

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

1 *Homenaje a Eloy Lares Martínez*

Estudios

Introducción general al Derecho Administrativo Venezolano
Allan R. Brewer-Carías

De los servicios autónomos sin personalidad jurídica
a los servicios desconcentrados en el Decreto de Ley Orgánica
de la Administración Pública
Alejandro Canónico Sarabia

Autovinculación y potestades públicas en los contratos estatales
Oscar Gherzi Rassi

Actualidad

La rectoría del Ejecutivo Nacional en materia
de seguridad ciudadana frente a la naturaleza concurrente
de las competencias nacionales, estatales
y municipales en materia de policía
Marilena Asprino Salas

Semblanza del doctor Eloy Lares Martínez,
al cumplirse cien años de su nacimiento
José Rafael Belandría G.

Aproximación a la delegación de competencias
en Venezuela, con especial referencia a la última
delegación del Presidente de la República
al Vicepresidente Ejecutivo
José Peña Solís

Algunos comentarios a las normas sanitarias
complementarias para la regulación de la prescripción
y dispensación de medicamentos
Cosimina Pellegrino

**Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano**

Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano

N° 1 septiembre - diciembre 2013
HOMENAJE A ELOY LARES MARTÍNEZ



© Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano
© Universidad Monteávila

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano
Publicación del Centro de Estudios de Derecho Público
de la Universidad Monteávila
Final Av. El Buen Pastor, Urb. Boleíta Norte,
Caracas, Venezuela
Teléfonos: (0212) 232-52-55 / 71-70 / 58-80
Fax (0212) 232-56-23
RIF J-30647247-9

www.uma.edu.ve

Hecho el Depósito de ley
Depósito legal

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

REVISTA ELECTRÓNICA DE
DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO
Publicación cuatrimestral

Consejo de Redacción

José Ignacio Hernández G.

Director

Carlos García Soto

Subdirector

Miembros del Consejo de Redacción

Antonio Silva

Claudia Nikken

Cosimina Pellegrino

Daniela Urosa Maggi

Flavia Pesci-Feltri

José Valentín González

Fabiola Tavares

Miguel Ángel Torrealba

“Porque hemos creído que la sociedad es para el individuo y no el individuo para la sociedad, porque el individuo tiene un fin propio y la sociedad es un medio de realizarlo”.

Federico Urbano

Exposición de Derecho administrativo venezolano

1910

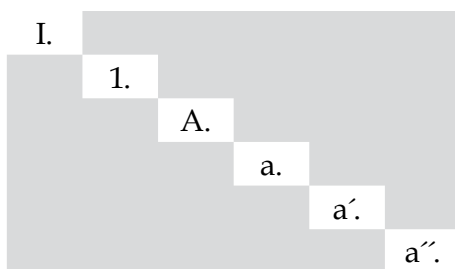
Normas de publicación

Las colaboraciones serán solicitadas por el Consejo de Redacción o serán recibidas por éste, para su evaluación a los efectos de su publicación, a las siguientes direcciones de correo electrónico: info@redav.com.ve. Las colaboraciones, solicitadas o recibidas, deben ser inéditas. REDAV no está en la obligación de publicar la colaboración solicitada o recibida. Los autores que publican colaboraciones en REDAV ceden los derechos correspondientes como primera publicación, así como el derecho de explotar y usar la colaboración para posteriores publicaciones. Si el autor decide publicar su colaboración posteriormente, debe comunicarlo a REDAV.

Las colaboraciones recibidas, bien sea porque hayan sido solicitadas por REDAV, o porque hayan sido recibidas sin haber sido solicitadas, serán sometidas al arbitraje de dos miembros del Consejo de Redacción, quienes no conocerán la identidad del autor de la colaboración sometida a arbitraje. Si el dictamen de los dos miembros del Consejo de Redacción no coincidiera, se someterá al dictamen de un tercer miembro del Consejo de Redacción.

En todo caso, las colaboraciones deben cumplir con las siguientes políticas editoriales:

1. Deben presentarse a espacio y medio, en letra *Times New Roman*, 12, en hoja tamaño carta. Si el trabajo ha de ser publicado en la sección "estudios", la extensión no debe sobrepasar las cuarenta cuartillas. Si ha de ser publicado en la sección "actualidad", la extensión no debe sobrepasar las veinte cuartillas.
2. Utilizar los siguientes tipos para la división del texto según la jerarquía de sus partes:



3. Las notas bibliográficas deben ajustarse a las siguientes reglas. Para libros: nombre y apellidos del autor o compilador, en el caso que sea obra colectiva; título del libro (en letra *cursiva*); volumen y/o tomo; editorial; lugar de publicación; fecha de publicación; número de la (s) página (s) citada (s). Para revistas u obras colectivas: nombre y apellidos del autor; título del trabajo (entre comillas); nombre de la revista o de la obra colectiva (en letra *cursiva*); volumen y/o tomo; editorial; lugar de publicación; fecha de publicación; número (s) de la (s) página (s) citada (s). Todas las notas bibliográficas deben realizarse al pie de la página correspondiente.
4. Antes del texto de la colaboración debe colocarse en un solo párrafo un resumen de la colaboración, en idiomas español e inglés, junto con cinco palabras claves, en idiomas español e inglés.
5. En texto aparte de la colaboración, deben señalarse todos los datos necesarios para ubicar al autor, además de un breve resumen de su información académica y profesional.

PRESENTACIÓN

ESTUDIOS

Allan R. Brewer-Carías, *Introducción general al Derecho administrativo venezolano*

Alejandro Canónico Sarabia, *De los servicios autónomos sin personalidad jurídica a los servicios desconcentrados en el Decreto de Ley Orgánica de la Administración Pública*

Oscar Gherzi Rassi, *Autovinculación y potestades públicas en los contratos estatales*

ACTUALIDAD

Marilena Asprino Salas, *La rectoría del Ejecutivo Nacional en materia de seguridad ciudadana frente a la naturaleza concurrente de las competencias nacionales, estatales y municipales en materia de policía*

José Rafael Belandría G., *Semblanza del doctor Eloy Lares Martínez, al cumplirse cien años de su nacimiento*

José Peña Solís, *Aproximación a la delegación de competencias en Venezuela, con especial referencia a la última delegación del Presidente de la República al Vicepresidente Ejecutivo*

Cosimina Pellegrino, *Algunos comentarios a las normas sanitarias complementarias para la regulación de la prescripción y dispensación de medicamentos*

PRESENTACIÓN

Sabido es que el Derecho administrativo es una disciplina en constante evolución. Al ser una *categoría histórica*, dependiente del Estado, el Derecho administrativo resume y concentra todos los cambios que se producen en el seno mismo del Estado. Este es el signo del Derecho administrativo.

Como disciplina cambiante, los métodos de estudio y difusión del Derecho administrativo deben adaptarse, también, a los cambios que se suceden en la vida de la sociedad y del Estado. El siglo XXI ha permitido avizorar el advenimiento de una nueva forma de la actividad administrativa: la *Administración electrónica*. Por ello, la difusión del Derecho administrativo debe responder también a estos cambios. De allí el propósito de esta Revista Electrónica.

Tres fueron las razones que nos llevaron a decidir fundar la *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*. La primera, la ausencia de una Revista especializada en el Derecho administrativo. El Derecho Público venezolano cuenta con importantes Revistas, en especial, la *Revista de Derecho Tributario* y la *Revista de Derecho Público*. Esta última, fundada en 1980 por el Profesor Allan R. Brewer-Carías, ha sido escuela del Derecho Público en general y del Derecho administrativo en particular. Muchos de los profesores de Derecho administrativo han iniciado, en las páginas de la *Revista de Derecho Público*, su camino de investigación.

Lamentablemente, la *Revista de Derecho Administrativo*, fundada a finales de los noventa por el profesor Luis A. Ortiz-Álvarez, no tuvo continuidad, luego de llegar al número 20. Mucho le debe el Derecho administrativo venezolano a esa iniciativa, que permitió a muchos investigadores -como fue nuestro caso- publicar sus primeros trabajos. La desaparición

de esa Revista (esperamos que sea, más bien, un paréntesis en su historial) ha dejado un vacío de publicaciones especiales en Derecho administrativo, que esta iniciativa pretende contribuir a llenar en parte.

La *segunda* razón, es la necesidad de afianzar el estudio del *Derecho administrativo venezolano*, o sea, de atender a los problemas reales de nuestro Derecho y proponer así soluciones idóneas a nuestro entorno. Como Derecho estatal, el Derecho administrativo queda condicionado por la realidad que, en cada momento, ofrece el Estado de nuestros tiempos. De allí que, sin negar colaboraciones extranjeras, la Revista dará especial preferencia a trabajos de profesores venezolanos, sobre temas venezolanos

Por último, y en tercer lugar, la creación de la Revista se justifica por la necesidad de avanzar en las publicaciones electrónicas, cuyo formato facilita, notablemente, la difusión eficiente de publicaciones especializadas. El “salto al mundo digital” no ha sido ni es tarea fácil, pues permanece entre nosotros —felizmente— un arraigo a la tinta y al papel. La Revista, por ello, pretende abrir caminos en el ámbito de las publicaciones electrónicas.

El inicio de la Revista coincide con el centenario del nacimiento del profesor Eloy Lares Martínez, y de allí que este número aparezca dedicado en homenaje a tal acontecimiento. Con ello, la Revista pretende seguir los pasos que marcó el profesor Lares Martínez en el estudio y difusión del Derecho administrativo.

La *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV)* pretende convertirse en un espacio abierto de difusión y discusión del Derecho administrativo, utilizando para ello todas las herramientas que ofrecen las tecnologías de la información y del conocimiento. Desde su página web, pasando por la presencia de la Revista en redes sociales, nues-

tro propósito es que REDAV contribuya, en parte, a la difusión y discusión del Derecho administrativo, en un marco de pluralismo y libertad de expresión.

José Ignacio Hernández G.
Carlos García Soto

Mayo, 2013

ESTUDIOS

INTRODUCCIÓN GENERAL AL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO *

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: Como resulta del propio título de este trabajo, se trata de una Introducción General al derecho administrativo venezolano, cuyo objeto es enunciar y describir somera y precisamente, el objeto de esta rama del derecho destinada a regular la Administración Pública y su actividad, el ejercicio de la función administrativa del Estado, y las relaciones jurídicas de aquella con los administrados; todo como orientación general para su estudio en Venezuela.

Palabras claves: Derecho Administrativo.

Summary: As it results from the very title of this contribution, it is a General Introduction to Venezuelan Administrative Law, with the purpose of enunciating and describing in a brief and precise way the object of this branch of law, which is intended to rule the Public Administration and its activity, the exercise of the Administrative Function of the State, and the legal relations established between the Public Administration and the citizens; all as a general orientation for the study of Administrative Law in Venezuela.

Key words: Administrative Law.

Recibido: 5 de febrero de 2013 Aceptado: 1 de marzo de 2013

* Este estudio tiene su origen en el trabajo titulado "Un panorama del derecho administrativo en Venezuela" publicado en la obra colectiva: Santiago González-Varas Ibáñez (Coordinador), *El derecho administrativo Iberoamericano*, Ministerio de Administraciones Públicas (INAP)-Instituto de Investigación Urbana y Territorial, Granada, España 2005, pp. 745-791; 2ª Edición: *El derecho administrativo en Iberoamérica*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 2012, pp. 1473-1584.

I. BASE CONSTITUCIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La regulación fundamental sobre la Administración Pública en Venezuela está en la propia Constitución de 1999¹, en la cual, en el *Capítulo I* relativo a “De las disposiciones generales”, del *Título IV* sobre “El Poder Público” de la Constitución, se incorporó una *Sección Segunda* relativa específicamente a “De la Administración Pública”, con tres artículos: el 141, que establece los principios de la Administración Pública; el 142, sobre la creación de entidades descentralizadas; y el 143, que consagra el derecho a la información administrativa y de acceso a los documentos oficiales. Dichas normas, por supuesto, se aplican a todo el universo de órganos que conforman la Administración Pública, y no sólo a los que ejercen el Poder Ejecutivo.

1. La connotación orgánica de la Administración

En efecto, en Venezuela, conforme a la forma federal que siempre ha tenido el Estado, conforman la Administración Pública, ante todo, los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo de las personas jurídicas estatales que integran la Federación, en sus tres niveles territoriales que son la República, los Estados y los Municipios. Estos órganos son los que en general se identifican en el lenguaje jurídico común como “el Poder Ejecutivo,” que comprende a la Presidencia de la República y a los Ministerios a nivel nacional (Ejecutivo Nacional), a las Gobernaciones de los Estados en el nivel estatal (Ejecutivo Estatal) y a las Alcaldías (Ejecutivo Municipal) en el nivel municipal. Esos grupos de órganos conforman lo que se denomina en gene-

1 La Constitución de 1999 originalmente publicada en *Gaceta Oficial* N° 36.860 de 30 de diciembre de 1999 y republicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.453 Extraordinaria del 24 de marzo de 2000; fue objeto de una Enmienda Constitucional N° 1 en 2009 publicada en *Gaceta Oficial* N° 5.908 Extra. de 19-02-2009. V. sobre el régimen constitucional relativo a la Administración Pública en la Constitución, Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 276 y ss.

ral, la “Administración Central”, todos los cuales, sin embargo, de acuerdo con la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008, “en el ejercicio de sus funciones, los mismos deberán sujetarse a los lineamientos dictados conforme a la planificación centralizada”².

Pero también integran la Administración Pública, las entidades descentralizadas funcionalmente de cada una de las mencionadas personas estatales político-territoriales, que actúan siempre adscritas y bajo el control de tutela de los órganos ejecutivos de las mismas, sea que hayan sido constituidas mediante ley con forma jurídica de derecho público, como por ejemplo, los institutos autónomos; o con forma jurídica de derecho privado, como por ejemplo las empresas o fundaciones del Estado. Estas entidades conforman lo que en general se denomina la “Administración Pública Descentralizada”.

Pero una descripción como la anterior de la Administración Pública en sentido orgánico, sin duda, en Venezuela sería insuficiente, pues hay otros órganos de las personas jurídicas estatales político-territoriales que pueden considerarse como parte de la Administración Pública, y sin embargo no ejercen el Poder Ejecutivo. En consecuencia, si bien todos los órganos del Estado que ejercen el Poder Ejecutivo están integrados en la Administración Pública; sin embargo, no todos los órganos que conforman la Administración Pública ejercen el Poder Ejecutivo del Estado, pues hay órganos de la Administración Pública que no dependen jerárquicamente del Presidente de la República, de los Gobernadores ni de los Alcaldes, y que ejercen otros Poderes Públicos distintos del Poder Ejecutivo.

2 Esta Ley Orgánica, inicialmente sancionada en 2001, ha sido objeto de múltiples reformas, la última de las cuales en 2008 (Decreto Ley N° 6.217, *Gaceta Oficial* N° 5.890 Extra. de 31-7-2008.). V. en general sobre el régimen legal de la Administración Pública, Allan R. Brewer-Carías, Rafael J. Chavero Gazik y Jesús María Alvarado Andrade, *Ley Orgánica de la Administración Pública. Decreto Ley N° 6217 de 15-07-2008*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008.

Concentrándonos en el nivel nacional del Estado, es decir, en la República, conforme a la *penta* división del Poder Público establecida en la Constitución (art. 136), el mismo a nivel nacional se divide en cinco ramas que son las tres clásicas de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, a los cuales se agregaron los Poderes Ciudadano y Electoral, a cargo todos, de órganos estatales autónomos e independientes entre sí. Por ello, además de aquéllos órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, los órganos estatales que ejercen el Poder Ciudadano (el Ministerio Público o Fiscalía General de la República, la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo)³ y los que ejercen el Poder Electoral (el Consejo Nacional Electoral y sus Juntas y Comisiones)⁴, si bien son autónomos e independientes del Poder Ejecutivo Nacional y de los otros Poderes Públicos, sin embargo, también son órganos que forman parte de la Administración Pública de la República, aún cuando no sean parte de la “Administración Central”.

Igualmente, también conforman a la Administración Pública de la República, los órganos de administración y gobierno del Poder Judicial que a partir de la Constitución de 1999 (al eliminarse en antiguo Consejo de la Judicatura) son dependientes del Tribunal Supremo de Justicia, en particular,

3 Regulados en general en la Ley Orgánica del Poder Ciudadano (*Gaceta Oficial* N° 37.310 de 25-10-2001), y en particular en la Ley Orgánica del Ministerio Público (*Gaceta Oficial* N° 38.647 de 19-03-2007), Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (*Gaceta Oficial* N° 37.995 de 5-8-2004) y Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (*Gaceta Oficial* N° 37.347 de 17-12-2001) V. en general, sobre el régimen legal del Poder Ciudadano, Allan R. Brewer-Carías *et al.*, *Ley Orgánica del Poder Ciudadano. (Ley Orgánica del Poder Ciudadano, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley Orgánica del Ministerio Público, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005.

4 Regulados en la Ley Orgánica del Poder Electoral (*Gaceta Oficial* N° 37.573 de 19-11-2002).

la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y sus diversas dependencias⁵.

Ahora bien, para regular específicamente a la Administración Pública Central de la República (que ejerce el Poder Ejecutivo Nacional) y a la Administración Pública Descentralizada Nacional, en 2001 se dictó la Ley Orgánica de la Administración Pública, cuyas normas, se decía, también eran aplicaban supletoriamente, a las Administraciones Públicas estatales y municipales, y “a los demás órganos del Poder Público” (art. 1) distintos al Poder Ejecutivo. Sin embargo, como muestra del proceso de centralización que se ha desarrollado en el país desde 2000, la reforma de la Ley Orgánica de 2008 estableció directamente que sus normas “serán aplicables a la Administración Pública, incluidos los estados, distritos metropolitanos y municipios, quienes deberán desarrollar su contenido dentro del ámbito de sus respectivas competencias” (art. 2); disponiendo que sus normas de aplican “supletoriamente a los demás órganos y entes del Poder Público” distintos a los del Poder Ejecutivo.

Ahora bien, respecto de todo este complejo orgánico del Estado, que es la Administración Pública, la Constitución dispone que “está al servicio de los ciudadanos” (art. 141); lo que se reitera en el artículo 5º de la Ley Orgánica. En la Ley de 2001 en lugar de “ciudadanos,” se había utilizado la palabra “particulares” pus en la Constitución “ciudadano” responde al concepto más restringido de ciudadanía relativo a los titulares de derechos políticos (art. 39); la cual en la reforma de 2008 se sustituyó por la palabra “personas,” agregando que en su actuación, la Administración Pública está dirigida a la atención de los requerimientos de las personas y la satisfacción de

5 Regulada en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (*Gaceta Oficial* N° 39.483 de 9-8-2010. V. en general en Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010.

sus necesidades,” brindando especial atención a las de carácter social” (art. 5).

Por su parte, el artículo 3 de la Ley Orgánica agrega que el “principal objetivo” de la organización y funcionamiento de la Administración Pública, es hacer efectivos los principios, valores y normas consagrados en la Constitución y, en especial, garantizar a todas las personas, el goce y ejercicio de los derechos humanos;” lo que conforme se indica en el artículo 19 de la Constitución, implica “garantizar a todas las personas, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos.” Por ello, el artículo 5 de la Ley Orgánica también precisa que la Administración Pública debe asegurar a todas las personas la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella; y además, debe tener entre sus objetivos, la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas que se dicten.

2. La connotación material de la Administración

Pero adicionalmente a la connotación orgánica, en el derecho administrativo venezolano, la expresión Administración Pública también tiene un sentido material, al identificarse el concepto también con unas *actividades* estatales realizadas con vistas a satisfacer el interés general del propio Estado o de la sociedad, generalmente por los órganos que la integran.

Estas actividades se caracterizan, ante todo, conforme al sistema de formación del derecho por grados que adopta la Constitución, porque son siempre de carácter sub-legal, pues se trata de actividades realizadas en ejecución directa e inmediata de la legislación y sólo indirecta y mediata de la Constitución.

Esta actividad administrativa, por otra parte, no sólo la cumplen los órganos de la Administración Pública en sentido orgánico antes identificados (órganos de las personas jurídicas estatales que ejercen el Poder Ejecutivo, el gobierno y administración del Poder Judicial, el Poder Ciudadano y el Poder Electoral); sino también, otros órganos del Estado como los que ejercen el Poder Legislativo (la Asamblea Nacional, los Consejos Legislativos de los Estados y los Concejos Municipales), o el Poder Judicial (el Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República) cuando ejercen la función administrativa (por ejemplo, administran su cuerpo de funcionarios o entran en relación con los particulares) o la función normativa de carácter sub-legal emitiendo, por ejemplo, actos reglamentarios. La actividad administrativa como objeto del derecho administrativo, por ello, está también esencialmente vinculada al ejercicio de las diversas funciones del Estado (normativa, de gobierno, administrativa, jurisdiccional y de control).

Además, la actividad administrativa que interesa al derecho administrativo muchas veces se realiza por particulares o por personas jurídicas de derecho privado, incluso, de carácter no estatal, pero que en virtud de la expresa previsión de ley ejercen prerrogativas del Poder Público. Así sucede, por ejemplo, con ciertos actos de las Universidades privadas o de las Federaciones deportivas, como serían los actos sancionatorios, en los casos regulados respectivamente en la Ley de Universidades o en la Ley del Deporte, y que son considerados como actos administrativos⁶.

Finalmente, no toda la actividad que realizan algunos órganos que configuran la Administración Pública del Estado, como por ejemplo, la que realiza el Presidente de la República, constituye actividad administrativa, sino, como se ha dicho, sólo las actividades que sean de carácter sub-legal. El Jefe del

6 V. Allan R. Brewer-Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial*, Instituto Nacional de Administración Pública, Alcalá de Henares, Madrid 1987, pp. 498 y ss.

Ejecutivo Nacional y otros órganos del Estado, en efecto, además de realizar actividades en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución, ejercen actividades que son formal y sustancialmente distintas de la anterior, realizadas en ejecución directa e inmediata de la Constitución como son las actividades de gobierno⁷. De ello, resultan los actos de gobierno que si bien interesan al derecho administrativo, no se pueden considerar como formando parte de la actividad administrativa⁸.

3. Administración Pública, Derecho Administrativo, personalidad jurídica

Por otra parte debe indicarse que si bien la Administración Pública, tanto en su connotación orgánica como en su sentido material, constituye el objeto por excelencia del derecho administrativo, no todo el derecho que regula a la Administración Pública, es decir, a los órganos estatales que la conforman o a las actividades administrativas, es derecho administrativo. En otros términos, en el mundo del derecho no existen sujetos de derecho o actividades respecto de los cuales pueda decirse que exclusivamente se rigen por una sola rama del derecho. Así

7 V. Allan R. Brewer-Carías, *La justicia constitucional*, Tomo VI de *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1996, pp. 199-226; y “Comentarios sobre la doctrina del acto de gobierno, del acto político, del acto de Estado y de las cuestiones políticas como motivo de inmunidad jurisdiccional de los Estados en sus Tribunales nacionales», en *Revista de Derecho Público*, N° 26, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1986, pp. 65-68.

8 Sobre el sistema jerarquizado o graduado del orden jurídico, creación de la denominada Escuela Vienesa, véase Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires 1981, p. 135 y ss; Adolf Merkl, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid 1935, pp. 7-62. Sobre dicho sistema en el constitucionalismo venezolano, véase Allan R. Brewer-Carías, *Evolución Histórica del Estado*, Tomo VI de *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1996, pp. 107-117. V. igualmente en Allan R. Brewer-Carías, *Principios Fundamentales del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2005.

como no se puede decir que las sociedades anónimas sean sujetos de derecho que sólo se regulan por el Código de Comercio, pues también están sometidas al Código Civil, al Código Penal y a todas las leyes de derecho administrativo que por ejemplo regulan diversos sectores de la economía (bancos, seguros, mercado de capitales, etc.); en igual sentido, los órganos de la Administración Pública, además de estar sometidos al derecho administrativo, también están sometidos al derecho civil y al derecho mercantil, por ejemplo.

Por lo demás, esos sujetos de derecho o personas jurídicas estatales que interesan al derecho administrativo, no tienen una configuración uniforme, pues pueden tener la forma de las personas jurídicas de derecho público o la forma jurídica de las personas jurídicas de derecho privado. Por ello, a los órganos de la Administración Pública, si bien regidos por el derecho administrativo, sin embargo, en una forma u otra siempre se les interaplica de manera variable, tanto un régimen de derecho público como un régimen de derecho privado⁹. El derecho administrativo, por supuesto, tiene siempre una preponderancia en esta interaplicación, pero el mismo no comprende la totalidad de las normas que se aplican a los órganos de la Administración Pública del Estado ni a la actividad administrativa del mismo. En otras palabras, la Administración Pública se rige por el derecho administrativo, aun cuando en forma no exclusiva ni excluyente.

4. Encuadramiento del derecho administrativo y sus fuentes

En todo caso, de lo anterior resulta que, por supuesto, la definición de la Administración Pública como objeto del dere-

9 Allan R. Brewer-Carías, "La interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del Derecho Administrativo" en *Las formas de la actividad administrativa. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Caracas, 1996, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 1996, pp. 23 a 73.

cho administrativo sigue siendo esencial para la definición de esta rama del derecho, la cual consideramos que tiene que estar basada en la descripción de dicho objeto. Por ello, bien podría señalarse que el derecho administrativo es aquella rama del derecho público que regula los sujetos de derecho o personas jurídicas que conforman al Estado; la Administración Pública como complejo orgánico de esas personas jurídicas estatales, su organización y funcionamiento; el ejercicio de la función administrativa dentro de las funciones del Estado; la actividad administrativa, siempre de carácter sublegal realizadas por los órganos de las personas jurídicas estatales en ejercicio de las funciones normativas, jurisdiccional o administrativas, o la realizada por los particulares a quienes la ley ha autorizado para ello, su régimen y control; y las relaciones jurídicas que se establecen entre las personas jurídicas estatales o las que desarrollan la actividad administrativas, y los administrados, que moldea las formas de la actividad administrativa.

Con una definición como esta, por supuesto, no cabe hacer intento alguno de adoptar un criterio único para definir el derecho administrativo¹⁰. No se trata por tanto, ni de una definición orgánica, ni de una definición material, ni de una definición formal, pues no existe un criterio clave absoluto para definir el derecho administrativo ni su objeto: la Administración Pública. La definición debe elaborarse con la mezcla de los diversos criterios, lo que además responde al contenido heterogéneo y mutable de la actividad administrativa del Estado.

10 V. Allan R. Brewer-Carías, "El concepto de derecho administrativo en Venezuela" en *Revista de Administración Pública*, N° 100-102, Vol. I, Madrid, enero-diciembre 1983, pp. 685-704, y en *Estudios de Derecho Administrativo*, Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1986, pp. 7-24. Con el título "Bases constitucionales del Derecho Administrativo en Venezuela" en *Revista de Derecho Público*, N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1983, pp. 5-20; y *El Derecho Público en Venezuela y Colombia, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. VII, 1984-1985, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1986, pp. 215-231.

En cuanto a la jerarquía de las fuentes del derecho aplicable a la Administración, la Ley Orgánica de la Administración Pública expresa formalmente el principio de legalidad vinculándolo a la competencia, así:

Artículo 4º. La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y los actos administrativos de carácter normativo dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático, participativo y protagónico.

Se destaca de esta norma, como se dijo, tanto la indicación formal de la jerarquía de las fuentes del derecho: 1) la Constitución, 2) las leyes y 3) los actos administrativos normativos; como la referencia al principio teleológico de la sumisión a la ley, cuyo fin es la garantía y protección de las libertades públicas propias del régimen democrático. Las fuentes del derecho, además, para ser tales, deben haberse dictado formal y previamente a la actividad que se regule, lo que implica la proscripción de la retroactividad de la ley.

II. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA NACIONAL, ESTADAL Y MUNICIPAL

1. Administración y federación

Como se ha dicho, dada la forma federal del Estado en Venezuela, que conforme al artículo 4 de la Constitución se lo define como un “Estado federal descentralizado,” hay tres niveles fundamentales de órganos que integran la Administración Pública y que ejercen el Poder Ejecutivo, por lo que se

puede distinguir una Administración Pública Nacional cuyo Jefe es el Presidente de la República; una Administración Pública Estatal¹¹, cuyos Jefes, en cada uno de los 23 Estados de la Federación, son los Gobernadores; y una Administración Pública Municipal cuyos Jefes, en cada uno de los 338 Municipios del país, son los Alcaldes. Todos esos funcionarios son electos mediante sufragio universal, directo y secreto.

Como se dijo, la Constitución y la Ley Orgánica de la Administración Pública contienen principios que se aplican a la Administración Pública de todos los niveles territoriales; y en cuanto a las regulaciones específicas, las mismas se encuentran establecidas en las leyes nacional y estatales y en las Ordenanzas municipales que se dictan por los respectivos órganos titulares de la potestad organizativa. Estos son los que de acuerdo con el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Administración Pública pueden crear, modificar y suprimir dichos órganos.

Por tanto, la titularidad de la potestad organizativa sólo puede ser asignada por la Constitución o la ley¹².

2. Potestad organizativa, reserva legal y delegación legislativa

En cuanto a la Constitución, esta atribuye a la Asamblea Nacional potestad organizativa respecto de la Administración Pública Nacional (art. 187,9), así como respecto de otros órganos del Poder Público Nacional como los del Poder Ciudadano (arts. 273, 290); y los del Poder Electoral (art. 292).

La Asamblea Nacional también tiene atribuida la titularidad de la potestad organizativa en materia de organización de

11 La palabra "estadal" es un venezolanismo jurídico, y se usa para identificar lo que concierne a los Estados.

12 V. Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana*, cit., pp. 21 y ss.

los Municipios y demás entidades locales, con la obligación de establecer diferentes regímenes para dicha organización (art. 169).

La Constitución, por otra parte, en relación con la Administración Pública Nacional, estableció la reserva legal sólo en relación con la creación de los institutos autónomos (art. 142); pero en cuanto a la organización de la Administración Pública Nacional centralizada, asignó la potestad organizativa al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, “dentro de los principios y lineamientos” señalados en la Ley Orgánica (art. 236,20).

En efecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 236.20 de la Constitución, corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros, fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos que señale la correspondiente ley orgánica.

Se varió, en esta forma, de manera sustancial, el sistema de la Constitución de 1961, que seguía la tradición constitucional iniciada desde el siglo XIX, y que rigidizaba la organización ministerial que sólo la ley podía determinar (art. 193).

En desarrollo de esta potestad organizativa de rango constitucional atribuida al Presidente de la República en Consejo de Ministros, el artículo 58 de la Ley Orgánica le atribuye la facultad para fijar, mediante decreto, “el número, denominación, competencia y organización de los ministerios y otros órganos de la Administración Pública Nacional, con base en parámetros de adaptabilidad de las estructuras administrativas a las políticas públicas que desarrolla el Poder Ejecutivo Nacional y en los principios de organización y funcionamiento establecidos en la presente ley”.

Conforme a esta atribución, el Presidente de la República ha dictado numerosos decretos, sobre organización y funcionamiento de la Administración Pública Central, donde se regulan los Ministerios y se enumeran sus competencias. En dichos decreto se han establecido, además, la estructura organizativa básica de cada Ministerio, integrada por el Despacho del Ministro y los Despachos de los Viceministros; estando estos últimos integrados en orden jerárquico descendente así: Direcciones Generales, Direcciones de línea y Divisiones (arts. 16 y 17).

Cada Ministerio, en todo caso, debe estar regulado internamente por un Reglamento Orgánico dictado también por el Presidente en Consejo de Ministros, “previa propuesta del respectivo Ministro” (art. 18), en el cual se debe determinar la estructura y las funciones de los Viceministros y de las demás dependencias que integran cada Ministerio (art. 17).

Uno de los principios fundamentales de la organización administrativa es que los órganos de la Administración Pública debe estar jerárquicamente ordenados y relacionados de conformidad con la distribución vertical de atribuciones en niveles organizativos; estando los órganos de inferior jerarquía, sometidos a la dirección, supervisión y control de los órganos superiores de la Administración Pública con competencia en la materia respectiva (art. 28).

3. Organización de la Administración Pública Nacional

Como se dijo, la Ley Orgánica de la Administración Pública, básicamente regula la organización de la Administración Pública Nacional *ejecutiva* (art. 2), estableciendo en sus normas, la clasificación clásica general de la misma que distingue la Administración Pública Central del Poder Nacional (Título III) y de la Administración Pública Nacional Descentralizada funcionalmente (Capítulo II, Título IV). Para ello, la ley Orgánica distingue, entre los órganos y los entes. Así, con-

forme al artículo 15 de la misma, se entiende como “órganos, las unidades administrativas de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios a los que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos, o cuya actuación tenga carácter regulatorio; y se entiende que tiene “el carácter de ente, toda organización administrativa descentralizada funcionalmente con personalidad jurídica propia; sujeta al control, evaluación y seguimiento de sus actuaciones por parte de sus órganos rectores, de adscripción y de la Comisión Central de Planificación.”

A esta distinción clásica, se agregó en la reforma de la ley Orgánica de 2008, formalizando una práctica desordenada de organización, una nueva organización en la Administración Pública nacional denominada “misiones”, la cual se define como “aquellas creadas con la finalidad de satisfacer las necesidades fundamentales y urgentes de la población” (art. 15), y las cuales se han establecido con las más variadas formas jurídicas, sin orden ni concierto, excluidas en muchos casos de la aplicación de las normas de la ley que en general se dirigen a los órganos y entes¹³.

A. Administración Central

En cuanto a la organización de la Administración Pública Nacional Central, el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública distingue dos tipos de *órganos superiores* de la misma: los órganos superiores de dirección y los órganos superiores de consulta, los cuales ejercen el Poder Ejecutivo en los términos del artículo 225 de la Constitución.

La Ley Orgánica enumera como órganos superiores de dirección de la Administración Pública Central a los siguientes:

13 V. Allan R. Brewer-Carías, “El sentido de la reforma de la Ley Orgánica de la Administración Pública”, *Revista de Derecho Público. Estudios sobre los decretos leyes 2008*, N° 115, (julio-septiembre 2008), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 155-162.

tes: el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, el Consejo de Ministros, los Ministros y los Viceministros. En cuanto a los órganos superiores de consulta de la Administración Pública Central, el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública enumera los siguientes: la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa de la Nación, los gabinetes sectoriales y los gabinetes ministeriales, los cuales también ejercen el Poder Ejecutivo (art. 225 C).

B. Administración descentralizada

Además de los principios relativos a la organización de la Administración Pública central nacional, la Ley Orgánica de la Administración Pública establece el régimen general de la organización de la administración pública descentralizada tanto nacional, como estatal y municipal; mediante la creación de personas jurídicas (entes) a las cuales se transfiere la titularidad de determinadas competencias y la responsabilidad de ejecutarlas (arts. 29 y 32 Ley Orgánica de la Administración Pública). Conforme a lo indicado en el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, esta descentralización funcional puede realizarse mediante la creación de personas jurídicas con forma de derecho público o con forma de derecho privado¹⁴. En cuanto a los entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho público, dice la misma norma, están conformados por aquellas “personas jurídicas creadas y regidas por normas de derecho público y que podrán tener atribuido el ejercicio de potestades públicas;” y en cuanto a los entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho privado, están conformados por “las personas jurídicas constituidas de acuerdo a las normas del derecho privado y podrán adoptar o no la forma empresarial de acuerdo a los fines y objetivos para los cuales fueron creados y en atención a si la fuente

14 V. Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa...* cit., pp. 115 y ss.

fundamental de sus recursos proviene de su propia actividad o de los aportes públicos, respectivamente.”

Entre las primeras, a las cuales como se indicó, se puede atribuir el ejercicio de potestades públicas, está la figura de los institutos públicos (que tradicionalmente se habían denominado como “institutos autónomos,” término que la Constitución conservó, art. 142), los cuales se definen en el artículo 95 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, como las “personas jurídicas de derecho público de naturaleza fundacional,” creadas por ley nacional, estatal u ordenanza municipal, dotadas de patrimonio propio, con las competencias determinadas en estas¹⁵. La reforma de la Ley Orgánica de 2008, eliminó la tradicional indicación de que el patrimonio de estos entes descentralizados también era “independiente de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios, según sea el caso.”

Sin embargo, las formas jurídicas de derecho público estatales no se agotan en los institutos públicos, los cuales sin embargo son los únicos que regula la Ley Orgánica, pues también los establecimientos públicos corporativos, como las universidades nacionales y los Colegios profesionales y aquellas personas jurídicas de derecho público específicas, como el Banco Central de Venezuela (art. 318, Constitución), son formas jurídicas de derecho público estatales para la descentralización funcional.

La creación de los institutos públicos sólo puede realizarse mediante ley, conforme lo establece el artículo 142 de la Constitución, a cuyo efecto, el artículo 97 de la Ley Orgánica de la Administración Pública dispone lo que la ley nacional, estatal u ordenanza que cree un instituto autónomo debe contener.

15 V. Jesús Caballero Ortiz, *Los Institutos Autónomos*, Caracas, 1985.

En cuanto a las formas jurídicas de derecho privado de la Administración Pública descentralizada funcionalmente, la Ley Orgánica de la Administración Pública regula detalladamente a empresas del Estado, a las fundaciones del Estado y a las asociaciones y sociedades civiles del Estado (arts. 102-116). En particular, en cuanto a las empresas del Estado en el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, en lo que sin duda fue un error o dislate, pues sería contradictorio con lo previsto en el artículo 29, las definió como “personas jurídicas de derecho público constituidas de acuerdo a las normas de derecho privado”(sic) sin indicar que se tratan de sociedades mercantiles, en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente regulados en la Ley Orgánica, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al 50% del capital social¹⁶. La Ley Orgánica, en consecuencia autoriza a las personas jurídicas político territoriales para constituir estas empresas, se presume como “sociedades anónimas” incluso “con un único accionista,” al hacer mención a “derechos societarios” y a la titularidad de “acciones” (art. 105).

A los efectos del control de tutela y de gestión, las entidades descentralizadas nacionales deben estar adscritas a los órganos de la administración pública central nacional, es decir, básicamente a los ministerios respectivos (Arts. 117-118, Ley Orgánica de la Administración Pública).

4. La “Administración Pública” del Estado Comunal paralela a la del Estado Constitucional

Debe destacarse, por otra parte, la creación en 2010 de una “Administración Pública” paralela a la que se regula en la Ley Orgánica de la Administración Pública, establecida no sólo fuera de su ámbito normativo sino del ámbito regulatorio de la propia Constitución donde se regula al Estado Cons-

16 V. Allan R. Brewer-Carías, *Régimen de las Empresas Públicas en Venezuela*, Caracas 1981.

titucional cuyos órganos ejercen el Poder Público en la antes señalada *penta* división del Poder; y es la que conforma la “Administración Pública del Estado Comunal,” conformada por una serie de órganos que ejercen un “Poder Popular.” Ello se ha establecido en un conjunto de las Leyes Orgánicas dictadas en diciembre de 2010, referidas al Poder Popular, a las Comunas, al Sistema Económico Comunal, a la Planificación Pública y Comunal y a la Contraloría Social¹⁷, que completaron la normativa iniciada con las Leyes Orgánicas de los Consejos Comunales¹⁸ y del Consejo Federal de Gobierno¹⁹, la reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal²⁰, y las reformas de las Leyes de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas, y de los Consejos Locales de Planificación Pública²¹.

Mediante ese conjunto normativo, se ha creado una Administración Pública de un “Estado Comunal,” denominado también como “socialista,” conformado por las Comunas y los Consejos Comunales, que se han establecido en paralelo a los Municipios y demás entidades locales, con funcionarios que no son electos mediante sufragio, y dispuestos para progresivamente vaciar a estos últimos de competencias y recursos. Otros órganos y entidades creadas han sido las diversas organizaciones socio productivas de un Sistema Económico Comunal, al margen no sólo del derecho mercantil, sino al derecho de las empresas públicas²².

17 Todas publicadas en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21-12-2010.

18 Inicialmente sancionada en 2006, fue reformada en 2009. V. Ley Orgánica de los Consejos Comunales (*Gaceta Oficial* N° 39.335 de 28-12-2009).

19 V. en *Gaceta Oficial* N° 5.963 Extra. de 22-02-2010.

20 V. en *Gaceta Oficial* N° 6.015 Extra. de 28-12-2010.

21 Ambas publicadas en *Gaceta Oficial* N° 6.017 Extra. de 30-12-2010.

22 V. Allan R. Brewer-Carías, Claudia Nikken, Luis A. Herrera Orellana, Jesús María Alvarado Andrade, José Ignacio Hernández y Adriana Vigilanza, *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal (Los Consejos Comunales, Las Comunas, La Sociedad Socialista y El Sistema Económico Comunal)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011.

III. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La actividad administrativa, ejercida o no por los órganos de las personas jurídicas estatales que conforman la Administración Pública, en todo caso, conforme al principio de legalidad, debe ejercerse por los órganos competentes, ciñéndose a lo establecido en la Constitución y en las leyes, y en particular, conforme al procedimiento legalmente establecido. Las actuaciones realizadas por órganos incompetentes, o sin observancia del procedimiento legalmente prescrito, por tanto, constituyen vías de hecho y vician los actos dictados de nulidad absoluta.

El principio de la legalidad, además, se erige en la Constitución como un principio en el cual se fundamenta la Administración Pública, definiéndoselo como “el sometimiento pleno a la ley y al derecho” (art. 141), y además, destacándose como una de las misiones fundamentales de los órganos del Poder Ciudadano, el velar por “la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado” (art. 274).

Ahora bien, uno de los principales signos formales del afianzamiento del principio de la legalidad, ha sido precisamente el sometimiento de la actuación de la Administración Pública a normas procedimentales que aseguren a los administrados un trato justo, basado en la buena fe y en la confianza legítima, mediante la previsión de un procedimiento formalmente regulado, en el cual se garantice el derecho a la defensa y, en general, el debido procedimiento administrativo. A tal efecto, Venezuela no ha escapado a la tendencia general que se puede observar en América Latina²³ siguiendo el modelo español de 1958²⁴, de la codificación del procedimiento administrativo; habiéndose sancionado en 1982, la Ley Orgánica de

23 V. Allan R. Brewer-Carías, *Principios del procedimiento Administrativo en América Latina*, Universidad del Rosario, Editorial Legis, Bogotá, 2003.

24 V. Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Procedimiento Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1990.

Procedimientos Administrativos²⁵, cuyas disposiciones se han complementado, además, con las de la propia Ley Orgánica de La Administración Pública antes mencionada y de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de 1999²⁶. Estas últimas dictadas para racionalizar las tramitaciones que realizan los particulares ante la Administración Pública; mejorar su eficiencia, pertinencia y utilidad, a fin de lograr mayor celeridad y funcionalidad en las mismas; reducir los gastos operativos; obtener ahorros presupuestarios; cubrir insuficiencias de carácter fiscal y mejorar las relaciones de la Administración Pública con los ciudadanos.

Por otra parte, en cuanto a los principios del procedimiento administrativo, debe destacarse que es el artículo 141 de la Constitución el que dispone que la Administración Pública 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”; principios que repite el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública al precisar que la actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en “los principios de economía, celeridad, simplicidad administrativa, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe y confianza”. Asimismo, dispone la Ley que dicha actividad se debe efectuar dentro de parámetros de racionalidad técnica y jurídica, lo que ya se configura como un límite a la discrecionalidad.

Tales principios, con anterioridad también se habían definido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

25 V. la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en *Gaceta Oficial* N° 2.818 *Extraordinaria* de 1-7-81. V. además, en Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, 12 edición, Caracas 2001, pp. 175 y ss.; y Allan R. Brewer-Carías, *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1982.

26 V. *Gaceta Oficial* N° 36.845 de 7-12-99. V. además en Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de Procedimiento Administrativos*, cit., pp. 199 y ss.

de 1982, en cuyo artículo 30 se enumeran los de “economía, eficacia, celeridad e imparcialidad”. Este conjunto de principios expresados formalmente en la Constitución y las leyes, sin duda, constituyen un arsenal de instrumentos para la protección de los administrados frente a la Administración Pública que, sin duda, alimenta el ámbito del control que los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa puedan ejercer sobre la actividad administrativa.

Con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por tanto, se consolidó la formalización o juridificación del derecho administrativo, al positivizarse lo que anteriormente había venido construyendo la jurisprudencia, con gran esfuerzo y lentamente, sobre la base de identificar principios generales de la disciplina²⁷. En esa forma, a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica se hizo más seguro la posibilidad del control judicial efectivo de la actividad de la Administración Pública, habiéndose erigido dicha Ley en la fuente del derecho administrativo formal más importante, con base en la cual la jurisprudencia ha continuado enriqueciendo nuestra disciplina, como fuente complementaria o accesoría.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, siguiendo la orientación de las leyes similares de América Latina, establece una regulación detallada de los actos administrativos, estableciendo el proceso de su formación, los requisitos de validez, de carácter formal y de orden sustantivo, en particular, la competencia y la motivación de los mismos, su expresión formal expresa o tácita (silencio administrativo), el principio de su irrevocabilidad cuando creen o declaren derechos a favor de particulares, los vicios de nulidad que pueden afectarlos, y que sin embargo permiten su revisión en cualquier momento, aún de oficio, y los recursos para su reconsideración o su revisión jerárquica.

27 V. por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del derecho administrativo y la Jurisprudencia venezolanas*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964.

IV. EL ACTO ADMINISTRATIVO Y LOS RECURSOS EN VÍA ADMINISTRATIVA

Como se ha dicho, una de las regulaciones medulares de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por supuesto, y siguiendo la orientación de todas las leyes similares dictadas en América Latina conforme al modelo de la Ley española de 1958, es la relativa a los actos administrativos, su formación, sus efectos, su ejecución y su control interno mediante los recursos administrativos²⁸. En esta materia, las principales regulaciones de la Ley Orgánica se refieren a la previsión de un lapso para la adopción de las decisiones, lo que permite poder accionar contra la carencia administrativa; la regulación de los trámites procedimentales, garantizándose el derecho a la defensa (acceso al expediente; pruebas; notificaciones; recursos); los vicios de nulidad absoluta de los actos administrativos (vicios de orden público o de pleno derecho), como la incompetencia manifiesta, la ausencia absoluta y total de procedimiento, o los vicios en el objeto; y las regulaciones sobre la ejecución forzosa de los actos administrativos, mediante multas. En Venezuela, salvo mediante dichas multas pecuniarias, la Administración Pública no puede sin embargo afectar el patrimonio de los administrados, sino acudiendo a la vía judicial.

Pero al igual que en la generalidad de los países iberoamericanos, el tema medular respecto de los actos administrativos, por supuesto, y particularmente a los efectos de asegurar su control judicial por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, es el de su definición, o más propiamente, el de su caracterización particularmente entre los diversos actos estatales.

28 V. Allan R. Brewer-Carías, *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 133. y ss.

Conforme al antes mencionado principio que tiene rango constitucional en Venezuela, de la formación del derecho por grados partiendo de la Constitución, puede decirse que toda la actividad administrativa es, ante todo, desde el punto de vista formal, una actividad que siempre es de carácter sublegal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la legislación (así las leyes reglamentarias correspondientes no se hayan dictado) y de ejecución indirecta y mediata de la Constitución. Por supuesto, también las actividades judiciales son siempre de carácter sublegal, siendo la diferencia entre una y otra de carácter orgánico, en el sentido que las actividades judiciales siempre las realizan órganos autónomos e independientes en ejecución de la función jurisdiccional, como lo son los órganos que ejercen el Poder Judicial.

Ahora bien, conforme a lo anteriormente expuesto, tanto desde el punto de vista formal como orgánico, esas actividades administrativas pueden distinguirse de las otras actividades estatales, en particular de las legislativas, de gobierno y judiciales.

En efecto, la actividad legislativa está conformada por los actos legislativos, que son las leyes (arts. 187,1 y 203) y los actos parlamentarios sin forma de ley (actos privativos e *interna corporis*) (art. 187). Las leyes, incluso, son formalmente definidas en la Constitución, como los actos sancionados por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador (Art. 203). También pueden considerarse como actos legislativos los decretos leyes o decretos con fuerza de ley, dictados por el Presidente de la República previa autorización por una ley habilitante (arts. 203; 236, 8). Todos estos actos legislativos son actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, incluso en los casos de los decretos ley; y su definición es tanto orgánica como formal: orgánica, pues se definen según el órgano que los dicta; y formal, por la graduación que tienen en el ordenamiento jurídico, de ser actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o de rango de ley. Todos estos actos estatales

están sometidos al control judicial constitucional que corresponde a la Jurisdicción Constitucional (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia).

Los actos del gobierno, por su parte, como se dijo, son los actos dictados por el Presidente de la República en ejercicio sólo de atribuciones constitucionales, y que por ello, no pueden estar regulados o limitados por la Asamblea Nacional mediante leyes. Es el caso, por ejemplo, del nombramiento del Vicepresidente Ejecutivo, de la concesión de indultos, de la convocatoria de la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias, y de la disolución de la Asamblea Nacional (Art. 236,3,9,19,21). Los actos de gobierno también son actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, y su definición es tanto orgánica como formal: orgánica, pues se definen según el órgano que los dicta; y formal, por la graduación que tienen en el ordenamiento jurídico, de ser actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución. Por ello están sometidos al control judicial constitucional por parte de la Jurisdicción Constitucional (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia).

Los actos judiciales y más propiamente, las sentencias, también se definen por el elemento orgánico y el formal: son actos que sólo pueden emanar de los Tribunales, y tienen unos efectos precisos de verdad legal definidos en el ordenamiento y derivados del valor de cosa juzgada. Se trata, siempre, de actos de carácter sublegal, es decir, dictados en ejecución directa e inmediata de la ley e indirecta y mediata de la Constitución, correspondiendo su control a los propios tribunales, incluyendo el control de casación ante las Salas de Casación del Tribunal Supremo de Justicia.

En la definición de los actos legislativos, de gobierno y judiciales, por lo tanto, hay una identificación entre órgano y acto, además de criterios formales derivados de la formación del derecho por grados, y no necesariamente se definen según criterios materiales o derivados de la función que se ejerce al

dictarlos. Por ejemplo, los actos legislativos pueden no tener contenido normativo; y pueden haberse dictado en ejercicio de funciones administrativas o de gobierno; y los actos de gobierno, pueden en cambio tener contenido normativo.

En cambio, en la definición de la actividad administrativa y, en particular, de los actos administrativos, los criterios anteriores no se pueden aplicar en forma lineal, pues estos no se pueden identificar ni orgánica ni funcionalmente: son dictados por los cinco grupos de órganos estatales que ejercen el Poder Público, y se pueden dictar en ejercicio de todas las funciones estatales. Así, tan acto administrativo es un reglamento dictado por cualquier órgano de la Administración Pública o por los Tribunales en ejercicio de la función normativa, como un acto de ejecución presupuestaria o de personal dictado por los órganos de la Administración Pública, los Tribunales o la Asamblea Nacional en ejercicio de la función administrativa; o un acto dictado por los órganos de la Administración Pública en ejercicio de la función jurisdiccional, al decidir una solicitud o un recurso administrativo.

La definición del acto administrativo, por tanto, en contraste con los otros actos estatales, requiere de una mezcla de criterios, dado el carácter heterogéneo de los mismos²⁹: Se emplea el criterio orgánico, al identificar como actos administrativos los actos emanados de la Administración Pública como complejo orgánico en ejercicio de las funciones normativa, jurisdiccional o administrativa del Estado. Se utiliza el criterio material, al identificar como actos administrativos los actos dictados por los Tribunales en ejercicio de las funciones administrativa y normativa, los actos dictados por la Asamblea Nacional en ejercicio de funciones administrativas, e incluso, los dictados por entidades privadas autorizadas por ley en ejercicio de funciones normativas y administrativas; y en todo

29 V. en general, Allan R. Brewer-Carías, "El problema de la definición del derecho administrativo" en *Libro Homenaje al profesor Eloy Lares Martínez*, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1984, pp. 25-78.

caso, conforme al criterio formal, siempre que se trate de actos de carácter sub-legal, es decir, dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución, razón por la cual están sometidos al control judicial por parte de la jurisdicción Contencioso Administrativa (Art. 259, Constitución).

En todo caso, respecto de los actos administrativos, rige el principio de la autotutela, en el sentido de que la Administración Pública puede revisar sus propios actos, corregir errores materiales e incluso revocarlos, siempre que no hayan creado o declarado derechos a favor de particulares. Los vicios de nulidad absoluta de los actos administrativos, taxativamente enumerados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (Art. 19.: por ejemplo, incompetencia manifiesta, ausencia absoluta de procedimiento, vicio en el objeto), sin embargo, conforme a la propia ley Orgánica (Art. 83), pueden motivar su revisión en cualquier tiempo, incluso de oficio, siempre garantizándose el debido procedimiento administrativo.

Además, los administrados pueden requerir el control de la legalidad y de la oportunidad de los mismos ante la propia Administración Pública mediante el ejercicio de los recursos administrativos tradicionales, es decir, del recurso jerárquico (o de apelación ante el superior jerárquico), del recurso de reconsideración (que se ejerce ante la misma autoridad que dictó el acto) y del recurso de revisión (ante el superior jerárquico por hechos sobrevenidos) regulados todos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Estos recursos administrativos permiten a los interesados exigir el control de la legalidad de los actos dentro de la propia Administración, además de que les permite exigir un control y revisión de la oportunidad de los actos cuestionados. Es decir, en el ámbito administrativo puede decirse que además de la garantía de la legalidad, existe la garantía del control de la oportunidad o inoportunidad de una actuación administrativa.

Por último, en relación con los actos administrativos, además de aquéllos con efectos particulares, están los que tienen efectos generales, es decir, contenido normativo. Entre estos últimos, están los Reglamentos que en Venezuela son actos administrativos.

En relación con los reglamentos rige, por supuesto, el principio de la reserva legal establecido en la Constitución, como consecuencia del cual, el artículo 87 de la Ley Orgánica de la Administración Pública dispone que los reglamentos no pueden regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango. Además, sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, los reglamentos no pueden tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público.

Además, conforme al artículo 88 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, la elaboración de los reglamentos de leyes debe ajustarse obligatoriamente al siguiente procedimiento:

1. La iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se debe llevar a cabo por el ministerio competente según la materia, mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se debe acompañar un informe técnico y un informe sobre su impacto o incidencia presupuestaria.
2. A lo largo del proceso de elaboración se debe recabar, además de los informes, los dictámenes correspondientes y cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar la eficacia y la legalidad del texto.
3. Elaborado el texto se debe someter a consulta pública para garantizar el derecho de participación de las per-

sonas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 138 y siguientes de la propia Ley Orgánica. Durante el proceso de consulta las personas, directamente o a través de las comunidades organizadas, pueden presentar propuestas y formular opiniones sobre la gestión de los órganos y entes de la Administración Pública, así como participar en la elaboración de los instrumentos de contenido normativo (art. 138).

4. Aprobado el reglamento por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, entrará en vigencia con su publicación en la Gaceta Oficial de la República, salvo que el mismo disponga otra cosa.

Lo importante de este régimen de consulta pública, es que la ley orgánica es que conforme al artículo 140 de la misma Ley Orgánica, se prohíbe a los órganos o entes públicos aprobar normas o remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean sometidos a consulta pública, sancionándose como nulas de nulidad absoluta, las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias sin que hayan sido consultadas según el procedimiento establecido (Art. 140).

V. LOS CONTRATOS DEL ESTADO Y EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1. Los contratos de interés público

En materia de contratos del Estado, en la Constitución de 1999, como en tantas otras materias, puede decirse que se consolidó un importante proceso de constitucionalización del derecho administrativo de los contratos públicos³⁰. En dicho

30 V. Allan R. Brewer-Carías, "Algunos aspectos del proceso de constitucionalización del Derecho administrativo en Venezuela", en *V Jornadas*

texto, en efecto, en relación con los contratos públicos o contratos de la Administración, se regulan los contratos celebrados por las personas jurídicas *estatales*; denominándolos como “contratos de interés público,” expresión equivalente en general a la de contratos públicos, del Estado o estatales³¹.

En efecto, en la sección cuarta relativa a “De los contratos de interés público” del Capítulo I “Disposiciones fundamentales” del Título IV “Del Poder Público” de la Constitución, se regula el régimen de los mismos, de manera que la denominación genérica comprende tres especies de contratos, de acuerdo con el sistema constitucional de distribución vertical del Poder Público: contratos de interés público *nacional*, contratos de interés público *estadal* y contratos de interés público *municipal* (art. 150), los cuales son los suscritos, respectivamente, por los tres órdenes de personas jurídicas estatales mencionadas (la República, los Estados y los Municipios), las cuales, en general, ejercen el Poder Público en sus tres niveles territoriales, respectivamente.

En consecuencia, todos los contratos tanto de interés nacional, como de interés estadal o municipal, son, por supuesto, contratos de “interés público” (artículo 150, 151) en el mismo sentido que la noción de Poder Público (Título IV de la Constitución) comprende al Poder Nacional, a los Poderes de los Estados y al Poder Municipal³².

En consecuencia un contrato de interés público nacional, es aquél que interesa al ámbito nacional (en contraposición al

internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías, Los requisitos y vicios de los actos administrativos, FUNEDA, Caracas, 2000, pp. 21 a 37.

31 V. Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pp. 28 y ss.

32 V. Allan R. Brewer-Carías, *El Poder Público: Nacional, Estadal y Municipal*, Tomo II, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1996, pp. 11 y ss.

ámbito estatal o municipal), porque ha sido celebrado por una persona jurídica estatal nacional, de derecho público (la República o un instituto público) o de derecho privado (empresa del Estado). Por tanto, no serán contratos de interés público *nacional* aquéllos que son de interés público estatal o municipal, celebrados por personas jurídicas estatales de los Estados o de los Municipios, incluyendo los institutos públicos y empresas del Estado de esas entidades político-territoriales³³.

2. La superada noción de “contratos administrativos”

La noción de “contrato administrativo”, en cambio, no tiene rango constitucional en Venezuela y legalmente sólo se había utilizado hasta 2010, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia a los efectos de atribuir competencia al órgano de mayor jerarquía de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo) para conocer de las controversias relativas a los mismos. En ausencia de una ley general sobre contratos del Estado o sobre contratos administrativos, ello originó en el pasado, por supuesto, una intensa actividad jurisprudencial y doctrinal tendiente a identificar dichos contratos administrativos, los cuales en definitiva se enmarcaron por su objeto vinculado a la prestación de un servicio público o a las obras públicas o por la inclusión en los mismos de las llamadas cláusulas exorbitantes del derecho común.

33 V. en general, Jesús Caballero Ortiz, “Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999”, en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Volumen I, Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 139-154; Allan R. Brewer-Carías, “Los contratos de interés público nacional y su aprobación legislativa” en *Revista de Derecho Público*, N° 11, Caracas, 1982, pp. 40 a 54; Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Caracas, 1992, pp. 28 a 36; Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea nacional Constituyente)*, Tomo II, op. cit., p. 173.

El problema central, en esta materia para la determinación de qué debía entenderse por contrato administrativo, había girado en torno a la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración; la cual si bien parecía haberse superado definitivamente en Venezuela, fue desde 1976 en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia al haber atribuido expresa y exclusivamente a la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (Art. 42, Ord. 14) la competencia referida en materia de “contratos administrativos”.

A pesar de dicha norma y de su equivalente en la también derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004³⁴ (Art. 5, párrafo 1º,25), sin embargo, estimamos que la distinción no tenía sustantividad firme, ya que no había ni puede haber contratos de derecho privado de la Administración, regidos exclusivamente por el derecho privado, que excluyan el conocimiento de los mismos a la jurisdicción contencioso-administrativa³⁵. En realidad, todos los contratos que celebra la Administración están sometidos en una forma u otra al derecho público y a todos se les aplica también el derecho privado, teniendo según su objeto, un régimen preponderante de derecho público o de derecho privado³⁶; por lo que estimá-

34 V. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (*Gaceta Oficial* N° 37.042 de 19-05-2004. V. en general en Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004.

35 V. Allan R. Brewer-Carías, «La evolución del concepto de contrato administrativo» en *El Derecho Administrativo en América Latina, Curso Internacional*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1978, pp. 143-167; *Jurisprudencia Argentina*, N° 5.076, Buenos Aires, 13-12-1978, pp. 1-12; *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 41-69; y Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Administrativo*, Bogotá, 1986, pp. 61-90; y «Evolução do conceito do contrato administrativo» en *Revista de Direito Publico* N° 51-52, Sao Paulo, julio-diciembre 1979, pp. 5-19.

36 V. Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Caracas, 1992, pp. 46 y ss.; y “La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huída y recuperación del dere-

bamos que la distinción no tenía fundamento alguno, y menos cuando en Venezuela nunca ha habido dualidad de jurisdicciones (judicial y administrativa) que fue lo que en Francia fue el verdadero sustento de la distinción³⁷.

Así como no puede haber acto unilateral dictado por los funcionarios públicos que no sea un acto administrativo, tampoco existen contratos celebrados por la Administración que no estén sometidos en alguna forma al derecho público, por lo que la terminología empleada en las ahora derogadas Leyes Orgánicas de la Corte Suprema de 1976 y del Tribunal Supremo de 2004, en realidad, a lo que habían conducido era a confusiones, contradicciones y dilaciones. Por ello pronto, no había demanda que se intentase en relación a contratos celebrados por la Administración en la cual no se plantease el problema de la competencia: si la demanda se intentaba ante la jurisdicción ordinaria, se alegaba la naturaleza administrativa del contrato; en cambio, si se intentaba ante el Tribunal Supremo de Justicia, se alegaba el carácter de derecho privado” del contrato.

Todo ello y la discusión sobre los contratos administrativos como categoría específica en los contratos del Estado puede decirse que desapareció, al eliminarse de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de 2010 la noción misma de contrato administrativo y no incluirse la misma en la ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de ese mismo año³⁸ para la delimitación de la competencia judicial; y además, al no haberse empleado la terminología en la Ley sobre Contra-

cho administrativo” en *Las Formas de la Actividad Administrativa. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, pp. 59 y ss.

37 V. Jesús Caballero Ortíz, “Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo II, Instituto de Derecho Público, UCV, Editorial Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 1773 y ss.

