

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

12

Sección monográfica.

Derecho Administrativo y Constitución

Estudios

La administrativización de los procesos jurisdiccionales
en materia de arrendamiento inmobiliario: vivienda
Teresa Esperanza Borges García

La Constitución española de 1978 y el modelo territorial
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

La respuesta de la Constitución de 1999 al sistema unificador
de Gobierno y Administración presente
en las Constituciones anteriores
Hildegard Rondón de Sansó

El procedimiento administrativo sancionatorio
en materia de protección al consumidor
Gabriel Sira Santana

La nulidad de Derecho Público Venezolano
Cecilia Sosa Gómez

Actualidad

La regulación de la criptomoneda en Venezuela.
La súbita creación del “petro” y la Superintendencia
de Criptomoneda y actividades conexas
Darrin J. Gibbs H.

Dimensión social de la actividad administrativa en Venezuela
José Ignacio Hernández G.

**Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano**

**Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano**

N° 12 mayo - agosto 2017

**SECCIÓN MONOGRÁFICA.
DERECHO ADMINISTRATIVO
Y CONSTITUCIÓN**



© 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

www.redav.com.ve

Hecho el Depósito de ley

Depósito legal ppi201302DC4673

ISSN: 2542-3169

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:

I.

1.

A.

a.

a'.

a''.

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.

ESTUDIOS

Teresa Esperanza Borges García, *La administrativización de los procesos jurisdiccionales en materia de arrendamiento inmobiliario: vivienda*

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *La Constitución española de 1978 y el modelo territorial*

Hildegard Rondón de Sansó, *La respuesta de la Constitución de 1999 al sistema unificador de Gobierno y Administración presente en las Constituciones anteriores*

Gabriel Sira Santana, *El procedimiento administrativo sancionatorio en materia de protección al consumidor*

Cecilia Sosa Gómez, *La nulidad de Derecho Público Venezolano*

ARTÍCULOS

Darrin J. Gibbs H., *La regulación de la criptomonedas en Venezuela. La súbita creación del “petro” y la Superintendencia de Criptomonedas y actividades conexas*

José Ignacio Hernández G., *Dimensión social de la actividad administrativa en Venezuela*

ESTUDIOS

LA ADMINISTRATIZACIÓN DE LOS PROCESOS JURISDICCIONALES EN MATERIA DE ARRENDAMIENTO INMOBILIARIO: VIVIENDA

Teresa Esperanza Borges García

*Directora Ejecutiva de la Fundación Venezolana de Derecho Inquilinario.
Profesora de Práctica Jurídica II (pre-grado) Universidad Central de Venezuela y de
Derecho Inquilinario en la Universidad Santa María*

*“...Y ciertamente, Céfalo –le dije–, me complace mucho conversar
con personas de edad avanzada; pues me parece necesario
que sean ellas quienes me hablen de un camino recorrido y que,
posiblemente, también nosotros tengamos que recorrer.
Con verdadero gozo escucharía tu opinión sobre esto, puesto que
te encuentras ya en esa edad que los poetas denominan «el umbral
de la vejez», y bien desearía saber si consideras desgraciado este
momento de la vida o qué conceptualización te merece...”*

La República de Platón

Resumen: *En el presente trabajo, se analizan los cuerpos legales recientemente publicados en materia de arrendamiento de vivienda con el objeto de evidenciar su fuerte tendencia a ampliar la regulación del Derecho Administrativo sobre los procesos jurisdiccionales en esta materia, y las consecuencias derivadas de ello respecto a los justiciables.*

Palabras clave: *Derecho Administrativo, jurisdicción, arrendamiento.*

Summary: *Current article analyses the recent regulation related with lease housing in order to demonstrate its strong tendency to expands the scope of Administrative Law to the judicial process in this matter, and the consequences of this situation.*

Key words: *Administrative Law, jurisdiction, lease.*

Recibido:

9 de enero de 2018

Aceptado:

10 de marzo de 2018

SUMARIO

Introducción

- I. Análisis de un caso legislativo concreto
 - II. La indefensión y vicios del procedimiento administrativo por su administrativización
- Conclusiones

INTRODUCCIÓN

En esta oportunidad, queremos referirnos a nuestra preocupación derivada de las constantes y recientes modificaciones legislativas, mediante las cuales se están creando nuevos procedimientos sustitutivos de lo que deberían ser procesos a través de los cuales los ciudadanos debatan y solucionen sus controversias –al menos en nuestro país– en las cuales se observan ciertas líneas distintivas que lesionan los derechos de los ciudadanos (justiciables – administrados) en la resolución de sus controversias, y que a grandes rasgos resumimos así:

- *Sustracción a la jurisdicción* del debate y resolución de las controversias y otras pretensiones de los ciudadanos en el ámbito del derecho civil y mercantil.
- *Sustitución del proceso por procedimientos cuyo conocimiento o competencia se le atribuye a la Administración Pública*, en materias propias de derecho privado.
- *Procedimientos administrativos-jurisdiccionales*: dos partes contrapuestas y la Administración como juez y parte, como se expondrá.
- *Complejidad y multiplicidad de procedimientos administrativos imposibles de cumplir (por el ciudadano)*

dano), con amplias facultades inquisitivas por parte de la Administración tanto de oficio como a instancia de parte; con total competencia para investigar, imputar, probar, en fin, una actividad totalmente asimilable con la desarrollada en su día por el Santo Oficio.

- *Procedimientos que culminan en la mayoría de sus decisiones imponiendo sanciones excesivas*, criminalizando la actividad civil-mercantil -al considerar delito penal- la infracción del derecho sustantivo contenido en las nuevas leyes especiales, e incluso llegando al extremo de violentar la reserva legal propia de la competencia penal, permitiendo a la Administración al aplicar los procedimientos sin respetar las debidas garantías procesales constitucionales, violar el principio de inocencia, dictar incluso medidas cautelares definitivas (anticipativas) que destruyen toda posibilidad de resarcimiento al afectado llegando al extremo de no requerirse la decisión final, y mediante procedimientos oscurecidos en el respeto de principios fundamentales de un debido proceso (en absoluto detrimento de las garantías mínimas establecidas incluso en el propio texto constitucional).
- *Control de toda la actividad privada* con una amplitud desmesurada de la facultad “discrecional” por parte de la Administración, lo cual a su vez lesiona el derecho fundamental de igualdad ante la ley, pues estas potestades discretionales conferidas a la Administración, lo son para decidir las controversias civiles que debieran conocerse en un proceso jurisdiccional y no en un procedimiento administrativo.
- *Discrecionalidad Administrativa sin limitación*, lo que aunado a la amplitud de competencias como policía, investigador, acusador y decisor, degenera en violaciones a los principios de imparcialidad e igualdad ante

la Ley que deben regir en los procedimientos contradictorios, propios del proceso.

- **Subversión del orden constitucional de atribución de competencias**, lo que genera en *strictu sensu* la nulidad absoluta de los actos generados por la Administración, por decir lo menos.
- **Violación de la garantía de un debido proceso** en dos vertientes: a) La imparcialidad, y, b) El conocimiento y/o acceso al procedimiento.

No debo dejar de mencionar que este trabajo constituye prácticamente la concreción de otro previo, pero en esta oportunidad se circunscribe a la materia del arrendamiento de vivienda, tomando como fundamento del mismo la legislación especial sobre la materia para evidenciar las críticas que sostemos a la tendencia que nos ocupa.

¿Por qué nos angustia y preocupa con creces esta nueva línea legislativa?

En las últimas Leyes promulgadas en nuestro país, Venezuela, se ha observado cada vez más una tendencia legislativa de “evadir” la jurisdicción.

En principio y desde la consolidación del Estado de Derecho, fundado en el principio de la separación de poderes, el conocimiento de las controversias entre los ciudadanos se atribuyó a la jurisdicción del Poder Judicial. Incluso, uno de los grandes avances en la protección de derechos ciudadanos consistió en reconocer que la Administración interactúa con éstos, y al hacerlo, debe ser a través de procedimientos que cumplan los preceptos de un “debido proceso” y apegados a la Ley, como de hecho la Constitución de la República Bolivariana del año 1999 lo reconoció en su artículo 49, controlada además dicha actuación administrativa en beneficio de los administrados, a

través del sistema de la “jurisdicción contencioso administrativa”.

