario de Derecho Público*. N° 5. Universidad Monteávila. Caracas, 2011, p. 192) En efecto, sin lugar a dudas la DLOETV tiene vicios de inconstitucionalidad al atentar con el derecho de propiedad. Sin embargo, dado el estado actual de la jurisprudencia y la existencia de la corriente de pensamiento jurídico “socialista”, es dudoso un cambio jurisprudencial en este sentido. Véase, Rafael Badell Madrid, *Op. Cit.*)

*C.A v C.A. Metro de Caracas*⁴¹ de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo que decidió respecto a la admisibilidad de una demanda de vía de hecho que intentara *Uva de Playa* contra el Metro de Caracas en el marco de la toma de dos lotes de terrenos propiedad de Uva de Playa, “quien se percató sorpresivamente de la realización de actividades de construcción de edificios dentro de los terrenos de su propiedad”. Resulta curioso, preliminarmente, que la Corte empleara tal esfuerzo académico en una sentencia interlocutoria de admisión de una solicitud de expropiación y estableciera un esquema de análisis en casos relativos a la aplicación del Decreto Ley de Ley Orgánica de Emergencia de Terrenos y Viviendas (en adelante “DLOETV”). Ahora bien, a efectos de ser lo más amigable en nuestro estudio, procederemos a estudiar la sentencia comentada y la vincularemos con otras afines en la materia que nos ocupa.

La Administración Pública Nacional tiene, como requisito previo para el ejercicio de las potestades consagradas en el DLOETV, que dictar un acto administrativo declarativo denominado “Decreto de Creación de Áreas Vitales de Vivienda y Residencias”⁴² (en adelante “Decreto AVIVIR”) para proceder a la ocupación de cualquiera de los bienes inmuebles que se encuentren dentro de la zona afectada por el Decreto AVIVIR. Bajo esta normativa, cabe precisar que por el término “ocupación” entendemos la necesaria existencia de un acto administrativo “previo” que acuerde tal actuación material⁴³, ya que de no existir tal (*v.g* una resolución administrativa que ordena la ocupación de determinados bienes inmuebles) nos encontraríamos ante la presencia de una vía de hecho administrativa del Ejecutivo Nacional, y procedería, como ya tuvimos la oportunidad de comentar, la acción por vía de hecho contenida en la LOJCA.

⁴¹ *Inmobiliaria Uva de Playa C.A v C.A. Metro de Caracas*, del 5 de diciembre de 2013, Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Magistrado Ponente Alexis Crespo Daza.

⁴² En este sentido, estipula la DLOETV en su artículo 3.3 que: “Para alcanzar el objetivo de la presente Ley, el Ejecutivo Nacional queda facultado para: [...] 3. Dictar decretos de creación de Áreas Vitales de Viviendas y de Residencias (AVIVIR), en las cuales el Estado procederá a reordenar Integralmente la distribución y uso del espacio, sea éste urbano o rural, para destinarlo en prioridad y con urgencia, a la construcción de viviendas unifamiliares o multifamiliares de micro comunidades, pequeños barrios, grandes barrios o nuevas ciudades. En las áreas decretadas Áreas Vitales de Viviendas y de Residencias (AVIVIR), el Estado no permitirá la existencia de inmuebles no residenciales o terrenos abandonados, ociosos, subutilizados o de uso inadecuado que presenten condiciones y potencial para cumplir con el objeto de esta Ley. La competencia para establecer las categorías antes señaladas, será exclusiva del organismo debidamente calificado y con carácter nacional, que el Ejecutivo Nacional cree mediante Decreto”.

⁴³ Aunque parezca obvio, tal actuación material se constituye en tomar posesión o apoderarse de un territorio, de un lugar, de un edificio, etc., invadiéndolo o instalándose en él.

En este orden de ideas, una vez declarado por parte de la autoridad administrativa nacional una zona urbana o rural como “zona vital de viviendas y residencias” mediante decreto AVIVIR, éste es título suficiente para ocupar cualquiera de los inmuebles privados o públicos yacentes en dicha zona geográfica, siempre y cuando exista o sea dictado un acto administrativo que así lo acuerde. En sentido contrario, de no existir dicho acto declarativo (ausencia de Decreto AVIVIR) el Ejecutivo Nacional, en principio, no podrá ejercer sus potestades administrativas de ocupación contenidas en la DLOETV y deberá recurrir a otras modalidades de adquisición forzosa, como lo es el mecanismo de la “*expropiación ordinaria*” establecido en Ley de Expropiación.

Sobre este punto, la jurisprudencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo sostiene lo contrario al establecer que la existencia de un acto administrativo posterior a la vía de hecho cometida por el Ejecutivo Nacional puede convalidar la actuación de la Administración⁴⁴, conclusión ésta que consideramos desacertada por principios básicos en materia de derecho administrativo general puesto que la interpretación de instrumentos normativos debe ser en favor del administrado y específicamente en materia de la convalidación de los actos administrativos.

En resumen, de conformidad con la normativa *in comento*, la actuación del Ejecutivo Nacional deberá adecuarse a que i) exista un decreto AVIVIR por ella dictado que la habilitaría a ejercer las facultades y potestades consagradas en la DLOETV; ii) de no existir un decreto AVIVIR, el ejecutivo Nacional no está facultado al ejercicio de ninguna de las potestades en materia de ocupación temporal o de urgencia establecidas en el DLOETV.

⁴⁴ En este sentido la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo ha advertido: “En este sentido, esta Corte estima que la demora de la Administración en calificar formalmente como “urgente” la ejecución de la obra habitacional, en nada perjudicó a la sociedad mercantil accionante, toda vez que el Estado Venezolano -según la Ley- estaba en la obligación de impedir la existencia de terrenos no residenciales subutilizados o que recibieran un uso no acorde con la reordenación y poblamiento de la ciudad, lo cual realizó conforme a la normativa vigente. Aunado a lo anterior, debe advertir este Órgano Colegiado que la omisión en la cual incurrió el Ejecutivo Nacional en todo caso fue subsanada al momento de dictar la Resolución N° 167, emanada del Ministro del Poder Popular para Vivienda y Hábitat, la cual fue publicada en Gaceta Oficial N° 40.010 de fecha 18 de septiembre de 2012, sin que esto causara perjuicio alguno a la parte accionante”. Uva de Playa. *Id.*

A. Medidas administrativas de ocupación contenidas en el DLOETV

El DLOETV consagrada en su artículo 25⁴⁵ las amplias facultades que posee exclusivamente el Ejecutivo Nacional para dictar medidas en vía administrativa. No obstante, consideramos que una interpretación conjunta del artículo 3.3 y 9 de la DLOETV nos deben llevar a la conclusión de que dichas medidas serán procedentes cuando (i) exista un decreto AVIVIR; y (ii) cuando exista un acto administrativo que acuerde la medida. En este sentido, el Artículo 9 de la DLOETV consagra los límites sobre los bienes objeto a ocupación que posee el Ejecutivo Nacional en los supuestos de decretar zonas AVIVIR. En este sentido, el artículo 9 establece en su primer aparte que “con el objeto de establecer las bases para el desarrollo de esta Ley, queda afectado el uso de las tierras públicas o privadas aptas para la construcción de viviendas, que estén ociosas, abandonadas, subutilizadas, o sobre las que exista un uso inadecuado a los fines del Poblamiento, ubicadas en las Áreas Vitales de Viviendas y de Residencias (AVIVIR)”.

Debe entenderse que las medidas administrativas de ocupación deben limitarse a practicarse sobre tierras públicas o privadas aptas para la construcción de viviendas, que estén ociosas, abandonadas, subutilizadas, o sobre las que exista un uso inadecuado a los fines del Poblamiento, siempre y cuando exista previamente un acto administrativo declaratorio de afectación que delimite la zona AVIVIR objeto de medida. Sin embargo, el propio texto del DLOETV establece una cláusula abierta para que, discrecionalmente, el Ejecutivo Nacional pueda establecer como bienes sujetos a afectación otros terrenos públicos que el Ejecutivo Nacional determine para el cumplimiento de los objetivos de esta Ley (Artículo 9, numeral 6 DLOETV).

En conclusión, el DLOETV concede al Ejecutivo Nacional una potestad “calificadora” amplísima, ya que será éste quien pueda determinar discrecionalmente, y sin necesidad de acudir al juez contencioso administrativo, qué son tierras “ociosas, abandonadas, subutilizadas, o sobre las que exista un uso inadecuado a los fines del Poblamiento” y qué deberá entenderse por ello.

⁴⁵ Señala el artículo 25 de la normativa *eiusdem*: “El Ejecutivo Nacional podrá, por razones de interés público y social, dictar medidas en vía administrativa con carácter preventivo, temporal o definitivo en todo o en parte del Territorio Nacional, para garantizar el derecho de las personas a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que humanicen las relaciones familiares, vecinales y comunitarias”.

B. El concepto de inmueble “subutilizado” a los fines del DLOETV

La jurisprudencia no ha estudiado a profundidad la normativa *in comento*. Si entendemos por subutilizado en su sentido corriente podríamos definirlo como aquello que no se aprovecha adecuadamente. En este sentido, la poca jurisprudencia en la materia ha establecido que la definición del término debe entenderse en la praxis del caso en concreto. Así, “[e]n este punto, resulta necesario para este Órgano Jurisdiccional reiterar que los inmuebles que afirma la sociedad mercantil Inmobiliaria [...] estaban siendo subutilizados, toda vez que funcionaban como depósito de maquinarias, lo cual se apartaba de la planificación realizada por el Ejecutivo Nacional a raíz de la crisis habitacional originada en el año 2010”⁴⁶. Sin embargo, el empleo de dicho término en el artículo genera incertidumbre, toda vez que es la propia Administración, sin necesidad de acudir al juez contencioso administrativo, la que califica como subutilizado o no los inmuebles que desea afectar, razón ésta por la cual la discrecionalidad en cabeza del Ejecutivo Nacional es arbitraria y desmedida ante la ausencia de límites señalados en la Ley.

Sobre este punto, cabe acotar que la DLOETV establece una diferenciación entre la figura de la ocupación de urgencia y la ocupación temporal. En este sentido, la diferencia fundamental entre las dos medidas que la primera procederá cuando “la autoridad administrativa competente [...] dictare] una resolución calificando los bienes como esenciales y ordenando la ocupación de urgencia de los mismos” (Art 27. DLOETV) mientras que la segunda procederá en los supuestos de temporalidad a completa discreción de la administración pero con el derecho a oposición a la medida (Art 28. *ejusdem*), aunque la DLOETV no define el trámite procedimental de tal oposición⁴⁷. Sin embargo, en la práctica, de existir un decreto AVIVIR, el Ejecutivo Nacional podrá indistintamente ejercer las facultades de ocupar de urgencia o temporalmente de acuerdo a sus intereses de manera discrecional, siendo tal contraste indiferente. En este sentido, el acto de oposición puede ejercerse tanto para la medida administrativa de ocupación de urgencia como la ocupación temporal.

⁴⁶ Inmobiliaria Uva de Playa C.A, *Id.*

⁴⁷ A falta de procedimiento expreso, parece sensato afirmar que tal medida debe ser tramitada de conformidad con los principios generales de la LOPA y un análisis analógico de las disposiciones del CPC en materia de oposiciones a medidas cautelares.

C. Remedios en sede administrativa y judicial ante la eventual ocupación de un inmueble

El trámite procedimental de la oposición a la medida de ocupación contenida en el artículo 38 y 28 de la DLOETV, son las contenidas en el artículo 28 de la Ley de Expropiación al ser la Ley rectora de la institución expropiatoria. No obstante, ésta se hará patente en la medida que exista un acto administrativo que ordene la ocupación de un bien. En sede administrativa puede intentarse un recurso de reconsideración a la ocupación⁴⁸.

Sin embargo, también pudiese darse la hipótesis de la inexistencia de un acto administrativo que acuerde la ocupación y, en consecuencia, estaríamos en presencia de una vía de hecho del Ejecutivo Nacional, y en cuyo caso sería admisible el procedimiento de vía de hecho contemplado en la LOJCA por medio del procedimiento breve. De esta manera, pudiera solicitarse una medida cautelar de suspensión de efectos, no obstante, las pocas probabilidades de éxito en el estado actual de la jurisprudencia.

Finalmente, dada la inminente expropiación de los bienes ocupados una vez dictada la resolución respectiva o perfeccionada la vía de hecho en el caso en concreto, pudiera seguirse el procedimiento de acuerdo amigable establecido en la DLOETV⁴⁹, lo cual a su vez implicaría analizar si el Decreto Ley de Ley para la Determinación del Justiprecio de Bienes Inmuebles en los casos de Expropiaciones de Emergencia con fines de Poblamiento y Habitabilidad⁵⁰ (en adelante “Decreto Ley de Justiprecio”) es aplicable *ratione temporis* o si resulta aplicable la Ley de Expropiación, lo cual tendría un impacto sustancial al momento del cálculo del justiprecio de los inmuebles expropiados.

⁴⁸ Que procedería directamente contra el Ministro del Poder Popular para la Vivienda y Habitación.

⁴⁹ Al respecto ha señalado la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo la necesidad del agotamiento del procedimiento de acuerdo amigable en aras de la posterior solicitud de indemnizaciones. En este sentido: “[A]hora bien, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo luego de un análisis exhaustivo de las actas que conforman el expediente, advierte esta Corte que no se evidencia el cumplimiento de la negociación amigable a la que hace referencia al artículo 31 de la Ley Orgánica de Emergencia para Terrenos y Vivienda, razón por la cual, no se puede proceder a la “indemnización” de la parte, en consecuencia, este Órgano Jurisdiccional desestima la presente denuncia. Así se declara”. *Uva de Playa. Id.*

⁵⁰ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 39.945 del 15 de junio de 2012.

CONCLUSIONES

1. La institución expropiatoria en Venezuela tiene una regulación general en la Ley de Expropiación. Dicha Ley es la norma rectora del procedimiento expropiatorio venezolano para los entes políticos-territoriales que conforman el Estado venezolano. Sin bien existen leyes conexas por propósitos específicos, la Ley de Expropiación es un canon de interpretación obligatorio en la interpretación de la normativa expropiatoria conexas.
2. La DLOETV y el Decreto Ley de Justiprecio son normativas especiales para casos concretos especificados por dicha normativa. A falta de provisión normativa, las lagunas legales deben ser interpretadas a la luz de los principios contenidos en la Ley de Expropiación como norma rectora. Somos de la opinión que la Ley de Expropiación controla la regulación expropiatoria especial en cuanto a los principios aplicables a la expropiación, es decir, en cuanto a la afectación menos lesiva a los intereses del administrado.
3. La Constitución protege la adquisición forzosa de bienes a través del procedimiento expropiatorio. No obstante, dado lo genérico de la provisión constitucional, un adecuado uso argumentativo de las provisiones establecidas en la Ley de Expropiación, dan al eventual litigante un marco normativo ideal para confrontar las ilegalidades de la Administración. La jurisprudencia reciente al respecto es reacia a los avances del pensamiento jurídico en la materia expropiatoria. Nuestra recomendación es un cambio en dicho pensamiento en favor de los intereses del administrado.
4. El avalúo en la expropiación es un proceso complejo que trasciende las provisiones contenidas en la Ley de Expropiación. Para su determinación, deben ser considerados el valor fiscal del bien en su conjunto, el cual se subdivide en un análisis del valor fiscal, transaccional y registral del inmueble. En este análisis, el trabajo perital es fundamental.
5. El valor resultante del procedimiento avaluatorio no es un precio de mercado. Dicho valor, es el valor considerado justo por la Ley luego de analizado todos los componentes en conjunto. En este proceso, es crítico el valor netamente fiscal del inmueble y el estatus del administrado considerado como contribuyente ante el Fisco Nacional.
6. El Perito evaluador tiene mucha discreción en establecer la preponderancia de cada factor a considerar. Sobre esta

discrecionalidad, el juez contencioso administrativo debe respetar dicho análisis siempre que sea motivado. Esta motivación es netamente técnica y derivará de la relación entre los factores sobre el valor fiscal, transaccional y registral del inmueble. Como cuestión práctica, por ejemplo, el valor registral siempre será considerablemente más bajo que el valor fiscal y transaccional, dado que los valores registrales tienden a no ser precisos en la práctica dada a la normativa cambiaria. Ésta, y otras consideraciones, serán tomadas en cuentas por la Comisión de Avaluadores en el informe perital final.

7. Otra consideración práctica resulta del carácter de contribuyente del administrado-expropiado en el caso en concreto. Como regla general, una pobre contribución al Fisco impactará considerablemente el justiprecio final. Estas contribuciones pueden ser consideradas por las declaraciones de Impuesto Sobre la Renta, pero otros impuestos nacionales o municipales pueden ser considerados, ya que la Ley no lo prohíbe expresamente. Debemos reiterar que la jurisprudencia ha sido positiva en afirmar que el valor fiscal es fundamental y no puede ser obviado, y de obviarse, aunque muy difícil en la práctica, la motivación técnica debe ser convincente al juez de la causa.
8. En praxis, el valor catastral es discrecional de los Municipios, al margen de la existencia de parámetros técnicos en la Ley de Cartografía. Por ello, el valor catastral resultará del procedimiento avaluatorio independiente utilizado por la Dirección de Catastro donde se encuentre el bien. Así, a título de ejemplo, los bienes inmuebles encontrados en el municipio Libertador, serán tasados de conformidad con los procedimientos catastrales establecidos por tal despacho. Esto es una declaración de la Administración no susceptible de recurrir, salvo la solicitud de revocatoria de una inscripción catastral contemplada en el artículo 36 de la Ley de Catastro. Dicho valor puede ser clave en la determinación del valor final en el procedimiento expropiatorio.

LA AUDIENCIA PRELIMINAR PREVISTA EN LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA PARA LAS DEMANDAS DE CONTENIDO PATRIMONIAL

Julio César Celis¹

Resumen: *El presente ensayo se refiere a la audiencia preliminar prevista en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para las demandas de contenido patrimonial. El objetivo principal es desarrollar su contenido: alegación de defectos de procedimiento, trabazón de la litis y promoción de pruebas, reflexionando sobre la pertinencia y cumplimiento de tales cometidos; transitando por las críticas y reparos que, de la mano con la doctrina y la jurisprudencia, podemos realizar, con el fin de abundar en el debate sobre el proceso contencioso administrativo, principal instrumento de revisión y contención de la actividad administrativa.*

Palabras clave: *Proceso – audiencia preliminar – defectos de procedimiento.*

SUMARIO. Introducción. I. La audiencia preliminar en las demandas de contenido patrimonial. **1.** Noción, finalidad y oportunidad. **2.** Contenido. **A.** Los defectos de procedimiento. **a.** Los defectos de procedimiento y las cuestiones previas. **b.** Trámite procesal para la resolución de los defectos de procedimiento. **B.** La fijación de los hechos controvertidos. **C.** La promoción de pruebas. **II.** Consideraciones sobre el Acta y los pronunciamientos derivados de la celebración de la audiencia preliminar. **III.** Reparos a la audiencia preliminar y algunas soluciones. **Conclusiones.**

INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante LOJCA), publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 39.447 del 16 de junio de 2010, reimpressa por error material en el mismo instrumento de divulgación oficial Nro. 39.451 del día 22 de ese mismo mes y año, estableció tres procedimientos a través de los cuales se tramitan las diversas pretensiones incoables ante la jurisdicción contencioso administrativa².

Así, dicha Ley establece un riel procesal para las demandas de contenido patrimonial (arts. 56 al 64), otro denominado “procedimiento breve”,

¹ Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2014). Relator de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

² Lo correcto sería expresar *competencia jurisdiccional contencioso administrativa*, pues, la jurisdicción, como poder atribuido por el pueblo soberano al Estado –democrático– para la resolución de conflictos con base en el ordenamiento jurídico, es una sola, en razón del principio de *unidad de jurisdicción*. Al respecto véase Luis Aquiles Mejía Arnal: *Comentarios a las disposiciones fundamentales del Código de Procedimiento Civil*. Ediciones Homero. Caracas, 2009, p. 37.

mediante el cual se conocen los reclamos por omisión, demora o deficiente prestación de servicios públicos, las vías de hecho y la abstención (arts. 65 al 75) y, finalmente, un “procedimiento común” para las demandas de nulidad, interpretación de disposiciones legales y controversias administrativas (arts. 76 al 87).

Nuestro objeto de estudio se centra en la audiencia preliminar en las demandas de contenido patrimonial, prevista en el artículo 57 de la LOJCA, cuyo objeto es la resolución de “defectos de procedimiento” a instancia de parte o de oficio, la fijación “con precisión” de los hechos controvertidos (trabar la *litis*), y el anuncio de los medios de prueba.

Ese acto procesal, que en principio se presume sencillo y sin necesidad de mayores interpretaciones, en la práctica puede generar diversas situaciones que lo complican, toda vez que las partes en dicha oportunidad esgrimen alegatos que en modo alguno se corresponden con “defectos de procedimiento” o anuncio de medios probatorios, lo que da lugar a que el Juez de mérito y en algunos casos el de Sustanciación³ (en los tribunales colegiados), se encuentre con la tarea de desentrañar qué es posible resolver en dicha oportunidad y qué debe ser reservado para la decisión de fondo, todo lo cual, aunado a la ubicación de esa audiencia en la Ley (después de la admisión de la demanda y antes de la contestación), termina de complicar el escenario planteado, si se reflexiona sobre las siguientes cuestiones: ¿en qué momento puede el accionante alegar defectos de procedimiento? ¿Dada la reconvencción, cuándo alegaría el demandante reconvenido tales defectos? ¿Y los terceros llamados a la causa en el acto de la contestación?

Por otra parte, toda audiencia dentro del proceso debe constar en un Acta, la audiencia preliminar en las demandas de contenido patrimonial no es, por tanto, una excepción a ello y, en ese orden de ideas, bien puede plantearse otra interrogante referida a si esa acta es o no apelable, toda vez que en ella se recogen las actuaciones de las partes durante la audiencia, las determinaciones del Juez y, en su caso, pronunciamientos que constituyen verdaderas decisiones que inciden en la situación jurídica procesal de los litigantes.

Es en virtud de las consideraciones expuestas, que se plantea el presente estudio en el cual se pretende abordar la naturaleza y contenido de la audiencia preliminar, delimitando su objeto. Asimismo, se propondrán algunas soluciones a las interrogantes antes señaladas y, finalmente, se

³ Que conforme a la Ley corresponden a los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, al ser su integración pluripersonal, ello es tres administradores de justicia, respectivamente.

realizará un análisis sobre el acta y otras decisiones de carácter interlocutorio dictadas con ocasión del prenombrado acto procesal, con especial énfasis en su recurribilidad o no, a través del recurso de apelación.

I. LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN LAS DEMANDAS DE CONTENIDO PATRIMONIAL

1. Noción, finalidad y oportunidad

La audiencia preliminar en términos generales, es el primer acto procesal oral al cual deben concurrir las partes, dirigido por el Juez, y cuya finalidad esencial es la de promover mecanismos de conciliación o autocomposición procesal, depurar el proceso y trabar la *litis*.

Este acto, cuyo contenido puede ser muy diverso y complejo dependiendo de la legislación que se trate, podemos afirmar, tiene como finalidad esencial evitar el litigio mediante la conciliación y, no logrado esto, resolver cuestiones incidentales y fijar los hechos controvertidos para de esa forma aligerar el proceso y evitar que éste se dilate indebidamente en detrimento de la justicia expedita.

Según las consideraciones expuestas en el Proyecto de Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica “se trata, entonces, de una primera audiencia, dentro del proceso a la que deben comparecer ambas partes y que será presidida por el tribunal, con un muy complejo contenido, pero con el fin primordial de evitar el litigio, o limitar su objeto y depurar el procedimiento... el fin de la audiencia es abreviar el procedimiento, acelerar el trámite”.

En la LOJCA dicho acto se encuentra previsto para las demandas de contenido patrimonial en el artículo 57, cuyo texto es el siguiente:

La audiencia preliminar tendrá lugar el décimo día de despacho siguiente a la hora que fije el tribunal. Dicha audiencia será oral, con la asistencia de las partes. En este caso, el Juez o Jueza podrá resolver los defectos de procedimiento, de oficio o a petición de parte, lo cual hará constar en acta.

El demandado deberá expresar con claridad si contraviene los hechos alegados por la contraparte, a fin de que el Juez o Jueza pueda fijar con precisión los controvertidos. En esta oportunidad, las partes deberán promover los medios de prueba que sustenten sus afirmaciones.

Conforme puede apreciarse de la transcripción previa, la audiencia preliminar es un acto procesal verbal, que se desarrolla con la asistencia de las partes ante el Juez de mérito (en los tribunales unipersonales) y de Sustanciación (en los órganos jurisdiccionales colegiados), en el que se van a

resolver de oficio o a instancia de parte los “defectos de procedimiento”, si los hubiere.

Igualmente, según expresa la norma en comentario, la parte demandada deberá en esa ocasión expresar si contraviene total o parcialmente los planteamientos y pretensiones de la parte demandada, a fin de fijar con precisión los hechos controvertidos, es decir, trabar la litis. Asimismo, en esa ocasión los litigantes “deberán” promover los medios de prueba que sustenten sus alegaciones de hecho.

Respecto a la oportunidad para la celebración de esta audiencia, señala el artículo *supra* citado que tendrá lugar “el décimo día de despacho siguiente a la hora que fije el tribunal”, lo cual genera confusión, pues, omite la Ley señalar a partir de qué momento se deben contar esos diez días de despacho. Ello así, explica HERNÁNDEZ MENDIBLE⁴, que éstos se cuentan no desde la presentación de la demanda, ni de la admisión, sino a partir de la última citación de las partes que deban intervenir en el proceso, en virtud de:

que la citación tiene el efecto de darles a conocer a los demandados la existencia de las distintas pretensiones que se han formulado y, además, la orden de comparecencia que acompaña a la citación contiene el emplazamiento a las personas a quien va dirigida para que asistan y ejerzan su defensa en el acto procesal al que se les cita.

Incluso esta conclusión se puede inferir de la redacción de la disposición que contempla la posibilidad de que el órgano jurisdiccional, de oficio o a petición de parte, notifique para que asistan a la audiencia preliminar a personas y entidades comunales, o colectivos cuyo ámbito de actuación se encuentre vinculado al objeto de la controversia, con la finalidad de que opinen sobre el asunto debatido, en cuyo caso no se fijará la audiencia hasta que no conste en el expediente la notificación respectiva.

En consecuencia, la audiencia preliminar debe fijarse para que tenga lugar dentro del décimo día de despacho siguiente a que conste en el expediente que las partes demandadas han sido efectivamente citadas y que se ha notificado a las personas, entidades colectivas o comunales, en caso que el órgano jurisdiccional lo haya dispuesto en el auto de admisión. (Resaltado nuestro).

La posición del referido autor es concordante con la práctica tribunalicia, y al respecto puede observarse entre muchos, el auto emanado del Juzgado de Sustanciación de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 225 del 10 de agosto de 2017.

⁴ Víctor Hernández Mendible: “La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Venezuela, de 2010”. *Revista de Administración Pública*. Nro. 182, mayo-agosto 2010. Madrid, p. 260.

2. Contenido

Las tres circunstancias antes narradas (defectos de procedimiento, trabazón de la litis y anuncio de pruebas) conforman el contenido de la audiencia preliminar prevista en la LOJCA, y sobre éstas se plantean las siguientes consideraciones:

A. Los defectos de procedimiento

Al respecto, la primera consideración que se debe hacer es que los “defectos de procedimiento” son un concepto jurídico indeterminado, y por lo tanto, corresponderá al Juez determinar cuáles son estos y cuáles no⁵.

En sustento de la anterior afirmación, expresa FERNÁNDEZ GARCÍA⁶, que:

El posicionamiento que ha venido siendo mayoritario defiende la tesis según la cual la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados por una norma no significa, por sí sola, la atribución de la facultad de elegir discrecionalmente entre varias soluciones posibles aquella que en cada caso se considera conveniente u oportuna; esta tesis, por el contrario, mantiene que la interpretación y aplicación de todo concepto jurídico, cualquiera que sea el grado de indeterminación, no admite, si la norma no dispone otra cosa, más que una sola solución correcta y que, por tanto, **la corrección de la decisión que se tome puede ser controlada judicialmente sin que tal control implique una mera sustitución de criterios, sino el resultado de la búsqueda de la solución justa.** (Resaltado nuestro).

Sin embargo, en términos generales se puede afirmar que los defectos de procedimiento consisten en cuestiones ajenas al fondo de la controversia, que pueden incluso afectar la validez del juicio, pero que no están relacionadas con la procedencia o no de la pretensión aducida y que obstaculizan el curso del juicio a los fines que se decida el mérito de la causa.

Con relación a lo expuesto, en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil para Iberoamérica, se destaca lo siguiente:

El saneamiento del proceso supone... que estas **cuestiones, excepciones dilatorias, falta de presupuestos como la capacidad y aun la legitimación e improponibilidad de la demanda, se planteen (si no se lo hizo antes) en la propia audiencia y sean resueltas por el tribunal mediante lo que constituye un verdadero despacho saneador (sentencia o auto interlocutorio).**

⁵ Agustín Gordillo: *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 2003, p. 22.

⁶ Yolanda Fernández García: “El concepto jurídico indeterminado de <<servicio esencial>> en la Constitución española”. *Revista de Administración Pública*. Nro. 170, mayo-agosto (2006), Madrid, p. 330.

Asimismo, el tribunal incluirá en las cuestiones a resolver la regularización del procedimiento y la subsanación de los actos que puedan provocar nulidades sanables o la declaración de las insanables con el fin de que se esté en condiciones de entrar en el tema del objeto del proceso y las pruebas... en virtud de que resueltas aquellas cuestiones, no hay duda que corresponderá ingresar al mérito de la causa. Esto es, que verificado que el proceso se ha desenvuelto sin vicios o aquéllos que tenía han sido saneados, prácticamente se entra a una nueva fase del proceso (la preparación de la decisión sobre el fondo). (Sic). (Resaltado nuestro).

La cita anterior nos permite sostener, que existe en la audiencia preliminar una suerte de amplitud de alegatos que pueden exponer las partes o advertir el Juez de oficio a los fines de su resolución en esa etapa procesal, cuyo único límite es que no se trate de defensas relacionadas con el fondo o mérito de la causa.

Así, se admitirían alegaciones con relación a actuaciones del propio tribunal, como lo es la falta de notificación de la admisión de la demanda en la forma prevista en la Ley a la República (en la autoridad de la Procuraduría General de la República) u otras personas jurídico públicas que gocen de prerrogativas procesales, cuya inobservancia acarrearía la nulidad de todo lo actuado con posterioridad y la reposición del juicio a la etapa de librar nueva notificación, y del accionante, como por ejemplo defectos de forma de la demanda (obscuridad o insuficiencia en la identificación de las partes, indeterminación de la pretensión y supuestos que encuadran en las tradicionalmente conocidas como cuestiones previas).

Ello aplica en el caso de la audiencia preliminar prevista en el artículo 57 de la LOCJA para las demandas de contenido patrimonial, si se insiste en que los defectos de procedimiento allí señalados son un concepto jurídico indeterminado, cuya delimitación es tarea del Juez que conozca de la causa, atendiendo a la jurisprudencia emanada de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, cúspide de la organización tribunalicia con competencia contencioso administrativa ordinaria, pues, existen casos en los cuales el legislador atribuyó dicha competencia a tribunales que no integran ese fuero especial de juzgamiento⁷.

Para ilustrar lo antes planteado, pongamos algunos ejemplos con base en decisiones de la prenombrada Sala.

En sentencia Nro. 1316 del 1 de diciembre de 2016, se resolvió como defecto de procedimiento 1) “las contradicciones de los hechos alegados en la demanda” y 2) la cosa juzgada (cuestión previa contenida en el ordinal 9° del

⁷ *Vid.*, art. 43 de la Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial (G.O. Nro. 40.418 del 23 de mayo de 2014).

artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, en lo sucesivo CPC). Asimismo, esa Sala se negó a resolver el alegato de la “prescripción de la acción”, por cuanto consideró que “constituye, en principio, una defensa de fondo, pues como ya se señaló persigue la extinción de la acción y, por tanto, es una defensa perentoria... De allí, que esta Sala ha establecido que dicha defensa debe ser alegada en el acto de contestación de la demanda, por lo cual debe ser resuelta como punto previo en la sentencia definitiva”.

Igualmente, en fallo Nro. 00658 del 7 mayo de 2014, la Sala Político-Administrativa resolvió como defectos de procedimiento: 1) la caducidad de la acción (causal de inadmisión de la pretensión contenida en el numeral 1 del artículo 35 de la LOJCA y cuestión previa prevista en el ordinal 10° del artículo 346 del CPC), 2) la falta de agotamiento del procedimiento administrativo previo a las demandas de contenido patrimonial contra la República y otros entes públicos que gocen de tal prerrogativa (causal de inadmisibilidad prevista en el numeral 3 del artículo 35 LOJCA) y, 3) la falta de caución o fianza (cuestión previa contenida en el ordinal 5° del artículo 346 del CPC).

La anterior decisión resulta relevante a los fines de esta investigación, no solamente porque abunda en el universo de circunstancias que pueden ser opuestas como defectos de procedimiento, sino además porque advirtió que la LOJCA no previó las cuestiones previas como vía para sanear el proceso, por lo que cabría preguntarse si en ese fuero especial de juzgamiento (el contencioso administrativo) han desaparecido las cuestiones previas.

Como la respuesta a esa interrogante admite varias tesis, con base en la legislación vigente y la jurisprudencia consultada sobre ello, el análisis se hará en un punto aparte. Veamos.

a. Los defectos de procedimiento y las cuestiones previas

Según explica el autor patrio HENRÍQUEZ LA ROCHE⁸, “[l]as cuestiones previas actúan como el despacho saneador del Código brasileño o el fins de non recevoir del derecho adjetivo francés”.

Citando la exposición de motivos del Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica, se trata de la solución “de cualesquiera cuestiones susceptibles de distraer la atención de la materia referente al *meritum causae*. Esto es, a resolver cuestiones que no dicen relación con el mérito (fondo) de la causa, facilitando la labor del tribunal en el futuro (abreviación)”.

⁸ Ricardo Henríquez La Roche: *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*. Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela. Caracas, 2012, p. 51.

RENGEL ROMBERG⁹ con relación al punto tratado, sostiene que son todas aquellas que permiten “desembarazar” el proceso, evitando “la incidencia sucesiva a las dilatorias que se originaba con las de inadmisibilidad bajo el derogado código y entrar rápidamente al mérito de la causa”.

En efecto, con la redacción del Código de Procedimiento Civil vigente desaparece la clásica división de las excepciones en dilatorias y de inadmisibilidad, oponibles en distintas fases antes de contestar la demanda, desarrollándose la defensa del demandado en el proceso civil ordinario ya no en tres actos, sino en dos: 1) todas las cuestiones previas en vez de contestar; y 2) la verdadera y única contestación, tal como impone el artículo 348 del CPC, explica ALID ZOPPI¹⁰.

Con vista a lo antes anotado, pareciera que las cuestiones previas tienen la misma función que los denominados defectos de procedimiento en el contencioso administrativo, como les denomina la LOJCA, que según hemos explicado líneas arriba, consisten en resolver cuestiones que no guardan relación con el fondo del litigio, para de esa forma abreviar el proceso y entrar rápidamente al examen del fondo de la causa, o dado el caso, terminar anticipadamente el proceso.

Si se asume la anterior posición, habría que concluir que en el proceso contencioso administrativo, cuyo trámite reposa en la LOJCA, las cuestiones previas son asimilables o están contenidas dentro de los denominados defectos de procedimiento, cuya única oportunidad de alegación es en la audiencia preliminar que contempla el artículo 57 de esa Ley y no posteriormente, ya que, de ser el caso, se les declararía extemporáneas.

Admitir lo contrario supondría que el demandado puede dilatar indebidamente el proceso, alegando en la prenombrada audiencia defectos de procedimiento, y luego, en vez de contestar la demanda, oponer las cuestiones previas a que se refiere el artículo 346 del CPC, lo cual no es cónsono con el principio de brevedad procesal preceptuado en el artículo 257 de nuestro Texto Constitucional y de probidad en el proceso¹¹.

En ese sentido, si bien el artículo 31 de la LOJCA establece la aplicación supletoria de las normas de procedimiento contenidas en el CPC al proceso contencioso administrativo, ello solo es posible en las situaciones procedimentales no reguladas por el primero de los mencionados cuerpos

⁹ Aristides Rengel Romberg: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Tomo III. Editorial Paredes. Caracas, 2013, p. 53.

¹⁰ Pedro Alid Zoppi: *Cuestiones previas y otros temas de Derecho Procesal*. 7ma edición. Editorial Vadell Hermanos. Caracas, 2010, p. 10.

¹¹ *Ob. cit.* Nro. 1. p. 307.

normativos, lo cual no parece ser el caso de la subsanación y/o depuración del proceso, toda vez que para ello instituyeron los defectos de procedimiento.