38 V. Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (*Gaceta Oficial* 39.451 de 22-6-2010).

taciones Públicas de 2008, reformada en 2010³⁹. Esta, en efecto, habla de contratos del Estado o contratos públicos, y en cuanto a la atribución de competencia entre los diversos tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer de controversias sobre contratos suscritos por entes públicos, la Ley Orgánica de la misma no establece distinción alguna entre contratos administrativos y otros que podrían no serlo, de manera que todas las demandas sobre contratos públicos son del conocimiento de los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativas.

Por otra parte, debe recordarse que en la determinación de cuándo se estaba en presencia de un contrato administrativo o no, ello dependía en mucho del interés circunstancial de la Administración, pues además de que todo contrato que celebre tienen algún interés público envuelto o se celebra vinculado a un servicio público, las llamadas cláusulas exorbitantes del derecho común que caracterizan a los contratos administrativos, no necesitan estar expresas en el texto del contrato, sino que son inherentes a las potestades de la Administración y se presumen en los contratos estatales. Dependía, por tanto, del recurso que hiciera la Administración en un momento dado a estas cláusulas (por ejemplo, para rescindir el contrato), para que el contrato se calificara o no de administrativo, lo que hacía insegura la distinción. De allí, incluso las dudas y variaciones jurisprudenciales, particularmente con relación a contratos municipales de compra-venta de inmuebles municipales, que llevó a la antigua Corte Suprema a considerarlos algunas veces como contratos administrativos⁴⁰ y otras veces como contratos de derecho privado⁴¹.

39 V. Ley de Contrataciones Públicas en *Gaceta Oficial* N° 39.503 de 6-9-2010.

40 Sentencia de 11-08-83, *Revista de Derecho Público*, N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983, p. 164.

41 Sentencia de 26-06-80, *Revista de Derecho Público*, N° 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, p. 146.

3. El régimen constitucional sobre los contratos públicos

En todo caso, la Constitución establece un conjunto de regulaciones relativas a todos los contratos del Estado, y que, por supuesto, se aplicaban también a los llamados contratos administrativos.

En cuanto a las incompatibilidades o prohibiciones, por ejemplo, la Constitución establece una prohibición general a los funcionarios públicos, más genéricamente, a quienes estén al servicio de los órganos de las personas estatales, de celebrar contrato alguno con ellas (art. 145). Además, el artículo 190 de la Constitución prohíbe a los diputados a la Asamblea Nacional ser propietarios, administradores o directores de empresas que contraten con personas jurídicas estatales.

Por otra parte, la Constitución de 1999 regula en algunas normas específicas la posibilidad de contratos de interés público inter-gubernamentales o interadministrativos, es decir, celebrados ente personas jurídicas estatales. Los primeros serían aquéllos que se celebran entre la República y los Estados o Municipios, o entre éstos, y que, por lo general, derivan de los procesos de descentralización política y, en particular, de transferencia de competencias entre los entes territoriales.

En efecto, el artículo 157 de la Constitución establece que la Asamblea Nacional, por mayoría de sus integrantes, puede atribuir a los Municipios o a los Estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización. Con fundamento en una norma similar que estaba en la Constitución de 1961, en 1989 se dictó la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público⁴², en la cual se regularon los contratos inter-gubernamentales que se debían celebrar entre la Repú-

42 V. en Gaceta Oficial Extra. N° 4.153 de 28-12-1989. V. además, en Allan R. Brewer-Carías et al., *Leyes y Reglamentos para la descentralización política de*

blica y los Estados, precisamente, para el desarrollo de procesos de transferencia de competencias nacionales hacia los Estados y de asunción por éstos de las mismas.

La Constitución de 1999 regula, ahora, además, la posibilidad de que los Estados descentralicen y transfieran los servicios y competencias que gestionen a los Municipios, siempre que los mismos estén en capacidad de prestarlos, así como la administración de los respectivos recursos dentro de las áreas de competencias concurrentes entre ambos niveles territoriales del Poder Público (art. 165). Ello también puede dar origen a contratos intergubernamentales de orden local para materializar las transferencias y regular la gestión de las mismas.

Además, entre estos contratos de interés público intergubernamentales están los acuerdos de mancomunidad municipal, mediante los cuales los Municipios se pueden asociar para la realización de una actividad en común (art. 170). También están los contratos de interés público interterritoriales, es decir, aquéllos suscritos por los Municipios entre sí o entre la República y los Municipios o los Estados y los Municipios para fines de interés público. En tal sentido, el artículo 170 de la Constitución establece que los Municipios pueden “acordar entre sí o con los demás entes públicos territoriales, la creación de modalidades asociativas inter-gubernamentales para fines de interés público relativos a materias de su competencia”. De ello deriva la posibilidad de contratos de interés público de carácter asociativo, Inter-gubernamentales.

Debe señalarse, por último, en relación con estos contratos intergubernamentales e interadministrativos, que la Constitución regula la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de controversias derivadas de la ejecución de los mismos, así como las controversias administrativas que se susciten entre la República, algún Estado,

la Federación, Colección Textos Legislativos, N° 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1990.

Municipio u otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades, como las que pueden resultar de un contrato intergubernamental. Estas controversias deben ser resueltas por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa (art. 266,4). La Constitución, además, autoriza al legislador para atribuir la competencia jurisdiccional para resolver las controversias administrativas cuando se trate de controversias entre Municipios de un mismo Estado, a otros tribunales, por supuesto, de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 259).

Otro específico de la constitucionalización del régimen de los contratos estatales se refiere al régimen del dominio público y de los servicios públicos, en el sentido de que la propia Constitución prevé el régimen de concesiones para la explotación de los bienes que sean “recursos naturales propiedad de la Nación”, las cuales pueden ser otorgadas con exclusividad o sin ella, por tiempo determinado, y asegurando, siempre, la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público” (art. 113). En cuanto a las concesiones mineras, en particular, se dispone en el artículo 156,16 de la Constitución que “el Ejecutivo Nacional no podrá otorgar concesiones mineras por tiempo indefinido⁴³”. Todas estas concesiones, por supuesto, son contratos estatales. Por lo que se refiere a los servicios públicos, en los casos en los que se los regula de manera de permitir la actuación de los particulares sólo mediante concesión, como sucede en los casos de servicios públicos municipales o domiciliarios, rige el mismo principio constitucional antes indicado relativo a las concesiones establecido en el artículo 113.

La Constitución regula, además, otros contratos de interés público estatal y municipal al establecer los principios para

43 V. Allan R. Brewer-Carías, “Prologo” sobre “El régimen constitucional aplicable a las concesiones de obras y servicios públicos”, en Alfredo Romero Mendoza et al., *Régimen Legal de las Concesiones Públicas*, Caracas 2000, pp. 9 a 16.

que los Estados y los Municipios descentralicen y transfieran “a las comunidades y grupos vecinales organizados” los servicios que éstos gestionen, previa demostración de su capacidad para prestarlo (art. 184). A tal efecto, los Estados y Municipios deben promover la transferencia de servicios en materia de salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, ambiente, mantenimiento de áreas industriales, mantenimiento y conservación de áreas urbanas, prevención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos. En todos estos casos, para lograr esos objetivos los Estados y Municipios pueden establecer convenios, es decir, celebrar contratos de interés público estatal o municipal con las comunidades y grupos vecinales organizados, cuyos contenidos deben estar orientados por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación y corresponsabilidad (art. 184,1).

4. Las cláusulas obligatorias en los contratos públicos

Por otra parte, siguiendo la orientación de la Constitución de 1961, la Constitución de 1999 ha establecido la incorporación obligatoria y tácita en todos los contratos de interés público, de una serie de cláusulas, entre las cuales destacan las de inmunidad de jurisdicción y la llamada cláusula “Calvo”; y a ciertos de ellos, una cláusula de protección ambiental. Además, regula las cláusulas de temporalidad en las concesiones administrativas de explotación de recursos naturales, de servicios públicos y de carácter minero.

En cuanto a la cláusula de inmunidad de jurisdicción, el artículo 151 de la Constitución establece el principio de la inmunidad relativa en el sentido de que:

En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviera expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan susci-

tarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes.

Se trata, realmente, de una cláusula obligatoria en el sentido de que todo contrato que suscriba una persona jurídica estatal en los tres niveles territoriales del Poder Público e, incluso, en los niveles de descentralización funcional, deben contener esta cláusula cuyo objeto es, primero, asegurar que la interpretación, aplicación y ejecución de esos contratos debe someterse a la ley venezolana; y segundo, que las controversias y dudas que de ellos surjan deben también someterse al conocimiento de los tribunales venezolanos⁴⁴.

En todo caso, en el citado artículo 151 de la Constitución de 1999, el régimen de la inmunidad jurisdiccional previsto se aparta del carácter absoluto tradicional que tenía en el siglo XIX, establecido originalmente en la Constitución de 1892 (art. 147), y como se ha dicho, encaja dentro de la llamada “inmunidad relativa de jurisdicción”⁴⁵. Por ello, la norma prescribe que la cláusula debe estar presente en todos los contratos de la Administración “si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos”, lo que convierte la cláusula en una de inmunidad relativa de jurisdicción⁴⁶. Esta relatividad de la inmunidad de jurisdicción deriva, en todo caso, de la naturaleza de la actividad del Estado o sus entes públicos regulada en el contrato, más que en su finalidad, que siempre es pública, admitiéndose la excepción al principio de la inmunidad basada

44 V. por ejemplo Alfredo Morles H., “La inmunidad de Jurisdicción y las operaciones de Crédito Público” en *Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera*, tomo III, Caracas, 1979, pp. 1.701 y ss.

45 Sobre la inclusión de esta cláusula en la Constitución de 1999, véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I, Fundación de Derecho Público, Caracas 1999, pp. 209 a 233; y *Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, Fundación de Derecho Público, Caracas 1999, pp. 174 y 175.

46 V. Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, cit., pp. 130 a 137.

por ejemplo, en el carácter comercial de las actividades que realice un Estado, sobre todo en el ámbito de las contrataciones internacionales. Con esta cláusula, en particular, encontró fundamento constitucional la posibilidad del arbitraje internacional conforme a la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de 1999⁴⁷, a la Ley Orgánica sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones de 1999⁴⁸, y con arreglo en los múltiples Tratados Bilaterales de protección de Inversiones suscritos por la República, básicamente en el marco del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI)⁴⁹.

Por supuesto, para la determinación de la naturaleza de los contratos no se pueden dar fórmulas universales. Por ejemplo, se han planteado discusiones sobre la naturaleza de tales contratos en materia de empréstitos públicos, tanto en el derecho financiero como en el derecho internacional. En todo caso, utilizando la vieja distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, nadie podría afirmar que un contrato de empréstito público no sea un acto de autoridad ni un contrato de interés público. Por ello, dicho criterio no puede utilizarse para determinar la relatividad de la inmunidad de jurisdicción, pues la solución al problema no se puede basar en la consideración de si el Estado suscribe el contrato haciendo uso de su soberanía o de sus poderes públicos, o si son o no contratos de la Administración; sino en la naturaleza de las operaciones. En el caso de los empréstitos, sin duda, el juez llamado a conocer de un problema judicial en relación a ellos, debe conocer, en realidad, de cuestiones mercantiles y comerciales. Por eso, y con base en la excepción prevista en la Constitución, los contratos de emprés-

47 V. Ley de Promoción y Protección de Inversiones, Decreto-Ley N° 356 (*Gaceta Oficial Extra.* N° 5.390 de 22-10-1999).

48 V. Ley Orgánica sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones, en *Gaceta Oficial Extra.* N° 5.394 de 25-10-1999.

49 V. Ley Aprobatoria del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (*Gaceta Oficial* N° 35.685 de 03-04-1995).

tito no contienen las cláusulas de inmunidad de jurisdicción y, por tanto, están sometidos en su ejecución, la cual, además, en general, se produce fuera del país, a las leyes y tribunales donde se realiza la operación e, incluso, a tribunales arbitrales.

La segunda cláusula de carácter obligatorio, de rango constitucional regulada en el artículo 151 de la Constitución, reprodujo exactamente el texto del artículo 127 de la Constitución de 1961, y es la llamada cláusula "Calvo," que implica que en los contratos de interés público también se debe considerar incorporada una cláusula que establece que por "ningún motivo" ni causa, la ejecución de los mismos "puede dar origen a reclamaciones extranjeras⁵⁰." El origen de esta cláusula se remonta a la Constitución de 1893 en la cual, al regularse los contratos de interés público, se señaló que los mismos en ningún caso podían ser motivo de reclamaciones internacionales. Esta cláusula establece, por tanto, la improcedencia de reclamaciones diplomáticas de Estados extranjeros contra el Estado venezolano, actuando aquellos Estados por cuenta de súbditos extranjeros, y parte del supuesto de que los extranjeros en el territorio del Estado venezolano se hallan en las mismas condiciones que los nacionales, por lo que si tienen alguna reclamación que formular cuando se puedan considerar lesionados, deben acudir únicamente a los tribunales nacionales. El objeto de la cláusula, en definitiva, es impedir que las divergencias que puedan surgir entre partes en un contrato estatal, en el cual una parte fuera un ciudadano extranjero, pudieran ser consideradas como de naturaleza internacional.

Con relación a las concesiones administrativas, como contratos estatales, también puede identificarse en el ordenamiento constitucional venezolano, otra cláusula de carácter obligatorio y que tiene su fundamento en el citado artículo 113 de la Constitución, que regula las concesiones para la explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o para la presta-

50 V. Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, cit., pp. 137 y ss.

ción de servicios de naturaleza pública, las cuales sólo pueden otorgarse “por tiempo determinado.” En el mismo sentido, el artículo 156,16 de la Constitución prohíbe el otorgamiento de “concesiones mineras por tiempo indefinido.” Es evidente, por tanto, de acuerdo con estas normas, la posibilidad de que el Estado otorgue con carácter de exclusividad, concesiones para la explotación de bienes públicos o la prestación de servicios públicos por tiempo limitado. La temporalidad, así, puede considerarse como una característica de todas las concesiones por lo que las leyes especiales que las regulan prevén, en general, lapsos variables, pero siempre precisos, de duración de las mismas.

En este sentido, por ejemplo, las concesiones de servicios públicos municipales, de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, sólo pueden tener un plazo máximo de 20 años⁵¹; y las concesiones para el aprovechamiento de las aguas, conforme a la Ley de Aguas deben tener una duración máxima de 20 años⁵². Asimismo, las concesiones de obras y servicios públicos previstas en la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones⁵³, deben tener una duración máxima de 50 años. Por último, en cuanto a las concesiones mineras, la duración de las mismas de acuerdo a la Ley de Minas, es de 20 años prorrogable (art 25)⁵⁴.

Por otra parte, el artículo 129 de la Constitución exige la inclusión en los contratos que celebre la República (contratos de interés público nacional celebrados por la República), de

51 V. Ley Orgánica del Poder Público Municipal (*Gaceta Oficial* N° 6.015 Extra. de 28-12-2010).

52 V. Ley de Aguas (*Gaceta Oficial* N° 38.595 de 02-01-2007).

53 V. Ley Orgánica sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones, en *Gaceta Oficial Extra.* N° 5.394 de 25-10-1999.

54 V. Ley de Minas, Decreto-Ley N° 295 (*Gaceta Oficial Extra.* N° 5.382 de 28-09-1999).

una cláusula de protección ambiental⁵⁵ en los siguientes términos:

En los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que afecten los recursos naturales, se considerará incluida aún cuando no estuviere expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en los términos que fije la ley.

Se debe destacar de esta norma, que se trata de una cláusula de protección ambiental constitucionalmente obligatoria sólo respecto de los contratos de interés público *nacional*, que celebre la República. En consecuencia, puede considerarse que no es obligatoria en los contratos de interés público estatal ni municipal, que celebren, por ejemplo, los Estados y Municipios; así como tampoco sería constitucionalmente obligatoria en los contratos de interés público nacional que celebren otras personas jurídicas estatales distintas a la República, como los institutos autónomos o empresas del Estado nacionales.

5. La aprobación legislativa en materia de contratos públicos

En cuanto a la aprobación legislativa de los contratos de interés público nacional, la Constitución de 1999, a propuesta nuestra⁵⁶, cambió radicalmente la previsión del artículo 126 de la Constitución de 1961, que materialmente sometía todos los

55 V., en general, Alberto Blanco-Urbe Quintero, "La tutela ambiental como derecho-deber del Constituyente. Base constitucional y principios rectores del derecho ambiental", en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 6 (enero-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2002, pp. 31-64.

56 V. Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea nacional Constituyente)*, Tomo II, op. cit., pp. 175 a 177.

contratos de interés público nacional a la aprobación legislativa, salvo las excepciones (contratos normales en el desarrollo de la Administración Pública y aquellos para los cuales la ley no establecía la aprobación legislativa) lo que terminó convirtiéndose en la regla. Por ello, el artículo 150 de la Constitución de 1999, siguiendo la orientación mencionada de la práctica legislativa e interpretativa, ahora se limita a señalar que “la celebración de los contratos de interés público nacional requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional sólo *en los casos que determine la ley*”. En consecuencia, sólo cuando mediante ley se determine expresamente que un contrato de interés público nacional debe someterse a la aprobación de la Asamblea, ello se convierte en un requisito de eficacia del contrato (art. 182,9). Es el caso, por ejemplo, de los contratos para la formación de empresas mixtas para la explotación petrolera⁵⁷, que es una industria que fue nacionalizada desde 1975.

Sin embargo, la Constitución exige la aprobación obligatoria por parte de la Asamblea Nacional, (art. 150; 187,9) solo respecto de los contratos de interés público (no sólo nacional, sino estatal o municipal) que se celebren con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, así como respecto de los traspasos de esos contratos a dichas entidades.

6. El régimen legal de los contratos públicos

En 2008 se sancionó por primera vez en el país, una Ley de Contrataciones Públicas, la cual ha sido reformada en 2010⁵⁸. La misma, sin embargo, y a pesar de su denominación no regula universalmente la “contratación pública”, es decir, toda la actividad contractual del Estado (los contratos del Estado o los contratos públicos) a cargo de las personas jurídicas esta-

57 V. Ley Orgánica de Hidrocarburos (*Gaceta Oficial* N° 38.493 de 4-8-2006).

58 V. Ley de Contrataciones Públicas, Decreto Ley N° 5.929 de 11-03-2008 en *Gaceta Oficial* N° 38.895 de 25-03-2008. V. el texto de la reforma de 2010 en *Gaceta Oficial* N° 39.503 de 6-9-2010.

tales, tal y como sucede, por ejemplo, en términos generales, en España, sucesivamente con la Ley de Contratos del Estado (1965), la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (1995) o la Ley de Contratos del Sector Público (2007); y en Colombia, con la Ley de Contratos del Estado (1993).

La Ley, en efecto, no se configuró como cuerpo normativo general, destinado a regular todos los contratos del Estado celebrados por todas las personas jurídicas estatales, sino que se ha limitado su alcance, y está destinada, básicamente, a regular el procedimiento de selección de contratistas (licitación) y sólo respecto de ciertos (no todos) los contratos públicos. Por ello, la única Ley precedente que se derogó expresamente con la nueva Ley fue la vieja Ley de Licitaciones⁵⁹, por lo que en su parte medular, sigue siendo un cuerpo normativo destinado a regular el régimen de selección de contratistas (arts. 36 a 92) en ciertos contratos públicos. Sin embargo, a las tradicionales previsiones de la Ley de Licitaciones sobre selección de contratistas, la nueva Ley agregó, un nuevo Título general sobre la "Contratación" (art. 93 a 131), con normas que deben regir respecto de todos los contratos del Estado que caen dentro del ámbito de aplicación que son solamente los destinados a la "adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras" (art. 1), suscritos por personas jurídicas estatales, a las cuales la Ley ha agregado a los Consejos Comunales. Pero incluso, respecto de los contratos sometidos a la normativa legal, la propia Ley excluye a aquellos celebrados "en el marco del cumplimiento de acuerdos internacionales de cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y otros Estados, incluyendo la contratación con empresas mixtas constituidas en el marco de estos convenios" (art. 4); y respecto de las previ-

59 Decreto Ley N° 1555 de fecha 13 de noviembre de 2001, *Gaceta Oficial* N° 5556 de 13-11-2001. V. sobre dicha Ley los comentarios que hicimos en Allan R. Brewer-Carías, "El régimen de selección de contratistas en la Administración Pública y la Ley de Licitaciones" en *Revista de Derecho Público*, N° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1990, pp. 5-25.

siones específicas en materia de “selección de contratistas,” la ley excluye a los contratos para la prestación de servicios profesionales y laborales; para la prestación de servicios financieros; para la adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles; para la adquisición de obras artísticas, literarias o científicas; para “las alianzas comerciales y estratégicas” para la adquisición de bienes y prestación de servicios entre personas naturales o jurídicas y los órganos o entes contratantes; para los servicios básicos indispensables para el funcionamiento del órgano o ente contratante; y para la adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras, encomendadas a los órganos o entes de la administración pública (art. 5).

Con estas exclusiones y ámbito reducido, se trata en todo caso, como se dijo, de una Ley reguladora básicamente del proceso de selección de contratistas, con normas generales respecto, entre otros aspectos, los poderes de la Administración para controlar los contratos (art. 95), en especial, respecto de los contratos de obra (arts. 112-115); los poderes de modificación de los contratos y el régimen de variación de precios y ajustes contractuales (arts. 106-111); el régimen de la nulidad de los mismos (art. 99), las garantías de cumplimiento, (arts. 99-102), y el régimen de los anticipos (arts. 103-105); el régimen de los pagos (arts. 116-119), el régimen de la terminación de los contratos (arts. 120-127), y las causas de rescisión unilateral de los contratos (arts. 127-129); y finalmente, el régimen sancionatorio (arts. 130-131).

VI. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

La más importante de las garantías constitucionales, además del acceso a la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva, es que la justicia y en general, la función jurisdiccional se ejerza e imparta de acuerdo con las normas establecidas en la Constitución y las leyes, es decir, en el curso de un debido

proceso, cuyos principios conforme se establece expresamente en la misma Constitución, se aplican no sólo en las actuaciones judiciales sino administrativas. Ello tiene, en consecuencia, una importante repercusión en relación con la potestad sancionadora de la Administración, la cual necesariamente está sometida a las garantías del debido proceso.

Estas garantías al debido proceso⁶⁰, además, se han regulado detalladamente en el artículo 49, y han sido analizadas extensamente por el Tribunal Supremo de Justicia, calificándoselas como una “garantía suprema dentro de un Estado de Derecho”⁶¹, de manera que “cualquiera sea la vía escogida para la defensa de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva”⁶².

En particular, en relación con el procedimiento sancionatorio, la jurisprudencia ha precisado las siguientes garantías derivadas del debido proceso: el derecho a que la decisión se adopte por el órgano competente (en materia judicial, el Juez natural: numeral 4 del artículo 49); el derecho a la presunción de inocencia (numeral 2 del artículo 49); el derecho a la defensa y a ser informado de los cargos formulados (numeral 1 del artí-

60 V. en general, Antonieta Garrido de Cárdenas, “La naturaleza del debido proceso en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 5 (julio-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 89-116; Antonieta Garrido de Cárdenas, “El debido proceso como derecho fundamental en la Constitución de 1999 y sus medios de protección”, en *Bases y principios del sistema constitucional venezolano (Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional realizado en San Cristóbal del 21 al 23 de Noviembre de 2001)*, Volumen I, pp. 127-144.

61 V. sentencia N° 123 de la Sala Constitucional (Caso: Sergio J. Meléndez) de 17 de marzo de 2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 143.

62 V. sentencia de la sala Constitucional N° 97 de 15 de marzo de 2000 (Caso: *Agropecuaria Los Tres Rebeldes* en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 148.

culo 49); el derecho a ser oído (numeral 3 del artículo 49); el derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas (numeral 8 del artículo 49); el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (numeral 1 del artículo 49); el derecho a no confesarse culpable y no declarar contra sí misma (numeral 5 del artículo 49); y el derecho a la tutela efectiva de los derechos e intereses del procesado (artículo 26 de la Constitución)⁶³.

Aplicados los principios del artículo 49 de la Constitución a los procedimientos administrativos sancionatorios, resulta entonces el siguiente régimen:

El ordinal 1º del artículo 49 comienza por establecer no sólo el derecho a la *defensa*, sino a la *asistencia jurídica* (de abogado) los que considera como derechos inviolables en *todo estado y grado* de la investigación y del procedimiento. Adicionalmente, precisa que toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se la investiga, de *acceder a las pruebas* y de *disponer del tiempo* y de los medios adecuados para ejercer su *defensa*.

En particular, en relación con el derecho a la defensa el mismo ha sido amplio y tradicionalmente analizado por la jurisprudencia destacándose, por ejemplo, que

En cuanto al procedimiento de determinación e imposición de sanciones por ilícitos tributarios, el derecho a la defensa se concreta en el derecho de los sujetos pasivos de la relación tributaria a ser debidamente notificados de cualquier acto administrativo que afecten sus derechos subjetivos o sus intereses particulares legítimos y directos; en la oportunidad que tiene el administrado para formular los descargos que le permita desvirtuar lo imputado por la Administración en el acta fiscal debidamente notificada; en el derecho del contribuyente o responsable para promover y controlar,

63 V. sentencia N° 224 de 24-02-2000, ídem, pp. 136 y ss.

en tiempo oportuno, la producción de cualquier prueba razonable y legalmente pertinente, antes de que la Administración adopte la decisión final sobre el fondo del asunto debatido; en el derecho a tener el libre acceso al expediente administrativo; en el derecho a conocer oportunamente las razones de hecho y de derecho que fundamentan el acto administrativo determinativo o sancionatorio, lo cual le permitirá accionar ante los organismos competentes; y en poder impugnar en la vía administrativa o judicial un acto administrativo emitido por la Administración tributaria, que afecte, en cualquier forma, sus derechos como contribuyente o responsables⁶⁴.

Por otra parte, ha sido por la prevalencia del derecho a la defensa que la Sala Constitucional, siguiendo la doctrina constitucional establecida por la antigua Corte Suprema de Justicia⁶⁵, ha desaplicado normas que consagran el principio *solve et repete*, como condición para acceder a la justicia contencioso-administrativa, por considerarlo inconstitucional⁶⁶.

En la Constitución de 1999, además, en forma explícita se estableció el principio de que “Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario” (ordinal 2º del artículo 49), conforme al cual “una persona acusada de una infracción, no puede ser considerada culpable hasta que así lo declare una decisión condenatoria precedida de un procedimiento suficiente para procurar su dimanación. El particular tiene entonces derecho a ser presumido inocente, lo que equivale a que su eventual condena sea precedida por “una acti-

64 V. la sentencia N° 3682 de 19 de diciembre de 1999, de la Sala Política Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia en *Revista de Derecho Público*, N° 79-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

65 V. en Allan R. Brewer-Carías, *La justicia contencioso-administrativa*, Tomo VII, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, cit., pp. 196 y ss.

66 V. la sentencia de la Sala Constitucional N° 321 de 22 de febrero de 2002 (Caso: *Papeles Nacionales Flamingo, C.A. vs. Dirección de Hacienda del Municipio Guácaro del Estado Carabobo*) en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

vidad probatoria suficiente con la participación del acusado y con un adecuado razonamiento del nexo causal entre la norma y la situación concreta, sin que base la mera sospecha o conjetura”⁶⁷.

El ordinal 3° del artículo 49, regula además, el derecho de toda persona a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por el órgano administrativo competente e imparcial establecido con anterioridad. Este derecho comprende por supuesto, el derecho de formular alegatos y presentar pruebas en el procedimiento.

De acuerdo con el mismo artículo 49,1 de la Constitución, como parte del debido procedimiento se establece la garantía fundamental en materia probatoria, conforme a la cual se consideran como nulas *las pruebas* obtenidas mediante violación del debido proceso.

El mismo artículo 49,1 de la Constitución, también como manifestación del derecho a la defensa consagra el derecho de toda persona declarada culpable a recurrir de la decisión sancionatoria, con lo que se regula el derecho a la doble instancia que consiste en la efectiva posibilidad de revisión de las decisiones dictadas con ocasión de un procedimiento, esto es, de someter una la decisión al conocimiento posterior de un órgano de mayor jerarquía en la pirámide organizativa de la Administración. Con esta disposición, adquiere rango constitucional el derecho al recurso jerárquico en los procedimientos administrativos.

El ordinal 6° del artículo 49 recoge el principio tradicional de que ninguna persona puede ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infrac-

67 V. sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo N° 315 de 19 de marzo de 2001, en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 103 y ss.

ciones en leyes preexistentes; principio que por supuesto es aplicable a los procedimientos sancionatorios.

Además, en materia sancionatoria también tiene rango constitucional el principio *non bis in idem* que recoge el ordinal 7º del artículo 49 de la Constitución, al establecer que ninguna persona puede ser sometida a un procedimiento sancionatorio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido sancionado anteriormente.

VII. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

La discrecionalidad se da, como lo ha señalado la jurisprudencia venezolana, cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera, apreciando la oportunidad o conveniencia de la medida a tomarse⁶⁸. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la Administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación de hecho. En esos casos, la Administración tiene la elección, sea de las circunstancias ante las cuales dictará el acto, sea del acto que se dictará ante una situación de hecho, por lo que es posible afirmar que “la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas”⁶⁹.

68 V. Allan R. Brewer-Carías, “Los límites a la actividad discrecional de las autoridades administrativas”, en *Ponencias Venezolanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado (Uppsala, agosto 1966)*, publicaciones del Instituto de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1966, pp. 255-279; en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 2, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1966, pp. 9-35; y en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo I: *El Ordenamiento Constitucional y Funcional del Estado*, Caracas 1975, pp. 15-41.

69 Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 1-6-2001.

Por ello, en algunas de las leyes de procedimientos administrativos se ha regulado el ejercicio de la potestad discrecional, entendida como la posibilidad que da la ley al funcionario de adoptar decisiones según su apreciación de la oportunidad y conveniencia, pudiendo normalmente adoptar varias decisiones que de acuerdo a la apreciación de los hechos y a la finalidad de la norma, todas, si se aplican, podrían ser igualmente justas.

En todo caso, si algo ha caracterizado al derecho administrativo en las últimas décadas en todos los países iberoamericanos, es el proceso de redefinición del ámbito de la discrecionalidad y de limitación de la misma. Este puede decirse que es el signo común del derecho administrativo y, en particular, de las leyes de procedimiento administrativo.

El esfuerzo de la doctrina y de la jurisprudencia de las últimas décadas ha consistido, entonces, en deslastrar a los funcionarios de ciertas áreas de actuación que antes se consideraban como parte del poder discrecional y que, progresivamente, se han ido eliminando de dicho ámbito, como es el caso de la utilización de “conceptos jurídicos indeterminados” en la atribución de competencias. Como lo precisó la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, al distinguir los conceptos jurídicos indeterminados, de las llamadas potestades discrecionales:

“Mientras éstas dejan al funcionario la posibilidad de escoger según su criterio una entre varias soluciones justas, no sucede lo mismo cuando se trata de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado. Se caracterizan estos últimos por ser conceptos que resulta difícil delimitar con precisión en su enunciado, pero cuya aplicación no admite sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquélla que se conforme con el espíritu, propósito y razón de la norma. La aplicación del concepto jurídico indeterminado por la Administración Pública constituye una actividad reglada y por con-

siguiente sujeta al control de legalidad por parte del órgano jurisdiccional competente”⁷⁰.

Por otra parte, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos debe destacarse el esfuerzo por establecer límites a la discrecionalidad, en el artículo 12 al disponer que “Aún cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia”.

En todo caso, con enunciados de esta naturaleza en una ley de procedimiento administrativo, sin duda el juez contencioso administrativo dispone de efectivas herramientas para controlar la legalidad de la actuación de la Administración, más allá de los aspectos formales de tal actuación.

VIII. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

1. El control judicial de la constitucionalidad y legalidad de los actos estatales

Conforme al sistema establecido en la Constitución venezolana, todos los actos estatales están sometidos al derecho y todos son controlables judicialmente por razones de constitucionalidad o de legalidad. Aquí está la consecuencia de la consagración del principio de la legalidad y la garantía del Estado de derecho.

Este sistema de control judicial de las actuaciones del Estado puede decirse además, que es de carácter universal y cerrado,

70 V. sentencia N° 100 de 19-05-83 en *Revista de de Derecho Público*, N° 34, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, p. 69.

en el sentido que ninguno de los actos estatales puede escapar al control del Tribunal Supremo de Justicia y de los demás Tribunales que controlan la constitucionalidad y la legalidad de los mismos; control que se ejerce, en general, además de a través de la Jurisdicción Ordinaria, a través de la Jurisdicción Constitucional, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y de la Jurisdicción Contencioso Electoral⁷¹.

En efecto, los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, las leyes, los actos parlamentarios sin forma de ley, los actos ejecutivos de rango y valor de ley (decretos-leyes), y los actos de gobierno están sometidos exclusivamente al control de la constitucionalidad que está a cargo de la Jurisdicción Constitucional que corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En cuanto a las sentencias, estas están sometidas al control judicial ordinario mediante las apelaciones y, en materia de legalidad, al recurso de extraordinario de casación ante las Salas de Casación Civil, de Casación Social y de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

Y en cuanto a los actos administrativos, al ser de carácter sublegal, como ya se ha dicho, están sometidos al control judicial tanto por parte de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo como de la Jurisdicción Contencioso Electoral. La primera la integran la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que se han establecido por la ley; y la segunda, la integra básicamente la Sala Electoral del mismo Tribunal Supremo de Justicia, a los efectos específicos del control de legalidad e inconstitucionalidad de los actos administrativos dictados por los órganos que ejercen el Poder Electoral (Consejo Nacional Electoral, sus Comisiones y órganos subalternos).

71 V. Allan R. Brewer-Carías, *Justicia contencioso administrativa*, Tomo VII, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1997.

Lo importante a señalar sobre este control contencioso administrativo es que el mismo se realiza en relación con todos los actos administrativos, pudiendo los tribunales competentes declarar su nulidad, así sean actos administrativos emanados no sólo de los órganos de la Administración Pública, sino de los órganos legislativos, de los tribunales, e incluso de entidades privadas.

2. La jurisdicción contencioso administrativa

La jurisdicción contencioso-administrativa, por otra parte, se constitucionalizó en Venezuela desde 1961, en una norma que ahora está contenida en el artículo 259 de la Constitución de 1999⁷², cuyo texto es el siguiente:

La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determina 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.

Ha sido precisamente con base en esta norma constitucional que la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia fue elaborando las bases del sistema contencioso administrativo en el país⁷³, las cuales desarrolladas por la doctrina

72 V. en general Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso-administrativos*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2004.

73 En cuanto a la jurisprudencia, véase en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*,

nacional⁷⁴, condujeron en 1976 a la sanción de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia⁷⁵, en cuyas normas se reguló el procedimiento contencioso-administrativo ante la sala Político Administrativa de dicha Corte. En las Disposiciones Transitorias de esa Ley, además, se reguló la organización de la jurisdicción contencioso-administrativo, con indicación de los diversos tribunales que la integraban, además de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema: la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (en 2004 se creó una Corte Segunda) y ocho Tribunales Superiores Contencioso-Administrativos ubicados en las diversas regiones del país.

Tomó V, *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Vol. 1 y 2, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1978; Allan R. Brewer-Carías y Luis Ortiz Álvarez, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia Contencioso-Administrativa*, Caracas, 1996; y Luis Ortiz-Álvarez, *Jurisprudencia de medidas cautelares en el contencioso-administrativo (1980-1994)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995.

- 74 V. Allan R. Brewer-Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial*, Madrid, 1985, pp. 281 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, *Contencioso Administrativo*, Tomo VII, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Caracas-San Cristóbal, 1997; Antonio Canova González, *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*, Editorial Sherwood, Caracas, 1998; Víctor Hernández-Mendible, *Tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo*, Vadell Hermanos editores, Caracas, 1998. V. además, las siguientes obras colectivas: *El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979; *Contencioso Administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, tercera edición, Caracas, 1993; *Derecho Procesal Administrativo*, Vadell Hermanos editores, Caracas, 1997; 8ª *Jornadas "J.M. Domínguez Escovar"* (Enero 1983), *Tendencias de la jurisprudencia venezolana en materia contencioso-administrativa*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, U.C.V., Corte Suprema de Justicia; Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Tip. Pregón, Caracas, 1983; *Contencioso Administrativo*, I *Jornadas de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Funeda, Caracas, 1995; XVIII *Jornadas "J.M. Domínguez Escovar, Avances jurisprudenciales del contencioso-administrativo en Venezuela*, 2 Tomos, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Diario de Tribunales Editores, S.R.L. Barquisimeto, 1993.
- 75 Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia del 30 de julio de 1976 en *Gaceta Oficial* N° 1.893, Extraordinaria del 30-07-76. V. Allan R. Brewer-Carías y Josefina Calcaño de Temeltas, *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1989.

En mayo de 2004 se sancionó la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia⁷⁶, en la cual y a pesar de las imperfecciones de sus nuevas Disposiciones Transitorias que afectaron la base legal fundamental de la organización de la Jurisdicción, se volvieron a regular los principios del procedimiento contencioso administrativo (Arts. 18 a 21) siguiendo literalmente lo que establecía la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema; conservándose además, la organización de la Jurisdicción transitoriamente hasta que se dictase la Ley especializada sobre lo contencioso administrativo.

Esa ley especializada que se dictó en 2010, es la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,⁷⁷ en la cual, conforme a la orientación constitucional, se configura a la jurisdicción contencioso administrativa como una jurisdicción especial integrada al Poder Judicial. En Venezuela, por tanto, el derecho administrativo no construyó con base en la distinción entre las competencias de la jurisdicción judicial y una jurisdicción administrativa, que siguiendo la orientación del derecho administrativo francés, se siguió por ejemplo en Colombia. En Venezuela, al contrario, la tradición ha sido la existencia de una competencia especializada de determinados tribunales para conocer de litigios en los cuales interviene la Administración, pero integrados en el Poder Judicial.⁷⁸ En esos tribunales, por otra parte, se materializa el derecho de las

76 V. la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ), *Gaceta Oficial*, N° 37942 de 20-05-2004. V. Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004.

77 V. la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (*Gaceta Oficial* 39.451 de 22-6-2010). V. sobre la ley, Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010.

78 Martín Pérez Guevara, "Prólogo", en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo II. Ordenamiento Orgánico y Tributario del Estado, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1976, pp. 1-10.

personas a la tutela judicial efectiva⁷⁹ frente a las acciones de la Administración, a través del desarrollo de un conjunto de procesos contencioso administrativos.

3. Los diversos procesos contencioso administrativos en la Ley de 2010

De acuerdo con la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en efecto, el sistema de los procesos contencioso administrativos resulta directamente del conjunto de atribuciones que se asignan en la misma a los diversos órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que son la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, en su cúspide de la organización judicial contencioso administrativa, y en orden descendente, los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso Administrativos y los Juzgados Municipales de la Jurisdicción Contencioso Administrativos.

Las competencias judiciales establecidas en los artículos 23, 24, 25 y 26, dan origen a los siguientes procesos contencioso administrativos: (i) el proceso contencioso administrativo de las demandas patrimoniales⁸⁰; (ii) el proceso contencioso administrativo de las demandas contra las vías de hecho⁸¹; (iii) el

79 V. en general, Ingrid Cancelado Ruíz, "La tutela judicial efectiva y la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración Pública a la luz de la Constitución de 1999", en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 4 (enero-junio), Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 75-139; Rafael G. Prado Moncada, "De nuevo sobre el derecho a la tutela judicial efectiva (Avances normativos a raíz de la Constitución de 1999)", en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 9 (mayo-agosto), Editorial Sherwood, Caracas, 2000, pp. 93-119.

80 V. Miguel Ángel Torrealba Sánchez, "Las demandas de contenido patrimonial en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa," en *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Vol. II, FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 299-340.

81 V. Miguel Ángel Torrealba Sánchez, *La vía de hecho en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2011.

proceso contencioso administrativo en materia de prestación servicios públicos⁸²; (iv) el proceso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos⁸³; (v) el proceso contencioso administrativo contra las carencias administrativas; (vi) el proceso contencioso administrativo de las controversias administrativas; y (vii) el proceso contencioso administrativo de la interpretación de las leyes.

Debe señalarse además, que en la Ley Orgánica se atribuyó competencia en el artículo 24.6 a los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer de “los juicios de expropiación intentados por la República, en primera instancia,” con la apelación para ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, y cuyo procedimiento se regula en la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social de 2002⁸⁴.

A. Los procesos contencioso administrativos de las demandas patrimoniales

En primer lugar, están los procesos contencioso administrativos de las demandas patrimoniales contra entes públicos o que estos puedan intentar, a cuyo efecto, el artículo 23 atribuye a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, competencia para conocer de:

82 V. Jorge Kiriakidis, “Notas en torno al Procedimiento Breve en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,” *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Vol. II, FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 167-193.

83 V. en general la obra colectiva, *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Vol. I y II, FUNEDA, Caracas, 2010 y 2011, respectivamente.

84 V. en *Gaceta Oficial* N° 37.475 de 01-07-02. Véanse los comentarios sobre esta ley en Allan R. Brewer-Carías, Gustavo Linares Benzo, Dolores Aguerrevere Valero y Caterina Balasso Tejera, *Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Interés Social*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

1. Las demandas que se ejerzan contra la República, los estados, los municipios, o algún instituto autónomo, ente público, empresa, o cualquier otra forma de asociación, en la cual la República, los estados, los municipios u otros de los entes mencionados tengan participación decisiva, si su cuantía excede de setenta mil unidades tributarias (70.000 U.T.), cuando su conocimiento no esté atribuido a otro tribunal en razón de su especialidad.
2. Las demandas que ejerzan la República, los estados, los municipios, o algún instituto autónomo, ente público, empresa, o cualquier otra forma de asociación, en la cual la República, los estados, los municipios o cualquiera de los entes mencionados tengan participación decisiva, si su cuantía excede de setenta mil unidades tributarias (70.000 U.T.), cuando su conocimiento no esté atribuido a otro tribunal en razón de su especialidad.
10. Las demandas que se interpongan con motivo de la adquisición, goce, ejercicio o pérdida de la nacionalidad o de los derechos que de ella derivan.
11. Las demandas que se ejerzan con ocasión del uso del espectro radioeléctrico.
12. Las demandas que le atribuyan la Constitución de la República o las leyes especiales, o que le correspondan conforme a éstas, en su condición de máxima instancia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

13. Las demás demandas derivadas de la actividad administrativa desplegada por las altas autoridades de los órganos que ejercen el Poder Público, no atribuidas a otro tribunal.

23. Conocer y decidir las pretensiones, acciones o recursos interpuestos, en el caso de retiro, permanencia, estabilidad o conceptos derivados de empleo público del personal con grado de oficiales de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana.

Por su parte el artículo 24 de la Ley Orgánica asigna a los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, competencia para conocer de:

1. Las demandas que se ejerzan contra la República, los estados, los municipios, o algún instituto autónomo, ente público, empresa o cualquier otra forma de asociación, en la cual la República, los estados, los municipios u otros de los entes mencionados tengan participación decisiva, si su cuantía excede de treinta mil unidades tributarias (30.000 U.T.) y no supera setenta mil unidades tributarias (70.000 U.T.), cuando su conocimiento no esté atribuido expresamente a otro tribunal, en razón de su especialidad.

2. Las demandas que ejerzan la República, los estados, los municipios, o algún instituto autónomo, ente público, empresa o cualquier otra forma de asociación, en la cual la República, los estados, los municipios u otros de los entes mencionados tengan participación decisiva, si su cuantía excede de las treinta mil unidades tributarias (30.000 U.T.) y no supera setenta mil

unidades tributarias (70.000 U.T.), cuando su conocimiento no esté atribuido a otro tribunal en razón de su especialidad.

8. Las demandas derivadas de la actividad administrativa contraria al ordenamiento jurídico desplegada por las autoridades de los órganos que ejercen el Poder Público, cuyo control no haya sido atribuido a la Sala Político-Administrativa o a los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Conforme al artículo 25 de la Ley Orgánica, a los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se les asigna competencia para conocer de:

1. Las demandas que se ejerzan contra la República, los estados, los municipios, o algún instituto autónomo, ente público, empresa o cualquier otra forma de asociación, en la cual la República, los estados, los municipios u otros de los entes mencionados tengan participación decisiva, si su cuantía no excede de treinta mil unidades tributarias (30.000 U.T.), cuando su conocimiento no esté atribuido a otro tribunal en razón de su especialidad.
2. Las demandas que ejerzan la República, los estados, los municipios, o algún instituto autónomo, ente público, empresa o cualquier otra forma de asociación, en la cual la República, los estados, los municipios u otros de los entes mencionados tengan participación decisiva, si su cuantía no excede de treinta mil unidades tributarias (30.000 U.T.), cuando su conocimiento no esté atribuido a otro tribunal en razón de su especialidad.

8. Las demandas derivadas de la actividad administrativa contraria al ordenamiento jurídico de los órganos del Poder Público estatal, municipal o local.

Una de las innovaciones de la Ley Orgánica de 2010 en la conformación del proceso contencioso administrativo de las demandas de contenido patrimonial, como antes se ha dicho, como lo propusimos en 2004⁸⁵, fue haber eliminado la referencia a demandas que pudieran derivarse de “contratos administrativos,” que en el pasado había condicionado la distribución de competencias judiciales en la materia, atribuyéndose a los órganos de la misma todas las cuestiones concernientes a los contratos de la Administración, cualquiera que sea su naturaleza, según la cuantía. La Ley 2010, por tanto, ha regulado la competencia en materia de demandas de contenido patrimonial, independientemente de que sean derivadas de responsabilidad contractual o extracontractual, y la misma ha sido sólo distribuida entre los diversos Juzgados según la cuantía. Por tanto, conflictos derivados de la ejecución de contratos del Estado, contratos públicos o contratos administrativos corresponden según la cuantía a los diversos tribunales de la jurisdicción.

B. Los procesos contencioso administrativos de las demandas contra las vías de hecho administrativas

En segundo lugar, está el proceso contencioso administrativo de las demandas contra las vías de hecho administrativas, a cuyo efecto, el artículo 23.4 asigna a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, competencia para conocer de “las reclamaciones contra las vías de hecho atribuidas a las altas autoridades antes enumeradas.”

85 V. Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, p. 219.

Por su parte el artículo 24.4 de la Ley Orgánica asigna a los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, competencia para conocer de “Las reclamaciones contra las vías de hecho atribuidas a las autoridades a las que se refiere el numeral anterior.”

Y conforme al artículo 25.5 de la Ley Orgánica, a los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se les asigna competencia para conocer de “las reclamaciones contra las vías de hecho atribuidas a autoridades estadales o municipales de su jurisdicción.”

C. Los procesos contencioso administrativos de las demandas relativas a los servicios públicos

En tercer lugar, está el proceso contencioso administrativo de las demandas de los servicios públicos a las cuales se refiere el artículo 259 de la Constitución. Conforme al cual la Ley Orgánica, que creó como innovación fundamental en la organización de la Jurisdicción Contencioso Administrativa a los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de carácter unipersonal (art. 21), les asignó la específica competencia de conocer de las demandas que interpongan los usuarios o usuarias o las organizaciones públicas o privadas que los representen, por la prestación de servicios públicos (art. 21,1)⁸⁶.

Debe destacarse que en realidad, la única innovación de la Constitución de 1999 en materia contencioso administrativa en relación con lo que estaba regulado en la Constitución de 1961 (Art. 206), fue el agregado, en el artículo 259, dentro de las competencias de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, del conocimiento de los “reclamos por la pres-

86 Se dispuso sin embargo en la Disposición Transitoria Sexta de la Ley Orgánica, que hasta tanto entren en funcionamiento estos Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los Juzgados de Municipio existentes son los que deben conocer de esta competencia.

tación de servicios públicos.” La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 no reguló el procedimiento en este caso, y se limitó a establecer la competencia de la Sala Político Administrativa para conocer y decidir, en segunda instancia, las apelaciones y demás acciones o recursos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Contencioso Administrativos, cuando su conocimiento no estuviere atribuido a otro tribunal, que decidan sobre las acciones de reclamos por la prestación de servicios públicos nacionales (Art. 5, 37).

La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010 ahora ha atribuido a los órganos de la Jurisdicción competencia en materia de reclamos por la prestación de los servicios públicos y el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por los prestadores de los mismos (art. 9,5), atribuyendo ahora el conocimiento de la materia exclusivamente a los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como competencia única, conocer de “las demandas que interpongan los usuarios o usuarias o las organizaciones públicas o privadas que los representen, por la prestación de servicios públicos” (art. 26,1).

D. Los procesos contencioso administrativos de anulación de los actos administrativos

En cuarto lugar está el proceso contencioso administrativo de anulación, a cuyo efecto el artículo 23 asigna a la Sala Político Administrativa, competencia para conocer de:

5. Las demandas de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o particulares dictados por el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva de la República, los Ministros o Ministras, así como por las máximas autoridades de los demás organismos de

rango constitucional, si su competencia no está atribuida a otro tribunal.

6. Las demandas de nulidad que se ejerzan contra un acto administrativo de efectos particulares y al mismo tiempo el acto normativo sub-legal que le sirve de fundamento, siempre que el conocimiento de este último corresponda a la Sala Político-Administrativa.

El artículo 24 de la Ley, por su parte, asigna competencia a los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer de:

5. Las demandas de nulidad de los actos administrativos de efectos generales o particulares dictados por autoridades distintas a las mencionadas en el numeral 5 del artículo 23 de esta Ley y en el numeral 3 del artículo 25 de esta Ley, cuyo conocimiento no esté atribuido a otro tribunal en razón de la materia.

El artículo 25 de la Ley Orgánica, además, asigna a los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa competencia para conocer de:

3. Las demandas de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o particulares, dictados por las autoridades estadales o municipales de su jurisdicción, con excepción de las acciones de nulidad ejercidas contra las decisiones administrativas dictadas por la Administración del trabajo en materia de inamovilidad, con ocasión de una relación laboral regulada por la Ley Orgánica del Trabajo.

6. Las demandas de nulidad contra los actos administrativos de efectos particulares concernientes a la función pública, conforme a lo dispuesto en la ley.

En cuanto al procedimiento en los casos de demandas de nulidad de los actos administrativos, deben destacarse varios aspectos específicos que resultan de las disposiciones de la Ley Orgánica de 2010.

En primer lugar está el tema de la legitimación activa en los procesos de nulidad de los actos administrativos respecto de los cuales la Ley Orgánica de 2010 omitió toda regulación, lo que implica que el interés para recurrir debe estar condicionado básicamente por los efectos producidos por los actos impugnados. En cuanto a los actos administrativos de efectos generales, la legitimación para impugnarlos y para hacerse parte en los juicios, en nuestro criterio debe corresponder a cualquiera que alegue un simple interés en la anulación o en el mantenimiento del acto impugnado, por lo que consideramos que el carácter popular de la acción contra los actos administrativos de efectos generales no ha variado.

En cuanto a la impugnación de los actos administrativos de efectos particulares, debe recordarse que tradicionalmente se había establecido para la admisibilidad de las acciones, que el recurrente tuviese un interés personal, legítimo y directo⁸⁷ en la impugnación. Se consideraba, así, que tratándose de actos individuales o de efectos particulares, en principio, en el proceso sólo podían “actuar los sujetos a quienes directamente afecta el acto administrativo,”⁸⁸ es decir, “los que tuvieran

87 V. Allan R. Brewer-Carías, “Aspectos de la legitimación activa en los recursos contencioso-administrativos contra los actos administrativos de efectos particulares”, en *Revista de Derecho Público*, N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983, pp. 227-233.

88 V. en *Gaceta Forense*, N° 27, pp. 127-132. V. además en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema*, Tomo V, Vol. I, cit., p. 293.

un interés legítimo en su anulación”⁸⁹. Esta noción de interés personal, legítimo y directo, fue precisada con acuciosidad por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativa en su sentencia del 13 de octubre de 1988 (Caso: *Cememosa*), al clarificar que por interés legítimo “debe entenderse como la existencia de una tutela legal sobre la pretensión del actor;” que el interés sea personal “alude a la de que el actor haga valer en su nombre o en el de un sujeto o comunidad a los cuales representa, su pretensión; “y que el interés sea directo, se refiere a “que el efecto del acto recaiga sobre el actor” y que “el acto esté destinado al actor.” En fin la exigencia apunta a que “el impugnante sea el afectado, el que recibe los efectos inmediatos de la decisión sobre su esfera de intereses”⁹⁰.

Esta exigencia, sin embargo, comenzó a variar en 2000, mediante sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, en efecto, N° 873 de 13 de abril de 2000 (Caso: Banco FIVENEZ vs. Junta de Emergencia Financiera), en la cual consideró que con la Constitución de 1999, había “quedado tácitamente derogado el criterio legitimador exigido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, pues dicho criterio resulta incompatible con los principios que establece la nueva Constitución (Disposición Derogatoria única de la Constitución de 1999), al menos en lo que respecta a la exigencia de que el interés legitimador sea personal y directo.” La Sala concluyó entonces indicando que “el interés para recurrir que exige la nueva Constitución, obviamente, sigue siendo “legítimo”, ya que el ordenamiento jurídico no puede proteger intereses ilegítimos.” Sin embargo, por lo que respecta al interés directo, la Sala lo consideró sin aplicación por lo que el recurrente en estos procesos de nulidad, “cuando el particular pueda obtener de la impugnación del acto administrativo una ventaja o evitar un perjuicio, aunque no exista una relación inmediata entre la situación derivada o creada por el acto administrativo” debe

89 V. *Gaceta Oficial* N° 14.72 Extra, de 11-06-71.

90 V. *Revista de Derecho Público*, N° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 445 ss.

admitirse la impugnación al ser “titular de un ‘interés indirecto’, lo cual lo legitima para ejercer el recurso contencioso administrativo”. Consideró la Sala, en consecuencia, que es suficiente para impugnar tanto actos de efectos particulares como actos de efectos generales, “que se tenga un interés conforme con el ordenamiento jurídico, aunque dicho interés no sea personal y directo.” Además, señaló la Sala que en lo que respecta a la exigencia de que el interés sea “personal,” que “la nueva Constitución permite el acceso a la justicia para la defensa de los intereses “difusos” y “colectivos,” concluyendo entonces que “el concepto de interés previsto en la nueva Constitución abarca los intereses estrictamente personales así como los intereses comunes de cuya satisfacción depende la de todos y cada uno de los que componen la sociedad.” Terminó la Sala Político Administrativa aclarando que, en todo caso, “no puede confundirse la legitimación por simple interés legítimo que exige la nueva Constitución con la denominada acción popular” en cuyo caso “al particular deberá admitírsele la interposición del recurso con independencia de que pueda ostentar un derecho o interés lesionado”⁹¹.

Pero a pesar de este criterio jurisprudencial de 2000, la Ley Orgánica de 2004 repitió en su texto la norma de la derogada Ley Orgánica de 1976 (norma que había sido considerada tácitamente derogada por la Constitución por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo), exigiéndose el interés personal, legítimo y directo como condición de legitimidad para interponer el recurso contencioso de anulación contra los actos administrativos de efectos particulares (Art. 21, párrafo 9º); razón por la cual continuó siendo, hasta 2010, la condición básica de la legitimación para intentar demandas de nulidad de actos administrativos de efectos particulares o para hacerse parte en los juicios. A partir de 2010, sin embargo, como se dijo, ni la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ni la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia

91 V. en *Revista de Derecho Público*, N° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, pp. 582-583

de 2010 establecen condición alguna de interés del recurrente para intentar acciones contencioso administrativas contra actos de efectos particulares, por lo que será la jurisprudencia la que irá delineando la legitimación.

Otro aspecto que debe mencionarse en relación con el proceso contencioso de anulación de los actos administrativos, tal como se regula en los artículos 76 a 96 de la Ley Orgánica de 2010, es que las normas de procedimiento que en ellos se establece solo se refieren a las demandas en las cuales sólo se solicite la nulidad de un acto administrativo. Sin embargo, en muchos casos, la demanda de nulidad de los actos administrativos no se agota con la sola pretensión de anulación de los mismos, sino que la demanda de anulación puede estar acompañada de otras pretensiones procesales de contenido patrimonial conforme se establece en el artículo 259 de la Constitución. En estos últimos casos, sin embargo, la Ley Orgánica no estableció procedimiento específico, por lo que además de aplicarse el procedimiento previsto para las demandas de nulidad, con las notificaciones y emplazamientos, en nuestro criterio debe efectuarse la citación del ente demandado, por ejemplo, en cabeza del Procurador General, como representante de la República.

Debe mencionarse que con la Ley Orgánica, como se ha dicho, quedó totalmente rota la tradicional dicotomía del contencioso de anulación, por un lado, y del contencioso de los derechos, por el otro,⁹² de manera que en el contencioso de los actos administrativos, además de la anulación del acto, la pretensión del recurrente y la decisión del juez puede ser de condena a la Administración al pago de sumas de dinero, de reparación de daños y perjuicios y de restablecimiento de las

92 Véanse los comentarios de A. Moles Caubet sobre lo que llamó "el contencioso mixto", en "Rasgos generales de la jurisdicción contencioso administrativa" en Instituto de Derecho Público, *El control jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, Caracas, 1979, pp. 67-77; Nelson Rodríguez García, *El sistema contencioso-administrativo venezolano y la jurisdicción contencioso-administrativa*, Valencia, 1982, pp. 76-77.

situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por el acto anulado. Esas pretensiones pueden tener su origen básicamente en la responsabilidad de la Administración derivada del acto administrativo ilegal. Para estos fines, en todo caso, la legitimación del recurrente tiene que ser algo más que “el simple interés legítimo” del cual hablaba la Sala Político Administrativa, como antes se ha dicho, y tendrá que ser propia de además, un interés personal y directo, cuando no un derecho subjetivo.⁹³

Por último, en esta materia de los procesos contencioso administrativos de anulación, debe mencionarse que conforme al artículo 8 de la Ley Orgánica de 2010, además de los actos administrativos de efectos generales y particulares, también pueden ser objeto de control judicial las “actuaciones bilaterales,” lo que apunta, sin duda, a los contratos públicos. Esto se había establecido en la derogada Ley Orgánica de 2004, que expresamente preveía la posibilidad de la impugnación por ilegalidad o inconstitucionalidad de los contratos o acuerdos celebrados por la Administración cuando afectasen los intereses particulares o generales, legítimos, directos, colectivos o difusos de los ciudadanos, atribuyéndose la legitimidad a personas extrañas a la relación contractual (Art. 21, párrafo 2º). La Ley Orgánica de 2010, sin embargo, en esta materia, tampoco reguló procedimiento contencioso específico alguno.

E. Los procesos contencioso administrativos contra las carencias administrativas

El quinto lugar, está el proceso contencioso administrativo que regula la Ley Orgánica es el establecido contra la carencia administrativa, a cuyo efecto, el artículo 23 asigna a la Sala Político Administrativa, competencia para conocer de:

3. La abstención o la negativa del Presidente o Presidenta de la República, del Vicepresidente

Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva de la República, de los Ministros o Ministras, así como de las máximas autoridades de los demás órganos de rango constitucional, a cumplir los actos a que estén obligados por las leyes.

Por su parte el artículo 24 de la Ley Orgánica le asigna a los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, competencia para conocer de:

3. La abstención o la negativa de las autoridades distintas a las mencionadas en el numeral 3 del artículo 23 de esta Ley y en el numeral 4 del artículo 25 de esta Ley.

Y conforme al artículo 25 de la Ley Orgánica, los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa son competentes para conocer de:

4. La abstención o la negativa de las autoridades estadales o municipales a cumplir los actos a que estén obligadas por las leyes.

F. Los procesos contencioso administrativos de las controversias administrativas

El sexto proceso contencioso administrativo previsto en la Ley es el proceso contencioso administrativo de las controversias administrativas, a cuyo efecto, el artículo 23 asigna a la Sala Político Administrativa, competencia para conocer de:

7. Las controversias administrativas entre la República, los estados, los municipios u otro ente público, cuando la otra parte sea una de esas mismas entidades, a menos que se trate de controversias entre municipios de un mismo estado.

- 8 Las controversias administrativas entre autoridades de un mismo órgano o ente, o entre distintos órganos o entes que ejerzan el Poder Público, que se susciten por el ejercicio de una competencia atribuida por la ley.

Y conforme al artículo 25 de la Ley Orgánica, los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa son competentes para conocer de:

9. Las controversias administrativas entre municipios de un mismo estado por el ejercicio de una competencia directa e inmediata en ejecución de la ley.

G. Los procesos contencioso administrativos de interpretación de las leyes

El séptimo proceso contencioso administrativo es el de interpretación de las leyes, a cuyo efecto el artículo 23.21 asigna a la Sala Político Administrativa, con exclusividad, competencia para conocer de “los recursos de interpretación de leyes de contenido administrativo.”

Se precisó, en esta forma, frente a la competencia general de todas las Salas para interpretar las leyes, que lo que corresponde a la Sala Político Administrativa en exclusividad es sólo la interpretación de las leyes de “contenido administrativo”.

4. Acciones y demandas contencioso administrativas y los procedimientos

A los efectos del desarrollo de estos procesos, conforme a la Ley Orgánica, se han puesto a disposición de que quienes ejerzan los puedan iniciar, como lo hemos señalado en otro

lugar⁹⁴, las siguientes siete de acciones contencioso-administrativas: en primer lugar, las demandas de contenido patrimonial contra los entes públicos; en segundo lugar, las demandas en relación con la prestación de servicios públicos; en tercer lugar, las contra las vías de hecho administrativas; en cuarto lugar, las demandas contra las conductas omisivas de la Administración; en quinto lugar, las demandas de nulidad de los actos administrativos; en sexto lugar, las demandas de interpretación de leyes administrativas, y en séptimo lugar, las demandas para la solución de las controversias administrativas.

Por otra parte, la Ley Orgánica de 2010 estableció en relación a todos estos procesos, un conjunto de normas procesales comunes a todas las demandas, dividiendo arbitrariamente los procedimientos que deben seguirse en los procesos, sólo en tres tipos:

Primero, el procedimiento aplicable al proceso contencioso administrativo de las demandas de contenido patrimonial;

Segundo, un procedimiento denominado “breve,” aplicable (i) al proceso contencioso administrativos de las demandas de contenido no patrimonial o indemnizatorio y en especial, las ejercidas con ocasión de la omisión, demora o deficiente prestación a los servicios públicos; (ii) al proceso contencioso administrativos de las demandas contra las vías de hecho; y (iii) al proceso contencioso administrativos de las demandas contra la abstención o carencia de la Administración; y

94 V. Allan R. Brewer-Carías, “Introducción General al Régimen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,” en Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 9-151.V. además, Allan R. Brewer-Carías, “Los diversos tipos de acciones y recursos contencioso-administrativos en Venezuela”, en *Revista de Derecho Público*, N° 25, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1986, pp. 6 ss.