Amén que hoy en día se cuestione en nuestro país la nueva Ley Orgánica del Contencioso Administrativo¹, lo cierto es que su razón de ser es, justamente, el control vía jurisdiccional de la actuación administrativa frente al ciudadano como mecanismo de garantía de su legalidad y constitucionalidad, en respeto y resguardo de las más esenciales garantías en un estado moderno, entre la interacción Administración - ciudadano.

Reconociendo que incluso la actividad administrativa debe –y así lo está– regulada y controlada por el sistema jurisdiccional contencioso administrativo, nos llama cada día más la atención este proceso de administrativización del proceso civil.

Sin ánimo de entrar en disquisiciones sobre política, es innegable que ésta influye en el proceso, y por ende en el procedimiento, así como en la promulgación de nuevas Leyes que lo rigen así como su interpretación, y en ese orden de ideas, lo cierto es que no podemos dejar de reconocer lo que el Maestro Juan Montero Aroca² nos ha enseñado, cuyos comentarios transcribimos a la postre:

“...una ley o código, sea cual fuere la materia que regula, es siempre expresión de la concepción ideológica propia de la sociedad en que se hace y de la sostenida por los responsables políticos que lo hacen... (...)”

1 Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, G.O. N° 39.451 del 22 de junio de 2010.

2 Montero Aroca, Juan, “El proceso civil llamado «social» como instrumento”, en *Proceso Civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas, quince ensayos. Moción de Valencia y Declaración de Azul*. Segunda edición. Lima, Perú; Editorial San Marcos, 2009, pp. 134 y ss., 152 y ss.

...el pretender desterrar la política del derecho, se basa en una opinión deformada de lo que aquélla sea; el pretender reducir el derecho a política, se basa en una concepción totalitaria de ésta, desconocedora de las garantías de aquél..."

La ideologización no puede obviarse.

Constancia de ello es nuestro país, a través del cual nos permitimos estas referencias. Expandir el ámbito del Derecho Administrativo -o "administrativizar"- hacia los asuntos controversiales propios del ordenamiento civil, a través de procedimientos administrativos, supliendo al proceso jurisdiccional, atribuyendo tales competencias propias de la jurisdicción a la Administración, va de la mano de un manejo y control inquisitivo de los debates ciudadanos impuesto por una ideología por todos conocida, lo que a su vez ha configurado violaciones a los derechos de los justiciables.

I. ANÁLISIS DE UN CASO LEGISLATIVO CONCRETO

Veamos algunos ejemplos solo de una de las legislaciones recientemente promulgadas y que ha presentado graves inconvenientes, evidenciando lo que tratamos de señalar en este trabajo.

La nueva legislación especial en materia de arrendamiento de vivienda integrada por los siguientes textos: Decreto Ley contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas³, también conocido como el Decreto N° 8.190; Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda⁴; y su Reglamento⁵, que constituyen un paquete legislativo entrelazado y que nuevamente "administrativizó" el debate de conflictos esencialmente civiles.

³ G. O. N° 39.668 del 6 de mayo de 2011.

⁴ G. O. N° 6.053 Extraordinario, del 12 de noviembre de 2011

⁵ G. O. N° 39.799 del 14 de noviembre de 2011.

Si bien, ya de vieja data esta materia fue legislada de manera especial, y en una época se le atribuyeron competencias a la Administración, *lo cierto es que nunca se le restaron competencias a la jurisdicción judicial*, quien en definitiva conocía y resolvía las controversias sobre la materia, a través de procesos.

No se violentó el debido proceso administrativo (y es interesante resaltar, que para la fecha no se había promulgado la nueva Constitución que lo consagra expresamente). Al contrario, con el devenir del tiempo, el proceso administrativo especial se volcó a la búsqueda y perfeccionamiento del cumplimiento de garantías esenciales en materia de: acceso al procedimiento, conocimiento pleno de hechos que se sometían a control o conocimiento en debate y al expediente (público, vale destacar), traducidas no solo en el acceso al expediente, sino en garantía en las notificaciones, inclusive fundándose en criterios procesales civilistas; a realizar alegatos ambas partes y fueran conocidos y expresamente decididos; derecho a la prueba, estableciéndose amplitud en materia de tipos probatorios, control y contradicción de las pruebas; jueces, que aún siéndolo en el ámbito contencioso administrativo, reconocieron que la actividad probatoria en estos procesos era de las partes y que era exclusivamente su carga procesal; la posibilidad de recursos claramente establecidos.

Todo esto, conscientes que era un proceso atípico administrativo, en el cual las partes debatían sus controversias y que se sometía el acto administrativo al control jurisdiccional, por lo que debían -al menos- mantenerse imparciales. Es decir, a pesar de ser un proceso administrativo atípico, el mismo se vio favorecido por las garantías propias del proceso civil, con resultados que si bien es cierto no fueron los mejores, al menos coadyuvaron por un tiempo importante en nuestra historia contemporánea a la resolución de los conflictos entre los justiciables, sin que el acceso mismo al órgano llamado a resolver, fuera también una parte del conflicto social.

En la nueva legislación en comento, podemos resaltar aspectos que en su ejecución han ido surgiendo y constituyen problemas derivados de “usurpar” a la jurisdicción lo que le es propio:

El conocimiento incluso de la controversia en sí misma, pareciera que competirá al órgano administrativo creado (Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Viviendas-SUNAVI), ello conforme sentencia del 20 de noviembre de 2013 del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena (expediente N° AA10-L-2013-000086), en la cual se dispuso refiriéndose a una pretensión de ejecución de un acto administrativo de SUNAVI, lo que se cita textualmente de seguidas:

“...La Sala observa que dicha Resolución expresamente indica que fue dictada con ocasión «...del Procedimiento Previo a las Demandas, contenido en los artículos 94 al 96, ambos inclusive de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, los artículos 7 al 10, ambos inclusive de la Ley Contra el Desalojo y Desocupación Arbitraria de Viviendas, los artículos 35 al 46, ambos inclusive del Reglamento de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda...» [corchetes de esta Sala] ...”

...De la cita anterior se desprende que, (refiriéndose al artículo 10 del Decreto N° 8.190) habiéndose agotado en sede administrativa la fase conciliatoria en forma infructuosa, es decir, «...cuando no hubiere acuerdo entre las partes...», el funcionario administrativo actuante “...deberá motivar la decisión que correspondiere, con base a los argumentos y alegatos presentados por éstas» (artículo 9), tal y como en efecto lo hizo la SUNAVI en el caso que nos ocupa y se encuentra reflejado en el texto de la Resolución N° 00151-12/12/2012 cuya copia certificada cursa en autos, la cual indica que en fecha 25 de octubre de 2012 celebró la Audiencia Conciliatoria con la presencia de ambas partes, asistidas de abogado y, en conformidad con el artículo 9 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria”

traria de Viviendas resolvió declarar «...procedente la petición de desocupación realizada por la Arrendadora»..."

Luego de analizar las normas del Decreto Ley, concluye:

"...Ello así, esta Sala declara, con fundamento a los argumentos expuestos, que las actividades prescritas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas, a ser ejecutadas por funcionarios judiciales deben ser ejecutadas por un juez civil, bien que los realicen en el marco del proceso judicial o con ocasión o a consecuencia del procedimiento administrativo que sustancia la SUNAVI, como sucede en el caso que nos ocupa. Así se establece..."

La citada sentencia ha sido el fundamento a partir de su publicación para que los actos administrativos dictados por la SUNAVI –o el órgano delegado– sean ejecutados directamente por los Tribunales sin que éstos a través de un proceso la hayan conocido, ni se hayan pronunciado en las controversias que luego se les ordena ejecutar. Es concluyente entonces que se les “usurpó” su competencia natural y a las partes el debate de tales controversias a través del proceso.