En esa línea argumentativa se mantiene la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa del Máximo Tribunal del país, al menos a partir del año 2014¹², tal como se desprende de la cita de las siguientes decisiones:

La sentencia *supra* señalada Nro. 00658 del 7 mayo de 2014, destacó que conforme a la LOJCA son dos los momentos que se tienen dentro del proceso contencioso administrativo para sanear el proceso, el primero, al momento de la admisión de la demanda juez ha advertido que el escrito resulta ambiguo o confuso, en cuyo caso concederá al demandante un lapso de tres (3) días de despacho para su corrección, con indicación de los errores u omisiones constatados (art. 36), y el segundo "...tiene lugar con la audiencia preliminar a ser fijada en las demandas de contenido patrimonial; en este acto el juzgador se encuentra facultado para resolver sobre los defectos del procedimiento, ya sea de oficio o a petición de parte, con el objeto de depurar el proceso en esta etapa". Asimismo, señaló la Sala que las cuestiones previas no están contempladas como "vía para sanear el proceso".

Con mayor precesión, el fallo Nro. 896 del 22 de junio de 2015, sentó lo siguiente:

...con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se establece un nuevo procedimiento para la tramitación -como en el caso de autos- de las demandas de contenido patrimonial en las que sean partes los sujetos indicados en el artículo 7 *eiusdem*, el cual incluso es aplicable supletoriamente para los demás procedimientos contenidos en la mencionada Ley, como lo dispone su artículo 56.

Asimismo, cabe precisar en virtud de las características especiales de dicho procedimiento, informado por los principios de idoneidad, brevedad, oralidad, celeridad e inmediatez contenidos en el artículo 2 del aludido instrumento, que **fue establecida una oportunidad específica para alegar y resolver los defectos de procedimiento advertidos de oficio por el juez o a solicitud de parte, con el objeto de depurar el proceso desde su inicio y, de esta forma, evitar reposiciones futuras contrarias a la tutela judicial efectiva.**

Sobre el particular, la Sala estima importante enfatizar que aun cuando el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone la aplicación supletoria o complementaria de las normas del Código

¹² Si se revisan las decisiones emanadas de la Sala Político-Administrativa correspondiente a los años 2011, 2012 y 2013, se puede observar que aun después de la entrada en vigencia de la LOJCA, se les siguió denominando a los defectos de procedimiento "cuestiones previas" y aplicado el trámite del CPC, aunque ello se justificaría por el hecho que para el momento en que fueron alegadas y tramitadas tales excepciones, todavía no se había promulgado la Ley que rigiera el proceso contencioso administrativo.

de Procedimiento Civil a las demandas ejercidas ante los órganos de esa jurisdicción, los defectos de procedimiento aludidos en el artículo 57 de la mencionada Ley Orgánica no se limitan a los supuestos previstos en el artículo 346 del referido Código, denominados en el procedimiento ordinario “cuestiones previas”, ni su alegación y trámite están sujetos rigurosamente a las reglas establecidas en ese Cuerpo Procesal.

De allí, debe entenderse que lo alegado por la representación judicial de la Junta Liquidadora del Instituto Nacional de Hipódromos no se trata de “cuestiones previas” en sentido estricto, sino de defectos de procedimiento. (Vid., entre otras, Sentencia de esta Sala N^o 1495 del 5 de noviembre de 2014). (Resaltado nuestro).

De manera que, conforme a las citas previas, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha entendido que hay solo dos oportunidades de advertir u oponer defectos de procedimiento, ello es por parte del juez al momento de la admisión de la demanda y, posteriormente, en la audiencia preliminar prevista en el artículo 57 de la LOJCA para las demandas de contenido patrimonial, aplicable supletoriamente a los otros dos rieles procesales “procedimiento breve” y “procedimiento común” que contempla esa Ley, por virtud del artículo 56 *eiusdem*¹³.

En consecuencia, tal como se advirtiera, una vez ocurrida la audiencia preliminar no serán admisibles posteriormente alegatos relacionados con defectos de procedimiento, aunque el accionado pretenda plantearlos como cuestiones previas, debiendo, por tanto, proceder a contestar la demanda a fin de evitar la *confesión ficta*, salvo que se trate de la República u otros entes que gocen de la prerrogativa procesal contenida en el artículo 80 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República¹⁴, en virtud de la cual la demanda no contestada, se entiende contradicha en todas sus partes.

Sin embargo, si se trata de omisiones u errores del propio tribunal, la parte que así lo considere oportuno podrá solicitar su corrección mediante diligencia, a fin de que el Juez, en aplicación del artículo 206 del CPC proceda a su anulación o corrección, procurando la estabilidad del proceso y evitando reposiciones que afecten la continuación del juicio en detrimento de la tutela judicial efectiva.

¹³ La Sala Político-Administrativa ha resuelto defectos de procedimientos como punto previo, alegados en demandas de nulidad, fundamentándose en el artículo 57 de la LOJCA. Al respecto puede verse, entre otras, la sentencia Nro. 00983 del 6 de octubre de 2016.

¹⁴ G.O. Nro. 6.220, extraordinario, del 15 de marzo de 2016.

b. Trámite procesal para la resolución de los defectos de procedimiento

Lo primero que se debe advertir es que el trámite para la resolución de los defectos de procedimientos alegados en la audiencia preliminar, dependerá de la naturaleza de estos, toda vez que requiere un mayor grado de cognición la resolución de la impugnación de la representación judicial del actor, que un alegato referido a algún error en la identificación de las partes en el libelo, o referencias a direcciones, lo cual puede ser subsanado inclusive en la misma audiencia.

Ahora bien, la resolución de tales defectos constituyen incidencias dentro del proceso, las cuales se han venido tramitando conforme a lo establecido en el artículo 40 de la LOJCA, cuyo tenor es el siguiente:

Si por alguna necesidad del procedimiento una de las partes solicitara alguna providencia, el juez o jueza resolverá dentro de los tres días de despacho siguientes; a menos que haya necesidad de esclarecer algún hecho, caso en el cual ordenará la apertura de una articulación probatoria por ocho días de despacho.

Si la resolución incidiere en la decisión de la causa, el juez o jueza resolverá la articulación en la sentencia definitiva; en caso contrario, decidirá dentro de los tres días de despacho siguientes al vencimiento de aquella.

La norma transcrita prevé dos fórmulas para la resolución de las incidencias en los procesos contencioso administrativos: 1) cuando no se requiera sustanciación, la incidencia se resolverá dentro de los tres (3) días de despacho siguientes a su planteamiento; 2) cuando se requiera sustanciación, se abrirá una articulación probatoria por ocho (8) días de despacho para que las partes consignen los elementos de convicción mediante los cuales sustentaran sus planteamientos, y si la cuestión no incide en el fondo de la causa, deberá ser resuelta dentro de los tres (3) días de despacho siguientes al vencimiento de la referida articulación probatoria, en caso contrario, ello es, que incida sobre el fondo del litigio, deberá ser resuelta en la sentencia definitiva.

Sin embargo, en virtud de la amplia gama de defectos de procedimiento que pueden ser alegados en la audiencia preliminar, tal como se indicara líneas arriba, y dada la dinámica de los mismos, el artículo 40 de la LOJCA resulta insuficiente para su trámite, en consecuencia, los Jueces Contencioso Administrativos se han visto en la necesidad de otorgar de manera pretoriana lapsos no previstos en la Ley, a los fines que la parte contra quien se alegan tales defectos los subsane o contradiga, para que la contraparte señale si conviene o no en la eventual subsanación y “en caso de ser necesario”, para que se sustancie y finalmente se decida el asunto debatido.

Así, por ejemplo, el Juzgado de Sustanciación de la Sala Político-Administrativa, mediante acta levantada con ocasión de la celebración de una audiencia preliminar en la cual la parte demandada alegó como defecto de procedimiento “la imprecisión del lugar en el cual ocurrieron los hechos”, otorgó un lapso de cinco (5) días de despacho para que la parte demandante subsanara o contradijera el defecto y, “finalizado dicho lapso la parte demandada deberá en el primer día de despacho siguiente manifestar su conformidad o no con la eventual subsanación, con vista a las resultas el tribunal ordenará lo conducente”¹⁵.

Los lapsos *supra* mencionados no son uniformes¹⁶ y como puede también apreciarse, no están previstos en norma alguna, de manera que se debe insistir en que ellos están siendo concedidos de manera discrecional por parte del Juez, dependiendo del defecto alegado.

Esta situación, evidentemente, es particular del proceso contencioso administrativo, pues, como es sabido, en el proceso civil el CPC en los artículos 351 al 358 dispone los lapsos y la forma en cómo se resuelven las cuestiones previas, asimilables en nuestro campo a los defectos de procedimiento.

Finalmente, es pertinente comentar que en los tribunales colegiados (Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia), será necesaria la remisión del expediente al Juez ponente a fin que decida con relación a los defectos de procedimientos que hubieren sido alegados y que no puedan ser resueltos de forma inmediata por el Juzgado de Sustanciación, o cuando existe un rechazo de los alegatos esgrimidos, lo cual refleja la necesidad de delimitar cuáles de esos defectos pueden ser resueltos por ese Juzgado y cuáles no, lo que coadyuvaría con la celeridad procesal y descongestión del órgano

¹⁵ El contenido del acta del Juzgado de Sustanciación de la Sala Político-Administrativa a que se hace referencia, puede ser consultado en la decisión Nro. 01316 del 1° de diciembre de 2016.

¹⁶ En otras ocasiones el Juzgado de Sustanciación de la Sala Político-Administrativa ha determinado que “a pesar de la diversidad de los alegatos planteados por la representación de la parte demandada, alguno de los cuales no son susceptibles de ser subsanados, acuerda abrir una incidencia de conformidad con lo establecido en el artículo 40 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y, en tal sentido, se conceden tres (3) días de despacho siguientes a la presente fecha, exclusive, a fin de que la parte actora subsane o contradiga los defectos alegados, finalizado dicho lapso la parte demandada deberá el primer día de despacho siguiente manifestar su conformidad o no con la eventual subsanación y de ser necesario se abrirá ope legis una articulación probatoria por ocho (8) días de despacho, entendiéndose que una vez concluido dicho lapso se remitirá a la Sala el expediente a los fines de la decisión correspondiente en caso que no se produzca la subsanación o esta sea cuestionada”. (Ver decisión de la SPA-TSJ Nro. 00942 del 5 de agosto de 2015).

jurisdiccional de mérito y, para el caso de la Sala Político-Administrativa, resguardaría el derecho a la doble instancia previsto en el artículo 88 de la LOJCA, si se considera que esa sentencia interlocutoria ha causado un gravamen a cualquiera de las partes¹⁷.

B. La fijación de los hechos controvertidos

Al hilo de lo dispuesto por el artículo 57 de la ley *sub examine*, otro de los propósitos de la audiencia preliminar es que el demandado exprese “con claridad si contraviene los hechos alegados por la contraparte, a fin de que el juez o jueza pueda fijar con precisión los controvertidos”.

Se refiere en definitiva a fijar los términos en los cuales ha quedado trabada la *litis* y por tanto, de los hechos que serán objeto de prueba, de manera que si el demandado no rechaza alguno de los argumentos o pretensiones del actor, no podría hacerlo posteriormente en el acto de la contestación de la demanda, pues, ya se tendrían como admitidos. En otras palabras, la exposición de demandado en la audiencia preliminar incide como límite en la contestación de la demanda.

Sin embargo, la tendencia es a señalar que es en el acto de la contestación de la demanda el momento en el cual, verdaderamente, se traba la *litis*, y de ser ello así, entonces pierde sentido lo que señala el artículo 57 de la LOJCA con relación a la fijación de los términos de la controversia, ello es, la “finalidad esclarecedora, que se proyecta a través de la obligación del demandado de expresar con claridad si contraviene los hechos alegados por la contraparte, a fin de que el órgano jurisdiccional pueda fijar con precisión aquellos no controvertidos”¹⁸.

Aunado a las consideraciones expuestas, se debe agregar que es común que la parte accionada en juicio, en el acto de la audiencia preliminar, de entrada exponga que niega, rechaza y contradice la demanda incoada tanto en los hechos “como en el derecho”, para luego empezar a admitir determinados circunstancias, lo que conlleva a que en la generalidad de los casos, vista la exposición del demandado, se determine que “todos los hechos

¹⁷ Sin embargo, doctrinarios venezolanos como el profesor TORREALBA SÁNCHEZ, han sostenido reparos con relación a las funciones del Juzgado de Sustanciación, pues se afirma, como es cierto, que éstos “son órganos de los Tribunales Colegiados para sustanciar la causa, es decir, para dictar los autos de mero trámite o sustanciación”, por tanto se cuestiona la realización de audiencias preliminares ante tales órganos sustanciadores, ya que “es obvio que en la misma en ocasiones se dictan pronunciamientos que van más allá de la mera sustanciación, y que constituyen sentencias interlocutorias, inclusive con fuerza de definitivas”. *Ob. cit. infra* Nro. 21, p. 162.

¹⁸ *Ob. cit.* Nro. 4, p. 261.

tienen el carácter de controvertidos”, precaviéndose el órgano jurisdiccional de ulteriores recursos de apelación (aunque su ejercicio no sea procedente) o quejas interpuestas con ocasión de las determinaciones hechas en ese acto procesal.

Finalmente, debe advertirse que conforme al artículo 62 de la ley bajo comentario, las partes disponen de otra oportunidad en la cual pueden expresar si convienen en algún hecho, ello es cuando se abre la fase de pruebas, lo que conlleva a cuestionar si realmente ese acto procesal cumple con su finalidad esclarecedora del proceso en lo atinente a la trabazón de la *litis*.

C. La promoción de pruebas

Finalmente, el artículo 57 de la LOJCA dispone que en la audiencia preliminar “...las partes deberán promover los medios de prueba que sustenten sus afirmaciones”, de hecho.

Nótese en este punto, que el artículo que se comenta utiliza el verbo “deber”, lo que en estricto sentido significa que es esa la oportunidad, y no otra, en la cual las partes pueden presentar al tribunal los medios probatorios a través de los cuales sustentaran sus afirmaciones fácticas.

Empero, y como lo ha advertido la doctrina, conforme a la estructura del procedimiento para las demandas de contenido patrimonial previsto en la LOJCA, habrían tres momentos en los cuales se pueden ofrecer pruebas: 1) en la celebración de la audiencia preliminar, 2) con la contestación de la demanda¹⁹ y 3) durante la fase de pruebas²⁰.

La situación antes narrada ha generado críticas por parte de la doctrina nacional, toda vez que como expone el profesor TORREALBA SÁNCHEZ²¹ “...se plantean graves dudas respecto a si la fase probatoria del procedimiento es o no oral, y si no lo es, no hay entonces intermediación precisamente donde más se justifica que la haya...”, siendo que tales principios (oralidad e intermediación) han sido expresamente consagrados en el artículo 2 de esa Ley.

¹⁹ LOJCA. Art. 61 “La Contestación deberá realizarse por escrito dentro de los diez días de despacho siguientes a la celebración de la audiencia preliminar, **y deberán presentarse los documentos probatorios**. Para las actuaciones posteriores se dejará transcurrir íntegramente el lapso previsto en este artículo”. (Énfasis añadido).

²⁰ LOJCA. Art. 62. “Dentro de los cinco días de despacho siguientes al vencimiento del lapso previsto en el artículo anterior, las partes presentarán sus escritos de pruebas...”.

²¹ Miguel Ángel Torrealba Sánchez: *Problemas fundamentales del contencioso administrativo venezolano en la actualidad*. Editorial Funeda. Caracas, 2013, pp. 108 y 109.

Igualmente, SILVA BOCANEY²² con relación a lo antes planteado, sostiene que tal situación “resulta contraria a los argumentos de un legislador económico, sistemático, coherente y provisto de fines, pues resulta absurdo pretender que en una misma ley, se presentaran distintos momentos u oportunidades a los mismos fines”. Por ello, propone como solución a ese escenario, que las pruebas a que se refiere el artículo 57 de la LOJCA sean “las referidas a esa depuración que puedan presentar las partes en el proceso, y que el juez puede resolver de oficio o a petición de partes en la misma audiencia”, y que las probanzas relacionadas con el fondo del asunto se promuevan “luego de la contestación de la demanda, una vez sea trabada efectivamente la litis”.

La anterior posición aunque resulte lógica y plausible, no ha sido hasta los actuales momentos acogida por la jurisprudencia del más alto Juzgado del país, razón por la cual debe asumirse que existen efectivamente tres momentos para presentar elementos de prueba: en la audiencia preliminar (relacionadas a los defectos de procedimiento alegados o a hechos relacionados con el fondo de la controversia), en el acto de contestación (sólo documentales) y, en la fase de pruebas (lógicamente, solo referidas al mérito de la causa).

En refuerzo de lo anterior, se puede agregar que el Juzgado de Sustanciación de la Sala Político-Administrativa ha sostenido que, conforme a la LOJCA, existen diversos momentos para presentar pruebas dentro del procedimiento de las demandas de contenido patrimonial, negando solicitudes de reposición de la causa al estado de celebrar una nueva audiencia preliminar, sustentadas en la presunta lesión al derecho a la defensa por no habérselas anunciado en esa ocasión.

II. CONSIDERACIONES SOBRE EL ACTA Y LOS PRONUNCIAMIENTOS DERIVADOS DE LA CELEBRACIÓN DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR

Dentro del proceso existe una diversidad de actos, unos corresponden a las partes y otros al Juez, siendo que los últimos pueden ser clasificados en “actos de decisión o resoluciones” y “actos de sustanciación o instrucción”²³.

En ese sentido, expone RENGEL ROMBERG que lo que caracteriza a esos autos y otros actos del juez en fase de instrucción o sustanciación del proceso

²² José Gregorio Silva Bocaney: “Anotaciones sobre las pruebas en el proceso administrativo II”. *Actualidad del Contencioso Administrativo y otros mecanismos de control del Poder Público*. Editorial Jurídica Venezolana y Centro de Adiestramiento Jurídico CAJO. Caracas, 2013, p. 508.

²³ *Ob. cit.* Nro. 8. Tomo III, p. 140.

es "...que no contienen decisión de algún punto, bien de procedimiento o de fondo, son de ejecución de facultades otorgadas al juez para la dirección o control del proceso, y por no producir gravamen alguno a las partes, son en consecuencia inapelables, pero pueden ser revocados por contrario imperio, a solicitud de parte o de oficio por el juez".

De manera que, al hilo de lo expuesto, el acta que se levanta con ocasión de las actuaciones ocurridas durante la celebración de la audiencia preliminar prevista en el artículo 57 de la LOJCA, que suscriben las partes, el Juez y el Secretario del Tribunal, se encuadra, en principio, dentro de la categoría de actos de trámite, sustanciación o instrucción de la causa, toda vez que no contienen pronunciamientos de juzgamiento y, en consecuencia, resultan inapelables.

Sin embargo, puede ocurrir que el Juez realice pronunciamientos o especificaciones con las cuales las partes no estén de acuerdo, como por ejemplo, la calificación dada a algún defecto de procedimiento, o con relación a los términos en los cuales ha quedado "trabada la litis", en esos casos, los litigantes pueden realizar al momento de su lectura, las observaciones a que hubiere lugar y de ello debe igualmente dejarse constancia, tal como señalan los artículos 188 y 189 del CPC, contentivos de la forma y demás especificaciones en cómo deben levantarse las actas de las audiencias, disposiciones esas que son aplicables en el proceso contencioso administrativo, como ya hemos dicho, por remisión expresa del artículo 31 de la LOJCA.

Guardamos reservas con relación a la posibilidad de que alguna de las partes pueda solicitar la revocatoria por contrario imperio del acta de la audiencia preliminar, sobre la base del artículo 310 del CPC²⁴, pues, aunque sea un acto de trámite o sustanciación, el mismo es complejo, ya que en él que han participado el Juez, el Secretario del Tribunal y las partes, y donde se ha dejado constancia de circunstancias y debate procesal que sería alterado de proceder la revocatoria del acta, por lo que puede concluirse que tal solicitud de revocatoria del acta conllevaría a la celebración de una nueva audiencia, y ello no parece cónsono con los principios de celeridad, brevedad, concentración y economía procesal, salvo en aquellos casos en los cuales se alegue la violación de un derecho fundamental como el de la defensa, ya que,

²⁴ CPC: "Artículo 310. Los actos y providencias de mera sustanciación o de mero trámite, podrán ser revocados o reformados de oficio o a petición de parte, por el Tribunal que los haya dictado, mientras no se haya pronunciado la sentencia definitiva, salvo disposiciones especiales. Contra la negativa de revocatoria o reforma no habrá recurso alguno, pero en el caso contrario se oír apelación en el solo efecto devolutivo".

en ese caso, el Tribunal estaría conminado a realizar nuevamente el acto procesal en comentario.

Concatenado con lo anterior, se aprecia que la Sala Político-Administrativa en decisión Nro. 1386 del 7 de diciembre de 2016, en un caso en el cual se apeló de un acta levantada con ocasión de la celebración de una audiencia de juicio, utilizó como fundamento para declarar inadmisibles dichos recursos el artículo 310 del CPC y concluyó que “las Actas levantadas con ocasión de la celebración de las Audiencias Preliminar o de Juicio deben ser consideradas como autos de mera sustanciación y, por lo tanto, no son apelables”. De esa decisión se pueden extraer al menos dos conclusiones: 1) que las actas levantadas con ocasión de la celebración de las audiencias en los procedimientos contencioso administrativos pueden ser revocadas con fundamento en el artículo 310 del CPC, lo cual va en sentido contrario a la posición antes expuesta y 2) que en ningún caso pueden ser apeladas tales actas, ya que “no implican la decisión de una cuestión controvertida entre las partes”.

Ahora bien, la situación cambia cuando alegados defectos de procedimiento en la audiencia preliminar, se realizan pronunciamientos jurisdiccionales que inciden en la esfera jurídica-procesal de las partes, causándoles algún perjuicio. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando se declara con lugar algún defecto que ponga fin al litigio (cosa juzgada, caducidad, no subsanación de la impugnación a la representación de las partes), en ese caso se estaría ya no en presencia de un acta, sino de sentencias interlocutorias con fuerza definitiva, susceptibles de ser impugnadas a través del recurso de apelación según dispone el artículo 88 de la LOJCA²⁵.

III. REPAROS A LA AUDIENCIA PRELIMINAR Y ALGUNAS SOLUCIONES

Las tendencias en el campo del derecho procesal son las de promover que los procesos se desarrollen por audiencias, pues se considera que ello constituye el desarrollo de principios como el de oralidad, intermediación y concentración, que en nuestro país encuentran basamento constitucional y legal.

Los principios enunciados, consideramos, benefician tanto a las partes (ya que pueden expresar directamente al juez sus consideraciones y argumentaciones sobre el caso), y al administrador de justicia (que interactúa con los litigantes a los fines de dimanar una decisión más clara, pronta y

²⁵ LOJCA: “Artículo 88. De las sentencias interlocutorias se oirá apelación en un solo efecto, salvo que cause gravamen irreparable, en cuyo caso se oirá la misma en ambos efectos”.

conforme a la realidad subsumida en las normas jurídicas, es decir, impartir la correcta justicia), por esta razón, afirmamos la necesidad y pertinencia de procesos llevados por audiencias.

Empero, la implementación de tales actos procesales debe ser suficientemente analizada, a fin de lograr que cumplan su cometido, y no se constituyan en elementos que entorpezcan la buena marcha de la administración de justicia o resulten inoperantes.

Circunscribiendo lo antes dicho a la audiencia preliminar que prevé la LOJCA en su artículo 57 para las demandas de contenido patrimonial, consideramos que si bien ese acto constituye la primera oportunidad de contacto entre los sujetos de la relación procesal, por su complejo contenido y ubicación no está resultando del todo eficiente.

En efecto, si se vuelve sobre el contenido de esa audiencia: alegación de defectos de procedimiento, trabazón de la *litis* y promoción de pruebas, al menos estas dos últimas cuestiones resultan inoperantes toda vez que, como se indicara líneas arriba, la ocasión en la cual en realidad queda trabada la controversia es con el acto de la contestación de la demanda, y es ese documento en el que en la mayoría de los casos enfoca su atención el Juez a fin de fijar con precisión los hechos controvertidos, en consecuencia, pareciera que poco importa la exposición que realice el demandado en esa audiencia con relación a los argumentos y pretensiones del demandante, si en oportunidad posterior puede modificar los términos en que ha quedado expresada su defensa, sin advertencia y correctivo por parte del Tribunal. Lo mismo ocurre con respecto a las pruebas, pues existe diversidad de momentos procesales para su promoción.

En conexión con lo anterior, por lo que respecta a la trabazón de la *litis*, pudiera expresarse que, conforme a la tutela judicial efectiva, es plausible que se atienda a lo señalado en la contestación de la demanda, aun cuando tales defensas modifiquen la exposición del demandado en la audiencia preliminar. Tal conclusión consideramos es incorrecta, pues, pareciera no solo desvirtuar la finalidad de la prenombrada audiencia y porque, además, el cumplimiento de las normas adjetivas es lo que precisamente da a las partes en el litigio seguridad jurídica y evita que se rompa el equilibrio que entre ellas debe mediar en el proceso.

Similares consideraciones se pueden hacer respecto a la promoción de pruebas en la audiencia preliminar, que conforme a la estructura del procedimiento para las demandas de contenido patrimonial, no sería más que un “anuncio de pruebas” aunque la Ley lo imponga como un deber, si se observa que existen dos ocasiones con posterioridad a la mencionada audiencia en las que se pueden promover elementos de convicción, ello es,

con la contestación de la demanda (documentales), y en la fase de promoción de pruebas.

Ante tal circunstancia, pareciera ser que lo más lógico es que en la audiencia preliminar las partes anuncien medios de pruebas, lo cual es aconsejable se haga por escrito, pues, en las actas levantadas con ocasión de la mencionada audiencia no se hace una relación detallada de lo que cada uno de los litigantes expone, sino solo lo sustancial. Luego de ello, por autorización de la Ley, el demandado podrá únicamente promover pruebas documentales con la contestación (ver artículo 61 LOJCA) y, posteriormente, en la fase de pruebas (artículo 62), presentar los litigantes sus escritos de pruebas en los cuales se exprese y detalle sobre lo promovido en la audiencia y en la contestación, especialmente de aquellos medios probatorios que requieran evacuación y los hechos a probar con cada uno de ellos.

Si se sigue la anterior interpretación, no serían admisible, por tanto, que cualquiera de las partes promueva por ejemplo una experticia, si previamente no lo ha anunciado en la audiencia preliminar, o que el demandado traiga a los autos algún documento que con anterioridad no haya indicado en el escrito de contestación, salvo las excepciones de ley. Ello da un poco más de coherencia a la estructura del procedimiento para las demandas de contenido patrimonial, en lo que se refiere a las pruebas.

Lo anterior es solamente una interpretación de la Ley que proponemos, sujeta por supuesto a todo tipo de cuestionamientos, especialmente si se la contrasta con el derecho a la defensa de las partes, que debe ser interpretado siempre en sentido amplio, a favor de los sujetos litigiosos.

De manera que, escenarios como los planteados conllevan a pensar que la audiencia preliminar en el proceso debe ser reconducida a un acto en el cual se promueva la conciliación (evitar el litigio), y no logrado esto, sanarlo o depurarlo mediante la alegación de defectos de procedimiento, en atención además a los principios de brevedad, concentración y economía, y así evitar las contradicciones evidentes que han sido señaladas. Por ello, entre otras razones, es que parte de la doctrina venezolana ha llegado a sostener que las audiencias en el procedimiento de las demandas de contenido patrimonial “en realidad tiene[n] poca importancia, incluso para el propio legislador, y prueba de ello es que la Ley no atribuyó consecuencia procesal alguna a la hipótesis de falta de comparecencia de la parte demandada”²⁶.

Por lo que respecta a la ubicación de la audiencia preliminar en la LOJCA, tenemos igualmente reparos, especialmente de caras al derecho a la defensa y tutela judicial efectiva de la parte demandante, pues, dado que la misma se

²⁶ *Ob. cit.* Nro. 21, p. 110.

encuentra luego de la admisión de la demanda y antes de la contestación, el accionante no tendría oportunidad de alegar defectos de procedimiento con relación a lo que se exprese después en dicha contestación.

Por otra parte, los terceros llamados forzosamente a la causa (ordinales 4º y 5º del artículo 370 del CPC) no podrían alegar defectos de procedimientos, como quiera que el artículo 382 del CPC dispone que su llamado “se hará en la contestación de la demanda y se ordenará su citación en las formas ordinarias, para que comparezcan en el término de la distancia y tres días más”.

La solución a este aspecto orbita ya no en la necesidad de abreviar el contenido de la audiencia, sino en su desplazamiento a oportunidad posterior a la contestación de la demanda, cuando ya se ha trabado la *litis* y las partes, aun los terceros llamados a la causa con la contestación, pueden con mayor precisión, observar defectos de procedimiento a que hubiere lugar.

Ello sin duda requeriría, en el mejor de los casos, una reforma de la LOJCA, aunque, de conformidad con lo establecido en el artículo 334 del Texto Constitucional, todos los jueces de la República detentan el denominado control de la constitucionalidad, que los autoriza a desaplicar una norma a fin de que prevalezcan los postulados constitucionales, de manera que, ante la eventualidad de una lesión del derecho a la defensa de la parte, bien que la advierta el tribunal o que la denuncie la parte, es admisible la desaplicación por control difuso de ese artículo 57 de la LOJCA, únicamente en lo que se refiere a la oportunidad para su celebración, y que ello acontezca luego de la contestación, y con relación a la fijación de los términos de la *litis*, pues ya habría quedado trabada.

CONCLUSIONES

Las precedentes páginas se han dedicado al estudio de la audiencia preliminar que prevé la LOJCA para el trámite de las demandas de contenido patrimonial, de aplicación supletoria a los restantes dos procedimientos previstos por esa Ley, a tenor de su artículo 56.

Así, hemos realizado algunas reflexiones sobre el contenido, la finalidad y la oportunidad de esa audiencia, y la primera idea conclusiva a la que podemos arribar es que dadas las posibilidades que se pueden conocer con ocasión del referido acto, son múltiples los factores que pueden ocasionar que el mismo resulte ineficaz, y donde el factor sorpresa, nunca conveniente, está siempre presente.

En la línea argumentativa de lo planteado, tenemos que con relación a los defectos de procedimiento, estos pueden coincidir con causales de

inadmisión, defectos de forma del libelo y presupuestos de validez procesal; por tanto, son asimilables incluso a las cuestiones previas que prevé el CPC para el juicio civil ordinario.

De lo anterior se concluye que, en el proceso contencioso administrativo han desaparecido las cuestiones previas, o lo que es lo mismo, los defectos de procedimiento no pueden ser alegados con posterioridad a la audiencia preliminar bajo la forma de las cuestiones previas y al amparo del artículo 31 de la LOJCA.

Referente a la fijación de los hechos controvertidos, encontramos que las tendencias son a considerar que es realmente con la contestación de la demanda que se traba la *litis*, y que, además, es ese el acto al cual atiende especialmente el Juez a los fines de dictar su decisión de fondo, sin dar carácter determinante o vinculante a la exposición del demandado en la audiencia que se examinó, por lo que tal propósito podemos decir, es prescindible en dicho acto, aunque alguna determinación sobre ello deba constar en el Acta que se levanta con ocasión de aquella.

Igualmente, respecto al deber que tienen las partes de promover en esa ocasión los medios de prueba en que sustentarán sus afirmaciones de hecho, en razón de la estructura del procedimiento para las demandas de contenido patrimonial, se trataría entonces de un anuncio de pruebas no determinante, toda vez que existen dos fases posteriores en las cuales se pueden promover elementos de convicción, lo que enerva este otro propósito de la audiencia.

Vistas así las cosas, las ideas planteadas abundan en el debate sobre hacia la necesidad de reorbitar o abreviar el contenido de la audiencia preliminar, a fin de constituir la en el primer acto procesal en el cual las partes tendrán contacto con el juez, y que procura la conciliación y el saneamiento o depuración del proceso de cuestiones que distraigan la atención del mérito de la causa.

Lo anterior, aunado a las críticas derivadas de la ubicación de ese acto procesal en la LOJCA, propugnan como hemos dicho, una reforma de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la cual se reflexione suficientemente sobre la necesidad, pertinencia y eficacia de dicha audiencia, en obsequio de la justicia celer y efectiva, debate en el cual puedan, a diferencia de lo ocurrido en otras ocasiones, participar tanto los operadores de justicia, como los académicos, doctrinarios y demás integrantes del foro a fin de mejorar el desarrollo de los juicios y el otorgamiento de la justicia. Ello materializaría la participación de la sociedad en los asuntos que a todos atañen, los públicos.

APROXIMACIÓN A UNA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO DE CARA A LA DEMANDA POR RECLAMOS EN SU PRESTACIÓN ESTABLECIDA EN LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Fernando Javier Delgado Rivas¹

Resumen: *El siguiente estudio pretende una aproximación al concepto o noción de servicio público, enfocándose en el contexto de la aún reciente figura procesal de la demanda por el reclamo en la prestación de los servicios públicos establecida en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Preliminarmente se resalta la conocida dificultad en la definición de esta actividad, exponiendo seguidamente algunas consideraciones sobre los cambios de paradigma recientes que ha sufrido la misma, incluidos aquellos dentro del contexto de este procedimiento particular, para luego proponer un concepto que se ajuste lo más posible a éste, con miras a que la figura no resulte, ineficaz, inoperante y desprovista de un contenido concreto.*

Palabras clave: *Servicio público – Contencioso administrativo – Prestación – Estado social – Tutela judicial efectiva.*

SUMARIO. **Consideraciones previas.** **I.** Servicio público, libertad económica y Estado Social. **II.** Contenidos de la reclamación del servicio público en el contencioso administrativo venezolano. **1.** El sujeto pasivo y la actividad prestacional. **2.** Las omisiones y fallas del servicio público. **A.** Creación del servicio público. **B.** Funcionamiento del servicio público. **Conclusiones.**

CONSIDERACIONES PREVIAS

El servicio público ha sido desde sus inicios una de las figuras de la actividad administrativa más difíciles de definir y conceptualizar, varias son las razones de esta dificultad, entre ellas se encuentran los constantes cambios de criterio en los distintos ordenamientos jurídicos, de lo que se ha considerado forma parte o no de los fines del poder político, así como también los constantes cambios de paradigma y contextos ideológicos que han intentado modelar el contenido de este concepto a los fines de expandir o limitar la intervención estatal en los sistemas económicos de las naciones.

Muy a pesar del tiempo que ha pasado desde su primera conceptualización, y del advenimiento del movimiento de liberalización de la economía, la figura sigue siendo de la mayor importancia, siendo que aún

¹ Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2014). Abogado en la firma Hoet Peláez Castillo & Duque Abogados.

persisten actividades o prestaciones realizadas por entes y órganos de la Administración Pública que no pueden ser enmarcadas dentro de las actividades clásicas de policía, y tampoco ser equiparadas a las más modernas de gestión económica, puesto que no se desarrollan en un contexto de libre competencia. A pesar de esto, sucede también que por ser una actividad que comporta una actuación positiva de la Administración, no pocas veces se confunde con todas las demás, incluidas algunas actividades clásicas y otras que bien podrían ser llevadas a cabo exclusivamente por particulares. He ahí donde ha radicado la dificultad de su definición y el por qué muchas veces se ha llegado a señalar inclusive que, actividades como las de registros públicos, notarias y servicios de identificación, son de “servicio público”, o yendo más lejos aún, actividades económicas que son prestadas libremente por particulares han llegado a ser ubicadas en esa tenue frontera que existe con el servicio público².

No obstante la dificultad para llegar a un acuerdo sobre la definición de servicio público, se hace de vital importancia acercarnos a una noción para los casos de la acción o demanda vinculada con los reclamos de su prestación, establecida en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa³ (LOJCA) de conformidad con el mandato impuesto al legislador en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁴, a los fines de contribuir en el entendimiento de este reciente instrumento procesal, y brindar al mismo tiempo algunas luces, tanto para los juzgadores como para los legitimados activamente para ejercerla ante los tribunales competentes. En este sentido, con miras a lograr una aproximación al concepto de servicio público, se deberán tomar en cuenta dos aspectos principalmente, en primer lugar, el relativo al surgimiento, tanto en el Derecho comparado como en el Derecho nacional, de lo que se conoce como el “nuevo servicio público” o

² Tal es el caso, entre otros, de las actividades bancarias, las cuales llegaron a ser catalogadas como de “servicio público” en Sentencia No. 85 de la Sala Constitucional de fecha 24 de enero de 2002, decisión que ha sido analizada críticamente por el Profesor Gustavo Grau Fortoul: “Sobre la Categorización Jurídica de la Actividad Bancaria como Servicio Público”. VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías” El Nuevo Servicio Público, Actividades Reservadas y Regulación de Actividades de Interés General. Tomo II, Ediciones FUNEDA. Caracas, 2002.