Tercero, un procedimiento común aplicable (i) el proceso contencioso administrativos anulación de los actos administrativos; (ii) al proceso contencioso administrativos para la interpretación de leyes; y (iii) al proceso contencioso administrativos para la solución de controversias administrativas.

Esta división de los procedimientos contencioso administrativos, como hemos dicho, fue hecha en forma arbitraria, sin explicación alguna de la agrupación de procesos, mezclando así en un procedimiento, procesos que nada tienen en común. No se entiende, por ejemplo, porqué a los procesos contencioso administrativos contra la carencia o abstención administrativas no se aplicó, por ejemplo, el mismo procedimiento establecido para los procesos contencioso administrativos de anulación de actos administrativos; o porqué a los procesos contencioso administrativos de demandas contra vías de hecho, no se aplicó el mismo procedimiento establecido para los procesos contencioso administrativos de las demandas de contenido patrimonial.

5. La protección contencioso administrativa de los intereses colectivos y difusos

Una de las innovaciones importantes en materia de tutela judicial efectiva frente a la Administración fue la consagración del derecho de acceso a la justicia con expresa mención de la protección judicial de los intereses colectivos y difusos,⁹⁵ y no

95 V. en general, José L. Villegas Moreno, "Los intereses difusos y colectivos en la Constitución de 1999", en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 2 (enero-junio). Editorial Sherwood, Caracas, 2000, pp. 253-269; Ana E. Araujo García, "El principio de la tutela judicial efectiva y los intereses colectivos y difusos", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo III, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Editorial Civitas, Madrid 2003, pp. 2703-2717; Ana Elvira Araujo, "El principio de la tutela judicial efectiva y los intereses colectivos y difusos", *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 4, Caracas, 2002, pp. 1 a 29; Mariolga Quintero Tirado, "Aspectos de una tutela judicial ambiental efectiva", en *Nuevos estudios de derecho procesal, Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor*, Vol. II,

sólo de los intereses subjetivos y particulares. Los intereses difusos han sido caracterizados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo como los que conciernen a la calidad de la vida (condiciones básicas de existencia) de toda la comunidad o sociedad, que se difunden entre todos los individuos de la comunidad. Este derecho o interés difuso, ha agregado la Sala Constitucional, “debido a que la lesión que lo infringe es general (a la población o a extensos sectores de ella), vincula a personas que no se conocen entre sí, que individualmente pueden carecer de nexo o relaciones jurídicas entre ellas, que en principio son indeterminadas, unidas sólo por la misma situación de daño o peligro en que se encuentran como miembros de una sociedad, y por el derecho que en todos nace de que se les proteja la calidad de la vida, tutelada por la Constitución”. Por tanto, es la afectación o lesión común de la calidad de vida, que atañe a cualquier componente de la población o de la sociedad como tal, independientemente de las relaciones jurídicas que puedan tener con otros de esos indeterminados miembros, lo que lo caracteriza.

Los daños al ambiente o a los consumidores, son así, por ejemplo, daños que afectan intereses difusos, así ocurra en una determinada localidad, pues tienen efectos expansivos que perjudican a los habitantes de grandes sectores del país y hasta del mundo, y responden a la prestación indeterminada de protección al ambiente o de los consumidores. Esa lesión a la población, que afecta con mayor o menor grado a todo el mundo, que es captado por la sociedad conforme al grado de conciencia del grupo social, es diferente a la lesión que se localiza concretamente en un grupo, determinable como tal, aunque no cuantificado o individualizado, como serían los habitantes de una zona del país afectados por una construcción ilegal que genera

Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, N° 8, Caracas, 2002 pp. 189 a 236; Flor M. Ávila Hernández, “La tutela de los intereses colectivos y difusos en la Constitución venezolana de 1999”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo III, op. cit., pp. 2719-2742.

problemas de servicios públicos en la zona. Estos intereses concretos, focalizados, son en cambio, los colectivos, referidos a un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable, aunque individualmente, dentro del conjunto de personas existe o puede existir un vínculo jurídico que los une entre ellos. De ello dedujo la Sala Constitucional que “Son los *difusos* los de mayor cobertura, donde el bien lesionado es más generalizado, ya que atañe a la población en extenso, y que al contrario de los *derechos e intereses colectivos*, surgen de una prestación de objeto indeterminado; mientras que en los *colectivos*, la prestación puede ser concreta, pero exigible por personas no individualizables”. Los intereses difusos por ejemplo, se refieren a los daños al ambiente; en cambio, es un interés colectivo “El interés de los vecinos de una urbanización, o un barrio, que se ve desmejorado en sus servicios públicos por una construcción, por ejemplo, también responde a un bien jurídico suprapersonal, pero es determinable, localizable en grupos específicos, y ese es el interés que permite la acción colectiva”⁹⁶.

Si bien la Constitución atribuye expresamente al Defensor del Pueblo la atribución de amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos y difusos de las personas contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los servicios públicos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a los administrados de los daños y perjuicios que les sean ocasionados con motivo del funcionamiento de los servicios públicos (art. 281,2), la legitimación activa para proteger esos derechos e intereses colectivos y difusos no está reservada en exclusiva a dicho funcionario.

96 V. sentencia de la Sala Constitucional N° 656 de 30-06-2000, Caso: *Defensor del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional*. Citada en la sentencia de la Sala Constitucional N° 279 de 19-2-2002 (Caso: *Ministerio Público vs. Colegio de Médicos del Distrito Capital*) como Caso: *Dilia Parra Guillén*, en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

Cualquier persona legitimada para intentar una acción contencioso-administrativa puede invocar la representación de intereses difusos o colectivos, siempre que “el que acciona lo haga en base no sólo a su derecho o interés individual, sino en función del derecho o interés común o de incidencia colectiva”; que “la razón de la demanda (o del amparo interpuesto) sea la lesión general a la calidad de vida de todos los habitantes del país o de sectores de él, ya que la situación jurídica de todos los componentes de la sociedad o de sus grupos o sectores, ha quedado lesionada al desmejorarse su calidad común de vida”; y “que exista un vínculo, así no sea jurídico, entre quien demanda en interés general de la sociedad o de un sector de ella (interés social común), nacido del daño o peligro en que se encuentra la colectividad (como tal)”⁹⁷.

6. El recurso al arbitraje en materia de contratos públicos

La Constitución, por otra parte, en su artículo 258 remite a la Ley para promover el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos⁹⁸. En lo que se refiere al arbitraje, en materia administrativa ello está aceptado, tal como se regula en el ámbito interno en la Ley de Arbitraje Comercial⁹⁹, y en el ámbito internacional, siempre que conforme a la naturaleza del objeto del contrato, por ejemplo por su carácter comercial, pueda estable-

97 V. sentencia N° 1048 de 17-08-2000 (Caso: *William Ojeda vs. Consejo Nacional Electoral*), en *Revista de Derecho Público*, N° 83, (julio-septiembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 325 y ss.

98 Sobre el arbitraje como medio alternativo de justicia véase la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo N° 186 de 14-02-2001, en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 253 y ss.

99 Artículo 4 de la *Ley de Arbitraje Comercial* (*Gaceta Oficial* N° 36. 430 de 07-04-1998. V., Allan R. Brewer-Carías, “El arbitraje y los contratos de interés nacional,” en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 169-186.

cerse la cláusula arbitral conforme al artículo 151 de la Constitución¹⁰⁰, conforme se ha analizado anteriormente.

IX. OTRAS TÉCNICAS DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN

Además del control judicial de la Administración Pública, la Constitución establece el control parlamentario y el control fiscal.

1. El control político sobre la Administración

En cuanto al primero, se atribuye a la Asamblea Nacional y a sus Comisiones, a cuyo efecto, el artículo 222 de la Constitución, dispone que la Asamblea Nacional puede ejercer su función de control mediante los siguientes mecanismos: las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias previstas en la Constitución y en la ley y cualquier otro mecanismo que establezcan las leyes y su reglamento. En ejercicio del control parlamentario, la Asamblea pueda declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos¹⁰¹ y solicitar al Poder Ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad.

Por otra parte, tanto la Asamblea como sus Comisiones pueden realizar las investigaciones que juzguen convenientes.

100 V. Allan R. Brewer-Carías, "Algunos comentarios a la Ley de Promoción y Protección de Inversiones: Contratos Públicos y Jurisdicción," en Irene Valera (Coord.), *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 279-288.

101 V. sobre esto Allan R. Brewer-Carías "Aspectos del control político sobre la Administración Pública" en *Revista de Control Fiscal*, N° 101, Contraloría General de la República, Caracas, 1981, pp. 107 a 130.

tes en las materias de su competencia, de conformidad con el reglamento (art. 223).

Por último, debe destacarse que conforme al artículo 224, el ejercicio de la facultad de investigación no afecta las atribuciones de los demás poderes públicos. Sin embargo, en cuanto a los jueces, estos están obligados a evacuar las pruebas para las cuales reciban comisión de la Asamblea Nacional y de sus Comisiones¹⁰².

De acuerdo con el artículo 223 de la Constitución, todos los funcionarios públicos están obligados, bajo las sanciones que establezcan las leyes, a comparecer ante dichas Comisiones y a suministrarles las informaciones y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funciones. Esta obligación comprende también a los particulares; quedando a salvo los derechos y garantías que la Constitución consagra.

A los efectos de asegurar la aplicación de esta norma constitucional en 2001 se dictó la Ley Sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios y Funcionarias Públicos y los o las Particulares ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones¹⁰³, con el objeto, precisamente, de establecer las normas que rigen la comparecencia de funcionarios públicos y los particulares ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones, así como las sanciones por el incumplimiento a las mismas. Dicha Ley dispone que la Asamblea Nacional, o sus Comisiones, en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales puede acordar, conforme a su Reglamento, la comparecencia ante la plenaria, o ante sus Comisiones, de todos los funcionarios públicos, así como de los

102 V. Allan R. Brewer-Carías, "Los poderes de investigación de los cuerpos legislativos y sus limitaciones, con particular referencia a los asuntos secretos", *Revista de Derecho Público*, N° 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 25 a 42.

103 V. Ley Sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios y Funcionarias Públicos y los o las Particulares ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones (Ley N° 30), en *Gaceta Oficial* N° 37.252 del 2 de agosto de 2001.

particulares “preservando los derechos fundamentales, garantías y principios constitucionales, a los fines del cumplimiento efectivo de las funciones de control y de investigación parlamentaria que sobre el Gobierno nacional, estatal y municipal, y sobre la administración descentralizada, le correspondan” (art. 3).

Cuando con motivo de la comparecencia de un funcionario público, persona natural o representantes de personas jurídicas, se determinen fundados indicios que hagan presumir la existencia de ilícitos administrativos que comprometan el patrimonio público, conforme se establece en el artículo 19 de la Ley, “las actuaciones de la Asamblea Nacional o de la Comisión respectiva constituyen medios de prueba vinculantes, para que la Contraloría General de la República abra la averiguación correspondiente sobre la responsabilidad administrativa de las personas involucradas”. Si en esos casos se determinan fundados indicios de la comisión de ilícitos penales, también dispone el artículo 20 de la Ley que “las Actas de las comparecencias constituyen actuaciones preliminares similares a las exigidas en la fase preparatoria del juicio penal” las cuales adminiculadas deben ser pasadas al Ministerio Público para que ejerza la acción correspondiente contra las personas involucradas.

2. El control fiscal de la Administración

Pero además del control parlamentario, la Administración Pública está sometida al control fiscal por parte de la Contraloría General de la República que es uno de los órganos del Poder Ciudadano; y que conforme al artículo 287 de la Constitución, es el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos. Goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, y orienta su actuación a las funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas

a su control¹⁰⁴. En 2001 se ha sancionado la Ley N° 59, sobre Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹⁰⁵.

Entre las atribuciones de la Contraloría General de la República, conforme al artículo 289 de la Constitución, además de la ya señalada, están las de controlar la deuda pública, inspeccionar y fiscalizar los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sometidos a su control; practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, así como dictar las medidas, imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley; instar al Fiscal General de la República a que ejerzan las acciones judiciales a que hubiere lugar con motivo de las infracciones y delitos cometidos contra el patrimonio público y de los cuales tenga conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones; y ejercer el control de gestión y evaluar el cumplimiento y resultado de las decisiones y políticas públicas de los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sujetos a su control, relacionadas con sus ingresos, gastos y bienes.

A los efectos de desarrollar estos principios constitucionales relativos al sistema nacional de control fiscal (art. 290), se ha sancionado la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹⁰⁶, la cual en su artículo 9, sujeta a sus disposiciones y al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República, a todos los órganos y entidades del Estado, en los tres niveles territoriales.

104 V. José Ignacio, Hernández G., "La Contraloría General de la República", *Revista de Derecho Público*, N° 83 (julio-septiembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 21-38.

105 *Gaceta Oficial* N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

106 *Gaceta Oficial* N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

X. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Uno de los principios de rango constitucional más importantes en relación con el derecho administrativo en Venezuela, es el de la responsabilidad administrativa, tanto de los funcionarios como de la Administración Pública, es decir, de las personas jurídicas estatales de cuyos órganos administrativos aquéllos son titulares.

1. La responsabilidad de los funcionarios públicos

En efecto, un principio fundamental que rige para todos los órganos del Estado, es decir, que ejercen el Poder Público, y por supuesto, para la Administración Pública, es el regulado en el artículo 139 de la Constitución, que recoge otra norma tradicional de nuestro constitucionalismo, y es el principio de la responsabilidad individual de los funcionarios públicos en el ejercicio del Poder Público¹⁰⁷. Dispone dicha norma que “El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la Ley”. Esta norma recoge el principio del artículo 121 de la Constitución de 1961, pero agregando a la ahora la “desviación de poder” dentro de los supuestos que generan responsabilidad del funcionario; vicio de los actos administrativos que reafirma su rango constitucional.

En consecuencia, la responsabilidad de los funcionarios que causen daños al ejercer el Poder Público, se puede originar cuando ello ocurra por abuso de poder, es decir, por el

107 V. en general, Jesús Caballero Ortiz, “Consideraciones fundamentales sobre la responsabilidad administrativa en Francia y en España y su recepción en la Constitución venezolana de 1999”, en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Volumen II. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 255-271; Luis A. Ortiz-Álvarez, “La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la Constitución de 1999”, en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Volumen II. Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 149-208.

llamado vicio en la causa de los actos estatales (falso supuesto, por ejemplo); por desviación de poder, que es el vicio en la finalidad del acto estatal, al usarse el poder conferido para perseguir fines distintos a los establecidos en la norma atributiva de competencia; y en general, por violación de la Constitución o de la Ley, es decir, en general, por contrariedad al derecho.

La Constitución, por otra parte, y también siguiendo una larga tradición de nuestro constitucionalismo, reitera el principio de la responsabilidad de los funcionarios públicos pero en particular, respecto de los actos que dicten, ordenen o ejecuten, que violen o menoscaben los derechos garantizados constitucionalmente; responsabilidad que puede ser civil, penal y administrativa, sin que pueda servirles de excusa órdenes superiores que reciba el funcionario. (art. 25). Este mismo principio lo repite el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, en relación con los funcionarios de la misma.

En estos casos, y sin perjuicio del derecho de acceso a la justicia establecido en la Constitución (art. 26) y la ley, los particulares cuyos derechos humanos hayan sido violados o menoscabados por un acto u orden de un funcionario público pueden, directamente o a través de su representante, acudir ante el Ministerio Público para que éste ejerza las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva “la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria” en que hubiere incurrido dicho funcionario. Igualmente, pueden acudir ante la Defensoría del Pueblo para que ésta inste al Ministerio Público a ejercer dichas acciones y, además, para que la Defensoría del Pueblo solicite ante el Consejo Moral Republicano que adopte las medidas a que hubiere lugar con respecto a tales funcionarios, de conformidad con la ley.

A los efectos, incluso, de la posibilidad de exigencia de responsabilidad, la Ley Orgánica establece el principio de rendición de cuentas, al disponer su artículo 14 que las autoridades y funcionarios de la Administración Pública deben “rendir

cuentas de los cargos que desempeñen en los términos y condiciones que determine la ley.”

2. La responsabilidad patrimonial de la Administración

Por otra parte, una de las innovaciones importantes de la Constitución de 1999 en materia de régimen general del ejercicio del Poder Público, es la previsión expresa del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado; es decir, de las personas jurídicas estatales, básicamente la que resultan de la distribución vertical del Poder Público (Repúblicas, Estados y de Municipios), por los daños y perjuicios que causen los funcionarios en ejercicio de sus funciones.

En la Constitución de 1961 el principio de la responsabilidad del Estado, por supuesto, que se deducía de la previsión del artículo 47 de que establecía que las personas no podían pretender que los entes estatales los indemnizaran sino por daños causados por “autoridades legítimas en ejercicio de su función pública”; y del artículo 206, que regulaba la jurisdicción contencioso administrativa (equivalente al artículo 259 de la Constitución de 1999), al atribuirle a los tribunales de dicha jurisdicción, competencia para dictar sentencias de condena “al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración”.

A propuesta nuestra¹⁰⁸ se incluyó en la nueva Constitución una norma expresa en la materia, con el siguiente texto:

Artículo 140: El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.

108 V. Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea nacional Constituyente)*, Tomo II, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 184 y ss.

La expresión “funcionamiento de la Administración Pública”, de carácter muy genérico, permite que la responsabilidad del Estado se origine cuando la lesión se derive del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos a cargo del Estado o en general, de la actividad administrativa realizada por la Administración Pública, como estructura orgánica¹⁰⁹.

Se observa, ante todo, que conforme a este artículo, la responsabilidad es del “Estado”, es decir, de las personas jurídicas estatales en particular, de la República, de los Estados y de los Municipios en sus respectivos niveles territoriales, por el funcionamiento de sus Administraciones Públicas.

109 V. en general, Luis Ortiz Álvarez, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Caracas, 1995; Margarita Escudero León, “Reflexiones sobre la ejecución de sentencias que condenan al Estado al pago de sumas de dinero”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo II, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 2310-2329; María E. Soto, “Régimen constitucional de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública”, en *Revista LEX NOVA del Colegio de Abogados del Estado Zulia*, N° 239, Maracaibo, 2001, pp. 49-72; Luis A. Ortiz-Álvarez, “La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la Constitución de 1999”, en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Volumen II, Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 149-208; Ana C. Núñez Machado, “La nueva Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado”, en *Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2000, pp. 35-64; Abdón Sánchez Noguera, “La responsabilidad del Estado por el ejercicio de la función jurisdiccional en la Constitución venezolana de 1999”, en *Revista Tachirensis de Derecho*, N° 12 (enero-diciembre). Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 2000, pp. 55-74; Luis Ortiz-Álvarez, “La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 1 (septiembre-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 267-312; Ana C. Núñez Machado, “Reflexiones sobre la interpretación constitucional y el artículo 140 de la Constitución sobre responsabilidad patrimonial del Estado”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 15 (mayo-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2002, pp. 207-222; Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 276 y ss.

Ahora bien, en cuanto a la expresión “Administración Pública” utilizada en este artículo, en todo caso, debe interpretarse conforme se utiliza la expresión en el Título IV de la Constitución, donde está ubicada, abarcando no sólo la Administración Pública conformada por los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, en los y tres niveles político territoriales, sino la conformada por los órganos que ejercen el Poder Ciudadano y el Poder Electoral, así como la Administración Pública que constituye la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia y las unidades administrativas de la Asamblea Nacional.

La redacción de la norma, sin embargo, podría plantear dudas sobre su aplicación a los casos de responsabilidad del Estado legislador, causada, por ejemplo, al sancionar una ley, la cual sin embargo, deriva de los principios generales del derecho público¹¹⁰. En cuanto a la responsabilidad del Estado por actos judiciales o de los jueces, ésta, sin embargo, sí está regulada expresamente en los artículos 49,8 y 255 de la Constitución.

El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, por la actividad de la Administración Pública, por otra parte, lo reitera el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, el cual aún cuando en forma impropia se dispone que la responsabilidad patrimonial sería de la “Administración Pública”, cuando ésta en realidad no es sujeto de derecho ni persona jurídica. La norma, en efecto, señala:

La Administración Pública será responsable ante las personas por la gestión de sus respectivos órganos, de conformidad con la Constitución de la República Boli-

110 V. Carlos A. Urdaneta Sandoval, “El Estado venezolano y el fundamento de su responsabilidad patrimonial extracontractual por el ejercicio de la función legislativa a la luz de la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 5 (julio-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 247-301.

variana de Venezuela y la ley, sin perjuicio de la responsabilidad de cualquier índole que corresponda a los funcionarios por su actuación.

La Administración Pública responderá patrimonialmente por los daños que sufran las personas, siempre que la lesión sea imputable a su funcionamiento.

La “Administración Pública,” en efecto, no puede ser responsable pues no es un sujeto de derecho; la responsabilidad es de las personas jurídicas estatales político-territoriales (República, Estado, Municipios, Distritos Metropolitana), o descentralizadas (*p.e.*, institutos autónomos) que la Constitución comprende en la expresión “Estado.”

La Sala Constitucional ha sentado criterio de que la Constitución de 1999 establece un régimen amplio, integral y objetivo de la responsabilidad patrimonial del Estado que se erige en garantía de los particulares frente a las actuaciones dañosas de la Administración, mucho más amplio del establecido en la Constitución de 1961, del cual “no cabe duda que dicha responsabilidad debe ser apreciada de manera objetiva descartándose la culpa del funcionario como fundamento único del sistema indemnizatorio”. En consecuencia, la Sala apartándose del criterio restringido que había sido establecido por la Sala Político Administrativa¹¹¹, resolvió que “la responsabilidad patrimonial del Estado no debe ser considerada como una garantía en favor de los entes públicos; por el contrario, su consagración constitucional exige que la misma sea interpretada por los jueces en sentido amplio y progresista como una garantía patrimonial del administrado frente a las actuaciones de la Administración generadoras de daño”¹¹².

111 V. la sentencia N° 943 de 15-05-2001.

112 V. la sentencia N° 2818 de 19-11-2002 (Caso: *Ramón Oscar Carmona Vásquez*, en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, pp. 113 y ss.

XI. EL SERVICIO PÚBLICO Y EL RÉGIMEN DE COMPETENCIA

1. Principios constitucionales del sistema económico

Siguiendo, en cierta forma, las orientaciones de la Constitución de 1961, en materia de Constitución Económica¹¹³ la Constitución de 1999 estableció un sistema económico de economía mixta y social de mercado¹¹⁴ que se fundamenta en la libertad económica, pero que debe desenvolverse conforme a principios de justicia social, que requieren de la intervención del Estado¹¹⁵.

En esa orientación, precisamente se inscribe el contenido del artículo 299, al prescribir que el régimen socioeconómico de la República se fundamenta en los siguientes principios:

- 113 V. Allan R. Brewer-Carías, "Reflexiones sobre la Constitución Económica" en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid 1991, pp. 3839 a 3853; Ignacio de León, "A cinco años de la Constitución Económica de 1999. Un balance de la gestión," Jesús María Casal, Alfredo Arismendi y Carlos Luis Carrillo Artiles (Coord.), *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, Tomo II, Universidad Central de Venezuela/Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008, pp. 379-406.
- 114 V. lo que expusimos ante la Asamblea, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, op. cit., pp. 15 a 52.
- 115 V. en general, Enrique Meier, "La Constitución económica," en *Revista de Derecho Corporativo*, Vol. 1, N° 1. Caracas, 2001, pp. 9-74; Dagmar Albornoz, "Constitución económica, régimen tributario y tutela judicial efectiva," en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 5 (julio-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 7-20; Ana C. Núñez Machado, "Los principios económicos de la Constitución de 1999," en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 6 (enero-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2002, pp. 129-140; Claudia Briceño Aranguren y Ana C. Núñez Machado, "Aspectos económicos de la nueva Constitución," en *Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Vadell Hermanos, Editores, Caracas, 2000, pp. 177 ss.; Jesús Ollarves Irazábal, "La vigencia constitucional de los Derechos Económicos y Sociales en Venezuela," *Libro Homenaje a Enrique Tejera París, Temas sobre la Constitución de 1999*, Centro de Investigaciones Jurídicas (CEIN), Caracas, 2001, pp. 159 a 192; Rafael Ortiz Ortiz, "Derechos fundamentales y las actividades económicas de interés general," en *Revista de Derecho*, N° 22, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2006, pp. 123-202.

justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad.

El sistema económico, por tanto, se fundamenta en la libertad económica, la iniciativa privada y la libre competencia, pero con la participación del Estado como promotor del desarrollo económico, regulador de la actividad económica, y planificador con la participación de la sociedad civil. Este sistema de economía mixta como lo ha sido precisado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en sentencia N° 117 de 6 de febrero de 2001, está basado en la idea de que la Constitución:

propugna una serie de valores normativos superiores del régimen económico, consagrando como tales la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y fundamentalmente el del Estado Social de Derecho (Welfare State, Estado de Bienestar o Estado Socialdemócrata), esto es un Estado social opuesto al autoritarismo. Los valores aludidos se desarrollan mediante el concepto de libertad de empresa, que encierra, tanto la noción de un derecho subjetivo “a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia,” como un principio de ordenación económica dentro del cual se manifiesta la voluntad de la empresa de decidir sobre sus objetivos. En este contexto, los Poderes Públicos, cumplen un rol de intervención, la cual puede ser directa (a través de empresas) o indirecta (como ente regulador del mercado)¹¹⁶.

Ello, según el criterio de la misma Sala Constitucional, “permiten determinar el grado de flexibilidad de nuestra Constitución Económica dentro de la economía de mercado, el cual puede tener como contenido la economía social de mer-

116 V. en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 212-218.

cado o la economía dirigida o controlada de mercado, adaptándose de esta forma, a las necesidades de su tiempo...”; de lo que concluyó la Sala señalando que se patentiza “el carácter mixto de la economía venezolana,” esto es, “un sistema socioeconómico intermedio entre la economía de libre mercado (en el que el Estado funge como simple programador de la economía, dependiendo ésta de la oferta y la demanda de bienes y servicios) y la economía interventora (en la que el Estado interviene activamente como el “empresario mayor”)”.

Ello se desprende, por otra parte, del propio texto de la Constitución, que promueve expresamente, “la actividad económica conjunta del Estado y de la iniciativa privada en la persecución y concreción de los valores supremos consagrados en la Constitución,”¹¹⁷ garantizando tanto la libertad económica o el derecho de las personas al libre ejercicio de las actividades económicas de su preferencia (art. 112), como la propiedad privada (art. 115), y en particular, prohibiendo la confiscación (art. 116) y regulando la expropiación (art. 115), garantizando el pago de una justa y oportuna compensación.

2. La actividad administrativa y su incidencia en la esfera de los administrados

La actividad administrativa, por esencia, incide en la esfera jurídica de los administrados, y en materia económica, en la libertad económica. En este campo, como en todo el del derecho administrativo, éste, además de regular a la Administración Pública como complejo orgánico, el ejercicio de la función administrativa y la propia actividad administrativa del Estado, regula también las relaciones entre las personas jurídicas estatales como sujetos de derecho actuando a través de los órganos de la Administración Pública, y los administrados, como con-

117 Idem. V. sobre dicha sentencia, José Ignacio Hernández, “Constitución económica y privatización (Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional del 6 de febrero de 2001),” en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 5, julio-diciembre-2001, Editorial Sherwood, Caracas, 2002, pp. 327-342.

secuencia de la gestión del interés público que, en concreto, aquéllas tienen que asumir.

En estas relaciones está otro de los elementos claves del derecho administrativo contemporáneo: el necesario equilibrio, en un régimen democrático, que tiene que establecerse entre los poderes y prerrogativas de los órganos de la Administración Pública y los derechos de los particulares o administrados, lo cual plantea unas especiales exigencias en un régimen de derechos y garantías ciudadanas.

En esta forma, ante el elenco de derechos y garantías que declara la Constitución, corresponde a la legislación propia del derecho administrativo su regulación, actualización, limitación y protección concretas, y con ello la de las diversas formas de la actividad administrativa, que corresponden a las clásicas formas o cometidos de: policía, fomento, servicio público, control y gestión de los asuntos públicos.

La primera, la actividad de policía, quizás la más clásica de las actividades administrativas, siempre resulta en definitiva en una limitación a los derechos constitucionales; la segunda, la actividad de fomento, se manifiesta en la política el estímulo al desarrollo pleno de los mismos derechos ciudadanos, con particulares connotaciones en el ámbito económico; la tercera, la actividad de servicio público, en esencia es la obligación prestacional impuesta al Estado consecuencia directa de derechos ciudadanos previstos constitucional o legalmente; la cuarta, la actividad de control, corresponde a todas las acciones del Estado de control de la actuación tanto de los órganos de la Administración Pública como de los propios administrados en relación con sus actividades reguladas; y la quinta forma de la actividad administrativa, la de gestión del interés general, que puede manifestarse, entre otros, en el campo de la economía cuando el Estado gestiona incluso directamente actividades dentro del sistema de economía mixta establecido en la Constitución.

En esta forma, la actividad administrativa, materialmente hablando, no puede concebirse sin su incidencia directa en la esfera jurídica de los particulares, pues en definitiva, aquella se concreta en una regulación, limitación, estímulo, satisfacción, control o protección de los derechos y garantías constitucionales.

La materia administrativa, por tanto, está conformada por todas aquellas regulaciones que permiten al Estado actuar en concreto, realizando cometidos y prestaciones, y que a la vez se configuran como limitaciones a los derechos y garantías constitucionalmente permitidas, por lo que bien podría decirse que el derecho administrativo, materialmente hablando, es el derecho de las limitaciones y regulaciones al ejercicio de esos derechos.

3. El régimen de los servicios públicos

Ahora bien, en particular en relación con los servicios públicos, a pesar de las sucesivas crisis que ha tenido en la historia del derecho administrativo, esa noción continúa siendo clave para nuestra disciplina. Incluso, su carácter escurridizo y multivalente no puede impedir que se pueda definir el concepto como referido a las actividades prestacionales que debe asumir el Estado, tendientes a satisfacer necesidades generales o colectivas, en cumplimiento de una obligación constitucional o legal y en relación con las cuales, los particulares no tienen derecho a desarrollarlas “libremente”¹¹⁸.

118 V. Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias” en *Revista de Derecho Público*, N° 6, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1981, pp. 65-71 “El régimen constitucional de los servicios públicos» en *El nuevo servicio público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general (electricidad, gas, telecomunicaciones y radiodifusión) VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Caracas 2002, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas 2003, pp. 19-49; José Ignacio Hernández G., “Un ensayo sobre el concepto de servicio público en el derecho venezolano”, *Revista*

De esta definición resulta lo siguiente:

En *primer lugar*, que se trata siempre de una actividad, es decir, de un conjunto de operaciones y tareas a cargo de un sujeto de derecho, consistente en dar o hacer algo a favor de otros, en suma, de prestar. Se trata, por tanto, de una actividad prestacional; pero no de cualquier tipo de prestación sino de una que es de interés de todos, de interés público o colectivo por lo que los sujetos a los cuales se destina son todos, es decir, al público en general.

En *segundo lugar*, esa actividad prestacional corresponde cumplirla obligatoriamente al Estado, es decir, a los entes públicos, por estar así establecido en la Constitución o en una Ley. Por tanto, no toda actividad prestacional de interés público que realicen los entes públicos puede considerarse como un servicio público, sino sólo aquellas que éstos asumen en cumplimiento de una obligación constitucional o legal, lo que implica la regularidad y continuidad.

En *tercer lugar*, tratándose de una actividad prestacional que corresponde como obligación al Estado, de acuerdo al principio de alteridad, los particulares, es decir, el público en general, tienen un correlativo derecho constitucional o legal a recibir la prestación, el cual, como todo derecho, debe ser esencialmente justiciable y protegible.

En *cuarto lugar*, desde el momento en el cual una actividad se configura como servicio público a cargo de los entes públicos, la misma queda sustraída de las que pueden ser desarrolladas libremente por los particulares. No es que necesariamente la actividad queda excluida del ámbito de la libertad económica de los particulares, sino que en relación con ella, ésta no puede desarrollarse libremente.

de *Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 47-75.

Es decir, la libertad económica, como derecho de toda persona de “dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia” (art. 112 de la Constitución), está limitada, constitucional o legalmente, en una proporción inversa al grado de asunción de la actividad por parte del Estado.

En todo caso, la idea clave a los efectos de la conceptualización jurídica del servicio público, es la existencia de una obligación constitucional o legal a cargo del Estado para la realización de la actividad prestacional. Ello contribuye a deslindar a los servicios públicos de las actividades prestacionales que el Estado realiza por ejemplo, como mero empresario, que no se ejecutan en virtud del cumplimiento de obligación constitucional o legal algunas, y respecto de las cuales existe el derecho de los particulares a desarrollarlas libremente.

En consecuencia, la declaración de una actividad como servicio público que, por tanto, se cumple por el Estado en ejecución de una obligación constitucional o legal, da origen a dos consecuencias fundamentales en relación con los particulares y el mercado:

Por una parte, que con motivo de la obligación jurídica del Estado surge una relación jurídica, en cuyo otro extremo está como correlativo a la obligación, un derecho de los administrados a percibir la prestación de tales servicios públicos; y por otra parte, que la presencia del Estado como prestador de servicios públicos restringe, a la vez, la libertad económica de los administrados.

El servicio público así entendido, se presenta entonces siempre, como una restricción a la libertad económica de los particulares. Por ello es que la creación de un servicio público, es decir, el establecimiento de la obligación prestacional a cargo del Estado, sólo puede tener su origen directamente en la Constitución o en la ley, pues sólo en esos textos, conforme al principio de la reserva legal previsto en la propia Constitu-

ción (art. 112), es que puede limitarse o restringirse la libertad económica.

Esta consecuencia de la noción de servicio público es la más importante desde el punto de vista jurídico; que cuando una actividad prestacional se erige en servicio público, es decir, se impone obligatoriamente al Estado, sea a la República, a los Estados o a los Municipios, se restringe automáticamente la libertad económica de los particulares en el sentido de que no pueden, libremente, ejercer dicha actividad.

Es evidente, por supuesto, que el ámbito de esta restricción no es uniforme, pues depende de la regulación concreta que se establezca en la Constitución o en la ley. Las normas pueden establecer una variada gama de restricciones a la libertad económica que pueden ir desde la exclusión total de la actividad económica de los particulares en el ámbito de la actividad prestacional, por ejemplo, cuando el Estado se la reserva con carácter de exclusividad; hasta la previsión de una concurrencia casi sin restricciones, entre la actividad pública y la actividad privada, pasando por los supuestos en los cuales, a pesar de que el Estado se reserve el servicio, los particulares pueden prestarlo mediante concesión.

Por tanto, según la intensidad de la restricción a la libertad económica que acarrea la consideración de una actividad como servicio público, se pueden distinguir tres grandes categorías de servicios públicos: los servicios públicos exclusivos y excluyentes; los servicios públicos exclusivos, pero concedibles; los servicios públicos concurrentes.

La primera categoría de servicios públicos abarca aquellos reservados al Estado en forma absoluta, de manera que los particulares no pueden, en forma alguna, prestarlos. La Constitución, en general, salvo en relación con los servicios públicos vinculados a la seguridad de la Nación y a los fines del Estado, no establece directamente ningún servicio público

de esta naturaleza, pero permite que la ley los pueda establecer en determinados supuestos. En efecto, el artículo 302 de la Constitución establece expresamente la posibilidad que tiene el Estado de reservarse, mediante Ley Orgánica, y por razones de conveniencia nacional, “industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público”.

De acuerdo a este artículo, por tanto, mediante ley orgánica podría establecerse un servicio público para ser prestado en forma exclusiva por el Estado, excluyendo a los particulares del ámbito del mismo. Una reserva de este tipo tendría por efecto fundamental establecer una exclusión a la libertad económica de los administrados, la cual no podría desarrollarse, en forma alguna, respecto del servicio reservado. En estos casos, la reserva de servicios provocaría el establecimiento de un *monopolio de derecho* a favor del Estado, configurándose el supuesto del artículo 302 de la Constitución como una excepción a la prohibición de los monopolios que regula el artículo 113 de la propia Constitución. En el ordenamiento jurídico actual no existe ningún servicio público de esta naturaleza.

Una segunda categoría de servicios públicos estaría configurada por aquellos que aún siendo atribuidos en forma obligatoria y exclusiva al Estado, es decir, a la República, a los Estados o a los Municipios, y estando reservados a los entes públicos, ello no se ha hecho en forma excluyente, por lo que mediante concesión podría permitirse a los particulares la prestación de los mismos en determinadas condiciones. La Constitución ha regulado, en muchas normas esta categoría de servicios públicos, como servicios públicos exclusivos y no excluyentes, por tanto, concedibles, a cuyo efecto ha regulado en general, en el artículo 113 que cuando se trate de “prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público.”

Esta norma establece, por tanto, que cuando se trate de una actividad declarada como servicio público exclusivo del Estado, pero no excluyente, sea que se vaya a prestar en forma exclusiva o no, el Estado puede otorgar concesiones por tiempo determinado. Por supuesto, corresponde a la Ley la determinación del carácter exclusivo del servicio que permita, sin embargo, que su prestación se pueda conceder a los particulares.

La consecuencia de ello es que en virtud de la reserva, los particulares no tendrían libertad económica respecto de las actividades que configuran estos servicios, es decir, en esos supuestos, los particulares *no tienen derecho* a realizar las actividades económicas que los configuran. Pueden, sí, obtener ese derecho mediante un acto administrativo bilateral, que es la concesión de servicio público, a través de la cual se transfiere a los particulares un derecho que antes no tenían y que se constituye por dicho acto.

En relación con estos servicios, y con excepción de los de carácter municipal (abastecimiento de aguas¹¹⁹, recolección de desechos sólidos, transporte público de pasajeros) o de prestación local¹²⁰, puede decirse que en Venezuela se ha venido produciendo un proceso de liberalización, de manera que el régimen de concesión no encuentra ahora regulación sino excepcionalmente, por ejemplo, en materia de transporte, como el ferroviario¹²¹ o de instalaciones portuarias¹²². En materia de telecomunicaciones, en cambio, puede decirse

119 Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento (Ley N° 75), *Gaceta Oficial* N° 5.568 Extraordinario de 31-12-2001.

120 Por ejemplo, la Ley de Armonización y Coordinación de Competencias de los Poderes Públicos Nacional y Municipal para la Prestación de los Servicios de Distribución de Gas con fines domésticos y de Electricidad (Decreto-Ley N° 1.507) *Gaceta Oficial* N° 37.319 de 07-11-2001

121 Ley Orgánica del Transporte Ferroviario Nacional (*Gaceta Oficial* N° 5.889 Extra. de 31-7-2008).

122 V. Ley General de Puertos (*Gaceta Oficial* N° 39.140 de 17-03-2009).

que la actividad económica se liberalizó, correspondiendo al Estado la regulación del servicio a través del ente regulador como es la Comisión Nacional de Telecomunicaciones creada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones¹²³. En sentido similar, el servicio eléctrico también se ha liberalizado conforme a la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico¹²⁴, correspondiendo a la Comisión Nacional de Energía, como ente regulador, el control de las actividades particulares en ese campo. En ambos casos, sujetas a la obtención de autorizaciones, permisos y licencias.

Un tercer tipo de servicio público está configurado por aquellas actividades prestacionales también impuestas obligatoriamente al Estado, pero respecto de las cuales el ordenamiento constitucional también consagra un derecho de los particulares a prestarlos, como sucede, por ejemplo, en materia de servicios educativos y de atención a la salud. En estos casos, el establecimiento de una actividad como servicio público lo que produce, como consecuencia, es una limitación a la libertad económica de los particulares, que requieren para ello, por ejemplo, de un registro ante la autoridad pública. No se trata por tanto, de que la actividad económica se excluya del ámbito de los particulares, como sucede en los casos anteriores, sino de una limitación a su ejercicio. Por ello, en estos casos, el derecho de los particulares a prestar los servicios está establecido directamente en el ordenamiento jurídico, y lo único que en éste se establece son los mecanismos de control, para asegurar que los servicios se presten en forma adecuada al interés general envuelto.

123 V. Ley Orgánica de Telecomunicaciones (*Gaceta Oficial* N° 39.610 de 7-2-2011)

124 V. Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico (*Gaceta Oficial* N° 39.494 de 24-8-2010).

4. La nacionalización de actividades económicas

Conforme al sistema económico establecido en la Constitución, de economía mixta, el ámbito de lo público y de lo privado es correlativo, pudiendo variar conforme las políticas gubernamentales, siempre resguardando el núcleo esencial de los derechos. Pero en Venezuela, en forma diametralmente distinta a la tendencia contemporánea de reducción de las actividades públicas directas, al contrario, en la primera década del siglo XXI en Venezuela lo que se ha visto ha sido una tendencia diametralmente opuesta, signada por la expansión del sector público y la asunción forzosa y en algunos casos, mediante la nacionalización, de actividades económicas.

La Constitución de 1999, en efecto, había establecido en el régimen de intervención del Estado en la economía, el régimen de la creación de empresas estatales (Art. 300); el régimen de la nacionalización petrolera y el régimen de la reserva de actividades económicas al Estado¹²⁵.

Sobre estos últimos aspectos, el artículo 302 de la Constitución, luego de intensos debates¹²⁶ estableció que “el Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera”. En esta forma, la reserva de la industria petrolera que se había efectuado mediante la Ley Orgánica que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos de 1975¹²⁷, adquirió rango constitucional en el texto de 1999, pero conforme lo establezca

125 V. en general, Víctor Rafael Hernández-Mendible, José Ignacio Hernández G, Allan R. Brewer-Carías y José Araujo-Juárez, *Nacionalización, Libertad de Empresa y Asociaciones Mixtas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008

126 V. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, Sesión de 14-11-99, N° 44, pp. 3 ss. V. nuestro voto salvado en primera discusión en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, op. cit., pp. 209 y 210.

127 V. nuestros comentarios sobre ese proceso en Allan R. Brewer-Carías, “Aspectos organizativos de la industria petrolera nacionalizada,” en

la ley orgánica respectiva, la cual puede ser modificada. La reserva, por tanto, puede considerarse que no es ni rígida ni absoluta, sino flexible, conforme lo establezca la ley orgánica respectiva¹²⁸.

En particular, en todo caso, en la Constitución (Art. 303) se estableció expresamente que por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional “el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A.”, o del ente creado para el manejo de la industria petrolera, exceptuando la de las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela, S.A. En esta forma, lo que de acuerdo con la Constitución debe permanecer como propiedad de la República (no del Estado) son las acciones de PDVSA, es decir, del holding de la industria petrolera, pero no de las filiales, las cuales son, en realidad, las que realizan las actividades económicas en la industria. En todo caso, mediante la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001, reformada en 2006¹²⁹, se ratificó la nacionalización de la industria petrolera previéndose sin embargo el régimen necesario para el establecimiento de empresas mixtas, con capital mayoritario del Estado, para la explotación petrolera. En 2007, dicho régimen fue forzosamente impuesto a los Convenios de Asociación que venían ejecutándose desde los años noventa para la explotación petrolera, con participación de empresas extranjeras, a los cuales se obligó a transformarse en empresas mixtas¹³⁰.

Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Instituto de Derecho Público UCV, Vol. III, Tomo I, Caracas 1981, pp. 407 a 492.

128 Así se reguló, en la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001, reformada en 2006, *Gaceta Oficial* N° 38.493 de 4-8-2006, mediante la cual se derogó la Ley de Nacionalización Petrolera de 1975.

129 V. Ley Orgánica de Hidrocarburos (*Gaceta Oficial* N° 38.493 de 4-8-2006);

130 V. en general, Ley de Regularización de la Participación Privada en las Actividades Primarias Previstas en el Decreto N° 1.510 con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos (*Gaceta Oficial* N° 38.419 de 18-4-2006); Ley de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la

El mismo artículo 302 de la Constitución, también establece que el Estado se puede reservar, mediante ley orgánica, y por razones de conveniencia nacional, industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. En este caso, distinto al de la industria petrolera ya reservada desde 1975, se trata de una previsión que sigue la orientación del artículo 97 de la Constitución de 1961, y que se refiere tanto a otras actividades ya reservadas en el pasado (por ejemplo la industria del mineral de hierro), como a la posibilidad, en el futuro, que se pueda dictar una reserva de actividades económicas de interés público o de carácter estratégico¹³¹. Ha sido precisamente el caso de la reserva al Estado de la industria del cemento, la industria siderúrgica y las actividades y servicios conexos con los hidrocarburos¹³².

Faja Petrolífera del Orinoco; así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas (Decreto Ley N° 5.200) (*Gaceta Oficial* N° 38.632 de 26-02-2007); Ley sobre los Efectos del Proceso de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco; así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas (*Gaceta Oficial* N° 38.785 del 08-10-2007). V. sobre este proceso en Allan R. Brewer-Carías, "La estatización de los convenios de asociación que permitían la participación del capital privado en las actividades primarias de hidrocarburos suscritos antes de 2002, mediante su terminación anticipada y unilateral y la confiscación de los bienes afectos a los mismos", en Víctor Hernández Mendible (Coordinador), *Nacionalización, Libertad de Empresa y Asociaciones Mixtas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 123-188

131 V. nuestro voto salvado en primera discusión en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, op. cit. pp. 210 y 211.

132 V. Ley Orgánica de Ordenación de las Empresas Productoras de Cemento, Decreto Ley N° 6.091, *Gaceta Oficial* N° 5.886 Extra. de de 18-6-2008); Ley Orgánica de Ordenación de las Empresas que Desarrollan Actividades en el Sector Siderúrgico en la Región de Guayana, Decreto Ley N° 6.058 *Gaceta Oficial* N° 38.928 de 12-5-2008; Ley Orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de Hidrocarburos, *Gaceta Oficial* N° 39.173 de 7-5-2009.

5. La estatización de actividades económicas y el “sistema económico comunal”

Por otra parte, en cuanto al régimen de las regulaciones legales a las actividades económicas, la expansión del sector público ha llevado al ahogamiento progresivo del sector privado, por las regulaciones draconianas que progresivamente se han venido estableciendo, con regímenes sancionatorios que ha autorizado a la Administración a ocupar y apropiarse de industrias y servicios, incluso sin compensación, configurándose como confiscaciones administrativas.

En 2007, muchas de estas acciones se pretendió que fueran constitucionalizadas, mediante una propuesta de reforma constitucional que sin embargo, fue rechazada en referendo realizado en diciembre de 2007¹³³. Sin embargo, en evidente fraude a la voluntad popular y a la propia Constitución, ese rechazo popular no sólo no ha impedido que las reformas se haya implementado inconstitucionalmente en diversos aspectos mediante leyes, como ocurrió en materia económica, inicialmente mediante el Decreto Ley N° 6.130 de 2008, contentivo de la Ley para el Fomento y Desarrollo de la Economía Popular¹³⁴, la cual se ha derogado en 2010 mediante la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal (LOSEC)¹³⁵, en la cual se ha establecido materialmente una nueva “Constitución Económica” para el país, en paralelo a la prevista en la Constitución,

133 V. Allan R. Brewer-Carías, “La reforma constitucional en Venezuela de 2007 y su rechazo por el poder constituyente originario,” en José Ma. Serna de la Garza (Coord.), *Procesos Constituyentes contemporáneos en América latina. Tendencias y perspectivas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2009, pp. 407-449; “La proyectada reforma constitucional de 2007, rechazada por el poder constituyente originario,” en *Anuario de Derecho Público 2007*, Año 1, Instituto de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas 2008, pp. 17-65; “La reforma constitucional en Venezuela de 2007 y su rechazo por el poder constituyente originario,” en *Revista Peruana de Derecho Público*, Año 8, N° 15, Lima, Julio-Diciembre 2007, pp. 13-53.

134 V. en *Gaceta Oficial* N° 5.890 Extra. de 31-07-2008.

135 V. en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21-12-2010.

pero que cambia de raíz el sistema constitucional al pretender establecer un sistema económico comunista, denominado Sistema Económico Comunal.

En efecto, el 21 de diciembre de 2010, la Asamblea Nacional junto con otras leyes relativas al Poder Popular y al Estado Comunal, como antes se ha dicho, sancionó la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal¹³⁶, buscando sustituir el sistema económico de economía mixta consagrado en la Constitución de 1999, por un sistema económico socialista o comunista, por el cual nadie ha votado y, al contrario, ha sido rechazado popularmente,¹³⁷ concebido, tal como se lo define en el artículo 2, como:

“el conjunto de relaciones sociales de producción, distribución, intercambio y consumo de bienes y servicios, así como de saberes y conocimientos, desarrolladas por las instancias del Poder Popular, el Poder Público o por acuerdo entre ambos, a través de organizaciones socio productivas bajo formas de propiedad social comunal”.

Se trata, por tanto, de un sistema económico que se debe desarrollar exclusivamente “a través de organizaciones socio-

136 V. Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal (Gaceta Oficial N° 6.011 Extra. de 21-12-2010). V., Allan R. Brewer-Carías, “Introducción General al Régimen del Poder Popular y del Estado Comunal (O de cómo en el siglo XXI, en Venezuela se decreta, al margen de la Constitución, un Estado de Comunas y de Consejos Comunales, y se establece una sociedad socialista y un sistema económico comunista, por los cuales nadie ha votado),” en Allan R. Brewer-Carías, Claudia Nikken, Luis A. Herrera Orellana, Jesús María Alvarado Andrade, José Ignacio Hernández y Adriana Vigilancia, *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal (Los consejos comunales, las comunas, la sociedad socialista y el sistema económico comunal)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 9-182.

137 El rechazo popular se efectuó mediante el referendo de diciembre de 2007 en el cual se rechazó la reforma constitucional en la cual se proponía su creación; y en las elecciones parlamentarias de septiembre de 2010, en la cual el Pueblo mayoritariamente voló contra el Presidente y sus políticas socialistas.

productivas bajo formas de propiedad social comunal” que conforme a la Ley son solamente las empresas del Estado Comunal creadas por las instancias del Poder Público; las empresas públicas creadas por los órganos que ejercen del Poder Público; las unidades productivas familiares; o los grupos de trueque, donde está excluida toda iniciativa privada y la propiedad privada de los medios de producción y comercialización de bienes y servicios.

Es en consecuencia, un sistema económico socialista que se ha implantado mediante ley, violentando completamente el sistema de economía mixta que garantiza la Constitución donde se establece, al contrario, como se dijo, como uno de los principios fundamentales del sistema constitucional, tanto la libertad económica como el derecho de propiedad privada.

En la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal se regula, por tanto, un sistema económico que cambia la estructura el Estado y cuya aprobación solo hubiera podido ser posible a través de la convocatoria de una Asamblea Constituyente (ni siquiera mediante reforma o enmienda constitucional), de un sistema de economía mixta a un sistema económico estatista o controlado por el Estado, mezclado con previsiones propias de sociedades primitivas y lugareñas que en el mundo globalizado de hoy ya simplemente no existen, que presuponen la miseria como forma de vida, para regular y justificar el “trueque” como sistema, pensando quizás en sociedades agrícolas o recolectoras; y para crear una moneda al margen de la de curso legal que es el Bolívar, llamando así como “moneda comunal,” como medio de intercambio de bienes y servicios, a los viejos “vales” de las haciendas de hace más de un siglo, donde el campesino estaba confinado al ámbito geográfico de la economía que controlaba estrictamente el hacendado.

Por ello es que este sistema económico comunal se lo concibe como la “herramienta fundamental para construcción de la nueva sociedad,” que supuestamente debe regirse sólo “por

los principios y valores socialistas” que en esta Ley Orgánica, sin fundamento histórico alguno, se declara que supuestamente se inspira en la “doctrina de Simón Bolívar” (Art. 5).

A tal efecto, reducida la propiedad privada a la mínima expresión, en la Ley se define la “propiedad social” como:

“El derecho que tiene la sociedad de poseer medios y factores de producción o entidades con posibilidades de convertirse en tales, esenciales para el desarrollo de una vida plena o la producción de obras, bienes o servicios, que por condición y naturaleza propia son del dominio del Estado; bien sea por su condición estratégica para la soberanía y el desarrollo humano integral nacional, o porque su aprovechamiento garantiza el bienestar general, la satisfacción de las necesidades humanas, el desarrollo humano integral y el logro de la suprema felicidad social” (Art. 6.15).

Con ello se reafirma que el sistema económico comunal que se regula, está basado exclusivamente en la propiedad pública, del Estado (dominio del Estado), sobre los medios de producción, de manera que en la práctica, no se trata de ningún derecho que sea “de la sociedad,” sino del aparato Estatal, cuyo desarrollo, regido por un sistema de planificación centralizada, elimina toda posibilidad de libertad económica e iniciativa privada, y convierte a las “organizaciones socio productivas” en meros apéndices del aparato estatal.

El sistema omnicompreensivo que se regula, al contrario está basado en la “propiedad social comunal” y que debe ser desarrollada tanto por el Estado Constitucional (los órganos del Poder Público) como por el Estado Comunal (instancias del Poder Popular), como se dijo, exclusivamente a través de “organizaciones socio-productivas bajo formas de propiedad comunal.”

Este sistema económico comunal como se dijo, se había comenzado a regular ilegalmente, al margen de la Constitución, violentándola, tiene por finalidad, entre otras, impulsar dicho sistema “a través de un modelo de gestión sustentable y sostenible para el fortalecimiento del desarrollo endógeno (Art. 3.2); “fomentar el sistema económico comunal en el marco del modelo productivo socialista, a través de diversas formas de organización socio productiva, comunitaria y comunal en todo el territorio nacional (Art. 3.3); e “incentivar en las comunidades y las comunas los valores y principios socialistas para la educación, el trabajo, la investigación, el intercambio de saberes y conocimientos, así como la solidaridad, como medios para alcanzar el bien común.(Art. 3.8).

En este contexto socialista, la Ley Orgánica definió el “modelo productivo socialista” como el:

“modelo de producción basado en la *propiedad social*, orientado hacia la eliminación de la división social del trabajo propio del modelo capitalista. El modelo de producción socialista está dirigido a la satisfacción de necesidades crecientes de la población, a través de nuevas formas de generación y apropiación así como de la *reversión social del excedente*” (Art. 6.12).

Se trata en consecuencia, de una Ley mediante la cual se pretende, además, cambiar el sistema capitalista y sustituirlo a la fuerza por un sistema socialista, imponiendo un sistema comunista¹³⁸.

138 Para lo cual sus redactores, basándose quizás en algún “Manual” vetusto de revoluciones comunistas fracasadas, parafrasearon en la Ley, lo que Carlos Marx y Federico Engels escribieron hace más de 150 años, en 1845 y 1846, sobre la sociedad comunista, en el conocido libro *La Ideología Alemana*, al referirse a la sociedad primitiva de la época, en muchas partes aún esclavista y en todas, preindustrial, afirmando que la propiedad es “el derecho de suponer de la fuerza de trabajo de otros” y declarando que la “división del trabajo y la propiedad privada” eran “términos idénticos: uno de ellos, referido a la esclavitud, lo mismo que el otro, referido al

Para ello, y como mecanismo para eliminar toda forma de generar riqueza y con ello, de trabajo libre y empleo, la Ley Orgánica de 2010 declaró como pieza esencial del nuevo sistema económico comunal, la necesaria “reversión social del excedente,” como principio esencial que rige las organizaciones socio productivas, definida como “el uso de los recursos remanentes provenientes de la actividad económica de las organizaciones socio productivas, en pro de satisfacer las necesidades colectivas de la comunidad o la comuna, y contribuir al desarrollo social integral del país” (Art. 6.19). Con este principio, los redactores de la Ley incorporaron a su articulado, otros de los pilares del sistema comunista, tal como fue concebido por Marx y Engels, como contrapuesto al sistema capitalista, y es la necesaria “reversión social de excedente” producto de la actividad económica. Basada, por tanto, en los principios utópicos comunistas de la “propiedad social de los medios de producción,” la “eliminación de la división social del trabajo” y la “reversión social del excedente,” la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal está sin duda concebida para implantar en Venezuela el sistema comunista como contrario al sistema capitalista.

Para ello, Ley Orgánica establece un ámbito omnicompreensivo de aplicación, al establecer, formalmente, que se aplica, por una parte “a las comunidades organizadas, consejos comunales, comunas y todas las instancias y expresiones del Poder Popular, en especial a las organizaciones socio productivas que se constituyan dentro del sistema económico comunal,” es decir, a todo el ámbito del Estado Comunal; y por la otra, “de igual manera, a los órganos y entes del Poder Público y las organizaciones del sector privado, en sus relaciones con las instancias del Poder Popular” (Art. 3), es decir, a todos los órganos

producto de ésta.”V. Karl Marx and Frederick Engels, “The German Ideology,” en *Collective Works*, Vol. 5, International Publishers, New York 1976, p. 47. Véanse además los textos pertinentes en http://www.educa.madrid.org/cms_to-ols/files/0a24636f-764c-4e03-9c1d-6722e2ee60d7/Texto%20Marx%20y%20Engels.pdf.

y entes del Estado Constitucional y a todas las instituciones, empresas y personas del sector privado. Es decir, es una Ley tendiente a implementar el comunismo en todos los órdenes.

Como antes se ha dicho, de acuerdo con esta Ley Orgánica, las organizaciones socio productivas son los “actores” fundamentales que se han diseñado para dar soporte al sistema económico comunal, pues es a través de ellas que se desarrolla el “modelo productivo socialista” que propugna, las cuales se definen como las:

“unidades de producción constituidas por las instancias del Poder Popular, el Poder Público o por acuerdo entre ambos, con objetivos e intereses comunes, orientadas a la satisfacción de necesidades colectivas, mediante una economía basada en la producción, transformación, distribución, intercambio y consumo de bienes y servicios, así como de saberes y conocimientos, en las cuales el trabajo tiene significado propio, auténtico; sin ningún tipo de discriminación” (Art. 9).

Esta afirmación legal, que también proviene de los viejos Manuales comunistas basados en las apreciaciones de Marx y Engels en las sociedades anteriores a las europeas de mitades del siglo XIX sobre el trabajo asalariado, su explotación y carácter esclavista y discriminatorio, particularmente en relación con las mujeres¹³⁹, lo cual no tiene ninguna relación con la actualidad en ningún país occidental. Ahora bien, ese trabajo con sentido “propio y auténtico,” y “sin discriminación,” al que se refiere la Ley Orgánica, supuestamente se va a garantizar a través de las organizaciones socio-productivas que se regulan en la ley, mediante las cuales, en forma exclusiva, se desarrollará la economía del país, y que conforme al artículo 10 de

139 Al referirse al trabajo en la misma obra la *Ideología Alemana*, Marx y Engels hablaron de la “explotación del hombre por el hombre”: y se refirieron a la “distribución desigual, tanto cuantitativa como cualitativamente, del trabajo y de sus productos”. Ídem.

la Ley Orgánica, son sólo cuatro: primero, las empresas del Estado Comunal; segundo, las empresas públicas del Estado Constitucional; tercero, las unidades productivas familiares; y cuarto, los grupos de trueque. O sea, que del trabajo en empresas privadas en las cuales los trabajadoras tienen herramientas para lograr mejores condiciones que ha sido una de las bases del sistema económico del país, se quiere pasar al trabajo exclusivamente en empresas de carácter público, creadas por las instancias del Estado Comunal y por los órganos y entes del Estado Constitucional, sometidas todas a una planificación centralizada, en las cuales no puede haber movimientos sindicales u organizaciones de trabajadores libres que puedan presionar para el logro de mejores condiciones laborales, y donde el “empresario” en definitiva resultará ser un burócrata de un régimen autoritario que usa el “excedente” para su propio confort, explotando a los asalariados alienados.

En todo caso, este sistema de economía comunal, en la Ley para el Fomento y Desarrollo de la Economía Popular de 2008, se había establecido como un sistema altamente centralizado bajo el control del Ejecutivo Nacional, como “órgano rector,” que se ejercía por órgano del Ministerio del Poder Popular para las Comunas y Protección Social (Art. 6). La Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal establece ahora que el Ministerio de las Comunas, “es el órgano coordinador de las políticas públicas relacionadas con la promoción, formación, acompañamiento integral y financiamiento de los proyectos socio productivos, originados del seno de las comunidades, las comunas o constituidos por entes del Poder Público conforme a lo establecido en el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación, las disposiciones de la Ley, su Reglamento y demás normativas aplicables” (art 7). Sin embargo, de las competencias que se atribuyen, resulta todo un sistema centralizado que conduce el Ejecutivo Nacional.

Precisamente por ello, el sistema de producción socialista que se regula en la Ley Orgánica, es también un sistema eco-

nómico sometido a una planificación centralizada, conforme a la cual está proscrita toda iniciativa privada, controlado además por el Ejecutivo nacional directamente. En esta materia, con base en las atribuciones que los artículos 112 y 299 de la Constitución atribuyen al Estado en materia de planificación, aún cuando con la especificación de que debe ser democrática, participativa y de consulta abierta, en 2001 se dictó el Decreto Ley N° 1.528 de Ley Orgánica de Planificación, el cual fue posteriormente modificado por la Ley de la Comisión Central de Planificación, y posteriormente por la Ley Orgánica de Planificación Popular de 2010, con acentuado carácter centralista y nada democrático¹⁴⁰.

XII. LA FUNCIÓN PÚBLICA

En la Constitución de 1999 se han establecido los principios fundamentales relativos al régimen de los funcionarios públicos, a los efectos de guiar el establecimiento más de un Estatuto de la función pública que para la carrera administrativa como lo establecía la Constitución de 1961 (art. 122); a cuyo efecto, la Asamblea Nacional sancionó en 2002 la Ley del Estatuto de la Función Pública¹⁴¹.

Conforme a la Constitución, en dicho Estatuto se establecieron las normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios de la Administración Pública. La Constitución, además, exigió que en el Estatuto se previera

140 V. la Ley Orgánica de Planificación y Popular (*Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de de 21-12-2010); y Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación (*Gaceta Oficial* N° 5.990 Extra. de 29-7-2010) V. los comentarios a esta última en Allan R. Brewer-Carías, "Comentarios sobre la inconstitucional creación de la Comisión Central de Planificación, centralizada y obligatoria," en *Revista de Derecho Público*, N° 110, (abril-junio 2007), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 79-89.