Más grave aún es que en dicho procedimiento, si bien se exige la asistencia de letrado al inquilino o sujeto objeto de protección, no se exige para el accionante, así como no tiene previsión de un lapso probatorio, y sí se dispone que se dicte una decisión en el referido procedimiento administrativo, lo que lesiona desde toda óptica el derecho a la defensa y viola el principio de igualdad a la parte solicitante, y asimismo, se vulnera gravemente el orden lógico de cualquier procedimiento contradictorio.

De igual manera, el órgano administrativo, que se entiende debería ser especial por su ámbito de competencias atribuidas en materia de arrendamiento de viviendas, y ampliamente desarrolladas en la Ley, deberá conocer y pronunciarse sobre

otras pretensiones distintas, debiendo ser dichas decisiones ejecutadas como antes se expusiera. En efecto, en sentencia del 17 de abril de 2013 (Sala de Casación Civil, Expediente. No. AA20-C-2013-0000712), que interpreta el alcance en la aplicación del procedimiento previo del Decreto N° 8.190, caso de ejecución de hipoteca, en el cual el accionante pretendía entre otros se determinara si era pertinente o no la aplicación del artículo 5º y siguientes del Decreto Ley contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas, antes de la interposición de la demanda, o después de admitida la solicitud de “traba hipotecaria” y durante su tramitación, en las instauradas antes de la promulgación del Decreto Ley ¿se deberá aplicar el artículo 12, en la oportunidad que proceda la medida de desposesión material luego de rematado el inmueble?

Luego de un análisis exhaustivo del derecho a la vivienda, del nuevo régimen legal, expresó:

“...la ley no se agota en las relaciones arrendaticias, sino que comprende los juicios de otra naturaleza, en los cuales puedan resultar afectados los derechos constitucionales y legales de quienes ocupan o habitan un determinado inmueble destinado a vivienda principal...

*...Como se evidencia del contenido del transcrito artículo 5º, el mismo establece literalmente que «previo al ejercicio de cualquier acción judicial o administrativa» que pudiere derivar en una decisión cuya práctica material comporte la pérdida de la posesión o tenencia de un inmueble destinado a vivienda, en este caso familiar, contra los sujetos amparados por la Ley, es decir, las arrendatarias y arrendatarios, comodatarios, usufructuarios y ocupantes de bienes inmuebles destinados a vivienda, así como los adquirentes de viviendas nuevas o en el mercado secundario, el interesado en obtener la restitución de la posesión del inmueble en cuestión debe ineludiblemente cumplir con el procedimiento administrativo previsto en los artículos *ut supra*, ante el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de vivienda y hábitat. Así-*

*mismo, cabe agregar que la Ley para la Regularización y Control de Arrendamientos de Vivienda estableció que la función administrativa en esta materia es competencia exclusiva del Ejecutivo Nacional, la cual se ejerce a través de la Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Vivienda, órgano éste que integra al *ut supra* mencionado Ministerio y la cual está encargada de sustanciar los procedimientos administrativos dispuestos en la materia, de conformidad con lo previsto en los artículos 16 y 94 de esta última Ley.*

(...)

...En todo caso, para comprender el supuesto previsto en la norma es fundamental distinguir entre la pretensión civil y la administrativa, toda vez que la primera sin duda debe ser examinada por sus jueces naturales, es decir, la jurisdicción ordinaria, mientras que la segunda, competen en primer orden al Ministerio del Poder Popular en materia de Vivienda y Hábitat, a través de la Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Vivienda, la cual ejerce la supervisión y control por parte del Estado en relación con las solicitudes de ocupación del inmueble destinado a vivienda familiar y, en todo caso, analizará y ponderará objetivamente las razones que invoquen los interesados para ocupar el inmueble en cuestión y solicitar la restitución de la posesión o el desalojo...

...Por lo tanto, aun cuando no exista en los términos del recurrente «...inminente actividad de desalojo o desocupación ...», pero sí amenaza de perder la posesión o tenencia de un inmueble destinado a vivienda por parte de los ocupantes, tenedores, poseedores y demás sujetos comprendidos en la Ley por causa de medidas judiciales, bien cautelares o ejecutivas que signifiquen desposesión, desalojo o pérdida de la tenencia, deberá cumplirse con el procedimiento especial previo a las demandas de cualquier naturaleza siempre y cuando se trate de un inmueble destinado a vivienda familiar, en los términos descritos en el citado Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley... (...)

...El Decreto con Fuerza de Ley objeto de interpretación no sólo resulta aplicable a las relaciones arrendaticias, sino que comprende los juicios de otra naturaleza, verbigracia ejecución de hipoteca, en los cuales puedan resultar afectados los derechos constitucionales y legales de quienes ocupan o habitan un determinado inmueble destinado a vivienda principal..." (Destacados nuestros)

Del anterior fallo debemos rescatar varias conclusiones. Así, (i) el órgano competente -independientemente de la pretensión- lo es la Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Vivienda en lo atinente al procedimiento previo, *pero no debería ser así* en lo correspondiente al conocimiento y pronunciamiento del fondo del asunto, que corresponde a la jurisdicción ordinaria a través de un proceso garantista para ambas partes. Ahora bien, por cuanto dicho procedimiento no sólo procede en materia de arrendamiento, sino en todos aquellos que puedan conllevar a la desocupación de un inmueble destinado a vivienda, concatenando este fallo con el antes citado, tendremos que la SUNAVI, decidirá también el fondo del asunto, inclusive siendo lo debatido materia distinta al arrendamiento, en un procedimiento administrativo, con las carencias antes indicadas, obviando el proceso jurisdiccional que debería tener lugar para el debate de las controversias de los ciudadanos.

Además, (ii) en dicha legislación se le atribuye una gran amplitud discrecional a la Administración (investiga, busca pruebas, acusa de oficio, sanciona penalmente, impone multas, expropia). Asimismo, (iii) en el Capítulo V de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, al establecer la *Estructura del Sistema Nacional para la Defensa en Materia Civil y Administrativa Especial Inquilinaria y del Derecho a la Vivienda* (creada para la defensa de los inquilinos, considerando éstos como débiles jurídicos) se incluyen el órgano administrativo SUNAVI, y a los Tribunales; lo que llama la atención en cuanto al principio de imparcialidad que debe regir todo procedimiento contradictorio, y máxime cuando se creó una

Defensa Pública especializada a quien compete justamente la defensa del área. Pero peor aún, se ha observado que es la propia SUNAVI la que sin cumplirse el proceso cognoscitivo correspondiente ante la jurisdicción, procede ante ésta a solicitar la ejecución del acto administrativo que dicta si declara procedente la solicitud de desocupación. Gravemente, y de forma por demás evidente, se convierte en la parte solicitante de la ejecutoria.

Nos preguntamos entonces: ¿cómo puede un arrendador o accionante que requiera la desocupación como secuela de un juicio de partición, defenderse cuando se enfrenta ya no sólo a su contraparte sino al organismo que dirime la controversia, ejerciendo ambos roles? Es decir, pierde dos elementos primordiales que le son propios al proceso donde debería debatirse el conflicto de intereses y el contradictorio, a saber, la imparcialidad y la impartialidad.

¿Le es propio a la Administración ser juez y parte? ¿Le es propio conocer y pronunciarse sobre materias jurisdiccionales? ¿Le es propio investigar, buscar pruebas y acusar de oficio a través de un procedimiento, en beneficio de una sola de las partes? ¿Resulta ajustado pronunciarse sin el correspondiente y debido debate probatorio? La Administración que fue juez, se convierte en parte pretendiendo una ejecución de una decisión de derecho privado, dictada en un procedimiento; ejecución que se debe tramitar ante un juez que no conoció a través del proceso contradictorio ni el fondo del asunto, ni desempeñó una labor cognitiva, formando parte del sistema de protección administrativo inquilinario.

En este paquete de leyes, se prevé una multiplicidad de procedimientos que debe cumplir y agotar el arrendador, ante un órgano incapaz de dar respuesta, ante el cual es casi imposible acceder, y todo incumplimiento acarrea sanciones graves, inclusive, la expropiación, configurada ahora como una nueva sanción, y se presume culpable al ciudadano ya desde

antes del inicio de cualquier procedimiento, pero lo más grave constituye el problema de las notificaciones a las partes en esta amplia gama de procedimientos.