³ Publicada en Gaceta Oficial No. 39.451 en fecha 22 de junio de 2010.

⁴ Artículo 259 de la CRBV: “La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa” (resaltado nuestro).

actividades de interés general fuertemente reguladas⁵, como consecuencia de los procesos de liberalización acaecidos en las últimas décadas del siglo pasado; y en segundo lugar el alcance del instrumento procesal para el reclamo de las actividades prestacionales de servicio público, establecido en la LOJCA, analizándose dentro del contexto de nuestros sistemas contencioso administrativo y socio económico establecidos en la Constitución y la ley.

I. SERVICIO PÚBLICO, LIBERTAD ECONÓMICA Y ESTADO SOCIAL

Desde los albores del servicio público, se comenzó a hablar de la necesidad de dotar al Estado de mayores funciones y facultades para intervenir en la vida económica de las naciones, esto como reacción al supuesto fracaso del Estado Liberal de Derecho en la consecución de los fines de igualdad y libertad para todos los individuos de la sociedad. Para los precursores de este movimiento, el Estado de Derecho, tal y como estaba configurado, podía ser la vía para alcanzar la igualdad “formal”, pero nunca llegó a ser tal debido a que ésta no se materializaba en la realidad⁶.

En ese sentido, se hacía necesaria entonces la intervención del Poder Público, a través de actividades prestacionales e inclusive de gestión económica, no categorizada así en sus inicios, para con los sectores de la población más desposeídos y la colectividad en general, a los fines de lograr esas ansiadas igualdad y libertad verdaderas, así como también y

⁵ Se entiende como actividades de “Interés General”, a aquellas que no se encuentran reservadas al Estado y los particulares pueden realizarlas en un contexto de libre competencia. No obstante, se encuentran bajo un régimen de fuerte regulación legal, que incluye la mayoría de las veces la necesidad de obtener autorizaciones para realizarlas, y ser objeto de concretas potestades de ordenación, inspección, dirección y sanción. Al respecto véase: Marcos Vaquer Caballería: “El Servicio Público y las Actividades de Interés General”; Rafael Badell Madrid: “La Liberalización de los Servicios Públicos en Venezuela”; y Dolores Aguerrevere: “Reflexiones sobre el Proceso de Liberalización de los Servicios Públicos en Venezuela”, todas en *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías” El Nuevo Servicio Público Actividades Reservadas y Regulación de Actividades de Interés General*. Ediciones FUNEDA. Caracas, 2002.

⁶ Sobre el tema de la igualdad afirma Luis Alberto Petit Guerra que: “Este Estado social, intenta responder (en democracia y vigilando la libre empresa) los desequilibrios históricos, pues huelga (recordar que en el Estado “liberal” de Derecho se predicaba una igualdad formal, pero la verdad fue, que no existía tal igualdad desde que en sus inicios unos pocos eran los que tenían los medios de producción, las propiedades, el acceso a la educación, el derecho al voto, etc.)”. Luis Alberto Petit Guerra: *El Estado Social. Los Contenidos mínimos constitucionales de los derechos sociales. Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo Universidad Católica Andrés Bello N° 32*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, p. 49.

ulteriormente el bienestar general. Tanto es así, que algunos de los principales promotores de esta visión, como lo fueron León Duguit y Gastón Jèze, llegaron a considerar que el servicio público constituía realmente la principal actividad de la Administración Pública⁷.

Esta visión acerca del servicio público como herramienta fundamental para lograr los fines del Estado siguió expandiéndose en todos los países del llamado Derecho continental, de entre los cuales también comenzó a establecerse la noción de “Estado Social”, noción ésta que logró transformarse en cláusula o principio establecido en gran variedad de Constituciones tanto europeas como americanas. Al igual que sucedió con el servicio público en sus inicios, la razón de ser de la noción del Estado Social⁸, era proponer que el Estado no solo se podía constituir en un Estado de Derecho puro y simple, garantista de derechos fundamentales, sino que debía además proveer de igualdad material a sus ciudadanos mediante actuaciones prestacionales, las cuales se traducirían en verdaderos derechos subjetivos en cabeza de los ciudadanos, los llamados “derechos sociales”⁹.

Fue así como ambas nociones se complementaron para formar un solo contexto político-jurídico, muchos de los llamados derechos sociales se convirtieron en una obligación del Estado frente a los particulares, y su efectivo cumplimiento se intentaba garantizar a través de las distintas actividades prestacionales, definidas como de servicio público. Un hecho que también ayudó a expandir estas actividades de servicio público, fue el advenimiento de los llamados servicios públicos domiciliarios y las telecomunicaciones. En un principio estas actividades económicas, de vital

⁷ Citados por el Maestro Eloy Lares Martínez, decía Duguit que “el Estado no es otra cosa que una cooperación de servicios públicos” y a su vez Jèze proclamó que “El servicio público es hoy en día la piedra angular del derecho administrativo francés. Esta noción sirve para volver a modelar todas las instituciones del derecho público”. Eloy Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo*. XIII edición. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2008, p. 212.

⁸ Para un profundo estudio de la noción del Estado Social, véase la obra previamente citada en este estudio, de Luis Alberto Petit Guerra: *El Estado Social. Los Contenidos mínimos constitucionales de los derechos sociales*.

⁹ Son varios los autores que prefieren identificar a estos derechos sociales subjetivos como derechos sociales de prestación o más concretamente como “derechos prestacionales”, a los fines de acentuar su carácter subjetivo, entre ellos Encarnación Carmona quien los define como “los derechos de cualquier ciudadano a una directa e indirecta prestación positiva de los poderes públicos en función de la participación de los beneficios de la vida en sociedad, o de la actuación del principio de igualdad”. Encarnación Carmona: “La Consolidación del Estado social en España. El Estado asistencial”. *Derecho Constitucional para el siglo XXI, Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Tomo I. Editorial Thomson Aranzadi. Navarra, 2006, p. 493, citado por Luis Alberto Petit Guerra: *El Estado Social. Los Contenidos...* Ob. cit., p. 131.

importancia en el crecimiento y desarrollo de los centros urbanos desde mediados del siglo XX, no eran susceptibles de ser realizadas por particulares, debido a sus altísimos costos para la inversión y la tecnología existente para el momento, así como también por el hecho de que la mayoría de ellas constituían monopolios naturales en los cuales no podían darse las condiciones propias de un libre mercado competitivo. Un claro ejemplo de estos llamados monopolios naturales fue el de las telecomunicaciones, sobre esta actividad en particular afirma LUIS ERNESTO ANDUEZA G. que:

La razón por la que en el pasado se consideraba necesario el uso de un monopolio público o privado en materia de telecomunicaciones era, fundamentalmente, que las tecnologías existentes y sus costos, solo permitían la presencia de un solo operador en un mercado geográfico determinado. (...) Al haber, entonces un solo operador por razones de la estructura del servicio y del mercado los gobiernos de los distintos países prefirieron o prestar directamente ese servicio como fue el caso de Venezuela hasta 1991 o regular el sector con tarifas y otras medidas¹⁰.

De manera tal que el servicio público llegó a ser quizás la actividad de mayor carga o importancia para las administraciones públicas y, además, en base fundamental para establecer límites, constitucionales y/o legales a la libertad económica de los particulares, en aquellas actividades económicas que se considerasen de “utilidad pública” o de “interés social”¹¹. No parecían existir parámetros o límites para calificar a una actividad económica como servicio público o no, lo cual amplió enormemente su difuso contenido y con ello la dificultad para definirlo conceptualmente.

Posteriormente, a comienzos de la última década del siglo XX, se inicia un movimiento liberalizador de la economía que tuvo sus consecuencias en el ámbito político-jurídico. Varias son las razones expuestas para explicar este fenómeno, entre ellas, los avances tecnológicos que hicieron posible un ambiente más propenso a la libre competitividad, en actividades que otrora solo podían ser llevadas a cabo por el Estado, así como también el hecho que

¹⁰ Luis Ernesto Andueza G.: “La libre competencia en el sector de las telecomunicaciones”. *Nuevo Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones en Venezuela I y II Congreso de Derecho de las telecomunicaciones e Internet*. Universidad Católica Andrés Bello, Asociación Venezolana de Derecho de las Telecomunicaciones. Caracas, 2001, p. 227.

¹¹ Sobre las limitaciones a la libertad económica llegó a afirmar el Profesor Brewer-Carías que “Todo ese basamento (no intervención del Estado), sin embargo, ha cambiado radicalmente en las últimas décadas, pues la noción y concepción de la libertad económica también se han transformado totalmente...(omissis)...y recientemente en la Constitución de 1961, se consagra la posibilidad de limitaciones a la libertad económica basadas en el concepto de interés social”. Allan Brewer-Carías: *Fundamentos de la Administración Pública*. Tomo I. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1984, p. 344, citado por Luis Alfonso Herrera Orellana: “Bases filosóficas del estudio y la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela (1909-2009)”. *100 Años de la Enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV, FUNEDA. Caracas, 2011, p. 81.

la gran cantidad de servicios y actividades reservadas al Estado habían resultado en una hipertrofia administrativa que devino en ineficiencia y deterioro de los mismos, acompañado de la carencia financiera de los Estados tanto para seguir con la prestación de los servicios, como para cubrir otras actividades propias y exclusivas del Poder Público¹².

Este movimiento liberalizador dio paso a un nuevo paradigma sobre el servicio público, reduciendo su amplitud conceptual, al tiempo que sentó las bases para el nacimiento de nuevos conceptos ya mencionados anteriormente, como lo son el “Nuevo Servicio Público” o las actividades de “interés general”, con lo cual podríamos decir que dicha reducción le estableció ciertos parámetros, equiparando al servicio público puro y simple, solamente con las actividades prestacionales que buscaran, ante todo, garantizar la satisfacción de las más básicas necesidades sociales, no sin antes comprobar que ningún particular pudiera satisfacerlas de manera más eficaz y libremente.

No obstante, no por esto desaparece de la doctrina, aquella visión de que la noción de Estado Social establecido constitucionalmente es más que un principio programático, y comporta una obligación estatal que produce a la vez un derecho subjetivo o, como mínimo un interés legítimo de los particulares para demandar la realización de las actividades prestacionales en consecución de esos fines del Estado. Es precisamente por ello que debe tratarse de despejar lo más posible el contenido de esas actividades de servicio público, para conocer de cuáles podría demandarse su cumplimiento en la vía judicial, tal y como lo exige nuestra Constitución, pero no sin desechar su alcance dentro del actual contexto del derecho a la libertad económica, en los términos que éste se encuentra consagrado constitucionalmente¹³ y, no sin tomar en cuenta los límites dentro de los cuales puede la rama judicial

¹² Creemos importante destacar aquí lo que dice el autor Rafael Badell sobre la ineficiencia del Estado en la prestación de estos servicios: “Hoy en día existe una convicción global: el Estado se ha hecho demasiado grande y su incapacidad es manifiesta. Debe por tanto devolverse a los particulares la gestión de los servicios públicos de contenido económico, para que sean las reglas de la oferta y la demanda y el libre mercado las que impongan las condiciones de prestación de tales servicios”. Rafael Badell Madrid: “La liberalización de los servicios públicos en Venezuela”. *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carias” El Nuevo Servicio Público, Actividades Reservadas y Regulación de Actividades de Interés General*. FUNEDA, Caracas, 2002, p. 118.

¹³ Artículo 112 de la CRBV: “Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país”.

controlar a la rama ejecutiva, dado su carácter político legitimado democráticamente.

II. CONTENIDOS DE LA RECLAMACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

Independientemente de toda consideración sobre el papel del Estado Social, en tanto que su misión prestacional sea de un mero carácter programático o no, el hecho es que nuestra Constitución establece expresamente que los reclamos por su actividad prestacional o de Servicio público son competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Dicho mandato fue tardíamente cumplido por el legislador en el año 2010, con la promulgación de la LOCJA, texto legal que estableció expresamente la posibilidad de demandar a la Administración Pública por reclamos en la prestación de servicios públicos, a través del procedimiento breve contenido en dicha Ley. Se dio así un gran avance en el contencioso administrativo de los servicios públicos en Venezuela, ya que anteriormente estos reclamos se realizaban principalmente por medio de amparos constitucionales u otras vías, en cuyos casos la misma jurisprudencia había advertido la necesidad de contar con una legislación que creara el instrumento procesal propio para estos casos¹⁴.

No obstante, sigue latente la duda de qué exactamente es lo que se puede reclamar ante los tribunales contenciosos administrativos, ¿Se trata del servicio público en su acepción más amplia, incluyendo aquella del “nuevo servicio público” o en una más reducida de cara a los últimos criterios desarrollados producto de los procesos de liberalización de la economía? Y, profundizando más aún, ¿Qué debería entenderse por fallas, omisiones o deficiente prestación de los servicios públicos? Son aspectos de no tan fácil apreciación, no nos encontramos ante el clásico carácter objetivo revisorio sobre la legalidad de los actos administrativos o frente a la responsabilidad de la Administración por daños causados a los particulares, ni tampoco ante una simple omisión o vía de hecho de ningún tipo. Así pues, tal y como lo dijimos

¹⁴ Como lo hizo la Sentencia de la Sala Constitucional del 8 de diciembre del 2000, en cuyo texto se afirmó, para el caso de una acción de amparo que: “Lo ideal es que muchas de estas fallas se ventilen mediante un contencioso de los servicios públicos; pero otras tendrán abierta la vía del amparo constitucional, ya que las transgresiones realizadas por los prestadores de servicios, son contrarias a derechos y garantías constitucionales, y se hace necesario evitar un daño irreparable a la situación jurídica de las personas (a veces miles), perjudicadas por el servicio defectuoso o arbitrario”. Citada por Hildegard Rondón de Sansó en “El Contencioso de los Servicios Públicos”. *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías” El Nuevo Servicio Público Actividades Reservadas y Regulación de Actividades de Interés General*. Tomo II. FUNEDA. Caracas, 2002, p. 241.

al inicio de este estudio, se hace necesario concretizar lo más posible el concepto de servicio público, y lo que se consideraría son sus fallas, a los fines de dotar su reclamación judicial de un contenido pleno y eficacia en el cumplimiento de sus fines ulteriores, sin invadir la esfera de actuación propia de la rama ejecutiva del Poder Público o cualquier otra.

En un intento para lograr una aproximación a esta noción de servicio público dentro del contexto en cuestión, trataremos de delimitar cabalmente cuales actividades, y cuales sujetos que las ejerzan, deberían ser objeto de este reclamo, así como también identificar en qué consisten y en qué momento se producen las fallas que podrían dar lugar al ejercicio del mismo.

1. El sujeto pasivo y la actividad prestacional

Sobre este particular, pareciera que en principio no cabría duda al respecto, toda vez que, los únicos legitimados pasivamente en las demandas por reclamo de servicio público, no pueden ser otros que los entes y órganos de la Administración Pública. No obstante, es necesario revisar más a fondo sobre el tema en el presente estudio, ya que, como hemos visto, la esencia y carácter a veces multívoco de este concepto, puede dar lugar a confusiones e interpretaciones demasiado amplias que escaparían de la competencia contencioso administrativa, pudiendo infringir la libertad económica de algunos particulares.

En efecto, de la lectura de los numerales 5 y 6 del artículo 7 de la LOJCA¹⁵, podría interpretarse que no solo los entes públicos se encuentran sujetos al control contencioso administrativo, sino que cualquier otra entidad, ya sea que realice *actividades prestacionales*, dicte actos de autoridad o actúe en función administrativa. De estas tres posibilidades, las últimas dos no significan mayor problema, ya que es hartamente conocido que en la práctica pueden darse casos en los que un concesionario haya sido dotado de potestades con estas características, en cuyo caso el legitimado pasivamente sería en definitiva el ente concedente¹⁶.

En cambio, no existe tanta claridad o certeza cuando se refiere a “entidades prestadoras de servicios públicos en su actividad prestacional”, lo cual pudiera dar lugar a considerar que algunas actividades realizadas por

¹⁵ Publicada en Gaceta Oficial No. 39.451 en fecha 22 de junio de 2010.

¹⁶ Jesús González Pérez: “Contencioso Administrativo de los Servicios Públicos”. *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías” El Nuevo Servicio Público, Actividades Reservadas y Regulación de Actividades de Interés General*. Tomo II. FUNEDA. Caracas, 2002.

particulares en plena libertad económica pudiesen ser objeto de esta demanda.

Adicionalmente, a la indeterminación de esta disposición, se le suman aquellas actividades que nuestra Constitución y las leyes señalan como no reservadas al Estado, pero sí de servicio público (como por ejemplo los servicios de salud, educación u otras), así como, aquellas que la Jurisprudencia misma ha llegado a calificar como de servicio público¹⁷.

Creemos entonces que se debe delimitar el alcance de esta disposición, en primer lugar, estableciendo que las entidades a las que hace referencia, deben ser indefectiblemente de carácter público, independientemente de si su actividad haya sido erróneamente calificada legal o jurisprudencialmente como de servicio público por alguna ley e inclusive por la misma Constitución (lo cual creemos en todo caso, atentatorio contra derechos fundamentales garantizados constitucionalmente como el de la propiedad privada y, principios de libertad económica). Interpretar lo contrario significaría ampliar las competencias de la Jurisdicción Contencioso Administrativa mucho más allá de su ámbito teleológico, lo cual nos lleva a nuestras consideraciones sobre qué debe entenderse por una actividad prestacional.

De entre los autores venezolanos que han estudiado el contencioso de los servicios públicos, DANIELA UROSA MAGGI es quien más ha resaltado en este tema, para esta autora, existen tres elementos o requisitos que nos ayudan a identificar a las actividades susceptibles de ejercer sobre ellas el reclamo en caso de omisión o fallas, dichos elementos son:

(i) que se trate de ausencia o deficiencia de prestación por la Administración de actividades formalmente declaradas servicios públicos y como tales reservadas al Estado; (ii) que se trate de inactividad de la Administración en la prestación de actividades legalmente declaradas como esenciales o de interés general, aun cuando no exista formal declaración de servicio público, o bien (iii) que la Administración omita el ejercicio de su potestad de control o supervisión de estas dos categorías de actividades prestacionales, cuando las mismas sean prestadas directamente por lo particulares en virtud de un acto administrativo de encomienda. (Resaltado nuestro)¹⁸.

Al respecto, señalamos nuestra discrepancia con el segundo supuesto o elemento de la actividad prestacional y parcialmente con el tercero. En primer

¹⁷ Sentencia No. 85 de la Sala Constitucional de fecha 24 de enero de 2002, citada *supra*.

¹⁸ Daniela Urosa Maggi: "El Contencioso Administrativo prestacional. Reflexiones sobre la enseñanza del Contencioso Administrativo a 100 años del estudio del Derecho Administrativo en Venezuela". *100 Años de la Enseñanza Del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV, FUNEDA. Caracas, 2011, p. 1158.

lugar creemos que debe prevalecer exclusivamente el primer elemento, por lo que no bastaría con que una actividad sea simplemente declarada como “esencial” o de interés general, debido a que esto comprendería una gran gama de actividades económicas que al día de hoy, por mucho que influya la noción del Estado Social, se configuran, tanto desde el punto de vista legal, como desde el punto de vista técnico y fáctico, en actividades ejercidas por los particulares en regímenes de libre competencia, las cuales, si bien no se encuentran en absoluto libres de una fuerte regulación por parte de la Administración Pública, dada su importancia en materia de derechos fundamentales o de gran interés general, ello no implica que deban ser consideradas como servicio público, ya que no se encuentran *reservadas* al Estado ni, por ende, se prestan necesaria y obligatoriamente en un régimen de concesión. Los servicios de telecomunicaciones son un ejemplo clásico de este tipo de actividades¹⁹ que originalmente se encontraban en Venezuela y muchos otros países reservadas al Estado, pero posteriormente fueron objeto de una liberalización, no dejando por ello de estar sometidas a una fuerte regulación legal. Mal podría hablarse entonces de una acción por reclamo en la prestación del servicio de telefonía fija o móvil contra una empresa u operadora del sector privado. Sobre el tercer punto, concordamos solo en los casos que la omisión de la Administración en la supervisión o control sea en efecto sobre una actividad cuyo contenido sea del ejercicio de una potestad pública otorgada conforme a la ley, lo cual suele suceder solamente en regímenes de concesión.

Sobre este aspecto del sujeto pasivo y las actividades prestacionales, hemos de señalar también que en el caso que sea una empresa pública, o cualquier otro órgano o ente similar, que este realizando las actividades consideradas como de interés general (mas no reservadas y declaradas como de servicio público estrictamente), no debería considerarse la misma como una actividad prestacional susceptible de ser reclamada judicialmente, ya que nos encontraríamos con actividades propias de gestión económica, en las cuales, y a pesar de contar el prestador del servicio con las prerrogativas de la Administración, se encuentran enmarcadas (en teoría) en regímenes igualmente de libertad económica o de libre competencia. En ese sentido, en el supuesto que el particular o usuario considere que la prestación de un servicio de interés general, esté presentando omisiones o deficiencias de cualquier tipo, aún si el servicio fuera prestado por una empresa pública, pensamos que no habría lugar, o no debería ser admisible, la presentación de una demanda por fallas en el servicio público, sino que bastaría con que este

¹⁹ José Ignacio Hernández: “Reflexiones sobre la nueva ordenación de las telecomunicaciones en Venezuela”. *Derecho y sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila*. Universidad Monteávila. Caracas, 2001.

decida prescindir del servicio, pudiendo escoger cualquier otra oferta en el mercado que si pueda satisfacer sus requerimientos de calidad y conformidad particulares, ello sin perjuicio de las acciones a que hubiere lugar para demandar el cumplimiento de las obligaciones establecidas expresamente en contratos suscritos con empresas prestadoras de estos servicios que pudiesen ser catalogados como de interés general, tanto de empresas públicas como privadas. Solo podría llegar a demandarse patrimonialmente a la empresa o al ente público ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, si producto de las fallas de la actividad realizada, se llegara a sufrir algún daño cierto, ya sea de origen extracontractual o contractual. Consideramos entonces que, ante todo priva lo que debe entenderse como actividad prestacional o servicio público, de cara al ejercicio de este medio procesal, antes que la categorización misma del sujeto pasivo o demandado.

De tal manera que, el servicio público objeto de la demanda por los reclamos en su omisión o deficiencia, debe ser siempre una actividad que indudablemente haya sido reservada constitucional o legalmente al Estado, lo cual debería implicar que su naturaleza sea aquella de una actividad prestacional que busque satisfacer, antes que nada, las necesidades más básicas de la sociedad, y que, ya sea porque por su naturaleza no ofrezca un atractivo de lucro o ganancia para los particulares, o por sus características propias de ser monopolios naturales, no pueda ser prestada en un régimen de libre competencia. Como consecuencia de ello, consideramos que los entes públicos son los sujetos pasivos o demandados de manera directa e inmediata en caso de la presentación de un reclamo por fallas en Servicios Públicos de la LOJCA; mientras que, los particulares concesionarios lo serán de forma mediata cuando hayan sido autorizados para dictar actos de autoridad en ejercicio de potestades públicas²⁰.

2. Las omisiones y fallas del servicio público

A. Creación del servicio público

En un trabajo sobre el contencioso de los servicios públicos, publicado por el doctrinario español JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ²¹, que ya ha sido citado anteriormente en este estudio, este autor esquematizó dentro de tres grandes grupos, los supuestos que pueden dar cabida a la formulación de una pretensión procesal de reclamo por su omisión o deficiencia. Los tres grupos que señala el citado autor son: el relativo al nacimiento del servicio público, al funcionamiento del servicio, y el tercero a la extinción del mismo. Siguiendo

²⁰ Jesús González Pérez: *Contencioso Administrativo de los Servicios...* ob. cit.

²¹ *Ibid.*

este excelente y muy didáctico esquema, con el cual concordamos totalmente, trataremos de aproximarnos a una noción de las fallas en el servicio público dentro del primer y segundo grupo, puesto que creemos que es en estos casos donde con mayor necesidad se requiere precisar el contenido de las deficiencias u omisiones en el servicio público, de cara al medio procesal en estudio.

En primer lugar, sobre el tema del nacimiento o creación de un servicio público, somos de la opinión que esta es una faceta muy difícil de controlar (sino imposible) por la jurisdicción contencioso administrativa y el Derecho en general, ya que, en gran medida, esto forma parte del ámbito discrecional de la Administración Pública. Así, por ejemplo, sería de extrema dificultad la ejecución una sentencia que declare la omisión del servicio público de agua potable, por no haberse construido alguna obra hidráulica en un poblado específico, en los términos planteados por él o los accionantes. De forma similar ocurriría si se demandara la construcción de un hospital o infraestructura sanitaria de cualquier tipo, habiendo alegado el accionante una omisión en el servicio público de la salud, que de hecho se encuentra establecido como tal en nuestra Constitución²². Por esa razón, la Administración siempre podrá alegar en estos casos la ausencia de los recursos presupuestados para la construcción de cualquier obra pública que pueda dar nacimiento a un servicio público, e inclusive podría también argumentar que por razones de conveniencia y oportunidad, ha decidido invertir los fondos públicos necesarios para una determinada obra o servicio, y no para la demandada por el accionante. En ese sentido, creemos que la creación de los servicios públicos concretos, responde más bien a un mandato constitucional de contenido programático, muy a pesar de las opiniones en contrario que hay en la doctrina²³, no solamente por las dificultades fácticas que ello conlleva, sino por la razón que estas son actuaciones de la Administración Pública esencialmente de carácter político, propias y

²² Artículo 84 de la CRBV: “Para garantizar el derecho a la salud, el Estado creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud, de carácter intersectorial, descentralizado y participativo, integrado al sistema de seguridad social, regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad. El sistema público de salud dará prioridad a la promoción de la salud y a la prevención de enfermedades, garantizando tratamiento oportuno y rehabilitación de calidad. Los bienes y servicios públicos de salud son propiedad del Estado y no podrán ser privatizados. La comunidad organizada tiene el derecho y el deber de participar en la toma de decisiones sobre la planificación, ejecución y control de la política específica en las instituciones públicas de salud”.

²³ Entre ellos: José Ignacio Hernández: *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela. Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carias de Derecho Administrativo Universidad Católica Andrés Bello N° 27*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011.

exclusivas de la rama ejecutiva del Poder Público, y como tales, solo son susceptibles de ser controladas por los órganos llamados a ejercer ese tipo de control, como por ejemplo la Asamblea Nacional, y ulteriormente los ciudadanos al momento de ejercer el derecho al sufragio.

B. Funcionamiento del servicio público

En cuanto al funcionamiento del servicio público ya existente, nos encontramos ya ante un servicio creado y establecido formalmente, muchas de las veces inclusive por mandato legal expreso. En ese sentido, se hace de vital importancia verificar cuándo exactamente nos encontramos ante una falla o deficiencia que sea merecedora de obtener una condenatoria para actuar conforme a los parámetros o estándares requeridos, ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Ante este panorama, se debe tomar en cuenta la dificultad que presenta para ello la existencia de una gran variedad de servicios públicos que vienen siendo prestados, cada uno con sus particularidades técnicas propias. Es claro, por ejemplo, que un servicio público domiciliario como lo es el eléctrico, puede que no tenga los mismos requerimientos de calidad y continuidad que el servicio de aguas servidas o de recolección de desechos sólidos urbanos. No obstante, podrían establecerse parámetros generales para cada tipo o grupo de servicios existentes que posean ciertas similitudes entre ellos, como lo sería por el ejemplo el grupo de los llamados servicios públicos domiciliarios. De modo que, se hace necesario ubicar un marco o contexto en el que puedan verificarse las situaciones, de la forma más concreta posible, en las que se den los supuestos de hecho que se traduzcan en verdaderas fallas u omisiones en el funcionamiento de los servicios públicos.

Pensamos que la importancia de establecer qué debe entenderse por falla u omisión concretamente en la realización de actividades prestacionales, radica principalmente en que ello coadyuvaría enormemente en garantizarle a los particulares accionantes el derecho a la tutela judicial efectiva en caso de obtener sentencias con lugar, ya que el juzgador tendría las herramientas para dictar sentencias que sean verdaderamente condenatorias, obligando a la Administración a actuar expresamente en las formas que se requiera para reestablecer eficaz y eficientemente la prestación del servicio público reclamado.

Ahora bien, el artículo 65 de LOJCA, relativo a los supuestos de aplicación del procedimiento breve de dicha ley, señala expresamente en su literal 1 los “Reclamos por la *omisión, demora o deficiente* prestación de los servicios públicos” (resaltado nuestro), en base a esos tres elementos, trataremos de hacer una aproximación de cada uno, dentro del contexto actual

de los servicios públicos en Venezuela, y de las ideas anteriormente expuestas. Al respecto, es menester mencionar que poco ha dicho la Jurisprudencia venezolana sobre este tema. Sin embargo, entre algunas excepciones, podemos resaltar la sentencia No. 644 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 3 de abril del 2002²⁴, la cual, haciendo mención de la necesidad de los jueces competentes en materia contencioso administrativo de sistematizar la reclamación de los servicios públicos, estableció cinco supuestos de omisiones o fallas: “(i) la supresión o falta del servicio; (ii) la prestación parcial o deficiente; (iii) el cobro no ajustado a la legalidad o anormal; (iv) los daños derivados de la falta o deficiencia del servicio y; (v) los actos administrativos de autoridad dictados por entes privados en materia de servicios públicos concurrentes o virtuales...”. Con la entrada en vigencia la LOJCA; cada uno de los supuestos establecidos por la Corte (con excepción del (iv) el cual debe ventilarse a través de las demandas de contenido patrimonial), pueden ser subsumidos dentro de los que establece dicha Ley.

Así tenemos por ejemplo que la supresión o falta del servicio se refiere a una omisión total por parte del prestador, haciendo énfasis en que, tal y como dijimos anteriormente, dicha omisión no puede referirse a la falta de creación de un nuevo servicio público previamente inexistente y sin base legal que lo sustente, sino por el contrario, a la supresión y paralización total de un servicio que se haya venido prestando de forma regular o que al menos ya contaba con una asignación presupuestaria²⁵, constituyéndose un derecho subjetivo del particular o de la colectividad a recibirlo en los términos legales o reglamentados, máxime teniéndose en cuenta que se estaría pagando una contraprestación para el disfrute del mismo.

Las omisiones deben referirse también, indudablemente, a los supuestos en que un particular haya cumplido con todos los requisitos y/o actuaciones necesarias para obtener la prestación e instalación de un servicio público en forma individualizada, en el inmueble o lugar donde lo requiera, ya sea para cubrir sus necesidades básicas propias o las de su actividad económica particular, y el prestador del servicio no haya cumplido con la prestación específica de llevar a cabo las actuaciones propias para ello, como por el ejemplo, en el caso que una empresa pública prestadora del servicio público de electricidad omita la instalación de la infraestructura eléctrica requerida

²⁴ Citada en Allan Brewer-Carías: “Introducción General al Régimen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”. *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Colección Textos Legislativos N° 47*. 2ª Edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, p. 112.

²⁵ Carmelo De Grazia Suárez: “El Contencioso de los Servicios Públicos”. *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías” El Nuevo Servicio Público Actividades Reservadas y Regulación de Actividades de Interés General*. Tomo II. FUNEDA, Caracas, 2002.

para un parque industrial o un conjunto de viviendas, habiendo los particulares interesados cumplido con todas las formalidades legales y reglamentarias requeridas para tales fines.

En cuanto a la *demora* en la prestación de los servicios públicos, subsumible en los supuestos (ii) y (v) de la citada decisión de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, es necesario profundizar un poco en el alcance del vocablo “demora” e introducir en su análisis el concepto de continuidad. El Diccionario de la Real Academia Española²⁶ define “demora” como “la dilación o tardanza en el cumplimiento de una obligación desde que es exigible”, ello, además de contribuir con nuestra percepción sobre lo que deben considerarse actividades prestacionales objeto de reclamo, nos lleva a inferir que esta falla se refiere concretamente a la falta de regularidad en la prestación del servicio público reclamado, en el sentido que los particulares no estarían pudiendo satisfacer sus necesidades en todo momento que así lo requieran, debiendo acudir a otras alternativas (la mayoría de las veces mucho más costosas y sin la calidad necesaria). Especialmente, esta falla se refiere igualmente a la falta de continuidad del servicio público, es decir, cuando se está efectivamente prestando, pero de manera irregular e intermitente, de tal manera que los usuarios no cuentan con seguridad alguna de saber cuándo podrán hacer uso del servicio, o de si van a necesitar recurrir a otros medios o no, lo cual deviene en un detrimento de su calidad de vida.

En el caso de las demoras, opinamos que podría ser de gran utilidad para la jurisprudencia contencioso administrativa, traer como elementos de juicio los estándares de calidad o continuidad mínimos requeridos, establecidos por organizaciones internacionales con prestigio en la materia, reconocidas por organismos multilaterales a los que pertenezca Venezuela, y también por los colegios profesionales y universidades autónomas nacionales, para considerar si un servicio público está cubriendo las necesidades básicas en cada caso.

Sobre la *deficiencia*, subsumible en los supuestos (ii), (iii) y (v), podría inferirse que se produce en los casos en que el servicio se está prestando en forma regular, continua e ininterrumpida, pero la baja calidad del mismo es de tal magnitud que no logra satisfacer las necesidades para las cuales fue creado. Varios ejemplos pueden pensarse al respecto, como lo serían un servicio eléctrico con un voltaje o tensión no indicados por el sistema utilizado en el país, o como sucede últimamente en algunas localidades de Venezuela, la deficiente prestación del servicio público de agua potable que se ha

²⁶ <http://dle.rae.es/?id=CAZPcqj>

verificado en la muy baja, e inclusive algunas veces no apta, calidad del agua proveída a los usuarios.

De forma similar a lo que se dijo sobre las fallas en la demora, los jueces con competencia contencioso administrativa podrían hacer uso de estándares internacionales o nacionales reconocidos, que coadyuven a verificar los contenidos y calidad mínima de todo servicio público. De otra forma, no será muy fácil para el juez contencioso dictar sentencias verdaderamente condenatorias que obliguen a la Administración prestacional a actuar concretamente en el restablecimiento de los servicios, en la continuidad y/o calidad que sea requerida por el accionante titular del derecho subjetivo a ser beneficiario del servicio público.

Es importante destacar, que la Jurisprudencia, haciendo uso de la Teoría General de las Obligaciones y disposiciones de la legislación del derecho privado, en la medida de lo posible, deberá tomar en cuenta los posibles hechos eximentes de la responsabilidad u obligación de actuar de la Administración para el caso de fallas en la prestación de los servicios públicos, en el sentido que podrían darse situaciones en las que la omisión, demora o deficiencia en la actividad prestacional se deba a razones completamente ajenas y comprobadamente fuera del control del prestador, y que además signifiquen un *impedimento* que implique la imposibilidad fáctica probada, para lograr el restablecimiento del servicio en el corto plazo, siempre y cuando no se alegue la falta de recursos o fondos públicos en uno que ya haya sido creado y prestado desde hace un tiempo.

CONCLUSIONES

Hoy en día las actividades prestacionales o de servicio público siguen siendo unas de considerable importancia para la Administración Pública venezolana, por ello es que deben ser entendidas dentro de nuestra realidad socio económica, y de las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico constitucional basado en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que a la vez que dieron el mandato al legislador de establecer la figura procesal para ejercer los reclamos por la fallas que presenten esas actividades, también establecieron un régimen de separación orgánica de las ramas del Poder Público y de garantías, derechos y libertades económicas fundamentales, que deben ser tomadas en cuenta al momento de aproximarnos a una noción de servicio público, de cara a la demanda establecida en la LOJCA. Por lo tanto, y tal como le hemos indicado en el presente estudio, somos de la opinión que, tanto para evitar violaciones a la Constitución y la ley, como para hacer de esta figura procesal una eficaz y garantizadora de una tutela judicial efectiva a los usuarios o particulares,

debemos aproximarnos a una noción de servicio público un tanto restringida, en tanto actividad reservada al Estado y dirigida primordialmente a satisfacer las más básicas necesidades de la colectividad, así como también a un entendimiento más concreto y certero, de la forma que lo hemos propuesto, sobre el contenido de los supuestos que den lugar a su reclamación ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Importante es también recalcar, que no toda actuación, sobre todo aquellas de índole política de parte de la Administración Pública, puede ser objeto de cualquier tipo de control por el Derecho y la rama Judicial del Poder Público, pero sí aquellas obligaciones prestacionales que ella misma ha creado o se le ha impuesto a través de medios legales, en cuyo caso si nace en cabeza del particular un indudable derecho subjetivo expreso, junto con su correspondiente derecho a accionar y pretender el cumplimiento efectivo de esos servicios públicos para la satisfacción de sus necesidades bajo unos estándares mínimos.