141 V. *Gaceta Oficial* N° 37.522 del 6 de septiembre de 2002. V. en general, Jesús Caballero Ortíz, "Bases constitucionales del derecho de la función pública", *Revista de Derecho Constitucional*, N° 5, julio-diciembre-2001, Editorial Sherwood, Caracas, 2002, pp. 21 a 46.

la incorporación de los funcionarios a la seguridad social¹⁴². La Constitución, además remitió a la ley para determinar las funciones y requisitos que deben cumplir los funcionarios públicos para ejercer sus cargos (art. 144)¹⁴³.

En cuanto a los principios constitucionales, debe destacarse que el artículo 145 de la Constitución, dispone en general, que los funcionarios públicos deben estar al servicio del Estado y no de parcialidad alguna, precisando, incluso, que su nombramiento y remoción no puede estar determinado por la afiliación u orientación política.

Ahora bien, en cuanto a los cargos en la Administración Pública, la Constitución estableció, con carácter general, que los cargos “son de carrera” (artículo 146), exceptuando los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados, los obreros al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la Ley.

La consecuencia del principio de la carrera es que el ingreso de los funcionarios públicos y a los cargos de carrera, en principio deben realizarse mediante concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia; los cuales lamentablemente no se han implementado, proliferando los cargos de libre nombramiento y remoción. En cuanto al ascenso, la Constitución también dispone que debe estar sometido a métodos científicos basados en el sistema de méritos, y el traslado, suspensión y retiro debe ser de acuerdo con el desem-

142 V. nuestra propuesta en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, op. cit. p. 182. V. en general Allan R. Brewer-Carías, *El Estatuto del funcionario público en la Ley de Carrera Administrativa*, Caracas, 1971.

143 En general, sobre el régimen constitucional de los funcionarios públicos, véase Antonio de Pedro Fernández, “Algunas consideraciones sobre la función pública en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Volumen I, Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 307-342.

peño de los funcionarios. La reducción fáctica de los cargos de carrera, en todo caso, hacen inaplicables estas normas.

En cuanto a las remuneraciones, el artículo 147 establece un principio general de disciplina del gasto público, en el sentido de que para la ocupación de cargos públicos de carácter remunerado es necesario que sus respectivos emolumentos estén previstos en el presupuesto correspondiente. Las escalas de salarios en la Administración Pública, dado su carácter estatutario, se deben establecer reglamentariamente conforme a la ley.

La Constitución, por otra parte, recogió el principio que estaba en el artículo 229 de la Constitución de 1961, conforme al cual, el Poder Nacional, por ley orgánica, puede establecer límites razonables a los emolumentos que devenguen los funcionarios públicos tanto municipales y estatales, como nacionales. La materia quedó así consolidada como una competencia del Poder Nacional que corresponde a la Asamblea Nacional (y escapa de la competencia de los Consejos Legislativos)¹⁴⁴, y en ejecución de dicha norma en 2002, con reforma en 2011, se dictó la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público¹⁴⁵. Además, la Constitución previó que la ley nacional también debe establecer el régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos nacionales, estatales y municipales, siguiendo la orientación que se había establecido en la Enmienda N° 2 de la Constitución de 1961, sancionada en 1983. En esta forma, en cuanto al régimen de remuneraciones y

144 V. sentencia de la Sala Constitucional N° 2399 de 29-08-03 (Caso: *Interpretación de las normas contenidas en los artículos 4 del Régimen Transitorio de Remuneraciones de los más Altos Funcionarios de los Estados y Municipios, Comisión Legislativa Nacional de 2000*).

145 V. Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público (*Gaceta Oficial* N° 39.592 de 12-1-2011).

pensiones, el Poder Nacional tiene competencias expresas para su regulación respecto de los tres niveles territoriales.

La Constitución estableció, además, algunos principios relativos a incompatibilidades respecto de los funcionarios públicos. Así, conforme al artículo 148, y siguiendo la orientación del artículo 123 de la Constitución de 1961, nadie puede desempeñar a la vez más de un destino público remunerado, a menos que se trata de los cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes que determine la ley. Se eliminó de las excepciones la referencia a los cargos edilicios y electorales que establecía el texto de 1961 (art. 123).

En todo caso, la aceptación de un segundo destino que no sea de los exceptuados, siempre implica la renuncia del primero, salvo cuando se trate de suplentes, mientras no reemplacen definitivamente al principal.

En cuanto a las jubilaciones o pensiones se estableció en la Constitución que nadie puede disfrutar más de una, salvo los casos expresamente determinados en la ley.

El artículo 145 de la Constitución, por otra parte, estableció el principio de que quien esté al servicio de los Municipios, de los Estados, de la República “y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales”, no puede celebrar contrato alguno con ellas, ni por sí ni por interpuesta persona, ni en representación de otro, salvo las excepciones que establezca la ley. Se destaca, de esta norma, la referencia a la clasificación de las personas jurídicas en el derecho público, en sus dos vertientes, que hemos propuesto desde hace años: por una parte, las personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado, según la forma de creación; y por la otra, las personas jurídicas estatales y las per-

sonas jurídicas no estatales, según su integración o no a la organización general del Estado.¹⁴⁶.

XIII. EL URBANISMO, EL MEDIO AMBIENTE Y LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. Los derechos ambientales y la protección del medio ambiente

En la Constitución de 1999, también constituyó una novedad en cuanto a la regulación de los derechos constitucionales, el conjunto de normas contenidas en el Capítulo relativo a los derechos ambientales¹⁴⁷.

En el mismo, en el artículo 127, se establece que es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el

146 V. Allan R. Brewer-Carías, "La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido general de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho" en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 57, UCV, Caracas, 1976, pp. 115 a 135. La distinción se puede apreciar, también, por ejemplo, en el texto del artículo 322.

147 V. en general, Fortunato González Cruz, "El ambiente en la nueva Constitución venezolana", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo III, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 2917-2923; Germán Acedo Payáres, "La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 y los denominados 'Derechos Ambientales'", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo III, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 2925-2978; Alberto Blanco-Urbe Quintero, "La tutela ambiental como derecho-deber del Constituyente. Base constitucional y principios rectores del derecho ambiental", en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 6 (enero-diciembre). Editorial Sherwood, Caracas, 2002, pp. 31-64; Alberto Blanco-Urbe Quintero, "El ciudadano frente a la defensa jurídica del ambiente en Venezuela", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo III, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 2995-3008; y V. Luciano Parejo Alfonso, "El derecho al medio ambiente y la actuación de la Administración Pública", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo III, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 2979-2994.

ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Además, toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. La consecuencia de estos derechos es que el Estado debe proteger el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. Se agrega, además, que es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley. Por último, la Constitución prohíbe además, la patentabilidad del genoma de los seres vivos, remitiéndose a la ley que se refiere a los principios bioéticos la regulación de la materia.

El artículo 156 de la Constitución atribuye como competencia exclusiva del Poder Nacional “*las políticas nacionales y la legislación en materia... (de) ambiente, aguas... y ordenación del territorio*” (ord. 23); y “*la legislación sobre ordenación urbanística*” (ord. 19). Además, la Constitución atribuye a los Municipios competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de “*protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental*” (art. 178,4).

En todo caso, la ley fundamental en esta materia la constituye la Ley Orgánica del Ambiente de 1976¹⁴⁸, donde se regulan las actividades susceptibles de contaminar el ambiente y el régimen de autorizaciones administrativas correspondiente.

Además, el artículo 178,4 de la Constitución le atribuye en forma exclusiva a los Municipios, en cuanto concierne a la vida local, competencias en materia de “*protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental*”. El artículo 184 de

148 V. la Ley Orgánica del Ambiente en *Gaceta Oficial* N° 31.004 de 16-06-1976.

la Constitución, además, confirma la competencia de Estados y Municipios en materia de “servicios ambientales”.

Debe indicarse además, que el artículo 129 de la Constitución ha elevado a rango constitucional el requisito que hasta ese momento tenía rango reglamentario, de exigir que todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas, deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y socio cultural. El mismo artículo 129 de la Constitución dispone además que el Estado debe impedir la entrada al país de desechos tóxicos y peligrosos, así como la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas, remitiendo a una ley especial la regulación del uso, manejo, transporte y almacenamiento de las sustancias tóxicas y peligrosas.

Por otra parte, como ya se ha señalado, el mismo artículo 129 de la Constitución establece que en los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que involucren los recursos naturales, se debe considerar incluida aun cuando no estuviera expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en los términos que fije la ley.

2. La política de ordenación del territorio y el régimen de la ordenación urbanística

En cuanto a la política de ordenación del territorio, el artículo 128 de la Constitución impone al Estado la obligación de desarrollar una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana. Una ley orgánica debe desarrollar los principios y criterios para este ordenamiento, con lo que se

remite a la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983¹⁴⁹. Adicionalmente, el artículo 178 le atribuye expresamente a los Municipios competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de “ordenación territorial”, y el artículo 184 confirma la competencia de Estados y Municipios en la materia, por ejemplo, al referirse al “mantenimiento de áreas industriales”.

En materia de urbanismo, se trata de una materia de la competencia concurrente de las entidades político-territoriales, de manera que el artículo 184 de la Constitución, atribuye competencia tanto a los Estados como a los Municipios en materia de “mantenimiento y conservación de áreas urbanas”. Además, el Poder Nacional tiene competencia exclusiva para 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, (art. 156,19). Adicionalmente el Poder Municipal tiene competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de ordenación urbanística, parques, jardines, plazas, balnearios, otros sitios de recreación, arquitectura civil, nomenclatura y ornato público (art. 178,1). Se trata, por tanto, de una materia de la competencia concurrente entre el Poder Nacional, el Poder Estatal y el Poder Municipal, que ha sido regulada detalladamente en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987¹⁵⁰, en la cual además del sistema de planes, se establece el marco regulatorio del control urbanístico que ejercen las autoridades locales mediante el otorgamiento de las constancias de variables urbanas fundamentales, tanto para las urbanizaciones como para las edificaciones.

149 *Gaceta Oficial* N° Extra. 3.238 de 11-08-1983. V. además, Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*, Caracas, 1983.

150 *Gaceta Oficial* N° 33.868 de 16-12-1987. V. además, Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988.

XIV. LOS BIENES PÚBLICOS

La Constitución de 1999, por primera vez en el constitucionalismo venezolano, declaró como del dominio público una serie de bienes, régimen que, con anterioridad, sólo estaba regulado en el Código Civil y, más, recientemente en algunas leyes especiales.

En esta forma, la Constitución declara como bienes del dominio público a los yacimientos mineros y de hidrocarburos (Art. 12), pero con anterioridad a esta constitucionalización, ya la Ley de Minas de 1999 lo había establecido (art. 2), así como la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos de 1999 (art. 1)¹⁵¹. La Constitución, por otra parte, también declara que “las costas marinas son bienes del dominio público” (art. 12); lo cual se había complementado en la Ley de Conservación y Saneamiento de Playas de 2000 (art. 2) y se reguló en la Ley de Zonas Costeras¹⁵². Por otra parte, en cuanto a las aguas, el artículo 304 de la Constitución establece que “Todas las aguas son del dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo...”, lo que también se reguló en la Ley de Aguas¹⁵³.

Además, otras normas constitucionales también regulan bienes del dominio público, aun cuando sin utilizar este calificativo jurídico: se trata, por ejemplo de las “armas de guerra” respecto de las cuales el artículo 324 declara que sólo el Estado puede poseerlas y usarlas, de manera que “todas las que existan, se fabriquen o se introduzcan en el país *pasarán a ser propiedad* de la República sin indemnización ni proceso” (art. 324). Por otra parte, el artículo 303 de la Constitución dispone que “por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado *conservará* la totalidad de las acciones de

151 V. Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, Decreto-Ley N° 310 (Gaceta Oficial N° 36.793 de 23-09-1999).

152 V. Ley de Zonas Costeras, Decreto-Ley N° 1.468 (Gaceta Oficial N° 37.349 de 19-12-2001)

153 V. Ley de Aguas (Gaceta Oficial N° 38.595 de 02-01-2007);

Petróleos de Venezuela, S.A., o del ente creado para el manejo de la industria petrolera”, lo que implica una declaratoria indirecta de dominio público de dichas acciones societarias, que son inalienables.

Ahora bien, la declaratoria de todos estos bienes como del dominio público en la propia la Constitución, implica limitaciones a la potestad contractual de los entes públicos, particularmente por la inalienabilidad de los mismos, lo que implica la prohibición de cualquier contrato de interés público que pueda significar la enajenación de estos bienes.

Sin embargo, la propia Constitución prevé el régimen de concesiones para la explotación de los bienes que sean “recursos naturales propiedad de la Nación”, las cuales pueden ser otorgadas con exclusividad o sin ella, por tiempo determinado, y asegurando, siempre, la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público” (art. 113). En cuanto a las concesiones mineras, en particular, se dispone en el artículo 156,16 de la Constitución que “el Ejecutivo Nacional no podrá otorgar concesiones mineras por tiempo indefinido”¹⁵⁴.

Aparte de estas disposiciones constitucionales, por supuesto, los bienes del dominio público se han definido tradicionalmente en el Código Civil conforme al criterio de la afectación al uso público, como las vías públicas, los ríos, los lagos, el mar y las plazas y fuertes de guerra (Art. 534).

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 542 del Código Civil se consideran como tierras baldías los bienes inmuebles que no tengan dueño, los cuales se configuran como parte del dominio privado de los Estados de la Federación. Por ello, el

154 V. Allan R. Brewer-Carías, “Prologo” sobre “El régimen constitucional aplicable a las concesiones de obras y servicios públicos”, en Alfredo Romero Mendoza (Coordinador) et al., *Régimen Legal de las Concesiones Públicas*, Caracas 2000, pp. 9 a 16.

artículo 164,5 de la Constitución ahora le atribuye a los Estados la administración de las tierras baldías, aún cuando “el régimen” de las mismas debe ser establecido por ley nacional (art. 156, 16).

Como bienes del dominio privado de los Estados, las tierras baldías pueden ser objeto de contratación, en el sentido de que por ejemplo, pueden ser enajenadas o arrendadas, con una sola excepción que establece la Constitución y es en relación con las tierras baldías existentes en las dependencias federales y en las islas fluviales o lacustres las cuales “no podrán enajenarse y su aprovechamiento sólo podrá concederse en forma que no implique, directa ni indirectamente, la transferencia de la propiedad de la tierra” (art. 13). Las “dependencias federales” a que alude esta norma son las islas marítimas no integradas en el territorio de un Estado de la federación, así como las islas que se formen o aparezcan en el mar territorial o en el que cubra la plataforma continental (art. 7 y 11).

Entre los bienes inmuebles de los Municipios, la Constitución define a los ejidos, presumiendo, además, que son tales, “los terrenos situados dentro del área urbana de las poblaciones del Municipio, carentes de dueño, sin menoscabo de legítimos derechos de terceros, válidamente constituidos” (art. 181). Los ejidos, a pesar de que conforme al artículo 181 de la Constitución “son inalienables e imprescriptibles”; la misma norma agrega que “sólo podrán enajenarse previo el cumplimiento de las formalidades previstas en las ordenanzas municipales y en los supuestos que las mismas señalen”.

En relación con los baldíos y ejidos, por supuesto, también se aplica el régimen de concesiones antes indicado, conforme al mencionado artículo 113 de la Constitución.

DE LOS SERVICIOS AUTÓNOMOS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA A LOS SERVICIOS DESCONCENTRADOS EN EL DECRETO DE LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Alejandro Canónico Sarabia

*Profesor de Derecho Administrativo y Contencioso Administrativo
de la Universidad de Margarita*

Resumen: El artículo analiza a los servicios autónomos sin personalidad jurídica, hoy denominados servicios desconcentrados, de acuerdo con el Decreto Con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública del año 2008.

Palabras clave: Organización administrativa. Autonomía. Servicios Autónomos sin Personalidad Jurídica.

Summary: The article analyzes the autonomous services without personality, today called decentralized services, according with the Decree with Rank and Force of the Organic Law of the Public Administration

Key words: Administrative organization. Autonomy. Autonomous Services without Personality.

Recibido: 18 de marzo de 2013 Aceptado: 16 de abril de 2013

I. REFLEXIONES BASICAS SOBRE LA POTESTAD ORGANIZATIVA

Cuando hablamos de Potestad Organizativa nos estamos refiriendo a la facultad que posee el Estado y principalmente un órgano dentro del Poder Público, para crear entes u órganos,

modificarlos, suprimirlos, atribuirles competencias y plantear el esquema organizativo de un espacio de poder. La potestad organizativa constituye una de las potestades públicas administrativas que ostentan los órganos del estado; y estas consisten en aquellas facultades exorbitantes, con fuerza ordenadora y obligatoria, atribuidas constitucional y legalmente a la Administración Pública, capaces de moldear el mundo jurídico de los administrados, a los fines superiores del Estado, que no es otro que el interés general. A través del ejercicio de dichas potestades la Administración Pública asume una posición de poder, de supremacía o *imperium*, pudiendo dirigir la voluntad de los administrados e invadir sus esferas privadas, teniendo siempre como norte la preservación del interés público; todo esto en atención del "...precepto general de Derecho Público, en virtud del cual el interés público prevalece sobre el interés individual, y, siendo la Administración la tutora del primero, debe estar ubicada en una posición de tal naturaleza que le permita su satisfacción"¹. Entre otras, estas potestades de la administración podrían ser, la potestad reglamentaria, la potestad sancionatoria, la potestad de autotutela, la potestad discrecional y la potestad organizativa.

No obstante lo anterior, y aun cuando mencionemos en forma genérica que la potestad organizativa la ejerce la administración pública, debemos necesariamente aclarar que esta facultad se encuentra regulada y distribuida constitucionalmente, en cuyo podemos encontrar algunos aspectos que definen los alcances de esa potestad estatal. Efectivamente el ordinal 32 del artículo 156 constitucional le atribuye a la Asamblea Nacional² la facultad de legislar en materia de "...organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales

1 Hildegard Rondón de Sansó, *Teoría General de la Actividad Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, p. 44.

2 Esta competencia es ejercida en concordancia con lo dispuesto en el ordinal 1 del artículo 187 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

del Estado;...". Así mismo, el artículo 142 eiusdem, le atribuye al órgano legislativo la facultad de crear institutos autónomos, dentro del esquema de la reserva legal. Por otra parte, y ahora en el plano sublegal, el ordinal 20 del artículo 236 le asigna al Presidente de la República la competencia para "...Fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros,..."

Y es a través del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de La Administración Pública, en sus artículos 15 y 16, que se establecen los parámetros y requisitos para desarrollar válidamente la potestad organizativa, entre los que podemos mencionar, se debe indicar el objeto y la competencia de la estructura administrativa creada, su forma organizativa y ubicación dentro del aparato del Estado, el diseño y alcance de su vínculo con el órgano de adscripción, y por último, su asignación presupuestaria para poder articularse y funcionar.

Es precisamente en ejercicio de la potestad organizativa que la administración posee la facultad de crear entes u órganos, dentro de los cuales estarían los servicios autónomos (hoy desconcentrados) sin personalidad jurídica, entre otros. Y por ser una actividad propia de la administración pública, la potestad organizativa debe igualmente someterse al cumplimiento de una serie de principios, que hoy encuentran consagración legislativa en el antes citado Decreto Ley, y a alguno de los cuales nos hemos referido supra, estos son: i. La reserva legal en la asignación de la titularidad de la potestad organizativa³, con excepción de la teoría de las potestades implícitas⁴, ii. El

3 Artículo 15 del Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública.

4 Sobre el tema de las potestades implícitas se puede consultar la Sentencia Nro. 565 del 15 de abril de 2008, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el caso del recurso de interpretación del artículo 164.10 constitucional, en la que afirmó: "...Ello es posible, sobre la

principio de Previsión Financiera o responsabilidad fiscal⁵; iii. Principio de Eficiencia en la Asignación y Utilización de los recursos públicos⁶; iv. El principio de simplicidad y transparencia de la organización administrativa⁷; v. El principio de competencia⁸; y entre otros, v. El principio de jerarquía⁹.

II. BREVE RESEÑA HISTORICA SOBRE LA REGULACION DE LOS SERVICIOS AUTONOMOS SIN PERSONALIDAD JURIDICA EN VENEZUELA

Nos enseña el profesor Peña Solís, que los antecedentes más remotos de los servicios autónomos sin personalidad jurídica en Venezuela, se pueden ubicar sobre los años 70 con los denominados Fondos del Café y del Cacao, a quienes se les atribuyó tal categoría sin fundamento legal alguno¹⁰, y en el año de

base de la doctrina de los poderes inherentes o implícitos en el ámbito de la actividad administrativa, la cual estima la Sala debe atender a la posibilidad del intérprete de las normas atributivas de competencia de revisar el espíritu de la norma 'atributiva', en forma tal, que permite aceptar la existencia de competencia cuando ésta sea consecuencia lógica del dispositivo legal y de la índole de la actividad principal que el órgano o ente ejerza. Los anteriores razonamientos, sólo contrarían una concepción simple del principio de legalidad, que se restrinja a la literalidad de la exigencia que éste impone respecto a la ineludible existencia de un precepto jurídico que justifique la actuación administrativa, ... Ciertamente, aun cuando la competencia no esté literalmente contenida en una norma, es posible deducirla acudiendo a una interpretación finalista o sistemática de la misma, ya que si la competencia no surge en forma concreta de la disposición, en orden a materializar los fines del Estado y su cometido esencial de justicia social mediante la prestación de servicios eficientes y bienes de calidad, debe establecerse si la actuación administrativa puede derivarse como consecuencia lógica del texto de ésta".

5 Artículo 17 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública.

6 Artículo 20, *eiusdem*.

7 Artículo 22, *ibídem*.

8 Artículo 26, *ibídem*.

9 Artículo 28, *ibídem*.

10 José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, Colección Estudios Jurídicos Nro. 5, Vol. II, Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2002. p. 686.

1972 se aprecia un Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional, elaborado por la Comisión Presidencial de la Administración Pública, que se refiere a los Patrimonios Autónomos, con similar perfil a la figura en estudio.

Pero el verdadero reconocimiento legislativo por primera vez de la figura organizativa, fue producto de la promulgación de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario de 1976, en donde se menciona a los servicios autónomos sin personalidad jurídica sólo para señalar que sus ingresos se podían afectar para fines específicos (Artículo 14 numeral 5), sin determinar la regulación del órgano, ya que este aspecto se encontraba regulado en el Proyecto de la Ley Orgánica de la Administración Descentralizada, en donde aparecían incluidos los servicios autónomos sin personalidad jurídica como órganos administrativos integrados en la jerarquía de un Ministerio, carentes de personalidad jurídica, pero dotados de autonomía de gestión, financiera y presupuestaria para desarrollar una actividad pública¹¹, sin embargo dicho texto legislativo al final no resultó sancionado. Esta previsión legislativa precaria se mantuvo intacta en las sucesivas reformas de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, observándola hasta la reforma del 29 de junio de 1999.

Es pues mediante Decreto Presidencial Nro. 1.580, publicado en la Gaceta Oficial No. 36.095 del 27 de noviembre de 1996, cuando se dicta el Reglamento de los Servicios Autónomos Sin Personalidad Jurídica, a través de una norma de rango sublegal que comienza a delimitar tímidamente la estructura y organización de la figura jurídica que ya se había empleado en diferentes casos.

11 Lo curioso y contradictorio es que se pretendió regular a los servicios autónomos sin personalidad jurídica, en una Ley cuyo título se refiere a la Administración Descentralizada, cuando los anteriores órganos son típica expresión de la Administración Central, ya que no poseen personalidad jurídica y se encuentran bajo una relación jerárquica con el Ministro al cual se encuentran adscritos.

Posteriormente en la Reforma de la Ley Orgánica de la Administración Central, publicada en la G.O. 36.850, del 14 de diciembre de 1999, específicamente a partir del artículo 65, se comienza a desarrollar un conjunto de normas que le dan verdadera relevancia a estas instituciones jurídicas. Posteriormente se dicta en el año 2001, la Ley Orgánica de la Administración Pública, publicada en la G.O. 37.305, del 17 de octubre de 2001, en donde se ratifican las normas consagradas en la mencionada Ley de Administración Central, con pequeñas particularidades. Y actualmente contamos con la vigencia del Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, publicado en la G.O. Nro. Extraordinario 5.890, del 31 de julio de 2008, el cual igualmente mantiene el cuerpo normativo que regula a este tipo de órganos, aunque a nuestro juicio de manera acertada, le sustituye el adjetivo calificativo de “autónomo” por “desconcentrado”, por lo que pasan a llamarse *Servicios Desconcentrados sin Personalidad Jurídica*.

III. RÉGIMEN JURIDICO ACTUAL DE LOS SERVICIOS DESCONCENTRADOS SIN PERSONALIDAD JURIDICA

1. **Noción de servicios desconcentrados**

Los servicios desconcentrados son órganos o figuras jurídicas organizativas carentes de personalidad jurídica propia, aunque dotados de capacidad de gestión, administrativa, presupuestaria y financiera, creadas por el Presidente de la República, los Gobernadores o Alcaldes, a través de un acto de rango sublegal, con el objeto de prestar un servicio que les permita generar sus propios recursos para ser reinvertidos en el mantenimiento del servicio prestado. *Conocidos en diversos países como Administración, Servicios, Fondos, Patrimonios o Haciendas autónomas que gozan de una autonomía financiera sin personalidad*

*jurídica convertidos en instrumentos para conseguir la flexibilidad en el manejo de los fondos*¹².

Es pues el elemento característico principal que identifica a los servicios desconcentrados, el aspecto patrimonial, específicamente la capacidad de generar recursos con ocasión de la competencia llamada a desarrollar y que le permite autofinanciarse y sostener económicamente la actividad prestacional que le es asignada a través del acto de creación.

Estas organizaciones administrativas, antes denominadas Servicios Autónomos Sin Personalidad Jurídica, hoy bautizadas legislativamente como Servicios Desconcentrados Sin Personalidad Jurídica, diferentes a los órganos desconcentrados; mantiene o reafirma en la actualidad sus elementos característicos, los cuales pretendemos analizar a continuación.

2. Los elementos característicos de los servicios desconcentrados

Nos toca a continuación pasearnos por los elementos que identifican a los servicios desconcentrados sin personalidad jurídica y realizar un análisis individual de cada uno de ellos para tratar de llegar a conclusiones integrales que nos permitan reconocer y manejar a esta forma de organización dentro de la administración pública.

Resulta obligatorio comenzar por tratar de visualizar desde una perspectiva genérica e integral la naturaleza jurídica de los servicios desconcentrados, para entenderlos y aprovechar las bondades que ofrecen. Se trata de un organismo desconcentrado de la administración central, creado o reconocido por el titular de la potestad organizativa en el máximo nivel político territorial respectivo, con el objeto de trasladarle sólo el ejercicio de competencias con ánimo de permanen-

12 José Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo General. Administración Pública*. Ediciones Paredes, Caracas, 2011, pp. 221 y 222.

cia¹³, y el cual exhibe la particularidad principal que posee capacidad de generar sus propios recursos para ser afectados a la prestación de un servicio, entendiendo servicio desde la visión más amplia, no circunscrita exclusivamente a la noción estricta de servicios públicos, ya que la creación de estos fondos en muchas ocasiones no ha tenido por objeto la prestación de un servicio propiamente dicho, sino la realización de actividades crediticias o de financiamiento, cuya ejecución se facilita a través del establecimiento de estos fondos separados. Esta primera aproximación la podemos extraer de la simple interpretación del artículo 93 del Decreto Ley, antes artículo 92 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

-
- 13 Criterio sostenido en sentencia Nro. 1741, de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, del 11 de julio de 2006, en el caso: Lotería Internacional de Margarita, expresamente señaló: “...*Se trata entonces de un acto administrativo de efectos generales dictado en ejercicio de la potestad organizativa, pues su finalidad es la creación de un órgano nuevo dentro de la estructura estatal, así como la asignación de determinadas competencias de promoción, financiamiento y ejecución de programas sociales con fondos obtenidos de la explotación de la actividad de lotería. En efecto, el objetivo primordial del acto impugnado es la creación de un Servicio Autónomo sin Personalidad Jurídica, organismo éste que responde a un proceso de desconcentración administrativa; la cual es definida por la doctrina como la fórmula organizativa que consiste en trasladar la titularidad y el ejercicio de competencias, con carácter permanente, mediante un instrumento normativo, de un órgano superior a uno inferior. Igualmente, se ha señalado que en el caso de la desconcentración administrativa, ese instrumento normativo a través del cual se realice el traslado de competencia puede ser tanto de rango legal como sublegal, en este último caso, se realizaría la transferencia o traslado de competencia a través de un instrumento normativo de rango sublegal, pero la competencia a transferir siempre tiene que haber sido establecida previamente por ley al órgano que va a ser desconcentrado, ello en aplicación del principio de legalidad que rige a la competencia administrativa.(...)*” Aun cuando el criterio jurisprudencial citado nos sirve para ilustrar la explicación, considero que incurre en un error conceptual al indicar que el proceso de desconcentración administrativa consiste en trasladar la titularidad y el ejercicio de la competencia, cuando según lo establecido en el artículo 32 del Decreto Ley Orgánica de la Administración Pública, en la desconcentración administrativa se transfiere únicamente la atribución, más no la titularidad de la competencia y es por ello que el ente mantiene la responsabilidad patrimonial derivada de los hechos ejecutados por los servicios desconcentrados.

Ahora bien, para entender y digerir esta gran idea principal lanzada en el párrafo anterior relativa a la naturaleza jurídica de los servicios desconcentrados sin personalidad jurídica, pasaremos a destacar a continuación los caracteres principales que consideramos más importantes y que le aportan los insumos necesarios para su existencia, conformación y funcionamiento.

A. Es una forma de desconcentración

El maestro patrio Jose Peña Solís¹⁴, nos enseña que la desconcentración se trata de una fórmula organizativa que permite transferir permanentemente mediante un acto normativo la competencia de un órgano superior que la tiene previamente asignada a un órgano inferior, que puede estar ubicado en el mismo centro o nivel territorial, o en la periferia; eso si por considerarse una figura intraorgánica, la competencia debe transferirse entre órganos de la misma persona jurídica, ya que si se trata de transferencia de competencias entre órganos de personas jurídicas distintas pudiéramos estar en presencia de una forma de descentralización.

Los servicios autónomos sin personalidad jurídica constituyen una especial forma de organismos desconcentrados, y ello constituye una de las razones de ser de su reciente renombramiento como servicios desconcentrados. Estos órganos se encuentran regulados en el capítulo relativo a la desconcentración dentro del Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (Art. 91 y siguientes), teniendo un especial protagonismo en la mencionada Ley, ya que aun cuando se le considera una forma de desconcentración, posee condiciones adicionales propias y particulares; sin embargo, también debemos tener en cuenta que al estar ubicada dentro de este capítulo y ser identificada como forma de desconcentración, automáticamente le es aplicable los artículos

14 J. Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen II, cit., p. 333.

31 y 32 eiusdem, relativos al principio y las consecuencias jurídicas de esta forma de transferencia de competencias. Lo que si debemos tener claro es que no todo el ejercicio de la potestad organizativa de la administración a través de la desconcentración deberá adoptar la misma forma de los servicios desconcentrados sin personalidad jurídica, ya que ésta pudiera optar por la fórmula de crear órganos desconcentrados, adoptando particularidades propias fijadas en el acto de creación, por ejemplo en los aspectos de la autonomía presupuestaria, administrativa y financiera; Pues el nivel de autonomía y la fórmula de la misma se deberá determinar en el acto de transferencia de competencias, y que no necesariamente será la misma para todos los casos de transferencia de competencias bajo la modalidad de desconcentración.

Este traslado de competencias puede consistir en una desconcentración funcional o una desconcentración territorial, según las razones que motivan la administración para transferir o crear el nuevo órgano desconcentrado, ya sea para acercar la acción administrativa al ciudadano o mejorar la eficiencia en la prestación del servicio prestado (Artículo 31 de la Ley Orgánica de Administración Pública).

Resulta en consecuencia lógico concluir que los servicios desconcentrados son una forma indudable de desconcentración, porque se trata de la inyección de atribuciones a un nuevo órgano creado para ejercer esa competencia de manera exclusiva y permanente, o en la transformación de una estructura preexistente dentro de la administración, pero en ambos casos, manteniéndose dentro del mismo ente y sometido a una doble relación de jerarquía y de adscripción, con un órgano de la administración central, según lo determinado en el acto de creación.

B. La autonomía funcional de los servicios desconcentrados

La autonomía, en su sentido propio, es la facultad que tienen los órganos y entes de crear o construir su propio ordenamiento jurídico o reglamentación, esto es la facultad de autonormación y de establecer normas que vinculen su actuación a la legalidad. Sin embargo no hay duda de que a dicho concepto se le ha otorgado una dimensión, a veces, más amplia y se ha utilizado para identificar aspectos parciales de funcionalidad de órganos u entes, como son la autonomía de gestión administrativa, financiera, presupuestaria y/o contable de los fondos que recaudan.

El adjetivo autónomo, con el que se calificaba a estos servicios, originaba una conclusión errada ya que, en realidad, no se rompe con el vínculo orgánico que los une al ente del cual forman parte y dependen, el cual ejerce sobre ellos un control de tipo jerárquico, por lo que carecen de autonomía orgánica. No obstante, se podría concluir que estos gozan de una especie de autonomía funcional, que comprende la gestión administrativa, financiera, presupuestaria y contable; siendo mayor o menor en atención a la naturaleza del objeto para el cual se diseñó el órgano, y a la capacidad de autofinanciamiento del servicio, según su acto de creación. Como se desprende de la regulación general de estas figuras, el elemento central que determinará el régimen jurídico de los servicios desconcentrados sin personalidad jurídica, es el grado de autonomía que el acto de creación le acuerde y el ámbito de discrecionalidad que se le reconozca tácita o expresamente en sus aspectos administrativos, financieros, presupuestarios y de gestión.

Dentro del universo de la organización administrativa siempre se ha manejado la tesis que la autonomía tiene que ver con la personalidad jurídica, que un ente posee una verdadera autonomía siempre y cuando detente personalidad jurídica propia para obrar, para sumir derechos y obligaciones o para

relacionarse, por otra parte los órganos carentes de personalidad jurídica no poseen autonomía; es por ello que se sostenía que la denominación de servicio autónomos sin personalidad jurídica resultaba un tanto contradictorio.

Sin embargo, en la práctica la figura se ha utilizado profusamente en la administración y ha alcanzado los fines perseguidos, por tanto podemos resumir que los Servicios Desconcentrados no poseen una verdadera autonomía, su libertad de obrar es atípica, circunscrita a los aspectos administrativos, presupuestarios y financieros, principalmente en lo que respecta a la posibilidad de recaudar sus propios ingresos e invertirlos en el cumplimiento de las actividades del órgano para llegar a una decretada ruptura del principio de la unidad del tesoro¹⁵, aun cuando realmente sólo pudiera verificarse una alteración del principio de universalidad del presupuesto del estado¹⁶.

En conclusión, los servicios desconcentrados comparten con los entes de la administración descentralizada su carácter autónomo –aunque limitado–, que se manifiesta en su relativa autonomía patrimonial y presupuestaria y, en general, en su capacidad para dictar sus propias normas de funcionamiento y de organización, así como para ejercer las competencias que le son desconcentradas; todo esto condicionado al diseño que su creador le imprima en el acto formal que se dicte.

C. Carecen de personalidad jurídica propia

Se ha señalado que: “...el dogma de la personalidad jurídica del Estado como expresión de un supuesto ente transpersonal se formó en Alemania en el XIX para encubrir, so capa del mismo, como ya notó Heller, el problema político básico de

15 Artículo 94 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública.

16 José Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo General. Administración Pública*, cit., p. 222

la titularidad de la soberanía; ni el pueblo, por razones obvias, ni al monarca, porque la confesión ya resultaba escandalosa: la soberanía, se concluyó, pertenece al Estado, entendido como un ente abstracto del cual todos los protagonistas de la vida política real serían a lo sumo simples órganos..."¹⁷.

La personalidad jurídica es una creación del derecho, ficción jurídica mediante la cual se le reconoce a una persona o ente capacidad para contraer obligaciones y realizar actividades que generan plena responsabilidad frente a sí mismo y frente a terceros. Es la aptitud del ente para ser sujeto de derechos y obligaciones, esto es, capacidad para relacionarse. En el derecho venezolano, sólo los entes poseen personalidad jurídica propia, mientras que los órganos desarrollan sus actividades bajo el manto de la personalidad jurídica del ente al cual pertenecen, y será este quien responda por aquel frente a terceros.

Siendo consecuente con el planteamiento anterior, debemos afirmar que al igual que el resto de los órganos de la administración central, los servicios desconcentrados no tienen personalidad jurídica propia, sino que obran bajo una sola y única personalidad jurídica: la personalidad de la República o del Estado, como persona federal, distinta, en el ámbito territorial, de las otras personas político-territoriales. Si se trata de un servicio desconcentrado estatal o municipal, poseerá la personalidad jurídica del Estado o del Municipio respectivo, cualquiera que sea el caso.

El hecho de no poseer personalidad jurídica propia obedece a la forma de creación o transmisión de competencias adoptada, ya que por la vía de la desconcentración administrativa no se crea una persona jurídica distinta (ente) sino que se crea un órgano dentro del mismo ente, y por ende sujeto -por

17 Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I, La Ley, 1era. Edición Argentina, Buenos Aires. 2006, p. 35.

una parte- al denominado control jerárquico del Ministro o Jefe de la Oficina a la cual se le atribuyó esa tarea, sin abandonar la misma estructura organizativa.

Lo curioso es que aun cuando a estos servicios desconcentrados no se les dota de personalidad jurídica propia, poseen capacidad para recaudar, administrar e invertir sus ingresos en la prestación del servicio o en la ejecución de las funciones que se les transmitió, esto quiere decir que poseen facultades para relacionarse con terceros y en definitiva para comprometer el fondo que administran en función del cumplimiento de sus fines; sin embargo, carecen de aptitud para responder patrimonialmente frente a los particulares que lo exijan en alguna circunstancia, ya que en todo caso deberá responder el ente que lo creó o le atribuyó la competencia que ejecutan, por cuanto este último es quien posee personalidad jurídica.

Por último, al no poseer personalidad jurídica propia y constituir una forma de desconcentración administrativa, debemos concluir que estos órganos pertenecen a la administración pública centralizada, en consecuencia, dentro de la estructura del estado situados en una posición de verticalidad con respecto a otros órganos de la administración central, y específicamente situado jerárquicamente por debajo del órgano al cual el acto de creación lo determina, entendiéndose por tanto, que se crea una Relación de Jerarquía con respecto a un funcionario considerado superior del servicio desconcentrado; tal situación de sujeción y control se desprende del artículo 92 y del último aparte del artículo 93, ambos del Decreto de Ley Orgánica de la Administración Pública; y remata la norma indicando que ese control jerárquico se ejecutará de acuerdo con los lineamientos que fije la Comisión Central de Planificación¹⁸, prevista en el

18 Esta comisión fue creada mediante Decreto Con Rango, Valor, y Fuerza de Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación, Nro. 5.384 publicado en la G.O.E. Nro. 5.841 del 22 de junio de 2007, reformado mediante Ley dictada por la Asamblea Nacional y publicada en la G.O. 5.990 extraordinaria del 29 de julio de 2010, y nuevamente reformada

artículo 57 de la Ley de Administración Pública, cuya función es garantizar la armonización y adecuación de la actuación de los órganos y entes de la administración pública nacional¹⁹.

D. Fondo separado e ingresos del servicio desconcentrado

Uno de los aspectos más importantes y que mayor incidencia tendrá en el funcionamiento del servicio desconcentrado, es el de su patrimonio e ingresos. Al respecto establece el artículo 94 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, que los servicios desconcentrados contarán con un fondo separado, pudiéndose afectar los ingresos que obtuviere directamente para el cumplimiento de los fines para los cuales fue creado el órgano. Convirtiéndose el aspecto económico en un factor determinante para la existencia y caracterización de este tipo de organización administrativa, premisa esta que se desprende de una condición existencial fundamental prevista en el primer aparte del artículo 93 eiusdem, cuando exige que la actividad que se pretende desconcentrar permita la captación de ingresos; por lo tanto, resulta obligatorio que el servicio tenga capacidad de generar ingresos para su funcionamiento y mantenimiento.

Se trata en consecuencia de una fórmula organizacional al que han acudido las Administraciones cuando han requerido flexibilidad presupuestaria y financiera para el desempeño de algunas actividades y autonomía en la gestión administrativa,

mediante Decreto Ley publicado en la G.O. 39.604 del 28 de enero de 2011, actualmente vigente. Este órgano tiene por objeto establecer las normas para la integración de los principios de rango constitucional relativos a la planificación, organización, control y supervisión de la administración pública.

19 El artículo 4 de la Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación, establece que esta comisión establecerá las líneas, políticas y planes, y coordinará y controlará que los órganos y entes de la administración pública, independientemente de su autonomía o personalidad jurídica, cumplan con las instrucciones determinadas.

actividad permitida o autorizada por la disposición contenida en el numeral 3 del artículo 34 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. Entendiendo que este órgano generará ingresos y podrá disponer de ellos para cubrir los gastos que demanda el cumplimiento de su fines, sin que esos ingresos se incorporen al tesoro nacional, estatal o municipal, cualquiera que sea el caso. De esta manera, y al igual que lo hizo en su oportunidad la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, la Ley, consagra una supuesta excepción al principio de unidad del Tesoro. Pero que se parece más a la alteración del principio del principio de universalidad del presupuesto público²⁰, ya que el titular del patrimonio sigue siendo el ente de creación, sólo que éste se encuentra fuera de la ejecución central del presupuesto y está destinado al cumplimiento de un objetivo específico, sin tener que pasar por la rigidez del esquema presupuestarios general del respectivo ente. Estamos entonces en presencia de un Fondo Separado manejado con cierta autonomía financiera, presupuestaria y de gestión, afectado al cumplimiento de una finalidad preestablecida en la norma de creación.

Considero un desacierto de algunos autores manifestar que de la interpretación del artículo citado claramente se desprende el carácter autónomo e independiente del patrimonio del servicio desconcentrado sin personalidad jurídica frente al Tesoro Nacional. El servicio desconcentrado no posee patrimonio propio, lo que posee es la capacidad de generar recursos y manejar un fondo separado del tesoro nacional, estatal o municipal, que se nutre de esos ingresos generados y recaudados; con posibilidad además de disposición de esos recursos para los fines establecidos en el acto de creación y partiendo de la excepción al principio de la unidad de caja. Debo ser categórico al afirmar que a mi juicio, los servicios desconcentrados no poseen patrimonio propio, ya que son un patrimonio en si mismos, y no pueden poseer patrimonio propio por care-

20 Ver numeral 3 del artículo 34 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.

cer de personalidad jurídica, por no ser sujetos de derechos u obligaciones independientes del ente del cual dependen. Adicionalmente y si revisamos el ordinal 2 del artículo 95 del Decreto Ley, nos percatamos que en el acto de creación del servicio se debe determinar “la integración y fuentes ordinarias de ingreso”, sin mencionar el patrimonio, como si lo hace para el caso de los institutos públicos o autónomos²¹.

En todo caso, el patrimonio que constituyen y que manejan no deja de pertenecer al ente que creó el servicio desconcentrado, sólo que se encuentra dispuesto al cumplimiento de una finalidad pública. Estos órganos cuentan con un conjunto de bienes y recursos afectados especialmente al servicio, con contabilidad propia y reglas de administración específicas, teniendo una autonomía financiera en cuanto a que esos órganos tienen unos ingresos distintos de los generales del ente central. Se ha señalado que a estos servicios se les acuerda una independencia de gestión administrativa y presupuestaria, aun cuando permanecen integrados como un sector a la Administración: sus funciones son las mismas de la Administración, aun cuando posee una relativa o limitada capacidad jurídica, que le permite constituirse en sujeto de derechos y obligaciones en lo que respecta a las atribuciones asignadas.

Lo planteado antes resulta ser la generalidad consagrada en la Ley sobre la operatividad financiera de los servicios desconcentrados, sin embargo, se debe tener presente el acto jurídico de creación del servicio, en el cual se puede reglamentar y matizar las autonomías descritas, se debe determinar igualmente cuales pueden ser las fuentes de ingreso del servicio y sus destinos. Claro está ante la ausencia expresa o por ambigüedad del acto de creación en lo que respecta a la determinación de alguno de estos aspectos, el servicio tendrá como recursos económicos todas aquellas fuentes naturales de ingresos propias de la actividad que se encuentra desa-

21 Ver el artículo 97 ordinal 3 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública.

rrollando, para invertirlo en los gastos que genere el cumplimiento de sus fines y en definitiva para el mantenimiento de la eficiencia de la actividad prestada. Así como operará en base a lo establecido en la Ley.

E. Responsabilidades

El Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública en su artículo 32 único aparte, expresamente señala:

(...) “La desconcentración, funcional o territorial, transfiere únicamente la atribución. La persona jurídica en cuyo nombre actúe el órgano desconcentrado será responsable patrimonialmente por el ejercicio de la atribución o el funcionamiento del servicio público correspondiente, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los funcionarios y funcionarias que integren el órgano desconcentrado y se encuentren encargados de la ejecución de la competencia o de la gestión del servicio público correspondiente”.

El extracto normativo antes transcrito se refiere al tema de las responsabilidades por el ejercicio de la función pública; en primer término relativo a la responsabilidad patrimonial de la administración pública, la cual se desprende a su vez del artículo 140 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que consiste en la obligación por parte del estado de reparar los daños causados a los particulares por efecto de su actividad. En tal sentido si en virtud de una actividad realizada por el servicio desconcentrado sin personalidad jurídica se le causa un daño a una persona, el servicio no estaría obligado a indemnizar, esta situación es atribuible a la misma carencia de personalidad jurídica; tendría que responder el ente al cual pertenece el servicio desconcentrado por cuanto es aquel quien posee personalidad jurídica. Lo antes explicado se pudiera ejemplificar de la siguiente forma: si el daño es producido por un servicio desconcentrado de algún Ministerio se

debe demandar en consecuencia directamente a la República, previo por supuesto del cumplimiento del antejuicio administrativo, por que será ésta quien con sus funcionarios y recursos deba responder de cualquier pretensión sostenida por el afectado.

Todo esto tiene que ver con el principio de la desconcentración administrativa, que supone principalmente la transferencia exclusiva de la atribución sin transmitir la titularidad de la competencia, aun cuando se ejecuta la transferencia con ánimo de permanencia, asumiendo el ente los riesgos derivados del ejercicio de tal atribución transferida por vía de desconcentración.

Y por último, esa misma disposición normativa, se refiere al tema de las responsabilidades individuales de los funcionarios públicos, en el aspecto civil, penal, administrativo y disciplinario. En cuyo caso se establece la responsabilidad personal y directa del o los funcionarios involucrados directamente, de conformidad con las disposiciones relativas a las materias respectivas, esto es, la Ley Contra la Corrupción para la determinación de las responsabilidades penales administrativas, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, para la determinación de responsabilidades administrativas, y la Ley del Estatuto de la Función Pública, en lo que respecta a la responsabilidad disciplinaria, entre otras.

F. Aspectos relativos al control público sobre los servicios desconcentrados

Constituyendo los servicios desconcentrados órganos estatales de derecho público por formar parte de la administración pública nacional, estatal o municipal, se encuentran sometidos a las diferentes manifestaciones del control público, a saber, i. El control administrativo, ii. El control parlamentario, y iv. El control jurisdiccional.

a. El Control Fiscal

El control administrativo resulta ser el conjunto de mecanismos de supervisión, fiscalización y de determinación de responsabilidades que se dan dentro de la propia administración. Dentro del Sistema Nacional de Control Fiscal, corresponderá a los servicios desconcentrados organizar, establecer, mantener y evaluar su sistema de control interno a través de la creación de la Unidad de Auditoría Interna, que tendrá como finalidad salvaguardar sus recursos, verificar la exactitud y veracidad de la información financiera y administrativa, promover la eficiencia, economía y calidad en sus operaciones, estimular la observancia de las políticas prescritas y lograr el cumplimiento la misión, objetivos y metas²². Y en lo que respecta al control externo o posterior le corresponderá a la Contraloría General de la República²³, a las Contralorías Estadales o a las Contralorías Municipales, que correspondan, según la ubicación del servicio desconcentrado.

22 Ver Capítulo II del Título II de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal

23 La Sala Constitucional del tribunal Supremo de Justicia estableció este criterio en la Sentencia Nro.451 del 23 de mayo de 2000, en el caso: Antonio José Lozada Batista, en el que expresamente señaló: *"...En virtud de los razonamientos antes expuestos, no hay dudas de que el servicio autónomo sin personalidad jurídica de Registro, está sometido a control externo por la Contraloría General de la República, conforme a lo establecido en los artículos 5° numeral 1 de la referida Ley Orgánica y 21 de la Ley de Reforma Parcial del Decreto-Ley de Registro Público, de fecha 2 de marzo de 1998, y a un control ejercido por funcionarios del Ministerio de Justicia, a través del mecanismo establecido en el artículo 139 del referido Decreto-Ley, en lo relativo a las actividades de fiscalización, inspección y supervisión exclusivamente relacionadas con la liquidación y percepción de los emolumentos causados en los servicios autónomos sin personalidad jurídica de Registro. Con base a lo anterior, esta Sala Constitucional debe concluir que las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 139, último aparte del Parágrafo Segundo de la Ley de Reforma Parcial del Decreto-Ley de Registro Público y los artículos 5° numeral 1 y 80 de la Ley Orgánica de la Contraloría general de la República son complementarios, por lo que no existe colisión denunciada."*

b. El control jerárquico frente al control de tutela

Como ya se anunciara en párrafos anteriores, por disposición expresa de la Ley se establece una relación jerárquica entre el servicio desconcentrado y el órgano al cual se encuentra adosado²⁴; por lo tanto el Ministro, el Viceministro o el Jefe de la Oficina Nacional, Estadal o Municipal al cual se halla asignado el servicio, ejercerá el Control Jerárquico sobre él (situación que contrasta con la supuesta autonomía del servicio), el cual consiste en el control ejercido sobre los actos o sobre la actividad del órgano²⁵, cuando se menciona el control sobre el acto nos referimos específicamente a la potestad que mantiene el funcionario superior jerárquico de revisar los actos emanados del servicio desconcentrado, en virtud de la interposición del recurso jerárquico o simplemente por ejercicio de la potestad de autotutela administrativa. En el artículo 121 encontramos los parámetros que se deben tomar en cuenta para el ejercicio del control (de tutela) por parte del órgano de adscripción, referidos al cumplimiento de indicadores de gestión a los fines de evaluar el desempeño de estos órganos²⁶.

Creemos que el alcance del control sobre la actividad del servicio desconcentrado, va a depender de lo dispuesto en el acto de creación o de transferencia de competencias y en los lineamientos establecidos por el Consejo Central de Planificación, antes señalado. Como bien lo advierte el profesor Araujo Juárez²⁷, se evidencia una incongruencia y un error conceptual en la norma, al contrastar el control de tutela que se alude en el articulado con el control jerárquico que se expresa, ya que uno es propio de la descentralización funcional y de la existencia de personalidad jurídica, mientras que el otro se

24 Último aparte del artículo 93 de la LOAP.

25 J. Peña Solís: *Manual de Derecho Administrativo*, cit., pp. 481 y ss.

26 Ver artículo 18 de la LOAP.

27 José Araujo Juárez, *Derecho Administrativo General. Administración Pública*, cit., 223.

corresponde con la administración central y la ausencia de personalidad jurídica.

Sin embargo, consideramos que esa supuesta ambigüedad es producto de la particularidad de la figura en estudio, y su consecuente visión como categoría intermedia entre la estructura de la administración pública central y la administración pública descentralizada. Pensamos que en esta organicidad puede coexistir una doble visión de control administrativo, el jerárquico en función de la estipulación legislativa, y el control de tutela sobre las atribuciones transferidas y sus aspectos autónomos, fijados en el acto formal de desconcentración.

c. El control parlamentario

En lo que respecta al denominado Control Público Parlamentario, se puede decir que al igual que cualquier otro órgano o ente de la Administración Pública Nacional, los Servicios Desconcentrados están sujetos al Control Político o Parlamentario que, de conformidad con el numeral 3 del artículo 187 de la Constitución de la República, ejerce la Asamblea Nacional sobre dichos órganos administrativos. Este tipo de control tiene su fundamento normativo principalmente en las disposiciones constitucionales; y las modalidades o mecanismos de control que puede adoptar el parlamento sobre los servicios desconcentrados son: las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias.

d.El Control jurisdiccional

En lo que respecta al Control Jurisdiccional, debemos referirnos al principio de universalidad del Control Judicial de los Actos Estadales, lo cual quiere decir que todos los actos dictados por los órgano que ejercen el Poder Público están sometidos al control judicial tanto de los tribunales constitucionales como de los órganos que integran la jurisdicción contencioso

administrativa, por contrariedad a derecho, tal y como lo prevé el artículo 259 constitucional, y en la actualidad según lo establecido en el ordinal 1 del artículo 7 y el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

3. La titularidad de la potestad organizativa y la forma de creación de los servicios desconcentrados

En lo que respecta a la potestad organizativa, el artículo 15 del Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, dispone que la creación, modificación y supresión de los órganos, entes y misiones de la Administración Pública será competencia exclusiva de los titulares de la potestad organizativa. Dicha titularidad y sus peculiaridades corresponde, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y la propia Ley comentada, a los máximos jefes de los entes políticos territoriales y a las máximas autoridades de los entes funcionales, a quienes les corresponde tal potestad organizativa.

Seguidamente, una vez verificada la asignación genérica de la potestad organizativa a la máxima autoridad del ente del cual se trate, el artículo 93 eiusdem realiza la asignación específica de la facultad de creación de servicios desconcentrados sin personalidad jurídica. En tal sentido, atribuye al Presidente de la República en Consejo de Ministros, la posibilidad de crear los referidos servicios, o incluso de transformar órganos ya existentes, en esas figuras jurídicas; por otra parte en el numeral 4 del artículo 117 de la misma Ley Orgánica de la Administración, se menciona de manera expresa que el Presidente de la República podrá transformar las fundaciones del estado que estime convenientes en servicios desconcentrados sin personalidad jurídica.

Es nuestro criterio que dicha disposición, debe extenderse por vía de interpretación analógica, a los Estados y a los Municipios, quedando facultados los Gobernadores, para ejercer la

potestad de creación de los servicios desconcentrados o fondos separados, y tal criterio puede ser sostenido por la vía de la interpretación de la teoría de las potestades implícitas, referida en capítulos anteriores. Igualmente es posible que en determinados estados por vía de las Constituciones Estadales o alguna Ley estatal dictada por el respectivo Consejo Legislativo, se le haya atribuido tal competencia de manera expresa a los Gobernadores.

En el caso de los Municipios, la potestad de creación se puede extraer de la interpretación concatenada de las anteriores disposiciones del Decreto de Ley Orgánica de la Administración Pública conjuntamente con la disposición contenida en el artículo 95 ordinal 6 de la ley Orgánica del Poder Público Municipal, el cual establece:

“...Artículo 95. Son deberes y atribuciones del Concejo Municipal:

6. Acordar la participación del Municipio en organizaciones intermunicipales y autorizar la creación, modificación o supresión de órganos desconcentrados o descentralizados, de conformidad con esta Ley” (...)

Lo cual quiere decir que efectivamente le corresponde al Alcalde Decretar la creación de un Servicio Desconcentrado, previa autorización del Concejo Municipal. Esto es, que la creación de los órganos en estudio no es competencia de los Concejos Municipales por vía de Ordenanza, como si lo sería para el caso de los Institutos Autónomos.

En la actualidad y por disposición de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (Artículos 69 y 71), la desconcentración administrativa debe constituirse en una política constante y permanente del Municipio, para gestionar el gobierno y la administración de sus competencias, incluso tomando en consideración las manifestaciones de la participación ciudadana.

En algún momento se discutió si los servicios autónomos podrían ser creados por los órganos legislativos mediante actos de rango legal; lo que considero en estos momentos no ajustado a la disposición de la Ley, aun cuando la Ley tenga mayor rango que un acto administrativo, por cuanto la propia Ley le atribuye competencia directamente al máximo jerarca del Poder Ejecutivo, y además se trata de la organización administrativa desde la Administración Central, cuya competencia le fue sustraída del celo que supone el principio de la reserva legal, para pasar a ser una atribución propiamente administrativa. Por último, la norma indica que le corresponde al Presidente de la República pero a través de un Reglamento Orgánico y no mediante la habilitación que pudiera recibir de la Asamblea Nacional para dictar Decretos Leyes.

En fin la vigencia de la Constitución del 99 y las normas de desarrollo que se han dictado a continuación, replantearon la situación del titular de la potestad organizativa y desplazaron dicha potestad a la propia administración pública, estricto sensu, flexibilizando la reserva legal en esta materia.

A. Supuestos para la creación de los servicios desconcentrados

La Ley no limita la creación de servicios desconcentrados para cumplir objetos específicos, sólo menciona que se crearán para la prestación de un servicio, sin determinar la naturaleza de ese servicio, por lo que se puede interpretar que la finalidad de los órganos puede ser diversa, siempre dentro de una acción prestacional, pero no circunscrito a la exclusividad de la prestación de un servicio público. Sin embargo, lo más importante y que se constituye en una condición *sine qua non* determinante para proceder a crear un servicio desconcentrado es que la actividad asignada o la gestión del órgano produzca ingresos y que estos se inviertan en el autofinanciamiento del servicio (artículo 93). La ley in comento en este sentido hace énfasis en tales requisitos y desarrolla las disposiciones tendentes a la

constatación previa de los mismos y al control posterior de su vigencia en el tiempo. En conclusión el supuesto de procedencia para la creación de estos servicios desconcentrados es que la tarea o servicio a transferir, permita la captación de ingresos para reinvertir –parte o la totalidad de ellos– en el propio organismo.

B. Acto de creación

El artículo 93 del Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, establece que los servicios autónomos podrán ser creados mediante Reglamento Orgánico dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros. Tradicionalmente estos reglamentos se dictan por medio de Decretos del Presidente de la República aprobados en Consejo de Ministros, similar situación se presenta en los Estados y Municipios, esto quiere decir que mediante Decreto del Gobernador o el Alcalde se podrá crear un servicio desconcentrado. Por su parte, el artículo 95, a su vez, establece los requisitos mínimos que debe contener el acto de creación de los servicios desconcentrados, al cual debemos sumar lo establecido en el artículo 16 eiusdem, entre los que se destacan:

1. La asignación de sus competencias e indicación expresa de su objeto.
2. Determinación de su forma organizativa, su ubicación en la estructura de la administración pública y su adscripción funcional y administrativa.
2. Los ingresos y sus fuentes.
3. El grado de autonomía presupuestaria, administrativa, financiera y de gestión.
4. Los mecanismos especiales de control a los cuales quedarán sometidos.

5. El destino que deba dársele a los beneficios obtenidos en el ejercicio.
6. La forma de designación del titular que ejercerá al dirección y administración, y el rango de su respectivo cargo.

De igual forma, pueden quedar señalados en el acto de creación otros elementos, tales como, la estructura administrativa que deberá adoptar, las formalidades que deben cumplirse para utilizar sus recursos y, en general, todos aquellos aspectos sobre los cuales se quiera reducir o limitar la potestad de discrecionalidad en su actuación, o incluso se desee ampliar aspectos relativos a la autonomía en algunas áreas.

C. Supresión o modificación de los servicios desconcentrados

La modificación, supresión y liquidación de los servicios desconcentrados, así como otros órganos y entes administrativos se materializará mediante actos que gocen de rango normativo igual o superior al de aquéllos que determinaron su creación o última modificación, esto quiere decir que si ese órgano se creó a través de un Decreto Presidencial sólo puede ser suprimido o modificado por otro Decreto o un acto jurídico de mayor rango.

Por último, también resulta importante indicar que no podrán crearse nuevos órganos o entes que supongan duplicación de las competencias de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de éstos.

IV. DIFERENCIAS ENTRE LOS SERVICIOS DESCONCENTRADOS Y OTRAS FIGURAS ORGANIZATIVAS

1. Diferencias con los órganos desconcentrados

Aun cuando ambos pertenecen a la administración central, devienen de la potestad organizativa del ejecutivo nacional, estatal o municipal y poseen capacidad presupuestaria y financiera, se pueden identificar algunos detalles diferenciadores que los caracterizan.

En principio los órganos desconcentrados sólo pueden nacer a partir de la transformación de una unidad administrativa de un Ministerio, o de una Oficina Nacional. Por su parte los Servicios Desconcentrados pueden emanar originariamente de la capacidad creativa del titular de la Potestad Organizativa, sin necesidad de tener una estructura organizativa que la preceda.

Y la diferencia fundamental es que, la actividad para la cual fue creado el órgano desconcentrado no genera ingresos para sostener el servicio, mientras que resulta una condición *sine qua non* de los Servicios Desconcentrados que deben producir los ingresos para el funcionamiento del órgano a los fines de poder reinvertirlos total o parcialmente, en el mantenimiento del servicio que prestan.

Lo anterior, nos induce a inferir otra diferencia, que el Servicio Desconcentrado se crea para prestar un servicio público o esencial a los ciudadanos y en contrapartida, estos estarían obligados a pagar las tasas o precios públicos por dicho servicio; mientras que los órganos desconcentrados, no se crean para prestar un servicio público directo a la colectividad que suponga el pago de la tasa por la actividad que este desarrolla o un precio por el bien o servicio recibido. En consecuencia los Servicios Desconcentrados suponen necesariamente la prestación de un servicio exclusivo del estado a la colectividad y que

el mismo genere ingresos para sostener y mantener en calidad óptima la prestación del respectivo servicio.

Por último, los servicios desconcentrados tendrán en consecuencia una mayor capacidad o autonomía de gestión, con respecto a los órganos desconcentrados, sin embargo, siempre debemos detenernos a revisar el acto de creación para observar la matización que se produzca.