Respecto a este punto, en el cual nos detendremos haciendo mayor análisis que en los precedentes pues afecta derechos de los particulares, iniciaremos indicando las normas que tratan lo referente a las notificaciones:

- a) Según el Decreto Ley contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas, no obstante referirse a un procedimiento administrativo, en su artículo 7 se indica que se deberá “citar”, siendo tal el concepto y término utilizado a lo largo de su dispositivo.
- b) Conforme a la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda: (i) En su artículo 82, relativo al procedimiento de fijación del canon justo, se debe notificar a los interesados del inicio del procedimiento, norma que debemos concatenar con el artículo 27 del Reglamento de la ley, donde a su vez refiere a que la notificación debe ser personal y conforme lo establecen los artículos 73 y 75 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. (ii) De no lograrse la notificación personal, según prevé el artículo 28 del Reglamento, corresponde a la SUNAVI hacer una sola publicación de la notificación en un diario impreso de circulación nacional al segundo día de haberse vencido el lapso indicado anteriormente (no queda establecido el lapso), entendiendo notificado al interesado luego de transcurridos dos días de la publicación. Como única formalidad se exige que conste en el expediente mediante acto administrativo la publicación agregada en el expediente respectivo. (iii) Dictado el acto administrativo de fijación del canon justo, conforme al artículo 30 del Reglamento, la decisión deber ser publicada en Gaceta Oficial, entendemos pues que esta publica-

ción en Gaceta constituye la notificación del acto definitivo.

- c) En el procedimiento administrativo previo a las demandas, en el artículo 38 del Reglamento, se elimina el término citar que dispone el Decreto No. 8.190, y retorna al término notificar: (i) En el citado artículo, se indica que la notificación personal debe ser entregada en el domicilio o residencia del interesado, así como el contenido que debe tener la referida notificación, y de dichos requisitos, solo resaltaremos el contenido del numeral 4) "...Indicación expresa de que a partir de su notificación tendrá acceso al respectivo expediente administrativo..." (ii) De no lograrse la notificación personal según el artículo 39, se procederá a la publicación del acto administrativo (debe entenderse de notificación) en un diario de mayor circulación de la entidad territorial *donde se encuentre la sede del funcionario instructor*, entendiéndose notificado el interesado cinco días después de la publicación. (Resaltado nuestro). Valga comentar que no se exige ninguna otra formalidad. (iii) No existe norma expresa atinente a la notificación del acto administrativo definitivo, ni en el Decreto Ley No. 8.190, ni en la Ley ni su reglamento.
- d) En el procedimiento administrativo sancionatorio, contenido también en el Reglamento, tenemos: (i) El artículo 51 del Reglamento, relativo a la notificación personal, corresponde con la misma redacción señalada previamente en relación al procedimiento previo administrativo, incluyendo la limitación al acceso al expediente. (ii) En el supuesto de no poder realizarse la notificación personal, se procede mediante la prensa, conforme al artículo 52, el cual también coincide en su redacción con el previamente analizado y su correspondiente en el procedimiento previo a las demandas. (iii) Sin embargo, en el artículo 59 del Reglamento, al igual que en el pro-

cedimiento de fijación del canon justo, se ordena la publicación del acto administrativo en la Gaceta Oficial, y en el artículo 61, se prevé la notificación personal y de no lograrse refiere al artículo 45, que corresponde a una norma totalmente ajena a la materia de notificaciones.

Ahora bien, las disposiciones invocadas y en la práctica han presentado diversos problemas graves, a nuestro juicio, que culminan viciando al procedimiento administrativo y lesionando el derecho a la defensa de las partes, gravedad que se constata aún más al recordar que estos procedimientos son contradictorios y entre partes, todo ello producto de atribuirle la competencia a la Administración.

Veamos:

Primero: El organismo administrativo no dispone de funcionarios que den fe pública y cuya atribución sea la de realizar actos de notificación. Esto se ha pretendido solventar en las diversas etapas desde la creación del organismo competente de las maneras siguientes: a) “Alguaciles” que no son tales, la mayoría de las veces sin nombramiento en cargo alguno dentro de la institución; b) Designación de “correo especial”, generalmente incluso la notificación la realiza la parte misma accionante en el procedimiento. Sobra señalar lo irregular y lesivo que produce una notificación de esta naturaleza; c) Mediante una empresa que gestionaba las notificaciones. Al respecto, esta fue obviada entre otros motivos por el costo que implicaba a los ciudadanos, pero a nuestro parecer fue la época donde las notificaciones se efectuaron con mayor efectividad, eficiencia y seguridad jurídica; d) Retorno al inicio.

Segundo: Limita gravemente el derecho a la defensa, la seguridad jurídica, así como la publicidad de los expedientes, limitar el acceso al expediente al hecho de ser

previamente notificado, sin considerar que a partir de tal acto el interesa debe comparecer a ejercer su defensa en un procedimiento netamente contradictorio.

Tercero: Si no se logra la notificación personal, lo que usualmente acontece, no se está publicado el cartel de notificación, sino que se está sustituyendo dicha publicación violando la legislación, mediante las redes sociales. No solo constituye tal proceder una violación legal, sino al derecho a la defensa, y desconocer realidades, pues no todo ciudadano tiene acceso a medios o instrumentos con acceso a estas redes, máxime cuando dichas plataformas digitales no gozan en forma alguna de reconocimiento como medio de publicidad de hechos ni actos jurídicos, ni siquiera en la vigente Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

Cuarto: La notificación mediante publicación del cartel (que hoy se obvia en casi todos los casos) no prevé en dos de los procedimiento ni siquiera sea consignada en el expediente, así como en ninguno de los procedimientos, que al menos sea fijada en el domicilio o residencia del interesado, como parte de las formalidades que garanticen el debido conocimiento del asunto sometido a debate.

Aunado a lo anterior, en el procedimiento de fijación de canon justo, el organismo no dispone de medios para asumir a su costo la notificación por prensa, y en los procedimientos referidos a sanciones o previos a la demanda, el cartel debe ser publicado en el domicilio del funcionario instructor, cabe preguntarse entonces ¿A quién se pretende notificar? ¿Esta publicación surte realmente el efecto deseado de brindar garantía al interesado de la existencia de un procedimiento en su contra?

Quinto: Hasta la fecha se ha obviado por completo la publicación de los actos definitivos en la Gaceta Oficial, que al menos en el procedimiento de fijación del canon justo, constituye –a nuestro entender– la notificación del acto.

II. LA INDEFENSIÓN Y VICIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO POR SU ADMINISTRATIVIZACIÓN

Como hemos visto, una vez precisado lo anterior, queremos ahora enfocarnos en el grave problema que implica la tramitación de estos procesos que debiendo ser jurisdiccionales se han llevado a la Administración, con especial énfasis en lo relativo a las notificaciones.

Como señaláramos al inicio, no es nueva esta tendencia, al menos en materia de arrendamiento inmobiliario, lo que sí es cierto es que contrario a la actualidad, los procedimientos administrativos en esta materia se fueron adecuando a los principios procesales civilistas para brindarle garantía a los ciudadanos, tan así que al promulgarse la legislación sobre la materia en el año 1999 se le “devolvió a la jurisdicción” lo que le era propio.

Uno de los mayores problemas observados en estos procedimientos administrativos cuasijurisdiccionales en su día (antes de 1999) fueron los vicios en las notificaciones, siendo defectuosas, nugatorias o inclusive no realizadas. En su día este aspecto fue debatido ampliamente en la jurisdicción contencioso administrativa, la cual ajustando el procedimiento administrativo a su vez, concientizó la necesidad de reconocer la existencia de partes en ellos, y en consecuencia la necesidad de adecuar el sistema de notificaciones en lo más posible al proceso civil, el cual no obstante presentar en algunas oportunidades deficiencias, hasta la fecha, constituye el sistema que ha brindado mayores garantías al respecto al justiciable.