En definitiva, será tarea de nuestros jueces contenciosos administrativos hacer todo en cuanto sea posible para esquematizar y/o sistematizar los parámetros para el juzgamiento concreto de las fallas del servicio público, creemos que al día de hoy eso se hace muy necesario, y contando con el instrumento procesal legal para ello, ha llegado el momento para que los reclamos ejercidos por los afectados, en los casos que haya a lugar, obtengan las correspondientes sentencias que obliguen al Estado a prestar en términos y condiciones, claros y específicos, servicios públicos eficaces y de calidad, en pro de un buen Gobierno.

ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES NOMINADAS PREVISTAS EN EL DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA DE PRECIOS JUSTOS

María Valentina Villavicencio¹

Resumen: *La presente investigación tiene como fin determinar si las llamadas medidas cautelares nominadas que establece el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos pueden considerarse verdaderas medidas cautelares a la luz de los principios, características, presupuestos y fines de la tutela cautelar en sede administrativa.*

Palabras clave: *Precios justos – Medida cautelar – Procedimiento sancionatorio.*

SUMARIO. Introducción. I. Aspectos generales sobre la actividad cautelar de la Administración Pública y sobre las medidas cautelares. 1. Fines de la actividad cautelar de la Administración. 2. La potestad discrecional que ejerce la Administración. 3. Principios que rigen la actividad administrativa. A. Principio de legalidad. B. Principios de racionalidad y proporcionalidad. 4. Características de las medidas cautelares. A. Instrumentalidad. B. Provisoriedad. C. Variabilidad o mutabilidad. D. Reversibilidad. E. Urgencia. F. Las medidas cautelares son de derecho estricto. 5. Presupuestos. A. *Fumus boni iuris*. B. *Periculum in mora*. C. Ponderación de intereses. II. Las medidas cautelares nominadas previstas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos. 1. Antecedentes de las medidas cautelares nominadas en materia de control de precios y protección al consumidor. 2. Procedimientos en los cuales pueden ser impuestas las medidas cautelares. 3. Las medidas cautelares previstas en el DLOPJ 2015. A. El Comiso preventivo de mercancías. B. Ocupación temporal de bienes y establecimientos. C. Cierre temporal del establecimiento. D. Suspensión temporal de licencias, permisos y autorizaciones emitidos por la SUNDDE. E. Ajuste de precios. III. Análisis crítico de las medidas cautelares nominadas previstas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos. 1. Los presupuestos de las medidas cautelares nominadas previstas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos. 2. Comentarios con relación a la imposición de medidas cautelares en el curso de procedimientos de fiscalización. 3. El comiso, la ocupación temporal y el cierre temporal. A. El comiso, el cierre temporal y la ocupación temporal fueron previstas como medidas cautelares y también como sanciones administrativas y accesorias. B. El comiso, la ocupación temporal y el cierre temporal no poseen las características propias de las medidas cautelares. C. La imposición del comiso, la ocupación temporal y el cierre temporal viola los principios de proporcionalidad y razonabilidad. 4.

¹ Abogada de la Universidad Central de Venezuela (2010).

Suspensión temporal de licencias, permisos o autorizaciones emitidos por la SUNDDE.
5. El ajuste de precios. **Conclusiones.**

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como fin determinar si las llamadas medidas cautelares nominadas que establece el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos² (DLOPJ 2015) pueden considerarse verdaderas medidas cautelares a la luz de los principios, características, presupuestos y fines de la tutela cautelar en sede administrativa.

Las medidas cautelares objeto de análisis son las siguientes: i) comiso, ii) ocupación temporal de establecimientos o bienes, iii) cierre temporal de establecimientos, iv) suspensión temporal de licencias, permisos o autorizaciones y, por último, v) el ajuste inmediato de precios. Todas ellas son enumeradas en el artículo 70 del DLOPJ 2015 y conforman el catálogo de medidas cautelares nominadas que pueden imponerse en el curso de procedimientos administrativos de fiscalización, pero también en el marco de procedimientos administrativos sancionatorios, tal como lo establece el artículo 84³ del DLOPJ 2015.

Varias razones sirvieron de justificación para enfocar esta investigación en el análisis de las medidas cautelares nominadas previstas en el artículo 70 del DLOPJ 2015, principalmente: i) razones vinculadas con el contexto político, económico y social bajo el cual se dictó el DLOPJ 2015, ii) la forma en que reiteradamente se han establecido estas medidas cautelares en los Decretos de igual rango que regularon la materia de costos y precios y protección al consumidor con anterioridad al DLOPJ 2015 y, iii) el hecho de que muchas de las medidas objeto de análisis fueron calificadas en el DLOPJ 2015 como medidas cautelares pero también como sanciones administrativas.

En primer lugar, debe destacarse que DLOPJ 2015 y los cuatro Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que lo precedieron y que regularon la misma materia (los cuales identificaremos a lo largo de esta investigación), fueron dictados bajo un contexto político, económico y social muy particular, como indicaremos a continuación.

² Publicada en Gaceta Oficial No. 40.787 de fecha 12 de noviembre de 2015.

³ Este artículo también menciona entre las medidas nominadas que pueden imponerse en el curso de un procedimiento administrativo sancionatorio, al secuestro, al embargo y a la prohibición de enajenar y gravar. Sin embargo, enfocaremos el objeto de esta investigación en analizar las cinco (5) medidas cautelares nominadas previstas en el artículo 70 del DLOPJ 2015, puesto que todas ellas pueden ser impuestas tanto en el procedimiento de inspección o fiscalización como en el sancionatorio.

Así, puede observarse que los referidos Decretos fueron elaborados con el fin de desarrollar políticas públicas diseñadas por el Ejecutivo Nacional, siendo notable que quien ha regulado la materia de costos y precios ha sido el Presidente de la República en ejecución de Leyes Habilitantes y no la Asamblea Nacional, pese a que, los Decretos Leyes sobre costos y precios limitan el ejercicio del derecho de propiedad y tipifican delitos y sanciones, es decir, regulan materias de estricta reserva legal.

En este sentido, la promulgación de los textos normativos que regularon la materia de costos, precios, márgenes de ganancia y protección al consumidor, se fundamentó en la necesidad de dar cumplimiento a políticas económicas y sociales enmarcadas dentro de un esquema político específico: el Socialismo Bolivariano del Siglo XXI.

Se puede observar, por ejemplo, como en la Exposición de Motivos del vigente DLOPJ 2015 (y en algunos de los Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos derogados) se establece como fundamento o justificación de la normativa, la necesidad de reivindicar derechos sociales, de acabar con sistemas económicos capitalistas, de terminar con los abusos flagrantes de muchos sectores de la economía que generan elevados márgenes de ganancia y alza injustificada de precios y de romper con la cadena monopólica generadora de escasez artificial; todo ello con el fin de lograr la reivindicación del contenido social de la democracia e impulsar la continuidad de la construcción del Socialismo Bolivariano del Siglo XXI.

El DLOPJ 2015 también establece que, para lograr el fin antes mencionado, es necesario dar pasos decisivos con la aplicación de la política de precios justos. Estos pasos decisivos parecieran estar dirigidos a aumentar las restricciones que han venido imponiéndose con mayor rigor en materia de precios desde la entrada en vigencia del primer Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Precios Justos del año 2011;⁴ restricciones que van desde la exigencia de inscripción en registros especiales y requerimientos de información, el establecimiento de márgenes máximos de ganancia, la obligación de determinar precios justos a través de normas de rango sub legal dictadas en ejecución del texto legal, hasta la realización de procedimientos de fiscalización, la imposición de las medidas cautelares objeto de análisis y de sanciones.

Lo cierto es que el DLOPJ 2015 fue promulgado en un momento en el cual existieron en el país circunstancias económicas que afectaban y afectan el desarrollo de las actividades ejercidas por los sujetos de aplicación de este Decreto Ley, pues inciden en las estructuras de costos y en la determinación

⁴ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos. Gaceta Oficial No. 39.715 de fecha 18 de julio de 2011.

de precios y de márgenes de ganancia obtenidos por la comercialización de bienes o prestación de servicios. Dichas circunstancias se mantuvieron e incluso, se agravaron, con posterioridad a la entrada en vigencia del DLOPJ 2015.

El contexto económico al que hemos hecho referencia, está marcado por la vigencia de un sistema de control cambiario en Venezuela, por la coexistencia de diversos mecanismos para adquisición de divisas por parte de los particulares, por los altos índices de inflación, por los fuertes controles regulatorios por parte del Estado sobre las actividades económicas, por lo altos niveles de escasez de bienes, por un aumento constante de los precios de los productos y servicios en el mercado, entre otros factores.

Estos aspectos económicos y políticos han generado en la sociedad consumidora de bienes y receptora de servicios, la necesidad de acudir a mercados en los que la comercialización se realiza a precios no oficiales, muy superiores a los regulados, afectando el poder adquisitivo de los consumidores debido a la existencia de una gran distorsión de los precios de venta.

Igualmente, los consumidores se han visto forzados a adquirir los pocos o únicos productos y servicios que se ofrecen en el mercado, afectando derechos previstos en el artículo 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁵ (CRBV) y en el DLOPJ 2015, entre ellos, el derecho a la libertad de elección del adquirente y el derecho a disponer de bienes y servicios de manera continua.

Se trata de factores que inciden tanto en la creación de las normas de regulación de precios, costos, márgenes de ganancia y protección al consumidor, como en su aplicación; afectan la forma en que serán ejecutadas las potestades que atribuye el DLOPJ 2015 a la Administración Pública y condiciona, como se indicará en el desarrollo de esta investigación, la actuación administrativa que se realice por mandato de esa normativa.

La segunda razón que motivó la selección de las medidas cautelares del DLOPJ 2015 a efectos de abordar este estudio, es la forma en que, de manera reiterada, el Ejecutivo Nacional ha venido utilizando dichas medidas con un fin cautelar en los Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley que ha dictado en ejecución de leyes habilitantes para regular las materias de costos y precios y protección al consumidor.

En efecto, desde mucho antes de la entrada en vigencia en el año 2011 del primer Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que reguló de manera

⁵ Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.453 de fecha 24 de marzo de 2.000.

específica la materia de precios, costos y ganancias, se habían venido implementando medidas iguales o similares a las previstas en el DLOPJ 2015. Es el caso, por ejemplo, de las normas con rango legal de protección al consumidor que contenían algunas disposiciones sobre regulación de precios.

La implementación de dichas medidas cautelares continuó luego con la entrada en vigencia de los Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos dictados a partir del año 2011, pudiendo observarse cómo el Ejecutivo Nacional: i) aumentó en algunos casos el catálogo de medidas cautelares; ii) sustituyó algunas de las medidas por otras de efectos más graves para el sujeto al que se le impone; iii) modificó la denominación de las medidas sin alterar sus efectos y, iv) mantuvo en algunos casos las mismas medidas pero agregó modificaciones que hicieron variar su alcance y efectos, generalmente, agravándolos.

La constante y sucesiva incorporación en diversos textos legales en materia de costos, precios y protección al consumidor, de las medidas cautelares nominadas que se desarrollarán en detalle a lo largo de esta investigación, hace necesario su estudio, porque ha sido una tendencia que se ha venido siguiendo desde hace algún tiempo y que podría mantenerse en los próximos años.

El tercer y último aspecto que motivó que esta investigación se enfocara en el análisis de las medidas cautelares nominadas previstas en el DLOPJ 2015, es el hecho de que dichas medidas, con excepción del ajuste de precios, también fueron previstas como sanciones en dicho Decreto Ley.

Esta circunstancia nos permite cuestionar el verdadero fin de las medidas cautelares nominadas contempladas en el DLOPJ 2015 y hace surgir diversas interrogantes sobre este punto, entre ellas: ¿pueden las mismas figuras ser utilizadas para cumplir con una tutela cautelar y para sancionar? o ¿el solo hecho de contemplar una determinada figura jurídica como una sanción, excluye de plano la posibilidad de utilizarla también como una medida cautelar?, ¿se ajusta a los principios de proporcionalidad y racionalidad, imponer como medidas cautelares figuras que tienen un fin sancionatorio?

En definitiva, son varias las razones que permiten plantearnos la duda razonable de si las medidas cautelares nominadas objeto de análisis poseen las características propias de una medida cautelar, si cumplen con los principios que rigen la tutela cautelar y si son capaces de alcanzar el fin propio de las medidas cautelares que son impuestas en sede administrativa.

La investigación que proponemos tiene relevancia en el área de Derecho Administrativo, por cuanto pretendemos abordar un tema de interés teórico y práctico. Si bien existen infinidad de estudios que tratan de manera general

las medidas cautelares en los procesos judiciales y, en menor grado, su aplicación a los procedimientos administrativos, es necesario profundizar en el análisis de las medidas cautelares nominadas que contempla el DLOPJ 2015 e intentar determinar si son adecuadas para cumplir con el fin cautelar propuesto por la norma, si fueron previstas legalmente en atención a los principios que rigen la actividad cautelar de la Administración Pública y si cumplen con las características propias de las medidas cautelares.

I. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA ACTIVIDAD CAUTELAR DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La presente investigación tiene como fin analizar las medidas cautelares nominadas previstas en el artículo 70 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, normativa legal que tiene como objetivo inmediato, de acuerdo a lo establecido en su artículo primero, regular la determinación de precios de bienes y servicios, fijar márgenes máximos de ganancia y garantizar el acceso de las personas a los bienes y servicios.

Para el cumplimiento de los fines previstos en el DLOPJ 2015 fue creada la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE), órgano desconcentrado con capacidad de gestión presupuestaria, administrativa y financiera, al cual le fue atribuido un amplio listado de competencias, entre ellas: ejercer la rectoría, supervisión y fiscalización en materia de análisis, control y regulación de costos, precios y márgenes de ganancia; iniciar y sustanciar procedimientos administrativos de fiscalización y sancionatorios, así como imponer sanciones y medidas cautelares.

Al detentar la potestad de imponer las medidas cautelares previstas en el DLOPJ 2015, la SUNDDE debe actuar siempre con el objeto de alcanzar los fines propios de la tutela cautelar en sede administrativa y está sujeta a la observancia de los principios que rigen la actividad de la Administración Pública, entre ellos: legalidad, proporcionalidad y racionalidad, los cuales constituyen límites que se imponen en garantía de los derechos de los particulares que pudieren verse afectados por la actividad administrativa.

La SUNDDE también está en la obligación de, antes de imponer alguna medida cautelar, constatar que se cumplen con los presupuestos necesarios para su procedencia, a saber: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Por otra parte, debe tomar en cuenta que las medidas cautelares poseen características propias que las distinguen de otras figuras. Así, si una medida no es instrumental, provisoria, urgente, variable e irreversible, no puede ser considerada como medida cautelar.

A continuación desarrollaremos brevemente los fines, características y presupuestos de las medidas cautelares, así como los principios que rigen la actividad cautelar de la Administración.

1. Fines de la actividad cautelar de la Administración

La Administración Pública al imponer una medida cautelar en el marco de un procedimiento administrativo, debe hacerlo orientada al cumplimiento de un fin que justifique el ejercicio de esa potestad. Así, resulta importante determinar cuál es el objetivo que se persigue con una medida cautelar en sede administrativa, por una parte, porque es importante que la autoridad administrativa tenga claro por qué y para qué debe actuar y, por otra, porque al ser la medida cautelar un acto ablatorio que limita o restringe los derechos de la persona que debe soportarla, es necesario que la actuación cautelar esté debidamente justificada.

Al delimitar el fin que se persigue con la tutela cautelar en sede administrativa, la autoridad que detenta la potestad de imponer la medida cautelar podrá decidir cuál es la medida más adecuada para cumplir con ese fin, de conformidad con los principios que rigen el ejercicio de la actividad de la Administración, los cuales desarrollaremos posteriormente.

Aunque suelen asimilarse los fines que se persiguen con la imposición de una medida cautelar en el ámbito judicial, con los que se buscan alcanzar cuando dicha medida se impone en el marco de un procedimiento administrativo, existen importantes diferencias entre esos fines, producto de la especial condición en la cual se encuentra la Administración Pública al ejercer sus potestades en virtud del tipo de interés que está llamada a tutelar.

Así, el juez tiene a su cargo la responsabilidad de dirimir como un tercero imparcial un conflicto existente entre dos sujetos y, por ende, su actividad cautelar se circunscribe a la protección del derecho del sujeto a favor de quien se impone la medida. Indica el autor Henríquez La Roche⁶ que, las medidas cautelares que se imponen en un proceso judicial van dirigidas a hacer cesar el peligro de un daño en potencia, impidiendo así que se cause o se mantenga un acto perjudicial al interesado o facilitando la actuación futura del mismo.

Destacamos que una situación similar a la de los procesos judiciales se presenta en los procedimientos cuasi jurisdiccionales, en los cuales, de acuerdo a lo indicado por la autora Rondón de Sansó,⁷ la Administración debe

⁶ Ricardo Henríquez La Roche. *Medidas cautelares según el Código de Procedimiento Civil*. Caracas. Ediciones Líber. 2000. p 29.

⁷ Hildegard Rondón de Sansó. *El procedimiento administrativo*. Caracas. Colección Estudios No. 1. Editorial Jurídica venezolana. 1976. p 11.

conocer conflictos intersubjetivos que no la afectan y que le son planteados para que decida actuando como juez y no como Administración. En este supuesto el fin que se persigue es atender intereses privados.

Diferente es lo que ocurre en los procedimientos administrativos que no tienen carácter cuasi jurisdiccional, en los que, señala Rondón de Sansó⁸, la Administración actúa en ejercicio de una función administrativa destinada a satisfacer de forma inmediata y permanente los intereses públicos.

En el mismo sentido, García de Enterría y Fernández⁹ señalan que las potestades administrativas, en su mayoría, deben ser ejercidas en servicio de un interés comunitario. La Administración está obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés comunitario lo exija.

Por su parte, el autor Ortiz Ortiz¹⁰ señala que la Administración detenta la potestad de dictar medidas preventivas,¹¹ primordialmente, para proteger intereses colectivos o públicos.

Conforme a la doctrina anteriormente citada, la Administración debe actuar para servir principalmente a intereses generales; comunes; es decir, que la actuación cautelar de la Administración Pública debe estar orientada fundamentalmente a proteger dichos intereses; y ello debe ser así, porque la protección del interés general es, como indica la autora Karina Anzola Spadaro,¹² el fundamento y la razón de ser de la Administración Pública.

Tal como señala dicha autora, la nota que distingue a la Administración Pública del resto de los órganos que ejercen el Poder Público, y de los particulares, es precisamente que está llamada a velar y a satisfacer los intereses generales de manera directa e inmediata. Allí radica la principal diferencia entre los fines perseguidos por una autoridad administrativa cuando actúa en ejercicio de sus funciones administrativas (no cuasi jurisdiccionales) y los fines perseguidos por un órgano judicial.

⁸ Hildegard Rondón de Sansó. *El procedimiento administrativo*. Op. cit. p 11.

⁹ Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández: Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo I*. Décima Edición. Madrid. Editorial Civitas, 2000. p 445.

¹⁰ Rafael Ortiz Ortiz: *La Tutela Constitucional Preventiva y Anticipativa (Análisis de la nueva Constitución Venezolana de 1999 y la Evolución Jurisprudencial)*. Caracas. Editorial Fronesis. 2001. p 174.

¹¹ El autor reserva la denominación medidas cautelares a las que son dictadas en el marco de procesos judiciales y tienen como fin la preservación de un proceso y de la sentencia.

¹² Karina Anzola Spadaro. *Justificación y límites de la aplicación del derecho administrativo a la Administración Pública. Crítica a los conceptos de acto y contrato administrativo en Venezuela*. Revista de la Facultad de Derecho No. 60-61. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2009. p 147.

Sin embargo, es importante destacar que el autor Ortíz Ortíz¹³ considera que las medidas también pueden estar dirigidas a la protección de un interés privado, por ejemplo, cuando se suspenden los efectos de un acto administrativo en el caso de que su ejecución pudiera causar un grave perjuicio al interesado o si la impugnación se fundare en la nulidad absoluta del acto, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA).¹⁴

Indica Ortíz Ortíz¹⁵ que en este supuesto previsto en la LOPA se busca evitar que la ejecución del acto cause un perjuicio al administrado, pero destaca que, aun en estos casos el fin último de esa actuación es resguardar el cumplimiento del Estado de Derecho, es decir, mantener la legitimidad del Estado.

Podría entenderse en este sentido que, la actuación de la Administración primordialmente está dirigida a resguardar los intereses públicos y que, en los casos en que actúe protegiendo un interés privado, como sería al decretar la suspensión de efectos de un acto administrativo, estaría actuando también con el fin de proteger el Estado de Derecho, de evitar que actividades de la Administración gravemente perjudiciales o que estén viciadas de nulidad absoluta, mantengan sus efectos en el tiempo.

Por otra parte, es importante destacar la posición de autores como Herrera Orellana, Canova y Anzola,¹⁶ quienes critican el otorgamiento de potestades cautelares a la Administración Pública cuando actúa en ejercicio de su función natural y principal, es decir su función propiamente administrativa. Señalan que esta potestad solamente podría ser reconocida a la Administración –incluso bajo serios cuestionamientos– cuando resuelve como un tercero un litigio entre dos partes.

Continúan estos autores indicando que, a la Administración Pública en ejercicio de su función administrativa, solamente podrían otorgársele potestades cautelares de manera excepcional y extraordinaria. Tal sería el caso de medidas que tengan como fin suspender los efectos de un acto administrativo durante su revisión por recursos administrativos o para facilitar una investigación en curso pero no para adelantar los efectos de un acto administrativo definitivo.

¹³ Rafael Ortíz Ortíz. Op. cit. p 174.

¹⁴ Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 2.818 de fecha 1ero de julio de 1.981.

¹⁵ Rafael Ortíz Ortíz. Op. cit. pp 174 y 175.

¹⁶ Luis A. Herrera, Antonio Canova y Karina Anzola. *¿Expropiaciones o vías de hecho? (La degradación continuada del derecho fundamental de propiedad en la Venezuela actual)*. Caracas. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA. Universidad Católica Andrés Bello UCAB. 2009. pp 232-233.

De la interpretación concordada de los criterios doctrinarios antes expuestos se desprende fundamentalmente que el ejercicio de la potestad de tutela cautelar que se le atribuye a la Administración, al ser una potestad que se realiza generalmente en ejercicio de una función administrativa, debe estar dirigida a proteger el interés común que ella representa. Es este el fin principal que debe procurar la Administración al ejercer una potestad cautelar y es el fin que, reiteramos, debe cumplir el órgano administrativo competente al imponer una medida cautelar en el marco del DLOPJ 2015.

Cabe destacar que el ejercicio de la potestad de imponer medidas cautelares cuando se ejerce como manifestación de la función administrativa, encuentra unos límites; principalmente, debe estar dirigido a proteger los intereses comunes y, además, debe ser desarrollada en observancia de los principios que rigen la actividad de la Administración.

En el desarrollo de este estudio nos referiremos a los principios que orientan y limitan el actuar administrativo, pero antes, consideramos conveniente hacer un paréntesis para abordar el análisis de la potestad discrecional que detenta la Administración por mandato de la Ley, por cuanto observamos que se trata de una potestad que fue otorgada a la Administración de conformidad con el DLOPJ 2015 y cuya ejecución incide enormemente en la selección y determinación del alcance de la medida cautelar que tenga a bien imponer el funcionario competente.

El análisis del alcance y límites de la potestad discrecional de la Administración nos permitirá comprender con mayor facilidad cómo los principios de legalidad, racionalidad y proporcionalidad cobran especial relevancia cuando se atribuye el ejercicio de un poder discrecional como el que se otorga a la Administración para imponer medidas cautelares, por constituir aquellos garantías a la preservación de los derechos de los particulares.

2. La potestad discrecional que ejerce la Administración

La discrecionalidad es un elemento que se encuentra presente en el ejercicio en la actividad administrativa, aunque en algunos casos en mayor extensión o grado que en otros. Cabe así destacar lo señalado por el autor Ruan Santos¹⁷ quien refiere que la doctrina y la jurisprudencia reconocen pacíficamente que en el actuar administrativo se combinan siempre áreas de actividad vinculada y de actividad discrecional. Incluso, indica Ruan Santos,

¹⁷ Gabriel Ruan Santos. *El principio de la legalidad, la discrecionalidad y las medidas administrativas*. Caracas. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA. 1998. pp 47 y 48.

que autores como Jean Rivero¹⁸ niegan la posibilidad de actos enteramente reglados o de actos enteramente discrecionales, porque en todos los actos pueden encontrarse en mayor o menor medida aspectos reglados y discrecionales.

Rondón de Sansó¹⁹ visualiza la discrecionalidad como una esfera de libertad dentro del círculo cerrado de la legalidad administrativa, que tiene como fin permitirle a la Administración en ciertos campos específicos, una actuación que no se limite a una simple ejecución de un dispositivo general, puesto que la libertad implica un poder propio de decisión.

La autora señala que, a diferencia de lo que ocurre con la actuación sometida a la regla de la tipicidad, esto es, aquella actividad que debe ceñirse a la forma y elementos ya delineados por la norma, en la actuación discrecional la Ley acuerda a la Administración un margen legal dentro del cual ella puede pronunciarse en forma espontánea, no sujeta a condicionamientos previos.²⁰

Esa discrecionalidad con la que puede actuar la Administración en determinados casos, se atribuye porque es indispensable, en palabras de Brewer Carías,²¹ para que pueda realizar sus fines, ya que la ley no podría regular todas las relaciones jurídicas que se producen en la sociedad, cambiantes y complejas.

En un sentido similar a Brewer Carías se ha pronunciado Ruan Santos,²² quien indica que el dinamismo de la vida contemporánea ha llevado al legislador a atribuir a la Administración el poder de dictar actos o medidas innominadas o atípicas para poder afrontar situaciones que difícilmente pueden ser reguladas mediante Ley.

Por su parte, sobre la potestad discrecional también se ha pronunciado el autor Miguel Ángel Torrealba,²³ quien siguiendo a García De Enterría y

¹⁸ Haciendo referencia a la obra del autor llamada “*Derecho Administrativo*” Traducción del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1.984.

¹⁹ Hildegard Rondón de Sansó. *Teoría General de la Actividad Administrativa. Organización/Actos Internos*. Segunda Edición. Caracas. Ediciones Líber, 2.000. p 54.

²⁰ Hildegard Rondón de Sansó. *Teoría General de la Actividad Administrativa...* Op. cit. pp 57-58

²¹ Allan Brewer Carías. *Fundamentos de la Administración Pública*. Tomo I. Colección Estudios Administrativos No. 1. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. 1980. p 204.

²² Gabriel Ruan Santos. Op. cit. p 29.

²³ Miguel Ángel Torrealba Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados ¿Nociones totalmente diversas o dos niveles dentro de una misma categoría? García de Enterría y las posiciones en la doctrina venezolana*. Caracas. Revista Electrónica de Derecho Administrativo (REDAV) No. 8. Enero-abril 2016. Universidad Monteávila. p 227. <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2016/12/Discrecionalidad-administrativa%E2%80%A6-Miguel-Angel-Torrealba.pdf>

Fernández indica que, se estará en presencia de potestades discrecionales, en los casos en los que la Ley remite a la Administración Pública para sea ella quien fije alguna de las condiciones de ejercicio de una potestad “bien en cuanto a la integración última del supuesto de hecho, bien en lo concerniente al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable (fijación del quantum) o incluso a ambos”.²⁴

Concluye el autor Torrealba, siguiendo a Parejo Alfonso, indicando que la potestad discrecional es aquella que no está definida anticipadamente por la norma jurídica en todos sus aspectos, por ello remite a la Administración la toma de una posición pertinente (en grado variable), de acuerdo a su juicio o voluntad.²⁵

Debe destacarse que la discrecionalidad que atribuye la Ley a la Administración puede recaer sobre la posibilidad de emanar el acto (an); sobre el contenido del acto (quid) o sobre la forma y modalidades del acto (quomodo), esto según la tipificación de las fórmulas discrecionales propuesta por Giannini, citado por Ruan Santos.²⁶

Rondón de Sansó²⁷ explica con detalle que el “an” implica que la potestad discrecional puede recaer sobre la oportunidad en que debe ser dictada la providencia administrativa, es decir, sobre el cuándo procede. Si la discrecionalidad se ejerce con respecto al “quid”, la Administración puede decidir sobre el contenido del acto, sobre la “acción misma”, esto es, autorizar, sancionar, revocar, prohibir, negar. Por último, el poder discrecional puede recaer sobre el “quomodo”, es decir, sobre el cómo ha de producirse la providencia, permitiéndose en este caso a la Administración señalar el medio que ha de ser utilizado: el monto, la forma, la medida, la extensión.

En todo caso consideramos que, si bien se atribuye una potestad discrecional, la actuación que en ese sentido realice la Administración debe llevarse a cabo dentro de determinados límites que buscan garantizar que el ejercicio de ese poder no se convierta en una actividad arbitraria.

²⁴ Miguel Ángel Torrealba Op. cit. p 227. El autor a su vez hace referencia a lo indicado sobre la potestad discrecional por los autores García De Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo. Volumen I*, Duodécima edición, Thomson Civitas. Madrid, 2004. p 461.

²⁵ Miguel Ángel Torrealba Op. cit. p 227. El autor a su vez hace referencia a lo indicado sobre la potestad discrecional por Luciano Parejo Alfonso y otros: *Manual de Derecho Administrativo. Volumen 1*. 4º Edición. Editorial Ariel S.A. Barcelona, España, 1996, p. 371.

²⁶ Gabriel Ruan Santos. Op. cit. p 46, quien cita la obra de Massimo Giannini *Atto Amministrativo* en Enciclopedia del Diritto, Volumen IV. Milano, 1959.

²⁷ Hildegard Rondón de Sansó. *Teoría General de la Actividad Administrativa...* Op cit. pp 58-59

Así, la actuación administrativa que se manifieste en ejercicio de una potestad discrecional debe ser ajustada al principio de legalidad, pero también proporcional y racional. En palabras del autor Brewer Carías, la actuación debe ser proporcional, en el sentido de que debe existir exacta correspondencia entre el fin perseguido y los medios utilizados para cumplir tal fin.²⁸ También debe ser racional, es decir, lógica y congruente, en cuanto a la oportunidad de actuar y en el apoyo técnico que requiera la actuación.²⁹

A continuación haremos referencias a los principios legalidad, de racionalidad y proporcionalidad como límites que se imponen a la actividad administrativa, especialmente cuando se ejerce una potestad discrecional como la que otorga, por ejemplo, el DLOPJ 2015 a la Administración para la imposición de medidas cautelares.

3. Principios que rigen la actividad administrativa

Aunque son varios los principios que rigen la actividad administrativa, a continuación haremos referencia únicamente al principio de legalidad, de ineludible observancia para la Administración en todas sus actuaciones, y a los principios de proporcionalidad y racionalidad, que encuentran especial aplicación cuando se ejerce la potestad de imponer medidas cautelares, por cuanto el ejercicio de esta potestad es una manifestación de la actividad de policía de la Administración, caracterizada por limitar el actuar de los particulares en atención al aseguramiento del orden público³⁰ y, agregamos, porque la actividad cautelar va atada al ejercicio de un poder discrecional.

En este sentido, al encontrarnos frente a una actividad de limitación del ejercicio de derechos y frente a poderes discrecionales, es imprescindible que la actuación cautelar que realice la Administración sea proporcional al fin que se pretende alcanzar y, además, razonable como indicaremos en el siguiente aparte.

A. Principio de legalidad

Es uno de los principios más importantes que rigen la actuación del Poder Público y, por ende, la actuación administrativa. En ese sentido, indica el

²⁸ Allan Brewer Carías. Op. cit. p 220.

²⁹ Allan Brewer Carías. Op. cit. p 216.

³⁰ Así lo señala la autora María Amparo Grau en la obra *“La actividad administrativa de policía y la garantía de los derechos constitucionales”*. Las formas de la Actividad Administrativa. Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Caracas. FUNEDA. 1996. p 126.

autor Moles Caubet³¹ que dicho principio es el fundamento del Derecho Administrativo y representa algo más que una simple directiva, puesto que sirve de soporte legal a la Administración Pública, convirtiéndola en Administración legal.

Señala también Moles Caubet que el principio de legalidad puede enunciarse en estos términos: “toda actividad derivada de una función administrativa estará regida por la Ley y/o las demás normas a ella subordinadas”.³²

Es decir, que el principio de legalidad implica el sometimiento de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico y, tal como indica nuevamente Moles Caubet, en él subyace la vieja idea política³³ de impedir cualquier actuación arbitraria del Poder Público.

El autor Manuel Rebollo Puig³⁴ se refiere al principio de legalidad como aquel conforme al cual la Administración, en ninguna de sus actividades, puede vulnerar el ordenamiento jurídico.

Indica también este reconocido autor que, la legalidad a la cual se refiere dicho principio implica un sometimiento de la Administración no solamente a las leyes, sino al conjunto del Derecho. La legalidad, en este contexto se entiende como un sometimiento a todo el ordenamiento jurídico.³⁵

Queda en ese sentido la Administración, impedida de vulnerar la Constitución, las leyes (o normas equivalentes), los tratados internacionales, en cuanto pasen a formar parte del ordenamiento jurídico nacional, el derecho comunitario, de ser el caso, los principios generales del derecho y la costumbre, en la medida que rijan la actuación de la Administración.³⁶

Por su parte, García de Enterría y Fernández³⁷ señalan que el principio de legalidad opera como una cobertura legal del actuar de la Administración; solamente cuando se cuenta con esa cobertura la actuación es legítima.

³¹ Antonio Moles Caubet. *“Implicaciones del principio de legalidad”*. Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. Vol. 2. (1970-1971). Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1.972. p 140

³² Antonio Moles Caubet. Op. cit. p 140.

³³ Antonio Moles Caubet. Op. cit. p 139.

³⁴ Manuel Rebollo Puig. *El principio de legalidad de la Administración*. Revista de la Facultad de Derecho No. 60-61. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2009. p 283.

³⁵ Manuel Rebollo Puig. *El principio de legalidad de la Administración*. Op. cit. p 284.

³⁶ Manuel Rebollo Puig. *El principio de legalidad de la Administración*. Op. cit. p 283.

³⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. Op. cit. p 441.

El autor Lares Martínez³⁸ señala al respecto que, la aplicación del principio de legalidad a la Administración impone a las autoridades administrativas el deber de ceñir sus decisiones al conjunto de normas previamente establecidas en la Constitución, en las leyes, decretos-leyes, tratados, reglamentos, ordenanzas y demás fuentes escritas de derecho, así como a los principios no escritos que forman parte del ordenamiento jurídico.

En este mismo sentido, el autor Tomás Hutchinson³⁹ señala que la Administración debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho, esto significa, sujeta a los actos legales y parlamentarios que conforman el bloque de la legalidad, lo cual es exigencia de un Estado de Derecho.

Es de resaltar que, además de no poder actuar en contra de lo establecido en el ordenamiento jurídico (lo cual ha sido denominado por la doctrina como vinculación negativa de la Administración al ordenamiento), la Administración solamente puede hacer lo que le está permitido por la ley. Así lo señala, por ejemplo, el autor Manuel Rebollo Puig.⁴⁰

En ese sentido, el referido autor indica que la Administración actúa en virtud de las potestades que le confiere el ordenamiento jurídico para los fines establecidos por este. Por ello resulta importante tener claro qué es lo que el ordenamiento permite hacer a la Administración, cómo condiciona el ordenamiento la actividad de la Administración, es decir, si el ordenamiento parte de la regla general que le da libertad para hacer cualquier cosa (dentro de los límites derivados de la vinculación negativa) o si, al contrario, solamente le autoriza a hacer ciertas cosas o si exige apoderamientos específicos y con determinadas actuaciones para cada caso.⁴¹

En cuanto al reconocimiento del principio de legalidad en nuestro ordenamiento jurídico, vale destacar que el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela lo contempla en los siguientes términos: “La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”.

³⁸ Eloy Lares Martínez. *Manual de Derecho Administrativo*. Décima Segunda Edición. Caracas. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. 2001. pp 166 167

³⁹ Tomás Hutchinson. *La actividad administrativa de la policía y la garantía de los derechos constitucionales*. Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer Carías”. Caracas. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Editorial Torino. 1996. p 110.

⁴⁰ Manuel Rebollo Puig. *El principio de legalidad de la Administración*. Op. cit. p 285.

⁴¹ Manuel Rebollo Puig. *El principio de legalidad de la Administración*. Op. cit. pp 285 y 286.

Conforme a dicho artículo, la Constitución y la Ley atribuirán las competencias para actuar a los órganos del Poder Público y dichas actuaciones deben ceñirse a las disposiciones en ellas establecidas. Es decir, que la legalidad de la actuación administrativa dependerá de si la Administración actúa de acuerdo a lo exigido y permitido por la Constitución, por la ley y, agregamos, por las demás normas que conforman el ordenamiento jurídico.