2. Algunas diferencias relevantes con los institutos públicos o institutos autónomos

Resulta de suma importancia analizar las diferencias importantes entre los servicios desconcentrados y los institutos públicos o autónomos para terminar de entender de forma integral la naturaleza y alcance de estas formas organizativas. En primer lugar debemos hacer notar como dato curioso, que con la entrada en vigencia del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, aparece la novedosa denominación de los Institutos Públicos, montada sobre la regulación de los Institutos Autónomos pero sin desaparecer completamente estos, ya que quedaron mencionados al final del capítulo sin explicar de que se tratará en consecuencia, sólo con su previsión constitucional en el artículo 142, pero sin desarrollo legislativo importante. En consecuencia, a partir de este momento contamos con dos figuras aparentemente distintas, los Institutos Públicos, nacidos bajo al vigencia de esta Ley y situados sobre las normas anteriores, por una parte y por la otra, los Institutos Autónomos previstos en la Constitución y en la Ley, pero carentes de contenido. Sin embargo, en la práctica -honestamente- no encontramos diferencia alguna y son los institutos autónomos quienes poseen reconocimiento constitucional. Es por ello que nos referiremos a continuación indistintamente a los institutos públicos y/o autónomos.

A. Por su ubicación dentro de la Administración Pública

La diferencia principal es que los servicios desconcentrados son estructuras administrativas pertenecientes al poder central pero desconcentradas funcionalmente, mientras que los institutos públicos son formas descentralizadas para el cumplimiento de cometidos estatales, no perteneciente por tanto al poder central. Los institutos autónomos pertenecen a la denominada administración descentralizada funcionalmente.

B. Con respecto a la personalidad jurídica

Los institutos públicos, en virtud de lo anterior, poseen personalidad jurídica propia distinta al ente de creación, mientras que los servicios desconcentrados no poseen personalidad jurídica propia, ya que obran en nombre del ente que los creó, o mejor dicho con la personalidad jurídica de éste. El primero es sujeto pleno de derechos y obligaciones, mientras que el segundo no lo es, aun cuando posea cierta autonomía y capacidad -limitada- de actuación. Esto quiere decir que los institutos públicos poseen un grado de autonomía mayor que los servicios desconcentrados. Esta característica nos hace concluir en una diferencia conceptual importante, que los institutos públicos son considerados entes a los ojos de la Ley, mientras que los servicios desconcentrados resultan ser órganos de la administración pública²⁸.

28 El artículo 15 de la LOAP establece una distinción entre ente y órgano, de la siguiente forma: "...Se entiende como **órganos**, las unidades administrativas de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios a los que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos, o cuya actuación tenga carácter regulatorio. Tendrá el carácter de ente toda organización administrativa descentralizada funcionalmente con personalidad jurídica propia; sujeta al control, evaluación y seguimiento de sus actuaciones por parte de sus órganos rectores, de adscripción y de la Comisión Central de Planificación..."(resaltado nuestro).

C. Con relación al control administrativo

Con relación al control, sobre los institutos públicos el órgano de adscripción ejercer un simple y natural control de tutela, de supervisión y fiscalización, sin poder inmiscuirse en la revisión de sus actuaciones, salvo por el caso de la interposición de un recurso jerárquico impropio²⁹; mientras que sobre los servicios desconcentrados el órgano de adscripción ejerce un control jerárquico, que supone incluso la revisión de las actuaciones ejercidas por estos órganos, según lo comentados en párrafos anteriores.

D. Sobre la naturaleza jurídica del acto jurídico de creación

Por otra parte difieren en la naturaleza jurídica del acto de creación, ya que los Institutos Públicos o Autónomos deben necesariamente ser creados por Ley, constituyéndose en una materia de reserva legal del legislador, según la disposición constitucional prevista en el artículo 142; mientras que los servicios desconcentrados, como explicáramos antes, pueden ser creados por actos de rango sublegal, es más, lo adecuado es que sean creados por actos de esta naturaleza, en virtud de la previsión legislativa que menciona a los Reglamentos Orgánicos como actos de creación natural de los servicios desconcentrados. No obstante lo anterior, podemos visualizar en la realidad venezolana y bajo la vigencia de las normas comentadas, la creación de servicios desconcentrados por vía legislativa.

29 El recurso jerárquico impropio es aquel que se ejercer en contra de los actos de los órganos superiores de los institutos autónomos para que lo resuelva el Ministro de adscripción, y se encuentran regulado en el único aparte del artículo 96 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

E. Sobre el patrimonio propio

Por último, en lo que respecta al patrimonio, hemos sostenido la tesis que los servicios desconcentrados por no poseer personalidad jurídica propia no poseen un patrimonio propio, sino que son un fondo separado para el cumplimiento de unos fines específicos y la propiedad de ese fondo o patrimonio sigue siendo del ente de creación al cual pertenece el servicio desconcentrado; por su parte los institutos públicos o autónomos, si poseen un patrimonio propio, por tener personalidad jurídica propia distinta del ente de creación, y en consecuencia titulares de derechos y obligaciones.

V. EJEMPLOS DE SERVICIOS DESCONCENTRADOS SIN PERSONALIDAD JURIDICA EN VENEZUELA

1. El Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) creado inicialmente por medio de la Resolución Nro. 32 del Ministerio de Hacienda y publicada en la Gaceta Oficial Nro. 4881 del 29 de marzo de 1995.
2. El Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME) creado por la transformación de la Oficina Nacional de Identificación y la Dirección General de Extranjería, a través del Decreto Presidencial Nro. 6.733 mediante el cual se dictó el Reglamento Orgánico Del Ministerio Del Poder Popular Para Relaciones Interiores Y Justicia, publicado en la Gaceta Oficial Nro. 39.196, del 9 de junio de 2009.
3. El Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN), creado inicialmente por la Ley de Registro Público y del Notariado y ratificado a través del Decreto Presidencial Nro. 6.733 mediante el cual se dictó el Reglamento Orgá-

nico Del Ministerio Del Poder Popular Para Relaciones Interiores Y Justicia, publicado en la Gaceta Oficial Nro. 39.196, del 9 de junio de 2009.

4. El Servicio Autónomo de Contraloría Sanitaria (SACS) creado a través del Decreto Presidencial N° 5.077 del 22 de diciembre de 2006, por medio del cual se dicta el Reglamento Orgánico del Ministerio de Salud publicado en la Gaceta Oficial N° 38.591 del 26 de diciembre de 2006.
5. El Servicio Autónomo Sin Personalidad Jurídica Nacional de Normalización, Calidad, Metrología y Reglamento Técnico (SENCAMER), adscrito inicialmente al Ministerio del Poder Popular Para las Industrias Ligeras y Comercio, creado mediante fusión de los Servicios Autónomo Nacional de Metrología y el Servicio Autónomo nacional de Normalización, a través del Decreto Nro. 3.145, publicado en la Gaceta Oficial Nro. 36.618 del 11 de enero de 1999. Cuyo Reglamento Interno vigente se encuentra publicado en la Gaceta Oficial Nro. 37.139 del 13 de febrero de 2001.
6. El Servicios Autónomo Sin Personalidad Jurídica Fondo Nacional de los Consejos Comunales, adscrito al Ministerio del Poder Popular Para la Participación y Protección Social, creado a través de la Ley de los Consejos Comunales, publicada en la Gaceta Oficial 5.806 Número Extraordinario del 10 de abril de 2006.

CONCLUSIONES

Aún cuando la potestad organizativa es considerada una facultad o actividad interna desarrolla por parte de los órganos que ejercen el Poder Público, resulta de suma importancia no sólo para la eficacia y eficiencia en el empleo de los recursos públicos, sino también para los particulares que se rela-

cionan con esos órganos administrativos, ya que le permite saber las formas, estructuras y atribuciones de estos órganos. Así las reglas de organización son “...un presupuesto de la existencia misma de las personas jurídicas, y por ello un prius lógico al nacimiento de la relación intersubjetiva; además a través de esas normas organizativas se forma y exterioriza la voluntad o voluntades que engendran las relaciones intersubjetivas”³⁰. La potestad organizativa se manifiesta principalmente en la creación, modificación o supresión de órganos, entes o misiones de la administración pública.

La desconcentración como forma organizativa constituye una alternativa para un ente público, de disponer de una estructura ligera y cercana para el cumplimiento de alguna actividad pública, sin desprenderse totalmente de la titularidad de la competencia pero atribuyéndole algún grado de autonomía de gestión a la actividad específica, y manteniendo un control permanente y jerárquico sobre éste. Uno de los tipos de desconcentración administrativa lo constituyen -dentro de la legislación venezolana- los servicios desconcentrados sin personalidad jurídica, que antes se denominaban servicios autónomos, sobre los cual llegamos a conclusiones interesantes como fue el hecho de no poseer patrimonio propio por carecer de personalidad jurídica, pero que si se trata de un fondo disgregado del tesoro nacional, estatal o municipal, o mejor dicho una alteración del principio de universalidad presupuestaria; aunque al mismo tiempo a ese órgano se le puede dotar de autonomía presupuestaria, financiera y administrativa.

La actividad que se le encarga al servicio desconcentrado debe ser susceptible de producir ingresos para el mantenimiento de la actividad. La responsabilidad patrimonial por hechos producidos por el servicio desconcentrado recae sobre el ente de creación, y que no obstante lo anterior, sus trabajadores son funcionarios públicos y por ende sometidos al

30 Ramón Parada, *Derecho Administrativo II. Organización y Empleo Público*, Marcial Pons Ediciones, Madrid, 2000, p.14.

régimen de responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria individual. La revisión crítico jurídica de esta figura organizativa pública nos permitió concluir que ha sido de suma utilidad para el cumplimiento de cometidos estatales de manera más expedita por parte de la administración pública, se ha empleado en diferentes ámbitos, hasta el punto de que los servicios desconcentrados sin personalidad jurídica no son excluyentes ni incompatibles con otras organizaciones de la administración pública; vemos como por ejemplo existe Autoridades Únicas de Áreas³¹ que se han creado con forma de servicio autónomo sin personalidad jurídica, específicamente las Autoridades Únicas de Área del Parque Nacional Los Roques y del Estado Vargas.

Fíjense que apasionante el Derecho Público y específicamente el Derecho Administrativo y sus instituciones, que nos permiten realizar una análisis abstracto y general de una figura jurídica para ayudarnos a comprenderla en su integridad y consecuentemente nos posibilita descender a la aplicación de esos conocimientos en casos concretos, para llegar a conclusiones científicas y por ende comprobables.

Creo haber satisfecho, al menos en el plano interno, la inquietud por la búsqueda de conocimientos sobre el tema abordado, el cual nos permite aplicarlo en nuestro ejercicio profesional y contribuir, aunque sea de manera modesta con la formación de nuestros abogados en esta ciencia.

31 Las Autoridades Únicas de Área se encuentran previstas en el artículo 73 del Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, como órganos del nivel central de la Administración Pública Nacional.

AUTOVINCULACIÓN Y POTESTADES PÚBLICAS EN LOS CONTRATOS ESTATALES

Oscar Gherzi Rassi

Profesor de Derecho Constitucional UNIMET.

Profesor de Introducción al Derecho UCV

Resumen: El autor analiza los orígenes de la doctrina del contrato administrativo en Venezuela y plantea la contradicción existente entre los postulados esenciales de esa doctrina (concretamente, los relativos a la existencia de potestades exorbitantes implícitas sin un respaldo normativo expreso) y un postulado que forma la columna vertebral del Derecho Administrativo Contemporáneo, a saber: el principio de legalidad administrativa.

Palabras clave: Contrato Administrativo, Contrato Estatal, Arbitraje, Potestades Públicas, Autovinculación, Principio de Legalidad.

Abstract: The author discusses the origins of the doctrine of administrative contract in Venezuela and raises the contradiction between the tenets of that doctrine (specifically, those relating to the existence of implied exorbitant powers meant to protect "the general interest" without express normative support) and the doctrine considered to be the backbone of contemporary administrative Law, namely: the principle of administrative legality.

Keywords: Administrative Contract, State Contract, Public Contract, Arbitration, Public Powers, Self-binding, principle of legality.

Recibido: 20 de marzo de 2013 Aceptado: 18 de abril de 2013

INTRODUCCIÓN

En ocasiones las Administraciones públicas (o la Administración pública, para simplificar), suscriben contratos con

cláusulas en las que se comprometen a dar terminación anticipada al contrato de que se trate únicamente por ciertas causas o a indemnizar al contratista de cierta manera si termina el contrato de forma anticipada sin que haya incumplimiento de su parte. En otras ocasiones se comprometen además a someter las controversias que emanen de la ejecución, terminación, incumplimiento o interpretación del contrato a un tribunal arbitral, normalmente internacional.

Sin embargo, en un momento posterior, a veces esta misma Administración decide dar por terminado el contrato por causas distintas a las previstas en las cláusulas contractuales o decide no reconocer indemnización por daños a favor del contratista en caso de terminación por las llamadas “razones de oportunidad o conveniencia”. En otras ocasiones, la Administración entiende que no debe acudir al tribunal arbitral contemplado en las cláusulas del contrato si decide terminar anticipadamente el contrato.

En estos escenarios, como puede vislumbrarse, opera el mismo tipo de razonamiento, esto es, que de acuerdo con la Administración sus potestades de derecho público no quedan afectadas en modo alguno por ninguna de las disposiciones contractuales. La práctica no es poco común y está especialmente en boga en virtud de haber sido un tema acaloradamente debatido ante tribunales arbitrales internacionales en el pasado reciente. Una corriente de pensamiento sobre este tema, que aparentemente es la mayoritaria, indicaría que la Administración no es merecedora de responsabilidad contractual por un acto de terminación anticipada de un contrato muy a pesar de lo que en sentido contrario establezca ese mismo contrato. La posición que pretendo sostener aquí es que esa es una conclusión simplista que se sustenta en criterios y doctrinas sobre la naturaleza del contrato administrativo y sobre las potestades públicas que no tienen cabida, en mi criterio, bajo el derecho venezolano.

No sostendré aquí que toda cláusula contractual contenida en un contrato estatal es merecedora de respeto. Las hay que vulneran claramente normas cuya violación debe acarrear la nulidad de la cláusula. Pero parece ser una tendencia quizá demasiado difundida, que cuando estamos en presencia de los llamados “contratos administrativos” las reglas sobre vinculación contractual se relajan por la simple presencia de potestades públicas. Los puntos que pretendo explorar y presentar bajo una luz distinta y en mi criterio más armónica con los principios que informan a un estado de derecho moderno, son los siguientes:

- i) Que la categoría “contrato administrativo” es una noción trasplantada descuidadamente desde el derecho francés al derecho venezolano y que ese trasplante presenta no pocos peligros para el ejercicio de diversos derechos constitucionales. Además, la noción nunca ha sido abrazada de forma categórica por la legislación venezolana e incluso cabe argumentar que hoy día no tiene ningún respaldo legislativo. En tal sentido, debe abandonarse y ser sustituida por una noción omnicompreensiva de la contratación de los entes públicos que, a falta de un mejor vocablo y sin pretender que se convierta en una noción petrificada, creo que debe ser la de “contratos estatales”.
- ii) Que la noción de contrato administrativo, de acuerdo con las líneas maestras que ha enunciado primero la doctrina y luego la jurisprudencia de forma enérgica, no se compadece con el régimen general del principio de legalidad administrativa, pues parte de la discutible idea de que la Administración pública posee unas “potestades” que no tienen que estar expresadas en modo alguno en textos previos de rango legal, pues se entiende que esas “potestades” son implícitas y que operan incluso cuando el legislador ha omitido su mención, todo ello en virtud de la tutela del interés general que ha sido encomendada a la Administración pública. Esta noción, sostengo en este análisis, es fun-

damentalmente contraria a la concepción contemporánea de la teoría de las potestades públicas, la cual exige una norma expresa de rango al menos legal que otorgue un poder preciso e inteligible a una Administración pública. Quienes sostienen que en los contratos administrativos existen “potestades implícitas” que emanan de la función tutelar de la Administración en realidad hacen referencia a las proscritas “cláusulas generales de apoderamiento” que son, antes bien, disposiciones muy generales que exigen de una precisión mayor mediante normativa posterior para que pueda decirse que ha nacido una verdadera potestad.

- iii) Que cuando las Administraciones Públicas suscriben contratos estatales con personas naturales o jurídicas del sector privado crean una norma particular cuyo carácter vinculante es tan poderoso como el de cualquier otra norma, con la salvedad de que se trata una norma de menor jerarquía que otras normas que debe respetar. Estos contratos, evidentemente, están sometidos a un régimen mixto de normas taxativas (es decir, normas no renunciables) y supletorias (es decir, normas que pueden ser desplazadas por las normas contractuales). Sin embargo, es importante destacar que las normas contractuales poseen un poder vinculante que dimana de diversas normas, pero principalmente del código civil, que es una norma, no hay que olvidarlo, de rango legal y que crea derechos expresos para las partes involucradas en la negociación de que se trate. Dejar de lado esos derechos exige la invocación de una norma también expresa, de un rango igual o superior, bien sea por la aplicación del principio de *lex specialis* o de *lex posterior*.
- iv) Que cuando la Administración suscribe un contrato su relación con el contratista está fundamentalmente vinculada por este y que por lo tanto los efectos de sus potestades de derecho público pueden generar responsabilidad contractual. En ese sentido, el contrato es un vehículo de

autovinculación por medio del cual la Administración, de forma libre, decide ejercer sus funciones de tutelar el interés general, a través del empleo muy específico de la potestad de entrar en relaciones de tipo contractual, y al hacerlo asume que la tutela del interés general para ese caso en particular se materializa mediante la figura del contrato. Por lo tanto, no hay una dicotomía derecho público - derecho privado. Simplemente, la Administración se hace de los mecanismos que provee el ordenamiento para tutelar ese interés general y uno de esos mecanismos es el contrato. Ahora bien, cuando emplea el contrato no puede, a mitad del camino, repudiar su propio criterio, libremente expresado, de que el contrato contiene las normas particulares para tutelar ese interés general que ella misma ha diseñado, a menudo de forma unilateral. En este sentido, el contrato la vincula de la misma manera en que el precedente administrativo la vincula por virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

- v) Por último, quiero hacer mención específica de los efectos de las cláusulas arbitrales sobre las potestades públicas. En este punto, quiero argumentar que la tutela del interés general no está en riesgo en modo alguno por la existencia de una cláusula de este tipo. La Administración posee indudablemente el privilegio de autotutela, es decir, de dictar decisiones de carácter ejecutivo y ejecutorio, en la mayor parte de los casos. Sin embargo, la autotutela no es un privilegio absoluto, como no lo es ninguno.

En ese sentido, la presencia de cláusulas arbitrales supone una modulación de la potestad de autotutela, modulación ésta adoptada libremente por la Administración misma. El valor que tiene la institución arbitral a raíz de la entrada en vigencia de la constitución de 1999 hace variar de manera significativa el valor que podía tener el privilegio de autotutela en presencia de una cláusula arbitral antes de la vigencia de esa constitu-

ción. Es más, cabe argumentar que esa modulación ya estaba presente bajo la vigencia de la Constitución de 1961 la cual consagraba una cláusula de inmunidad de jurisdicción relativa, lo cual ya presagiaba una apertura hacia la institución arbitral en los contratos de interés público, el tipo de contrato estatal en donde el Estado actúa con mayor potencia.

Asimismo quiero argumentar que la cláusula arbitral debe ser interpretada de modo que cubra todos los asuntos que merecen el calificativo de controversias contractuales y que por lo tanto sus efectos cuando una de las partes es un ente del sector público no son muy distintos a los efectos que tendría cuando se trata de particulares.

I. HACIA EL ABANDONO DE LA DOCTRINA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO INSTITUCIÓN DEL DERECHO VENEZOLANO

1. General

Como se habrá visto, parte del planteamiento que pretendo exponer pasa por sustituir los vocablos y la noción de contrato administrativo por la expresión contratos estatales, que me parece no solo infinitamente más fácil de definir sino también más adecuada para los principios que ordenan el derecho venezolano. Este juicio de adecuación parte de interpretar esos principios del derecho venezolano, en concreto del derecho público venezolano, con el objeto de determinar si la noción tradicional de contrato administrativo “encaja” en el marco normativo que esos principios componen. En mi criterio, la noción de contratos estatales encaja mejor en ese marco de principios por razones que pretendo exponer a lo largo de este trabajo³².

32 La noción del juicio de adecuación según el cual una determinada práctica “encaja” (fits) en la práctica general del derecho es, hasta donde sé, una idea de Ronald Dworkin, expuesta principalmente en *Law's Empire*, Harvard, 1986, p. 245.

No examinaré, evidentemente, todas las razones posibles sino únicamente aquellas que sirven al fin que persigo, esto es, demostrar que la presencia de potestades públicas no constituyen una razón de peso suficiente para desestimar cláusulas contractuales que de alguna manera califiquen el ejercicio de esas potestades en el marco de la relación contractual.

Hans Kelsen indicó hace cerca de 80 años que la distinción entre derecho público y derecho privado escondía un despropósito ideológico: mitigar el carácter vinculante del primero³³. De acuerdo con su apreciación de la realidad del derecho público en su época, la noción misma de derecho público entrañaba en muchos casos una contradicción en los términos, toda vez que quienes mencionaban las palabras “derecho público” en el fondo lo que querían implicar era “derecho no vinculante”. En su criterio, las palabras encerraban una disposición muy particular hacia el sustantivo “derecho” cuando se le acompañaba del adjetivo “público”, disposición ésta que se inclinaba por despojar el carácter vinculante de las normas de “derecho” público cuando representaban un obstáculo inconveniente para los gobiernos. En ese sentido, el derecho público sería tan sólo una invitación o sugerencia a comportarse de una determinada manera³⁴.

Un poco antes a la denuncia del vienés nacía en Francia la institución del contrato administrativo, concretamente en

33 La primera edición de la Teoría Pura del Derecho fue publicada en 1935. Entiendo que esta denuncia se halla en esa primera versión. En todo caso, de no ser así, la denuncia de Kelsen se refiere a las teorías del derecho público imperantes en Europa hacia finales del siglo XIX y principios del XX.

34 La denuncia de Kelsen se compadece con la realidad del derecho constitucional tanto de la época anterior a la primera gran Guerra como la del constitucionalismo de la época de entreguerras, en donde prácticamente toda Europa sostuvo la teoría del carácter político de las constituciones antes que verdaderamente normativa. Sobre esta realidad ver Eduardo García de Enterría, *La Constitución Como Norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 3ra Ed., 1983, p. 55.

1903³⁵. Su pérdida de carácter vinculante para la Administración fue ilustrado de forma inmejorable con las siguientes palabras: “así como el contrato civil se caracteriza, en concepto de Delbez, por ser ‘limitado en su alcance e ilimitado en su fuerza obligatoria’ (...) el contrato administrativo haría excepción justamente de estos dos elementos definitorios; por una parte, el contrato administrativo afecta con normalidad a terceros y no por la vía excepcional de las estipulaciones a favor de terceros; y, en segundo término, el contrato administrativo no sería Ley vinculante e irrevocable para una de las partes, para la Administración concretamente, la cual puede imponer su quebrantamiento legítimamente en virtud de su poder exorbitante de *ius variandi*, cuando los intereses superiores que representa así lo justifiquen. De este modo, bajo una rúbrica genérica equívoca, el contrato administrativo sería, en rigor, una institución esencialmente diferente del contrato privado”³⁶.

La denuncia de Kelsen, confirmada por el desarrollo de la escuela de Burdeos, encuentra un eco nada pálido en la doctrina de los contratos administrativos pues con mejor o peor fortuna, la doctrina ha servido para permitir que el valor vinculante de los “contratos administrativos” se diluya ante las necesidades de “tutelar el interés público” por parte de las Administraciones públicas.

Parte del discurso central de los contratos administrativos es, entonces, que su naturaleza entraña la existencia de cláusulas exorbitantes del derecho privado, cláusulas éstas que se consideran implícitas en el contrato mismo, que hacen de ellos una función de la actividad administrativa en donde, por definición, la Administración actúa en un plano de superioridad en relación con el contratista. Esta porción de la doctrina de los contratos administrativos es central en su construcción. Podría decirse que sin la existencia de las potestades exorbitantes no

35 Mediante el Arrêt Terrier, del Consejo de Estado, del 6 de febrero de 1903.

36 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, Madrid, Séptima Ed. 1995, p. 660.

queda nada del contrato administrativo. Aunque se ha argumentado que en realidad las potestades exorbitantes son tan solo un índice de su existencia, teniendo que volver la mirada también a si mediante el contrato se persigue la ejecución de un servicio público o no³⁷. Pero muy pronto se advierte que esta distinción es sólo cosmética, pues la calificación del contrato en virtud del servicio público envuelto es sólo la justificación para concluir luego que, si las cláusulas exorbitantes no están expresadas en el contrato ha de considerarse que están implícitas en él y que dimanar de la función tutelar de la Administración.

Hay numerosos problemas teóricos que la doctrina de los contratos administrativos ha enfrentado de forma que creo insatisfactoria. Trataré de exponer algunos de ellos resumidamente, aunque quizás éste sea un tema que requiera de una disertación exclusiva. Lo hago, por cierto, plenamente consciente de que la interpretación que aquí propongo es evidentemente minoritaria, aunque creo que cuenta con bases claras en la opiniones que sobre este tema han expresado en nuestro país Pérez Luciani y Mélich Orsini³⁸.

2. Potestades sí, pero ¿implícitas?

Como he dicho una de las premisas centrales y al mismo tiempo más peligrosas de la doctrina de los contratos administrativos consiste en asumir no sólo que existen cláusulas exorbitantes en ellos sino además que las mismas son “implícitas” en el contrato. Ahora bien, esta premisa parte de la idea cuestionable de que la Administración pública puede llevar a

37 *Acción Comercial* del 11 de agosto de 1983; *Hotel Isla de Coche* del 27 de enero de 1993; *Simón Muñoz Armas, Elías Eljuri Abraham y otros en contra de las cláusulas décima, decimoséptima, segunda y cuarta del Artículo 2º del Acuerdo del Congreso de la República aprobado en fecha 4 de julio de 1995 (caso Apertura Petrolera)*.

38 José Mélich Orsini, “La Noción de Contrato de Interés Público” en *Revista de Derecho Público* N° 7, Caracas, 1981.

cabo acciones para las cuales no cuenta con un título jurídico expreso.

El transitar de la doctrina de los contratos administrativos tanto en el derecho francés como en otros ordenamientos que han asumido esa terminología, ha revelado las flaquezas generales que enfrenta, haciendo de ella, para recoger la expresión de García de Enterría, uno de los capítulos más desesperantes del derecho público³⁹. El punto de las potestades exorbitantes, en particular, ha padecido lo que creo que merece ser calificado de un abuso y descuido tanto por nuestra doctrina como por nuestra jurisprudencia. De manera general se parte de la idea de que las cláusulas exorbitantes son implícitas y por lo tanto que no requieren de un reconocimiento expreso en texto alguno. El hecho aislado de que la Administración tenga atribuido el deber de tutelar el interés público se arguye como justificación suficiente.

No han reparado los seguidores de esta premisa el peligro y riesgo que envuelve para los derechos de todos los contratistas, ni que contradice uno de los principios centrales de todo el derecho administrativo venezolano, a saber, el principio de legalidad según el cual todas las potestades públicas son de texto expreso y que por lo tanto no pueden ser consideradas implícitas.

La narrativa tradicional sobre la justificación de las potestades exorbitantes apunta a que los intereses públicos generales no pueden quedar sometidos a los intereses particulares del contratista. Es esta una afirmación falsa, superficial y de dudosos pergaminos jurídicos. Cabe recordar que el recurso al expediente contractual es una forma de tutelar el interés general, interés éste que *no se vería satisfecho de no ser por el concurso del contratista*. En otras palabras, la Administración acude a los contratistas porque ella por sí misma no puede tutelar el

39 García de Enterría, Eduardo, "La Figura del Contrato Administrativo" en *Studi in memoria di Guido Zanobini*, Milan, 1965.

interés general en estos supuestos; requiere del concurso de particulares que ofrezcan sus servicios para que, a través de ellos, la Administración pueda ejecutar acciones que tutelen ese interés general.

Pero además, la justificación según la cual las cláusulas exorbitantes se justifican por la presencia en el contrato de intereses públicos es superficial pues no es cierto que, por respetar un contrato, los intereses generales queden sometidos a un interés particular. Es un *non sequitur* sostener que el interés general se ve comprometido por el solo hecho de que la Administración cumpla con una cláusula contractual que ha sido suscrita cumpliendo con todos los extremos de ley para que tal cosa suceda (i.e. procesos de selección del contratista, disponibilidad presupuestaria, firma por parte de el funcionario que ostente la representación legal, etc.), en la misma medida en que es un *non sequitur* sostener que vulnera el interés privado de un contratante el cumplir con las cláusulas de un contrato que ha suscrito libremente.

En primer término porque cuando el irrespeto de una norma contractual se convierte en la regla, esa es una situación que en sí misma vulnera el interés general (¿cómo puede considerarse tutelado el interés general por una Administración que pudiese incumplir potencialmente cientos de contratos para “cumplir” con una necesidad inmediata que juzga incompatible con el cumplimiento del contrato?)⁴⁰. En segundo lugar porque es una premisa básica del derecho administrativo moderno que la atribución de potestades está acompañada

40 Aunque no es el objeto del presente análisis, sospecho que existe una afinidad muy cercana entre la doctrina de los contratos administrativos y el llamado utilitarismo del acto. De acuerdo con esta forma de utilitarismo la justicia de una determinada acción depende de si la acción individualmente considerada es capaz de generar más bienestar (utilidad) a un mayor número de personas. Otra forma de utilitarismo más sofisticado es el utilitarismo de la regla, según el cual la justicia de un acto debe ser juzgada de acuerdo con su conformidad con una regla cuya aplicación en el largo plazo genere la mayor suma de bienestar o utilidad posible.

con la atribución de garantías o protecciones a favor del administrado que “equilibran” la relación que nace del ejercicio de las mismas. El Derecho Administrativo, como es fama, ha sido definido por García de Enterría y Fernández como la búsqueda y el mantenimiento constante entre el ejercicio de las potestades públicas y el ejercicio de los derechos particulares.

Además, no debe olvidarse el dato relevante de que los entes y organismos públicos están obligados a respetar el derecho al debido proceso en todas sus actuaciones y como regla general. Ese derecho, que la Administración debe respetar sin duda ninguna cuando el contrato es terminado anticipadamente por razones imputables al contratista, sin embargo es normalmente ignorado (por considerarlo no aplicable) cuando se trata de una terminación anticipada por razones de oportunidad o conveniencia. Esta es una de las instituciones más objetables de la doctrina de los contratos administrativos. Parte de la idea central de la consagración de los derechos constitucionales es precisamente que no perezcan ante las pretensiones de satisfacer el interés general o por lo menos que su consagración cuenta como una razón de peso para no dejarlo perecer ante el interés general. Las diversas versiones de las teorías de los derechos modernas han sostenido reiteradamente la necesidad de mantener su protección incluso cuando hay intereses colectivos que podrían verse frustrados por el respeto al derecho individual. La protección de los derechos es una aspiración anodina si solamente se persigue su protección en supuestos de conflictos interindividuales pues ese es el caso paradigmático de los derechos legales o contractuales pero no de los derechos constitucionales. Además, el ordenamiento está inundado de disposiciones en donde precisamente se impide el sacrificio particular por la protección del interés general. De modo que la supuesta inaplicabilidad del derecho al debido proceso cuando median razones de oportunidad o conveniencia, pues en esos casos supuestamente el interés particular no puede subsistir ante el interés general resula insostenible. La Administración debería tener la carga de probar que el contrato, tal como fue

suscrito, constituye un obstáculo al interés general y que, puestas las razones a favor y en contra del contrato sobre la mesa, las razones en contra de él deben pesar más que las razones a favor de él. En cualquier supuesto, sin embargo, la responsabilidad contractual queda debe quedar intacta, aunque puede ser regulada, tal como sucede actualmente, de acuerdo con principios y normas especiales que no encuentran paralelo en el derecho privado⁴¹.

Sin embargo, la historia de los precedentes judiciales, así como la doctrina académica relativa a los contratos administrativos en Venezuela demuestra la constante adopción del principio contrario. Desde la sentencia *Astilleros La Guaira*, la doctrina y jurisprudencia han sido casi unánimes en sostener la idea de que las potestades exorbitantes son implícitas en el sentido de que no tienen que estar consagradas en ningún texto legal previo y siempre la justificación argüida es la de la protección del interés general.

La sentencia *Machado Machado*, por ejemplo, indica lo siguiente en relación con los contratos administrativos:

“Ellos están sometidos a reglas especiales; tienen una finalidad general, por lo regular en relación con los servicios públicos; por razón del fin se obliga al particular contratante a una prestación, corrientemente continua y regular. Los efectos más genuinos y característicos en ellos consisten en la facultad de la Administración de adoptar decisiones ejecutivas sobre el cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos; y si así en ellos la Administración aparece en un plan superior, la desigualdad se explica por el propio interés de los administrados y porque es obligación de los administradores, es decir, de los gobernantes, el velar porque la prestación objeto del contrato se efectúe en forma ordenada y continua,

41 Sobre las diversas concepciones de los derechos puede verse Jeremy Waldron, *Theories of Rights*, Oxford, 1984

si tal fuere el caso, y en resumen, conforme a las normas reguladoras del propio contrato; de no ser así, se llegaría a la conclusión de que por tales actos, la Administración, pierde, renuncia o enajena uno de sus grandes atributos, cual es la tuteladora del bien y del interés público”⁴².

La doctrina vertida en esta sentencia, considerada líder en la materia, ha sido reproducida uniformemente en numerosísimos fallos de nuestra jurisprudencia contencioso administrativa. La línea argumental es clara y se corresponde a lo que he indicado en párrafos anteriores. Si el contrato comporta algún elemento de servicio público o de interés general entonces debe ser considerado un contrato administrativo. Esta naturaleza le somete a “reglas especiales” que lo excluyen del ámbito general del derecho privado, aunque no del todo, pero que permiten a la Administración tomar ciertas decisiones inadmisibles en el ámbito regular del derecho privado⁴³. Esas decisiones emanan de la tutela del interés general y esas “reglas especiales”, la de modificar, terminar, extender, interpretar el contrato, no tienen que haber sido sancionadas en una norma legal anterior. Antes bien, dimanar de la “naturaleza” del contrato.

De modo que la doctrina tradicional del contrato administrativo, que parece pervivir aun cuando han desaparecido por completo las referencias normativas que podrían haberle dado cierto sustento (aunque bastante débil como veremos), descansa en la premisa de que la Administración puede invocar potestades que no están expresas en ningún texto normativo

42 Sentencia de la Corte Federal del 12 de noviembre de 1954.

43 La sentencia del 5 de diciembre de 1944, caso *Astilleros La Guaira*, sentencia ésta que adoptó por vez primera la noción de contrato administrativo, indicó que de acuerdo con “reputados autores” debía reconocerse ese tipo de contratos. Las razones por las cuales esos autores eran relevantes y sus opiniones debían adoptarse en la Venezuela de 1944 es algo que la Corte no supuso necesario explicar.

sino que, antes bien, dimanen de su papel como tutora del interés general.

Esta premisa, sin embargo, confunde, en mi criterio, lo que es una potestad con las llamadas “cláusulas generales de apoderamiento”. La Administración actúa en el ejercicio de “potestades” previstas en una ley previa. Sobre el punto se expresan García de Enterría y Fernández:

“El principio de legalidad de la Administración, con el contenido explicado, se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, *definiendo cuidadosamente sus límites*, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente”⁴⁴.

La potestad es, como explican los maestros españoles, una atribución específica de poderes concretos de actuación, si bien normalmente conceptuados en términos suficientemente generales como para hacer frente a una clase general de supuestos. Sin embargo, cuando los tratadistas y la jurisprudencia se refieren a las potestades implícitas o cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos, en la mayor parte de los casos no hacen referencia a ninguna norma que específicamente hubiere consagrado tales potestades.

En contraste con la concepción de las potestades administrativas, las llamadas “cláusulas generales de apoderamiento” se distinguen por contener llamados amplísimos de actuación

44 García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 433

a favor de la Administración en un área más o menos amplia de la realidad. Disposiciones del tipo “hará todo lo necesario para proteger el orden público” presentes, como no, en numerosas Leyes administrativas, especialmente de los últimos tiempos, cumplen una función de “legitimación” para el empleo de potestades propiamente dichas definidas en algún otro lugar de la o las leyes de que se trate⁴⁵.

Sin embargo, las cláusulas generales de apoderamiento no son atributivas de potestades públicas. Son exactamente lo contrario a lo que debe ser una norma atributiva de una potestad. Son simplemente atribuciones genéricas en virtud de las cuales puede nacer una potestad específica, pero cuya existencia aislada no autoriza ninguna capacidad de acción concreta. Hay que advertir que, hasta donde sé, ningún autor ha invocado expresamente las cláusulas generales de apoderamiento como fundamento de las potestades exorbitantes en los contratos administrativos, al menos no bajo esa denominación, pero los argumentos empleados para su justificación responden exactamente a la anatomía de esas cláusulas generales de apoderamiento.

De modo que la invocación de cláusulas generales de apoderamiento y de todo poder genérico e indeterminado va precisamente en el sentido opuesto no solo del derecho público moderno sino de *nuestro* derecho público, que se construye, a no dudarlo, bajo el esquema típico de la atribución de potestades expresas, limitadas, tasadas, medidas, que repudian la idea de poder ilimitado o de límites vagos e imprecisos.

Juzgo imposible no subsumir la categoría de “cláusulas implícitas” fundamentadas en la categoría general de las cláusulas generales de apoderamiento. Quienes invocan las “potestades exorbitantes” normalmente están en realidad haciendo referencia a una cláusula general de apoderamiento (“tutelar

45 García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 433

el interés general”) que no tiene el nivel de concreción exigible de las potestades, de acuerdo con el principio rector de legalidad, según el cual, como hemos dicho, la Administración sólo puede actuar de acuerdo con potestades, entendidas como atribuciones expresas, tasadas, medidas, proporcionadas, limitadas, etc., mas nunca bajo invocaciones genéricas de deberes o funciones.

3. ¿Desigualdad? El Contrato es un supraconcepto que informa a toda la contratación estatal. Sobre su carácter vinculante

Otra manifestación en mi criterio equivocada y proclive al abuso de la doctrina de los contratos administrativos consiste en describir la relación Administración-contratista como una relación entre desiguales, es decir, como una relación de imperio.

Creo que esa premisa es fundamentalmente errada. Si la Administración actuara mediante imperio no tendría necesidad de recurrir al expediente contractual para llevar a cabo sus cometidos. Es una incomprensión gigantesca entender la relación contractual entre una persona que tiene privilegios en más (pero también privilegios en menos, no se olvide) y un contratista que es invitado, no compelido, a ofrecer sus servicios a la Administración, como una relación entre desiguales.

La descripción esconde, me parece obvio, una coartada que pretende disminuir o minimizar el papel de los derechos del contratista en esta relación. Reiteremos de siguiente dato: la Administración no puede llevar a cabo ciertas competencias sin el concurso de actores del sector privado que le proveen de bienes y servicios. De modo que en esa relación, la Administración posee el rol de cliente o de comprador y el particular el de proveedor de un servicio o un bien. Ni más ni menos que en un contrato típico de derecho privado.

La relación entre ambas partes está regulada por un documento que contiene normas que son igualmente vinculantes para ambas partes, y en donde operan todos los principios generales de la contratación civil o mercantil, y muy particularmente, el de equilibrio entre los derechos y obligaciones. Como sugieren García de Enterría y Fernández, siguiendo a S. Martín Retortillo, el contrato es un *supraconcepto*⁴⁶. queriendo decir con ello que es una institución que no permite su flexibilización hasta el punto de no reconocimiento por el sólo hecho de que una de las partes de la relación sea una Administración pública. En otras palabras, la virtualidad vinculante del contrato es exactamente igual cuando una de las partes es un ente estatal como cuando no es así. La presencia de potestades que típicamente no estarían presentes en la contratación privada ordinaria se explica no por la naturaleza particular de unos “contratos administrativos” sino por la existencia de leyes que, como normas de aplicación especial, desplazan algunas normas de derecho común, en algunos casos mediante la creación potestades a favor de la Administración, potestades éstas que, únicamente si están expresadas en alguna norma aplicable serán verdaderamente invocables por la Administración⁴⁷.

Como puede verse, las normas especiales alteran de alguna manera el telón de fondo de normas regularmente aplicables a los contratos en general. Sin embargo, es importante destacar que el fenómeno de la aplicación de normas especiales a contratos que tradicionalmente habrían recibido la regulación exclusiva del Código Civil, es bastante extendido en la práctica contractual ajena a la contratación estatal, como sucede en los sectores económicos severamente regulados como la banca,

46 García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 53.

47 Cabe destacar que también hay normas especiales que estipulan derechos a favor del contratista que ordinariamente no están presentes en el derecho común aun cuando no es improbable o imposible que en contrataciones entre particulares se estipulen cláusulas similares a las presentes en la contratación pública, como suele suceder por ejemplo con las cláusulas de variación de precios.

seguros, telecomunicaciones, etc. En todas esas industrias, muchas normas del código civil son desplazadas por normas de carácter especial que, en la mayor parte de los casos, no son relajables por convenios particulares.

Cabe destacar que la potestad que la legislación reconoce al ente contratante de introducir modificaciones al contrato en nada afecta la igualdad entre las partes pues a la modificación va aparejada el derecho del contratista a recibir la contraprestación por el aumento, de ser ese el caso, y que se acompaña con el derecho análogo del contratista a proponer modificaciones a la obra. Además, esa competencia se ve severamente limitada por disposiciones atinentes al presupuesto público que condicionan los gastos. Como ha sostenido S. Martín Retortillo, la desigualdad no es predicable de la envergadura de las personas involucradas en la negociación de que se trate sino del elemento causa del contrato. Si cada prestación encuentra una causa proporcional en un derecho de la parte contraria estamos en presencia de una igualdad contractual *tout court*.

Así, cuando la Ley crea una potestad que afecta alguna prestación contractual, el elemento causa de esa prestación exige el reconocimiento de un derecho correlativo a favor del contratista. Pero lo que no es admisible, y que sin embargo es un dogma insistentemente abrazado por los cultores de la doctrina del contrato administrativo, es que, por virtud de una "desigualdad" natural del contrato, una de las partes tenga para sí la posibilidad de invocar poderes que no poseen una fuente normativa clara y expresa.

En este sentido cabe mencionar que de acuerdo con el artículo 108 de la Ley de Contrataciones Públicas, el ente contratante solamente puede introducir modificaciones al contrato por un número tasado de casos, que, además, son totalmente favorables al contratista pues se refieren única y exclusivamente a modificaciones relativas a las cantidades sin que sea lícito modificar la igualdad económica (la modificación rela-

tiva al tiempo es una modificación relativa a cantidades, a fin de cuentas) y sin desvirtuar el contrato. Si se tratara de una relación vertical, la Administración podría ordenar la ejecución de obras, prestación de servicios o adquisición de bienes sin recurrir al expediente de la modificación contractual, con todas las consecuencias que ello acarrearía (como por ejemplo, el régimen de responsabilidad de la Administración que en ese caso sería *extra-contractual* en lugar de *contractual*, lo que para el contratista sería una ordalía que lo ubicaría en un régimen, ese sí, de responsabilidad patrimonial de derecho público puro)⁴⁸.

Nótese que la potestad prevista en la Ley de Contrataciones es de modificación *contractual* lo cual supone que todas las prestaciones que de esa modificación se deriven estarán sometidas a lo que establezcan el resto de las cláusulas de ese contrato. Agréguese a esto, que, en cualquier caso, las potestades de modificación estarán sometidas a los criterios generales de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad exigibles a la Administración en el ejercicio de todas sus potestades.

Es preciso resaltar un detalle nada insignificante. La Ley de Contrataciones Públicas no contempla la potestad de terminación anticipada por razones de oportunidad y conveniencia que es una de las potestades típicamente argüidas por los teóricos de los contratos administrativos. Esta "potestad", si es que merece ese título, está prevista en el reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, en una norma cuya constitucionalidad me parece discutible, toda vez que supone una doble

48 Insisten los cultores de la teoría de los contratos administrativos que las potestades exorbitantes son extracontractuales y que por lo tanto no están atadas al régimen de responsabilidad contractual. Pero no están dispuestos, aparentemente, a aceptar las consecuencias de esa afirmación, que involucra la aplicación de un régimen de responsabilidad patrimonial que responde a principios no necesariamente más favorables para la Administración, tales son los principios de responsabilidad sin falta o por sacrificio particular o de responsabilidad con falta o por funcionamiento anormal. Ver, Luis Ortiz-Álvarez, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, 1995.

transgresión a los principios que ordenan la potestad reglamentaria, a saber, la reserva legal en materia de limitación de derechos constitucionales y el principio de legalidad administrativa. En torno al primero de estos requisitos, me parece poco menos que obvio que una norma que permite la terminación anticipada de los contratos por causas no imputables al contratista sin reconocer una indemnización completa del lucro cesante y de otro tipo de daños viola tanto el derecho a la libertad económica como el de propiedad (sin dejar de mencionar el derecho al debido proceso), pero sobre todo el principio de legalidad pues desplaza el régimen general de responsabilidad del código civil mediante una norma de un rango inferior y por lo tanto incapaz de ese desplazamiento.

Por cierto, que el hecho de que las potestades sean extracontractuales, esto es, su raíz normativa esté fuera y no dentro del contrato es totalmente irrelevante a los efectos de la determinación de la responsabilidad. Las potestades, como técnica de atribución de poderes no es un mecanismo exclusivo del derecho público. En ese sentido, cuando los particulares actúan en el mundo del derecho privado y entran en relaciones contractuales lo hacen en virtud de potestades que normalmente no dimanen del contrato, lo cual resulta obvio pues de lo contrario haría falta un contrato previo. Pero del mismo modo en que ejercen potestades que no dimanen del contrato para suscribirlo, también pueden incumplirlo por ejercitar potestades que no dimanen del contrato, lo cual, sin embargo, no significa que esa actuación no genere responsabilidad contractual. Lo medular aquí, para identificar si hay responsabilidad contractual o no, no es el origen de la potestad (si de fuente contractual o extra contractual), sino determinar si el interés protegido es o no contractual⁴⁹.

Por lo tanto, la Administración puede ejercer, y sólo puede ejercer, las potestades de derecho público expresas y su ejercicio

49 José Melich Orsini, *Doctrina General del Contrato*, 3ra Edición, Editorial Jurídica Venezolana, Marcial Pons, 1997, p. 465

puede generar responsabilidad contractual. Como expondré más adelante, que ese ejercicio genere mayor o menor responsabilidad dependerá en gran medida del contrato mismo, en su función moduladora de las potestades públicas.

4. Sobre la unificación del régimen de los contratos del Estado. Los efectos formales y sustantivos de la Ley de Contrataciones Públicas y el abandono de la noción de contratos administrativos

La posición más generalmente seguida en torno a los contratos administrativos, por tanto, es la llamada tesis sustantivadora, según la cual tales contratos poseen una sustancia que los hace cualitativamente distintos al resto de los contratos y que por lo tanto ameritan una regulación particular (o “responden a”, una ambigüedad persistente en la teoría de los contratos administrativos). Así ante la presencia de un contrato administrativo la Administración contratante cuenta con ciertas potestades implícitas que alejan al contrato del derecho común y lo radican en un régimen de derecho público, potestades éstas, se insiste, que emanan de la función tutelar de la Administración de los intereses generales sin que sea necesaria la atribución específica de tales potestades mediante normas de rango legal. Esta posición, se ha convertido en un verdadero dogma del derecho administrativo venezolano.

Pero la persistencia de esta doctrina se hace cada vez más cuesta arriba, no sólo porque, como hemos visto, es contraria a principios básicos de nuestro derecho administrativo y constitucional, sino porque, como ha notado entre nosotros Hernández González, la noción, cuyo origen fue exclusivamente de relevancia procesal en Francia, ha perdido toda utilidad práctica precisamente por la desaparición de toda referencia a la noción en nuestras leyes procesales. En este sentido, la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración tuvo alguna importancia cuando, bajo la antigua Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia,

la Sala Político-Administrativa contaba con competencia para conocer de reclamaciones sobre cualquier aspecto relativo a los contratos administrativos. Esa referencia, sin embargo, desapareció en la actual Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Cabe argumentar, incluso, que la noción era ya artificiosa bajo la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia toda vez que el adjetivo “administrativo” fue agregado antes de cerrarse el debate en el Congreso de la República de entonces, simplemente por la ocurrencia de uno de los diputados presentes en la sesión, quien supuso que la ausencia del mismo respondía a un olvido de los redactores. Sin embargo, el asunto tan evidentemente relevante no fue discutido en profundidad en la plenaria ni en las comisiones redactoras del proyecto, cuya versión para la discusión carecía de referencia alguna a los contratos administrativos⁵⁰.

La entrada en vigencia de la Ley de Contrataciones Públicas, antes bien, ha unificado el régimen de los contratos suscritos por entidades sometidas a la misma, dando al traste definitivamente a la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración, con una consecuencia importante, que las Administraciones públicas ajustarán su actividad contractual a lo previsto en esa ley, incluyendo las potestades de derecho público allí previstas, potestades que ya no cabe calificar como cláusulas implícitas sino como disposiciones, ahora sí, expresas, sobre el régimen de estos contratos. Potestades éstas, que como explicaremos más adelante, son, por una parte, las únicas que podrán ejercer, y por otra, no son absolutas ni ilimitadas.

50 José Ignacio Hernández, “El Contrato Administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas Venezolana”, en *Revista de Administración Pública*, No. 176, Madrid, 2008, p. 369.

Sin embargo, resulta preocupante que la jurisprudencia nacional continúe haciendo referencia a la noción de contratos administrativos, aun cuando su utilidad procesal es evidentemente nula. Solamente cabe concluir que se espera que exista alguna utilidad *sustantiva* en la noción, utilidad ésta que, presumimos, reposa en la noción de cláusulas exorbitantes implícitas que serían distintas a las ya previstas en la Ley de Contrataciones Públicas.

Conviene en este punto hacer un resumen comprimido de lo dicho hasta ahora. Sostengo que la premisa central de la doctrina de los contratos administrativos descansa en un supuesto inadmisibles desde el punto de vista de una premisa también central del derecho administrativo venezolano: el principio de legalidad administrativa construido a través de la técnica de las potestades expresas. Esta disonancia parece que no ha sido advertida por la mayoría de los cultores de la doctrina de los contratos administrativos, pero eso no supone en modo alguno que no exista⁵¹. Es una disonancia que merece un estudio serio y que en mi criterio solamente puede ser resuelto a favor de una única posición admisible, esto es, que la Administración no tiene poderes implícitos que dimanen de su deber de tutela del interés general sino únicamente aquellos poderes explícitos que dimanen de una norma de texto expreso. Que esas potestades solamente pueden ser precisas, tasadas, mesuradas y de carácter limitado y no absoluto.

He indicado también que la noción de contrato administrativo carece de respaldo legal y que obedece a un trasplante mal concebido desde el derecho francés al venezolano y que al menos una de sus notas características, la de poseer potestades implícitas, vulneran el principio de legalidad administrativa pues no responden a la construcción técnica del concepto de potestad, a raíz del cual se edifica el conocido principio. Antes bien, la invocación de estas “potestades” consiste en realidad

51 La obra de Luis Alfonso Herrera Orellana, *La Potestad de Autotutela Administrativa*, Paredes, 2008, es una notable excepción.

en una invocación de una cláusula general de apoderamiento que es contraria a principios centrales de nuestro derecho público en su versión más tradicional.

Además, la igualdad entre las partes es una nota esencial de todos los contratos, la cual dimana de ser el contrato una institución general del derecho (un supraconcepto) y que por lo tanto la idea de que en los contratos administrativos esa igualdad se rompe carece de sustento normativo y teórico. Cuando estamos en presencia de una potestad que afecta al contrato de que se trate al mismo tiempo existe (o debe existir) un correlativo reconocimiento de derechos a favor del co-contratante. La extensión o disminución de ese derecho apunta a la causa de las prestaciones, y cuando podemos hallar una causa contractual hay allí igualdad contractual.

Por último, que puesto que no existen “reglas especiales” que ordenen a los contratos administrativos en el sentido dado en la sentencia *Machado*, es decir, entendidas éstas como un régimen exclusivo o casi exclusivo de derecho público, debe concluirse que el régimen de los contratos estatales es muy similar al de los contratos de derecho privado. Existen normas generales aplicables a todos los contratos, fundamentalmente contenidas en el Código Civil, y luego existen normas especiales, algunas de las cuales –no todas– poseen el carácter de normas taxativas que desplazan a aquellas normas que pueda contener el código civil que regulen el mismo asunto de manera distinta o contraria. Pero éste no es un fenómeno exclusivo de la contratación estatal, sino que se trata de una consecuencia de la hiperregulación del sector público generada evidentemente por la necesidad de protección de los fondos públicos.

Puesto que las potestades previstas en las leyes que regulan la actividad contractual de la Administración son, como hemos dicho, verdaderas potestades y no cláusulas generales de apoderamiento, tienen el carácter general de todas las potestades públicas, a saber: son tasadas, precisas, limitadas y

no absolutas y su ejercicio debe ceñirse a los criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad exigible a toda la actuación administrativa. Estas notas permiten la adopción de la institución de la autovinculación a través de actos que modulan el ejercicio de la potestad y que dan contenido a esos criterios de racionalidad y razonabilidad en su ejercicio.

II. LA MODULACIÓN DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS POR LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO.

LA DE CONTRATAR ES TAMBIEN UNA POTESTAD DE DERECHO PÚBLICO. EL CONTRATO COMO NORMA.

El Estado no puede renunciar a sus potestades pero sí puede convenir en cómo las ejercerá *pues en ello también ejerce una potestad*, ejercicio éste que puede ser incompatible con el ejercicio de otras potestades. Las potestades, como ya he manifestado, nunca son absolutas, lo cual supone, como parece evidente, que su ejercicio debe declinar o ser desplazado en situaciones en que, o bien se ejerce otra potestad que es incompatible con la primera o bien existe algún principio o norma expresa que limite esa potestad.

En esta sección desarrollaré dos ideas. La primera, que el ejercicio de la potestad de suscribir contratos es incompatible con ciertas actuaciones administrativas, pretendidamente fundamentadas en el ejercicio de otras potestades, que eliminen el carácter vinculante del contrato o de algunas de sus cláusulas, porque el contrato es una *norma*, particular, a la cual está vinculada la Administración que la ha adoptado libremente *en ejercicio de una potestad*. La segunda, es que cuando la Administración suscribe contratos se vincula a sí misma y ese vínculo modula el ejercicio de las potestades, que, en el campo contractual, admiten un importante margen de latitud a las partes, sin que esto suponga una renuncia al ejercicio de sus potestades,

pero sobre todo, sin que esto suponga renunciar a la tutela del interés general que tanto preocupa a los cultores del contrato administrativo.

1. El ejercicio de la potestad de suscribir contratos es incompatible con algunas potestades administrativas

Como he afirmado, la posibilidad de que la Administración suscriba contratos proviene, precisamente, de una potestad otorgada al efecto por el legislador. De acuerdo con la definición más comúnmente aceptada de potestades públicas, una potestad es una atribución de un poder de actuación del cual no dimana por sí misma una relación jurídica concreta, sino que su ejercicio permite potencialmente el nacimiento de una. Ante una potestad no hay un derecho concreto sino una situación de inercia o sujeción general de ciertos tipos de sujetos. Estas sujeciones, a su vez, pueden ser generales o especiales. Así, por ejemplo, la potestad expropiatoria no hace nacer por su sola existencia una relación jurídica. Es necesario que una Administración ejecute esa potestad en un caso concreto para que se entable una relación jurídica específica entre el ente expropiante y el potencial expropiado, relación esta en la que sí hay presencia de derechos y obligaciones⁵².

De acuerdo con esto, que la Administración asuma relaciones contractuales es la consecuencia del ejercicio de una potestad específica de derecho público, la potestad de suscribir contratos. En el marco del ejercicio de esa potestad, el derecho privado, y concretamente el civil, es una instrumentalidad de la cual se vale la Administración para cumplir con el fin de tutelar el interés general. Ahora bien, el empleo de esa instrumentalidad genera todas las consecuencias que el sometimiento a un régimen de derecho privado implica, excepto por

52 García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 439.

la operatividad de legislación especial, que como hemos dicho, desplace de manera inequívoca a ese derecho privado.

Así sucede, por ejemplo, cuando la Administración emplea fórmulas de organización típicas del derecho privado, como es el caso de las sociedades estatales. Su sometimiento y funcionamiento bajo las fórmulas del derecho privado es absoluta salvo la aplicabilidad de leyes o normas especiales que vinculen a esas sociedades y que desplacen algunas normas de derecho privado que de otro modo serían aplicables o al menos algunos aspectos de ellas. No existen, por ejemplo, “asambleas de accionistas administrativas” que se celebren en el marco de los estatutos de una empresa del Estado, por oposición a las “asambleas de accionistas” del derecho privado. La aplicación y la interpretación de los estatutos societarios y en general del derecho privado aplicable a esas sociedades es exactamente igual al aplicable a las sociedades de capital privado.

En ese sentido, hay que entender que cuando la Administración recurre al derecho privado para cumplir con algún cometido debe asumir todas las consecuencias que ese sometimiento acarrea. Así, el ejercicio de la potestad de contratar puede ser, y a menudo lo es, incompatible con el ejercicio de ciertas potestades que, en ausencia del contrato, podrían ser ejercidas de forma directa e inmediata por la Administración. En otras palabras, la Administración no puede vivir en un mundo anfibio sin mojarse los pies. Es decir, si debe recurrir forzosamente a esquemas de derecho privado para cumplir con sus cometidos esto sucede porque no puede, en ciertos casos, hacerlo de forma unilateral en el marco del derecho público. Por lo tanto, no puede a medio camino en el mundo del derecho privado (caracterizado por la bilateralidad, la consensualidad, la igualdad), pretender transmutarse de nuevo en *potentior personae* del mundo del derecho público (con sus características de la unilateralidad, imperatividad, desigualdad) de modo tal que se desplace por completo el espacio de derecho privado en el que ha decidido adentrarse.

Usemos de nuevo el ejemplo la potestad expropiatoria y el acuerdo amigable que puede suscribirse en lugar del largo y complejo procedimiento judicial. La potestad expropiatoria indica que el ente expropiante puede procurar su aplicación más arrogante y extrema, y así esperar un desenlace judicial favorable en torno al justiprecio, por ejemplo. Sin embargo, el acuerdo amigable permite morigerar las aspiraciones de la Administración y llegar a un acuerdo sobre el precio, pero también en torno a los plazos de entrega y condiciones del mismo, que podría no coincidir con el justiprecio que sería tomado como definitivo por la sentencia judicial ulterior, pero sin embargo permite a la Administración obtener una ventaja inmediata y tangible. Cabe preguntarse, ¿luego de suscrito y homologado un acuerdo amigable, podría la Administración invocar sus potestades de derecho público, fundadas en la tutela del interés general, y desconocer sus compromisos en el acuerdo amigable? La respuesta me parece evidentemente negativa y si es así, es lícito y forzoso sostener exactamente la misma conclusión cuando estamos en presencia de la contratación estatal general.

2. Cuando la Administración suscribe contratos se vincula a sí misma y ese vínculo modula el ejercicio de las potestades

Pero además, y esto es lo central, el contrato puede modular las diversas maneras en que la Administración ejerce las potestades específicamente previstas en lo relativo a su actividad contractual. En otras palabras, el contrato puede fungir como director de la manera o forma en que la Administración ejecutará sus potestades en relación con la ejecución del contrato y no hay en ello infracción alguna al orden público. Además, se trata de una práctica bastante general y difundida en la contratación estatal tanto en los contratos de gran envergadura como en los de poca monta.

Salvo que el ejercicio de la potestad esté muy detalladamente regulado, bien en la ley misma bien en un reglamento, cosa que no es común, aunque puede suceder, no hay nada de ilícito de principio, en que la Administración se auto-vincule, al momento de suscribir un contrato mediante la adopción de cláusulas contractuales que regulen la forma en que ejercerá las potestades de derecho público que posee, como puede ser, por ejemplo, en lo relativo a la terminación anticipada por causas de oportunidad o conveniencia o por incumplimiento.

Así, el contrato puede contener normas relativas a lo que se considerará causa extraña no imputable, incumplimientos graves y leves, la forma de enfrentar esos incumplimientos graves y leves, las posibilidades sobre cesión del contrato, su extensión a terceros, el régimen de los pagos, el régimen de precios (las típicas fórmulas), normas sobre interpretación de los contratos y las fuentes para suplementar las dudas que presente el contrato, etc. nada de lo cual está pormenorizadamente regulado en la Ley de Contrataciones Públicas vigente. La versión tradicional de la doctrina del contrato administrativo elimina o disminuye significativamente el valor normativo de estas disposiciones, en virtud del ejercicio de supuestas potestades de derecho público, que normalmente se reducen al llamado *ius variandi*, privilegio de interpretación y dirección del contrato, y de terminación anticipada por causas de oportunidad o conveniencia, la de sancionar el incumplimiento, etc.

Sin embargo, el privilegio de decisión ejecutiva en que se basan todas estas potestades no puede ser ejercido de forma no vinculada al contrato, pues, insisto, no existe una norma expresa que permita su desplazamiento y porque, al contratar, la Administración *ejerce una potestad en virtud y en pos de la protección del interés general*. A la Administración le está atribuida la tuición del interés general, pero al mismo tiempo tiene atribuida la competencia de decidir la mejor manera de tutelar ese interés, dentro de los cauces legalmente permitidos.

Hay al menos dos ejemplos de auto vinculación extracontractual, en donde la modulación de las potestades legales se configura de manera análoga a la que tiene lugar por vía contractual. De el primero de ellos da testimonio el artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Del segundo es ejemplo la potestad reglamentaria.

Como es sabido, la Administración puede interpretar sus potestades de manera más o menos enérgica y varias posibles lecturas serían en principio admisibles dentro de ciertos márgenes. Esta posibilidad está expresamente reconocida por el artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el cual contempla el carácter vinculante del precedente administrativo. Este carácter vinculante no supone que la Administración no pueda ejercer su potestad de acuerdo con un criterio distinto al previsto en el precedente, pero que para hacerlo debe cambiar expresamente de criterio y que el nuevo criterio adoptado no podrá ser aplicado de forma retroactiva.