En efecto, citaremos pues algunos fallos dictados sobre este aspecto cuando la vigencia del régimen derogado en el año 1999, el cual presenta semejanzas al actual, pues se inspiran en los mismos principios, y los procedimientos eran similares, amén que el conocimiento también lo tenía atribuido a un órgano administrativo, habiéndose establecido en la misma que el acto definitivo debía ser notificado en primer término, en forma personal, de no ser posible mediante un cartel, pero dicho cartel debía consignarse en dos ejemplares, uno para ser fijado en el domicilio o residencia y otro en el expediente, careciendo de garantías relativas a la notificación del inicio del procedimiento, lo que fue suplido por la jurisprudencia de la época, y que a nuestro juicio exhiben lo que tratamos de exponer:

1. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 8 de octubre de 2013 (caso Construcciones Viga, C.A.), según la cual:

“...en los procedimientos sustanciados por las autoridades administrativas, a través de los cuales ella compone los conflictos suscitados entre diversos sujetos (dando lugar a las providencias conocidas por la doctrina como actos quasi-jurisdiccionales), a todos los participantes en sede administrativa debe serles reconocida la condición de verdaderas partes en el eventual juicio contencioso administrativo cuyo objeto sea cuestionar la correspondiente providencia administrativa. De esa forma, la contraparte del actor en los procedimientos administrativos de que se trate, debe ser notificada personalmente de la interposición de cualquier demanda que afecte sus intereses –sobre la base de lo dispuesto en el artículo 78.3 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa...”

Se reconoce con este fallo, la naturaleza de estos procedimientos, que existen partes como tal y la necesidad imperiosa de la notificación del acto brindando las debidas garantías.

Es importante destacar que en estos procedimientos (sin excepción) se encuentran- al menos- dos partes enfrentadas: arrendador y arrendatario; y la Administración funge como árbitro o tercero imparcial que decide una controversia existente entre ambos, así como que el Orden Público está involucrado.

2. La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en fallos como el de fecha 26 de septiembre de 1994, 23 de noviembre de 1994, 14 de agosto de 1995; casos A. Ramirez, T. Arapé, E. Issa, respectivamente, estableció que el informe practicado por el funcionario Fiscal de la Dirección de Inquilinato, constituye un documento administrativo que hace fe pública mientras no sea desvirtuado, y tal informe correspondía realizarlo al notificar y al levantar el informe dando cuenta de sus actuaciones.

De ahí la importancia en la formalidad de las notificaciones y que estas sea practicadas por funcionarios idóneos, garantizando el acceso, conocimiento y la seguridad jurídica a los interesados.

Insistimos, el informe fiscal es necesario para dejar constancia de hechos relevantes y que atañen al derecho a la defensa y debido proceso, es un documento administrativo, por cuanto se trata o debe tratarse de una declaración emanada de un funcionario sobre determinados hechos, para lo cual está debidamente autorizado y que consta en un instrumento escrito, el cual está dotado de la presunción de legitimidad y veracidad acerca de su contenido, esto es, sobre lo que el funcionario declara, hace plena prueba mientras no sea desvirtuado su valor presuntivo, de ahí la importancia que las notificaciones en estos procedimientos sean realizados por funcionarios fiscales, o debidamente autorizados y que formen parte de la estructura de la Administración para que respondan en el ejercicio de sus cargos.

Como se observa, es un procedimiento contradictorio que amerita de los alegatos y pruebas de las partes, tal como estipula la ley, y que *funcionarios capaces de dar fe pública y debidamente formados procedan a realizar las notificaciones y dar fe de ello.*

3. Sentencia del 21 de junio de 1990 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Caso: S. Maya, se dispuso:

“...En fin, si el Legislador estimó conveniente prever este minucioso mecanismo para las notificaciones, fue con la intención de proteger debidamente a los interesados, a objeto de que por el mayor número de medios pudiera tener conocimiento de las decisiones de la Dirección de Inquilinato...”

Al respecto, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, estableció una doctrina que hoy cobra vigencia, y en este sentido, citaremos varias al respecto.

4. Sentencia del 31 de mayo de 1990, Caso: Administradora Raíz, S.A. que estableció:

“...En todo caso, esta Corte en recientes decisiones dictadas en fechas 05-04-90 y 15-05-90, cuya doctrina se ratifica en esta oportunidad, ha establecido criterio con relación a la fecha en la cual debe considerarse consolidada la notificación del acto definitivo en estos procedimientos, y atendiendo a la especial naturaleza del recurso contencioso administrativo Inquilinario, señaló que «se trata de la categoría de los actos quasi-jurisdiccionales que, dentro de los actos administrativos unilaterales de la Administración poseen características propias. Estos actos tanto en la esfera del procedimiento administrativo como en la impugnación ante los Tribunales contencioso-administrativos tienen modalidades que derivan de la existencia de las verdaderas partes titulares de posiciones jurídicas sustantivas, por lo cual esa actuación procesal se destina no solo a destruir o confirmar la legitimidad del acto impugnado, sino, esencialmente a demostrar la validez de sus respectivas pre-

tensiones». Igualmente, en dichas decisiones se expresó que en los procedimientos inquilinarios no rige el sistema de notificaciones previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y al señalar la Resolución Inquilinaria que el recurso deberá interponerse por ante el Tribunal de Inquilinato, dentro de los treinta (30) días siguientes contados a partir de la notificación, se alude a la unicidad del acto notificatorio y no a una pluralidad de actos ni de fechas, por lo que el lapso debe contarse a partir del momento en que la última de las partes haya quedado notificada...”

5. Sentencia del 14 de mayo de 1992, de la misma Corte, Caso: C. Lander. Pero aún más, en sentencia del 16 de junio de 1999, caso M. del C. Bruzon, expuso lo siguiente (lo cual se resalta en aras de la naturaleza particular del procedimiento administrativo y contencioso administrativo Inquilinario):

“...En tal sentido estima la Corte, tal como se ha hecho en anteriores oportunidades que, el procedimiento administrativo Inquilinario tiene establecida en el artículo 14 de la Ley de Regulación de Alquileres, las formalidades para la notificación del acto administrativo definitivo. Dichas formalidades tiene como fin garantizar a las partes un mecanismo seguro para el ejercicio de sus recursos jurisdiccionales. Teniendo en cuenta que estos procedimientos cuasijurisdiccionales, en los que puede, incluso, existir interesados que deben ser notificados, y siendo que existe norma expresa especial que regula los trámites notificatorios del acto, las partes no pueden sustituir las modalidades de notificación del acto por otras, pues la misma debe reunir los requisitos señalados en el dispositivo citado, no siendo válida a los efectos del procedimiento y de la eficacia y ejecutividad del acto otra vía de notificación...”

Es de tal importancia la formalidad en la notificación de estos actos administrativos, que como secuela de diversas acciones de amparo constitucional ejercidas por arrendatarios contra sentencias firmes, en cuyos procedimientos no se hicieron parte, por no haberles sido garantizado el derecho a la defensa, en primer lugar la Corte Primera de lo Contencioso

Administrativo, en fallos como en del 9 de noviembre de 2000, precisó:

"(...) se hace imprescindible analizar la forma en la que se practica la notificación prevista en el mencionado artículo 125 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia a la luz de los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que consagran los derechos a la defensa y a la tutela judicial efectiva.

(...) Considera la Corte, que el artículo 125 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia es un mecanismo válido y adecuado de emplazamiento para terceros interesados en los procesos ventilados de acuerdo a dicha Ley, no obstante, en casos como el que ahora se examina, relativo a un recurso de nulidad contra un acto de la Dirección de Inquilinato, intentado por la arrendadora de un inmueble, es perfectamente factible para el Tribunal identificar al arrendatario o arrendatarios del inmueble aún cuando no son parte del proceso en strictu sensu. Distintos son los casos, en los que no es posible identificar a los eventuales terceros interesados, en tales supuestos no puede imponerse al Tribunal la carga de identificarlo.

(...) Considera esta Corte, que en casos como el que nos ocupa, la notificación prevista en el artículo 125 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia sin que se haga mención expresa a cada uno de los arrendatarios del inmueble resulta de dudosa compatibilidad con los derechos a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, los cuales se han visto vulnerados en el curso del proceso contencioso administrativo de nulidad (...)".