En efecto, señala el autor Alejandro Galotti⁴² que la creación de atribuciones a los órganos del Poder Público queda reservada a la Constitución y la Ley, pero ello no obsta para que, mediante normas de rango sub legal, se desarrollen y distribuyan posteriormente dichas atribuciones. En este sentido, continúa el autor indicando que las actividades y funciones del Estado deben realizarse conforme a lo exigido por la Constitución, leyes y demás normas de rango sub legal que, agregamos, conforman lo que la doctrina francesa (Hauriou) ha denominado el bloque de la legalidad.⁴³

Así se desprende también del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública,⁴⁴ el cual establece en el artículo 4 que, la asignación y distribución de competencias a la Administración Pública, así como su ejecución, está sujeta a las disposiciones constitucionales, legales y a las normas dictadas en ejecución de las leyes.

Basándonos en los criterios doctrinarios y en la normativa antes expuesta, podemos concluir que la observancia del principio de legalidad es fundamental para el ejercicio de la actividad de la Administración Pública. La actuación que tenga a bien realizar la Administración en el ejercicio de sus funciones debe llevarse a cabo dentro de los límites impuestos por la norma, so pena de convertirse en una actuación arbitraria e ilegal.

De esa forma, la actividad administrativa que tenga como fin imponer una medida cautelar debe ser ejercida en atención a la norma atributiva de competencia, es decir, debe realizarse solamente cuando así lo permite la

⁴² Alejandro Galotti. *Los principios rectores de los procedimientos administrativos en las leyes habilitadas de 2014*. Caracas. Revista Electrónica de Derecho Administrativo No. 6. Mayo-agosto 2015. Universidad Monteávila. 2015. pp 151-152.

⁴³ Sobre este punto ver *El Principio de Legalidad* de Gonzalo Pérez Luciani, publicado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Serie Estudios. 81. Año 2009) en el cual el autor desarrolla este principio desde la perspectiva de la doctrina francesa, española, italiana y venezolana. Con relación al principio de legalidad en la doctrina francesa destaca el aporte de Hauriou, a quien se atribuye la creación de expresiones como “*bloque legal de leyes y reglamentos*” y quien trata el principio de legalidad como sometimiento al bloque legal, en el cual se incluyen no solamente la Ley sino también los reglamentos como reglas de derecho comprendidas en la legalidad entendida en sentido amplio. pp 11 y 12.

⁴⁴ Publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6.147 de fecha 17 de noviembre de 2014.

norma y en los términos por ella indicados, incluso cuando se trate del ejercicio de potestades discrecionales comúnmente atribuidas a la autoridad administrativa para el cumplimiento de su función cautelar.

B. Principios de racionalidad y proporcionalidad

El desarrollo teórico de los principios de racionalidad y proporcionalidad se realizará de manera conjunta porque están estrechamente vinculados, como se explicará a continuación.

Sobre la racionalidad, es importante destacar que el autor Enrique Meier⁴⁵ aborda el desarrollo de dicho principio resaltando la relevancia que representa lo que denomina la racionalidad jurídica como base de la coherencia, la plenitud y legitimidad de todo el ordenamiento jurídico.

El mismo autor, citando a su vez a Manuel Atienza,⁴⁶ señala que la racionalidad se entiende como el eje central de todo proceso de producción y aplicación del Derecho en torno al cual giran las diversas prácticas y manifestaciones jurídicas, la legislación, la jurisdicción y la aplicación del derecho.

Se puede observar que Meier desarrolla la racionalidad jurídica como un concepto abstracto; se busca con ella que exista coherencia y armonía dentro del ordenamiento jurídico, lo cual supone una articulación racional desde la formación primaria de las normas hasta su aplicación más concreta a través de sentencias y actos administrativos.

Es importante resaltar el análisis que realiza Meier sobre este punto, por cuanto debemos ser enfáticos en señalar que la racionalidad no es un principio que rige exclusivamente la actuación administrativa, sino que, también regula la actividad legislativa o de ordenación.

Para poder determinar cuándo una actuación del Poder Público es racional, consideramos importante hacer referencia al test de razonabilidad que menciona Meier⁴⁷ citando a su vez al autor Martínez Pujalte. Dicho test consta de tres elementos: i) el examen de la adecuación de la medida limitadora al bien que mediante ella se pretende proteger; ii) el examen de la

⁴⁵ Eduardo Enrique Meier. *La clausura temporal de establecimiento desde la perspectiva constitucional y el garantismo penal*. Temas de Derecho Penal Económico. Homenaje a Alberto Arteaga Sánchez. Caracas. Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT). 2006. pp 617-618.

⁴⁶ Meier cita en su obra al autor Manuel Atienza. *“Tras la Justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico”* Barcelona. Editorial Ariel. 1993. p 238.

⁴⁷ Eduardo Enrique Meier. Op. cit. p 615. El autor cita a Antonio Martínez Pujalte *“La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales”*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. pp 21 y 22.

necesidad de la lesión del derecho para el fin pretendido, por no existir una alternativa menos gravosa y, por último, iii) el denominado principio de proporcionalidad, que intenta valorar si la lesión es proporcional al fin que con ella se pretende alcanzar.

En definitiva, una actuación del Poder Público será racional en la medida en que cumpla con estos tres elementos, es decir, que debe ser capaz de proteger al bien que se pretende tutelar; solamente podría afectar un derecho cuando no exista una actuación menos gravosa y, además, debe existir proporción entre la lesión que causa la actuación y el fin que se busca lograr con ella.

Por otra parte, el autor Gabriel Ruan Santos⁴⁸ al analizar los principios de proporcionalidad y racionalidad en el marco de la legislación venezolana sobre procedimientos administrativos, refiere a la autora Rondón de Sansó,⁴⁹ quien considera que el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) configura el principio de racionalidad como patrón de la discrecionalidad. Dicho principio se desdobra en la necesaria proporcionalidad como criterio cuantitativo y en la adecuación como criterio cualitativo.

Ruan Santos⁵⁰ señala que este principio de racionalidad administrativa ha sido desarrollado por la jurisprudencia del derecho administrativo argentino y uruguayo con inspiración del Derecho Público norteamericano, bajo la denominación de principio de razonabilidad.

Continúa el autor indicando que la razonabilidad ha sido estudiada particularmente con respecto al ejercicio del poder de policía, como lo señalan autores como Bartolomé Fiorini. En este sentido, a fin de describir cuáles son los principios de lógica jurídica que conforman el carácter razonable de una medida, Ruan cita a Fiorini⁵¹, quien enumera dichos principios de la siguiente forma: i) la limitación debe ser justificada; ii) el medio utilizado (cantidad y modo de la medida) debe ser adecuado al fin deseado; iii) el medio y el fin utilizados deben manifestarse proporcionalmente y, iv) todas las medidas deben ser limitadas.

⁴⁸ Gabriel Ruan Santos. Op. cit. p 60.

⁴⁹ Ruan Santos refiere en este punto a la lectura de Rondón de Sansó en *La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Brewer Carías, Rondón de Sansó y Urdaneta Troconis. Caracas, 1981.

⁵⁰ Gabriel Ruan Santos. Op. cit. pp 62 y 63.

⁵¹ Ruan Santos hace referencia a la obra de Fiorini llamada *Poder de Policía*. Buenos Aires, 1958. p 149.

Es importante también destacar la posición de Brewer Carías⁵² con respecto a este principio. El autor señala que uno de los límites que se imponen a la actividad discrecional de la Administración es la racionalidad, esto es, la consecuencia del principio que impone a la Administración una actuación lógica y congruente. La racionalidad de la actuación de la Administración se exige en cuanto a la oportunidad de actuar y en el apoyo técnico que requiera la actuación.

En cuanto a la **proporcionalidad** como principio que sirve de límite a toda actividad del Poder Público, Meier,⁵³ citando a José Ignacio López González, señala que la proporcionalidad representa una cierta concretización de la idea de justicia, tanto en el ejercicio de derechos como en la imposición de deberes y de cargas, de equilibrio de intereses contrapuestos, en la línea de su menor perjuicio posible.

Continúa Meier haciendo referencia al autor López González, esta vez indicando que el principio de proporcionalidad trata de imponer al Estado un ejercicio moderado de su poder. Esta moderación podría lograrse si la actuación se realiza considerando siempre las diversas expresiones del principio de proporcionalidad: adecuación entre los medios y el fin; la elección del medio más idóneo o de la menor restricción posible del bien o del derecho protegido por la norma, o finalmente, de la justa medida.

En este mismo sentido, señala el autor Urdaneta Sandoval⁵⁴ que el principio de proporcionalidad deriva de la prohibición general que se impone a los poderes públicos de realizar actuaciones arbitrarias. Este principio demanda la adecuación de los medios empleados a los fines perseguidos.

El principio de proporcionalidad que, como ya indicamos, está íntimamente vinculado a la racionalidad, ha sido desarrollado por la doctrina venezolana sobre la base de lo establecido en el artículo 12 de la LOPA, considerándose también un límite al ejercicio de potestades discrecionales.

La autora Jaqueline Lejarza⁵⁵ al referirse a este principio indica que las medidas adoptadas por un órgano o ente de policía administrativa, deben

⁵² Allan Brewer Carías. Op. Cit. p 216.

⁵³ Eduardo Enrique Meier. Op. cit. p 622 cita sobre este punto la obra de López González denominada *El principio general de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*. Sevilla. 1.988. p 41.

⁵⁴ Carlos Urdaneta Sandoval. *Las medidas cautelares y provisionales en el Derecho Administrativo Formal Venezolano. Con especial referencia al régimen sancionador de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones*. Caracas. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Editorial Torino, 2004. p 123.

⁵⁵ Jacqueline Lejarza. *La actividad de policía administrativa*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. pp 85-86.

guardar adecuación y proporción con las circunstancias, tal como lo establece el artículo 12 de la LOPA que limita el ejercicio de la potestad discrecional.

El autor Tomás Hutchinson,⁵⁶ por su parte, indica que la actuación administrativa debe ser proporcional al fin público al que debe responder, lo cual supone que los medios empleados se correspondan con los resultados. No existe proporcionalidad cuando las normas o medidas administrativas no guardan adecuación con los fines que persigue el ordenamiento.

Ruan Santos⁵⁷ cita al autor Brewer Carías, quien indica que el artículo 12 de la LOPA postula como principios limitantes de la libertad de juicio de la Administración, la proporcionalidad y la adecuación entre los hechos concretos, la hipótesis normativa y los fines de la ley, razón por la cual, el acto administrativo debe ser racional, justo y equitativo en relación con sus motivos.

En resumen, la racionalidad y la proporcionalidad exigen a la Administración que sus actuaciones se realicen respetando la debida adecuación que debe existir entre el medio que se utilice para alcanzar el fin propuesto por la norma. De manera que, la actuación administrativa debe estar precedida de una valoración que permita a la Administración adoptar una medida que, logrando el objetivo trazado por la norma, resulte menos lesiva a los derechos del sujeto a quien afecta negativamente.

Se trata de límites que, como ya indicamos, intentan garantizar que la actuación de la Administración se realice lo más apegada a la lógica, a la racionalidad y a la proporcionalidad; ello como una forma de proteger a quien se ve directamente afectado por las restricciones impuestas por la autoridad administrativa y de preservar la legitimidad de actividad de la Administración.

4. Características de las medidas cautelares

Realizadas las delimitaciones anteriores en cuanto a los fines que persigue la Administración en ejercicio de potestades cautelares y los principios que rigen la actuación administrativa, es necesario ahora referirnos a las características propias de las medidas cautelares.

⁵⁶ Hutchinson, Tomás: *Las Formas de la Actividad Administrativa*. Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías. Caracas. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Editorial Torino, 1996.

⁵⁷ Gabriel Ruan Santos. Op. cit. pp 61-62. El autor hace referencia a lo expresado por Brewer Carías con relación a la proporcionalidad y la racionalidad que postula el artículo 12 de la LOPA, en su obra *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Caracas, 1.985 pp 45 y sig.

El autor Ricardo Henríquez La Roche⁵⁸ realiza un estudio de las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Civil venezolano y hace referencia a las características de dichas medidas. Aunque se trata de un estudio que aborda el tema de las medidas cautelares dentro de un proceso judicial, cuyos fines, como ya indicamos, no son exactamente iguales a los que se pretenden alcanzar con la tutela cautelar en sede administrativa, desarrollaremos las características que enumera y describe el autor por cuanto consideramos que sirven también para distinguir las medidas cautelares que se imponen en el curso de un procedimiento administrativo.

Dichas características revelan principalmente la función de la medida cautelar dentro del proceso o procedimiento, independientemente del tipo de interés que se pretende tutelar (sea público o privado), razón por la cual, las consideramos de suma utilidad a fin de resaltar sus rasgos distintivos. Coincidimos así con lo señalado por el autor Cárdenas Perdomo, quien ha expresado que para hablar de las medidas cautelares administrativas (entendidas como aquellas que se dictan en el curso de procedimientos administrativos) debe realizarse una aproximación a la teoría que se ha desarrollado en vía judicial en materia cautelar, para de esa forma desentrañar sus elementos más importantes a fin de estudiarlos y aplicarlos en las medidas que se imponen en la vía administrativa.⁵⁹

El autor Henríquez La Roche⁶⁰ señala que la doctrina no ha llegado a ponerse de acuerdo con respecto a cuáles son las características de las medidas cautelares y cómo deben denominarse; sin embargo, realiza una enumeración basándose en la doctrina por él estudiada, de las cuales destacamos por la utilidad que representan para este estudio, las siguientes: instrumentalidad, provisoriedad, variabilidad, urgencia y, el carácter restringido con el que se aplican las medidas cautelares, por ser de derecho estricto.

A continuación nos referiremos en detalle a cada una de las características antes mencionadas, citando para ello a otros autores que también han abordado el análisis y estudio de las medidas cautelares. Agregaremos al listado de características citadas por Henrique La Roche a la reversibilidad, por cuanto consideramos que es un rasgo distintivo de las medidas cautelares que merece una mención dentro de este análisis.

⁵⁸ Ricardo Henríquez La Roche. Op. cit. pp 39 y sig.

⁵⁹ Carlos Cárdenas P: *Medidas Cautelares Administrativas*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. 1998. p 17.

⁶⁰ Ricardo Henríquez La Roche. Op. cit. p 40 y sig.

A. Instrumentalidad

El ilustre procesalista Piero Calamandrei,⁶¹ uno de los más insignes exponentes del derecho procesal, señala que la instrumentalidad es la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares; son instrumentales porque no son nunca un fin en sí mismas ni pueden aspirar a ser definitivas; están ineludiblemente ordenadas a la emanación de una providencia ulterior definitiva, cuyo resultado práctico aseguran preventivamente.

Indica Calamandrei que “hay en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho”.

Esta afirmación de Calamandrei sirve para destacar que será la providencia definitiva la que se pronuncie sobre el fondo del asunto. No compete a las providencias cautelares pronunciarse sobre el mérito de la controversia, puesto que, lo que buscan garantizar, es que esa decisión de fondo pueda ser efectivamente ejecutada.

Al respecto, señala Henríquez La Roche⁶² que el concepto de instrumentalidad que ofrece Calamandrei puede resumirse en la siguiente frase: *ayuda de precaución anticipada y provisional*. Se destaca de esta forma el carácter preventivo de la medida cautelar.

Por su parte, el autor Cárdenas Perdomo⁶³ indica que de la función instrumental de las medidas se derivan una serie de consecuencias: i) si la medida está pre ordenada a un proceso pendiente, únicamente podrá imponerse si el proceso fue iniciado y, por otra parte, ii) una vez finalizado el proceso principal, la medida debe extinguirse.

La autora Carmen Chinchilla⁶⁴ menciona entre las características de las medidas cautelares a la instrumentalidad o subsidiariedad, destacándola como la nota principal de las medidas cautelares. Así, luego de indicar que fue el reconocido autor Piero Calamandrei quien hizo énfasis en destacar a la

⁶¹ Piero Calamandrei. *Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares*” En compilación de obras sobre medidas cautelares de la editorial Rubinzal-Cunzoni. pp 483 y 484

⁶² Ricardo Henríquez La Roche. Op. cit. p 39.

⁶³ Carlos Cárdenas P. Op cit. p 26.

⁶⁴ Carmen Chinchilla. *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*. Universidad Complutense de Madrid. Editorial Civitas. 1.991. p.32 citada por Darrin Jesús Gibbs Hidalgo. 2005. *La tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo venezolano*. Trabajo Especial de Grado. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. p 108. <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAR6628.pdf>

instrumentalidad como la nota definitoria de las medidas cautelares en virtud de que nacen a la espera y previsión de una decisión final, Chinchilla refiere que de la instrumentalidad deriva que la vida de la pretensión cautelar sigue la suerte de la pretensión principal desde el inicio hasta el final.

En ese sentido, Chinchilla indica que, las medidas cautelares al seguir la suerte de la pretensión principal, pueden sufrir modificaciones durante el proceso si también las sufre la pretensión principal y, se extinguen cuando se procede a la ejecución de la sentencia.

La autora Karina Anzola Spadaro⁶⁵ también hace referencia a la instrumentalidad como una característica propia de las medidas cautelares. Así, luego de citar a Calamandrei, quien como ya indicamos anteriormente destaca, entre otros aspectos, que las medidas cautelares están pre ordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva y que tienen como finalidad asegurar su eficacia práctica que servirá a su vez para actuar el derecho, concluye que la nota verdaderamente distintiva de las providencias cautelares se encuentra en su carácter instrumental.

Ese carácter instrumental (en contraposición a autónomo) que destaca la autora Anzola Spadaro, supone que las medidas cautelares no son un fin en sí mismas, no buscan resolver un asunto de manera directa y definitiva, sino que, constituyen un medio para lograr que la decisión final que se dictará posteriormente pueda ser efectiva y no quede ilusoria en la práctica. Es de ese carácter instrumental que deriva a su vez el carácter provisorio y reversible de las medidas cautelares.

Por su parte, el autor Urdaneta Sandoval⁶⁶ cita la definición de la autora María Pía Calderón Cuadrado sobre la instrumentalidad o accesoriedad, indicando que consiste en una relación de servicio que vincula a la cautela con el proceso principal, de manera que, no es un fin en sí misma sino un medio para garantizar la efectividad de los resultados de dicho proceso.

El autor argentino Ezequiel Cassagne,⁶⁷ se ha referido también a las características de las medidas cautelares, específicamente de aquellas que son

⁶⁵ Karina Anzola. *El carácter autónomo de las medidas preventivas contempladas en el artículo 111 del Decreto Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios*. Revista de Derecho Público No. 115. Caracas. Editorial Jurídica Venezuela. pp 272 y 273.

⁶⁶ Carlos Urdaneta Sandoval. *Introducción al análisis sistemático de las medidas cautelares atípicas del Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Revista de la Facultad de Derecho No. 59. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. p 115. El autor cita a su vez a María Pía Calderón Cuadrado. *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. Editorial Civitas. Madrid. 1992. p 39 y75-76

⁶⁷ Ezequiel Cassagne. *“Las medidas cautelares contra la Administración”*. p 6 http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Las_medidas_cautelares_contra_la_Administrac

dictadas en el curso de procesos judiciales. Al momento de desarrollar la instrumentalidad o accesoriadad de las medidas cautelares, Cassagne cita a Calamandrei para destacar que las medias cautelares no tienen un fin en sí mismo sino que, se hallan ordenadas a asegurar la eficacia de una sentencia posterior.

Resalta igualmente Cassagne⁶⁸ que, autores como Carnelutti que defienden el criterio del proceso cautelar, no se apartan la idea de la instrumentalidad de dicho proceso y consideran que sirve para garantizar el buen fin de otro proceso (el definitivo).

Basándonos en lo que ha señalado la doctrina antes citada, observamos que la instrumentalidad es una característica fundamental de las medidas cautelares que resalta la función de estas medidas con respecto a la decisión de fondo que se dicte al término de un procedimiento; nacen fundamentalmente a la espera de esa decisión.

B. Provisoriedad

El autor Calamandrei⁶⁹ al desarrollar el tema de la provisoriedad de las providencias cautelares, señala que lo provisorio es lo que está destinado a durar hasta que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio. Provisorio equivale a interino y ambas expresiones indican lo que está destinado a durar solamente el tiempo intermedio que precede al evento esperado.

Para Cárdenas Perdomo,⁷⁰ luego de citar al autor Calamandrei, la provisoriedad implica que la existencia de las medidas está vinculada a la emisión del acto final en función del cual fueron dictadas. De allí que los efectos de la providencia cautelar son limitados en el tiempo, puesto que cesarán cuando sea sustituida por la decisión definitiva.

En este sentido, señala Cárdenas Perdomo que las providencias cautelares tienen cualidad provisoria por cuanto los efectos constituidos por éstas no solo tienen duración temporal sino que, tienen duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la providencia cautelar y la definitiva.

ion_en_Tratado_de_Derecho_Procesal_Administrativo,_Director_Juan_Carlos_Cassagne,.pdf

⁶⁸ Ezequiel Cassagne. Op. cit. p 6.

⁶⁹ Piero Calamandrei. Op. cit. p 475.

⁷⁰ Carlos Cárdenas P. Op cit. p 26.

Henríquez La Roche⁷¹ cita a Calamandrei al igual que Cárdenas Perdomo, para concluir que las medidas cautelares nacen a la espera de un acto posterior; surten un efecto provisorio que será sustituido por un efecto de carácter permanente que deriva de la emisión de una providencia definitiva.

Urdaneta Sandoval⁷² cita a su vez a la autora María Pía Calderón, quien indica con respecto a este punto que las medidas cautelares son, en esencia, situaciones temporales cuya duración está limitada a la resolución definitiva del litigio o a su no iniciación, en virtud de su vinculación con el proceso principal, razón por la cual no pueden considerarse bajo ningún supuesto como situaciones perdurables.

La autora Carmen Chinchilla⁷³ se ha referido también a la provisoriedad como una característica de las medidas cautelares, indicando que dicha provisoriedad se refiere a la vigencia temporal de la tutela cautelar, que pierde su eficacia cuando emana la decisión de fondo, ya sea reconociendo el derecho o negando su existencia.

Por su parte, la autora Karina Anzola Spadaro⁷⁴ al referirse a algunas de las características de las medidas cautelares, resalta la importancia de la provisoriedad como rasgo distintivo de este tipo de medidas. A tal efecto señala que, el carácter provisorio de una medida cautelar supone la existencia de un evento futuro (decisión definitiva que resuelve la controversia) y los efectos de dicha medida se extenderán hasta que se dicte el fallo principal, final o definitivo.

Indica también la autora Anzola Spadaro, que la provisoriedad no resulta suficiente por sí sola para definir el carácter cautelar de una medida, puesto que, si bien es una nota esencial de las medidas cautelares, no es exclusiva de ellas. Considera la autora (parafraseando a Calamandrei) que, toda medida cautelar es provisorio, pero no toda medida provisorio es, necesariamente, cautelar. En ese sentido, señala coincidir con el autor Calamandrei, quien concluye que el carácter típico de las providencias cautelares es, más bien, la instrumentalidad.

⁷¹ Ricardo Henríquez La Roche. Op. cit. p 40.

⁷² Carlos Urdaneta Sandoval. *Introducción al análisis sistemático de las medidas cautelares...* Op. cit. p 117.

⁷³ Carmen Chinchilla. *“La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa”* Universidad Complutense de Madrid. Editorial Civital 1.991. p.34. citada por Darrin Jesús Gibbs Hidalgo. 2005. *La tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo venezolano*. Trabajo Especial de Grado. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. p 108 <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAR6628.pdf>

⁷⁴ Karina Anzola. *El carácter autónomo de las medidas preventivas contempladas en el artículo 111 del Decreto Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios*. Op. cit. p 272

Observamos así que, conforme a lo indicado por los autores mencionados anteriormente, el carácter provisorio de las medidas cautelares deriva de la instrumentalidad. Al estar al servicio y a la espera de una providencia definitiva, necesariamente sus efectos se mantendrán solamente durante el tiempo que transcurra entre la fecha de la imposición de la medida cautelar hasta el momento en que se dicte la decisión definitiva.

Sin embargo, vale destacar, es posible que la medida cautelar no se mantenga vigente y surtiendo efectos hasta el momento en que se dicte la decisión de fondo, puesto que, tal como indicaremos a continuación, podría ser sustituida o revocada en el curso del procedimiento.

C. Variabilidad o mutabilidad

El autor Cárdenas Perdomo⁷⁵ indica que, aunque la providencia cautelar haya sido ejecutoriada, es posible su modificación si ha variado la situación de hecho que dio lugar a su imposición o porque, luego de realizar un estudio más detallado de los elementos que sirvieron de fundamento para la declaratoria de la medida, se concluya que esta no era procedente.

En el mismo sentido, Henríquez La Roche⁷⁶ señala que las medidas cautelares pueden ser modificadas en la medida que cambie el estado de cosas para el cual fueron dictadas, porque dependen del carácter mutable o inmutable de la situación de hecho que dio origen a la imposición de la medida.

Urdaneta Sandoval,⁷⁷ citando a su vez al autor Fairén, indica que, si en el transcurso del proceso principal desaparece el *fumus boni iuris* que dio lugar a la imposición de la medida cautelar, dicha medida puede y debe desaparecer, sin perjuicio de que “si torna a surgir en el proceso principal aquel *fumus boni iuris*, torna a aparecer la medida cautelar (u otra más adecuada)”.

Por su parte, el autor argentino Luis Carranza Torres⁷⁸ también ha reconocido que las medidas cautelares siempre pueden ser modificadas si cambian las circunstancias fácticas que la motivaron, es decir, cuando se modifican las circunstancias de hecho existentes al momento de ser dictadas.

⁷⁵ Carlos Cárdenas P. Op cit. p 26.

⁷⁶ Ricardo Henríquez La Roche. Op. cit. p. 41.

⁷⁷ Carlos Urdaneta Sandoval. *Introducción al análisis sistemático de las medidas cautelares...* Op. cit. p 117. El autor cita a su vez a Victor Fairen Guillén. *Doctrina General del Derecho Procesal*. Ed. Bosch. Barcelona. 1990. p 47.

⁷⁸ Luis Carranza Torres. *“Medidas cautelares respecto de la Administración Pública”*. Ediciones Alveroni. Argentina 2005. p 161.

De acuerdo con lo indicado por los autores antes mencionados, una de las características de las medidas cautelares es que luego de haber sido dictadas puedan ser sustituidas o revocadas si las situaciones fácticas que motivaron su imposición desaparecen o cambian, lo cual resulta lógico puesto que, si dichas circunstancias de hecho varían, no tendría sentido mantener una protección cautelar que se torne innecesaria o incluso insuficiente, dependiendo del caso.

Tampoco tendría sentido sustituir una medida cautelar que ya ha causado efectos definitivos afectando derechos e intereses, y es allí donde cobra importancia el carácter reversible de las medidas cautelares, al cual nos referiremos a continuación.

D. Reversibilidad

Aunque nos hemos basado en la descripción de las características que realiza el autor Henríquez La Roche, quien no menciona expresamente a la reversibilidad como una de ellas, es necesario detenernos a explicarla brevemente, por la importancia que representa para delinear el alcance de una medida cautelar y su función dentro del procedimiento.

Autores como Anzola Spadaro⁷⁹ han destacado la reversibilidad como característica de las medidas cautelares, señalando que, junto a la provisoriedad, derivan de su carácter instrumental.

En el mismo sentido Herrera Orellana, Canova y Anzola Spadaro,⁸⁰ han reconocido que la reversibilidad es una característica que distingue a las medidas cautelares, señalando que, si una medida cautelar tiene efectos definitivos, no puede ser reversible y, por ende, tampoco puede ser instrumental, siendo esta la nota fundamental para que una medida pueda ser cautelar.

Por su parte, el autor Alejandro Gallotti⁸¹ al hacer referencia a las medidas preventivas sobre la propiedad privada, menciona someramente algunos elementos característicos de las medidas cautelares, destacando que sus efectos no pueden ser definitivos, lo cual significa que sus consecuencias preventivas puedan ser restablecidas o rectificadas una vez sus efectos hayan cesado, bien porque culminó el período de tiempo por el cual había sido

⁷⁹ Karina Anzola. *El carácter autónomo de las medidas preventivas contempladas en el artículo 111 del Decreto Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios*. Op. cit. p 274

⁸⁰ Luis A. Herrera, Antonio Canova y Karina Anzola. Op. cit. p 230.

⁸¹ Alejandro Gallotti. *La disminución progresiva del derecho de propiedad en Venezuela*. Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación. 1915-2015. Tomo I. Caracas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. 2015. p 190.

impuesta, porque se dictó la decisión definitiva del procedimiento o porque la medida fue revocada.

De lo expuesto por el autor Alejandro Gallotti se desprende el carácter reversible de las medidas, en el sentido de que si fenecen los efectos de una medida cautelar, la situación jurídica afectada o alterada por su imposición puede ser restablecida. Ello evidentemente no podría ocurrir en el caso en que la medida impuesta tenga efectos definitivos.

La reversibilidad se presenta así como una característica fundamental de las medidas cautelares, por lo que, tanto el legislador como la Administración deben ser en extremo cuidadosos al determinar cuál medida es capaz de cumplir el fin cautelar que se persigue. No tendría sentido contemplar en una Ley como medida cautelar, una figura cuyos efectos son similares a los de una sanción y, por ende, irreversibles, tampoco tendría sentido que la Administración pretenda tutelar preventivamente un derecho o interés imponiendo medidas cautelares con efectos definitivos.

E. Urgencia

Con respecto a la urgencia con que deben ser impuestas las medidas cautelares, el autor Calamandrei, al referirse a la noción del *periculum in mora*, señala que:

No basta que el interés en obrar nazca de un estado de peligro y que la providencia invocada tenga por ello la finalidad de prevenir un daño solamente temido, sino que es preciso, además, que a causa de la inminencia del peligro la providencia solicitada tenga carácter de urgencia, en cuanto sea de prever que si la misma se demorase el daño temido se transformaría en daño efectivo, o se agravaría el daño ya ocurrido; de manera que la eficacia preventiva de la providencia resultaría prácticamente anulada o disminuida.⁸²

Destaca así Calamandrei que por el hecho de existir una situación de peligro que podría causar un daño o que agravaría un daño ya causado, se hace necesaria la imposición inmediata y urgente de la medida cautelar para que esta pueda cumplir su función preventiva dentro del proceso. En consecuencia, si una medida cautelar no es impuesta de manera urgente, su función preventiva podría quedar frustrada de materializarse o agravarse el daño que pretende evitar.

En el mismo sentido se pronuncia Henríquez La Roche⁸³ para quien la urgencia viene a ser la garantía de eficacia de las medidas cautelares. Son un

⁸² Piero Calamandrei. "Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares" Op. cit. p. 480.

⁸³ Ricardo Henríquez La Roche. Op. cit. pp 43-44

medio efectivo y rápido que suple la necesidad de intervenir en garantía de una situación de hecho.

Señala el autor que la causa que impulsa la imposición de una medida cautelar es el peligro derivado del retardo en la administración de justicia. Es por ello que solo es necesario para dictar una medida cautelar, que exista un indicio fundado de peligro y de justicia en la pretensión del solicitante

Se desprende de lo indicado por Henríquez La Roche, que la urgencia de imponer la medida deriva de la imperante necesidad de asegurar que el derecho del solicitante no sea afectado por una conducta que, se presume, constituye un peligro para el ejercicio del derecho o para la ejecución de la decisión de fondo que resuelve la pretensión.

Es por ello que la urgencia justifica que la medida cautelar sea impuesta sobre la base de una presunción. Así, Cárdenas Perdomo⁸⁴ señala que la urgencia y la sumariedad están estrechamente vinculadas, debido a que, dada la urgencia con la que deben imponerse las medidas cautelares, a la autoridad competente no le es posible tener un conocimiento profundo y detallado del fondo de lo debatido. En este sentido, su decisión sobre la procedencia de la medida debe realizarse sobre la apariencia del derecho.

Sobre este punto, Cárdenas Perdomo cita al autor Calamandrei con el fin de destacar que, para que las medidas cautelares puedan cumplir con su función de prevención urgente, deben ser impuestas sobre la base de la apariencia del buen derecho. No es necesario que la autoridad tenga certeza de la existencia del derecho invocado, la cual solamente podría lograrse u obtenerse a través de largas indagaciones que, en todo caso, se realizarían en el curso del procedimiento.

Concluimos con la opinión de la autora Carmen Chinchilla⁸⁵ quien señala que la urgencia junto con la instrumentalidad, son notas esenciales de la tutela cautelar. En ese sentido, las medidas cautelares deben ser adoptadas con urgencia y de manera inmediata.

Observamos que al desarrollar esta característica salen a la luz los presupuestos de las medidas cautelares: el *fumus boni iuris* o presunción de buen derecho y *periculum in mora* o peligro de que quede ilusoria la ejecución de una providencia definitiva, los cuales constituyen requisitos de ineludible

⁸⁴ Carlos Cárdenas P. Op. cit. p 27.

⁸⁵ Carmen Chinchilla. *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*. Universidad Complutense de Madrid. Editorial Civitas. 1.991. pp 36, citada por Darrin Jesús Gibbs Hidalgo. 2005. *La tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo venezolano*. Trabajo Especial de Grado. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. p 117. <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAR6628.pdf>

observancia para que pueda ser impuesta una medida cautelar, como indicaremos posteriormente.

F. Las medidas cautelares son de derecho estricto

Dentro de la enumeración que realiza Henríquez La Roche⁸⁶ sobre las características de las medidas cautelares, se hace referencia a una que consideramos de especial importancia porque destaca el carácter restrictivo con el que deben imponerse dichas medidas, al tener como fin limitar o prohibir, de una u otra forma y sobre la base de presunciones, las garantías personales que reconoce la Constitución, valga decir, garantías individuales, sociales, económicas o políticas.

Quizás no se trata de una característica que describa la función que deben cumplir las medidas dentro de un proceso, como ocurre en el caso de la instrumentalidad, la provisoriedad, la variabilidad, la urgencia y la reversibilidad. La aplicación de las medidas cautelares de manera restrictiva podría más bien considerarse como una regla de aplicación general que rige y limita el ejercicio de potestades cautelares, es decir, que va dirigida directamente a la autoridad encargada de imponer la medida cautelar.

En este sentido, la interpretación que se haga de la norma que concede una potestad cautelar no puede realizarse de forma extensiva, de manera que no debe imponerse a situaciones que no ameriten una actuación cautelar puesto que, al ser una actuación que limita derechos, se ponen en riesgo intereses individuales que solamente podrían ser restringidos cuando exista una causa que así lo justifique.

El autor Antonio Canova⁸⁷ al referirse a los principios tradicionales que rigen la protección cautelar en el proceso contencioso administrativo, hace referencia al carácter excepcional de las medidas cautelares, indicando que la consecuencia más directa de esa excepcionalidad es que las medidas cautelares han sido siempre interpretadas de manera restrictiva, por lo que su operatividad queda limitada a la existencia de una disposición legal expresa que la permita, con el objeto de garantizar la eficacia de un específico tipo de pretensión, quedando su adopción sujeta al cumplimiento estricto de cada requisito legal.

⁸⁶ Ricardo Henríquez La Roche. Op. cit. pp 45, 46 y 47

⁸⁷ Antonio Canova González. *Principios modernos sobre medidas cautelares en el contencioso administrativo. Un estudio de las tendencias en el ordenamiento venezolano y jurisprudencia extranjera*. Revista de la Facultad de Derecho No. 50. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 1996. pp. 97-98.

Y aunque este último autor mencionado se refiere al carácter excepcional de las medidas cautelares en el marco de un proceso contencioso administrativo, consideramos que se trata de una característica que alcanza también a las medidas cautelares que son impuestas dentro de un procedimiento administrativo, en el que tampoco tendría cabida una interpretación extensiva de la norma que consagra la potestad de imponer la medida cautelar.

5. Presupuestos

A continuación haremos referencia a los presupuestos que hacen procedente la imposición de una medida cautelar, es decir, el *fumus boni iuris* o presunción de buen derecho y el *periculum in mora* o peligro de que quede ilusoria la ejecución de la decisión de fondo. También desarrollaremos la ponderación de intereses que debe realizarse al momento de decidir si se debe imponer o no una medida cautelar, a fin de lograr un equilibrio entre los intereses, derechos o situaciones jurídicas existentes que pudieren verse afectados por la ejecución de la medida.

A. *Fumus boni iuris*

El autor Víctor Hernández-Mendible,⁸⁸ al referirse a la apariencia de buen derecho como uno de los presupuestos procesales para conceder la tutela cautelar, señala que dicha apariencia supone que el derecho cuya tutela se pretende, debe tener probabilidades fundadas de ser reconocido en la decisión de fondo, que no sea manifiestamente contrario a derecho y que su protección aparente tenga cobertura constitucional o legal, de manera que se pueda presumir que la pretensión pueda llegar a prosperar.

Indica igualmente Hernández-Mendible⁸⁹ que, la valoración que a tal efecto realice el órgano, si bien es anticipada, debe ser superficial respecto al derecho controvertido por cuanto se actuará con base a una presunción, realizando una apreciación de probabilidad o verosimilitud. En este sentido, se trataría de una tutela que no prejuzgaría sobre el fondo del asunto, puesto que durante el proceso, se otorgarían las garantías necesarias para desvirtuar la presunción de buen derecho.