De acuerdo con esto, cuando la Administración emite un criterio sostenido y reiterado interpretando su propia potestad, ejerce de esa manera un poder que la vincula hacia el futuro, de modo que no puede separarse de ese criterio y aplicar el nuevo a una situación pasada, por más que considere que la nueva lectura es "la correcta". Tiene lugar aquí un fenómeno de autovinculación por vía unilateral a través de actos de carácter no normativo, esto es, actos particulares, que sin embargo generan efectos frente a terceros por virtud de la publicidad que les es propia, en protección de las expectativas que razonablemente pueden haber albergado los administrados.

Algo similar sucede en el supuesto del ejercicio de la potestad reglamentaria. Así, la Administración puede auto restringirse en el mecanismo mediante el cual ejecuta sus potestades, cuando dicta reglamentos en donde morigera la potencia de las potestades diseñadas por el legislador en términos a veces muy amplios. Si la potestad es relativamente amplia en la

ley, una posición maximalista sugeriría que el reglamento no puede reducir el campo de acción de esa potestad, y vería cualquier reducción del margen de acción como una renuncia, al menos en parte, de la potestad. Sin embargo, la práctica común es diversa, e indica que, en supuestos de una potestad definida en términos que permitirían a la Administración el ejercicio de un poder bastante potente, el reglamento, es decir, un acto normativo general pero jerárquicamente inferior, puede restringir en alguna medida a la Administración en el ejercicio de esa potestad. Puesto que esa restricción proviene de sí misma, se diría que se trata de una auto restricción.

En el ámbito contractual, el mecanismo y el esquema general de vinculación es el mismo: la Administración se autovincula mediante la adopción de un contrato y ejerce en ese momento de manera cabal sus potestades de tutela del interés general y expone un criterio inteligible según el cual considera que esa es la manera adecuada para tutelar ese interés en el caso concreto. Por lo tanto, así como está vedado a la Administración separarse de sus propios precedentes contenidos en actos sublegales, particulares y sin carácter normativo (actos administrativos) o generales y con carácter normativo (reglamentos) previos de carácter unilateral, también le está vedado separarse de sus propios criterios contenidos en actos sublegales y particulares previos de carácter bilateral.

Un ejemplo históricamente muy relevante de modulaciones de potestades estatales por la vía contractual tuvo lugar en el llamado proceso de "apertura petrolera" famosamente litigado ante la antigua Corte Suprema de Justicia. De acuerdo con el antiguo artículo 5 de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, hoy derogada, "el Ejecutivo Nacional o los referidos entes podrán, en el ejercicio de cualquiera de las señaladas actividades, celebrar convenios de asociación con entes privados con una participación tal que garantice el control por parte del Estado con una duración determinada". Ahora bien, la manifestación práctica de

ese control se configuró de una manera muy distinta a la que seguramente previeron los redactores de la ley, esto es, a través de la creación de “Comités de Control” para cada una de las asociaciones, en donde el Estado, a través de empresas filiales de PDVSA, ejercería el control de las decisiones consideradas fundamentales, aun cuando ese control no era accionario.

La Corte Suprema de Justicia interpretó el artículo 5 como permisivo de esquemas de control distintos al accionario, con lo cual las empresas estatales involucradas en las asociaciones estratégicas pudieron llevar a cabo un control, en los términos de esos convenios, distinto al que normalmente habría demandado de su participación accionaria, toda vez que ninguna de ellas poseía mayoría absoluta en el capital social de las asociaciones.

Como se observa, por la vía contractual, el “Estado” mitigó dos aspectos contenidos en la potestad según estaba creada en el referido artículo 5. Uno de ellos fue el control directo, que como sostuvo la Corte Suprema de Justicia, podía perfectamente ser ejercido de manera indirecta a través de las empresas de propiedad estatal directa o indirecta. El segundo de ellos fue que el control no tenía necesariamente que ser la consecuencia de la participación accionaria y que por lo tanto, siempre que se mantuviera un nivel de comando sobre las decisiones fundamentales, el “Estado” mantenía tal control en el marco de un “Comité de Control” muy a pesar de que su participación accionaria era bastante minoritaria⁵³.

Lo que esta experiencia enseña es que la Administración en ese caso interpretó la manera en que mejor consideró que

53 Ver Sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 17 de agosto de 1999, caso *Simón Muñoz Armas, Elías Eljuri Abraham y otros en contra de las cláusulas décima, decimoséptima, segunda y cuarta del Artículo 2° del Acuerdo del Congreso de la República aprobado en fecha 4 de julio de 1995*. Resulta paradójico, por cierto, que esta sentencia calificó los convenios de las asociaciones estratégicas como contratos administrativos.

el interés general sería servido y arribó a ciertas conclusiones relativas al cómo ejercer ciertas potestades (en este caso, la potestad de control) que fueron recogidas en varios contratos. Una vez recogida esa apreciación sobre la manera de servir el interés general, el Estado no podía, una vez perfeccionados los convenios, decidir que no podía renunciar a una “potestad” contenida en el artículo 5, y por lo tanto ignorar todo lo relativo al comité de control, asumiendo que debía ejercer el control exigido por ese artículo de alguna otra manera, considerada más cónsona con la tutela del interés general. El contrato se convierte, por lo tanto, en el criterio normativo de acuerdo con el cual debe juzgarse la actuación de la Administración, cuyos actos, bien que emanen del ejercicio de una potestad anterior al contrato, bien que emanen de un derecho que proviene directamente del contrato, solamente son posibles en virtud de que existe un tal contrato que por lo tanto es la norma tutelar de acuerdo con la cual deben juzgarse.

No es, por lo tanto, admisible sostener que la Administración pueda abandonar, al momento de terminación del contrato, el criterio por ella misma admitido sin conminación alguna al momento de suscripción el contrato, sobre la mejor manera de gestionar los intereses generales. No me cabe ninguna duda de que los principios más medulares del derecho administrativo venezolano indican claramente que no. La Administración no podrá, por lo tanto, declarar como incumplimiento algo que evidentemente no lo es de acuerdo con las normas contractuales aplicables, “interpretar” el contrato de forma caprichosa o interesada, ejercer el *ius variandi* de manera desproporcionada o irrazonable en quebrantamiento de lo dicho en el contrato⁵⁴.

54 Un ejemplo interesante de analizar de autovinculación es el de los convenios de estabilidad jurídica previstos en la Ley para la Promoción y Protección de Inversiones, los cuales ofrecen condiciones más favorables a los inversionistas. Claro está, la propia Ley permite la existencia de estos contratos, cuyo objeto es, como se sabe, ofrecer garantías, no de que el ordenamiento jurídico no será modificado, sino de que esas modificaciones, por un tiempo determinado, no se considerarán aplicables a el o los

En caso de que la Administración decida ejercer sus potestades de manera distinta a la forma acordada en el contrato en virtud de su propia voluntad, su acción probablemente pueda no ser considerada ilegal pero sí será generadora de responsabilidad contractual. Estaríamos por lo tanto en presencia de un acto lícito pero generador de responsabilidad *contractual* de la misma manera en que un acto lícito puede ser generador de responsabilidad *extracontractual*.

Es por lo tanto totalmente insostenible que los actos ejecutivos dictados por la Administración en el marco de una relación contractual puedan escapar a lo que el contrato establece. Claro está, habrá casos en que los contratos sean lacónicos o insuficientes, y en esos supuestos el contrato brindará pocas luces, pero incluso allí lo que corresponde es aplicar criterios de derecho civil, no de derecho público, porque no hallaremos en el derecho público disposiciones que logren dar respuesta a los miles de problemas *contractuales* que pueden suscitarse en una relación de este tipo.

Me permito resumir las dos conclusiones que creo están amparadas con lo que se lleva dicho hasta acá: i) que la Admi-

inversionistas que se acojan a la medida y, cumplan, por contraparte, con los compromisos relativos a la inversión.

Como puede verse, en estos supuestos, existe un quiebre evidente al principio de igualdad de trato, entre los inversionistas y los no inversionistas que sí deben someterse a los cambios legislativos subsiguientes. Puesto que un quebrantamiento del principio de igualdad de esa índole no estaría permitido en condiciones normales a la Administración pública (puesto que se le exige igualdad de trato entre todos los administrados), y porque fundamentalmente supone la renuncia al ejercicio de potestades que nada tienen que ver con la ejecución de un contrato (tributarias por ejemplo), y no una simple regulación, en relación con una clase de personas naturales o jurídicas, una autolimitación con estas notas únicamente podría ser admitida mediante la su consagración legislativa expresa. Ahora bien, cuando no estamos ni ante un supuesto de quebrantamiento del principio de igualdad ni ante la renuncia al ejercicio de potestades legales, el margen de maniobra de la Administración para restringir el ejercicio de sus potestades mediante actos de carácter sublegal se amplía, aunque, es sano advertir, no de manera desproporcionada.

nistración mediante actos sublegales y particulares, concretamente, mediante contratos, se autovincula si mediante ellos adopta compromisos por medio de los cuales regula el ejercicio de sus potestades legales, siempre que se restrinja a la mera regulación del ejercicio de esas potestades ni incurra en actos evidentemente ilegales o inconstitucionales, y ii) que cuando la Administración se separa de los compromisos asumidos para el ejercicio de sus potestades comete actos que si bien pueden no ser ilegales (pues no vulneran ninguna norma de rango legal), son sin embargo generadores de responsabilidad contractual, pues el interés que vulneran es un interés creado por vía contractual en un espacio en el cual es lícito tanto para la Administración como para el contratista crear normas contractuales que protejan esos intereses.

Habiendo ofrecido los argumentos que en mi criterio apoyan estas conclusiones, paso ahora a explorar una aplicación específica del principio de autovinculación en el campo del arbitraje comercial.

III. AUTOVINCULACIÓN, POTESTADES Y ARBITRAJE. SOBRE LA MODULACIÓN DE LA AUTOTUTELA DECLARATIVA EN LOS SUPUESTOS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA POR INCUMPLIMIENTO CUANDO EXISTE UNA CLÁUSULA ARBITRAL

1. Una cuestión de jerarquías. El valor normativo de la institución arbitral y del privilegio de autotutela

Habiendo establecido que cuando la Administración suscribe un contrato modula de manera importante el ejercicio de sus potestades relativas al contrato, debemos explorar cómo opera esta modulación en presencia de una cláusula compromisoria. En presencia de estas cláusulas entran en el marco

del análisis ciertas consideraciones adicionales que involucren interpretar el impacto que sobre el ordenamiento tiene la mención constitucional, en sus artículos 253 y 258, del arbitraje como parte del "sistema de justicia" y como parte integral del derecho a la tutela judicial efectiva y su impacto sobre el ejercicio de una potestad administrativa muy específica, la de autotutela.

La procedencia del arbitraje dentro de los contratos suscritos por entes estatales y en particular en el caso de los contratos de interés nacional ha sido bastante discutida en nuestro país⁵⁵. El asunto a discutir no es si el arbitraje es admisible o no en los contratos estatales, posibilidad absolutamente cierta y confirmada por la doctrina y la jurisprudencia y por las disposiciones expresas que al efecto contienen la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones. El asunto es a discutir, en cambio, cuáles asuntos pueden ser sometidos a arbitraje, asumiendo que las cláusulas compromisorias han cumplido con todas las formalidades de Ley.

Para hablar de la esfera de lo arbitrable en los contratos administrativos conviene acercarnos a la noción del llamado privilegio de autotutela. Un tema sensible y poco explorado en la doctrina consiste en armonizar, si eso es posible, el privilegio de autotutela de la Administración con la institución arbitral. De acuerdo con la autotutela, la Administración puede dictar actos que poseen una ejecutividad inmediata, actos éstos que, en el marco de una relación contractual, pueden tener un impacto directo sobre la misma. Una tendencia acen-

55 Rafael Badell, "La Inmunidad de Jurisdicción y el Arbitraje en los Contratos del Estado"; Juan Carlos Balzán, "El Arbitraje en los Contratos de Interés Público a la Luz de la Cláusula de Inmunidad de Jurisdicción Prevista en el Artículo 151 de la Constitución de 1999"; Margot Huen, "El Arbitraje Internacional en los Contratos Administrativos", en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan-Randolph Brewer-Carías*, FUNEDA, 2006.

drada en nuestro foro indicaría que la presencia del ejercicio de una competencia administrativa que involucre el privilegio de autotutela a través de actos administrativos escapa por completo del ámbito de lo arbitrable en los contratos con entes estatales, pues en ellos estaría involucrado el juzgar la licitud de un acto administrativo, licitud ésta que necesariamente escapa al ámbito de lo transable y por lo tanto de lo arbitrable.

Esa fue, por ejemplo, la posición sostenida por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia Minera Las Cristinas del 14 de julio de 2004. Esta sentencia parte de la concepción tradicional del contrato administrativo que hace una separación tajante entre los actos *iure imperii* (el llamado acto separable) y los actos *iure gestionis* como si pertenecieran a mundos totalmente separados. El criterio que sigue la sentencia Las Cristinas, es una aplicación del criterio tradicional de la doctrina del contrato administrativo que divide en dos a las categorías de actos que pueden dictarse en el marco o con ocasión de una relación contractual: por una parte los actos propiamente contractuales que se dictan en virtud de derechos de fuente contractual, y actos separables que serían actos administrativos clásicos cuya fuente es extracontractual.

Como he sugerido más arriba, esa distinción es artificial porque los actos que dicta la Administración en el marco de la ejecución de un contrato, aun cuando sean actos dictados en virtud de una potestad prevista en la ley, solamente pueden ser juzgados en muchísimos casos de acuerdo con los criterios normativos previstos en el contrato porque la ley es absolutamente silente al respecto. Así, si el contrato contiene definiciones sobre qué se entenderá por incumplimiento, es a esas disposiciones que debe sujetarse la actuación administrativa; si contiene disposiciones sobre plazos para cumplir las prestaciones, esos plazos debe respetarlos la Administración; si define qué entenderán las partes por fuerza mayor, esa definición gobernará sus relaciones, y así en general con todas las

disposiciones que de una u otra manera regulan la actividad de las partes en el marco del contrato.

Las Leyes administrativas aplicables a las relaciones contractuales de la Administración (y ese es el caso, sin duda, tanto de la Ley de Contrataciones Públicas como de la Ley de Concesiones), con poca frecuencia contienen definiciones normativas suficientemente detalladas sobre asuntos típicamente contractuales o cuando lo hacen es para establecer un marco muy genérico que impone márgenes a las partes.

La doctrina tradicional del contrato administrativo, aplicada ciegamente como sucedió en el caso Las Cristinas, quiere ver en todas esas disposiciones contractuales meras invitaciones que no vinculan a la Administración (pero, que no quepa duda alguna, sí son vinculantes para el contratista), pues para ella el principio tutelar del interés público (de fuente extracontractual) le permite ejercer poderes que, por ser extracontractuales, escapan a la vinculación contractual y por lo tanto, de lo objetivamente arbitrable.

Pero la sentencia Las Cristinas parte de una concepción errada de la arbitrabilidad de las controversias. De acuerdo con el criterio vertido en la Sentencia Hildegard Rondón y otros de la Sala Constitucional, la arbitrabilidad se define de acuerdo con el llamado principio tuitivo, de acuerdo con el cual si una controversia es susceptible de ser conocida por un tribunal ordinario pues entonces es también susceptible de ser sometida a arbitraje:

“Inclusive, todo lo anterior (que luce abstracto y general) resultará fácilmente comprobable con el examen o test que se haga –en cada caso– de la medida o extensión del propio juez ordinario; en otras palabras, para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de

que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes. Esto, en contraposición al ámbito exclusivamente reservado al conocimiento de una autoridad administrativa, en donde no pueden llegar los árbitros, como tampoco el juez. (Vgr. En materia arrendaticia ni los jueces ni los árbitros pueden fijar los cánones máximos a cobrar en los inmuebles sujetos a regulación de alquileres; pero los primeros sí pueden conocer (tanto el juez como los árbitros) de cualquiera de las pretensiones a que se refiere el artículo 33 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios; también en materia de consumo, ni los jueces ni los árbitros pueden imponer multas por “remarcaje” de precios, pero sí pueden conocer de pretensiones de contenido pecuniario entre un comprador, consumidor o usuario contra un fabricante, expendedor o prestador; también en el ámbito laboral, ni los jueces ni los árbitros pueden negar o inscribir a un Sindicato, pero sí pueden resolver las pretensiones que se intenten sobre la interpretación o cumplimiento de una convención colectiva). (itálicas nuestras)”⁵⁶.

Además, el criterio de la sentencia Las Cristinas desconoce el principio de la *universalidad* de las cláusulas arbitrales de acuerdo con el cual las mismas deben ser interpretadas de forma tal que incluyan todos las posibles controversias que puedan surgir en relación con el contrato⁵⁷. La interpretación sostenida en Las Cristinas implica un quiebre al principio de universalidad, quiebre este que estaría únicamente sustentado en el privilegio de autotutela de la Administración. Así, el arbitraje en estos casos está restringido a ciertas disputas no relacionadas con esas potestades.

56 Sala Constitucional, Sentencia del 17 de octubre de 2008, caso Hildegard Rondón y otros.

57 Hernando Díaz Candia, “La Jurisdicción Arbitral frente a los actos administrativos: Hacia el arbitraje Contencioso-Administrativo”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, No. 135, UCV, 2010, p. 52.

Este criterio parte de la premisa según la cual las acciones de la Administración pública que tienen su raíz en una potestad no pueden ser objeto de transacción y por lo tanto tampoco son arbitrables. El argumento pasa por la invocación del artículo 3, letra b) de la Ley de Arbitraje Comercial, según el cual no son arbitrables controversias “(d)irectamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público”.

El criterio es defectuoso por tres razones: i) la Ley de Arbitraje Comercial es anterior a la constitución de 1999 y por lo tanto habría que reevaluar la exclusión del artículo 3, b) a la luz de los artículos 253 y 258 constitucionales; ii) porque, como hemos visto, el asunto no es discutir si una atribución o función de imperio es legal o no, sino si el ejercicio de esa función está o no vinculado por el contrato; iii) en todo caso la exclusión parece estar dirigida no a las potestades relacionadas con la ejecución de los contratos sino a las “funciones y atribuciones de imperio” típicas de la función de policía.

Pero el problema de fondo de esta concepción particular de la arbitrabilidad de las disputas en contratos con entes estatales es el relativo a la jerarquía de los principios involucrados. En ese sentido, ante una colisión entre la autotutela y la cláusula arbitral, la interpretación constitucional indica que debe aplicarse aquella que fuere más favorable al arbitraje, y concretamente a la universalidad de la cláusula compromisoria, no solo por la interpretación dada por la SC a los artículos 253 y 258, en donde se adoptó al arbitraje como parte integral del derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, y por lo tanto el criterio *pro arbitri* como el criterio interpretativo del cual debe partirse ante posibles colisiones⁵⁸, sino porque el privilegio de autotutela *no es un principio constitucional* como sí lo es la ins-

58 Aunque la sentencia no lo dice, cabe argumentar que el principio *pro arbitri*, cuando forma parte de una interpretación de la constitución es análogo al principio *pro cives* según el cual ante dos interpretaciones posibles debe adoptarse aquella más favorable al ciudadano.

titución arbitral con todas las implicaciones que ello aparece, especialmente el principio de integridad y universalidad de la cláusula arbitral.

Pero hay un problema de fondo adicional en este criterio que considero insalvable. Si la Administración no puede renunciar a sus potestades de imperio, concretamente a la potestad de decisión ejecutiva o autotutela, porque se trata de un privilegio irrenunciable fundamentado en la protección del interés público, debería seguirse que *ningún* privilegio que la ley otorgue a la Administración en salvaguarda de ese interés público podría renunciarse.

Pues bien, sucede que la arbitrabilidad incluso de aquellos aspectos contractuales que no impliquen un juzgamiento sobre potestades de Derecho público supone una renuncia a los privilegios procesales que la legislación procesal otorga a la Administración. La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como es sabido, contempla innumerables privilegios a favor de la Administración: nunca queda confesa, los plazos son ordinariamente de caducidad en lugar de prescripción, siempre tendrá la cómoda posición de ser demandada en lugar de demandante, etc. Esos privilegios, sin embargo, se pierden en el arbitraje, incluso en aquél que no verse sobre el ejercicio de potestades de derecho público de la Administración.

De modo que parece que el privilegio de autotutela y la institución arbitral son simplemente incompatibles, al menos en lo que respecta a la autotutela declarativa y su supuesto carácter irrenunciable no es argumento suficiente para descartar su arbitrabilidad, pues esa supuesta renuncia está presente en cualquier supuesto de arbitrabilidad de materias donde una de las partes sea la Administración. Esa autotutela, de emitir actos que son ejecutivos inmediatamente y que por lo tanto no requieren de una habilitación judicial para ser ejecutados, debe perecer cuando estamos en presencia de una cláusula arbitral,

pues de otro modo, la universalidad de la cláusula queda reducida a la nada, toda vez que una parte importante de las controversias que se susciten quedarán excluidas de ser ventiladas en ese foro⁵⁹.

Por otra parte, hay ciertos aspectos en los que la Administración obtiene ventajas procesales claras cuando recurre al arbitraje que de otro modo no podría disfrutar. Concretamente, cuando la Administración debe terminar unilateralmente un contrato por incumplimiento contractual, un número nutrido de sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha indicado insistentemente que para ello debe abrir y sustanciar un procedimiento administrativo en el que otorgue el derecho a la defensa al contratista.

Pues bien, esos procedimientos, al tener por objeto la imposición de una sanción, están sometidos a un régimen probatorio totalmente desfavorable a la Administración, quien de acuerdo con el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 49 de la Constitución, debe probar cabalmente que el contratista en efecto ha incurrido en un incumplimiento. Es por ello que la jurisprudencia indica que debe abrirse un procedimiento donde se garantice la defensa del co-contratante⁶⁰.

Ahora bien, el régimen probatorio es absolutamente más benigno para la Administración cuando no es ella la que debe determinar el incumplimiento⁶¹. En efecto, de acuerdo con el principio general de derecho civil el incumplimiento contractual se presume culposo y quien alegue haber quedado

59 Incluso, cabe sostener que la autotutela es en el fondo un privilegio procesal, pues se exime a la Administración de tener que pasar u homologar sus actos ante autoridades judiciales.

60 Esto está expresamente indicado en el artículo 50 de la Ley de Concesiones.

61 Artículo 1.354 del Código Civil Venezolano el cual establece que "Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido liberado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de la obligación."

liberado de una obligación o no haber incurrido en un incumplimiento debe probarlo. Ese es, exactamente, el régimen contrario al aplicable cuando es la Administración la encargada de determinar si ha habido incumplimiento o no. De modo que no resulta comprensible que un régimen de arbitraje en donde la carga probatoria es más beneficiosa para la Administración sea descrito como una renuncia o desmejora para ella. La Administración gana algo cuando se somete a arbitraje, entre otras cosas, gana en no tener la carga de probar el incumplimiento culposos.

2. Volver a los orígenes. Francia, el orden público y el derecho comparado

Resulta revelador, antes de concluir esta disertación, explorar brevemente lo que acontece en Francia, foro que dio nacimiento a la doctrina del contrato administrativo y en donde tradicionalmente se ha considerado que el arbitraje comercial y los contratos administrativos son instituciones incompatibles. El Tribunal de Conflictos de ese país en una reciente decisión ha ampliado sensiblemente la aplicabilidad del arbitraje en los contratos suscritos por entes públicos en ejercicio de potestades de servicio público (i.e. contratos administrativos), lo cual en mi criterio es un duro golpe a la corriente que se inclina por oponerse a la arbitrabilidad de las disputas nacidas de contratos administrativos pues el ordenamiento que teóricamente provee la base histórica y normativa para esa oposición ha dado un decidido apoyo a esa arbitrabilidad⁶².

Pero además de ello, hay que agregar una mención al desarrollo en otras latitudes, que han adoptado el principio de autotutela de manera muy similar a como lo hemos hecho nosotros. Me refiero concretamente al ordenamiento peruano en donde se ha adoptado una Ley de Compras Públicas que contempla el arbitraje de todas las controversias resultantes del contrato, es

62 Me refiero al *Arrêt* INSERM del Tribunal de Conflictos del 17 de mayo de 2010.

decir, la ley honra la universalidad de la cláusula arbitral sin hacer distingo entre actos separables y actos contractuales. En otras palabras, el legislador peruano no encuentra que haya fricción alguna entre la autotutela administrativa y el arbitraje en los contratos estatales, o al menos ha entendido que de haber tal fricción, la misma debe decantarse a favor de la universalidad del arbitraje.

Conviene hacer también referencia a ciertas experiencias recientes en la práctica arbitral que van en un sentido análogo. Así, en los laudos *Occidental Petroleum Corporation v. República del Ecuador* y *Aguas del Tunari v. República de Bolivia* sendos tribunales arbitrales se negaron, en el primer caso, a considerar la exclusión de ciertos aspectos de la controversia (concretamente, la terminación por incumplimiento, potestad típica de derecho público según la doctrina tradicional de los contratos administrativos) sobre la base de que la jurisdicción para conocer de esos aspectos correspondería exclusivamente a la jurisdicción contencioso administrativa⁶³, y en el segundo de los casos, el tribunal asumió que solamente una exclusión expresa de la cláusula arbitral permite concluir que algún aspecto de las controversias contractuales pueden escapar al procedimiento arbitral⁶⁴.

Resulta bastante forzado, por lo tanto, sostener que la autotutela declarativa exige la exclusión de los actos de imperio del foro arbitral, pues como vemos, no solo esa no es la interpretación dada ordenamientos análogos al nuestro que adoptan también el privilegio de autotutela en favor de la Administración, sino que en el lugar que dio nacimiento a la dicotomía *iure imperi.- iure gestionis* para excluir ciertos actos del foro arbitral ha dado marcha atrás y apuntado a direcciones más favorables

63 Caso CIADI No. ARB/06/11(Decisión sobre competencia), Laudo del 8 de septiembre de 2008.

64 Caso CIADI No. ARB/02/3, (Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el demandado), Laudo del 21 de Octubre de 2005.

al principio *pro arbitri* que tanto apoyo ha recibido en nuestro país de la Sala Constitucional.

Caracas, marzo de 2013

ACTUALIDAD

LA RECTORÍA DEL EJECUTIVO NACIONAL EN MATERIA DE SEGURIDAD CIUDADANA FRENTE A LA NATURALEZA CONCURRENTES DE LAS COMPETENCIAS NACIONALES, ESTADALES Y MUNICIPALES EN MATERIA DE POLICÍA

Marilena Asprino Salas

*Profesora de Derecho Administrativo
de la Universidad de Los Andes*

Resumen: El artículo analiza la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, y su impacto en las atribuciones de policía de los órganos estadales y municipales.

Palabras clave: policía administrativa; autoridades de policía; poder de policía; competencias concurrentes; rectoría.

Abstract: The article analyzes the Organic Law of Police Service and the National Bolivarian Police, and its influence in the police powers of the states and municipals bodies.

Key words: administrative police, police authorities, police powers, concurrent powers; rectory.

Recibido: 22 de abril de 2013 Aceptado: 30 de mayo de 2013

I. EL MANTENIMIENTO DEL ORDEN PÚBLICO Y LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE POLICÍA

1. Aspectos conceptuales

Es necesario dejar clara la vinculación que existe entre la idea de orden público y la actividad administrativa de policía,

y para ello son necesarias ciertas precisiones conceptuales. En este sentido, el maestro Lares Martínez señala que la policía administrativa admite la doble acepción característica del concepto de Administración Pública, esto es, en sentido objetivo o material y en sentido subjetivo u orgánico. En sentido material se entiende como la “actividad del Estado, encaminada, (...) al mantenimiento del orden público”; y en sentido orgánico, se identifica con “los cuerpos armados a cuyo cargo está el cumplimiento de aquella actividad”¹. En ambas acepciones está involucrado el concepto de orden público. Pero, ¿qué debe entenderse por orden público? Hauriou formuló una definición considerada clásica por la doctrina, “el orden público es el orden material exterior, es un estado de hecho opuesto al desorden (...)”². Esta definición de fácil aprehensión incluye lo definido dentro del cuerpo de la definición, por tanto, conviene recurrir a la figura de la sinonimia para precisar con mayor exactitud el significado del término. Son sinónimos de “orden”: armonía, disciplina, paz, tranquilidad, normalidad, equilibrio, autoridad³; en su totalidad, todos estos vocablos se hallan inmersos en la idea del jurista francés de “estado opuesto al desorden”. Con el transcurrir del tiempo, esta noción de orden público clásica o tradicional se ha ampliado, adecuándose al surgimiento de las policías especiales, de manera tal que hoy el término posee un contenido más amplio⁴.

En este orden de ideas, afirma Rivero que “la policía general es la autoridad responsable del mantenimiento del orden público, en un cierto territorio y disponiendo para ello de un conjunto de competencias

- 1 Lares Martínez, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*, XIII edición, Editorial ExLibris, Caracas, 2008, p. 242.
- 2 Hauriou, Maurice, *Précis de Droit Administratif*. París, citado por Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 242.
- 3 Disponible en WordReference.com / Online language dictionary: <http://www.wordreference.com/sinonimos/orden>
- 4 Rivero, Jean, *Derecho Administrativo*, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, p. 461.

y medios de acción; (...) las policías especiales son las que se aplican a una categoría particular de individuos (policía de extranjeros); a una rama de actividad (policía de caza, policía de los edificios que amenazan ruina, de establecimientos peligrosos, incómodos o insalubres, etc.) o las que poseen un fin que desborda la definición tradicional del orden público: es el caso de las policías con fin estético o cultural (protección de sitios, monumentos históricos)”⁵.

Ahora bien, tanto en uno como en otro caso (policía general y policías especiales), la intervención del Estado en la esfera de derechos y libertades ciudadanas, está justificada por la necesidad de resguardar el orden público, tal y como está establecido en el artículo 332 constitucional (Título VII De la Seguridad de la Nación, Capítulo IV de los Órganos de Seguridad Ciudadana), norma que comenta Rondón de Sansó⁶ en los términos siguientes:

“Con el objeto de mantener y restablecer el orden público, proteger a los ciudadanos, hogares y familias, apoyar las decisiones de las autoridades competentes y asegurar el pacífico disfrute de las garantías y derechos reconocidos por la Constitución, se le impone al Ejecutivo Nacional la obligación de organizar, de conformidad con la ley, un cuerpo uniformado de policía nacional, un cuerpo de investigaciones científicas, penales y administrativas, un cuerpo de bomberos y de administración de emergencias de carácter civil y una organización de protección civil y administración de desastres.” (Constitución, artículo 332)

Este artículo impone para el Estado la obligación de crear un conjunto de órganos para satisfacer los fines normativos de

5 Rivero, Jean, *Derecho Administrativo*, cit., pp. 461- 462.

6 Rondón De Sansó, Hildegard, *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999: Parte orgánica y sistemas*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2006, p. 455.

orden público y seguridad ciudadana. El que interesa a este estudio es el cuerpo uniformado de policía nacional, parte fundamental de estas reflexiones.

2. Policía Administrativa: concepto y fundamento

La policía administrativa “consiste en la intervención de la Administración en las actividades de los particulares, mediante reglamentaciones, órdenes, prohibiciones o autorizaciones” (Lares Martínez)⁷. A primera vista pareciera que tal injerencia estuviese en contradicción con las libertades individuales consagradas en la Constitución, mas ello no es así, pues –como aclara el mismo autor– “(...) el interés general de la comunidad exige que la libertad de iniciativa de los particulares, no puede llegar al extremo de comprometer el orden público o social y causar daños a la colectividad. Corresponde pues, al Estado, el establecimiento de las normas que, con los fines expresados, restrinjan o limiten el disfrute de la libertad y de la propiedad de los particulares. La aplicación de estas normas constituye el ejercicio del poder de policía”⁸.

Erichsen define a la policía administrativa como el “conjunto de intervenciones de la Administración que tienden a imponer, a la libre acción de los particulares, la disciplina exigida por la vida en sociedad, en el marco tratado por el legislador (...) tiene como objetivo prevenir los atentados al orden público”⁹. Algunas pueden ser muy severas y en términos absolutos, como la prohibición contemplada en el artículo 129 constitucional referente a la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas; pero otras pueden ser suspendidas en el caso concreto mediante el otorgamiento de una autorización que levante la prohibición de la norma. Como bien afirma Laguna de Paz “(...) un gran número de iniciativas –empresa-

7 Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 243.

8 Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 244.

9 Erichsen, L. *Diccionario de voces del Contencioso-Administrativo Venezolano*, UCAB/Los Libros de El Nacional, Serie Jurídica, Caracas, 2005, p. 192.

riales, o incluso, puramente domésticas- están sujetas a autorizaciones de actividad, ambientales o urbanísticas. Con ello, se trata de ejercer un control preventivo sobre actuaciones privadas, sujetas a la libre iniciativa (...) pero que pueden incidir de manera particularmente intensa en el interés general”¹⁰.

Debe quedar clara la idea que tras la actividad administrativa de policía subyace el deber general de los particulares de no violentar ni perturbar el orden público, y ese compromiso legitima la restricción de su libertad de acción en los términos establecidos por la Constitución y las leyes, mediante el ejercicio del Poder de Policía¹¹.

A. Límites del Poder de Policía

La potestad o poder de policía de los órganos estatales no es ilimitada, por el contrario, está sujeta a una serie de restricciones de derecho objetivo. La primera limitación es el principio de legalidad consagrado en el artículo 137 constitucional. La segunda es la presencia de intereses que ameriten defensa, que no sean de naturaleza pública o general, en cuyo caso los particulares afectados deberán acudir a los órganos jurisdiccionales competentes y no a los órganos de policía para la defensa de los mismos. La tercera deriva de la regla de la proporcionalidad de la medida, según la cual la policía debe adoptar las medidas estrictamente necesarias para el mantenimiento del orden público, adecuando siempre los medios coactivos que emplee a la gravedad de la infracción¹². Para asegurar el man-

10 Laguna de Paz, J., *La Autorización Administrativa*, Thomson Civitas. Editorial Aranzadi, S.A. 2006, p.p. 38- 41.

11 La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece en el artículo 20: “Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social”; y en el artículo 131, “Toda persona tiene el deber de cumplir y acatar esta Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público”.

12 Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., pp. 256-246.

tenimiento de la policía dentro de estos límites, se sujeta tanto al control de los órganos y entes administrativos competentes como al control jurisdiccional.

B. Autoridades de Policía

Las autoridades de policía son las que detentan y ejercen el Poder de Policía, es decir, las dotadas de competencia para adoptar decisiones generales o individuales encaminadas al mantenimiento del orden público, aunque no ejerzan el comando de fuerzas o cuerpo policiales en sí. Lares Martínez cita como ejemplo el caso de los concejales, quienes no dirigen ningún cuerpo policial en sentido práctico pero son los competentes para dictar –en el seno de la función deliberante y normativa de los Concejos Municipales- ordenanzas en materia de policía para el resguardo del orden público municipal¹³.

En nuestro país, el poder de policía es una competencia concurrente entre los tres niveles políticos territoriales que integran la República. Como bien señala González Cruz, “la forma federal es compleja y demanda buenos mecanismos de coordinación; de allí que se establezcan principios como la integridad territorial, la cooperación, la solidaridad interinstitucional, la concurrencia y la corresponsabilidad. Sin estos principios, la acción del Estado podría terminar en un caos (...) La concurrencia y la corresponsabilidad se dan cuando una determinada competencia o actividad pública está atribuida por igual a distintos órganos, tal como ocurre en materia de policía y de seguridad ciudadana. En este caso deben delimitarse los campos de actuación de cada nivel territorial pero todos con corresponsables de la protección de los ciudadanos y sus bienes”¹⁴. Tal demarcación la hace la propia Constitución, así, según su artículo 156.6 es de la competencia del Poder Nacional, la policía nacional; de acuerdo al art. 164.6 es de la

13 Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., pp. 256-246.

14 González Cruz, Fortunato. *Valores y principios de la Constitución*, Segunda edición, Mérida, 2006, p. 33.

competencia exclusiva de los Estados la organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, conforme a la legislación nacional aplicable; y a los municipios corresponde la Justicia de Paz, las áreas de prevención y protección vecinal y los servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable (Constitución, artículo 178.7).

A nivel nacional, la máxima autoridad de policía es el Presidente de la República, quien ejerce las funciones de policía de seguridad, en lo que respecta a la policía administrativa general, por órgano del Ministro para Relaciones Interiores y Justicia, y en el caso de las policías especiales, por órgano del Ministro respectivo (expulsión de extranjeros; servicios de identificación; régimen y administración de las minas e hidrocarburos, régimen de las tierras baldías y la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país; régimen de metrología legal y control de calidad. Artículo 156, constitucional). A nivel de los Estados, el poder de policía reside en el Gobernador, dentro de los límites territoriales del estado cuyo gobierno y administración ejerce, mientras que, a nivel municipal, su ejercicio corresponde al Alcalde, como máxima autoridad ejecutiva del municipio; en estos dos últimos niveles el ejercicio del poder de policía está sujeto no sólo a las normas constitucionales, sino también a la ley que la Asamblea Nacional dicte para regular la materia.

II. LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO DE POLICÍA Y DEL CUERPO DE POLICÍA NACIONAL BOLIVARIANA

La Ley nacional a que hacen referencia los artículos 164, numeral 6 y 178 numeral 7 constitucionales es la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana (LOSPCPNB, de aquí en adelante) de diciembre de 2009, promulgada inicialmente con la denominación de Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional,

en abril de 2.008. Esta Ley nace dentro del proceso de reforma policial venezolana que se inició en los ´80 y que se revitalizó con la creación de la Comisión Nacional para la Reforma Policial (CONAREPOL) en el año 2006. Sobre tal proceso se ha pronunciado Beatríz El Achkar¹⁵, en los términos siguientes:

“La reforma policial venezolana ha construido su legitimidad sobre la base de la consulta y participación de la población, el cuidado de la calidad técnica del trabajo realizado y el compromiso político con los sectores sociales victimizados por la policía. Como toda política pública, esta reforma no es neutra. Los principios ético-políticos que la impulsan se basan en el derecho humano a la igualdad y la no discriminación, la democratización socialista de la sociedad a través de la modificación de las relaciones de poder que han permitido la corrupción policial, su ineficacia para garantizar el derecho a la seguridad ciudadana y la violación de los derechos humanos por parte de los cuerpos policiales (fundamentalmente a los jóvenes de los sectores populares)”¹⁶.

Como bien señala la propia autora, este proceso de reforma estuvo impregnado de un conjunto de dogmas y valores que son el común denominador en las políticas públicas desarrolladas bajo la propuesta gubernamental del socialismo del siglo XXI, entre ellos, la asunción de un compromiso con sectores sociales específicos y no con la sociedad en general y la modificación de las relaciones de poder, las cuales apuntan al reforzamiento competencial del Poder Central, a la estimulación de las formas de participación comunitaria emergentes y al debi-

15 El Achkar, Soraya Beatríz, “Cronología de la Reforma Policial Venezolana”, en *Revista de Seguridad Ciudadana y Pensamiento Crítico* N° 1, Mayo-Octubre 2012, Universidad Nacional Experimental de la Seguridad, Caracas, 2012, pp. 137-143.

16 El Achkar, Soraya Beatríz, “Cronología de la Reforma Policial Venezolana”, cit., p. 143.

litamiento de la descentralización territorial encarnada en la autoridad de los gobernadores y alcaldes. Esos dogmas fueron los que orientaron al ejecutivo en funciones de legislación durante la aprobación y sanción del proyecto de Ley¹⁷ y, por tanto, el texto normativo se hace eco de ellos. En la Exposición de Motivos de la Ley ha quedado plasmado lo siguiente:

“La creación del Cuerpo de Policía Nacional, permitirá la integración de un mismo órgano, de diferentes competencias relacionadas con la alta criminalidad y con una mayor especialización en la ejecución de sus funciones. La organización de la policía comunal, como estrategia para fortalecer el trabajo entre la policía y la comunidad, dará paso a un servicio policial esencialmente preventivo, apegado a los derechos humanos y trabajando en conjunto con la población y las instituciones locales en la solución de los problemas en materia de seguridad. **La designación de un Órgano Rector del servicio de policía, proporcionará un mejor ordenamiento, control y proyección de la función policial en los diferentes ámbitos político-territoriales.** Y finalmente, la homogenización de los diversos Cuerpos de Policías en aspectos claves para su funcionamiento, como son, principios de trabajo, capacitación, respeto a los derechos humanos, rendición de cuentas indicadores de desempeño, uso de la fuerza, entre otros, contribuirán a elevar su efectividad y su eficiencia en el cumplimiento de sus misiones” (destacado nuestro).

17 Es necesario señalar que la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana fue promulgada por el Presidente Hugo Chávez en el marco de la Ley Habilitante.

1. La Ley Orgánica del Servicio de Policía y su incidencia en las competencias policiales estatales y municipales

El objeto de la Ley comprende dos aspectos fundamentales: el primero, la regulación del servicio de policía en los distintos ámbitos político-territoriales y su rectoría; el segundo es la creación, organización y establecimiento de las competencias del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana. La rectoría, concepto fundamental dentro de este trabajo, es:

“el conjunto de acciones ejercidas en forma exclusiva por el Estado a través de los cuerpos de policía en todos sus niveles, conforme a los lineamientos y directrices contenidos en la legislación nacional y los que sean dictados por el Órgano Rector, con el propósito de proteger y garantizar los derechos de las personas frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad, riesgo o daño para su integridad física, sus propiedades, el ejercicio de sus derechos, el respeto de sus garantías, la paz social, la convivencia y el cumplimiento de la ley” (LOSPCPNB, artículo 3º).

Las normas que regulan el servicio de policía son vinculantes para todos los cuerpos policiales del país, incluyendo por supuesto, a las policías estatales y municipales. En tal sentido, éstas deben adecuar su desempeño a las características asignadas por el legislador a este servicio: la de ser un servicio predominantemente preventivo, que interviene en los factores que favorecen o promueven el delito (artículo 5); de prestación continua o ininterrumpida (artículo 5); de carácter civil y profesional (artículo 6); y cuya responsabilidad corresponde exclusivamente al Estado, bajo la rectoría del Poder Nacional, sin que pueda delegarse su ejercicio en los particulares (artículo 7). De igual manera deben observar y hacer efectivos los principios establecidos en el Capítulo III, artículos 8 al 16: celeridad, información, eficiencia, cooperación, respeto a los derechos

humanos, universalidad e igualdad, imparcialidad, actuación proporcional y participación ciudadana.

La sujeción de las policías estatales y municipales a estas prescripciones normativas además de tener un fundamento constitucional, tiene otro de índole orgánica, cual es la creación en el texto de la Ley del Sistema Integrado de Policía, que “(...) comprende la articulación de órganos y entes que ejercen el servicio de policía, y que coadyuvan a su prestación, a través del desarrollo de una estructura que asegure la gestión y eficiencia de los cuerpos de policía, mediante el cumplimiento de principios, normas y reglas comunes sobre la formación, la carrera, el sistema operativo, los niveles y criterios de actuación, las atribuciones, deberes comunes y los mecanismos de supervisión y control.” (artículo 21).

Este Sistema funciona bajo la rectoría del Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Interiores y Justicia, y está conformado por:

- El Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de seguridad ciudadana. (Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Interiores y Justicia, “MPPRIyJ”)
- El Cuerpo de Policía Nacional.
- Los Cuerpos de Policías Estadales.
- Los Cuerpos de Policías Municipales.
- La institución académica nacional especializada en seguridad. (Universidad Nacional Experimental de la Seguridad, UNES).
- El Fondo Nacional Intergubernamental del Servicio de Policía.
- Los demás órganos y entes que excepcionalmente ejerzan competencias propias del servicio de policía.

- Cualquier órgano o ente que determine el Ejecutivo Nacional.

La inclusión en este sistema de los cuerpos de policía estatales y municipales hace que desde la promulgación de la Ley *in comento*, posean una doble naturaleza: por una parte son órganos estatales y municipales sujetos a la potestad de policía de los gobernadores y alcaldes, respectivamente, y por otra son parte de un sistema nacional regulado por una ley nacional cuya rectoría la ejerce un órgano de la administración central nacional. A continuación se expondrán las normas con mayor incidencia en el ámbito competencial de los estados y municipios en materia de policía.

2. Sobre la rectoría

El artículo 17 de la Ley crea un órgano rector del servicio de policía: el ministerio con competencia en materia de seguridad ciudadana.

La figura de la rectoría no es la más adecuada cuando hay entes descentralizados territorialmente involucrados, pues éstos gozan de mayor autonomía en comparación con los entes descentralizados funcionalmente. Los Estados y Municipios poseen unas competencias atribuidas por la Constitución, unas exclusivas y otras concurrentes. La concurrencia no desconoce la naturaleza de los órganos y/o ente involucrados, por el contrario, la reconoce, así como su ámbito competencial, el cual es compartido en este caso. Según Brewer-Carías, “la autonomía, en su sentido propio, viene a ser la facultad que tienen los entes de crear su propio ordenamiento jurídico, esto es, de dictar sus propias normas, de aquí que autonomía equivale a autodeterminación (...) la autonomía propiamente dicha existe en la Administración descentralizada territorialmente”¹⁸. No

18 Brewer-Carías, Allan, *Introducción al estudio de la organización administrativa venezolana*, 3ª. Ed., Editorial Jurídica Venezolana, Colección Monografías Administrativas N° 1. Caracas, 1984. pp. 109-110.

es lo mismo que el Ministerio del Poder Popular del Ambiente sea el órgano rector en material ambiental y tenga funciones de control y de planificación sobre los entes descentralizados funcionalmente que le están adscritos, a que el MPPRIyJ funja como órgano rector de las policías estatales y municipales, en desconocimiento de la autoridad de policía y de las funciones policiales que por mandato constitucional corresponde a los gobernadores y alcaldes.

3. Sobre las competencias del órgano rector

El Artículo 18 de la Ley consagra las atribuciones del órgano rector. De acuerdo a la norma, el MPPRIyJ está facultado para dictar políticas públicas en materias de seguridad ciudadana y velar por su ejecución; diseñar y formular políticas integrales en lo que respecta a procedimientos y actuaciones de los cuerpos de policía; regular, coordinar, supervisar y controlar la correcta prestación del servicio de policía; establecer los lineamientos administrativos, funcionales y operativos, conforme a los cuales se organizan los cuerpos de policía; proceder a la intervención y suspensión de los cuerpos de policía; establecer un sistema único de expedición de credenciales a las funcionarias y funcionarios de los cuerpos de policía; mantener un registro actualizado del personal policial, parque de armas, asignación personal del arma orgánica y equipamiento de los cuerpos de policía; ejercer el control de desempeño y evaluación de los cuerpos de policía, de acuerdo con estándares que defina el Órgano Rector; crear Oficinas Técnicas para ejercer con carácter permanente funciones de supervisión y fiscalización de la prestación del servicio de policía, de la aplicación de los estándares y programas de asistencia técnica; otorgar la habilitación requerida para formar cuerpos de policía, entre otras.

Debe destacarse que el control y fiscalización de los cuerpos policiales, el dictado de lineamientos funcionales y operativos, el control y evaluación del desempeño de los funcionarios,

son funciones que corresponden a las autoridades de policía estatal y municipal, esto es, a los gobernadores y alcaldes. En todo caso, pudiesen llevarse a cabo coordinadamente, pero la coordinación nunca puede ser unilateral¹⁹. pues dejaría de ser coordinación. Por el contrario, debe partir del reconocimiento de cada uno de los entes y órganos involucrados y desde allí, proceder a acoplar el ejercicio de sus competencias. En otro sentido, atribuir al MPPRIyJ la habilitación para la formación de cuerpos de policía a nivel estatal y municipal, implica el establecimiento por vía legal de una inhabilitación general para las autoridades estatales y locales, lo que es inconstitucional. Los alcaldes, dentro de los límites del Municipio, pueden perfectamente organizar un cuerpo de policía vial o turística, bajo el amparo del artículo 178 de la Constitución, sin que deba ser habilitado para ello por el Ejecutivo Nacional. En cuanto a la asignación personal del arma orgánica y equipamiento de los cuerpos de policía, se considera que son también potestades de los gobernadores y alcaldes y los respectivos cuerpos legislativos. Distinto es que el órgano rector contribuya para la optimización de los servicios de policía estatales y municipales con dotación de equipos y armamento adicional al que pueden adquirir las autoridades regionales y locales por limitaciones presupuestarias, pero la detección de las necesidades en la materia debe corresponder a éstas. La rectoría, en este caso concreto, puede generar situaciones indeseables en el plano real pues, en el escenario de polarización que vivimos, que se ha manifestado con particular fuerza en la Administración Pública, puede ocurrir -como efectivamente ha ocurrido-, que no se haga entrega de equipos y armamento a los gobernadores y alcaldes que no estén identificados con la ideología política y partidista del gobierno nacional.

19 Brewer-Carías ilustra su argumento a través del célebre caso de Cordiplan, con el cual se pretendió centralizar todas las acciones coordinadas. Por tanto, no puede pensarse en que pueda existir la coordinación como una función específica asignada a un solo órgano o ente que lo va a ejercer sobre todos los demás, pues ello es contrario a la esencia de la coordinación. Cfr. Brewer-Carías, Allan, *Introducción al estudio de la organización administrativa venezolana*, p. 127.

En fin, del análisis de la justificación de la creación del órgano rector del servicio de policía y de los cuerpos policiales contenida en la exposición de motivos de la Ley, así como de los aportes de algunos autores que han sido citados en estas reflexiones y que formaron parte de la reforma policial que dio origen a la LSPCPNB y de las atribuciones legales del referido órgano rector, se concluye que la rectoría atribuida al MPPRIyJ sobre el ejercicio de funciones atribuidas por la Constitución a las autoridades de policía estatales y municipales es impropia e inadecuada, porque atenta contra su autonomía y es violatoria de sus competencias, llegando el órgano central a usurpar funciones que constitucionalmente les han sido asignadas a tales autoridades.

4. El Consejo General de Policía

Los Artículos 23 y 24 de la Ley crean el Consejo General de Policía y la Secretaría Ejecutiva del Consejo Federal de Policía. De acuerdo a la norma, el Consejo General de Policía es una instancia de participación y asesoría para coadyuvar a la definición, planificación y coordinación de las políticas públicas en materia del servicio de policía, así como del desempeño profesional del policía. Presidido por el Ministro del Poder Popular para las Relaciones Interiores y Justicia como órgano rector, está integrado por una representación de los Gobernadores y Alcaldes, de la Defensoría del Pueblo y del Ministerio Público. En este sentido, es oportuno recordar lo dicho en párrafos anteriores anteriormente con respecto a la coordinación. Si todos los gobernadores y alcaldes son autoridades de policía en sus respectivos territorios, todos deberían participar en la planificación y coordinación de las políticas públicas en esta materia, no algunos de ellos.

5. La competencia para organizar cuerpos de policía

El artículo 27 de la Ley establece la competencia para organizar cuerpos de policía. Dice la norma:

“son competentes para organizar cuerpos de policía, el Ejecutivo Nacional a través del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de seguridad ciudadana, los estados y municipios a través de las instancias correspondientes, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la legislación nacional y los lineamientos dictados por el Órgano Rector. Para organizar cuerpos de policía, los estados y municipios deberán presentar al Ministerio con competencia en materia de seguridad ciudadana el respectivo proyecto a efectos de la verificación del cumplimiento de los estándares y habilitación correspondiente.”

El legislador nacional somete la facultad de organizar cuerpos de policía de los Estados y Municipios a la Constitución, a la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana y a los lineamientos dictados por el órgano rector. Por supuesto, es inobjetable la sujeción de los Estados y Municipios en el ejercicio de sus funciones policiales a la Constitución y a la legislación nacional, lo que es cuestionable es que se utilice la exigencia constitucional del dictado de una ley para establecer una especie de jerarquía –contraria a la naturaleza de los entes descentralizados territorialmente– entre los gobernadores y alcaldes y el MPPRIyJ, obligando a los primeros a presentar ante el órgano rector un proyecto para la creación de un cuerpo policial para que éste decida si los habilita o no para ello. Conviene recordar que la descentralización territorial es una descentralización política, que deviene de nuestro modelo de Estado, Federal y Descentralizado. Este modelo de Estado requiere un reparto de competencias entre los tres niveles político-territoriales que se lleva a cabo en la propia Constitución. En el tema que nos ocupa, la Constitución establece en el artículo 164 que *“es de la competencia exclusiva de los Estados (...) 6. La organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, conforme a la legislación nacional aplicable”*. Mientras que los órganos municipales son competentes *en materia de justicia de paz,*

de prevención y protección vecinal y servicios de policía municipal (Constitución, artículo 178, numeral 7), por lo que para crear cuerpos policiales dentro de las competencias señaladas en el artículo 178 constitucional y en las que le hayan sido atribuidas por el estado correspondiente, no deben requerir de habilitación alguna por parte del Ejecutivo Nacional. El ejercicio de la atribución de organizar cuerpos de policía es parte de su autonomía, consagrada en el artículo 168 de la Constitución.

6. Las autoridades de dirección policial

Los artículos 28 al 32 crean las autoridades de dirección policial, establecen su competencia y su forma de designación. De acuerdo a la norma, *“son autoridades de dirección policial en cada uno de los órganos correspondientes, las directoras o directores de los diferentes cuerpos de policía y las funcionarias o funcionarios con responsabilidades de comando en la relación jerárquica con sus subordinadas o subordinados”* (artículo 29). En el ámbito funcional de los cuerpos de policía, estas autoridades *deben ejecutar las políticas dictadas por el Órgano Rector, los principios y programas generales para la prevención y el control del delito y cumplir las metas establecidas en la planificación* (artículo 30, numeral 1), cuya coordinación, recordemos, corresponde al órgano central. A través de esta norma, el legislador obvia la relación directa que debe existir entre el gobernador y los funcionarios policiales con responsabilidades de comando a nivel estatal, así como entre el alcalde y los funcionarios con responsabilidades de comando a nivel municipal. En reafirmación de lo anterior, se observa cómo el legislador nacional a través del artículo 28, numeral 3 de la Ley, somete la designación de estos funcionarios, que por disposición de la misma Ley corresponde al alcalde o al gobernador, según el caso, a la aprobación previa del órgano rector, pudiendo únicamente designar sin necesidad de tal aprobación a los Directores de Policía Estatal y Municipal, funcionarios de libre nombramiento y remoción de los gobernadores y alcaldes a tenor de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley.

7. El Cuerpo de Policía Nacional

Los artículos 35 y 36 crean y definen al Cuerpo de Policía Nacional y establecen su naturaleza. El Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana es un órgano desconcentrado de seguridad ciudadana, dependiente administrativa y funcionalmente del MPPRIyJ, y *“tiene carácter civil, público, permanente, profesional y organizado. Estará desplegado en todo el territorio nacional para garantizar el ejercicio de los derechos individuales y colectivos y el cumplimiento de la ley”* (artículo 36). La característica más resaltante de esta policía es su presencia en todo el territorio nacional, dada su naturaleza de cuerpo de seguridad nacional.

8. Áreas de servicio y atribuciones del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana

Los artículos 37 y 39 disponen las áreas del servicio y establecen las atribuciones exclusivas del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana. La amplitud de áreas del servicio señaladas en el artículo 37 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana (*orden público, tránsito, fiscalización y aduanas, turismo, aeroportuaria, custodia diplomática y protección de personalidades, penitenciaria, migración, marítima, anticorrupción, sustancias estupefacientes y psicotrópicas, ambiental, delincuencia organizada, antisequestro, seguridad alimentaria, entre otras*) aunadas a las atribuciones exclusivas establecidas en el artículo 39, hacen del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana un organismo de funcionalidad compleja y amplia, que pone en evidencia la vocación centralista de la Ley y del legislador en el momento de concebirla.

9. Cuerpos de policía estatal

Los artículos 42 y 43 definen a los Cuerpos de Policía Estatal y establecen sus atribuciones. El legislador nacional define a los cuerpos de policía estatal como *“órganos o entes de seguridad ciudadana encargados de ejercer el servicio de policía en su espa-*

cio territorial y ámbito de competencia, primordialmente orientados hacia actividades preventivas y control del delito (...)” y les adjudica, además de las atribuciones comunes de los Cuerpos de Policía previstas en la Ley, *“la facultad de organizar personal entrenado y equipado para el control de reuniones y manifestaciones que comprometan el orden público, la paz social y la convivencia.(...)”* de acuerdo a los lineamientos dictados por el órgano rector. Sobre el particular, debe resaltarse el hecho de que las actividades de los cuerpos policiales estatales están primordialmente orientadas hacia actividades de prevención y control del delito, lo que limita mucho su campo de acción, por ejemplo, en el caso de *“proteger a las personas y a las comunidades, frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad, riesgo o daño para la integridad física, sus propiedades y su hábitat”* (artículo 34).

10. Cuerpos de policía municipal

Los artículos 44 al 46 definen a los Cuerpos de Policía Municipal, y establecen su naturaleza y atribuciones. La definición legal de los cuerpos de policía municipal es exactamente igual a la de los cuerpos de policía estatal y como éstos, comparten una serie de atribuciones comunes con el cuerpo de policía nacional bolivariana a la par que poseen unas atribuciones exclusivas, a saber: *“la competencia exclusiva en materia administrativa propia del municipio y protección vecinal”* (artículo 46). No obstante debe recordarse que para crear un cuerpo de policía, las autoridades de policía municipales deberán presentar el proyecto respectivo a los fines de ser valorado y estudiado por el MPPRIyJ y obtener la anteriormente cuestionada habilitación.

III. REFLEXIÓN FINAL

Del estudio efectuado, se concluye que la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana es una Ley de acentuado carácter centralista, que invade de diversas formas el ámbito competencial de los estados y

municipios en materia policial y desconoce la autonomía de estas entidades y de sus autoridades de policía, sometiéndolas a la rectoría de un órgano del poder nacional, desvirtuando así el propósito del constituyente de que el Estado ejerza las actividades de policía y de seguridad ciudadana de forma concurrente entre los tres niveles de gobierno y administración que existen en Venezuela. En este sentido es necesario destacar que los cuerpos policiales estatales y municipales no se encuentran en la enumeración que hace el artículo 332 constitucional de los cuerpos y órganos de seguridad cuya organización corresponde al Ejecutivo Nacional, por lo tanto, las funciones organizativas y de coordinación del órgano rector carecen de fundamento constitucional.

También debe señalarse que no sólo por la vía de la rectoría resultan afectados negativamente los poderes de policía estatal y municipal a través de esta Ley, pues además son vulnerados con las disposiciones que contiene sobre control externo (que puede ser ejercido por los consejos comunales, las organizaciones comunitarias y sociales estructuradas y los Comités Ciudadanos de Control Policial²⁰) y sobre la creación del servicio de policía comunal, disposiciones que responden al modelo de Estado Comunal que pretende imponer el Gobierno Nacional de espaldas al texto constitucional. De acuerdo a lo establecido en el artículo 49 de la Ley, los gobernadores y alcaldes tienen la obligación de promover el establecimiento del servicio de policía comunal *“como estrategia para perfeccionar el trabajo conjunto y directo entre los cuerpos de policía y la comunidad”*. Como dato curioso, vale señalar que para la creación de núcleos de policía comunal y de cuerpos de policía comunal, las autoridades regionales y locales no requieren la habilitación del MPPRIyJ, quien a través de las Oficinas Técnicas, las auxiliará en el diseño, organización y perfeccionamiento del servicio de policía comunal.

20 Consejo General De Policía. *Métele el ojo a tu Policía: Claves para el control externo de los cuerpos de policía*, Consejo General de Policía, Caracas. s.f. Distribución gratuita.

Termino estas reflexiones recordando que se administra mejor de cerca, por lo que no es descabellado pensar que quizás los altos índices de inseguridad del país estén relacionados con la minusvalía de los cuerpos policiales estatales y municipales generada por esta Ley en todos los órdenes

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BREWER-CARÍAS, Allan. *Introducción al estudio de la organización administrativa venezolana*. 3ª. Ed. Editorial Jurídica Venezolana. Colección Monografías Administrativas N° 1. Caracas. 1984
- CONSEJO GENERAL DE POLICÍA. *Métele el ojo a tu Policía: Claves para el control externo de los cuerpos de policía*. Consejo General de Policía. Caracas. s.f. Distribución gratuita.
- EL ACHKAR, Soraya Beatríz. "Cronología de la Reforma Policial Venezolana." *Comunes. Revista de Seguridad Ciudadana y Pensamiento Crítico*. N° 1. Mayo-October 2012. Universidad Nacional Experimental de la Seguridad. Caracas. 2012.
- ERICHSEN, L. *Diccionario de voces del Contencioso-Administrativo Venezolano*. UCAB/Los Libros de El Nacional. Serie Jurídica. Caracas. 2005.
- GONZÁLEZ CRUZ, Fortunato. *Valores y principios de la Constitución*. Segunda edición. Mérida. 2006.
- HAURIUO, Maurice. *Précis de Droit Administratif*. París. **Apud**. LARES MARTÍNEZ, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*. XIII edición. Editorial ExLibris. Caracas. 2008.
- LAGUNA DE PAZ, J. *La Autorización Administrativa*. Thomson Civitas. Editorial Aranzadi, S.A. (s.l)
- LARES MARTÍNEZ, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*. XIII edición. Editorial ExLibris. Caracas. 2008.
- RIVERO, Jean. *Derecho Administrativo*. Instituto de Derecho Público UCV. Caracas. 1984.

RODRIGEZ MORALES, Alejandro. El ámbito legislativo de la reforma policial en la República Bolivariana de Venezuela. Comunes. *Revista de Seguridad Ciudadana y Pensamiento Crítico*. N° 1. Mayo-Octubre 2012. Universidad Nacional Experimental de la Seguridad. Caracas. 2012.

RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999: Parte orgánica y sistemas*. Editorial Ex Libris Caracas. 2006.

Legislación

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Caracas: Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario de 24 de marzo de 2000.

LEY ORGANICA DEL SERVICIO DE POLICIA Y DEL CUERPO DE POLICIA NACIONAL BOLIVARIANA. Caracas: Gaceta Oficial N° 5.940 Extraordinario de 07 de diciembre de 2009.