6. Finalmente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 4 de abril de 2001, dictó sentencia estableciendo el criterio a regir a partir del referido fallo, solventando de tal suerte la controversia señalada relativa a la garantía de los interesados o mejor aún, las partes de comparecer a estos procedimientos, sentencia en la cual dispuso:

“... De lo anteriormente expuesto, esta Sala declara obligatorio para todos los tribunales de la República, en aquellos procesos concorrentes a los definidos anteriormente como quasi-jurisdiccionales, revisar el expediente administrativo y notificar personalmente a aquellas personas que, según consta en dicho expediente, hayan sido partes en el procedimiento llevado en sede administrativo, cuando el acto es impugnado en sede jurisdiccional. En tales casos, el procedimiento a seguir será el mismo que establece la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en su artículo 125, con la única excepción de que el libramiento del cartel y su correspondiente publicación en cuanto a los terceros interesados, diferentes a las partes involucradas en el procedimiento en sede administrativa, para la comparecencia de cualquier interesado, debe librarse inmediatamente después de la consignación en el expediente de la notificación personal efectuada a quienes fueron partes en el procedimiento en sede administrativa.

Ahondando en lo anterior, el lapso para la publicación del cartel así como para la comparecencia, tanto de aquellos interesados notificados personalmente como cualquier tercero interesado emplazado en forma general mediante cartel, se mantiene en los mismos términos del artículo 125 de la L.O.C.S.J. con la única diferencia que el Tribunal deberá, inmediatamente después de la fecha de la consignación de la última de las notificaciones personales o después de la fecha en que se constate que éstas fueron infructuosas, ordenar la publicación del cartel y a partir de la fecha de su consignación en autos, comenzar a contar los lapsos. En los casos en que resulte infructuosa la notificación personal de las personas que fueron partes en el procedimiento administrativo, como sucedánea de tal notificación, a dichas personas se les llamaría individualmente en el cartel previsto en el artículo 125 de la L.O.C.S.J. que será de obligatorio decreto, en la forma que señala este fallo...

En vista de las implicaciones de la presente decisión, la cual modifica la forma de aplicación de la norma antes referida, esta Sala considera necesario, establecer la aplicabilidad en el tiempo de la misma en cuanto a los otros procesos diferentes al presente. Así

las cosas, el criterio aquí establecido sólo debe aplicarse a aquellos procesos contenciosos administrativos que se inicien (admitan) con posterioridad a la presente sentencia..."

En nuestro criterio, la sentencia parcialmente transcrita debe prevalecer y continuar aplicándose no solo en el procedimiento contencioso administrativo inquilinario, sino aún más en los procedimientos administrativos inquilinarios, sede en la cual como dirían los procesalistas civiles, "se trabaría la litis", en virtud que garantiza a cabalidad el derecho a la defensa y acceso a la justicia a los interesados, que constituyen en estos procesos verdaderas partes. Como se observa, esta constituye otras de las características particulares del procedimiento administrativo y contencioso administrativo inquilinario, y que al haberse "administrativizado" la materia requiere especial atención por vulnerar derechos fundamentales.

De ahí incluso, la insistencia y criterios reiterados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en garantizar que en las notificaciones en sede administrativa se cumplieran las formalidades por estimar eran esenciales como lo son aún hoy, que cobra vigencia el criterio, y por ello se realicen conforme a la ley, problema derivado insistimos de "usurpar" a la jurisdicción lo que le es propio.

En estos procedimientos es esencial como garantía del derecho a la defensa, debido procedimiento y seguridad jurídica que: las notificaciones tanto del inicio del procedimiento como del acto definitivo sean realizadas con formalidades al menos similares a las del proceso civil como garantía a los derechos de los justiciables en esta materia.

En todo caso, de no ajustarse tales notificaciones a lo previsto en la legislación especial, ni corregido los vicios señalados en las normas analizadas, los actos administrativos definitivos dictados en procedimientos en los cuales no se garantice una notificación que cumpla su fin, resultarán viciados de *nulidad*

absoluta, todo conforme a criterios de nuestra Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como por ejemplo, sentencia del 21 de noviembre de 2006 (Caso: Corp Banca, C.A.), que precisó lo siguiente: *“...Sin lugar a dudas para esta Sala, la violación del derecho a la defensa se patentiza cuando los interesados no conocen el procedimiento que pueda afectarlos, se les impide su participación en él o el ejercicio de sus derechos, se les prohíbe realizar actividades probatorias o no se les notifica de los actos que los afecten.”*

No queremos dejar de citar opinión de quien ha sido estudiosa del Derecho Administrativo, y otras áreas especiales como el derecho inquilinario, cuya voz se levantó para hacernos reflexionar al respecto, y la tendencia de “administrativizar” la jurisdicción.

En su obra “El Procedimiento Administrativo y sus Actuales Tendencias Legislativas”, la Dra. Hildegard Rondón de Sansó⁶, al desarrollar las tendencias, reflexiona el comentar la tercera que considera la autora, de la siguiente manera:

“92.- El otorgamiento de facultades cada vez más amplias a los organismos públicos, atiende al desarrollo descomunal de las Administraciones Públicas, muchas veces, lo que la Administración necesita es no crecer en número, sino en efectividad y, eso es lo que intenta lograrse con este otorgamiento de potestades extraordinarias.

93.- Con respecto a la adquisición de funciones de naturaleza quasi-jurisdiccional, no podemos menos que estimar que tal política debe ser objeto de un profundo examen, bajo la pregunta de si es beneficioso o no para la Administración y para los Administrados, o bien, simplemente para alguno de ellos el sistema del debate de sus pretensiones recíprocas en sede administrativa. Entre nosotros el caso más dramático es el de la materia inquilinaria.

6 Rondón de Sansó, Hildegard: *El Procedimiento Administrativo y sus Actuales Tendencias Legislativas*. FUNEDA. Caracas, Venezuela, 2011, p. 135.

En efecto, aún cuando fue creado un tribunal ad hoc (que después desapareció como tal), gran parte de los temas esenciales quedaron para ser decididos por la Administración en un procedimiento contradictorio. El mayor de los problemas que un sistema como este plantea, es que las decisiones administrativas podían ser atacadas por ante los tribunales. Con tal sistema, la decisión de la controversia se hacía cada vez más larga y lejana en el tiempo, teniendo además que atender a normativas diferentes a las cuales las partes tenían que ceñirse..."

Dicho comentario obedece al régimen que regía cuando estaban vigente la Ley de Regulación de Alquileres, Decreto Legislativo sobre Desalojo de Viviendas y su Reglamento, que preveían un procedimiento similar al de la recién promulgada legislación sobre la materia de arrendamientos de vivienda.

Bajo el imperio de la legislación derogada, se constató la inoperancia e inapropiado de tramitar estas controversias a través de procedimientos administrativos, por las limitaciones en el derecho a la defensa que entrañaba para las partes, así como las fallas en formalidades esenciales que garantizarán la seguridad jurídica de las mismas.

En el mismo sentido, al desarrollar la cuarta tendencia, nos expresa:

"101.- La reducción de los procedimientos en el fondo obedece a una tendencia a la cual no hemos querido aludir, porque la misma es la de legislar sobre situaciones específicas. En tales casos, la ley pierde, su verdadero sentido, que es la generalidad y su carácter abstracto para convertirse en la ley de un caso concreto y, éste constituir un caso concreto, es lo que lleva a tratar de reducir los procedimientos al máximo.

Todos pensamos que el procedimiento administrativo perfecto es el más breve y con menos trámites, pero esto no es válido para las situaciones en que hay conflictos de intereses que deban ser dilu-

cuidados. Aquí el acortamiento del trámite, mediante la eliminación de etapas en forma total o parcial es siempre peligroso, porque el débil jurídico que en tal relación es siempre el administrado, se puede encontrar sin el tiempo y los recursos necesarios para defender sus derechos e intereses..."

Lo anterior evidencia que la discusión no es nueva, pero insistimos en los errores, peor aún, reincidimos en los mismos, sin considerar la lesión que ello ocasiona a quien como burla queremos proteger, en este caso, el débil jurídico.