⁸⁸ Víctor Rafael Hernández-Mendible. “El desarrollo de las medidas cautelares en el proceso administrativo en Venezuela” http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/boletines/derecho-admin/1_boletin/VICTOR_HERNANDEZ.pdf p 16.

⁸⁹ Víctor Rafael Hernández Mendible. Op. cit. p 17.

El autor argentino Ezequiel Cassagne⁹⁰ señala que el *fumus boni iuris* es un presupuesto conforme al cual, para conceder una medida cautelar bastará la apariencia del derecho que le asiste al peticionante. La resolución cautelar no declara la certeza del derecho sino la verosimilitud del mismo.

En ese sentido, indica Cassagne⁹¹ que, al tratarse de un procedimiento inaudita parte y, por ende, meramente informativo, el juez no puede conocer con certeza el derecho, razón por la cual, se requiere que los argumentos y pruebas presentadas por quien solicita la medida tengan una consistencia tal que le permita al juez valorar en una instancia provisional y urgente, la existencia de un orden razonable de probabilidades de que le asiste la razón.

Urdaneta Sandoval⁹² al referirse a los presupuestos de las medidas cautelares, cita al autor Garberi Llobregat, quien los ha examinado a la luz del procedimiento administrativo sancionador español. Así, señala que el *fumus boni iuris* implica una valoración de los elementos y argumentos que sustentan la fundamentación de la solicitud de medida cautelar y que le dan a esa solicitud una apariencia de legitimidad.

Por su parte, el autor Campo Cabal⁹³ al referirse al *fumus boni iuris* indica que “la adopción de la medida cautelar solo es posible en cuanto aparezca como jurídicamente aceptable la posición material del solicitante”.

Partiendo de lo indicado por Campo Cabal, el autor Cárdenas Perdomo señala que, el órgano que tiene la potestad de imponer la medida cautelar está obligado a decidir la solicitud cautelar conforme a una valoración que debe efectuarse *prima facie* sobre la petición principal, de forma que la tutela cautelar debe otorgarse a quien tenga apariencia de buen derecho, es decir, a aquel cuyo derecho alegado es verosímil y a quien, por ende, la solución del asunto podría resultarle favorable.

En conclusión, el *fumus boni iuris* constituye uno de los presupuestos de procedencia para la imposición de las medidas cautelares, de tal manera que el órgano competente para declarar dicha procedencia, debe evaluar si el derecho que se pretende tutelar tiene probabilidades de ser reconocido en la decisión de fondo; el órgano que impone la medida deberá realizar esa evaluación sobre la base de presunciones, apreciando los argumentos y pruebas que le permitan suponer que la pretensión que dio lugar al proceso principal, prosperará.

⁹⁰ Ezequiel Cassagne. Op. cit. p 10.

⁹¹ Ezequiel Cassagne. Op. Cit. p 11.

⁹² Carlos A. Urdaneta. Op Cit. p. 239.

⁹³ Citado por Carlos Cárdenas P. Op. Cit., pp 29 y 30

B. *Periculum in mora*

Ha sido definido como el peligro que se genera por el retardo en la toma de la decisión final y es otro de los requisitos de procedencia de las medidas cautelares.

El autor Víctor Hernández-Mendible⁹⁴ ha referido que el peligro en la mora se concreta en el hecho de que la situación jurídica que se pretende tutelar pueda verse afectada de manera grave e irreparable debido al transcurso del tiempo que debe esperarse para que se dicte la decisión de fondo que reconocerá tal situación.

Asimismo, Hernández-Mendible⁹⁵ indica que el peligro en la mora está compuesto por dos elementos: i) el daño eventual y grave que puede llegar a experimentar quien reclama el reconocimiento de un derecho y, ii) la necesaria e inevitable lentitud del proceso en el cual las partes ejercerán todas las defensas. Esta lentitud genera un retraso en la decisión definitiva que reconocerá o no la existencia del derecho, produciendo un peligro de insatisfacción o de satisfacción tardía del mismo; dicho peligro debe ser conjurado por el órgano decisor por imperio del derecho a la tutela judicial efectiva.

Señala Calamandrei⁹⁶ que lo que se debe apreciar a efectos de examinar la procedencia de una medida cautelar “no es el genérico peligro de daño jurídico, el cual se puede en ciertos casos obviar con la tutela ordinaria, sino el peligro específico de aquel ulterior daño marginal que puede derivarse del retraso, consecuencia inevitable de la lentitud del proceso ordinario”.

Por su parte, Ezequiel Cassagne⁹⁷ define al *periculum in mora* como el peligro en la demora de la sentencia definitiva que se dictará en el proceso. Dicho autor a su vez cita a García de Enterría y Fernández para destacar que la solicitud de la medida cautelar estaría respaldada por “la urgencia para evitar que la demora en la resolución del pleito principal cause perjuicios apreciables”. En ese sentido, Cassagne indica que se requiere que sobrevenga un perjuicio o daño inminente que convertirá en tardío el posible reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión y es precisamente en ese riesgo que reside el interés procesal que respalda la solicitud cautelar.

⁹⁴ Víctor Rafael Hernández Mendible. Op. cit. p. 18.

⁹⁵ Víctor Rafael Hernández Mendible. Op. cit. p. 18.

⁹⁶ Citado por Carlos Cárdenas P: Op. cit. pp 28 y 29.

⁹⁷ Ezequiel Cassagne. Op. cit. pp. 11 y 12.

Cassagne⁹⁸ cita al autor Chioventa, quien afirma que el *periculum in mora* se trata del “temor de un daño jurídico, es decir, la inminencia de un posible daño a un derecho o a un posible derecho”. Así, indica Cassagne que el solicitante de la medida deberá exponer las razones que hacen necesaria la concesión de la protección cautelar.

Urdaneta Sandoval⁹⁹, citando nuevamente a Garberi Llobregat, indica que existe el *periculum in mora* cuando la duración del procedimiento pueda generar situaciones lesivas para la Administración o para los intereses generales que ella tutela, pudiendo frustrar la efectividad de la decisión final.

Continúa el autor Urdaneta Sandoval,¹⁰⁰ parafraseando a Rebollo Puig, refiriendo que, dentro de un procedimiento administrativo se puede perjudicar o continuar perjudicando no sólo la eficacia de la Resolución definitiva, sino también el interés público, el cual no admite demoras para mantenerlo o restaurarlo. En este sentido, no se hablaría de *periculum in mora* vinculado a la eficacia de un procedimiento administrativo, sino del *periculum in mora* vinculado a la tutela de un interés sustancial para la actividad de la Administración Pública: el interés público.

La autora Carmen Chinchilla¹⁰¹ al referirse a la finalidad de las medidas cautelares, señala que con ellas se busca evitar el peligro que puede suponer para el derecho, la existencia de un proceso con la lentitud propia e inevitable del mismo. En este sentido, la autora indica que la imposición de una medida cautelar tendría sentido si existe un derecho que necesita una protección provisional y urgente, bien porque ya fue producido un daño o porque su ocurrencia es inminente durante el proceso en el cual se decidirá el fondo del asunto debatido.

Observamos así que, conforme a las posiciones doctrinarias anteriormente citadas, la imposición de una medida cautelar se hace necesaria cuando el derecho que se pretende tutelar pudiere verse afectado o, de haber sufrido ya un daño este pudiere agravarse a causa de la lentitud del proceso que culminará con la decisión de fondo. De allí que resulte urgente imponer la medida que resulte más adecuada para evitar que se cause el daño temido o que se agrave el ya existente.

⁹⁸ Ezequiel Cassagne. Op. cit. p 12.

⁹⁹ Carlos A. Urdaneta. Op cit. p. 239.

¹⁰⁰ Carlos A. Urdaneta. Op cit. p. 239.

¹⁰¹ Carmen Chinchilla. *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*. Universidad Complutense de Madrid. Editorial Civitas. 1.991. pp 41 y 42, citada por Darrin Jesús Gibbs Hidalgo. 2005. *La tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo venezolano*. Trabajo Especial de Grado. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. p 248 <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAR6628.pdf>

C. Ponderación de intereses

A los presupuestos antes señalados debemos agregar la necesaria ponderación de intereses que debe realizar la Administración Pública al momento de imponer la medida cautelar y que ha sido exigida como una labor que debe realizar la autoridad que detenta la potestad cautelar, a fin de lograr un equilibrio entre los intereses, derechos o situaciones jurídicas existentes que pudieren verse afectadas por la actuación que a tal efecto se realice.

Algunas normas exigen expresamente a la autoridad competente la obligación de realizar la ponderación de intereses (casos, por ejemplo, de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁰² en el ámbito judicial y de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones¹⁰³ en el ámbito de lo procedimientos administrativos) como un requisito de procedencia para imponer una medida cautelar.

Sin embargo, consideramos que la ponderación debe efectuarse incluso en los supuestos en que la norma no contemple la obligación expresa de hacerlo, puesto que, puede calificarse como una labor derivada de la imperante aplicación de los principios de racionalidad y proporcionalidad, que demandan una actuación administrativa que tome en cuenta los derechos involucrados (públicos y privados) y la adecuación de dicha actuación con el supuesto de hecho y los fines de la norma.

El autor Víctor Hernández-Mendible¹⁰⁴ se ha referido a la ponderación de intereses que debe realizarse cuando se plantea una pretensión cautelar. Y aunque aborda el tema en el marco de la explicación de la evolución cautelar en el proceso judicial administrativo venezolano y no propiamente dentro del procedimiento administrativo, consideramos válido reproducir lo explanado por el autor al respecto, a efecto de ilustrar en qué consiste la labor de ponderación que se exige no solo a los órganos jurisdiccionales, sino también a los órganos y entes de la Administración Pública.

Así, Hernández-Mendible señala que un sector de la doctrina científica ha sostenido que, cuando se plantea una pretensión cautelar, se debe realizar una ponderación de intereses presentes, esto es, del interés general que tutela la Administración Pública y del interés individual del particular que se puede ver afectado por la actividad o inactividad de la Administración.

¹⁰² Artículo 104 de la Ley publicada en Gaceta Oficial No. 39.451 de fecha 22 de junio de 2010.

¹⁰³ Artículo 181 de la Ley publicada en Gaceta Oficial No. 39.610 de fecha 7 de febrero de 2011.

¹⁰⁴ Víctor Rafael Hernández-Mendible. Op cit. p 19.

Indica el autor, que parte de la doctrina ha expresado que el interés general no puede ser invocado para justificar la negativa de otorgar la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, la frustración del derecho a la tutela judicial efectiva.¹⁰⁵ También indica Hernández-Mendible, que en ese mismo orden de ideas se ha expresado que con la ponderación de intereses, se busca evitar que al tutelar un interés individual no se ocasione un perjuicio al interés general, razón por la cual, la ponderación debe efectuarse en cada caso en concreto.¹⁰⁶

Continúa el autor refiriéndose al tema, esta vez indicando que otro sector de la doctrina científica considera que ante la evidente presencia de los presupuestos de apariencia de buen derecho y peligro en la mora, deberá otorgarse la tutela cautelar frente al interés general que representa la Administración Pública; pero si algunos de estos presupuestos fallan o son débiles, deberá prevalecer el interés general con respecto a la pretensión cautelar y, en consecuencia, se deberá declarar improcedente la medida cautelar.¹⁰⁷

Por su parte, el autor Jorge Kiriakidis¹⁰⁸ al abordar el tema de los presupuestos de las medidas cautelares previstas en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, indica que la ponderación de intereses supone un análisis de riesgos y consecuencias. Al enfrentarse la autoridad encargada de imponer la medida cautelar a todas las posibles consecuencias de concederla o no, debe optar por aquella que resulte menos grave y descartar la que genere consecuencias irremediables.

Destaca el autor que no se trata de ponderar cuál derecho es más importante, sino que, se trata de una ponderación que debe efectuarse sobre la reparabilidad o reversibilidad de los efectos de la actuación cautelar. Y ello debe ser así, por cuanto si bien se tiene como objetivo satisfacer el interés

¹⁰⁵ Víctor Rafael Hernández-Mendible refiere a la lectura de Eduardo García De Enterría. *La Batalla por las Medidas Cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*. Civitas. Madrid. 3ª ed. 2004.

¹⁰⁶ Víctor Rafael Hernández-Mendible. Op cit. p 19.

¹⁰⁷ Víctor Rafael Hernández-Mendible refiere a la lectura de Rafael Gómez-Ferrer Morant. Apariencia de Buen Derecho y Suspensión en Vía Contencioso de los Actos de Carácter Tributario. *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*. Tomo II. Civitas. Madrid. 1993. p. 1170; Viçenc Aguado I Cudola, La Reciente Evolución de la Tutela Judicial Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo. *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*. Tomo II. Civitas. Madrid. 1993. pp. 1694-1696.

¹⁰⁸ Jorge Kiriakidis. *La tutela cautelar del contencioso administrativo a la luz de la Lojca*. Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Un análisis a los tres años de vigencia. Caracas. FUNEDA. 2014. p 45 y sig.

general, también se debe perseguir que la Administración actúe conforme al principio de legalidad y que las actuaciones ilegales no surtan efectos.

En este sentido, Kiriakidis cita como ejemplo el caso de una solicitud de suspensión de efectos de una orden que prohíbe a un laboratorio comercializar medicamentos que ponen en riesgo la salud de los consumidores. En esta situación se debe ponderar que la pérdida de la salud o de la vida es irreparable o difícilmente reparable, en tanto que el perjudicado por la orden de prohibición de comercialización siempre podrá exigir una indemnización económica.

Este es el tipo de ponderación que, de acuerdo a lo expuesto por el autor, debe ser realizada por la autoridad que impone la medida cautelar, es decir, una apreciación de los derechos involucrados y una evaluación de cómo la medida puede afectar el ejercicio de esos derechos.

Por último, es oportuno citar al autor Canova González,¹⁰⁹ quien señala que en virtud de la especial conexión que existe entre las providencias cautelares y el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva contra la Administración, nunca podrá argumentarse válidamente que el interés general constituye un obstáculo para la imposición de una medida que tenga por finalidad dar eficacia a una sentencia de fondo. De manera que, indica el autor: “siendo la protección de los derechos constitucionales un cometido primordial del Estado de Derecho, resulta inaceptable que un supuesto interés general impida la realización de uno de los derechos esenciales que insuflan a dicho Estado de Derecho”.

Canova cita la posición que al respecto ha adoptado García de Enterría, quien considera que no debe tomarse al interés general como limitante para la imposición de las medidas cautelares, entre otros aspectos, indica García de Enterría que:

La Administración no puede crear de modo arbitrario situaciones antijurídicas y luego oponer a su remoción –cautela o definitiva, el caso es idéntico- el perjuicio práctico que esa remoción pueda causarle eventualmente. El argumento carece de la menor consistencia y su generalización no es más que una ruptura radical de los postulados elementales del Estado de Derecho, que intentan sustituirse por los propios del Estado absoluto, y hoy totalitario, para el cual la famosa cláusula *salutaris*, que se decía implícita en todos los derechos subjetivos, sujetaba a o condicionaba la efectividad de éstos al principio *salus publica suprema lex est*, el interés público debe ser la primera Ley. Hoy esa supuesta cláusula

¹⁰⁹ Antonio Canova González. *Principios modernos sobre medidas cautelares en el contencioso administrativo. Un estudio de las tendencias en el ordenamiento venezolano y jurisprudencia extranjera*. Revista de la Facultad de Derecho No. 50. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 1996. p 123.

implícita de relativización general de todos los derechos no existe, es incompatible con la idea misma del Estado de Derecho y se opone frontalmente, de manera especial, a la explícita proclamación como preeminentes en el orden político y para la paz social de los derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la tutela judicial efectiva.¹¹⁰

Dicha afirmación, resalta Canova, no es compartida de forma unánime por la doctrina española, ya que algunos autores consideran necesario realizar un balance entre el interés general y el particular al momento de emitir una medida cautelar.¹¹¹

Concluimos que una medida cautelar es procedente siempre y cuando cumpla con los presupuestos antes mencionados, esto es, siempre que se constate la existencia de la presunción del buen derecho que asiste a quien solicita la medida o a favor de quien se impone y siempre que se determine que la medida cautelar es necesaria para evitar que se configure un daño o que se agrave el daño ya producido al derecho que se pretende tutelar, el cual se generaría por el inevitable prolongado lapso de tiempo que transcurrirá mientras se dicta la decisión de fondo.

Aunado a ello, será necesario que la imposición y selección de la medida se realice atendiendo siempre a los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad que orientan la actuación administrativa. De allí que resulte necesario que la Administración imponga la medida que cumpla el fin cautelar propuesto y que resulte menos lesiva a los derechos de quien debe soportar sus efectos.

En este sentido, si bien la Administración debe velar por preservar los intereses generales que está llamada a proteger, debe también valorar la existencia de derechos individuales que no pueden ser despojados por completo de tutela jurídica y, en consecuencia, debe ser en extremo cuidadosa al ejercer la potestad cautelar.

Queda así impedida la Administración de justificar cualquier actuación cautelar desproporcionada con el argumento de que resulta imperioso proteger el interés general; en su lugar, deberá escoger la medida cautelar que cumpla la función protectora para la cual fue creada y cuyos efectos no sean tan dañinos para los intereses involucrados.

¹¹⁰ Antonio Canova González. Op. cit. p 124.

¹¹¹ Canova remite a la lectura de la autora Carmen Chinchilla Marín. *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*. Op. cit. p. 168 y sig.

II. LAS MEDIDAS CAUTELARES NOMINADAS PREVISTAS EN EL DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA DE PRECIOS JUSTOS

Una vez expuestas las bases teóricas que nos permiten comprender la actividad administrativa cautelar, sus fines, presupuestos y límites, consideramos importante resaltar cómo ha sido la evolución de las medidas cautelares nominadas en materia de control de precios y protección al consumidor. Esto nos permitirá tener una perspectiva de cuáles son las tendencias legislativas en este sentido y hacia dónde puede encaminarse la potestad cautelar administrativa en las próximas normas legales que se dicten en la materia.

Posteriormente se hará una breve referencia teórica a cada una de las medidas cautelares nominadas aquí estudiadas, para así poder comprender sus efectos y alcance, todo lo cual servirá de base para realizar el análisis crítico final.

1. Antecedentes de las medidas cautelares nominadas en materia de control de precios y protección al consumidor

Para el desarrollo de este aparte nos propusimos revisar el texto de un conjunto de leyes y decretos con rango, valor y fuerza de ley que rigieron la materia de protección al consumidor y al usuario y de regulación de precios de bienes y servicios durante al menos los últimos veinte años, para así determinar si en ellas se otorgó potestad cautelar a la Administración Pública y, de haber sido ese el caso, cuál fue el alcance de esas potestad y cuáles fueron las medidas cautelares contempladas en sus textos.

El análisis se realizó tomando como punto de partida la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario¹¹² (Ley del INDECU de 1995), las leyes y decretos con rango, valor y fuerza de ley que le sucedieron para regular la materia de precios y protección al consumidor (las cuales serán debidamente identificadas con posterioridad) hasta llegar al DLOPJ 2015.

En este sentido, se pudo observar que la potestad de imponer medidas cautelares en el curso de procedimientos de fiscalización, comenzó a otorgarse a partir del año 2007 con la publicación en Gaceta Oficial, del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Especial de defensa popular contra el acaparamiento, la especulación, el boicot y cualquier otra conducta que afecte el consumo de alimentos o productos declarados de primera necesidad o

¹¹² Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 4.898 de fecha 17 de mayo de 1995.

sometidos a control de precios¹¹³ (en lo sucesivo Decreto Ley contra el Acaparamiento).

Antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley contra el Acaparamiento ya había sido dictada la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario del año 2004¹¹⁴ (Ley del INDECU 2004) pero en esta Ley no se establecía la potestad de dictar medidas cautelares en el curso de procedimientos de fiscalización. Tampoco lo permitía la Ley del INDECU de 1995. Las potestades del Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario (INDECU) en materia cautelar se limitaban a imponer medidas cautelares actuando como órgano auxiliar del Ministerio Público y de los tribunales penales.¹¹⁵

Pero fue con la entrada en vigencia del ya mencionado Decreto Ley contra el Acaparamiento (año 2007), cuando se estableció que la Administración Pública podía imponer las medidas cautelares de comiso y ocupación temporal cuando ocurrieran determinados supuestos. Así, por ejemplo, la medida de comiso podía decretarse sobre productos regulados y solamente en caso de cierre del establecimiento, negativa de venta o acaparamiento de los productos por parte de los comerciantes.

El Decreto Ley del mismo nombre que entró en vigencia luego, el 31 de enero de 2008,¹¹⁶ establecía también dichas medidas pero agregó la posibilidad de intervenir establecimientos, que se materializaba con la administración y explotación del bien o servicio por parte de la autoridad administrativa designada por el Ejecutivo Nacional para tal fin.

Vemos posteriormente cómo el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios¹¹⁷ (Decreto Ley del Indepabis) aumentó el número de medidas cautelares nominadas en comparación con el Decreto Ley contra el Acaparamiento. Así, se incluyeron las medidas de toma de posesión de bienes y utilización de medios de transporte.

¹¹³ Publicado en Gaceta Oficial No. 38.629 de fecha 21 de febrero de 2007.

¹¹⁴ Publicada en Gaceta Oficial No. 37.930 de fecha 4 de mayo de 2004.

¹¹⁵ Señalaba la Ley del INDECU 2004 que se podía imponer cualquier medida cautelar, como el cierre provisional de un establecimiento comercial, para impedir la pérdida, sustracción, modificación o alteración de medios probatorios del presunto hecho delictivo. Por su parte, la Ley del INDECU del año 1995 establecía que se podía ordenar la aprehensión preventiva de los bienes objeto de la infracción y si se trataba de bienes percederos eran puestos a la venta; el dinero obtenido era depositado en una cuenta bancaria abierta para tal fin.

¹¹⁶ Publicado en Gaceta Oficial No. 38.862 de fecha 31 de enero de 2008.

¹¹⁷ Publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6.092 de fecha 27 de mayo de 2008.

La Ley del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios¹¹⁸ que derogó el Decreto Ley del Indepabis, agregó a la lista de medidas el cierre temporal de establecimientos y la retención preventiva del medio de transporte, cuando se presumía la comisión del delito de contrabando de extracción.

Pero con la entrada en vigencia del primer Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Precios Justos del año 2011¹¹⁹ comienza a observarse un cambio drástico con respecto al número y alcance de las medidas cautelares nominadas. Este Decreto Ley incluyó en la lista de medidas cautelares la suspensión del intercambio, distribución o venta de los productos o de la prestación de servicios y la suspensión de licencias, permisos o autorizaciones.

El segundo Decreto Ley de Precios Justos¹²⁰ (año 2014) contemplaba las mismas medidas que el Decreto Ley del año 2011, con excepción de la suspensión de intercambio, que fue eliminada. Pero incluyó una modificación: que, en caso de imponerse la medida de comiso, podía procederse de manera inmediata a la enajenación de los bienes, con fines sociales.

El tercer y luego el cuarto Decreto Ley de Precios Justos (publicados en enero y noviembre de 2014, respectivamente), mantuvieron las mismas medidas que el texto del año 2011, pero establecían ya no como una potestad sino como una obligación, la enajenación inmediata de los bienes decomisados.

El vigente Decreto Ley de Precios Justos (año 2015) contiene las mismas medidas cautelares que el Decreto Ley derogado pero incluye una única modificación: que la ocupación temporal que se imponga como medida cautelar tendrá una duración ciento ochenta (180) días prorrogables. En este sentido, se establece un límite temporal que no había sido previsto con anterioridad con respecto a esta medida.

Lo cierto es que las medidas cautelares en materia de protección al consumidor y regulación de precios, costos y márgenes de ganancia han venido modificándose con la entrada en vigencia de nuevas Leyes o Decretos Leyes, pudiendo observarse que, con el transcurso del tiempo: i) se ha

¹¹⁸ Publicada en Gaceta Oficial No. 39.358 de fecha 01 de febrero de 2010.

¹¹⁹ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos. Gaceta Oficial No. 39.715 de fecha 18 de julio de 2011.

¹²⁰ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, Gaceta Oficial No. 40.340 de fecha 23 de enero de 2014 y Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública. Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6.147 de fecha 17 de noviembre de 2014.

aumentado el catálogo de medidas cautelares nominadas, ii) las medidas cautelares nominadas han sido sustituidas por otras o se ha modificado la denominación de la medida pero con los mismos efectos, iii) se han preservado las mismas medidas cautelares pero se han agregado modificaciones que hacen variar su alcance, agravando sus efectos.

En este sentido, se evidencia que la tendencia en cuanto a la legislación en materia de precios y protección al consumidor ha sido ir atribuyendo nuevas potestades cautelares a la Administración, permitiéndole imponer medidas cautelares nominadas cuyos efectos han sido agravados con cada nueva Ley, otorgándole también mayores potestades discrecionales que la habilitan a determinar cuál medida cautelar imponer, sea ésta nominada o innominada.

2. Procedimientos en los cuales pueden ser impuestas las medidas cautelares

Anteriormente mencionamos, entre otros aspectos, que las medidas cautelares nominadas e innominadas previstas en el DLOPJ 2015 pueden ser impuestas por los funcionarios competentes durante el desarrollo de un procedimiento administrativo que tenga como fin fiscalizar o inspeccionar a un sujeto al cual le resulte aplicable el DLOPJ 2015 o, en el marco de un procedimiento administrativo sancionatorio iniciado con el fin de determinar si un sujeto de aplicación de dicho Decreto Ley, incurrió o no en alguno de los ilícitos administrativos tipificados en su texto normativo.

Así, observamos que, el artículo 70 del DLOPJ 2015 reconoce la potestad de adoptar y ejecutar medidas cautelares nominadas e innominadas en el curso de procedimientos de fiscalización, en los siguientes términos:

Artículo 70. Si durante la inspección o fiscalización, o en cualquier etapa, fase o grado del procedimiento, la funcionaria o el funcionario actuante detectara indicios de incumplimiento de las obligaciones previstas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, y existen elementos que pudieran presumir que se puedan causar lesiones graves o de difícil reparación a la colectividad; podrá adoptar y ejecutar en el mismo acto, medidas preventivas destinadas a impedir que se continúen quebrantando las normas que regulan la materia (...).

Del artículo antes transcrito se desprende claramente la potestad de imponer medidas cautelares cuando se realiza una inspección o fiscalización, siempre que se cumplan los presupuestos allí mencionados. Cabe destacar que, en este supuesto, la ejecución de la medida se realiza en el mismo momento en el cual se lleva a cabo la fiscalización y, a tal efecto, de acuerdo a lo indicado en el artículo 72 *ejusdem*, el funcionario actuante deberá dejar

constancia de la ejecución de la medida en el acta levantada con ocasión a la fiscalización.

El DLOPJ 2015 establece cómo debe proceder el funcionario actuante al momento de ejecutar la medida. Así, por ejemplo, en el caso de la ocupación temporal, el artículo 70 indica que la medida se materializará con la posesión inmediata, entiéndase del establecimiento y de los bienes indispensables para el desarrollo de la actividad y, en el caso del comiso preventivo, con su enajenación inmediata con fines sociales.

Por su parte, el artículo 73 del DLOPJ 2015, establece cómo pueden proceder los sujetos a los cuales se impone la medida luego de que esta haya sido dictada o ejecutada. En ese sentido, los interesados podrán solicitar la revocatoria, suspensión o modificación de la medida dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a aquel en que haya sido dictada, o de su ejecución. La SUNDDE decidirá dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a dicha solicitud.

Se desprende de lo indicado en el párrafo anterior que, si no existe solicitud de revocatoria o modificación de la medida cautelar, no se abrirá una incidencia a fin de sustanciar la solicitud y, en consecuencia, la medida se mantendría surtiendo efectos hasta que: i) la Administración decida revocarla o modificarla en ejercicio de su potestad de autotutela, ii) la Administración dicte al término del procedimiento administrativo sancionatorio que se inicie contra el sujeto de aplicación de la medida cautelar, la decisión de fondo del asunto y, por ende, proceda a dejar sin efecto la medida cautelar.

Partimos de la premisa de que el hecho de que se imponga y ejecute una medida cautelar en el marco de un procedimiento de fiscalización traerá consigo necesariamente el inicio de un procedimiento administrativo sancionatorio y, ello debería ser así, primero, por el carácter instrumental de las medidas cautelares y, segundo, porque el hecho de imponer una medida cautelar deriva, conforme a lo expresado por el artículo 70 antes citado, de la existencia de indicios de incumplimiento de las obligaciones previstas en el DLOPJ 2015, lo cual es motivo suficiente para dar inicio al procedimiento administrativo sancionatorio, tal como se desprende del artículo 75 del DLOPJ 2015.¹²¹

¹²¹ “Remisión al procedimiento administrativo sancionatorio, Artículo 75. Cuando de las actuaciones efectuadas conforme al procedimiento establecido en esta sección resultaren indicios de la comisión de una o más de las infracciones a que refiere el artículo 47 de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, el funcionario o funcionaria actuante remitirá la respectiva acta al funcionario competente para la sustanciación del procedimiento administrativo sancionatorio desarrollado en la sección II del presente Capítulo”.

Lo contrario, es decir, el no iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio sería sumamente cuestionable y contrario a las características propias de las medidas cautelares, tal como indicaremos en detalle posteriormente.

Por otra parte, las medidas cautelares nominadas a las cuales hace referencia el artículo 70 del DLOPJ 2015, también pueden ser impuestas en el curso de procedimientos administrativos sancionatorios. Así lo establece el artículo 84 *ejusdem*, en los siguientes términos:

Aseguramiento de la decisión. Artículo 84. En cualquier grado y estado del procedimiento, la funcionaria o el funcionario que conozca del respectivo asunto podrá decretar las medidas preventivas establecidas en el Capítulo anterior cuando, a su juicio, exista un riesgo fundado de que la decisión que resuelva dicho asunto no pueda realizarse.

Igualmente, podrá decretar medidas preventivas de secuestro, embargo, prohibición de enajenar y gravar y cualquier otra medida innominada que sea conducente.

Así mismo, podrá decretar la revocatoria, suspensión o modificación de las medidas preventivas que hubieren sido dictadas cuando, a su juicio, hayan desaparecido las condiciones que justificaron su procedencia y el levantamiento o modificación de la medida no pudiere afectar la ejecución de la decisión que fuere dictada. (Resaltado nuestro).

Se puede observar en el artículo antes citado que, la SUNDDE, además de tener competencia para imponer medidas cautelares en el curso de un procedimiento de fiscalización, también puede hacerlo durante la sustanciación de un procedimiento administrativo sancionatorio, pudiendo también revocar, suspender o modificar las medidas que hubieren sido dictadas durante la fiscalización o, incluso, en el curso del mismo procedimiento sancionatorio.

En este caso, el DLOPJ 2015 no menciona cuál sería el procedimiento a seguir y los lapsos que deben cumplirse en caso de existir una oposición a la medida, pero por analogía, podría aplicarse el artículo 73 de este mismo texto normativo al cual hicimos referencia anteriormente, es decir, que el interesado deberá solicitar la revocatoria, suspensión o modificación de la medida dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a aquel en que haya sido dictada, o de su ejecución. La SUNDDE decidirá dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a dicha solicitud.

De no existir solicitud de revocatoria o modificación de la medida, o de no ser sustituida o revocada de oficio por la Administración, la medida se mantendrá vigente hasta que culmine el lapso de duración que haya indicado la Administración o, en su defecto, hasta que se dicte la decisión de fondo del

procedimiento administrativo sancionatorio, momento en el cual deben necesariamente fenecer los efectos de la medida cautelar impuesta.

3. Las medidas cautelares previstas en el DLOPJ 2015

A. El Comiso preventivo de mercancías

Se trata de la primera de las medidas cautelares que enumera el artículo 70 del DLOPJ. Dicho artículo no ofrece mayores especificaciones sobre esta medida pero hace referencia a la consecuencia derivada de su imposición: la enajenación inmediata con fines sociales de la mercancía decomisada. También establece el mencionado artículo que el producto de la enajenación se mantendrá en garantía en una cuenta bancaria y será la Providencia que ponga fin al procedimiento, la que indique cuál será el destino que deberá darse al producto de la enajenación.

Para poder entender cuál es el alcance de la medida de comiso preventivo previsto en el DLOPJ 2015, es necesario primero hacer referencia a la definición de “comiso”. Así, el Diccionario de la Real Academia Española señala que la palabra comiso deviene del latín “*commisum*” y significa confiscación. Específicamente, indica que en el área del Derecho, el comiso es denominado decomiso, y este último es definido como la “Pena accesoria a la principal que consiste en la privación definitiva de los instrumentos y del producto del delito”¹²².

Observamos que, conforme a dicha definición, el comiso se identifica con la confiscación. Sin embargo, la doctrina venezolana se ha encargado de referirse a las similitudes y diferencias existentes entre ambas figuras.

Así, autores venezolanos como Herrera Orellana, Canova y Anzola¹²³ definen al comiso como una pena accesoria o complementaria que sucede a la aplicación de una sanción por parte de un tribunal como resultado de una acción culposa o dolosa, razón por la cual, queda excluida la posibilidad de que se fijen indemnizaciones o compensaciones por su imposición.

Indican que se trata de una figura que, al igual que la confiscación, tiene carácter penal. La diferencia entre ambas es que la confiscación tiene como fin despojar a una persona de la propiedad de determinados bienes, fruto de acciones o negocios ilícitos o prohibidos. El comiso, en cambio, tiene como fin que los bienes utilizados para la comisión de un hecho punible (no los provenientes del delito) sean incautados y pasados al patrimonio público.

¹²² Diccionario de la Real Academia española <http://dle.rae.es/?id=ByNYO1B>

¹²³ Luis A. Herrera, Antonio Canova y Karina Anzola. Op cit. 33-34.

En el mismo sentido, Badell Madrid¹²⁴ señala que el comiso no configura una limitación a la propiedad por su función social, sino que, al igual que la confiscación, es una pena de carácter accesorio que se impone como consecuencia de la comisión de algún delito penal o administrativo y que tiene como fin adquirir coactivamente los bienes que constituyen el cuerpo mismo del delito (en materia de aduana, por ejemplo, la mercancía objeto de contrabando) y de todos los bienes que se emplearon para la comisión del delito (el medio de transporte de la mercancía). Al tener carácter sancionatorio, la imposición del comiso no apareaja indemnización alguna a la persona afectada.

Badell Madrid asimila el comiso con la confiscación porque ambos son medios coactivos de adquisición de la propiedad privada, como consecuencia de algún delito cometido. La diferencia básica reside en que en la confiscación, los bienes afectados no guardan relación con el delito perpetrado, a diferencia del comiso.

Agregamos un elemento distintivo entre el comiso y la confiscación, y es que el comiso no fue reconocido en nuestra Constitución, a diferencia de la confiscación, que fue regulada expresamente en el artículo 116 constitucional¹²⁵ como una figura de aplicación excepcional que procede siempre que exista una sentencia judicial firme.

La falta de reconocimiento expreso del comiso en nuestra Constitución nos lleva a reflexionar y cuestionar si es una figura que puede aplicarse por disposición de la Ley; puesto que, si el comiso tiene similitudes con la confiscación en cuanto a su carácter sancionatorio y como forma de adquisición de la propiedad, entonces ¿por qué no se reconoció constitucionalmente al igual que la confiscación?

Adicionalmente, si existen similitudes entre el comiso y la confiscación por tratarse de figuras que se aplican como penas accesorias y que tienen como fin la adquisición coactiva de bienes por parte del Estado, deberían exigirse las mismas condiciones de procedencia para su aplicación. En este

¹²⁴ Rafael Badell Madrid. *“Limitaciones al Derecho de Propiedad”* <http://www.badellgrau.com/?pag=45&ct=1085>

¹²⁵ Artículo 116 “No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes”.

sentido, el comiso solo debería imponerse de manera excepcional y si existe una sentencia judicial firme, tal como ocurre en el caso de la confiscación.

Pero debe indicarse que el comiso no solamente ha sido reconocido como una pena accesoria que se impone con el fin de que recaiga sobre los bienes con los cuales se hubiere cometido el delito o los bienes objeto de delito (caso de la Ley Orgánica de Drogas en las que se decomisan, por ejemplo, sustancias ilegales o de uso prohibido¹²⁶). La doctrina y algunas leyes venezolanas también lo han contemplado como medida de aseguramiento probatorio y como medida cautelar.

Como medida de aseguramiento probatorio, el comiso (al igual que la incautación, la recolección de bienes y la clausura asegurativa) tiene como fin asegurar los medios de prueba que resultan indispensables para establecer la ocurrencia del delito y la responsabilidad de sus autores y partícipes. En Este caso, al ser una medida de aseguramiento probatorio y no cautelar, no es necesario considerar el *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*.¹²⁷

En cuanto al alcance del comiso como medida de aseguramiento probatorio, es importante destacar lo que ha indicado el Ministerio Público al respecto. En este sentido, ha señalado que el bien decomisado es susceptible de ser devuelto a su tenedor o propietario una vez cumplidas las exigencias de las labores de investigación.