Direcciones on line

WordReference.com / Online language dictionary: <http://www.wordreference.com/sinonimos/orden>

SEMBLANZA
DEL DOCTOR ELOY LARES MARTÍNEZ,
AL CUMPLIRSE CIEN AÑOS
DE SU NACIMIENTO

José Rafael Belandria García

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España)

Resumen: Al cumplirse cien años del natalicio del profesor Eloy Lares Martínez, se realiza una semblanza desde la perspectiva del Derecho administrativo venezolano

Palabras clave: Eloy Lares Martínez

Abstract: In the centenary of the birth of Eloy Lares Martínez, the article realizes a biographical sketch from the perspective of the Venezuelan Administrative Law

Keywords: Eloy Lares Martínez

Recibido: 25 de abril de 2013 Aceptado: 30 de mayo de 2013

INTRODUCCIÓN

Don Eloy Lares Martínez fue un ilustre venezolano del siglo XX y comienzos del XXI graduado de doctor en Ciencias Políticas en la Universidad Central de Venezuela, que ejerció importantes destinos públicos, como el de Gobernador del Estado Sucre, Ministro del Trabajo, Procurador General de la República, Conjuez de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia y Director del Banco Central de Venezuela. Si bien, sobre todo fue, a lo largo de su vida, un profesor universitario.

A partir de esa última faceta, este bosquejo biográfico se enfoca en la docencia y obra científica del doctor Eloy Lares

Martínez. Teniendo como marco histórico y referencial el hecho de que la asignatura de Derecho Administrativo comenzó a impartirse de manera autónoma en la Universidad Central de Venezuela en 1909¹, y que a finales de la década pasada –en 2009– arribó a su centenario, estas páginas están dedicadas a explorar el legado que el doctor Lares Martínez dejó en su condición de docente e investigador a la ciencia del Derecho Administrativo venezolano. El propósito consiste en destacar los principales aportes científicos realizados durante su magisterio, y para ello se habrá de comenzar por una referencia a su historia personal.

I. DE CARÚPANO A CARACAS, Y LA UNIVERSIDAD

Eloy Antonio Lares Martínez nació en Carúpano, Estado Sucre, el 17 de abril de 1913. Venía de una familia con una larga tradición jurídica, con la abogacía como profesión. Su padre, Eloy Lares Saravia, fue procurador judicial. Su abuelo paterno, Eloy Lares Sánchez, obtuvo el título de doctor en Derecho en la Universidad Central de Venezuela, y lo mismo su abuelo materno, Manuel Antonio Martínez Parra². Su infancia y adolescencia transcurrieron entre su natal Carúpano y Cumaná, donde realizó los estudios de secundaria³. Parece llamativo que el Estado Sucre haya sido tierra de tantos juristas, y como dice Henrique Iribarren Monteverde, resulta válido preguntarse, por qué Carúpano y sus cercanías dieron tantos talentos al mundo del Derecho Público venezolano⁴. Y es que ade-

1 Duque Corredor, Román, “La enseñanza del Derecho Administrativo Venezolano y el Derecho Comparado”, en *Boletín de la Academia de las Ciencias Políticas y Sociales*, núm. 147 enero-diciembre 2009, p. 30.

2 Tomado de: Lares Bassa, Rodrigo, *El andar de una vida. Biografía del doctor Eloy Lares Martínez*, Ex Librix, Caracas, 1999, p. 33.

3 Tomado de: Lares Bassa, *El andar de una vida*, cit., p. 43.

4 Iribarren Monteverde, Henrique. “Presentación”. *Congreso Internacional de Derecho Administrativo en homenaje al Prof. Luis H. Farías Mata*, Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2006, p. 8.

más de Eloy Lares Martínez, también son naturales de aquella tierra: Luis Henrique Farías Mata, José Guillermo Andueza, Antonio Angrisano e Hildegard Rondón de Sansó⁵.

El 9 de enero de 1930, Eloy Lares Martínez partió a Caracas para cursar estudios de Derecho en la Universidad Central de Venezuela⁶. Los estudios –que comenzaron dos días después de haber llegado a la capital del país– finalizaron en 1935. Entre sus profesores, los más destacados fueron: Juan José Mendoza, en Derecho Romano; Caracciolo Parra León, en Principios Generales del Derecho; José Manuel Hernández Ron, en Derecho Administrativo; Arminio Borjas, en Procedimiento Civil; Carlos Morales, en Derecho Mercantil; y Lorenzo Herrera Mendoza, en Derecho Internacional Privado⁷. Para aquella época la Universidad Central de Venezuela funcionaba frente al guzmancista Palacio Federal Legislativo, entre las esquinas de Bolsa a San Francisco, donde otrora estuviera el Convento de San Francisco, y hoy en día el Palacio de las Academias. Fue allí donde Lares Martínez recibió clases. Culminó sus estudios en el mes de julio de 1935 y obtuvo el diploma de doctor en Ciencias Políticas el 5 de octubre de ese mismo año⁸. Además de Eloy Lares Martínez, el curso de 1935 estuvo formado por otros venezolanos que luego destacarían en distintos ámbitos, uno de ellos, por azares de la vida, llegaría inclusive a ser Presidente de la República por un corto período: Edgar Sanabria, entre noviembre de 1958 y enero de 1959. Eran los días de una transición, la del final de la dictadura y comienzos de la democracia.

5 Iribarren Monteverde, Henrique. “Presentación”, cit., p. 8

6 Tomado de: Lares Bassa, *El andar de una vida*, cit., p. 47.

7 Lares Bassa, *El andar de una vida*, cit., p. 51.

8 Lares Bassa, *El andar de una vida*, cit., pp. 51 y 52.

II. EL PROFESOR UNIVERSITARIO

Don Eloy Lares Martínez hizo una larga carrera universitaria que tuvo como sello distintivo haber estado frente a la cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, desde septiembre de 1947, hasta octubre de 1979 (fecha de su jubilación administrativa). Además, Lares Martínez fue también profesor en otras facultades de esa misma Universidad, y también lo fue en otras universidades de la ciudad de Caracas.

El concurso para proveer dicha cátedra se celebró en el mes de julio de 1947. El jurado estaba formado por cinco distinguidos miembros. Éstos eran: José Manuel Hernández Ron (quien lo presidía y era además el profesor saliente de la asignatura al haber sido jubilado), Nicomedes Zuloaga, José Loreto Arismendi, Alfonso Espinosa y Aurelio Arreaza⁹. Después de realizadas las pruebas, que consistían en una prueba pedagógica, lección magistral y prueba de capacitación¹⁰, el jurado dio como ganador, entre los tres honorables participantes que habían, al doctor Eloy Lares Martínez. Por acta de fecha 16 de septiembre de 1947 tomó posesión de la cátedra de Derecho Administrativo y adquirió la condición de profesor ordinario, titular hoy en día. En una entrañable biografía suya, escrita al final de su vida por Rodrigo Lares Bassa (su nieto), el profesor Lares Martínez menciona entre las principales satisfacciones de su vida, frente a la pregunta que a tal efecto se le hiciera: *"Haber alcanzado, en severo concurso de oposición, la categoría de profesor titular"*¹¹.

Antes de acceder a la cátedra, Eloy Lares Martínez había sido ya profesor en la propia Universidad Central. Su primer encargo fue ser adjunto de seminario, por nombramiento de

9 Lares Bassa, *El andar de una vida*, cit., p. 72.

10 Lares Bassa, *El andar de una vida*, cit., p. 72.

11 Tomado de: Lares Bassa, *El andar de una vida*, cit., p. 115.

fecha 1 de octubre de 1941¹². En vista de que para ese momento no se habían dictado los reglamentos de seminario se le encomendó ser adjunto de los profesores de cátedra. De ese modo, dio primero clases de Derecho Constitucional y luego de Derecho Administrativo. En septiembre de 1943 fue nombrado profesor interino de Economía Política de la Facultad de Derecho, debido a que el titular de la cátedra, el doctor Arturo Uslar Pietri –uno de los más prestigiosos intelectuales del siglo XX en el país–, había sido designado Secretario de la Presidencia de la República. Luego, en 1944 fue designado profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Economía, y entre 1947 y 1957 dictó la materia Fundamentos de Derecho Privado en esa misma Facultad¹³. De manera que Eloy Lares Martínez fue profesor en la Universidad Central de Venezuela nada menos que por espacio de treinta y ocho años, desde octubre de 1941, cuando ingresó, hasta octubre de 1979.

Creada la Universidad Santa María en 1953, Eloy Lares Martínez fue llamado junto con otros profesores de la Universidad Central de Venezuela a impartir clases allí, encargo que aceptó y ejerció desde octubre de ese año, hasta agosto de 1956. Durante el primer año fue profesor en Derecho Constitucional y los dos años siguientes en Derecho Administrativo¹⁴. Por otro lado, en 1969 fue llamado para ser profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello, debido a que el titular de la asignatura, el doctor Tomás Polanco Alcántara, había sido designado Embajador de Venezuela en Chile, labor que ejerció durante aquel año¹⁵.

12 Lares Bassa, *El andar de una vida*, cit., p. 71.

13 Tomado de: Lares Bassa, Rodrigo. “Palabras preliminares: la elaboración del Manual de Derecho Administrativo”, en *El Derecho Administrativo en los umbrales del siglo XXI. Libro homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 39.

14 Tomado de: Lares Bassa, *El andar de una vida*, cit., p. 93.

15 *El andar de una vida*, cit., p. 94.

Como natural reconocimiento a su destacada actividad docente y académica, Eloy Lares Martínez fue electo individuo de número de la Academia de las Ciencias Políticas y Sociales, en sesión de fecha 15 de junio de 1962. En esa prestigiosa Corporación ocupó el sillón número 31¹⁶, al que se incorporó el día 11 de octubre de 1967, con un discurso intitulado “*El principio de legalidad aplicado a la Administración*”, el cual, en palabras del profesor Luis Henrique Farías Mata, fue “*enfundioso a la par que ameno*”¹⁷. En esa Academia llegó además a ser su Presidente, entre 1975 y 1976.

Asimismo, el profesor Lares Martínez fue el primer rector de la Universidad Simón Bolívar, entre diciembre de 1968 y julio de 1969, la cual en sus inicios recibió el nombre de Universidad de Caracas, como una forma de rendir homenaje a la ciudad en los cuatrocientos años de su fundación. El nombre, sin embargo, dio lugar a diferencias con las autoridades de la época de la Universidad Central de Venezuela, pues argumentaban que éste pertenecía al patrimonio histórico y cultural de dicha casa de estudios¹⁸ (recuérdese que en 1721 fue fundada mediante Cédula del Rey Felipe V la Universidad Real de Caracas). Lares Martínez fue el primer rector de la Universidad Simón Bolívar, en lo que pudiera considerarse un período de transición, no sólo porque se producía un cambio en el Gobierno –entre Raúl Leoni y Rafael Caldera–, sino porque era la época entre su creación y funcionamiento efectivo.

16 En <http://www.acienpol.org.ve/Individuos.aspx>

17 Farías Mata, Luis. “Presentación”, en Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008. p. 10.

18 Tomado de: Lares Bassa, *El andar de una vida...*, pp. 111 a la 113.

III. EL MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO

La prolija actividad docente de Eloy Lares Martínez trajo consigo también una fecunda producción científica. La docencia supone la investigación, análisis y reflexión sosegada de muchos aspectos relacionados con el saber. Son actividades que deben ir enlazadas. El principal aporte del profesor Eloy Lares Martínez a la doctrina del Derecho Administrativo venezolano fue su célebre Manual de Derecho Administrativo¹⁹.

El *Manual de Derecho Administrativo* (en lo sucesivo, el Manual) apareció por primera vez en 1963. El 21 de junio de aquel año fue presentado el libro, en un acto al que acudieron numerosas personalidades de la época²⁰. Desde entonces el Manual ha sido editado en múltiples ocasiones, la mayoría de ellas con actualizaciones y ampliaciones, al punto de que hoy en día, para el año 2013, cuenta con trece ediciones. De éstas, doce fueron realizadas por el autor, correspondientes –además de la primera– a los años 1970, 1975, 1978, 1983, 1986, 1988, 1991, 1992, 1997, 1998, 2001, y la última, de 2008, fue una edición póstuma, actualizada por Rodrigo Lares Bassa, su nieto, también profesor universitario de Derecho. Todas estas ediciones han estado a cargo de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Para el año en que apareció el Manual, es preciso destacar, eran escasos los estudios que existían en el país en torno al Derecho Administrativo. Algo más de cincuenta años habían transcurrido desde que comenzara a dictarse la disciplina de manera autónoma. El primer profesor de la asignatura en la Universidad Central de Venezuela fue el doctor Federico

19 Además se pueden citar otros estudios: “Significado del recurso de casación. Su establecimiento en Venezuela”; “La prescripción adquisitiva”; y “Responsabilidad patrimonial de la Administración pública”, publicados en el Boletín de la Academia de las Ciencias Políticas y Sociales, números 127, 131 y 133, respectivamente.

20 Tomado de: Lares Bassa, “Palabras preliminares”, cit., p. 35.

Urbano, le siguió el doctor Federico Álvarez Feo y a partir de 1931, asumió el cargo el doctor José Manuel Hernández Ron, quien fue el primer tratadista²¹ patrio de la materia, al haber publicado ya para 1943 una investigación bajo el siguiente título: *“Tratado Elemental de Derecho Administrativo”*. Si se revisa la primera edición del Manual de Derecho Administrativo del profesor Eloy Lares Martínez, es posible observar que en la bibliografía se citan como obras nacionales dedicadas por completo a la materia, además del libro del doctor Hernández Ron, la obra del profesor Tomás Polanco Alcántara, titulada *“Derecho Administrativo Especial”* (Caracas, 1959), y la obra del profesor Antonio Moles Caubet, titulada *“Apuntes de Clases (trabajos inéditos)”* (s/f).

Hay otros estudios nacionales que se citan en la bibliografía de esa primera edición, pero que sólo abordan aspectos concretos de la disciplina y no el programa de la época entero. Es el caso de: *“La jurisdicción constitucional en el Derecho Venezolano”* del doctor José Guillermo Andueza (tesis de doctorado, Caracas, 1955); *“Caracas y su régimen municipal”* del doctor Jesús González Cabrera (tesis de doctorado, Caracas, 1941); *“Privilegios del Fisco en el Derecho Venezolano”* del doctor René Lepervanche Parparcen (Caracas, 1946); *“Régimen legal de las aguas en Venezuela”* del doctor Francisco Meaño (Caracas, 1956); *“El funcionario público”* del doctor Gonzalo Pérez Luciani (tesis de doctorado, Caracas, 1949); *“La Administración Pública”* del doctor Tomás Polanco Alcántara (tesis de doctorado, Caracas, 1951); y *“La Supremacía de la Constitución y su defensa”* del doctor Pablo Ruggieri Parra (Caracas, 1941).

Más allá del mérito e importancia que todos estos estudios puedan tener, lo cierto es que no abordan la asignatura de Derecho Administrativo por completo e incluso es proba-

21 Hernández, José Ignacio, “Perspectivas históricas de textos fundamentales del Derecho Administrativo en el centenario de la cátedra”, en *Textos Fundamentales de Derecho Administrativo*, Academia de las Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010, p. XV.

ble que tampoco fuese ese su objetivo. Estas eran las principales investigaciones que existían en el país en torno al Derecho Administrativo, y en realidad sólo se encargaron de aspectos puntuales. El Manual de Derecho Administrativo del profesor Eloy Lares Martínez, en cambio, sí se ocupó, desde su primera edición, de abordar la disciplina de manera sistemática en Venezuela²². Por ese motivo, es mérito del Manual estudiar el Derecho Administrativo venezolano con una visión sistemática y asimismo es legado de su autor, para el Derecho Administrativo patrio, haber emprendido esa tarea.

El Manual también contribuyó, desde la época de su aparición y con sus ediciones sucesivas, a la consolidación de la disciplina en nuestro país, a que ésta se hiciera más robusta y con perfiles propios, que la identificaran de otras vinculadas al Derecho Público. El Derecho Administrativo, al tratar sobre la ordenación jurídica de la Administración pública y sus relaciones con los ciudadanos, es una disciplina muy propia de cada país. Durante la segunda mitad del siglo XX fue probablemente el Derecho Administrativo, entre las ramas del Derecho venezolano, la disciplina que mayor crecimiento experimentó a nivel normativo, jurisprudencial y doctrinario²³. El Manual, por su parte, siempre se ocupó de estos aspectos y ofreció a los lectores opiniones, criterios y análisis acordes con cada momento histórico. Ello hizo que el Derecho Administrativo venezolano adquiriera firmeza y solidez.

Pasando a la etimología de la obra, la profesora Hildegard Rondón de Sansó dice que su designación como Manual, *“ante todo revela la profunda humildad del autor, y al mismo tiempo, su*

22 Ello también obedeció a los cambios que fue experimentando el método de enseñanza en las universidades venezolanas: con anterioridad era exegético y luego pasó a ser sistemático.

23 García Soto, Carlos, “El Derecho Administrativo venezolano contemporáneo a través de las palabras del autor del Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez”, en *El Derecho Administrativo en los umbrales del siglo XXI*, cit., p. 418.

*deseo de abarcar la globalidad temática de la asignatura y hacerlo, teniendo como pauta un criterio esquemático”*²⁴. En cuanto al significado, también es útil el criterio de la profesora Rondón de Sansó, quien advierte que *“la generación de administrativistas que tuvo que nutrirse de sus doctrinas y sus exposiciones, entendió que había que poner orden a la disciplina, había que apartarse de la copia textual de la doctrina extranjera; había que buscarle un sentido a la interpretación de nuestro propio derecho; (...) A partir del Manual de Lares Martínez ya teníamos un punto de partida para buscar una opinión autorizada en todos los temas de nuestra disciplina”*²⁵.

En la actualidad, el Manual está dividido en cincuenta y cinco capítulos y entre los principales temas que allí se abordan están los siguientes: Administración pública; el Derecho Administrativo y su definición; Fuentes del Derecho Administrativo; codificación del Derecho Administrativo; actos administrativos, principio de legalidad, invalidez y extinción de los actos; servicios públicos; policía administrativa; actividad administrativa de fomento; contratos de la administración, contratos administrativos y contratos de interés públicos; organización administrativa, personalidad de la Administración y órganos del Estado; función pública; responsabilidad administrativa; órganos con autonomía funcional; dominio público; procedimientos administrativos; procedimientos de expropiación; y jurisdicción contencioso administrativa.

El estudio de todos estos temas se ha hecho siempre con una indeclinable visión nacional, es decir, de las características del ordenamiento jurídico venezolano y sus instituciones. Sin descuidar las doctrinas extranjeras y las opiniones sobre aspectos clásicos de la disciplina (así sucede en el Capítulo

24 Rondón de Sansó, Hildegard, “El significado del Manual de Derecho Administrativo del Dr. Eloy Lares Martínez”, en *El Derecho Administrativo en los umbrales del siglo XXI*, cit., p. 15.

25 Rondón de Sansó, Hildegard, “El significado del Manual de Derecho Administrativo del Dr. Eloy Lares Martínez”, en *El Derecho Administrativo en los umbrales del siglo XXI*, cit., p. 33.

I, con los “Conceptos sobre la Administración”, o en el Capítulo XXVIII con los “Los Servidores del Estado”), el Manual se desarrolla entero en torno a la realidad venezolana.

Antes de cerrar este epígrafe parece ilustrativo señalar, para apreciar la magnitud del Manual, que a la décimo tercera edición se han impreso más de cincuenta mil ejemplares del mismo²⁶. Que su contenido refleja el Derecho Administrativo venezolano entre dos siglos, la segunda mitad del XX y comienzos del XXI. Que siendo la Constitución el principal fundamento de nuestra disciplina, también fue escrito al amparo de dos Constituciones, la de 1961 –vigésima quinta Constitución del país– y 1999 –vigente Constitución–. Que es citado incluso más allá de las fronteras patrias, como ocurre a manera de referencia bibliográfica hispanoamericana, en el magnífico *Curso de Derecho Administrativo* de los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández²⁷. Y en fin, que todo el que haya estudiado Derecho en la universidad venezolana, muy probablemente ha seguido sus enseñanzas al llegar a la asignatura de Derecho Administrativo o le ha servido en buena medida de referencia.

IV. EL HOMBRE DE ESTADO

Junto a esa importante carrera académica de Eloy Lares Martínez, está también la actividad profesional, que lo llevó a ocupar importantes destinos públicos. Siguiendo un orden cronológico, se debe decir que el doctor Eloy Lares Martínez fue Diputado al Congreso Nacional por el Estado Sucre (1945), Gobernador del Estado Sucre (1958), Vocal de la Corte de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo (1959-1964), Ministro del

26

27 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I, Thomson-Civitas, duodécima edición, Madrid, 2004, p. 20.

Trabajo (1964), Procurador General de la República (1966-1969), Consultor Jurídico del Consejo Supremo Electoral (1971-1984), Conjuez de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (1979) y Director del Banco Central de Venezuela (1992-1994)²⁸.

Ese intenso periplo público estuvo acompañado de numerosas actividades, siempre con un impecable proceder. Algunas de ellas, incluso anecdóticas, parece ilustrativo relatar. A comienzos de agosto de 1945 llegaba al país, proveniente de Washington, el doctor Diógenes Escalante, para la época Embajador de Venezuela en los Estados Unidos de América. El doctor Escalante venía a emprender una campaña presidencial a instancias de partidos políticos de entonces, que al parecer lo apoyaban, si bien acontecimientos posteriores abren espacio a la duda. El doctor Eloy Lares Martínez, en ese momento Diputado al Congreso, fue propuesto para acompañar al candidato presidencial en una gira por los estados orientales. En la biografía *El andar de una vida*, se da cuenta de un encuentro entre ambos, y lo mismo en dos ocasiones posteriores: una visita a requerimiento del candidato en compañía de diputados amigos y un brindis en su honor²⁹. La reunión se ratifica en *El pasajero de Truman*, una historia novelada sobre la referida candidatura presidencial, y sobre cómo su protagonista llegó a ella³⁰. Sin embargo, a comienzos del mes de septiembre de

28 Tomado de: Lares Bassa, "Palabras preliminares", cit., pp. 39 y 40.

29 Tomado de: Lares Bassa, *El andar de una vida*, cit., p. 85.

30 En este libro se relata aquel encuentro, en septiembre de 1945, así: "El domingo, dos de septiembre, a las dos de la tarde, el doctor Escalante tenía citado a Eloy Lares Martínez, un joven abogado y diputado del PDV. Años después, (...), fue un profesor universitario, experto en Derecho Administrativo, muy prestigioso. Considerábamos que se trataba de una reunión importante porque el diputado Lares estaba encargado de planificar la gira que el candidato iniciaba por el oriente del país a mediados de la semana siguiente. El doctor Escalante nunca había pisado la tierra oriental y Lares era de Carúpano; conocía muy bien la región. Eso era fundamental porque no existían los hoteles ni los medios de comunicación de ahora, (...). La gira a Oriente fue una idea del doctor Escalante. Un par de semanas luego de nuestra llegada, comenzó a insistir en que era muy importante para él tener más contacto con los venezolanos, en especial los de provincia,

1945, en medio de uno de los episodios más desconcertantes de la historia política contemporánea de Venezuela, ocurría lo inesperado: el doctor Diógenes Escalante perdía la razón. El diplomático tachirenses salía de ese modo de la escena política, para un solitario y amargo destierro, y quedaba la incógnita de si distintos hubiesen sido los acontecimientos de los meses y años venideros, en ausencia de su enfermedad.

Casi dos décadas más tarde, en junio de 1964, se celebraba en Ginebra la Asamblea de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Para ese momento, el doctor Eloy Lares Martínez se desempeñaba como Ministro del Trabajo, y en tal condición le correspondió asistir y encabezar la delegación nacional³¹. La conferencia fue presidida aquel año por el Embajador de Venezuela ante la mencionada Organización, el doctor Andrés Aguilar, y por su parte, Lares Martínez pronunció el correspondiente discurso ante la Asamblea³².

Unos tres meses después del regreso del doctor Eloy Lares Martínez, venía al país un ilustre visitante. En efecto, en septiembre de 1964, el Presidente de Francia, el General Charles de Gaulle, realizaba una gira por diez países de América Latina –Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia, Chile, Argentina, Paraguay, Uruguay, Brasil- y entre ellos, Venezuela. De Gaulle era respetado y apreciado en el mundo entero por su postura frente a la Alemania nazi, y también, en especial, era admiradísimo por los franceses desde que durante la Segunda Guerra Mundial, el día 22 de junio de 1940, en territorio londinense, lanzara su famoso llamado a la libertad, en un discurso radiodifundido: “*J’invite tous les Français qui veulent rester libres à m’écouter et à me suivre*”³³. A la llegada del General galo, el doctor Eloy Lares

a quienes, la verdad sea dicha, no conocía” (Suniaga, Francisco, *El pasajero de Truman*, Mondadori, Caracas, 2008, p. 239).

31 Tomado de: Lares Bassa, *El andar de una vida...*, p. 107.

32 Ídem.

33 Tomado de *Les grands discours du XXe siècle*, Éditions Flammarion, Paris, 2009, p. 71.

Martínez, actuando como Ministro del Trabajo, formó parte de la delegación que lo recibió y ofreció en la Cancillería una selecta recepción en su honor³⁴.

V. LIBROS HOMENAJES

La trayectoria jurídica del profesor Eloy Lares Martínez y su principal obra, el Manual de Derecho Administrativo, han sido honrados hasta la actualidad con dos valiosos libros colectivos. El primero se realizó con motivo de su jubilación administrativa. Fue un tributo que rindiera la Universidad Central de Venezuela, bajo iniciativa y coordinación del profesor Allan Brewer-Carías, para la época director del Instituto de Derecho Público. El libro, publicado en 1984, lleva por título "*Libro Homenaje al Profesor Eloy Lares Martínez*".

El segundo libro fue un homenaje más específico, dirigido al Manual de Derecho Administrativo, al cumplirse cuarenta años de su publicación. Este libro fue editado por la Universidad Monteávila y Editorial Jurídica Venezolana, en 2006, bajo la coordinación de los profesores Enrique Pérez Olivares y José Ignacio Hernández. El libro lleva un título muy ilustrativo: "*El Derecho Administrativo en los umbrales del siglo XXI. Libro Homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez*", y allí se destaca el carácter formador del Manual y su permanente proceso de evolución.

También es digno de mencionar que en la prensa nacional se han publicado numerosos artículos para elogiar al profesor Eloy Lares Martínez y su obra científica. Es el caso, por su

34 Tomado de: Lares Bassa, *El andar de una vida...*, cit., p. 107.

importancia, de los que escribieran Luis Beltrán Prieto Figueroa³⁵, Hildegard Rondón de Sansó³⁶ y J.L. Salcedo Bastardo³⁷.

El 4 de febrero de 2002 falleció en Caracas Don Eloy Lares Martínez. Quienes rindieron homenaje a este insigne venezolano concuerdan en destacar su rectitud en el obrar y ejercicio de la función pública, su brillante actividad docente e investigadora, y su personalidad cordial.

VI. FINAL

El mes en el que se pone punto final a esta semblanza coincide con los cien años del nacimiento del doctor Eloy Lares Martínez, y en junio de este mismo año se cumplen cincuenta de la publicación de la primera edición de su célebre Manual de Derecho Administrativo. Bajo este singular escenario, es oportuno poner de relieve la imagen del ilustre profesor universitario de Derecho Administrativo, que ejerció la docencia en la Universidad Central de Venezuela por casi cuatro décadas y se ocupó de dejar una obra científica que trascendiera en el tiempo y sirviera a quienes transitan por la materia, como lo es su Manual de Derecho Administrativo.

La inquebrantable vocación docente de Don Eloy Lares Martínez, sumada al ejercicio de cargos en la Administración del Estado, así como en órganos de otra naturaleza, la mayoría de ellos en muy altas esferas, fueron valiosas herramientas académicas y profesionales, a la hora de enseñar y escribir. El especial conocimiento del Estado y de la ordenación jurídica de la Administración pública, de cómo es por dentro y cómo

35 *"Los 70 años de Eloy Lares Martínez"*, publicado en el Diario El Nacional, en abril de 1983.

36 *"Eloy Lares Martínez"*, publicado en el Diario El Universal, el 10 de febrero de 2002.

37 *"Mi gran amigo"*, publicado en el Diario El Universal, el 5 de marzo de 2002.

funciona, le permitió analizar un Derecho Administrativo venezolano, ser pionero en su sistematización y contribuir a la consolidación de la disciplina. En las nuevas generaciones de administrativistas queda el compromiso por difundir más aún su obra, y asimismo el reto por interpretar las transformaciones que ha venido experimentando la disciplina, en virtud de la posición del Estado, los ciudadanos y sus relaciones, en pleno siglo XXI.

APROXIMACION A LA DELEGACION DE COMPETENCIAS EN VENEZUELA, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA ULTIMA DELEGACION DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA AL VICEPRESIDENTE EJECUTIVO

José Peña Solís

Profesor Titular de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: Este trabajo tiene como objeto estudiar la delegación de competencias como una de las formas para modificar la organización administrativa en Venezuela. Luego de ese estudio general, se hará referencia especial a la última delegación que realizó el Presidente de la República al Vicepresidente Ejecutivo.

Palabras clave: Delegación, organización administrativa

Summary: This article studies the delegation of competitions as one of the forms to modify the administrative organization in Venezuela. After a general study, the article analyses the last delegation that the President of the Republic realized to the Executive Vice-president.

Key words: Delegation, administrative organization.

Recibido: 5 de abril de 2013

Aceptado: 16 de mayo de 2013

I. LINEAMIENTOS GENERALES SOBRE LA DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS O ATRIBUCIONES EN VENEZUELA

1. La fórmula organizativa de la competencia

La delegación de competencias o de atribuciones es un principio de la organización administrativa, en términos de la

doctrina española, o una fórmula organizativa, en términos de la italiana, que alude como su nombre lo revela, al elemento organizativo de todo Estado, el cual encuentra su mejor expresión en la denominada Administración Pública, en sentido subjetivo, que como es bien sabido está conformada por un conjunto de órganos y entes, encargados de tutelar los intereses públicos que les asignan las leyes. Ahora bien, para lograr ese cometido es necesario que todas las piezas que integran ese conjunto funcionen operativa, adecuada y eficazmente. Esos “engranajes”, en términos metafóricos, que permiten la indicada sinergia constituyen las referidas fórmulas organizativas, tales como la competencia, la jerarquía, la coordinación, la autonomía, la colegialidad, entre otras.

La competencia es quizás la fórmula organizativa más importante, porque como afirma la doctrina, es la medida de las potestades de actuación que se atribuyen a cada órgano, pues a la postre toda la organización administrativa está constituida por órganos, los cuales resultan esenciales tanto para el funcionamiento de esta, como para la protección de los derechos de los ciudadanos, razón por la cual en todos los ordenamientos jurídicos la competencia es de estricto derecho, debido a que necesariamente debe ser asignada y distribuida mediante un instrumento normativo, lo que concreta el principio de legalidad administrativa. Esto es lo que ocurre en Venezuela, tal como se desprende de una norma principista recogida en el artículo 137 de la Constitución, que contiene el postulado concerniente a que la Constitución y la ley definen *las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público*, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen, que a su vez encuentra concreción para los órganos de la Administración Pública, en el artículo 141 e*iusdem*, conforme al cual estos deben ejercer sus funciones con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Pero es el Decreto con fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública el encargado de desarrollar esos principios constitucionales, al establecer en su artículo 4 que “La Admi-

nistración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, *por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a lo establecido en la Constitución (...) las leyes y los actos administrativos de carácter normativo (...)*”. Tal perfil de la figura organizativa de la competencia es completado en el artículo 26 ejusdem, que establece la obligación de su ejercicio, su irrenunciabilidad, *indelegabilidad* e *improrrogabilidad*, y la prohibición de su relajamiento por convención alguna.

Queda claro a la luz de ese marco normativo que la competencia no hace más que operacionalizar principio el principio de legalidad administrativa, que implica la necesidad de que esta sea asignada y distribuida mediante ley, dictada formalmente y previamente, como precisa el artículo 4 ejusdem, con las consecuencias antes enunciadas (obligatoriedad, indelegabilidad, etc). También es posible inferir del citado artículo 4 la regla de la asignación expresa de la competencia. Sin embargo, la misma admite una excepción, cuya viabilización permite postular la existencia de competencias implícitas, tal como se desprende del artículo 156, numeral 33, de la Constitución, que alude a la categoría de competencias “*inherentes o implícitas*” (“por su índole o naturaleza”) del Poder Público Nacional.

Tal como quedó perfilada jurídicamente la fórmula organizativa de la competencia, en principio solamente el órgano al cual se le confiere puede ejercerla, de tal manera que ese monopolio en el ejercicio creado por disposición legal, no puede ser objeto de ningún tipo de ruptura, dado que no resulta susceptible de ser transferida por el titular, a otro órgano. Ello responde a una razón simple, pero casi irrefutable, derivada del principio recogido en el artículo 218 de la Constitución y 7 del Código Civil, según el cual las leyes se derogan por otras leyes. En efecto, si el órgano de una Administración traslada a otro la competencia que le ha sido asignada previamente por una norma legal, entonces habrá que admitir que esta podría ser derogada por un acto administrativo, lo que desde luego

infringiría flagrantemente tanto el precepto constitucional como el legal, antes citados.

Hemos dicho que la funcionalidad de las fórmulas organizativas tiene como finalidad que los órganos administrativos operen armónica y sinérgicamente para cumplir el cometido previsto en las leyes, pero las Administraciones surgidas en el marco del Estado social de derecho, han debido crecer y multiplicarse para lograr cumplir con las mayores exigencias de prestación de servicios públicos –aunque en la mayoría de los países a partir de la década de los noventa, esa tendencia ha retrocedido significativamente, debido a los procesos de privatización de bienes y servicios públicos – que no es el caso de Venezuela, país en que ha ocurrido lo contrario después de 1999, incrementándose el número de órganos y entes, y también el número de las competencias que le han sido atribuidas a cada uno de ellos. El referido crecimiento de la Administración Pública, así como la optimización de su funcionamiento, dio lugar a que la propia ley crease una fórmula organizativa que implica una ruptura parcial del principio de legalidad de la competencia, *que pasamos seguidamente a estudiar.*

2. La creación normativa de la delegación de competencias.

En la búsqueda de fórmulas, como ya dijimos que permitiesen encarar las dificultades derivadas de esa nueva conformación de las Administraciones Públicas, surge la idea de conferir a los órganos superiores la potestad de trasladar a los inferiores, mediante un acto administrativo, algunas de las competencias o atribuciones que le han sido conferidas previamente por una disposición legislativa. Para ello fue necesario, dado el principio de asignación legal de la competencia, que tal traslado fuese autorizado por ley, bien de manera general o de manera particular, razón por la cual también la delegación de competencias o de atribuciones pasa a tener un origen estrictamente legal.

Fue así como sobre la base de esta premisa los distintos países comenzaron a recibir esta figura en sus textos regulatorios de la organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas, básicamente a partir de la década de los sesenta del siglo XX en Europa, y concretamente en Venezuela se inicia con una normación bastante precaria recogida en la Ley Orgánica de la Administración Central de Venezuela, promulgada en 1976, encontrando un desarrollo normativo suficiente y moderno en la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, reformada en 2008 mediante el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública. En esta línea argumental la delegación de competencias o atribuciones puede ser definida como el acto unilateral mediante el cual un órgano superior, transfiere temporalmente, sobre la base de una disposición normativa particular o general a un órgano inferior de la misma persona jurídica o del mismo órgano complejo, determinada competencia o competencias que le han sido asignadas previamente por un instrumento normativo, caso en el cual se configurará la denominada “delegación orgánica de competencias”.

Cuando esa transferencia se produce entre personas jurídicas –no entre órganos de una misma persona jurídica–, mediante un acto convencional –no unilateral– debido a la autonomía que ostentan las aludidas personas jurídicas, se configura la denominada “delegación subjetiva de competencias”, la cual puede coexistir o no con la orgánica de competencias, debiendo resaltarse que esta es la que casi siempre aparece prevista en la mayoría de los ordenamientos de los Estados.

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS EN VENEZUELA

1. Breves antecedentes de la delegación de competencias

Como es lógico imaginar ni la Ley de Ministerios de 1930, ni el denominado Estatuto Orgánico de Ministerios de 1950, que la sustituyó, que eran instrumentos normativos destinados a regular básicamente la estructura organizativa ministerial, contemplaban ninguna fórmula organizativa, y menos aún la delegación de competencias. No es sino hasta la primera Ley Orgánica de la Administración Central de 1976, cuando en forma por demás insuficiente, se introduce la referida fórmula en el artículo 20, numeral 25, así: "Son atribuciones y deberes comunes de los Ministros: 1° *Omissis* 25. **Delegar atribuciones en el Director General del Ministerio o en los Directores Generales...**". Esta norma se mantiene en idénticos términos en las sucesivas reformas que sufrió el mencionado texto legislativo, pero en el Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central de 1999, se intenta completar la regulación de esta fórmula organizativa, en cuatro artículos, en lugar de un numeral, como ocurría en las Leyes anteriores.

Sin embargo, la disciplina general, con tendencia a tener carácter de exhaustividad, aparece contenida por primera vez en la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, la cual se mantiene casi igual en el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, de 2008, que derogó la citada ley de 2001. Solo interesa destacar a los fines del ulterior desarrollo de este trabajo que en todas las leyes Orgánicas de la Administración Central que estuvieron vigentes entre 1976 y 2001, nunca se atribuyó al Presidente de la República, pese a su condición de máximo jerarca de la Administración Pública Central, la potestad para delegar sus competencias en los Ministros o en otros funcionarios, siendo prevista por primera vez en el texto de 2001.

2. El régimen jurídico de la delegación de competencias delineado en el Decreto con fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (DFLOAP) de 2008

A. La regulación normativa

La delegación de competencias aparece disciplinada en el DFLOAP en varios de sus artículos, con las siguientes particularidades: a) no le confiere la denominación de delegación de competencias o de atribuciones, sino que a tal fin pondera a las figuras subjetivas entre las cuales se produce la transferencia de competencia, de tal manera que cuando estas son órganos, la denomina *delegación interorgánica* (artículo 34), y cuando son personas jurídicas, la denomina delegación intersubjetiva (artículo 33); b) los límites son comunes para la delegación interorgánica y para la delegación intersubjetiva (artículo 35); c) regula en artículos distintos las consecuencias de la delegación intersubjetiva (art. 36) y de la delegación interorgánica (artículo 37) y; d) los requisitos formales de la delegación intersubjetiva y de la interorgánica aparecen recogidos en un solo artículo (artículo 40). A continuación pasamos a examinar de manera sucinta la delegación de competencias, pero colocando el énfasis en la modalidad interorgánica, debido a que el Presidente de la República únicamente está facultado para realizar este tipo de delegación, y nos corresponderá examinar la última delegación presidencial.

B. Examen sucinto de la normativa legal

a. El contenido de la delegación

Los titulares de los órganos administrativos legitimados para delegar, obviamente transfieren competencias, cuyo concepto quedó anteriormente explicitado, pero el DFLOAP, puede suscitar confusión en este aspecto, en virtud de que cuando define a la delegación intersubjetiva precisa que la "Adminis-

tración Pública, podrá delegar las competencias que le estén otorgadas por ley...” (artículo 33) y cuando lo hace con la interorgánica precisa que los órganos que menciona en el artículo 34 “... podrán delegar las atribuciones que les estén otorgadas por ley...”. Por tanto, podría pensarse que existe una diferencia sustantiva entre una y otra modalidad, debido a que en la primera modalidad se transfieren competencias, y en la otra atribuciones. Sin embargo, el planteamiento resulta erróneo, porque ya ha sido superada la vieja discusión doctrinaria que pretendía distinguir entre atribución y competencia, sobre la base de que la primera concernía a las figuras subjetivas territoriales y a los órganos complejos, y la segunda a los órganos administrativos simples, pero pronto la práctica demostró que se trataba de una discusión inútil, porque siempre independientemente de la denominación utilizada, esta respondía sustantivamente a un “quantum” de potestad pública, bien que se le asignase a un ente territorial o a un órgano administrativo; de allí, pues, que pese a la dicción legal, resulta válido utilizar indistintamente los sintagmas delegación de competencias y delegación de atribuciones, e inclusive delegación de funciones, pues responden a la misma connotación conceptual, pudiendo solamente establecer la diferencia entre modalidades de delegación, como ya dijimos atendiendo a la clase de figuras subjetivas entre las cuales se configura: entes u órganos.

b. Requisitos de validez de la delegación de competencias

a. Subjetivos

Si se compara la disciplina del DFLOAP relativa a la delegación de competencias, con la del Decreto ley de 1999, en la Administración Central, observamos que aumenta el número de los titulares de los órganos que están facultados para delegar competencias, en virtud de que se introducen *ex novo* el Presidente de la República, y el Vicepresidente Ejecutivo, manteniéndose los ministros y los viceministros. Además sin que

esto sea objeto de comparación por razones obvias, se añaden los gobernadores, y los alcaldes en las Administraciones estatales y municipales, así como los superiores jerárquicos de los órganos y entes superiores de la Administración Pública descentralizada funcionalmente, a los órganos y funcionarios bajo su dependencia. Observamos que la norma establece claramente quiénes pueden ser delegantes, mas no ocurre lo mismo en el caso de los delegados o delegatarios, pues el precepto alude a *órganos y funcionarios bajo su dependencia*, modificando así el correspondiente de la ley de 2001, que identificaba como delegatarios “a los *órganos o funcionarios inmediatamente inferiores bajo su dependencia*”.

Planteado así el asunto debe admitirse que el titular del órgano delegante, a la luz de la disposición vigente, al ser suprimido el sintagma “*inmediatamente bajo su dependencia*” queda facultado para transferir las competencias asignadas a cualquiera de los órganos o funcionarios bajo su dependencia. Así en el marco de esa línea argumental, por ejemplo el ministro estará legitimado para transferir una o varias de sus competencias a los viceministros, pero igualmente a cualquiera de los restantes órganos que conforman la estructura organizativa, vista en la perspectiva jerárquica, del Ministerio, incluyendo a los jefes de división, y por tanto, cobrará validez la “*delegación per saltum*”.

Por el contrario, conforme a la norma de la Ley derogada de 2001, la transferencia del legitimado para delegar, únicamente podía recaer en el *órgano inmediatamente inferior*, desde luego, bajo su dependencia. Así, el ministro solo podía delegar sus competencias a los viceministros, pero estaba impedido de hacerlo, por ejemplo, a los Directores Generales, a los Directores sectoriales, y si lo hacía el acto delegatorio carecía de validez. Ante esa situación podría formularse una interpretación ajustada a la política de concentración de poder por parte de los máximos jerarcas de la Administración Pública y del gobierno, que se observa en varios de los instrumentos legislativos san-

cionados en los últimos años, tesis según la cual cobraría plena aplicación el precepto del DFLOAP de 2001, pasando a tener validez la “*delegación per saltum*”.

Sin embargo, a pesar de la literalidad de la ley, pensamos que esa tesis debe ser rechazada, porque parte de una concepción absolutamente superada desde mediados del siglo XX, acerca de la jerarquía administrativa, según la cual esta fórmula organizativa comportaba un ámbito total de poder del jerarca, quien lo ejercía de manera ilimitada, pues se trataba de una extrapolación de la teoría imperante en la organización militar, siendo la pieza clave de actuación del jerarca la *orden*, de tal manera que mediante esta dirigía preceptivamente la actuación del subordinado, si no se había realizado, y en caso de que se hubiera realizado, ordenaba su corrección o rectificación.

Sin embargo, esa concepción es arrumbada tanto desde el punto de vista doctrinario como del Derecho positivo, desde el momento en que la fórmula organizativa de la competencia pasa a ser un eje articulador clave de las organizaciones administrativas, en virtud de que la asignación o distribución normativa de la competencia entre cada uno de los órganos que integran la figura subjetiva, cambia radicalmente la naturaleza de la relación de supra- subordinación que subyace a la figura de jerarquía administrativa, porque a cada uno de los titulares de los órganos se le atribuye una competencia *exclusiva*, que como su nombre lo indica implica la exclusión en su ejercicio de todo otro funcionario incluyendo al máximo jerarca, e implica, por tanto, que el jerarca esté impedido de darle órdenes al titular del órgano subordinado en la materia objeto de la competencia que le ha sido asignada legalmente.

Desde luego, la jerarquía sigue siendo un principio clave de la organización administrativa, pero sustentada en una concepción que debe armonizar con el principio de competencia, y en ese orden de ideas, hacemos notar que la orden es

sustituida por las directivas que deben orientar la actuación del subordinado, pero como es bien sabido estas no tienen carácter vinculante, puesto que el órgano inferior puede dejarlas de lado, motivando debidamente el correspondiente acto; que se mantienen las potestades de control de legalidad y de gestión, entre otras en el jerarca. Así por ejemplo, la revisión de los actos mediante el conocimiento de los recursos administrativos, constituye una expresión del primer de control.

Pues bien, en el marco del aludido contexto doctrinario, pero sobre todo teniendo en cuenta el peso fundamental que le confiere el DFLOAP a la fórmula organizativa de la competencia en sus artículos 4 y 26, más aún si se pondera que esta tiene su origen en la operacionalización del principio de legalidad administrativa, previsto en los artículos 137 y 141 de la Constitución, debe soslayarse la dicción literal del artículo 34 *eiusdem*, cuando convierte en delegatarios a todos los órganos y funcionarios que estén bajo la dependencia del delegante, y postular que únicamente tendrán el carácter de delegatarios o delegados los órganos o funcionarios *inferiores* bajo la dependencia inmediata del delegante, lo que impide la nefasta "*delegación per saltum*". Por lo demás, esta es la tesis que encuentra recepción en el Derecho comparado. De allí, pues, que el delegante deberá ajustarse la "*ratio*" del citado artículo 34, y transferir las competencias exclusivamente al titular del órgano o funcionario inmediatamente inferior.

b'. Objetivos

De conformidad con el artículo 34 del DFLOAP, el delegante está facultado para transferir únicamente las competencias que le han sido asignadas previamente por una norma jurídica, con la particularidad de que la asignación debe ser expresa, ya que las competencias implícitas debido a que tienen un carácter excepcional y resultan de una operación de hermenéutica jurídica, en procura de la preservación del principio de seguridad jurídica y de tutela de los derechos y garantías de

los ciudadanos, no son susceptibles de ser delegadas. Tampoco puede transferir el delegante la competencia que le haya sido delegada, porque el delegado debido al carácter preceptivo del acto delegatorio, siempre está obligado a ejercerla, pues así lo establece el artículo 35, num 3, del DFLOAP, sin que tampoco le quede ninguna otra opción distinta a la aceptación de la delegación que le hace el delegante sobre la base de los principios de competencia y de jerarquía, consagrados en los artículos 26 y 28 ejusdem. Cabe añadir que a diferencia de lo que ocurre en España, cuando el delegante no sea el máximo jerarca, por ejemplo ese rol lo ejerza un viceministro, no se requiere que el ministro autorice la delegación.

Naturalmente, que el delegado o delegatario no ejerce ninguna competencia propia, sino la atribuida al delegante, pues la fórmula organizativa bajo examen no supone una alteración en el orden de competencias del ente u órgano, diseñado legislativamente, y no lo supone, en primer lugar, porque al delegado se le transfiere el *ejercicio*, mas no la *titularidad* de la competencia, pues esta última resulta intransferible por el delegante, razón por la cual la delegación tiene un carácter esencialmente temporal, al punto que puede ser revocada en cualquier momento por el órgano confiriente, tal como lo dispone el artículo 35, segundo aparte del DLOAP. Si se admitiese la tesis recogida en el derogado Decreto con fuerza y rango de ley de la Administración Central de 1999, que establecía indirectamente que se transfería tanto la titularidad como el ejercicio de la competencia, entonces sí resultaría alterado el orden normativo de atribución de las competencias, con la particularidad de que tal alteración revelaría una grosera inconstitucionalidad, que consistiría en que el delegante mediante un acto administrativo de efectos particulares derogaría a la norma atributiva de competencia. Por supuesto, que la tesis según la cual que en la delegación de competencias solo se transfiere el ejercicio, fue recogida en la Ley de 2001, y se mantiene en el DFLOAP, en su artículo 37.

c'. Formales

Para abordar este punto cabe previamente dejar sentado que el DFLOAP de 2008 desmejoró significativamente el texto de la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, el cual pese a algunas imperfecciones podía calificarse de muy bueno, visto que tomó como modelo una ley moderna, y muy técnica, regulatoria de la organización administrativa española: la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado; 6/97, de 14 de abril (LOFAGE). En efecto, el Decreto con fuerza de ley, de 2008, sin duda elaborado por personas que desconocían algunos principios fundamentales de la organización administrativa, con sus modificaciones "a troche y moche" de la ley anterior, desnaturalizó principios, instituciones y suprimió disposiciones claves, cuya sola enumeración excede a los límites de este trabajo.

Fue así que desmejoró los requisitos formales de la delegación de competencias que aparecían claramente establecidos en el artículo 42 de la referida ley, el cual resultó suprimido, pues pese a que mantiene en el artículo 35 que tanto la delegación como su revocatoria deberán ser publicadas en la Gaceta Oficial de la Administración correspondiente, y que los actos administrativos que se adopten por delegación deberán indicar expresamente esa circunstancia; en cambio, fue eliminado el requisito relativo a la determinación de la fecha de inicio de la vigencia. Faltan además también cuestiones claves que aparecían incluidas en el citado artículo 42, para determinar la validez de la delegación de competencia, como son: a) que el acto de delegación sea motivado y; b) que contenga la identificación de los órganos entre los cuales se transfiere el ejercicio de la competencia.

Pasamos ahora a examinar sucintamente esos requisitos, y en tal sentido conviene recordar que todo acto administrativo tiene que estar dotado de validez y eficacia, en virtud de que debe contener los requisitos expresamente previstos en la ley

para su válida configuración, y debe cumplir con los requisitos exigidos legalmente para poder surtir efectos frente a sus destinatarios. En la fórmula organizativa bajo examen, a los fines de la eficacia del acto de delegación se requiere, conforme al artículo 35, tercer aparte, del DFLOAP, en el caso de la Administración Nacional Central, su publicación en la Gaceta Oficial de la República. Cabe precisar que la ley derogada preceptuaba que dicho acto debía contener la fecha de inicio de su vigencia, pero al resultar suprimido ese requisito, como quedó dicho, debe admitirse mediante interpretación analógica en materia de actos normativos, que la referida entrada en vigencia, o mejor dicho, el inicio de su eficacia, será desde la misma fecha de la publicación en la Gaceta Oficial, que por lo demás era la solución supletoria prevista en la Ley de 2001, para los casos en que el órgano delegante omitiese fijar la fecha de inicio de la vigencia.

La diferencia de la norma del Decreto con fuerza de Ley, con la Ley derogada, radica en que se dificulta el establecimiento por el delegante de una especie de "*vacatio*", lo que sí resultaba posible a la luz de la norma derogada que obligaba a fijar la fecha de entrada en vigencia, pues perfectamente esta podía ser fijada en una posterior a la de la publicación de la Gaceta Oficial. Aunque el sintagma "entrada en vigencia" no es muy acertado desde el punto de vista técnico, de todas maneras es claro que alude a la fecha en que la delegación comienza a surtir efectos, esto es, cuando el delegado queda habilitado legalmente para comenzar a ejercer las competencias cuyo ejercicio le ha sido transferido.

El requisito formal atinente a la obligación de que los actos que se adopten por delegación deban indicar esa circunstancia, reviste importancia en la preservación de los derechos de los administrados, porque les permite conocer a ciencia cierta a qué órgano debe ser imputado el acto dictado por el delegado, permitiéndole a su vez determinar con certeza, en caso de que decida interponer un recurso administrativo contra el

mismo, visto el carácter opcional de su ejercicio, qué tipo de recurso debe interponer y ante qué órgano. Así mismo la indicación de tal circunstancia, en el caso de que decida interponer una pretensión de nulidad del acto administrativo, igualmente le indica con precisión el órgano de la jurisdicción contencioso administrativa ante el cual debe proponerlo.

La supresión inexplicable de un requisito de validez del acto de delegación de competencia, como lo es, la motivación, no implica de ninguna manera que el mismo no se requiere a los fines de revestirlo de la indicada validez, pues se impone recurrir supletoriamente a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) para cubrir esa falencia del Decreto, la cual establece dicho requisito en sus artículos 9 y 18. Ahora bien, resulta lógico pensar que esa motivación no puede quedar restringida únicamente a los fundamentos legales que le permiten al delegante dictar el acto, sino que debe extenderse también a los fundamentos fácticos atinentes a la necesidad de optimizar el funcionamiento de la Administración.

Pero también suprimió el DFLOAP el requisito que establecía la ley derogada en su artículo 42, conforme al cual el acto delegatorio debía contener la identificación de los órganos, y por supuesto de sus titulares, entre los cuales se transfiere el ejercicio de la competencia, dado que ello faculta a las personas invocando el principio de imparcialidad consagrado en el artículo 30 de la LOPA, cuando así lo estimen conveniente para la defensa de sus intereses, para solicitar la inhibición del delegado, conforme al artículo 36 ejusdem. Por tanto, pese a su supresión nada obsta para que el delegante basándose en los preceptos de la LOPA, antes citados, introduzca en el acto delegatorio la aludida identificación.

Por otro lado, aunque el DFLOAP lo omita, nada obsta para que en el acto de delegación, el delegante fije instrucciones para orientar la actividad del delegado, así como mecanismos de control de esa actividad, pues al fin y al cabo es el titular de

la competencia cuyo ejercicio decide transferir, y además es el sujeto de la imputación de los actos del delegado, razón por la cual está legitimado para establecer en el acto de delegación las condiciones para el ejercicio de la competencia por parte del delegado. Sin embargo, es necesario destacar que el delegante pese a mantener esos poderes explícitos o implícitos, pierde temporalmente el *ejercicio* de las competencias transferidas.

Por tanto, a diferencia de lo que ocurre en Italia, país en el cual el delegante está facultado para dictar actos en el ámbito de las materias objeto de las competencias delegadas, lo que produce la revocación implícita de la delegación, en nuestro ordenamiento quien transfiere las competencias está absolutamente impedido temporalmente de ejercerlas, y por ende, prohibida la revocación implícita de la misma, pues de conformidad con el artículo 35 del Decreto con fuerza de ley, la única forma de revocatoria admisible es la expresa y explícita, pues se requiere su publicación en la Gaceta Oficial correspondiente.

c. Límites a la delegación de competencias

a. Implícitos

Cabe recordar que el órgano facultado para delegar competencias, en principio puede transferir todas las que tiene asignadas, pero en vista de que esta figura tiene su origen en una excepción prevista normativamente, al principio de legalidad de la competencia, desde su construcción originaria siempre los Derechos positivos han establecido límites a su procedencia, los cuales pueden clasificarse en implícitos, específicos y residuales. En la primera categoría que no suele aparecer ni en los ordenamientos, ni tampoco en la mayoría de los manuales y tratados, surge uno que sin duda debe considerarse comprendido en la misma, debido a que se deriva de un mero ejercicio de lógica de observación de la integración y funcionamiento de la Administración Pública, que conduce a postular la prohibición implícita de que el órgano delegante pueda transferir

la totalidad de sus competencias, pues en ese caso quedaría vaciado de contenido competencial, lo que equivaldría a predicar su extinción y la consecuente imposibilidad para tutelar los intereses públicos que le impone la Ley.

Además de que esa extinción se produciría mediante un acto administrativo de efectos particulares, y es bien sabido que los órganos administrativos solo pueden ser modificados o extinguidos por un acto normativo de igual o superior rango de aquel mediante el cual fue creado, como expresamente lo establece el artículo 16 del DFLOAP. A mayor abundamiento la delegación de competencias es una figura estrechamente vinculada a la función de colaboración propia de la Administración Pública, de tal manera que el delegado es un colaborador del delegante, y en ningún caso un sustituto del mismo. He aquí pues, los argumentos que sustentan este límite implícito de la delegación de competencias, que reiteramos consiste en la prohibición impuesta al delegante de transferir la totalidad de sus competencias. A la anterior es necesario añadir, por las razones antes expuestas, la interdicción del delegante para transferir competencias implícitas.

b'. Específicos

Los denominamos específicos porque suelen estar expresamente enunciados en los textos legislativos, y por supuesto, pueden variar de un ordenamiento a otro, pero en general existen algunos que están presentes en casi todos ellos, como los mencionados en el artículo 35 del DLOAP, que es del tenor siguiente:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución... o en leyes especiales, la delegación intersubjetiva o interorgánica no procederá en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de la adopción de disposiciones de carácter normativo.

2. Cuando se trate de la resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de recurso.
3. Cuando se trate de competencias o atribuciones ejercidas por delegación.
4. En aquellas materias que así se determine por norma con rango de ley..."

En estricta puridad jurídica, a la luz de la Constitución, los únicos órganos que tienen conferida la potestad normativa, obviamente de rango sublegal, son el Presidente de la República, de manera general, y el Consejo Nacional Electoral y la Fuerza Armada Nacional, de manera particular; sin embargo, es menester reconocer que desde la entrada vigencia de la Constitución de 1961, se ha impuesto una "praxis" que consiste en legitimar a muchas figuras subjetivas que integran los Poderes Públicos venezolanos, para que dicten de disposiciones de carácter normativo ("praxis" que en los últimos años se ha incrementado geométricamente). Así por citar dos ejemplos emblemáticos, los Ministros dictan con muchísima frecuencia bajo el nombre de resoluciones, reglamentos independientes y hasta reglamentos ejecutivos, los Viceministros, los Directores Generales, los Servicios jurídicos desconcentrados, también lo hacen bajo la forma de providencias, y ni se diga de los entes públicos descentralizados funcionalmente, para solo referirnos a la Administración Pública Nacional.

Por tanto, únicamente si se tiene cuenta la mencionada "praxis", resulta procedente la invocación general del referido límite, pues de lo contrario estaría circunscrito en la Administración Central exclusivamente al Presidente de la República; de allí, pues que a la luz de esa "praxis" tendría sentido el aludido límite, que tal como aparece concebido pareciera estar dirigido a una pluralidad de figuras subjetivas dotadas de potestad normativa de segundo grado.

El límite relativo a la prohibición de que se delegue a los mismos órganos, la resolución de recursos que hayan dictado las decisiones objeto de dichos recursos, ya estaba previsto en el artículo 88 de la LOPA, y desde luego es de lógica elemental, pues sencillamente el órgano que dicta la decisión conclusiva del procedimiento constitutivo, no puede constituirse en revisor de la misma, y responde al deber de respetar el principio de imparcialidad administrativa consagrado en el artículo 30 ejusdem.

El límite concerniente a la prohibición de delegar competencias que le hayan sido delegadas al órgano delegado, tiene como finalidad prohibir expresamente la subdelegación, pues debe recordarse que todos los legitimados para transferir competencias en la Administración Central, con excepción del Presidente de la República, pueden ser a su vez delegatarios. Así el Ministro puede revestir esa condición si el Presidente le transfiere competencias, pero de no existir el límite bajo examen el primero podría subdelegarlas al viceministro. Además este límite evita que se suscite el problema de la determinación de la imputación de los actos dictados por el subdelegado, y que igualmente se susciten problemas con los poderes que debe ejercer el delegante sobre el delegado, pues al perder este esa condición, resulta discutible que pueda hacerlo sobre el subdelegado.

El último límite, que alude a la prohibición de delegar competencias en aquellas materias que así se determine por normas con rango de ley, en realidad pese a que está ubicado dentro de la enumeración contenida en el artículo 35 del DFLOAP, tiene un carácter residual y constituye una concreción de su encabezamiento, al pautar "... sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución o en leyes especiales, la delegación no procederá en los siguientes casos y menciona en cuarto lugar al límite bajo examen. Por tanto, este límite residual deja abierta la puerta para que el legislador excluya, siempre de manera expresa, de la delegación de competencias aquellas materias

que estime conveniente. Lo que sí resulta claro es que el establecimiento de nuevos límites es materia de reserva legal, pues así se desprende de la exigencia del artículo 35, el cual especifica que debe ser por “norma de rango legal”, razón por la cual tal norma puede estar contenida en una ley formal o en un decreto con fuerza de Ley.

Con relación a este límite es necesario observar que tal como aparece establecido, pareciera que el legislador tiene la potestad discrecional de excluir cualquier materia de la delegación de competencias. Quizás hubiere sido preferible colocarle un referente que morigerara esa potestad, y en tal sentido volver a la previsión del derogado Decreto con fuerza y rango de Ley Orgánica de la Administración Central de 1999, según el cual no eran susceptibles de delegación aquellas materias que fuesen indelegables por su naturaleza, de tal manera que la residualidad, o quizás sería mejor decir la “enunciabilidad” del numeral 4, quedaba recogida en dicha previsión, pero con la restricción sustentada en la naturaleza de la materia. Así, por ejemplo a la luz de la misma, un ministro no podría dejar de asistir al Consejo de Ministros, y delegar al viceministro esa competencia.

Por otro lado, todo indica que la competencia que resulta delegable es únicamente la de naturaleza administrativa, pues se trata de un figura que opera únicamente en el seno de la Administración Pública Central y descentralizada funcionalmente; sin embargo, debido a la confusión orgánica que se presenta entre Administración Pública y Gobierno a nivel de los órganos superiores, puesto que los ministros que son los máximos jerarcas de los departamentos ministeriales, también integran el Consejo de Ministros, siendo que este es el órgano gubernamental por antonomasia, y además tiene asignadas algunas competencias administrativas. Por esa razón para evitar cualquier problema interpretativo, máxime si a partir de la vigencia de la Constitución de 1999, como se examinará más adelante, el presidente de la República puede delegar compe-

tencias, hubiese constituido un acierto del legislador establecer categóricamente que las funciones de gobierno eran indelegables, o si se quería especificar y ampliar el espectro de la indelegabilidad bastaba con preceptuar que las competencias atribuidas directamente por la Constitución al Presidente de la República, no resultaban susceptibles de ser delegadas, como ocurre en España.

d. Los efectos de la delegación de competencias

El efecto básico de la delegación de competencias, consiste en que la ejecución de las competencias transferidas habilita al delegado para dictar los actos administrativos que correspondan, con la particularidad de que dichos actos se imputan al delegante. Esa desviación del proceso normal de la imputación encuentra su fundamentación en que en la delegación de competencias únicamente se transfiere el ejercicio de la competencia, manteniendo el delegante, en virtud del principio de legalidad de esta, la titularidad.