CONCLUSIONES

Todo este conjunto de Leyes, que tomamos como un ejemplo de lo queremos transmitir, como otras promulgadas que incurren en la misma tendencia, tienen en común que le sustraen a la jurisdicción y al proceso, en el cual deben cumplirse las garantías procesales que casi todas las constituciones modernas ahora establecen, el conocimiento de las controversias del derecho privado en general, y atribuyen su conocimiento a la Administración para que se sean debatidas a través de procedimientos en los cuales se les conceden facultades discrecionales a la Administración (inquisitorias); la Administración se convierte en una parte activa en la búsqueda de una concreción de sus intereses políticos, esgrimiendo como justificación la protección de un parte, quedando la otra indefensa ante todo el poder del Estado y de la contraparte misma, decidiendo y vulnerando principios de la imparcialidad y la imparcialidad, se enfrenta a dos partes: una toda poderosa – la Administración- y la contraparte misma; procedimientos donde se obvian los más elementales principios garantistas de postulados constitucionales, y donde se confieren al órgano administrativo facultades totalmente inquisitivas mediante las cuales puede perseguir de oficio y sin que exista presunción alguna en favor del ciudadano, sancionando antes de concluir

el procedimiento, dictando medidas cautelares anticipativas de difícil o imposible reparación.

Se empeora la situación cuando la materia en debate afecta intereses supremos y de sumo delicados como lo es el arrendamiento, y en el caso analizado de viviendas, lesionando derechos ciudadanos fundamentales. La tendencia lejos de solventar inconvenientes los agrava, afecta la paz social que debe tender a proteger el Estado, y vulnera los principios más elementales que deben cumplirse en un debido procedimiento.

Hemos evidenciado que tales procedimientos administrativos sustraen el conocimiento del debate del juez natural; minimizan al punto de casi desaparecer las garantías de la notificación y acceso al expediente y por ende al procedimiento mismo en una controversia de partes que requiere el cumplimiento del fin de la notificación misma; limitan la posibilidad de comparecer al contradictorio para ejercer el derecho a la defensa y de probar; no menos importante la actividad probatoria queda reducida; y la decisión, en muchos casos, es usurpada a la jurisdicción, saltándosela para proceder a ejecutar un acto administrativo producto de un procedimiento sin el debate lógico pertinente. No es un debido procedimiento. No es la vía idónea para debatir estos asuntos. No constituye garantía para el ciudadano estos procedimientos así legislados.

De ello, a nuestro juicio, podemos concluir, que esta usurpación o administrativización del proceso jurisdiccional, va de la mano de una ideología legislativa inquisitiva, pues resulta hoy día más cuesta arriba, que a través de un proceso jurisdiccional ajustado a las garantías constitucionales y jueces formados bajo criterios de imparcialidad y del deber de decidir previo un debido proceso, se ajusten y acomoden a criterios empañados por lineamientos netamente filosófico-políticos que se pueden influir y manejar ampliamente al convertirlos en procedimientos administrativos, en los cuales, la administración juega un doble rol: Juez y Parte.

Cuestionamos pues, que a través de la administrativización del proceso, lo que se pretende es la desaparición de éste último, pues el proceso entendido desde el punto de vista garantista debe regirse por el principio dispositivo, entender que el proceso es la garantía de la paz social y que la actividad del juez o quien decida debe apegarse estrictamente a los criterios de imparcialidad e impartialidad.

Resulta interesante destacar lo que nos dice el procesalista Girolamo Monteleone⁷:

"Indudablemente la autonomía y la independencia de la magistratura tienen gran importancia, pero adquieren su más específico significado jurídico y constitucional solo porque dirigidas a garantizar la imparcialidad del juez, y de ésta, que también por expreso dictado de la Constitución es su primera, indefectible y esencial calidad, son simplemente sus corolarios. (...)"

"Autonomía e independencia, extraídas y separadas de la imparcialidad, no solo son una contrasentido lógico y jurídico en materia de justicia, sino que serían fuente de un seguro trastoque del ordenamiento civil y político, porque serviría para encubrir el arbitrio del juez y permitirle usar el poder jurisdiccional para finalidades de lucha política y/o de parte...".

El proceso requiere de su expresión tridimensional: dos partes contrapuestas con posiciones antagónicas en un plano de igualdad, y un tercero imparcial. El juez no puede aportar hechos al proceso, no puede practicar pruebas no propuestas por las partes, y debe regir el principio dispositivo con la dirección del juez controlando éste los presupuestos procesales.

⁷ Monteleone, Girolamo, "Principios e ideologías del proceso civil, Impresiones de un "revisionista" en *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas, quince ensayos. Moción de Valencia y Declaración de Azul*. Segunda edición. Editorial San Marcos; Lima, Perú, pp. 105.

Como reflexión y parte final de este ensayo, quisiéramos citar al Maestro Juan Montero Aroca:

“Durante el último siglo la sociedad ha visto nacer y desarrollarse varios intentos, no ya de hacer predominar lo colectivo sobre lo individual en todos los órdenes de la vida, sino de favorecer lo colectivo hasta el extremo de suprimir los derechos fundamentales de las personas, lo que en el proceso ha incidido con claras manifestaciones autoritarias y que en el proceso civil se ha llamado publicización. Es ya hora de dejar atrás esa etapa y de abrir nuevos caminos, si el pasado es la publicización y el autoritarismo, en el futuro está la concepción del proceso, también civil, como garantía”⁸.

La gran pregunta de este siglo es: ¿será que para eludir un proceso garantista, la nueva filosofía procesal será legislar “administrativizando” los procesos, para convertirlos en procedimientos administrativos donde rijan los superados principios inquisitoriales del Santo Oficio, en su época de máximo terror?

⁸ MONTERO A., Juan. *El proceso civil llamado “social”*... ob. Cit, (p. 165).

LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y EL MODELO TERRITORIAL

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Director del Grupo de Investigación de Derecho Público Global

(Universidad de Coruña)

Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

Resumen: La Constitución de 1978 es, sin lugar a dudas, uno de los monumentos jurídicos más importantes de la historia de España. No sólo porque ya es la Constitución más perdurable del universo jurídico español, lo que a juzgar por lo azarosa y movida de nuestra historia constitucional es algo muy relevante, sino porque ha permitido un largo período de paz y prosperidad sin precedentes en el que se han abierto espacios de libertad y solidaridad idóneos para construir unas instituciones políticas y administrativas asentadas sobre el solar de la democracia que, en unos momentos más y en otros menos, han sabido, en términos generales, atender los intereses generales.

Palabras Clave: Constitución española de 1978, Derecho Constitucional, constitucionalismo, principios y valores constitucionales.

Summary: Without a doubt, the Constitution of 1978 is the most important cornerstone in the history of the Law in Spain. It is so not only because it is the long-standing Constitution in Spain, which is a remarkable characteristic. In addition, the Constitution promoted a long period of peace and prosperity without precedents that opened spaces for freedom and solidarity necessary to build strong institutions based on a democratic system able to satisfy the general interest.

Key words: Spanish Constitution of 1978, Constitutional Law, constitutionalism, constitutional principles and values.

Recibido: 19 de julio de 2017 Aceptado: 7 de septiembre de 2017

SUMARIO

Introducción

- I. Los valores constitucionales
 - II. El artículo 2 constitucional
 - III. Preceptos constitucionales de aplicación
 - IV. La distribución territorial del Poder Político
 - V. La articulación territorial
- Conclusiones

INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1978 es, sin lugar a dudas, uno de los monumentos jurídicos más importantes de la historia de España. No sólo porque ya es la Constitución más perdurable del universo jurídico español, lo que a juzgar por lo azafrona y movida de nuestra historia constitucional es algo muy relevante, sino porque ha permitido un largo período de paz y prosperidad sin precedentes en el que se han abierto espacios de libertad y solidaridad idóneos para construir unas instituciones políticas y administrativas asentadas sobre el solar de la democracia que, en unos momentos más y en otros menos, han sabido, en términos generales, atender los intereses generales.

Efectivamente, en la historia de cualquier país hay hitos históricos que contribuyen a conformar los rasgos de la ciudadanía política de sus habitantes. Olvidarlos, desvirtuar su sentido, o convertirlos en un tópico inerte, afecta de manera inmediata a nuestra propia identidad nacional y a nuestro destino como Estado. Por eso no es ocioso, sino un saludable ejercicio político, que recordemos en la introducción de esta ponencia, la centralidad que entre los españoles ocupa el 6 de diciembre de 1978.