Caso distinto es el de la incautación, puesto que los bienes incautados solo tienen un único destino, su destrucción, inutilización o su uso excepcional en determinados supuestos.¹²⁸ Vale señalar que el Ministerio

¹²⁶ En principio la Ley Orgánica de Drogas define el decomiso como la privación definitiva del derecho de propiedad sobre cualquier bien que haya sido abandonado, en los términos previstos en esta Ley, decretada por un juez o jueza de control a favor del Estado. Pero puede observarse en el texto de la normativa, que el decomiso es aplicado incluso en casos en los que no se ha declarado el bien como abandonado.

¹²⁷ Doctrina del Ministerio Público. 15 de enero de 2011. *Medida de aseguramiento probatorio* http://www.mp.gob.ve/doctrina_2012/Other/imagenmenu_acta/PDF%20doctrinas%202011/Derecho%20Penal%20Adjetivo/MEDIDAS%20DE%20ASEGURAMIENTO%20PROBATORIO.pdf pp 1 y 2.

¹²⁸ Doctrina del Ministerio Público. 15 de enero de 2011. *Medida de aseguramiento probatorio* http://www.mp.gob.ve/doctrina_2012/Other/imagenmenu_acta/PDF%20doctrinas%202011/Derecho%20Penal%20Adjetivo/MEDIDAS%20DE%20ASEGURAMIENTO%20PROBATORIO.pdf El Ministerio Público cita en su doctrina al autor José Luis Tamayo: *Medidas cautelares y de coerción real en el COPP*. Caracas, 2002. Este autor se refiere a la diferencia entre comiso e incautación en los siguientes términos: “el decomiso no persigue un apoderamiento definitivo de los bienes sino temporal, en tanto que la incautación sí, pues lo incautado no está sujeto a devolución, ni siquiera en caso de absolución del imputado. Ambas son medidas de aseguramiento (‘ocupación’) destinadas a permitir una prueba sobre ellos, que generan consecuencias jurídicas diferentes”. pp 2 y 3.

Público hace énfasis en destacar las diferencias entre ambas figuras, porque en la práctica jurídica y en el texto de las normas legales, suele hacerse referencia al decomiso y a la incautación como sinónimos.¹²⁹

Por último, el comiso como medida cautelar (caso de leyes que permiten su imposición en el curso de procedimientos administrativos: Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria¹³⁰, Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos 2015) cumple no un fin sancionatorio ni de aseguramiento probatorio, sino preventivo o cautelar. Se busca impedir que los daños que pueden ser causados por una conducta que se presume ilegal puedan materializarse o mantenerse en el tiempo hasta que se dicte la decisión de fondo del asunto.

Ahora bien, con respecto a la potestad que tiene la Administración Pública para imponer el comiso, tal como ocurriría en el caso de su imposición a título de medida cautelar o como sanción, autores como Herrera, Canova y Anzola¹³¹ indican que se trata de una habilitación o atribución indebida porque es contraria al principio generalmente aceptado de que cualquier limitación a la propiedad requiere siempre de la garantía judicial y, por otro lado, porque se produce un quiebre al derecho a la presunción de inocencia puesto que las sanciones que tenga a bien imponer la Administración Pública no han de ser nunca consideradas definitivas sino preliminares, mientras no tengan firmeza judicial.

En este sentido, indican los autores que, al ser el acto administrativo que decreta el "*comiso administrativo*", un acto de carácter ejecutivo y ejecutorio, se conculca el derecho a la presunción de inocencia del sujeto a quien le es impuesta la sanción.

En definitiva, basándonos en las posiciones doctrinarias anteriormente expuestas podemos concluir que, i) pese a que el comiso no ha sido previsto en nuestra Constitución, la legislación venezolana lo ha incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a título de sanción accesoria, medida de aseguramiento probatorio y medida cautelar; ii) al asimilarse a la confiscación

¹²⁹ Incluso se puede observar que se utiliza el término decomiso para hacer referencia a lo que, de acuerdo a la doctrina del Ministerio Público ya citada, debería calificarse como incautación (caso de la Ley Orgánica de Drogas y de la Ley contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo en las que se define el decomiso como una privación definitiva del derecho de propiedad sobre un bien).

¹³⁰ Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.889 de fecha 31 de julio de 2008. El artículo 147 establece las medidas cautelares que pueden imponerse en el curso de procedimientos de fiscalización, entre ellas: comiso, cierre temporal, suspensión de licencias, permisos y autorizaciones.

¹³¹ Luis A. Herrera, Antonio Canova y Karina Anzola. Op cit. p 34.

porque ambos son medios coactivos de adquisición de la propiedad privada, el comiso, al igual que la confiscación, solo podría ser impuesto de manera excepcional y siempre que exista una sentencia judicial firme, ello como garantía del derecho a la propiedad de la persona a quien se le impone; en consecuencia, iii) se trata de una figura que, debería ser impuesta únicamente por órganos judiciales.

B. Ocupación temporal de bienes y establecimientos

El artículo 70 del DLOPJ 2015 establece que la medida cautelar de ocupación temporal recae sobre los bienes y establecimientos indispensables para el desarrollo de la actividad, por un lapso de ciento ochenta (180) días prorrogables.

La ocupación temporal, señala el referido artículo 70, asegurará la operatividad y aprovechamiento del establecimiento, *local, vehículo, nave o aeronave, por parte del órgano o ente competente y el uso inmediato de los bienes necesarios para la continuidad de la producción o comercialización de bienes o la prestación de los servicios, garantizando el abastecimiento y la disponibilidad de estos durante el curso del procedimiento.*

Dicho artículo ofrece una descripción de la medida de ocupación temporal que destaca el alcance de esta figura. En ese sentido, se puede observar que, con su imposición, se despoja al destinatario de la medida de la posibilidad de operar el establecimiento en el cual realiza su actividad económica y de aprovechar y usar los bienes de los cuales se vale para tal fin: por ejemplo, vehículos, locales e instrumentos.

Debe indicarse que, el fin que se le da a la ocupación temporal en el DLOPJ 2015 e incluso, en los textos legales derogados que regularon la materia de costos y precios y de protección al consumidor, es muy distinto al que se persigue con la ocupación temporal en materia de construcción de obras públicas que hayan sido declaradas de utilidad pública (caso de la Ley de expropiación por causas de utilidad pública¹³²). Este es el tipo de ocupación que acostumbramos a observar antes de la entrada en vigencia de las normas sobre protección al consumidor y regulación de precios; normas que, como ya indicamos, incluyeron la ocupación temporal como medida cautelar que puede imponerse en el curso de procedimientos administrativos.

Los autores Herrera Orellana, Canova y Anzola,¹³³ indican que la ocupación temporal es una figura que facilita o brinda apoyo a la

¹³² Ley de Expropiación por Causas de Utilidad Pública. Gaceta Oficial No. 37.475 de fecha 1 de julio de 2002.

¹³³ Luis A. Herrera, Antonio Canova y Karina Anzola. Op cit. p 54.

Administración en la construcción de obras públicas que hayan sido declaradas de utilidad pública. Consiste en la afectación provisional de los atributos de uso y goce de la propiedad, tanto desde la perspectiva temporal como cualitativa o material.

Continúan dichos autores indicando que, normalmente, el fin de la ocupación temporal de inmuebles radica en la necesidad de realizar análisis y estudios preliminares para la elaboración de proyectos, construcción futura de obras públicas o instalación de bases de trabajo, estaciones, depósitos de maquinaria o similares, que sean necesarios para la ejecución de una obra pública.

Karina Anzola¹³⁴ señala que la ocupación temporal prevista en la Ley de expropiación por causas de utilidad pública, es una limitación al derecho de propiedad que no supone la eliminación total del derecho, su sacrificio o la transmisión al ente público que la decreta. Se trata de una limitación parcial que solamente afecta el uso y goce del bien ocupado pero no su disposición, su titularidad.

Indica la autora que, con la ocupación, el particular permite al Estado el uso del bien por un tiempo que no excederá de seis (6) meses, para unos fines específicos y a cambio de una indemnización por los perjuicios que le pueda reportar a su esfera de derechos, por soportar la pérdida de la posesión del bien por un período de tiempo.

Luego de analizar la ocupación temporal en el contexto de la Ley de expropiación por causas de utilidad pública, se observa que es muy distinta la forma en que fue prevista dicha figura dentro del DLOPJ 2015 y en los textos legales derogados que regularon la materia de costos y precios y de protección al consumidor. En estas últimas normas se utiliza la ocupación temporal con el fin de usar y aprovechar un establecimiento, local, así como los bienes con los que se realicen una actividad económica, a fin de que la autoridad administrativa asuma el control de las operaciones.

Herrera Orellana, Canova y Anzola,¹³⁵ consideran que la ocupación temporal, junto con la intervención y la clausura de establecimientos (haciendo referencia en este caso a las medidas cautelares previstas en el Decreto-Ley del INDEPABIS) son figuras que han sido concebidas por el legislador para ser aplicadas con un pretendido carácter cautelar, pero que también han sido previstas como sanciones dentro del mismo texto

¹³⁴ Karina Anzola. *La expropiación y la ocupación temporal en Venezuela*. Caracas. Revista de Derecho No. 26. Tribunal Supremo de Justicia. 2008. pp 215 y sig.

¹³⁵ Luis A. Herrera, Antonio Canova y Karina Anzola. Op cit. pp 228 – 231.

normativo, dejando claro de esta forma que son figuras que tienen carácter definitivo e irreversible y que, por ende, no son instrumentales.

Además, indican que, si bien la ocupación temporal no tiene como fin, formalmente, privar a los particulares de sus propiedades, impiden el normal desempeño de los derechos inherentes al propietario al no poder usar, disfrutar ni disponer de sus bienes o empresas libremente. Por ello, son medidas que deben ser consideradas como equivalentes a las privaciones forzosas de la propiedad privada.¹³⁶

Al hacer referencia los mencionados autores a algunos casos en los que la Administración Pública ha impuesto la medida de ocupación temporal como medida cautelar prevista en el entonces vigente Decreto Ley del Indepabis,¹³⁷ indican que esos supuestos constituyeron verdaderas tomas de bienes de propiedad privada, contrarias al postulado constitucional que protege el derecho a la propiedad.

Resulta importante destacar, luego de analizar lo señalado por la doctrina antes citada, que la ocupación temporal en el contexto del DLOPJ 2015 fue concebida con un fin muy diferente al que se persigue con esta figura en la Ley de expropiación por causas de utilidad pública. Así, la ocupación temporal deja de ser vista únicamente como una figura que se aplica excepcionalmente y por causas de utilidad pública y pasa a consagrarse también como una medida cautelar que puede ser impuesta en el curso de cualquier procedimiento que se siga conforme al DLOPJ 2015 o como una sanción que puede declararse al término de dicho procedimiento, con efectos que a simple vista parecen agravar el alcance de la ocupación temporal con relación a los derechos de las personas que deben soportarla.

C. Cierre temporal del establecimiento

El DLOPJ 2015 también establece que el cierre temporal del establecimiento es una medida cautelar innominada que puede imponerse en el curso de procedimientos de fiscalización.

El cierre es jurídicamente definido como la “Acción y efecto de cerrar o cerrarse. Clausura temporal o definitiva de fondos de comercio por voluntad propia o en acatamiento a sanciones impuestas por organismos gubernamentales (...)”.¹³⁸

¹³⁶ Luis A. Herrera, Antonio Canova y Karina Anzola. Op cit. p 161.

¹³⁷ Ocupación temporal de Alimentos Polar Comercial, C.A. Planta Procesadora de Arroz Calabozo; Cargill de Venezuela, S.R.L (Planta de pastas Estado Vargas y Planta La Yaguara); Conservas Alimenticias La Gaviota (Planta Cumaná).

¹³⁸ Diccionario Jurídico Venelex. Tomo I. (A-M). DMA. Op cit. p 238.

La clausura, por su parte, es definida como la “Cesación o suspensión del ejercicio de una actividad, ya sea comercial o industrial o de cualquier tipo”.¹³⁹

Tomando en cuenta las definiciones antes transcritas, podemos indicar que el cierre tiene como fin clausurar o inhabilitar temporalmente un establecimiento, esto es, el ejercicio de la actividad económica que en él se realiza o desarrolla. En este sentido, al tener ambas expresiones el mismo significado, nos referiremos indistintamente, en lo sucesivo, al cierre o clausura.

Es de destacar que la autora Durán Ramírez¹⁴⁰ al referirse a la clausura como sanción administrativa, señala que implica la cesación o suspensión del ejercicio de una actividad, sea esta de tipo comercial o industrial. La figura punitiva recae sobre el local o establecimiento en donde se ejerce la actividad que ha dado lugar a la imposición de la pena.

Meier, por su parte, define la clausura desde el punto de vista gramatical como la acción de cerrar, inhabilitar temporal o permanentemente un local o establecimiento. Señala que es una figura típica del derecho sancionador, “el cual lo desarrolla como una medida administrativa, bien como parte de la autotutela de la Administración, como un resabio de la función de policía, o como una sanción propiamente dicha, que en muchos casos acompaña a la sanción arquetípica o por antonomasia: la multa”.¹⁴¹

Meier indica que la clausura también se configura como una pena o sanción accesoria o como una medida administrativa de carácter preventivo¹⁴². En cada caso, cita ejemplos para ilustrar al lector con respecto a cuándo se impone en uno u otro sentido.

Así, para describir cuándo se impone como sanción accesoria, cita el artículo 6 de la Ley de Penal del Ambiente del año 1992,¹⁴³ en la que se permitía al juez imponer la clausura temporal de la fábrica o establecimiento, cuando el daño causado fuere gravísimo.¹⁴⁴

Como medida administrativa de carácter preventivo (cautelar), cita el artículo 176 de la Ley para la Ordenación y Gestión del Territorio del año

¹³⁹ Diccionario Jurídico Venelex. Tomo I. (A-M). DMA. Op cit. p 247.

¹⁴⁰ Maryan Karina Durán Ramírez. *La clausura de establecimientos por ilícitos formales tributarios en Venezuela*. San Cristóbal. Revista Venezolana de Ciencias Tributarias XIII. Enero-Junio 2004. Universidad Católica del Táchira. p 110.

¹⁴¹ Eduardo Enrique Meier. Op. cit. p 599.

¹⁴² Eduardo Enrique Meier. Op. cit. p 600.

¹⁴³ Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 4.358 de fecha 3 de enero de 1.992.

¹⁴⁴ La vigente Ley Penal del Ambiente publicada en Gaceta Oficial No. 39.913 del 02 de mayo de 2012 contempla en su artículo 6 la clausura temporal como pena accesoria.

2005,¹⁴⁵ en el que se estableció la facultad de la autoridad administrativa competente para imponer la medida de clausura temporal o definitiva de instalaciones o establecimientos que con su actividad alteren el ambiente, degradándolo o contaminándolo directa o indirectamente, con el fin de impedir la continuación o reparación del daño o peligro y para contrarrestar las consecuencias perjudiciales derivadas del hecho investigado.

En este último caso cita ejemplos de normas que denotan la atribución de una potestad cautelar a la Administración para imponer la medida que estime necesaria con el objeto de lograr un fin de naturaleza preventiva o cautelar. El autor reconoce la posibilidad de utilizar la clausura como una medida cautelar en sede administrativa, pero no fija posición con respecto a si esta figura es realmente capaz de lograr ese fin cautelar.

Para identificar cuándo se impone el cierre como medida o como sanción, Meier se centra en el análisis de la temporalidad o intensidad del cierre.¹⁴⁶ A tal efecto, señala que, cuando el cierre es "*provisional*", funge como una medida administrativa que se impone con el fin de evitar que sigan ocurriendo hechos dañinos o perjudiciales a bienes jurídicos tutelados por la ley, o cuando exista peligro grave o inminente de que una situación determinada pueda ser perjudicial para la colectividad.

Continúa el autor indicando que la clausura o cierre "*temporal*" es visto no como una medida sino que pareciera apuntar a una sanción provisional pero a tiempo determinado. Cuando la clausura es "*definitiva*" se impone como una verdadera sanción o pena, irreversible en cuanto a sus efectos y tiene como fin castigar hechos consumados que revisten gran peligrosidad; por su severidad, generalmente se impone ante la reiteración o reincidencia del sujeto infractor.

Conforme a lo señalado por el autor, se admite el cierre temporal como medida cautelar y como sanción. Meier no explica en mayor medida cómo diferenciar el cierre "*provisional*" (medida cautelar) del cierre "*temporal*" (sanción) puesto que ambas implican un cierre no definitivo. Suponemos que la principal distinción radicaría en el momento en el cual se impone el cierre (en el curso o al término del procedimiento) y en el fundamento utilizado para su imposición (prevenir o castigar), pero en definitiva, ambas impiden el ejercicio de la actividad económica que se venía desarrollando en el establecimiento.

Consideramos que, si bien el cierre de un establecimiento puede generar graves daños al propietario del establecimiento, podría admitirse su

¹⁴⁵ Publicada en Gaceta Oficial No. 38.279 de fecha 23 de septiembre de 2005.

¹⁴⁶ Eduardo Enrique Meier. Op. cit. p 601.

imposición como medida cautelar siempre que se realice la correspondiente ponderación de intereses involucrados y se determine que su aplicación es estrictamente necesaria para lograr el fin protector perseguido por la norma de que se trate, tal como sería el caso del cierre de un establecimiento cuyo funcionamiento genera una grave contaminación al ambiente o pudiera atentar contra la vida o salud de las personas.

Lo contrario podría constituir una arbitrariedad de la Administración al tratarse de una actuación desproporcionada, no razonable y que podría perjudicar de manera irreversible los intereses particulares afectados.

D. Suspensión temporal de licencias, permisos y autorizaciones emitidos por la SUNDDE

El artículo 70 del DLOPJ 2015 establece que esta medida cautelar consiste en suspender las licencias, permisos o autorizaciones que hubieren sido otorgadas por la SUNDDE a algún sujeto de aplicación del DLOPJ 2015, por lo cual, queda excluida la posibilidad de que funcionarios de la SUNDDE puedan suspender a través de una medida cautelar, aquellos otorgados por otras autoridades administrativas.

En cambio, sí es posible que la SUNDDE suspenda las licencias, permisos o autorizaciones emitidos por otros órganos o entes del Poder Público Nacional pero a título de sanción administrativa, aplicable en caso de comisión de infracciones previstas en el DLOPJ 2015, conforme a lo establecido en su artículo 38 (numeral 7).

En todo caso, aunque el artículo 70 del DLOPJ 2015 hace referencia a la suspensión de licencias, permisos y autorizaciones, debe resaltarse que, conforme al autor Peña Solís,¹⁴⁷ es irrelevante el uso que el legislador hace de diversos términos para referirse a las autorizaciones. Así, es común utilizar como sinónimos de autorización los términos licencia, habilitaciones o permisos, por considerar que se trata de conceptos que tienen el mismo fin.

En este sentido, en lo sucesivo englobaremos dentro de término “*autorización*” a las licencias, habilitaciones y permisos para no entrar a referirnos a las diferencias conceptuales entre unas y otras ya que, finalmente, todas cumplen un mismo objeto: autorizar o permitir.

¹⁴⁷ José Peña Solís. *Manual de Derecho Administrativo. La Actividad de la Administración Pública: de Policía Administrativa, de Servicio Público, de Fomento y de Gestión Económica*. Caracas. Volumen Tercero. Segunda reimpresión. Colección de Estudios Jurídicos Tribunal Supremo de Justicia. 2009. pp 162 y 163.

Peña Solís,¹⁴⁸ al referirse a la autorización como técnica de condicionamiento de la actividad de los particulares, cita varias definiciones, entre ellas la del autor italiano Ranelletti, quien indica que la autorización es un acto de la Administración que consiste en remover un obstáculo jurídico para que un sujeto pueda ejercer un derecho subjetivo. La actividad de la Administración consiste en este caso en determinar que no exista incompatibilidad entre el interés del particular y el interés público.

Esta definición es similar a la que realiza el autor Lares Martínez,¹⁴⁹ quien señala que la autorización tiene como fin que se suprima un obstáculo legal para que un derecho o poder preexistente pueda ser ejercido.

Para determinar cuáles son los permisos, licencias o autorizaciones que puede otorgar la SUNDDE a los sujetos de aplicación del DLOPJ 2015, cuyos efectos pueden ser suspendidos a través de una medida cautelar, se realizó una revisión del texto del Decreto Ley y de las Providencias Administrativas dictadas en su ejecución.

Ninguna de estas normas se refiere expresamente a licencias o permisos, pero sí se hace mención a algunas autorizaciones que la SUNDDE concede a los sujetos de aplicación del DLOPJ 2015; tal es el caso de la autorización para realizar promociones u ofertas de bienes y servicios¹⁵⁰ y de la autorización para el uso de técnicas alternas de medición de costos e inventarios.¹⁵¹

Sin embargo, es importante resaltar el caso de la inscripción en el Registro Único de Personas que Desarrollan Actividades Económicas (RUPDAE). Conforme al artículo 9 del DLOPJ 2015, la SUNDDE tiene a su cargo el manejo del RUPDAE y, de acuerdo al artículo 19 *ejusdem*, la inscripción en este Registro es obligatoria para todos los sujetos de aplicación del DLOPJ 2015 y necesaria para poder realizar actividades económicas en el país.

Se puede observar que, aunque no ha sido calificada expresamente como una autorización en el texto del DLOPJ 2015 y principalmente su fin es obtener información sobre los sujetos de aplicación y de las actividades que realizan, sus efectos son iguales a los de un acto de autorización, puesto que permite y

¹⁴⁸ José Peña Solís. *Manual de Derecho Administrativo. La Actividad de la Administración Pública...* Op. Cit. Pp 158 y 159.

¹⁴⁹ Eloy Lares Martínez. Op. cit. pp 166 y 167.

¹⁵⁰ La Providencia Administrativa No. 004 de fecha 15 de abril de 2014, publicada en Gaceta Oficial No. 40. 397 de fecha 23 de abril de 2014 establece que para realizar promociones u ofertas de bienes y servicios debe solicitarse autorización a la SUNDDE.

¹⁵¹ El artículo 4 de la Providencia No. 003 establece que la SUNDDE debe autorizar al sujeto de aplicación del DLOPJ el uso de alguna de las dos técnicas alternas de medición de costos e inventarios (costeo estándar o método de los minoristas) cuando por la naturaleza de las operaciones se dificulte o se haga impracticable la determinación o seguimiento frecuente del costo real de producción.

habilita el ejercicio de una actividad económica en el país. En este sentido, la inscripción en el RUPDAE que se demuestra a través de un comprobante digital emitido por la SUNDDE, es la que permite llevar a cabo la actividad económica.

Es decir, que la SUNDDE, en ejercicio de sus atribuciones legales, podría suspender a un sujeto de aplicación del RUPDAE como una forma de impedir temporalmente el ejercicio de una actividad económica, con fundamento en el artículo 70 del DLOPJ 2015.

En todo caso, consideramos esta medida podría ser impuesta con relación a cualquier acto de la SUNDDE que tenga como fin habilitar o permitir el ejercicio de un derecho, aunque no sea calificado expresamente como autorización, licencia o permiso dentro del DLOPJ 2015 y sus normas complementarias.

E. Ajuste de precios

El ajuste inmediato de precios es otra de las medidas cautelares nominadas que fue prevista en el artículo 70 del DLOPJ 2015; aunque dicho artículo no ofrece mayores precisiones sobre el alcance de esta medida, entendemos que se impone cuando se presume la violación del deber de los sujetos de aplicación del DLOPJ 2015 de comercializar bienes y prestar servicios a precios determinados por la SUNDDE, es decir, a precios regulados.

La medida de ajuste de precios tiene su antecedente inmediato en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica publicado en Gaceta Oficial No. 40.340 de fecha 23 de enero de 2014. En las leyes sobre regulación de precios y defensa al consumidor que datan del año 2007, no se contemplaba esta medida cautelar.

Se trata de una figura que ha sido aplicada de manera constata y reiterada por la SUNDDE durante procedimientos de fiscalización que realiza en el marco de jornadas ordinarias o especiales, para la verificación de cumplimiento de deberes que contempla en DLOPJ 2015 por parte de los sujetos de aplicación de esta norma.¹⁵²

La redacción del numeral 5 del artículo 70 del DLOPJ 2015 excluye la aplicación de esta medida cuando se trata de bienes y servicios cuyos precios no hayan sido fijados por la SUNDDE, es decir, cuando se trate de bienes y

¹⁵² El ajuste de precios fue la medida cautelar más aplicada en el año 2015 <http://www.superintendenciadepreciosjustos.gob.ve/?q=noticias/ajuste-inmediato-de-precios-medida-preventiva-m%C3%A1s-aplicada-por-la-sundde-en-el-2015>

servicios cuyo precio deba ser determinado directamente por el productor o importador del bien o por el prestador del servicio.¹⁵³

Sobre este punto señala el autor Alejandro Gallotti¹⁵⁴ que, los bienes y servicios que no cuenten con regulación de precios en Gaceta Oficial, no podrán considerarse subsumidos en este supuesto de medida cautelar.

No obstante, si tomamos en cuenta que el artículo 70 del DLOPJ 2015 le atribuye a la SUNDDE amplias potestades para dictar todas aquellas medidas cautelares que considere pertinentes para garantizar los derechos protegidos por dicho Decreto Ley (medidas innominadas), este organismo podría también ordenar el ajuste de los precios que son determinados por el sujeto de aplicación de la normativa, cuando presuma que la auto regulación de precios realizada no cumple con los parámetros previstos en las normas legales y sub legales correspondientes.¹⁵⁵

Puede observarse, por ejemplo, como en el mes de septiembre de 2015 la SUNDDE ordenó el ajuste de precios de artículos escolares que no han sido regulados oficialmente,¹⁵⁶ es decir, no existe un acto administrativo de la SUNDDE que establezca el precio máximo de esos productos,¹⁵⁷ pero aun así,

¹⁵³ Recordemos que quien determina los precios de los productos no regulados por la SUNDDE es el sujeto de aplicación del DLOPJ 2015, valiéndose de la normativa sub legal dictada por el órgano rector en materia de costos y precios, para tal fin: la Providencia No. 003 de fecha 7 de febrero de 2014 y la Providencia No. 070/2015. Se trata de las normas que contemplan límites a los márgenes de ganancia y establecen los criterios generales para la determinación de costos y precios.

¹⁵⁴ Alejandro Gallotti. *Procedimiento administrativo y potestad sancionatoria en la Ley Orgánica de Precios Justos*. En: *Análisis Jurídico Económico y Financiero de la Ley Orgánica de Precios Justos*. Caracas. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA. 2014. pp 73-74

¹⁵⁵ Providencia Administrativa No. 003 de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos que establece los Criterios Contables Generales para la Determinación de Precios Justos. Gaceta Oficial No. 40.351 de fecha 7 de febrero de 2014. Providencia Administrativa No. 004 de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos que establece el Procedimiento para Autorizar las Promociones Solicitadas. Gaceta Oficial No. 40.397 de fecha 23 de abril de 2014. Providencia Administrativa No. 070/2015 de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos que regula las modalidades para la determinación, fijación y marcaje de precios en todo el territorio nacional. Gaceta Oficial No. 40.775 de fecha 27 de octubre de 2015.

¹⁵⁶ Con información de la SUNDDE consultada en: <http://www.superintendenciadepreciosjustos.gob.ve/?q=noticias/ordenan-ajuste-de-precios-en-tienda-de-art%C3%ADculos-escolares-en-anzo%C3%A1tegui>

¹⁵⁷ Por ejemplo, en el año 2015 con ocasión del inicio del año escolar la SUNDDE inició operativos con el fin de fiscalizar los precios de los útiles escolares y regular sus precios. También se han realizado innumerables planes de fiscalización con relación a diversos rubros y actividades económicas.

se procedió a imponer la medida cautelar por considerar que la auto regulación de precios no fue realizada correctamente.

En definitiva, la SUNDDE cuenta con amplias potestades para ordenar al sujeto de aplicación del DLOPJ 2015 el ajuste del precio del producto o del servicio. Puede hacerlo con fundamento en el artículo 70 del DLOPJ a título de medida nominada (para los casos de precios regulados por la SUNDDE) o como medida cautelar innominada (para los casos de precios auto regulados), quedando obligado el destinatario de la medida a vender sus bienes o prestar el servicio al precio indicado por la autoridad administrativa.

III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES NOMINADAS PREVISTAS EN EL DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA DE PRECIOS JUSTOS

Hemos indicado a lo largo de esta investigación, las bases teóricas que permiten aproximarnos a conceptos que son imprescindibles para realizar el siguiente análisis crítico. Se trata de un análisis que tiene como fin determinar si las llamadas medidas cautelares nominadas que contempla el DLOPJ 2015 pueden ser calificadas como medidas cautelares, esto de conformidad con los principios, características, presupuestos y fines propios de este tipo de medidas.

Pero en primer lugar, resulta necesario hacer algunas consideraciones con respecto a los presupuestos de las medidas cautelares a la luz del DLOPJ 2015, con el fin de resaltar aspectos importantes que inciden en el ejercicio de la potestad cautelar que ejerce la Administración Pública, como indicaremos a continuación.

1. Los presupuestos de las medidas cautelares nominadas previstas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos

Anteriormente hicimos referencia a los presupuestos que deben darse para que se pueda imponer una medida cautelar: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. En este sentido, el funcionario que tenga la potestad de imponer medidas cautelares en ejecución del DLOPJ 2015 debe constatar que existan estos dos presupuestos para justificar la actuación cautelar de la Administración Pública.

El DLOPJ 2015 no hace referencia expresamente a los presupuestos de las medidas cautelares en la forma en que lo hacía la Ley del Indepabis 2010,¹⁵⁸ en la cual se preestablecieron las circunstancias que constituían el peligro en el daño y la presunción de buen derecho, necesarios para que el funcionario pudiera imponer la medida cautelar.

Así, puede observarse que el artículo 70 del DLOPJ 2015 (y de forma muy similar en los Decretos Leyes de precios justos derogados) establece que, el funcionario queda facultado para imponer las medidas cautelares, cuando i) se detecten indicios de incumplimiento de las obligaciones previstas en el DLOPJ 2015 y, ii) cuando existan elementos que permitan presumir que se pueden causar lesiones graves o de difícil reparación a la colectividad.

Basándonos en lo antes expuesto sobre la definición de los presupuestos necesarios para imponer las medidas cautelares, se puede extraer de dicho artículo 70 que, en el contexto del DLOPJ 2015, el *periculum in mora* viene dado por la presunción de incumplimiento de las obligaciones contempladas en el DLOPJ 2015 y el *fumus boni iuris* por el derecho que tiene la colectividad a que no se le ocasionen daños o lesiones graves de difícil reparación, en este caso, producto del incumplimiento de las normas sobre regulación de precios y protección al consumidor.

Sobre lo señalado en el párrafo anterior es importante rescatar lo siguiente: la medida cautelar solamente sería procedente cuando la presunta infracción pueda causar un daño grave de difícil reparación a la colectividad, es decir, que no será suficiente que se presuma la infracción de una obligación para que se imponga la medida.

Pero ¿Cuándo se considera que se ha generado un daño de ese tipo a la colectividad? ¿Cómo puede medirse si un daño es grave o menos grave como para ameritar la actuación cautelar de la Administración? Estamos así ante otro elemento discrecional que toma protagonismo en el ejercicio de la potestad cautelar de la Administración.

Es por ello que resulta tan importante en el ejercicio de la potestad cautelar que el funcionario realice una labor apreciativa de la situación de manera razonable y, de constatarse la existencia de los presupuestos necesarios para la procedencia de la medida cautelar, imponga aquella que

¹⁵⁸ “Artículo 111. Supuestos para la procedencia de medidas preventivas. A los efectos de la presente ley, el peligro del daño, como requisito para adoptar la medida preventiva, viene dado por el interés individual o colectivo para satisfacer las necesidades en la disposición de bienes y servicios de calidad de manera oportuna especialmente aquéllos inherentes al derecho a la vida, a la salud y a la vivienda. La presunción de buen derecho se origina en el derecho del pueblo a la construcción de una sociedad justa y amante de la paz”.

resulte proporcional al fin perseguido, garantizando así una actuación administrativa no arbitraria.

Para tal fin debe tener claro cuáles son los principales derechos protegidos por el DLOPJ 2015: derecho a obtener bienes y servicios a precios justos (regulados o determinados conforme a los parámetros establecidos por la autoridad competente), a obtener información adecuada sobre las características de los bienes y servicios que adquiere, a recibir dichos bienes y servicios en óptimas condiciones de calidad, así como otros tantos derechos similares que son reconocidos en el artículo 117 constitucional¹⁵⁹ y en las normas que sobre protección al consumidor trae el DLOPJ 2015.

Al haber delimitado cuáles son los derechos tutelados por el DLOPJ 2015, el funcionario podría determinar si la conducta presuntamente ilícita puede afectar el ejercicio de dichos derechos y, también, cuál es la medida cautelar idónea para evitar que esa conducta se mantenga en el tiempo e incida negativamente en la esfera de derechos reconocidos a la colectividad en materia de protección al consumidor.

Pero además, es necesario destacar que la SUNDDE, en ejercicio de su potestad cautelar, debe realizar una ponderación de los intereses y derechos involucrados que podrían ser afectados por la imposición de la medida.

La ponderación debe efectuarse independientemente de la falta de previsión expresa en el texto del DLOPJ 2015. En este sentido, el funcionario debe tomar en cuenta que, si bien la Administración está llamada a tutelar intereses generales, debe lograr un equilibrio, en el sentido de poder garantizar la protección de esos derechos sin afectar de manera irreversible o irreparable los derechos individuales de la persona que soporta los efectos de la medida cautelar.

El problema se presenta cuando observamos que el DLOPJ 2015 fue dictado con fundamento en un modelo político y económico denominado Socialismo del Siglo XXI que orienta y dirige su ejecución, tal como lo señala claramente la Exposición de Motivos del Decreto Ley. Lo peligroso de justificar de una forma tan enfática el contenido del Decreto Ley en la necesidad de alcanzar este modelo, es que las actuaciones administrativas

¹⁵⁹ “Artículo 117: Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen; a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos”.

terminan siendo marcadas y guiadas forzosamente por una tendencia política, lo cual podría generar actuaciones administrativas cautelares arbitrarias y contrarias al fin que realmente deben alcanzar.

A lo anterior debemos agregar lo peligroso que puede resultar el hecho de establecer cláusulas abiertas que otorgan un amplio margen de apreciación y decisión a los funcionarios que participan en la inspección, pudiendo imponer las medidas nominadas o incluso innominadas que consideren necesarias, lo cual, tal como indica el autor Silva Bocaney,¹⁶⁰ implica contemplar una cláusula de contenido excesivamente discrecional que, además, desconoce la noción de tipicidad.

Por razones como las antes descritas el sujeto de aplicación del DLOPJ 2015 queda en una total situación de incertidumbre con respecto a si la actuación administrativa estará o no ajustada a los principios que orientan el ejercicio de sus potestades cautelares, más aún cuando la norma otorga un amplio poder discrecional que puede derivar en un daño grave a los derechos del particular.

Así, resulta necesario que la Administración actúe en apego a los principios de legalidad, racionalidad y proporcionalidad, por una parte, para evitar actuaciones arbitrarias de la Administración que afecten indebidamente a los sujetos de aplicación del DLOPJ 2015 a quienes se les impone la medida y, además, para evitar que por el hecho de adoptar medidas desproporcionadas e irracionales se termine desvirtuando el fin de la medida cautelar y se niegue a los consumidores la protección y el ejercicio de los derechos reconocidos en el DLOPJ 2015 y en nuestra Constitución.¹⁶¹

2. Comentarios con relación a la imposición de medidas cautelares en el curso de procedimientos de fiscalización

Como ya mencionamos, el DLOPJ 2015 permite a los funcionarios competentes imponer medidas cautelares en el curso de procedimientos de fiscalización y sancionatorios.

Ahora bien, el hecho de que la medida cautelar sea impuesta en el marco de un procedimiento administrativo sancionatorio no genera, en principio,

¹⁶⁰ José Gregorio Silva Bocaney. *El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos*. Revista de Derecho Público (Estudios sobre los decretos leyes 2014). No. 140. Octubre-diciembre 2014. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. p 263.

¹⁶¹ Tal sería el caso, por ejemplo, de una medida cautelar de cierre que impida a los consumidores el acceso a los bienes o servicios ofrecidos, o el caso de un establecimiento cuyos niveles de producción se vean afectados por un inadecuado manejo por parte de la Junta Administradora designada para ejecutar la medida cautelar de ocupación temporal.

mayor preocupación, por cuanto, de acuerdo al carácter instrumental de las medidas cautelares, ellas están destinadas a garantizar la eficacia práctica de una decisión de fondo o definitiva, es decir, de la decisión que se dicte al término de un procedimiento principal como sería el administrativo sancionatorio.