De allí que si las personas sienten lesionados sus derechos por los actos del delegado, y deciden impugnarlos podrán, dependiendo del nivel jerárquico del delegante, actuar en sede administrativa mediante el recurso que corresponda (reconsideración o jerárquico), o interponer la pretensión ante los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa. Este efecto de la delegación aparece expresamente previsto en el artículo 37 del DFLOAP, que pauta "...los actos administrativos derivados del ejercicio de las atribuciones delegadas, a los efectos de los recursos correspondientes se *tendrán como dictados por la autoridad delegante*".

Ese mismo artículo 37 señala otro supuesto efecto a la delegación de competencias, pues prescribe que los funcionarios del órgano al cual se haya delegado una atribución serán responsables por su ejecución, pero en realidad este no es un efecto específico de la delegación, sino una expresión del

principio de responsabilidad que concierne a todos los funcionarios públicos, independientemente de que ejerzan competencias que le hayan sido asignadas originariamente, o que le hayan sido delegadas. Por tanto, el único efecto específico es el indicado anteriormente.

III. LA DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA AL VICEPRESIDENTE EJECUTIVO

1. La potestad delegatoria del Presidente de la República

Como quedó dicho antes, es a partir de la promulgación de la primera Ley Orgánica de la Administración Central, en el año 1976, cuando de manera “telegráfica” se introduce la fórmula organizativa de la delegación de competencias en el ordenamiento jurídico venezolano; ley que fue sometida a múltiples reformas, siendo derogada en 1999, mediante el Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central, dictado sobre la base de la todavía vigente Constitución de 1961. Ahora bien, durante la vigencia de la Ley Orgánica de la Administración Central, los únicos facultados para delegar competencias en la Administración Central eran los ministros pero una vez derogada esta por el aludido decreto ley de 1999, dicha facultad se extendió a los viceministros. Por otro lado, conviene recordar que bajo la vigencia del texto constitucional derogado, al igual que ahora, los ministros eran conceptuados como los órganos directos del Presidente de la República, lo que permitía predicar una indudable relación de jerarquía entre los primeros y el segundo, máxime si este en su carácter de jefe del Ejecutivo Nacional era considerado como el Jefe de la Administración Pública Nacional. Sin embargo, pese a la existencia de esa relación organizativa de jerarquía, los legisladores en el período comprendido entre 1976 y 2001, fecha de entrada en vigencia del derogado DLOAP, ni siquiera se

llegaron a plantear la posibilidad de atribuirle al Presidente de la República la potestad de delegar competencias.

A los fines de justificar esa omisión podrían invocarse varias razones: primera, que la delegación es una fórmula organizativa que está restringida exclusivamente a competencias de naturaleza *administrativa*, y que el Presidente ejerce básicamente competencias de naturaleza *gubernativa*. Segunda, que ni la Constitución de 1961, ni ninguna de las que le precedieron había atribuido, tal vez teniendo en cuenta el anterior razonamiento, al Presidente de la República la potestad delegatoria, razón por la cual el legislador estaba impedido de conferírsela. Desconocemos a ciencia cierta si eran esas o cualesquiera otras las razones que impidieron a los legisladores, durante el mencionado período, atribuirle la referida potestad al Presidente, porque nunca -insistimos- esa omisión legislativa fue objeto ni de discusión doctrinaria, ni de tratamiento jurisprudencial alguno, lo que dificulta actualmente adoptar una posición asertiva sobre el asunto, y es por ello que hemos intentado esgrimir unas razones meramente aproximativas.

Por tanto, pareciera lógico admitir que el conferimiento de esta potestad al Presidente de la República, por primera vez en la derogada Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, que sin duda constituye una ruptura de la aludida tendencia legislativa, es el producto de un hipotético desarrollo del artículo 239, num 9, de la Constitución, que prescribe "Son atribuciones del Vicepresidente Ejecutivo 1. Omissis 9. *Ejercer las atribuciones que le delegue el Presidente de la República...*". De manera, pues, que en este orden de razonamiento la consagración legislativa de la potestad delegatoria del Presidente de la República en el DFLOAP, no sería más que una clara expresión de la facultad de configuración del legislador, lo que permitiría concluir que dicha potestad delegatoria del Presidente de la República constituye una novedad constitucional, que la ley se ha encargado de desarrollar.

2. **¿Potestad delegatoria presidencial restringida o amplia, desde el punto vista subjetivo?**

El título del epígrafe en realidad expresa una interrogante acerca del alcance de la potestad delegatoria presidencial. Y a los fines de intentar responderla cabe esbozar dos tesis interpretativas. La primera, según la cual dicha potestad es restringida y obedece a la introducción *ex novo* en el texto constitucional de la figura del Vicepresidente Ejecutivo de la República, pues la última Constitución que la contempló bajo la denominación de Vicepresidente a secas, fue la de 1925, la cual preveía su elección por el Congreso. En efecto, en esa línea argumental, por ser el vicepresidente ejecutivo un alto funcionario de libre designación y remoción del Presidente de la República, al igual que los ministros, es conceptualizado como su órgano directo, así como su *colaborador inmediato*.

Por tanto, en esa relación de jerarquía intraorgánica, concretada en la función de colaboración, luce lógico y sobre todo ajustado a la referida relación, que el Presidente de la República pueda delegarle algunas competencias, con la particularidad de que la delegación de competencias, como ha quedado demostrado, es una fórmula organizativa que resulta de una excepción expresa del principio de legalidad de la competencia, lo que constituye una variable esencial en la interpretación del precepto constitucional que la contempla.

En ese orden de ideas es bien sabido que las normas -independientemente de su rango- que configuren excepciones, salvo disposición expresa en contrario, deben ser interpretadas restrictivamente. Por consiguiente, a la luz de este canon hermenéutico, se impone la interpretación restrictiva del citado artículo 239, num 9, máxime si se tiene en cuenta el carácter de colaborador inmediato del Presidente, con que la Constitución inviste al vicepresidente; de allí que, en el marco de esta tesis,

la potestad delegatoria presidencial estaría limitada desde el punto de vista subjetivo, dado que únicamente podría ser ejercida mediante la transferencia de competencias del Presidente de la República al vicepresidente ejecutivo, lo que excluiría de ese ámbito de subjetividad a cualquier otro funcionario, incluyendo a los ministros, resultando por tal razón el artículo 34 del DFLOAP parcialmente inconstitucional, en virtud que extiende esa potestad a cualquier funcionario que se encuentre bajo la *dependencia* del Presidente de la República, máxime si se tiene en cuenta que este de conformidad con el artículo 46 ejusdem, en su carácter de Jefe del Ejecutivo Nacional, es el máximo jerarca de toda la Administración Pública Nacional. En suma, conforme a esta tesis restringida el Presidente de la República, solo está facultado para delegar competencias al vicepresidente ejecutivo.

La segunda tesis, según la cual la potestad presidencial bajo examen, tiene un alcance subjetivo amplio, en vista de que responde en principio a la introducción *ex novo* de la figura del vicepresidente, en los términos antes enunciados, pero dado que el artículo 239 constitucional precisa que la función *de colaboración inmediata* con el Presidente de la República, que le corresponde ejercer, lo es en su condición de *Jefe del Ejecutivo Nacional*, de la cual se deriva que es el máximo jerarca de la Administración Pública Nacional, tal como por lo demás se desprende del mismo artículo 239, numeral 2, ejusdem, que confiere al vicepresidente la atribución de coordinar la Administración Pública Nacional, de *conformidad con las instrucciones* del Presidente de la República, pues resulta obvio que si puede *dictar instrucciones* al vicepresidente para que cumpla el indicado cometido, es porque reviste la condición de máximo jerarca de la Administración Pública Nacional, lo que por demás, como quedó dicho, resulta categóricamente establecido en el citado artículo 46 del DFLOAP.

En el marco de esta tesis amplia, el ámbito subjetivo de la potestad delegatoria del Presidente de la República, se

extiende además del vicepresidente a todo funcionario que se encuentre bajo su dependencia, pero aquí es necesario puntualizar que la *dependencia debe ser inmediata*, pues así lo impone el marco teórico que informa a la fórmula organizativa de la delegación de competencias, como quedó expuesto precedentemente, pero sobre todo la idea que late en la expresión constitucional “colaborador *inmediato*”, con que se caracteriza la función del vicepresidente en relación con el Presidente, la cual implica una acentuadísima proximidad jerárquica, que es variable que debe primar al momento de esclarecer el ámbito subjetivo de la potestad delegatoria presidencial.

Pues bien, el esclarecimiento del aludido ámbito, atendiendo a esa premisa, conduce a postular que pese a que la potestad delegatoria bajo examen, va más allá del vicepresidente, debido a que se extiende a los ministros en el marco de esta tesis, los únicos funcionarios que encuadran en la mencionada relación de proximidad jerárquica son el vicepresidente y los ministros, y por ende, los únicos que pueden llegar a ostentar la condición de delegatarios. Conviene precisar a los fines reforzar esta tesis, que si bien la Constitución no define a los ministros como colaboradores inmediatos del Presidente de la República, esa función está implícita en su condición de órganos directos de este.

3. El ámbito objetivo de la delegación de competencias

A la luz de los razonamientos anteriores, puede afirmarse prima facie que el Presidente de la República está facultado para delegar solamente competencias *administrativas*, dado que las gubernativas resultan indelegables, salvo que la Constitución expresamente disponga lo contrario, pese a que el artículo 239, numeral 1, erige al vicepresidente en colaborador del Presidente de la República en la dirección de la acción de gobierno. Esta tesis cobra fuerza si se parte de la premisa que la acción de gobierno o función gubernativa tiene como finalidad la dirección política del Estado, es decir, la aprobación de

las grandes líneas políticas destinadas a lograr los fines esenciales del Estado previstos en el artículo 3 de la Constitución, atendiendo a los valores superiores del ordenamiento jurídico, enumerados en el artículo 2 ejusdem. A mayor abundamiento cabe precisar que la función gubernativa o acción de gobierno, es una noción abstracta, y no puede ser de otra manera, porque dirigir políticamente al Estado, ciertamente puede comportar la adopción de decisiones que se inscriben en planes y programas previamente adoptados, como las relativas a la compra de determinado tipo de armas para modernizar el ejército, o a la construcción masiva de viviendas para los sectores menos favorecidos económicamente, pero también puede ser el producto de la ponderación de circunstancias coyunturales, verbigracia el rompimiento de relaciones diplomáticas con otro país, o la denuncia de determinado tratado internacional, o proponer un proyecto de ley de amnistía.

Quizás aun manteniendo el carácter abstracto que caracteriza la función gubernativa, el artículo 97 de la Constitución española puede servirnos para orientarnos un poco más en la dilucidación de la noción de acción de gobierno, en virtud que contiene especies de ejemplos normativos, cuando establece que el gobierno dirige la política interior y exterior y la administración civil y militar. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de conformidad con la Constitución y las leyes". También puede coadyuvar en el logro de ese cometido la clasificación de las funciones de gobierno que formula Santamaría (2009) en España, a saber: a) la dirección política interior y exterior; b) la dirección de la administración civil y militar y de defensa del Estado y; c) la función ejecutiva, esta última no debe confundirse con la administrativa, en virtud de que es aquella que "pretende erigir al gobierno en el órgano primariamente responsable de llevar a efecto las decisiones y directrices emanadas del Parlamento, tanto normativas como de otra naturaleza".

Contextualizado el asunto bajo examen en nuestro ordenamiento constitucional, resulta factible proponer que la función de gobierno, concebida como dirección política del Estado, encuentra recepción en el artículo 236 constitucional, pues casi la totalidad de las competencias que le confiere dicho precepto al Presidente de la República, encuadran en el dispositivo constitucional español y en la consiguiente clasificación de las funciones de gobierno propuesta por Santamaría, pero es necesario destacar que su ejercicio compete al Presidente en Consejo de Ministros y al Presidente actuando unipersonalmente, lo que da origen a unos actos denominados doctrinariamente como políticos o de gobierno. Por supuesto que la ejecución de algunos de esos actos adoptados en cualquiera de las dos formas indicadas, por el Presidente de la República, puede corresponder a los Ministros, actuando como órganos de gobierno.

Ahora bien, cuando se examinan las veinticuatro atribuciones que figuran en el citado artículo 236 constitucional, a los fines de nuestro examen, excluyendo de plano las previstas en los numerales 1 y 24, que tienen un carácter general y abstracto, por lo demás sobreentendidas en cualquier Estado de Derecho, que han devenido en meras referencias protocolares en nuestras Constituciones, de las veintidós restantes, la mayoría de ellas encuadran en el marco de la función gubernativa que hemos intentado delinear, y muy pocas podrían inscribirse en la función administrativa, de tal manera que solo estas serían delegables al vicepresidente o a los ministros. Sin embargo, esa delegación está condicionada a que sean ejercidas por el Presidente de la República en forma unipersonal, pues si le corresponde ejercerlas en Consejo de Ministros, se tornarían indelegables como se verá más adelante.

Entonces cabría preguntarse cuáles son las competencias que el Presidente de la República puede delegar, y la respuesta es que solo aquellas de naturaleza administrativa enumeradas en el artículo 236 constitucional, y aquellas que en los últi-

mos años debido la excesiva personalización del poder que caracterizó a la larga gestión presidencial de Chávez, fueron atribuidas en forma desproporcionada al Presidente de la República, que este humanamente no estaba en capacidad de ejercer, verbigracia la potestad para conferir a todos los funcionarios estatales jubilaciones especiales, por solo mencionar una. He allí, pues el núcleo que puede otorgarle viabilidad práctica a la potestad delegatoria del Presidente de la República y de allí que resulte concluyente que el ámbito objetivo de la potestad bajo examen, esté restringido a las competencias de naturaleza administrativa ejercidas en la forma antes indicada.

4. La última delegación de competencias al vicepresidente ejecutivo, a la luz de los lineamientos anteriores

A. Planteamiento del asunto

Es necesario advertir que a pesar de que la atribución de la potestad delegatoria al Presidente de la República fue establecida en la Constitución de 1999, y que la correspondiente norma constitucional encontró desarrollo en la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, desarrollo que se mantuvo con pocas modificaciones en el DFLOAP de 2008, hasta el año 2011 el Presidente de la República había ejercido en poquísimas oportunidades dicha potestad, pero a partir de ese año, debido a la enfermedad que lo afectó, que él decidió tratarse en Cuba, quedando obligado a trasladarse a ese país con cierta frecuencia durante los años 2011 y 2012, optó delegar competencias al vicepresidente de la ejecutivo varias veces durante esos años.

Efectivamente, quizás con la finalidad de cubrir parcialmente esas ausencias del territorio nacional, en lugar de activar la figura de la falta temporal recurrió, tal como lo ordenaba y ordena la Constitución, recurrió como ya dijimos, a la fórmula organizativa de la delegación de competencias en tres

oportunidades: el 14 de julio de 2011, el 16 de octubre de 2012 y el 9 de diciembre 2012, siempre utilizando los mismos fundamentos constitucionales y legales a que nos hemos referido, con la particularidad de que la última de fecha 9 de diciembre de 2012, publicada en la Gaceta Oficial el 21 del mismo mes y año, reimpressa por “fallas en los originales” cinco días después, contenía el mayor número de competencias transferidas, pero sobre todo fue la que suscitó mayores discusiones, razón por la cual decidimos centrar nuestro análisis en ella.

B. Breve referencia a la duda constitucional que suscita la delegación bajo examen

Como hemos dicho, el Vicepresidente debe ejercer las competencias que le transfiere el Presidente de la República, en el marco de la función de colaboración con este, que le fija el texto constitucional. Sin embargo, luce lógico y hasta natural que para que esa colaboración se torne viable sea necesario que el delegante se encuentre en el normal y ordinario ejercicio de sus funciones, lo que implica, como condición sine qua non, según se desprende del artículo 18 constitucional, que el mismo se lleve a cabo en el territorio de la República. Luego, si como fue público y notorio el Presidente de la República estuvo en Cuba desde del 9 de diciembre de 2012 hasta el 18 de febrero de 2013, no resultaba posible sostener constitucionalmente que estuviese ejerciendo sus funciones, en su carácter de titular de las mismas, razón por la cual tampoco podía haberse viabilizado la función de colaboración del vicepresidente de la República, mediante la delegación de funciones.

Pues bien, atendiendo al principio de la realidad, en ese período lo que se configuró “de facto” fue *una mera sustitución*, mediante la suplencia, tal como está prevista en la Constitución, debido a que tanto el Poder Ejecutivo, como el Legislativo, con el respaldo primero implícito, y después explícito y expreso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la sentencia del 9-01-2013, se obstinaron en

imponer arbitrariamente en un ejemplo de grotesco abuso de poder, que el Presidente se encontraba en pleno ejercicio de sus funciones, al punto que aunque resulte paradójico jurídicamente, falleció encontrándose en esa situación ficticia. En suma, se trató de una delegación de competencias claramente viciada, en virtud de que al no encontrarse el Presidente de la República en ejercicio ordinario y normal de sus funciones en el territorio nacional, carecía de sustento constitucional.

C. El encuadre legal y constitucional de la delegación presidencial

Pero obviando el anterior argumento sobre la inconstitucionalidad de la delegación bajo examen, y admitiendo debido a la fuerza normativa de lo fáctico que la misma estuvo vigente y surtió plenamente sus efectos desde el 21 de diciembre de 2012 hasta el día 8 de marzo de 2013, cuando Nicolás Maduro cesó en el ejercicio de la vicepresidencia ejecutiva, al encargarse de la presidencia de la República, pasamos a examinar, en una perspectiva didáctica, el encuadre de dicha delegación.

a. Ámbito subjetivo

Bien que predomine la concepción amplia o la restringida acerca de la delegación de competencias, el caso examinado encuadra en dicho ámbito, pues como ha quedado demostrado antes, en el marco de ambas concepciones el vicepresidente queda legitimado como delegatario, tanto a la luz de la Constitución como del DFLOAP; b) ámbito objetivo, el examen de las competencias delegadas evidencia que casi todas ellas pueden considerarse de naturaleza administrativa, razón por la cual encuadran en el aludido ámbito. Sin embargo, es necesario destacar que la sistemática constitucional erige implícitamente unos límites distintos a los enumerados en el artículo 35 del DFLOAP, a la delegación presidencial de competencias.

En esa línea argumental cabe recordar que el Presidente de la República por mandato constitucional o legal puede ejercer sus competencias en forma unipersonal o en Consejo de Ministros, pero cuando lo hace bajo esta última modalidad las competencias enumeradas por la Constitución o la ley, no son susceptibles de ser delegadas, en virtud de que deben ser ejercidas de manera exclusiva y excluyente por él, y tal prohibición se deriva a su vez de la interdicción que el artículo 242 de la ley suprema impone al Presidente de la República de *delegar la competencia* constitucional que le atribuye para presidir el Consejo de Ministros, ya que sin su presencia no puede constituirse válidamente dicho órgano, al punto que ese mismo precepto establece categóricamente que el Presidente solo puede *autorizar* al vicepresidente ejecutivo para que presida las reuniones de dicho órgano colegiado, pero tal presidencia tiene un carácter meramente burocrático y procedimental, dado que en ese supuesto la validez de las decisiones que adopte el Consejo queda necesariamente condicionada a la ratificación formal y documentada que posteriormente realice el Presidente, de cada una de ellas.

Cabe añadir que el ejercicio de la presidencia del Consejo de Ministros por el Vicepresidente Ejecutivo tiene un carácter meramente accidental, ni siquiera temporal; por lo tanto, no puede extenderse a todas las sesiones que se celebren en un período de casi tres meses, como ciertamente ocurrió en el país, entre el 21 de diciembre de 2012 y 8 de marzo de 2013, porque entonces lo que se configura “de facto” es una sustitución presidencial que encuentra su causa en la falta temporal del Presidente, la cual es un mero hecho, y si es notorio y comunicacional, no requiere declaración alguna; sustitución que dicho sea de paso resulta incompatible con la delegación de competencias. Pues bien, a la luz de la sistemática constitucional descrita, las competencias que deben ser ejercidas por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, no son susceptibles de ser delegadas al vicepresidente ejecutivo, porque implicaría partir del postulado a todas luces absurdo y

desde luego contrario a la Constitución, según el cual la competencia constitucional relativa a la presidencia del Consejo de Ministros, es delegable al referido funcionario.

Por lo demás así la referida indelegabilidad es reconocida expresamente por el artículo 1, num 11, del mismo Decreto de delegación presidencial bajo examen, que prescribe “delego en el ciudadano (...) en su condición de Vicepresidente, el ejercicio de las atribuciones... que se señalan a continuación. 1. Omissis 11. *La actuación del Presidente de la República como miembro o presidente de órganos colegiados, de conformidad con sus respectivos instrumentos de creación*”. Por supuesto, que el citado precepto al especificar que la competencia delegada está referida a la actuación presidencial en otros órganos colegiados, distintos al Consejo de Ministros, excluye categóricamente, como es lógico y casi natural, toda posibilidad de delegación de la competencia relativa a la presidencia del Consejo de Ministros. A mayor abundamiento conviene precisar que el órgano colegiado Consejo de Ministros no figura de los legitimados por el artículo 34 del DFLOAP para delegar competencias.

Ahora bien, el análisis del Decreto de delegación presidencial a la luz del marco doctrinario anterior, revela que algunas de las competencias, aun siendo sustancialmente administrativas, delegadas al vicepresidente ejecutivo, no eran susceptibles de delegación, porque su ejercicio está reservado en forma exclusiva y excluyente al Presidente de la República en Consejo de Ministros. Esas competencias son las delegadas en los siguientes numerales del artículo 1, del Decreto:

La contenida en el numeral 1, según el cual se transfiere la competencia al vicepresidente para decretar créditos adicionales al Presupuesto, previa autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada. La contenida en el numeral 2, según el cual se transfiere la competencia para dictar los decretos para que se efectúen los trasposos presupuestarios de los Ministerios del Poder Popular, que de conformidad con la Ley

Orgánica de Administración Financiera corresponde conocer al Presidente de la República en *Consejo de Ministros*.

De las dos competencias transferidas, la primera, prevista en el artículo 236, numeral 13, de la Constitución, por mandato del primer aparte de ese mismo precepto constitucional, debe ser ejercida en Consejo de Ministros, y la segunda por mandato de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, también en dicho órgano colegiado; luego, conforme a la tesis antes expuesta sobre la indelegabilidad de esa clase de competencias, las disposiciones del Decreto de delegación que las contienen están viciadas de ilegalidad e inconstitucionalidad. Pero aparte de esa irregularidad, lo más importante que derivamos de este análisis acerca de los límites de la potestad delegatoria presidencial, es que independientemente de que la competencia que se pretenda transferir tenga naturaleza administrativa, dicha delegación resultará improcedente si por disposición constitucional o legal el ejercicio de la misma corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros, y frente a este postulado no valen disposiciones como las contenidas en el artículo 1, num 1, del Decreto bajo examen, que pretende bajo un manto de abstracción y residualidad, eludirlo, al preceptuar que se delega al vicepresidente la competencia para “Dictar decretos y actos previa consulta al Presidente de la República y *aprobados en Consejo de Ministros*, distintos a los señalados en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del presente artículo...”

5. Particularidades del Decreto de delegación presidencial

Con la expresión “particularidades” pretendemos referirnos a aspectos puntuales del referido Decreto, que evidencian un distanciamiento, por decir lo menos, de los principios jurídicos que sustentan a la delegación de competencias. Esas particularidades son:

(i) La especie de confusión entre delegación y sustitución que refleja la redacción del artículo 1, numeral 1, cuando expresa que se delega al vicepresidente la competencia para decretar créditos adicionales al Presupuesto..., “en Ejercicio de la Presidencia de la República”. La confusión radica en que la citada norma establece que el delegatario ejerce la competencia delegada en ejercicio de la Presidencia de la República, lo que implica que pasa a ostentar la titularidad del órgano, ni siquiera de la competencia, lo que solo ocurre mediante la figura de la suplencia, que comporta una *sustitución* temporal, en el caso bajo examen, del titular del órgano, es decir, del Presidente de la República, y ha quedado demostrado que la figura de la delegación de competencias, en primer lugar, está vinculada con la parte objetiva del órgano, y no con la subjetiva; en segundo lugar, que únicamente se transfiere el ejercicio de la competencia y; en tercer lugar, que por fuerza de los postulados anteriores en ningún caso resulta admisible que el delegado o delegatario, sustituya al titular del órgano - Presidente de la República-, porque en ese caso se estaría pretendiendo confundir delegación de competencias con sustitución o suplencia, que ya hemos dicho son fórmulas organizativas totalmente incompatibles y excluyentes, confusión a que da lugar el texto de la disposición bajo examen, del Decreto de delegación.

(ii) La revocación implícita de la delegación presidencial. Ya sabemos que el DFLOAP establece de manera categórica que la revocación de las competencias delegadas debe ser expresa, lo que se concreta en la exigencia legal de que sea publicada en la Gaceta Oficial correspondiente, de tal manera que de conformidad con ese texto normativo fundamental en la regulación y consagración de los principios de la organización administrativa venezolana, que por supuesto disciplina la potestad de delegación presidencial, no es admisible la *revocatoria implícita*, la cual se configura cuando el delegante sin que medie ningún acto ni intraorgánico, ni externo, comienza a ejercer las competencias que previamente ha delegado.

Pues bien, el Decreto de delegación presidencial bajo examen, viola claramente esa regla legal, debido a que en su artículo 2, pauta que el Presidente de la República se reserva el ejercicio de las competencias delegadas conforme a dicho Decreto “en el momento en que lo considere conveniente”, de tal manera que el Presidente delegante no requiere dictar ningún acto de revocatoria total o parcial del acto mediante el cual delega las competencias al vicepresidente, para comenzar a ejercer cualquiera de ellas, creando así un ámbito de incertidumbre en los administrados acerca del verdadero órgano competente para ejercer esas competencias, y consecuentemente la validez de las mismas, atentando a la postre contra el principio de seguridad jurídica, que es lo que quiere evitar el citado dispositivo normativo, al prescribir que el acto revocatorio de la delegación de competencias debe ser expreso. Por supuesto, que esa norma de rango sublegal del Decreto, infringe el artículo 35 del DFLOAP, el cual si bien establece, como ya dijimos, que el delegante puede revocar la delegación en cualquier momento, al mismo tiempo precisa que la revocación para que cobre eficacia deberá publicarse en la Gaceta Oficial (revocatoria expresa).

(iii) La consulta previa al Presidente de la República. El artículo 1, numeral 10, del Decreto de delegación establece que el vicepresidente para ejercer válidamente las competencias delegadas en ese precepto, está obligado a consultar previamente al Presidente de la República. Ahora bien, independientemente de los efectos vinculantes o no que resulten de esa consulta, aunque todo apunta dada la fuerte relación de jerarquía que se configura, en este caso, entre delegante y delegado, que los efectos de esa consulta serán preceptivos, sin duda la exigencia de la misma desnaturaliza la figura de la delegación de competencias, debido a que -insistimos- la fórmula organizativa bajo examen implica necesariamente la pérdida temporal del ejercicio de la competencia por el delegante, en este caso el Presidente, y la ganancia del mismo por parte del delegatario o delegado, con la particularidad de que dicho ejercicio

de ninguna manera puede quedar sujeto a la consulta previa con el delegante. Esta desnaturalización de la delegación de competencia la aproxima mucho a la fórmula organizativa de la jerarquía, debido a que el delegado en la práctica pasa a ser una especie de subordinado atípico, pero subordinado al fin del delegante.

Finalmente, observamos que los demás elementos procedimentales presentes en el Decreto de delegación presidencial, encuadran dentro de los lineamientos generales sobre la delegación de competencias contenidos en el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública.

Bibliografía

- Barcelona, Javier, "Principio de legalidad y organización administrativa", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1991.
- Casseta, Elio, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè. Milano, 2000.
- Cerulli, Vincenzo, *Corso di Diritto Amministrativo*, Giapichelli, Torino, 1997.
- Gallego, Alfredo, *Concepto y Principios Fundamentales del Derecho de Organización*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- Rondon de Sansó, Hildegard, *Análisis de la Constitución de 1999. Parte orgánica y sistemas*, Edición de la autora, Caracas, 2013.
- Sanchez Moron, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos. Madrid, 2006.
- Santamaria, Juan, *Principios de Derecho Administrativo General I*, Iustel. Madrid, 2009.
- Scoca, Franco, "I Modelli Organizzativi", en *Diritto Amministrativo I*, Monduzzi Editore, Bologna, 1993.

ALGUNOS COMENTARIOS A LAS NORMAS SANITARIAS COMPLEMENTARIAS PARA LA REGULACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN Y DISPENSACIÓN DE MEDICAMENTOS

Cosimina G. Pellegrino Pacera

*Profesora de Derecho Administrativo
de la Universidad Central de Venezuela*

Resumen: Nuestro estudio tiene como propósito analizar la reciente Resolución N° 028, del 19 de marzo de 2013, dictada por el Ministerio del Poder Popular para la Salud, que regula la emisión de récipes médicos y la comercialización de los medicamentos de uso humano, instrumento normativo que resulta novedoso en nuestro sistema jurídico.

Palabras clave: Derecho a la salud - Medicamentos - Récipe médico - Acto administrativo - Farmacia.

Summary: Our study aims to analyzed the recent Resolution N° 028, dated on March 19, 2013, issued by the Ministry of Popular Power for Health, which regulates the issuing of medical recipes and marketing of medicinal products for human use, regulatory instrument which is new to our legal system.

Key words: Right to health - Medicines - Medical recipes - Administrative act - Drugstores.

Recibido: 19 de abril de 2013 Aceptado: 24 de abril de 2013

En las próximas páginas comentaremos la novedosa normativa que regula por primera vez la emisión de récipes médicos y la comercialización de los medicamentos de uso humano, dictada por el Ministerio del Poder Popular para la Salud,

según Resolución N° 028, del 19 de marzo de 2013¹, modificada mediante Resolución N° 031, del 26 de marzo de 2013², y que entrará en vigencia en el mes de mayo de este año.

Con este estudio se pretende dar noticia del alcance de los principales aspectos introducidos en la regulación para la venta de los medicamentos en el país.

I. ASPECTOS GENERALES DE LAS NORMAS SANITARIAS COMPLEMENTARIAS PARA LA REGULACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN Y DISPENSACIÓN DE MEDICAMENTOS

El Ejecutivo Nacional, a través del Ministerio del Poder Popular para la Salud, *“con el fin de garantizar el derecho de la población de tener acceso equitativo a los medicamentos y la posibilidad de elegir los mismos según su costo entre medicamentos de igual composición, forma farmacéutica y dosificación”*, ha dictado las Normas Sanitarias Complementarias para la Regulación de la Prescripción y Dispensación de Medicamentos, para regular la prescripción y la dispensación de medicamentos a los seres humanos en el territorio venezolano (artículo 1).

Las prenombradas normas están fundamentadas en los artículos 2°, numeral 6; 31 y 37 de la Ley de Medicamentos³, texto legal que regula todo lo relacionado con la política farmacéutica del país *“a los fines de asegurar la disponibilidad de medicamentos eficaces, seguros y de calidad, así como su accesibilidad y uso racional a todos los sectores de la población en el marco de una política nacional de salud”* (artículo 1).

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.131 de fecha 19 de marzo de 2013.

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.136 de fecha 26 de marzo de 2013.

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.006 de fecha 3 de agosto de 2000.

Desde esa fundamentación legal, el Ejecutivo Nacional ha establecido un conjunto de normas jurídicas que obliga a los médicos y odontólogos para prescribir los medicamentos por su principio activo y no por su marca comercial.

En efecto, las normas contenidas en la Resolución N° 031 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, contempla varias pautas y formalidades para la prescripción médica de los fármacos que requieran ser adquiridos por los pacientes en las farmacias, salvo aquellos medicamentos que expresamente el órgano ministerial señale sean de venta directa, es decir, que no necesitan de receta o récipe médico.

Esto último es particularmente importante, porque el Ministerio del Poder Popular para la Salud según la Resolución N° 030, del 26 de marzo de 2013⁴, dispone cuáles fármacos podrán adquirirse sin prescripción médica, es decir, los medicamentos que serán accesibles por las personas directamente en las farmacias.

De hecho, el Ministerio de Salud a través del prenombrado acto resolutorio establece una lista de 172 medicamentos “*susceptible a venta sin prescripción facultativa*”, que según el artículo 2 de las *Normas Sanitarias Complementarias para la Regulación de la Prescripción y Dispensación de Medicamentos*, queda exceptuada del ámbito de aplicación del control sobre los récipes médicos.

La citada disposición, expresamente, contempla:

“No aplica la presente Resolución a los medicamentos señalados en la Lista con Régimen de Venta sin Prescripción Facultativa, vigente para la fecha de publicación de la presente Resolución, definidos según los criterios técnicos-científicos del Ministerio del Poder Popular para la Salud”.

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.136 de fecha 26 de marzo de 2013.

Sin embargo, la exclusión de los 172 medicamentos del ámbito de aplicación de las normas sobre récipes médicos es relativa, pues ese catálogo o relación de medicinas “*será evaluada de manera permanente y dicho estatus podrá ser reconsiderado por el Ministerio del Poder Popular para la Salud, de acuerdo con la experiencia Farmacotológica Nacional o Internacional, que se derive de la utilización y comercialización del medicamento como producto de venta sin prescripción facultativa*” (artículo 2 de la Resolución N° 030).

En razón de esa facultad, el Ministerio del Poder Popular para la Salud dicta otra lista de medicamentos libres de récipes, que también queda exceptuada del ámbito de aplicación de las *Normas Sanitarias Complementarias para la Regulación de la Prescripción y Dispensación de Medicamentos*, y por ende, tampoco esos fármacos requerirán de prescripción médica para su adquisición en las farmacias del país.

Esta lista ha sido llamada “Lista N° 2 de *Medicamentos con Régimen de Venta “SIN PRESCRIPCIÓN FACULTATIVA”*”, tal y como se lee en la Resolución N° 035, del 9 de abril de 2013⁵.

Así las cosas, los fármacos que no estén incluidos en las dos listas establecidas por el Ejecutivo Nacional necesitarán de récipes médicos para que las personas puedan adquirirlos en las farmacias. Entre los medicamentos que requerirán prescripción médica, podemos mencionar: antihipertensivos, productos endocrinos; productos para el tratamiento de obesidad; antianémicos; antiparasitarios; productos para afecciones oculares; patologías del colón; productos para enfermedades respiratorias, entre muchos otros fármacos que tienen un alto índice de consumo en el país⁶.

5 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.143 de fecha 9 de abril de 2013.

6 Es necesario resaltar que los anticonceptivos no estaban dentro de la primera lista de medicamentos que no necesitan récipe médico, y ante el rechazo de algunos sectores del país que pidieron la revisión de ese lis-

Frente a este escenario, y dado que no existe un texto previo que sirva de exposición de motivos, para entender las razones que llevaron al Ejecutivo Nacional emitir la mencionada Resolución, cabe plantear las siguientes interrogantes ¿Cuál es el objeto para exigir récipes médicos para fármacos -la mayoría de uso corriente-, que hasta ahora se han vendido al público sin prescripción? ¿Se realizaron los estudios y las consultas necesarias para determinar que la mayoría de los medicamentos requieran ahora recípe médico, por existir un riesgo potencial en la salud de la colectividad?

Entendemos que la exigencia de la prescripción médica garantizará que las personas no se automediquen, pero con esta medida intervencionista del Estado en la comercialización de los medicamentos ¿podrá asegurar una adecuada y eficiente atención de la salud, y por ende, elevar la calidad de vida de todas las personas?

Hay que tener claro que la salud es un derecho humano fundamental que impone la obligación al Estado de adoptar las medidas apropiadas para dar plena efectividad al derecho a la salud, y no para obstaculizar la propia salud de las personas.

Al respecto, cabe recordar que los artículos 83 y 84 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela determinan el derecho a la salud, en los términos siguientes:

“Artículo 83.- La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias

tado, el Gobierno tomó la decisión de publicar una segunda lista e incluir los anticonceptivos, así como otros medicamentos.

y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República.

Artículo 84.- 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 nacional de salud dará prioridad a la promoción de la salud y a la prevención de las 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”

Por otro lado, es necesario advertir que existen otros medicamentos que están exceptuados del ámbito de aplicación de las *Normas Sanitarias Complementarias para la Regulación de la Prescripción y Dispensación de Medicamentos*. Nos referimos a los fármacos que contienen sustancias estupefacientes y psicotrópicas, cuya prescripción y dispensación está sujeta a los preceptos de la Ley Orgánica de Drogas⁷.

En efecto, el artículo 62 *eiusdem* consagra que la venta al público de los medicamentos que contengan estupefacientes y sustancias psicotrópicas la harán únicamente las farmacias, mediante lo establecido en el “*talonario oficial*” establecido en la Ley Orgánica de Drogas.

7 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.546 de fecha 5 de noviembre de 2010.

Igualmente, estipula la citada disposición:

“Las especialidades farmacéuticas que lleven en su composición sustancias comprendidas en la lista IV de la Ley Aprobatoria del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971, así como otras especialidades farmacéuticas que el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud, mediante resolución, considere conveniente incluir en este grupo, podrán ser despachados con récipe de uso particular del facultativo o de la institución hospitalaria a la que presta sus servicios. Los infractores del presente artículo serán sancionados con multa equivalente entre cien Unidades Tributarias (100 U.T.) y trescientas Unidades Tributarias (300 U.T.)”

Por otra parte, el artículo 63 de la Ley Orgánica de Drogas, establece las características e indicaciones del “talonario oficial” para la prescripción de estupefacientes y sustancias psicotrópicas:

“Toda prescripción de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, para ser despachada, constará en formulario especial numerado, de color específico que distribuirá el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud, y deberá contener en forma legible y manuscrita los siguientes requisitos y datos:

1. Nombres y apellidos, dirección del consultorio, cédula de identidad y número de matrícula sanitaria del facultativo o facultativa.
2. Denominación del medicamento.
3. Cantidad de cada medicamento expresada en números y letras, sin enmendaduras.
4. Nombres, apellidos, dirección y cédula de identidad del o la paciente e identificación del comprador o compradora.

5. Firma del facultativo o facultativa, y fecha de expedición.
6. Sello húmedo del facultativo o facultativa en récipe corriente membreado del mismo. El valor de los talonarios de récipes especiales será establecido por el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud, mediante resolución.

Para hacer una nueva solicitud, el facultativo o facultativa deberá remitir, anexo a la solicitud, el talonario agotado. En caso de robo, hurto, pérdida o extravío del talonario, deberá presentar la constancia emitida por el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, el cual está obligado a recibir la denuncia y expedir la referida constancia indispensable para que el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud entregue el nuevo talonario. Los infractores o infractoras de lo dispuesto, en este artículo serán sancionados o sancionadas con multa equivalente entre ochenta Unidades Tributarias (80 U.T.) y cien Unidades Tributarias (100 U.T.). El Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud queda facultado para negar la entrega de un nuevo talonario cuando se compruebe la indebida utilización del mismo por parte del o la profesional solicitante, previo procedimiento administrativo”.

El artículo 66 *eiusdem*, regula la prescripción de medicamentos que contengan estupefacientes y sustancias psicotrópicas por odontólogos y veterinarios, en los términos siguientes:

“Los odontólogos u odontólogas sólo podrán prescribir los medicamentos que contengan estupefacientes y sustancias psicotrópicas que, mediante resolución, determine el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud como de uso odontológico.

Para el caso de médicos veterinarios o médicas veterinarias, éstos o éstas podrán prescribir los medicamentos que contengan las sustancias a que se refiere este capítulo, que sólo son utilizados en medicina veterinaria y para ello deberá figurar en los récipes, además de los requisitos y datos establecidos en el talonario oficial, el nombre y domicilio del propietario del animal e identificación de éste, fecha y dosis adaptadas a la posología oficial, según la especie del animal.

La infracción del presente artículo será sancionado con multa equivalente entre cien Unidades Tributarias (100 U.T.) y doscientas Unidades Tributarias (200 U.T.). En caso de reincidencia, se suspenderá la matrícula del ejercicio profesional por el lapso de un año, sin perjuicio de las sanciones penales establecidas en esta Ley para los delitos comunes”.

Importa señalar que el artículo 3 de las *Normas Sanitarias Complementarias para la Regulación de la Prescripción y Dispensación de Medicamentos*, establecen quiénes quedan sujetos a su ámbito de aplicación:

- “1. Todos los profesionales médicos y odontólogos habilitados para el ejercicio de la profesión y debidamente registrados ante el Ministerio del Poder Popular para la Salud, que ejerzan la práctica clínica en centro de salud, servicios médicos de salud, establecimientos o servicios similares de naturaleza pública o privada, ubicados en el territorio nacional.
2. Los farmacéuticos habilitados para el ejercicio de la profesión y debidamente registrados ante el Ministerio del Poder Popular para la Salud, que dispensen medicamentos en los establecimientos autorizados para ello, públicos o privados, ubicados en el territorio nacional.

3. Laboratorios farmacéuticos, casas de representación y farmacéuticos patrocinantes”

Ahora bien, es necesario destacar que las referidas normas dictadas por el Ejecutivo Nacional, al regular los medicamentos que deberán adquirirse con prescripción médica, se ocupan también de definir y regular las formalidades para la elaboración de la receta o récipe médico.

En efecto, establecen las pautas para la prescripción de un medicamento que, como se sabe, est  destinado a la prevención, mejoramiento o restablecimiento de la enfermedad u otro problema de salud que el paciente presente.

Así, de conformidad con el artículo 5 eiusdem, la receta o récipe médico es un *“documento legal”* a través del cual *“los prescriptores legalmente habilitados para su ejercicio prescriben medicamentos al paciente para su dispensación”*.

Esta norma establece las formalidades que deben cumplir la receta o récipe médico, como documento legal:

“... debe constar de dos partes: el cuerpo del récipe, destinado al farmacéutico y las indicaciones al paciente.

El cuerpo de la receta o récipe médico se emitirá por duplicado. Ambos ejemplares se entregarán a la farmacia.

El ejemplar original quedará en resguardo de la farmacia. El ejemplar copia del paciente deberá ser devuelto a éste por la farmacia, una vez estampada la impronta de un sello en el cual se identifique la fecha de dispensación, el nombre de la farmacia, y número del Registro de Información Fiscal.

En aquellos casos en los cuales deba dispensarse medicamentos en diversas oportunidades o cuando no se puedan dispensar la totalidad de ellos, el farmacéutico o farmacéutica, deberá entregar al paciente el ejemplar original del récipe; no obstante corresponderá al establecimiento farmacéutico emitir y retener una copia simple en sus archivos; debiendo estampar en el ejemplar original y en la copia la impronta del sello de dispensación, sealando el medicamento, cantidad y fecha de dispensación, a los fines que el paciente pueda adquirirlos posteriormente o ante otros establecimientos farmacéuticos”

Al respecto, cabe destacar que la Ley de Medicamentos no define ni hace referencia a la regulación del contenido de la prescripción médica, no obstante que el artículo 37 sólo se refiere a los diferentes tipos de prescripción. Es evidente, que a partir de la definición que aporta la Resolución del Ministerio de Salud, la receta o récipe médico puede ser un instrumento público o privado, dependiendo ello de la situación en que se encuentre el médico u odontólogo en el momento de su emisión.

La Resolución también establece que la receta o récipe médico deberá contener una serie de datos claramente legibles, pues de lo contrario, no tendrá validez para la entrega de los productos en las farmacias (artículo 6):

- “1. Nombre, apellido, cédula de identidad, número de registro ante el Ministerio de Salud y la firma del prescriptor.
2. Nombre, dirección y RIF del establecimiento de salud, en forma impresa y sellada.
3. Nombre, apellidos, número de cédula de identidad y año de nacimiento del paciente.

4. Nombre del principio activo o Denominación Común Internacional (DCI), objeto de la prescripción.
5. Concentración del principio activo.
6. La forma farmacéutica y vía de administración.
7. Indicación de la dosis por unidad posológica exacta de cada administración por día, así como la duración del tratamiento.
8. Lugar y fecha de emisión, y fecha de expiración de la receta o rúbrica médica, firma y sello del facultativo que prescribe.
9. También anotará las advertencias dirigidas al farmacéutico que el médico estime procedentes.
10. Indicará al paciente las instrucciones que juzgue necesarias.
11. Opcionalmente, además del principio activo o la Denominación Común Internacional (DCI), podrán incluirse entre paréntesis al menos, 2 equivalentes en marcas comerciales”.

Sin duda alguna que la prescripción médica debe ser perfectamente legible para evitar la aparición de errores en su interpretación para el expendio del medicamento. Sin embargo, las Normas Sanitarias Complementarias para la Regulación de la Prescripción y Dispensación de Medicamentos no precisan si será válida o no la prescripción médica que presente abreviaturas, así como enmiendas o tachaduras en cualquiera de los datos antes señalados.

En todo caso, es importante subrayar que el incumplimiento de las especificaciones anteriores invalidará el rúbrica para el expendio del medicamento. El artículo 7 *eiusdem* prevé que las farmacias no podrán dispensar medicamentos bajo prescripción médica que no cumpla con las pautas antes expuestas.

En efecto, la prenombrada disposición consagra:

“Las recetas o récipes médicos que por falta u omisión no contengan los datos se nalados en el artículo 6, carecerán de valor para autorizar la dispensación de los medicamentos.

Las farmacias no podrán dispensar medicamentos bajo prescripción facultativa, si las recetas o récipes médicos no contienen la totalidad de los datos exigidos”

No podemos dejar de advertir que a través de ese acto administrativo normativo se pretende regular derechos y deberes que est n vinculados a la atención de la salud, parte integrante del derecho a la vida que el Estado reconoce a todas las personas, y cuya misión corresponde al legislador. Esta regulación sublegal resulta cuestionable, pues a través de formalismos exagerados, el Ejecutivo Nacional pone trabas indebidas para el expendio de medicinas, que limitan o privan ese derecho fundamental.

Es necesario insistir que toda limitación a la actividad de expendio de medicinas debe estar establecida en la Ley de Medicamentos, es decir, que este texto legal es el instrumento que debe contemplar las características básicas y generales de los récipes médicos.

El Ministerio del Poder Popular para la Salud no puede regular esta actividad que afecta el derecho a la salud de las personas, si no cuenta para ello con el desarrollo legal respectivo, tal y como aparece regulado en la Ley Orgánica de Drogas, que establece las características de los récipes médicos para la prescripción de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Igualmente, la Resolución prohíbe el uso de recetas o récipes médicos que tengan impresos nombres, logos o lemas publicitarios de laboratorios farmacéuticos, medicamentos o

de cualquier marca comercial. También prohíbe acompañar las recetas o récipes médicos con cualquier tipo de material promocional o publicitario relativo a productos farmacéuticos (artículo 6, *in fine*).

Es importante advertir que la receta o récipe médico tiene la particularidad que deberá señalar el *“principio activo o Denominación Común Internacional (DCI) del producto farmacéutico”*.

El objeto de recetar por el principio activo o Denominación Común Internacional (DCI) del producto farmacéutico es garantizar el derecho de la población a tener acceso equitativo a los medicamentos y la posibilidad de elegirlos según su costo, entre productos de igual composición, forma farmacéutica y dosificación, tal y como lo reconoce el artículo 1 de las *Normas Sanitarias Complementarias para la Regulación de la Prescripción y Dispensación de Medicamentos*.

De acuerdo con el artículo 4º, numeral 2 de la Ley de Medicamentos, el *“principio activo”* es toda *“sustancia o mezcla de sustancias cualquiera sea su origen: humano, animal, vegetal, mineral, microbiológico, químico o afines, a la cual se le atribuye una actividad farmacológica específica o que, sin poseerla la adquiriera al ser administrada el organismo”*.

No obstante la obligación de recetar por el principio activo, los médicos u odontólogos están facultados para recomendar al menos 2 equivalentes en marcas comerciales (artículo 6, numeral 11).

Es importante destacar que el farmacéutico tiene el deber de informar a la persona sobre todas las alternativas terapéuticas disponibles con sus respectivos precios, conforme a la prescripción y al Listado Oficial de Especialidades Farmacéuticas registradas en el país, que elaborará el Instituto Nacional de Higiene “Rafael Rangel” (artículos 10 y 11).

La falta de cumplimiento de las previsiones contenidas en la Resolución N° 028, del 19 de marzo de 2013, reformada mediante Resolución N° 031, del 26 de marzo de 2013, “*será sancionada de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Salud, y la Ley de Medicamentos, sin perjuicio de lo dispuesto en otras leyes que regulan la materia*” (artículo 13).

Ha de tenerse en cuenta que resulta cuestionable describir o tipificar conductas como ilícitas en un acto jurídico sublegal (acto administrativo), y que luego esas conductas puedan ser sancionadas por una remisión genérica a las leyes en materia de salud y de medicamentos.

II. VIOLACIÓN AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA ELABORACIÓN DE LOS REGLAMENTOS Y DEMÁS ACTOS NORMATIVOS

Resulta importante recordar la exigencia de un procedimiento administrativo para la producción reglamentaria o normativa de rango sublegal que contempla la Ley Orgánica de la Administración Pública⁸.

A través de este procedimiento administrativo se pretende garantizar la participación de los ciudadanos y la actuación de la Administración conforme al principio de legalidad, pues en términos generales, el iter procedimental, cualquiera que sea, es garantía del derecho de los ciudadanos a contar con una buena Administración.

8 Pellegrino Pacera, Cosimina G. “La inactividad procedimental: La omisión de expedición de reglamentos y actos administrativos normativos”, en *La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso-administrativa*, Colección Estudios Jurídicos N° 96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 361-378.

El artículo 89 *eiusdem*, consagra un procedimiento administrativo para la elaboración de actos normativos, en los términos siguientes:

“La elaboración de los reglamentos de leyes se ajustará al siguiente procedimiento:

1. La iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se llevará a cabo por el ministerio competente según la materia, mediante la elaboración del correspondiente proyecto al que se acompañará un informe técnico y un informe sobre su impacto o incidencia presupuestaria.
2. A lo largo del proceso de elaboración deberán recabarse, además de los informes, los dictámenes correspondientes y cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar la eficacia y la legalidad del texto.
3. Elaborado el texto se someterá a consulta pública para garantizar el derecho de participación de las personas, de conformidad con lo dispuesto en el Título VI del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica.
4. probado el reglamento por la Presidenta o Presidente de la República en Consejo de Ministros, entrará en vigencia con su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, salvo que el reglamento disponga otra cosa”.

En este procedimiento debemos destacar la obligación de dar cumplimiento a la consulta pública, para garantizar el derecho de participación de las personas.

Conviene señalar que esta consulta pública, constituye una concreción del derecho a la participación política previsto en el artículo 62 de la Constitución, específicamente en el ámbito de

la Administración Pública. La razón de ser de la participación en este procedimiento de elaboración de normas es la transparencia administrativa, así como la colaboración con la Administración de aquellas normas que más directamente inciden sobre el medio en que se desarrolla su vida, es decir, en cuestiones que puedan afectarles.

De hecho, a través de la participación ciudadana “...se procura llegar a la transparencia informativa por parte de la Administración en la adopción de decisiones de relieve social y que se tenga acceso a los puntos de vista de los ciudadanos ante las instancias administrativas decisorias”⁹.

Precisamente para garantizar la participación ciudadana en la elaboración de los reglamentos, y en general, de cualquier normativa de rango sublegal, el legislador establece en el Título VI de la Ley Orgánica de la Administración Pública la regulación de la participación social en la gestión pública.

Entre los aspectos interesantes en esta materia, está el artículo 139 eiusdem, que establece el procedimiento para la consulta pública. Aquí los ciudadanos expresan sus pareceres y opiniones a la Administración sobre el reglamento o normativa que pretende aprobar, y de esta forma se garantiza la colaboración del ciudadano, directamente o por medio de organizaciones o asociaciones, con la Administración en la toma de decisiones de carácter normativo que le pueden afectar.

“Artículo 139.- Cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación sectorial, propongan la adopción de normas reglamentarias o de otra jerarquía, deberán iniciar el correspondiente proceso de consulta pública y remitir el anteproyecto a las comunidades organizadas. En el oficio de remisión del anteproyecto correspon-

9 Castellá Andreu, Josep María, *Los derechos constitucionales de participación política en la Administración Pública*, CEDECS Estudios Constitucionales y Políticos, Barcelona, España, 2001, p. 463.

diente se indicará el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones, el cual comenzará a correr a partir del décimo día hábil siguiente a la entrega del anteproyecto correspondiente.

Paralelamente a ello, el órgano o ente público correspondiente difundirá a través de cualquier medio de comunicación el inicio del proceso de consulta indicando su duración. De igual manera lo informará a través de su página en internet, en la cual se expondrá el o los documentos sobre los cuales verse la consulta.

Durante el proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto.

Una vez concluido el lapso de recepción de las observaciones, el órgano o ente público podrá fijar una fecha para que sus funcionarias o funcionarios, especialistas en la materia que sean convocados y las comunidades organizadas intercambien opiniones, hagan preguntas, realicen observaciones y propongan adoptar, desechar o modificar el anteproyecto propuesto o considerar un anteproyecto nuevo.

El resultado del proceso de consulta tendrá carácter participativo no vinculante”

Si bien el objeto de este procedimiento es la defensa de los intereses sociales, cabe advertir que el resultado de la consulta no tiene carácter vinculante (parte in fine del artículo 139), razón por la cual son los órganos y entes públicos quienes tienen la última palabra a la hora de tomar la decisión final de adoptar el acto normativo.

Para el profesor Rafael Chavero, *“el carácter no vinculante de la participación ciudadana no significa que los organismos públicos*

puedan obviar o tratar con ligereza los comentarios u observaciones que se les han presentado”¹⁰.

Asimismo, el profesor Chavero señala que el principal requisito que deberán cumplir los órganos o entes *“a la hora de culminar el procedimiento administrativo de elaboración del acto normativo es el de responder a los comentarios presentados durante el procedimiento en el preámbulo o exposición de motivos de la norma (...) es necesario que se revisen y analicen someramente las principales observaciones presentadas en el procedimiento”¹¹.*

Precisamente, las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas. En efecto, el encabezamiento del artículo 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública establece la nulidad absoluta como consecuencia de la aprobación de normas no consultadas:

“El órgano o ente público no podrá aprobar normas para cuya regulación sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados, de conformidad con el artículo anterior. Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento previsto en el presente Título”

Sin embargo, en el único aparte del artículo 140 eiusdem, el legislador establece una excepción al principio de participación ciudadana en la elaboración de las normas, y que está referida a la *“urgencia”* requerida para dictar la regulación normativa:

10 Chavero Gazdik, Rafael J. *“La participación social en la gestión pública”, Ley Orgánica de la Administración Pública. Decreto Ley N° 6.217 de 15-07-2008, Colección Textos Legislativos N° 24, 3ª Edición Actualizada, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, p. 153.*

11 Chavero Gazdik, Rafael J. *“La participación social en la gestión pública”, cit., p. 153.*

“En caso de emergencia manifiesta, por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad o en los casos de legislación excepcional previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Presidenta o Presidente de la República, gobernadora o gobernador, alcaldesa o alcalde, según corresponda, podrá autorizar la aprobación de normas sin consulta previa. En este caso, las normas aprobadas serán consultadas seguidamente bajo el mismo procedimiento a las comunidades organizadas; el resultado de la consulta deberá ser considerado por la instancia que aprobó la norma y éstas podrán ratificarla, modificarla o eliminarla”

Al constituir una excepción la disposición antes transcrita es necesario que sea interpretada en un sentido limitado o restringido, *“lo que quiere decir que deberá analizarse cuidadosamente los argumentos de los órganos o entes públicos que invoquen la excepción, a los fines de evitar que se burlen los principios constitucionales que inspiran la LOAP”*¹².

Además, la excepción está referida a la consulta previa ciudadana (*ex ante*), razón por la cual todas las normas aprobadas por la Administración en las circunstancias descritas en el artículo supra reproducido, serán consultadas posteriormente a los ciudadanos (consulta *ex post*).

Resulta evidente que en casos de emergencia manifiesta y por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad, se podrá aprobar normas sin la consulta previa. En estos casos, el sometimiento de la consulta pública de los actos normativos será después de su aprobación, cuyo resultado deberá ser considerado por la Administración para la ratificación, modificación o ratificación del acto normativo.

12 *Ibíd.*, p. 161.

En todo caso, antes o después, las normas elaboradas por la Administración Pública deberán dictarse o revisarse conforme con las reglas procedimentales contenidas en la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Partiendo de las previsiones antes comentadas, consideramos que la Resolución objeto de nuestro análisis, debió haber cumplido con las formalidades del procedimiento de elaboración o formación de los actos administrativos normativos exigidas por la Ley Orgánica de la Administración Pública, y más específicamente, del proceso de consulta pública.

Para la determinación de la validez de la Resolución es necesario ajustarse a los postulados contenidos en la prenombrada Ley, en especial para favorecer la participación de los actores que están involucrados en los sectores de la salud y sanidad del país, con el propósito de proteger adecuadamente el derecho a la salud, y por ende, la calidad de vida de las personas, pues inexorablemente la aplicación del acto resolutorio constituirá un impacto en la sociedad venezolana. Tengamos en consideración que es el colectivo el principal afectado de la Resolución que regula la prescripción y dispensación de los medicamentos.

La importancia de este tema en nuestra sociedad, nos obligaría, incluso, a revisar la legislación vigente relativa a los medicamentos, pues la regulación de los récipes médicos y el expendio de los fármacos está vinculada directamente con el ejercicio del derecho a la salud de las personas, materia cuya normativización corresponde al legislador, y no al Ejecutivo Nacional, a través de un acto administrativo, pues por esta vía está prohibida establecer restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales.

Esta regulación a través del Ministerio del Poder Popular para la Salud sin duda alguna representa un notable cambio en nuestro orden, no sólo jurídico, sino también, desde el punto

de vista sanitario y social, sin contar el impacto económico que tendrá en el país.

Creemos necesaria promover la revisión de la Resolución N° 028, del 19 de marzo de 2013, modificada mediante Resolución N° 031, del 26 de marzo de 2013, pasando dicha normativa por el tamiz de los preceptos constitucionales y legales, para lo cual será indispensable un auténtico proceso de consulta democrática.

ÍNDICE

Presentación.....	11
-------------------	----

Estudios

INTRODUCCIÓN GENERAL

AL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

<i>Allan R. Brewer-Carías</i>	17
-------------------------------------	----

I. Base constitucional del Derecho Administrativo.....	18
II. La organización administrativa nacional, estadal y municipal	27
III. El procedimiento administrativo.....	36
IV. El acto administrativo y los recursos en vía administrativa	39
V. Los contratos del Estado y el contrato administrativo	45
VII. La discrecionalidad administrativa	67
VIII. El control judicial de la administración	69
IX. Otras técnicas de control de la administración	95
X. La responsabilidad administrativa	99
XI. El servicio público y el régimen de competencia	105
XII. La función pública	127
XIII. El urbanismo, el medio ambiente y la ordenación del territorio.....	131
XIV. Los bienes públicos	135

DE LOS SERVICIOS AUTÓNOMOS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA A LOS SERVICIOS DESCONCENTRADOS EN EL DECRETO DE LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

<i>Alejandro Canónico Sarabia</i>	139
---	-----

I. Reflexiones basicas sobre la potestad organizativa	139
II. Breve reseña historica sobre la regulacion	

de los servicios autonomos sin personalidad juridica en venezuela	142
III. Régimen juridico actual de los servicios desconcentrados sin personalidad juridica	144
IV. Diferencias entre los servicios desconcentrados y otras figuras organizativas	166
V. Ejemplos de servicios desconcentrados sin personalidad juridica en venezuela	170
Conclusiones	171

AUTOVINCULACIÓN Y POTESTADES PÚBLICAS EN LOS CONTRATOS ESTATALES

<i>Oscar Gherzi Rassi</i>	175
Introducción	175
I. Hacia el abandono de la doctrina del contrato administrativo como institución del Derecho venezolano	180
II La modulación de las potestades administrativas por la suscripción del contrato. La de contratar es tambien una potestad de derecho público. El contrato como norma.....	200
III. Autovinculación, potestades y arbitraje. Sobre la modulación de la autotutela declarativa en los supuestos de terminación anticipada por incumplimiento cuando existe una cláusula arbitral.....	210

Actualidad

LA RECTORÍA DEL EJECUTIVO NACIONAL EN MATERIA DE SEGURIDAD CIUDADANA FRENTE A LA NATURALEZA CONCURRENTES DE LAS COMPETENCIAS NACIONALES, ESTADALES Y MUNICIPALES EN MATERIA DE POLICÍA	
<i>Marilena Asprino Salas</i>	223
I. El mantenimiento del orden público y la actividad administrativa de policía	223
II. La Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana	229
III. Reflexión final.....	241
Referencias bibliográficas	243
SEMBLANZA DEL DOCTOR ELOY LARES MARTÍNEZ, AL CUMPLIRSE CIEN AÑOS DE SU NACIMIENTO	
<i>José Rafael Belandría G.</i>	245
Introducción	245
I De Carúpano a Caracas, y la Universidad.....	246
II. El profesor universitario	248
III El manual de Derecho Administrativo.....	251
IV. El hombre de estado	255
V. Libros homenajes	258
VI. Final	259
APROXIMACION A LA DELEGACION DE COMPETENCIAS EN VENEZUELA, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA ULTIMA DELEGACION DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA AL VICEPRESIDENTE EJECUTIVO	
<i>José Peña Solís</i>	261
I. Lineamientos generales sobre la delegación de competencias o atribuciones en Venezuela.....	261

II.	El régimen jurídico de la delegación de competencias en Venezuela.....	266
III.	La delegación de competencias del Presidente de la República al Vicepresidente Ejecutivo	282

ALGUNOS COMENTARIOS A LAS NORMAS SANITARIAS
 COMPLEMENTARIAS PARA LA REGULACIÓN
 DE LA PRESCRIPCIÓN Y DISPENSACIÓN
 DE MEDICAMENTOS

<i>Cosimina Pellegrino</i>	299
----------------------------------	-----

I.	Aspectos generales de las normas sanitarias complementarias para la regulación de la prescripción y dispensación de medicamentos	300
II.	Violación al procedimiento administrativo para la elaboración de los reglamentos y demás actos normativos.....	313