Pero distinto es el supuesto en el cual las medidas cautelares son impuestas durante un procedimiento de fiscalización o inspección, precisamente, porque en este caso no estamos ante un procedimiento principal del cual se espera una decisión definitiva que resuelva el fondo del asunto.

En primer lugar, debe destacarse que la competencia que se atribuye a la Administración para imponer medidas cautelares durante fiscalizaciones luce desproporcionada, al permitirse a los funcionarios actuantes ejecutar inmediatamente medidas que, como veremos luego, afectan en gran medida la esfera de derechos del sujeto que debe soportar sus efectos, en ausencia de un procedimiento administrativo contradictorio que culmine con una decisión en la cual se declare si infringió o no las disposiciones del DLOPJ 2015.

En ese sentido, cabe preguntarse lo siguiente: en ausencia de un procedimiento principal y, en consecuencia, en ausencia de la certeza de que se emitirá una decisión de fondo ¿cuál es el fin de la medida cautelar que se impone dentro de un procedimiento de fiscalización si no estará destinada a asegurar la eficacia práctica de una decisión? ¿Cuál será el destino y la temporalidad de la medida cautelar si no se inicia el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el DLOPJ 2015 y cuya culminación implicaría que deben cesar los efectos de la medida cautelar?

Con respecto a la primera interrogante, es importante resaltar que, al no tener como fin asegurar la eficacia práctica de una decisión que se dictará en el marco de un procedimiento principal, la pretendida medida cautelar no podría considerarse en ningún momento como tal, por cuanto carecería de las características propias de las medidas cautelares, principalmente, de la más representativa: la instrumentalidad.

Sobre este punto, es importante realizar un paréntesis para destacar la opinión de la autora Karina Anzola Spadaro con respecto al carácter autónomo e instrumental de las medidas cautelares que fueron contempladas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.889 del 31 de julio de 2008.

Dicho Decreto Ley del 2008, contemplaba en su artículo 111 las medidas cautelares que podían imponerse durante las inspecciones realizadas por el INDEPABIS y establecía también un lapso de oposición a la medida y de decisión por parte del Presidente del INDEPABIS.

Precisamente, la autora Karina Anzola Spadaro¹⁶² realizó un análisis con el fin de abordar, principalmente, la naturaleza de las medidas previstas en el mencionado artículo 111. En ese sentido, se refirió de manera general a las principales características de las medidas cautelares, para luego, con base a ello, concluir que las medidas cautelares contempladas en el artículo 111 de la Ley del Indepabis 2008 tenían carácter autónomo y no cautelar, argumentando para ello, básicamente lo siguiente:

- i) No son instrumentales al no haber sido concebidas como un medio para precaver los efectos de la decisión definitiva que se pronuncie sobre el fondo del asunto. No son instrumentos de una posterior decisión definitiva derivada de un procedimiento administrativo contradictorio. Son decisiones autónomas e independientes, no son provisorias y carecen de la reversibilidad propia de las medidas cautelares.¹⁶³
- ii) Las medidas son un fin en sí mismas. A título de ejemplo, la autora se refiere a dos casos: a) cuando se decreta el comiso de mercancías, inmediatamente se procede a disponer de ella sin que se pruebe la falta en la que incurrió el particular y, b) cuando se decreta la operatividad temporal y se toma posesión de los bienes y equipos de producción, despojando al propietario o al poseedor legítimo de ellos sin que exista una decisión de fondo producto de un proceso judicial o un procedimiento administrativo.¹⁶⁴
- iii) Son inconstitucionales porque no son instrumento de una posterior y definitiva decisión a dictarse en el marco de un procedimiento administrativo en el que la parte afectada pueda ejercer plenamente su derecho a la defensa, presentar alegatos y pruebas con el fin de desvirtuar los cargos que se le atribuyen. También son inconstitucionales por tratarse de sanciones, que inciden de gran manera sobre los derechos subjetivos de los particulares, adoptadas sin procedimiento previo. De esta forma, se configura una violación

¹⁶² Karina Anzola Spadaro. *El carácter autónomo de las medidas preventivas...* Op. cit. pp 271 y sig.

¹⁶³ Karina Anzola Spadaro. *El carácter autónomo de las medidas preventivas...* Op. cit. p. 274

¹⁶⁴ Karina Anzola Spadaro. *El carácter autónomo de las medidas preventivas...* Op. cit. p. 274

al derecho constitucional al debido procedimiento y al derecho a la defensa y la presunción de inocencia.¹⁶⁵

Observamos que la opinión de la autora Anzola, pese a que fue realizada con respecto a un Decreto Ley que no es el objeto de nuestro estudio en esta oportunidad, puede aplicarse al caso bajo análisis, atreviéndonos afirmar que las pretendidas medidas cautelares que son impuestas en el curso de procedimientos de fiscalización que se realizan en el marco del DLOPJ 2015, son medidas autónomas, no instrumentales y, además, son impuestas en violación de derechos constitucionales como el derecho a la propiedad, a la defensa y a la presunción de inocencia, tal como indicaremos más adelante. En definitiva, no pueden ser calificadas como medidas cautelares.

Con respecto a la segunda interrogante planteada anteriormente con relación a ¿Cuál será el destino y la temporalidad de la medida cautelar si no se inicia el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el DLOPJ 2015? debemos concluir que, si no existe una decisión de la Administración destinada a revocar la pretendida medida cautelar impuesta en el marco de una fiscalización o, si no se estableció la temporalidad de la medida cautelar en el Acta levantada en la inspección, dicha medida se mantendría surtiendo efectos de manera indefinida.

En lo que respecta a las medidas cautelares nominada, podrían mantenerse de manera indefinida la ocupación temporal, el cierre temporal, el ajuste de precios y la suspensión de permisos, autorizaciones o licencias. En el caso del comiso, sería inútil establecer un límite temporal de duración o revocar la medida y revertir sus efectos, puesto que la ejecución del comiso es inmediata y sus efectos se agotan con la disposición también inmediata de los bienes.

Resaltamos en esta oportunidad la opinión del autor Juan Domingo Alfonzo,¹⁶⁶ quien al referirse a la medida cautelar de ajuste de precios, a su aplicación dentro de los procedimientos administrativos de inspección o fiscalización y al vacío o falta de claridad existente en cuanto a los supuestos que dan lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionatorio, indica que, si la SUNDDE no resuelve la oposición a la medida presentada por el sujeto afectado, el acto administrativo que ordena el ajuste de precios puede permanecer inalterado en el tiempo y se estaría configurando una congelación

¹⁶⁵ Karina Anzola Spadaro. *El carácter autónomo de las medidas preventivas...* Op. cit. p. 276.

¹⁶⁶ Juan Domingo Alfonzo Paradisi. *Comentarios en cuanto al decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos publicado en la Gaceta No. 40.787 de fecha 12 de noviembre de 2015.* Revista de Derecho Público No. 1433-144. Julio-diciembre 2015. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. p 241. Op. cit. pp. 241-242.

de los precios objeto de la medida, afectando además el derecho a la defensa del particular y generando daños económicos a la empresa.

En definitiva, sobran razones para cuestionar el carácter cautelar de las medidas nominadas previstas en el DLOPJ 2015, como indicaremos próximamente, pero mucho más cuestionable es imponerlas con un pretendido carácter cautelar en el marco de un procedimiento administrativo de fiscalización, en violación de derechos constitucionales que amparan al sujeto de aplicación del decreto ley.

3. El comiso, la ocupación temporal y el cierre temporal

Hemos agrupado el análisis del comiso, la ocupación temporal y el cierre temporal, porque consideramos que merecen iguales o similares comentarios que hacen innecesario un examen separado de estas figuras, principalmente por haber sido contempladas como medidas cautelares pero también como sanciones.

El análisis fue dividido en tres subtítulos con el fin de destacar, en primer lugar, las consecuencias de haber previsto estas figuras como medidas cautelares y también como sanciones, para luego exponer en detalles las razones por las cuales consideramos que dichas figuras no poseen las características propias de las medidas cautelares. Por último explicaremos por qué la imposición de estas figuras a título de medidas cautelares es contraria a los principios que rigen la actividad cautelar de la Administración.

A. El comiso, el cierre temporal y la ocupación temporal fueron previstas como medidas cautelares y también como sanciones administrativas y accesorias

Como ya comentamos con anterioridad, el DLOPJ 2015, contempla al comiso, al cierre temporal y a la ocupación temporal como medidas cautelares pero también como sanciones, tal como podrá observarse en el siguiente cuadro:

MEDIDAS CAUTELARES (ARTÍCULO 70)	SANCIONES ADMINISTRATIVAS (ARTÍCULO 38)
Comiso preventivo de mercancías	Comiso de los bienes objeto de la infracción o de los medios con los cuales se realizó
Ocupación temporal de los establecimientos o bienes	Ocupación temporal con intervención de almacenes, depósitos, industrias,

indispensables para el desarrollo de la actividad por un lapso de 180 días prorrogables.	comercios, transporte de bienes, por un lapso de hasta 180 días prorrogables por una sola vez.
Cierre temporal del establecimiento	Cierre temporal de almacenes, depósitos o establecimientos dedicados al comercio, conservación, almacenamiento, producción o procesamiento de bienes.

Además de reflejar que las tres figuras objeto de análisis en este aparte fueron contempladas como medidas cautelares y como sanciones que pueden imponerse en ejecución del DLOPJ 2015, en el cuadro anterior también puede visualizarse que, al parecer, la intención del legislador fue matizar el alcance del comiso, de la ocupación temporal y del cierre temporal cuando se regularon como medidas cautelares, probablemente para evitar o intentar evitar que puedan confundirse o calificarse como sanciones.

Nótese que al **comiso** como medida cautelar se le denomina “*comiso preventivo de mercancías*” y cuando se describe como una sanción, se le da una connotación más grave, puesto que se aplica como consecuencia de la comisión de una infracción. Pero realmente, en el contexto del DLOPJ 2015, el alcance del comiso, cuando se impone como medida cautelar o como sanción es el mismo: despojar al sujeto a quien se le impone de la propiedad del bien decomisado.

En efecto, de acuerdo con el artículo 70 del DLOPJ 2015, cuando el comiso se impone como medida cautelar los bienes son enajenados inmediatamente con fines sociales y al producto de la enajenación se le da el destino que se indique en la providencia definitiva, esto es, se despoja al sujeto a quien se impone la medida de los bienes decomisados.

En la práctica se observa que los bienes decomisados por la SUNDDE en el curso de procedimientos de fiscalización (a título de medida cautelar), son puestos a la venta por dicho organismo, es decir, que se realiza una disposición inmediata de los bienes, impidiendo así que puedan luego ser restituidos al propietario en caso de declararse que no cometió la conducta ilícita que dio lugar a la aplicación de la medida cautelar.¹⁶⁷ Es decir, que el

¹⁶⁷ Son múltiples los casos en que la SUNDDE ha decomisado bienes en el curso de procedimientos de fiscalización y ha puesto a la venta dichos productos. A continuación algunos ejemplos tomados de la página web de la SUNDDE y de portales de noticias. <http://www.superintendenciadepreciosjustos.gob.ve/?q=noticias/m%C3%A1s-de-500-toneladas-de-alimentos-y-otros-rubros-han-sido-decomisados-en-m%C3%A9rida>, <http://www.correodelorinoco.gob.ve/regiones/alimentos-decomisados-por-sundde-se>

efecto de imponer el comiso como medida cautelar en el contexto del DLOPJ 2015, es igual al efecto derivado de su imposición como sanción.¹⁶⁸

En cuanto a la **ocupación temporal** se observa que no existe tampoco diferencia con relación a los efectos de imponerla como medida cautelar o como sanción. En ambos casos la Administración actuará igual, es decir, tomará el dominio de las actividades económicas que se realizan en el establecimiento, asumiendo la toma de decisiones operativas y/o administrativas.

Así, pueden observarse en la práctica ejemplos de empresas que han sido objeto de medidas de ocupación temporal y la SUNDDE se ha encargado de designar al administrador *pro tempore* y de atribuirle las gestiones operativas de la empresa, el manejo del giro comercial, de cuentas bancarias, gestión de permisos y licencias, uso de vehículo y otras atribuciones similares que reflejan el despojo del derecho del propietario al uso, goce y disposición del bien ocupado¹⁶⁹.

Incluso, resulta más grave que en el caso de la ocupación temporal como medida cautelar no se establece una limitación en cuanto a la cantidad de prórrogas que pueden otorgarse, a diferencia de lo que ocurre cuando es impuesta como sanción, en cuyo caso se puede prorrogar por 180 días, una sola vez.

Y aunque las medidas cautelares, por su carácter instrumental, están destinadas a mantenerse vigentes hasta que la autoridad administrativa dicte

distribuyeron-al-pueblo-guasgualito/, http://www.el-nacional.com/economia/Sundee-inicio-venta-repuestos-decomisados_0_695330564.html

¹⁶⁸ Se asimila también al comiso como pena accesoria contemplado en la Ley Orgánica de Drogas, que implica una privación definitiva del derecho de propiedad sobre el bien.

¹⁶⁹ Caso de la ocupación temporal de Supermercados Día a Día: <http://www.superintendenciadepreciosjustos.gob.ve/sites/default/files/gaceta%2040.603.pdf> Caso de la ocupación temporal de panaderías en el Área Metropolitana de Caracas, especialmente de la panadería Bakery, la cual fue ocupada temporalmente por la SUNDDE inicialmente por un período de 90 días y, según lo reseñado por la prensa, posteriormente se extendió el lapso de ocupación. El nombre de la panadería fue sustituido y la ejecución operativa quedó a cargo de los Consejos Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP) y consejos comunales de la zona, mientras que los propietarios de la empresa fueron impedidos de continuar a cargo del comercio: <http://www.albatv.org/Tres-meses-mas-de-ocupacion.html>, <http://runrun.es/nacional/301726/sundde-ocupacion-temporal-de-panaderias-tendra-una-duracion-de-90-dias.html> <http://contrapunto.com/mobile/noticia/tras-fiscalizacion-de-sundde-a-la-panaderia-mansion-bakery-le-cambiaron-hasta-el-nombre-127028/>

la decisión definitiva del caso o decida revocar o sustituir la medida en el curso del procedimiento de que se trate, lo cierto es que, ante una realidad en la que se observan procedimientos administrativos cuya duración puede prolongarse por meses y hasta años, no sería cónsono con los principios y características de las medidas cautelares, imponer una ocupación temporal que pueda mantenerse por un lapso de tiempo exagerado, afectando los derechos inherentes al ejercicio de la propiedad y de la libertad económica del sujeto de aplicación del DLOPJ 2015 al que se le impone.

Por último, sobre el **cierre de establecimientos** es importante resaltar que su alcance y sus efectos son iguales cuando se imponen como medida cautelar y como sanción. En ambos casos, el cierre podrá recaer sobre establecimientos destinados a la producción, depósito, almacén o comercialización y generarán la misma afectación a los derechos del propietario o de quien realice una actividad económica en dicho establecimiento. Nos referimos a lesiones al ejercicio de los derechos a la propiedad y a la libertad económica principalmente.

Al observar las consideraciones realizadas anteriormente surge la siguiente pregunta: ¿pueden el comiso, la ocupación temporal y el cierre temporal de establecimientos ser utilizados para cumplir con una tutela cautelar y para sancionar? La respuesta, en nuestro criterio, es negativa. Una figura de naturaleza sancionatoria no puede cumplir un fin cautelar, ello se debe a que los fines que se persiguen con la imposición de una sanción son muy diferentes a los que se buscan al imponer una medida cautelar.

Lo que se pretende con una medida cautelar es, en definitiva, proteger un derecho que haya sido o pudiere ser afectado por una conducta ilícita que se presume realiza la persona a quien va dirigida la medida. En cambio, el fin de una sanción es (sin intención de ahondar en las diversas tesis que explican el fin de la pena) castigar a quien ha cometido una conducta prohibida, previa tramitación de un procedimiento en el cual haya quedado demostrada su culpabilidad.

De manera que, de nada sirve utilizar calificativos como preventivo, temporal o provisional si los efectos de la medida que se impone son tan lesivos como una sanción, son desproporcionados, irracionales e inadecuados para cumplir con el fin cautelar que se propone la norma.

Evidentemente, toda medida cautelar, al ser una manifestación de la actividad administrativa que se realiza en ejercicio de una potestad ablativa, puede limitar la esfera de derechos de quien deba soportarla, pero recordemos que toda actividad del Poder Público, sea esta legislativa o administrativa, debe ejercerse en observancia de los principios de proporcionalidad, racionalidad y legalidad como límite al ejercicio del poder y como garantía de

los derechos de los sujetos que soportarán la imposición de la medida cautelar.

En conclusión, ni el comiso, ni el cierre temporal ni la ocupación temporal de establecimientos previstos en el DLOPJ 2015 pueden cumplir un fin cautelar (y sobre este punto ahondaremos a continuación), por ello, los funcionarios que detentan la potestad cautelar deberían evitar la imposición de estas figuras bajo el título de medidas cautelares.

B. El comiso, la ocupación temporal y el cierre temporal no poseen las características propias de las medidas cautelares

Las tres figuras que analizamos en esta oportunidad no pueden calificarse como medidas cautelares porque no poseen las principales características de dichas medidas: instrumentalidad, provisoriedad, reversibilidad y variabilidad.

Afirmamos que las medidas de comiso, ocupación temporal y cierre de establecimientos **no tienen carácter instrumental**, porque son figuras cuyos efectos son iguales a los de una sanción, es decir, sustituyen de manera anticipada los efectos de esa decisión y no nacen a la espera de una providencia definitiva; tienen carácter definitivo e irreversible y no cumplen un fin cautelar.

De la ausencia de la instrumentalidad antes explicada deriva la **inexistencia de la provisoriedad**, la cual supone que los efectos de la decisión cautelar durarán únicamente el tiempo que transcurra desde la fecha de su imposición hasta la fecha en que se dicte la decisión final del procedimiento administrativo sancionatorio.

Pero este carácter temporal o provisorio es inexistente cuando nos encontramos frente a figuras como el comiso, la ocupación temporal y el cierre temporal, cuyos efectos son definitivos y se asimilan a los de una sanción. En efecto, si la imposición de alguna de estas figuras no sirven a una decisión final, en el sentido de que no tienen como fin asegurar preventivamente las resultas de un procedimiento sino anticipar los efectos de esa decisión, no pueden tener carácter provisorio.

Tampoco pueden tener carácter reversible, por cuanto sus efectos serían definitivos. De nada valdría entonces sustituir o revocar la medida si ya ha causado efectos irreversibles a la esfera de derechos del sujeto de aplicación a quien se le impone.

Es así como cabe preguntarse: ¿Sería útil revocar una medida de comiso luego de haberse ordenado la venta de los bienes decomisados? ¿Sería útil

revocar una medida cautelar de cierre temporal después que han transcurrido meses desde su imposición? ¿Sería útil revocar una medida de ocupación temporal después de haberse dejado la administración y manejo del establecimiento en manos del ente ocupante por un largo período de tiempo, con todos los daños que ello podría representar para el propietario?

La revocatoria o sustitución de la medida en casos como los señalados anteriormente no tendría mayores consecuencias para la persona a quien le fue impuesta, debido a que sus efectos sumamente lesivos ya habrían afectado negativamente su esfera de derechos. En razón de ello, consideramos que la **variabilidad** (revocar una medida o modificarla para adecuarla a las circunstancias de hecho, en garantía de los principios que rigen la tutela cautelar) deja de tener sentido cuando se imponen como medidas cautelares figuras como el comiso, la ocupación temporal y el cierre temporal.

Es así como queda en evidencia que las medidas cautelares analizadas en este Título no tienen las características propias de este tipo de medidas y, por ende, no pueden cumplir una función cautelar.

C. La imposición del comiso, la ocupación temporal y el cierre temporal viola los principios de proporcionalidad y razonabilidad

Varias son las razones que nos llevan a afirmar que la imposición del comiso, el cierre temporal y la ocupación temporal bajo el título de medidas cautelares viola principios de suma importancia para la actividad cautelar de la Administración, como lo son la proporcionalidad y razonabilidad.

Se trata de figuras que afectan principalmente los atributos del derecho de propiedad, así como el derecho a la libertad económica y el derecho a la presunción de inocencia, es decir, son figuras en extremo gravosas y que no son medidas idóneas para cumplir el fin de una medida cautelar.

En efecto, existe la posibilidad de adoptar medidas que causen menor daño a la esfera de derechos de la persona a quien se le impone, pero que puedan cumplir el fin cautelar perseguido: resguardar los derechos de la colectividad protegidos por el DLOPJ 2015. Se trata principalmente de la protección del derecho de los consumidores a tener acceso a bienes y servicios en las condiciones previstas en el DLOPJ 2015 (a adquirirlos a un “precio justo”, a que exista disponibilidad de los bienes y servicios en el mercado, a que se cumplan con las condiciones de calidad establecidas en la ley, entre otros).

Por ejemplo, en el caso de la venta de un bien a un precio superior al fijado por la SUNDDE es posible que el fin cautelar perseguido, esto es, la

protección del derecho de los consumidores a adquirir bienes a precio justo, pueda alcanzarse con la imposición de una medida cautelar como el ajuste inmediato de precios. En ese sentido, ¿se justifica que en situaciones como la antes descrita se deba decomisar la mercancía, cerrar u ocupar temporalmente el establecimiento si puede lograrse el objetivo cautelar con una medida menos grave para el sujeto que deba soportarla?

Por otra parte, si se presume que una conducta de algún sujeto de aplicación del DLOPJ 2015 pudiere afectar el derecho de los consumidores al acceso a bienes y servicios de manera continua, ¿se justifica que, en caso de que exista, por ejemplo, una disminución de la producción de un determinado bien, se deba proceder a la ocupación temporal o cierre temporal del establecimiento? ¿No existen medidas menos graves que puedan cumplir el fin cautelar perseguido?

Lo más importante en este punto es destacar que la Administración tiene la potestad de decidir, dentro del catálogo de medidas nominadas previstas en el DLOPJ 2015, cuál es la medida adecuada para cumplir con el fin cautelar que persigue. Incluso, puede optar por no aplicar ninguna de esas medidas nominadas y proceder a imponer una medida innominada, respetando siempre los principios que rigen el ejercicio de potestades discrecionales por parte de la Administración.

No se pretende negar la importancia que representa para la Administración y para el colectivo en general, garantizar el ejercicio de derechos de interés común como lo sería el acceso a bienes y servicios en las condiciones de calidad y precio previstas en el DLOPJ 2015. Pero esta necesidad no puede justificar que la Administración imponga las mal llamadas medidas de comiso, cierre temporal y ocupación temporal, para tutelar cautelarmente esos derechos.

En todo caso, vale destacar que la desproporción e irracionalidad de las actuaciones cautelares de la Administración que se ejecutan en aplicación del DLOPJ 2015, encuentran su origen en disposiciones legales igualmente irracionales y desproporcionadas.

El reconocimiento a nivel de legal de medidas cautelares que no tienen tal carácter (tal como ocurre en el caso del DLOPJ 2015) despoja de razón la actuación legislativa y la actuación administrativa que se desarrolla en su ejecución, mucho más cuando bajo el conocimiento de que no son las medidas idóneas para cumplir el fin cautelar propuesto, la Administración decide imponerlas sacrificando en muchos casos los derechos de los particulares.

4. Suspensión temporal de licencias, permisos o autorizaciones emitidos por la SUNDDE

La suspensión temporal de licencias, permisos o autorizaciones parece ser la medida cautelar menos lesiva a los derechos del particular, en comparación con el resto de las medidas nominadas enumeradas en el artículo 70 del DLOPJ 2015, puesto que no genera una afectación tan grave al derecho de propiedad como sí ocurre en el caso del comiso, la ocupación temporal y el cierre temporal.

Sin embargo, dependiendo del tipo de autorización, licencia o permiso suspendido, la medida podrá considerarse más o menos lesiva. Así por ejemplo, la suspensión de la autorización de promociones no generaría mayor daño al sujeto de aplicación, o al menos no generaría daños tan graves como los derivados de la suspensión del RUPDAE.

Ya indicamos que si bien la inscripción en el RUPDAE no es calificada expresamente como una licencia, autorización o permiso, es sabido que, conforme al DLOPJ 2015, la inscripción en dicho registro es necesaria para ejercer una actividad económica en el país, es decir, que tiene como fin autorizar.

En este sentido, es posible que la SUNDDE decida imponer como medida cautelar la suspensión del RUPDAE, generando la imposibilidad de ejercer la actividad económica. Asimilaríamos así los efectos de la suspensión temporal del RUPDAE a los efectos del cierre de establecimiento puesto que no se podría ejercer la actividad económica durante el tiempo que dure la suspensión.

De hecho, la suspensión del RUPDAE genera efectos tan perjudiciales al sujeto de aplicación del DLOPJ 2015 al que se le impone, que en el texto de dicho Decreto Ley fue tipificada como una sanción administrativa que puede aplicarse por un período de 3 meses a 10 años.

Así, dada la gravedad que reviste la suspensión del RUPDAE, la prevalencia de los principios que rigen la actividad administrativa: proporcionalidad, racionalidad, es absolutamente necesaria al momento de determinar si se ordena o no como medida cautelar.

En todo caso, cabe reproducir aquí los argumentos expuestos en el punto anterior con relación a aquellas figuras sancionatorias a las cuales pretende darse una apariencia cautelar pese a que no cumplen con las características de instrumentalidad, provisoriedad y reversibilidad.

Así, la suspensión del RUPDAE al tener efectos definitivos no puede alcanzar el fin que se busca con la tutela cautelar puesto que no se dicta a la

espera de una decisión final y anticipa los efectos de una decisión definitiva, en consecuencia, no tiene carácter instrumental, mucho menos tiene carácter provisorio y los efectos de su imposición podrían llegar a ser irreversibles e irreparables, dada la gravedad del alcance esta medida y del impacto que genera en los derechos del particular quien va dirigida.

5. El ajuste de precios

Como indicamos anteriormente, la medida cautelar de ajuste de precios puede ser impuesta por la Administración cuando se presume que el sujeto de aplicación del DLOPJ 2015 no cumple con la regulación de precios realizada por la SUNDDE o cuando la auto regulación efectuada por el importador, productor o comercializador de bienes o prestador de servicios, sea excesiva.

En el primero de los casos la medida se impondrá con fundamento en el numeral 5 del artículo 70 del DLOPJ 2015, mientras que en el segundo, el ajuste debería realizarse con base en la potestad de dictar medidas cautelares innominadas que le atribuye el Decreto Ley a la autoridad administrativa, puesto que la medida nominada de ajuste de precios solamente aplica sobre los productos cuyos precios son regulados por la SUNDDE.

Cabe destacar, que en el caso en que se observe que el sujeto de aplicación vende un producto o presta un servicio a un precio superior al regulado, la autoridad administrativa no requiere mayores indicios para proceder a decretar la medida. Basta con verificar que el precio al cual se vende el bien o presta el servicio no es el regulado en la Providencia Administrativa dictada por la SUNDDE, para que se presuma el incumplimiento de la obligación de respetar las regulaciones de precios.

Sin ánimo de ahondar en las críticas sobre la potestad de regulación de precios que detenta la Administración, debe destacarse que, si lo que se pretende es proteger el derecho de los consumidores a obtener bienes a precios “justos” y si esos precios han sido supuestamente determinados por la SUNDDE sobre parámetros razonables, la medida cautelar de ajuste de precios tendría sentido y podría considerarse adecuada para cumplir el fin cautelar perseguido.

Pero en el caso de los productos cuyos precios son auto regulados la situación resulta más complicada para la Administración Pública, por cuanto el funcionario deberá realizar una verificación minuciosa sobre las estructuras de costos, precios y márgenes de ganancia, a fin de poder obtener elementos que le hagan presumir que la auto regulación fue excesiva y no conforme con las regulaciones que han sido previstas en el DLOPJ 2015 y en las normas sub

legales dictadas por la SUNDDE, que establecen los parámetros que deben seguirse para la determinación de los precios.

En los casos en los que se observe que la determinación del precio fue desmedida y se haga necesario imponer una medida cautelar destinada a ajustar el precio, es importante resaltar lo peligroso que ello puede resultar, por diversos factores que indicaremos a continuación. .

En primer lugar, la SUNDDE debe estar en la capacidad de comprender todos los aspectos técnicos, contables y jurídicos que rigen la determinación de precios. Pero además, debe estar capacitada para entender la actividad económica que se realiza, su naturaleza y las particularidades propias de la actividad; sobre todo porque en materia de contabilidad, los principios y normas contables de aplicación general no se aplican rígida y unívocamente.

En efecto, la autora Gladys Carolina Soteldo¹⁷⁰ al referirse a la forma en que son implementados dichos principios y normas, indica que la tendencia internacionalmente es que se permita diferenciar su aplicación atendiendo a la naturaleza de la actividad económica, al sector al cual pertenece, a los riesgos que asume y a otras variables que sirvan para reflejar las transacciones reflejadas por la empresa y los eventos jurídicos y económicos que la impactan.

Sobre la medida cautelar de ajuste de precios, el autor Juan Domingo Alfonzo¹⁷¹ ha resaltado que, suele ocurrir, que durante los procedimientos de fiscalización o inspección se ordena un ajuste inmediato de precios de los bienes a comercializar o servicios a prestar. Esta orden puede consistir en algunos casos, en ajustar a un precio específico menor con un porcentaje específico de reducción, o en otros casos, a ajustar los precios a un treinta por ciento (30%) de margen de ganancia sobre la estructura de costos del bien o servicio, de conformidad con lo establecido en el artículo 31 del DLOPJ 2015 (norma que establece en treinta por ciento (30%) el margen de ganancia que puede percibir un sujeto de aplicación del DLOPJ 2015).

Resalta el citado autor, que el problema se presenta cuando la SUNDDE, en muchas ocasiones, no revisa la estructura de costos presentadas o plantea márgenes de ganancia que no son reales por no tomar en cuenta diversos costos (de producción, laborales, entre otros), lo cual genera una falsa

¹⁷⁰ Gladys Carolina Soteldo Silva. *Regulación legal a las ganancias empresariales, comerciales e industriales y su impacto*. En: *Análisis Jurídico Económico y Financiero de la Ley Orgánica de Precios Justos*. Caracas. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA. 2014. p 141.

¹⁷¹ Juan Domingo Alfonzo Paradisi. *Comentarios en cuanto al decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos publicado en la Gaceta No. 40.787 de fecha 12 de noviembre de 2015*. Revista de Derecho Público No. 143-144. Julio-diciembre 2015. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. p 241.

apreciación de los hechos por parte de la SUNDDE al considerar de manera errada que los márgenes de ganancia son superiores a los que realmente percibe el sujeto de aplicación.

En este sentido, observamos que, si la medida de ajuste de precios es aplicada sin considerar múltiples aspectos contables y económicos, o sin apreciar las particularidades que rodean el desarrollo de una determinada actividad económica, la orden de ajustar precios de bienes y servicios puede ser excesiva, no ajustada a la realidad y, en consecuencia, sería violatoria de los derechos e intereses del sujeto a quien se le impone, pudiendo generar graves afectaciones al desenvolvimiento de la actividad realizada, lo cual se vería agravado por la sumariedad y urgencia con que debe adoptarse la medida.

CONCLUSIONES

La constante y sucesiva incorporación de las medidas cautelares objeto de análisis en los textos de las Leyes y los Decretos Leyes que han sido dictados para regular la materia de protección al consumidor y de regulación de precios, nos permite concluir que cada vez más se ha ido fortaleciendo la potestad cautelar de la Administración Pública, en el sentido de que se le han otorgado mayores poderes de intervención y control de la actividad económica del sujeto de aplicación del DLOPJ 2015.

Pero no sólo se establecen medidas cautelares nominadas, también se ha permitido la posibilidad de que la Administración pueda dictar medidas cautelares innominadas, esto es, cualquier otra que sea necesaria para proteger los derechos de los ciudadanos en materia de protección al consumidor y control de precios.

Lo indicado anteriormente evidencia que la intención legislativa es reforzar cada vez más los poderes cautelares de la Administración, otorgándole mayor discrecionalidad al momento de decidir si el hecho que se presume violatorio de la Ley es capaz de causar un daño grave o de difícil reparación a la colectividad y al decidir cuál medida cautelar imponer (sea ésta nominada o innominada) y su temporalidad.

Precisamente, se atribuyó a la SUNDDE como autoridad administrativa que tiene encomendada la ejecución del DLOPJ 2015, la potestad de imponer bajo el título de medidas cautelares, el comiso, la ocupación temporal, el cierre temporal, la suspensión de licencias, permisos y autorizaciones otorgadas por la SUNDDE y el ajuste de precios, siempre y cuando se constate la existencia del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora* como requisitos de procedencia

para la imposición de las medidas cautelares y siempre que, realice la correspondiente ponderación de los intereses involucrados.

La ponderación que debe efectuar la autoridad administrativa sobre los intereses que podrían verse afectados de concederse o no la medida cautelar es fundamental para garantizar que la actuación de la Administración sea lo más ajustada posible a los principios de racionalidad y proporcionalidad, que limitan el ejercicio de potestades administrativas.

La Administración debe actuar siempre atendiendo a la protección de los intereses generales que tutela pero no por ello puede actuar de manera desmedida y justificar cualquier actuación desproporcionada o irracional que anule o sacrifique derechos individuales, en la necesidad de preservar dichos intereses.

Por otra parte, es de resaltar la clara orientación política que sirve de motivación al DLOPJ 2015 y que, directa o indirectamente, termina por influenciar la actividad cautelar que la Administración ejerce en ejecución de esa normativa. Puede observarse en la práctica cómo existe una predisposición de la autoridad administrativa con respecto a la actuación de los sujetos de aplicación del DLOPJ 2015.

Así, generalmente se asume antes de realizar una fiscalización o procedimiento sancionatorio, que quienes realizan actividades económicas en el país no cumplen con las normas legales y sub legales en materia de precios y protección al consumidor, condicionando de esa forma la actividad que debe realizar el funcionario para decidir si impone o no una medida cautelar. Este tipo de situaciones distorsiona la actividad cautelar de la Administración pudiendo llegar a generar actuaciones desmedidas, arbitrarias y que no cumplan el fin preventivo perseguido.

En definitiva, se ha notado una intensa atribución de potestades cautelares y de inspección a las autoridades administrativas, quienes en la práctica han impuesto innumerables veces medidas como las aquí analizadas, aparentemente sin evaluar ni ponderar los perjuicios que con esa actuación causan al destinatario de la medida y sin considerar que la garantía de los derechos protegidos por el DLOPJ 2015, podría lograrse con la imposición de medidas cautelares menos lesivas.

Lamentablemente, es la propia norma legal la que permite a la autoridad administrativa, en este caso la SUNDDE, imponer medidas cautelares cuyos efectos son iguales a los de una sanción, pero ante el error cometido por el legislador, debería la propia autoridad administrativa en respeto a los principios que rigen su actividad, imponer bajo parámetros de racionalidad y

proporcionalidad, medidas menos graves y sin carácter definitivo, que puedan cumplir el fin cautelar propuesto.

Lo cierto es que el comiso, la ocupación temporal y el cierre temporal de establecimientos son figuras que, al tener carácter sancionatorio no pueden ser utilizadas para cumplir un fin cautelar. No son instrumentales ni provisorias, así como tampoco son variables y reversibles.

La suspensión de licencias, permisos y autorizaciones podría cumplir un fin cautelar dependiendo de cuál de ellas pretenda suspenderse. No obstante, como señalamos con anterioridad, la suspensión del RUPDAE excedería la función de una medida cautelar al producir efectos similares a los de un cierre de establecimiento.

Por su parte, el ajuste de precios pareciera ser la única de las medidas cautelares nominadas que sería capaz de cumplir un fin cautelar. Al menos no representaría mayor problema o riesgo que esta medida se imponga cuando se vende un producto o presta un servicio a un precio superior al regulado a través de un acto administrativo por la SUNDDE.

La mayor complicación se presentaría en el caso de que la medida se imponga sobre productos no regulados cuyos precios son auto determinados por el sujeto de aplicación del DLOPJ. En este supuesto la labor de revisión de la Administración podría resultar más engorrosa por cuanto tendría que atender a las particularidades del negocio para poder decidir si la determinación realizada por el sujeto de aplicación es correcta o errada.

En definitiva, el DLOPJ 2015 contempla un catálogo de medidas cautelares nominadas que, en su mayoría no cumplen con las características propias de las medidas cautelares y, por ende, no pueden calificarse como tales. Su imposición a título de medida cautelar se tornaría desproporcionada, irracional y capaz de afectar gravemente derechos de los particulares que deben soportar sus efectos, atentando así contra la lógica, la legalidad y la razonabilidad que debe prevalecer en el ejercicio de toda función administrativa.