Ese día, el 6 de diciembre de 1978, se abrió para España, para todos los españoles, un esperanzador panorama de liber-

tad, de justicia, de igualdad y de pluralismo político. Recordar esta fecha es reconsiderar el valor de estos preciados bienes, rememorar el esfuerzo de su consecución y reafirmar nuestro compromiso de preservarlos y enriquecerlos permanentemente.

Precisamente, las bases del concepto liberal y moderno de Constitución se fundamentan en el reconocimiento y garantía de la libertad del ciudadano frente al poder público a través de una serie de principios y técnicas, destacando el respeto a los derechos fundamentales y la consagración de la división de poderes. Este espacio de libertad de las personas no sólo ha de ser respetado por el poder público, sino que éste, en su actuación, ha de promoverlo y facilitarlo. De ahí que el Derecho Administrativo Constitucional, denominación que uso con frecuencia, pueda entenderse precisamente como el Derecho del Poder público para las libertades solidarias de las personas.

En aquel entonces, 1978, se cumplió una vez más esa máxima que debiéramos tener más presente: "en todas las empresas humanas, si existe un acuerdo respecto a su fin, la posibilidad de realizarlas es cosa secundaria...". Hoy, gracias al tesón y al esfuerzo de aquellos españoles que hicieron posible la Constitución de 1978, la consolidación de las libertades y el compromiso con los derechos humanos son una inequívoca realidad entre nosotros aunque, en ocasiones, con pasos atrás más o menos intensos. Es verdad, como también es cierto que, sin embargo, la contemplación en lo mucho que se ha hecho no nos puede hacer olvidar que vivimos tiempos en los que este espíritu de tolerancia y de búsqueda del bienestar general de todos los españoles por momentos se oscurece cuanto más brilla esa dominante partitocracia que, poco a poco, se ha ido apoderando de un poder de titularidad ciudadana que el pueblo ha abandonado a su suerte ante la seducción del confort, del consumismo insolidario y del individualismo más rancio.

Ahora bien, recordar en este momento aquellos tiempos puede ayudarnos a despertar de este sueño y repensar sobre los valores y los principios que hicieron posible aquella gran gesta colectiva. Valores y principios que periódicamente es menester recordar para saber hasta qué punto la vida política se desliza en el marco de la Constitución o, por el contrario, se instala en el mundo de la intolerancia y del sectarismo.

En efecto, podríamos ahora preguntarnos ¿cuál es la herencia entregada en aquel momento constituyente, cual es el legado constitucional? Muy fácil: un amplio espacio de acuerdo, de consenso, de superación de posiciones encontradas, de búsqueda de soluciones, de tolerancia, de apertura a la realidad, de capacidad real para el diálogo que, hoy como ayer, siguen y deben seguir fundamentando nuestra convivencia democrática. En otras palabras, el triunfo de las coordenadas del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario al servicio del libre desarrollo de las personas en un contexto socio-económico justo y digno.

Este espíritu al que me refiero –de pacto, de acuerdo, de diálogo, de búsqueda de soluciones a los problemas reales– aparece cuando de verdad se piensa en los problemas de las personas concretas, cuando detrás de las decisiones que hayan de adoptarse aparecen las necesidades, los anhelos y las aspiraciones legítimas de los ciudadanos. Por eso, cuando las personas son la referencia para la solución de los problemas, entonces se dan las condiciones que hicieron posible la Constitución de 1978: la mentalidad dialogante, la atención al contexto, el pensamiento compatible y reflexivo, la búsqueda continua de puntos de confluencia y la capacidad de conciliar y de escuchar a los demás. Y, lo que es más importante, la generosidad para superar las posiciones divergentes y la disposición para comenzar a trabajar juntos por la justicia, la libertad y la seguridad desde un marco de respeto a todas las ideas. Cuando se trabaja teniendo presente la magnitud de la empresa y desde la tolerancia cobra especial relieve el proverbio portugués que

reza “el valor crea vencedores, la concordia crea invencibles”. Es anecdótico lo que voy a escribir, pero la misma razón puede encontrarse en aquella cantinela –“el pueblo unido jamás será vencido”– tan repetida en el período constitucional. Podremos disentir en no pocas de las cuestiones que nos afectan a diario. Pero habremos de permanecer unidos en la absoluta prioridad de los valores que nuestra Constitución proclama.

I. LOS VALORES CONSTITUCIONALES

A estos valores quisiera referirme ahora, antes de entrar en la materia objeto de mi ponencia, la Administración pública y los Entes territoriales, porque pienso que esa es la sustancia constitucional que nos interesa. Donde reside el espíritu constitucional, el centro de donde procede el dinamismo y las virtualidades de la Constitución, es en ese conjunto de valores o de vectores, recogidos tanto en el preámbulo como en el articulado, que dan sentido a todo el texto constitucional y que deben impregnar el régimen jurídico y el orden social colectivo. Es decir, se trata de las directrices que deben guiar nuestra vida política, no sólo la de los partidos, la de todos los españoles, nuestra vida cívica.

En el preámbulo constitucional, como es bien sabido, se señalan, en primer lugar, la justicia, la libertad y la seguridad como los tres valores constitucionales más importantes. En la idea de justicia late la convicción de que hay algo debido al hombre, a cada hombre. Por encima de consideraciones sociológicas o históricas, más allá de valoraciones económicas o de utilidad, el hombre, el ciudadano, cada vecino, se yergue ante el Estado, ante cualquier poder, con un carácter que me atrevo a calificar de absoluto: esta mujer, este hombre, son lo inviolable; el poder, la ley, el Estado democrático, se derrumbarían si la dignidad de la persona no fuere respetada.

En la preeminencia de la libertad se está expresando la dignidad del hombre, constructor de su propia existencia personal solidaria –escribo solidaria porque creo que no es posible concebir la existencia personal de otra manera–. Y finalmente, la seguridad, como condición para un orden de justicia y para el desarrollo de la libertad, y que cuando se encuentra en equilibrio dinámico con ellas, produce el fruto apetecido de la paz.

El segundo de los principios señalados en el preámbulo constitucional, siguiendo una vieja tradición del primer constitucionalismo del siglo diecinueve –una tradición cargada de profundo significado–, es el principio de legalidad o juridicidad. Mejor el principio de juridicidad porque el poder público se somete a la Ley, y al Derecho. La ley es la expresión de la voluntad popular. La soberanía nacional se manifiesta a través de la ley. El principio de legalidad no significa otra cosa que respeto a la ley, respeto al proceso de su emanación democrática, y sometimiento a la ley, respeto a su mandato, que es el del pueblo.

En virtud del principio de juridicidad el Estado de Derecho sustituye definitivamente a un modo arbitrario de entender el poder. El ejercicio de los poderes públicos debe realizarse en el marco de las leyes y del Derecho. Todos, ciudadanos y poderes públicos, están sujetos –así lo explicita el artículo 9 de la Carta Magna– a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico. Por eso, el imperio de la Ley supone la lealtad constitucional e institucional, concepto central del Estado de Derecho que hoy también debemos recordar. El principio de juridicidad tiene una profunda significación para los administrativistas porque desde la llegada del Estado de Derecho el poder público, y por ello la Administración pública, han de caminar en el marco de la ley, de forma y manera que la subjetividad reinante en el Antiguo Régimen, se sustituye ahora por la objetividad y racionalidad desde las que la ley y el reglamento operan para el mejor servicio a los intereses generales.

No podía ser de otra manera: la justicia, la libertad y la paz son los principios supremos que deben impregnar y orientar nuestro ordenamiento jurídico y político. Respetar la ley, la ley democrática, emanada del pueblo y establecida para hacer realidad aquellos grandes principios, es respetar la dignidad de las personas, los derechos inviolables que les son inherentes, el libre desarrollo de sus existencias personales, y en sociedad.

El Estado de Derecho, el principio de legalidad así entendido, el imperio de la ley como expresión de la voluntad general, deben, pues, enmarcarse en el contexto de otros principios superiores que le dan sentido, que le proporcionan su adecuado alcance constitucional. No hacerlo así supondría caer en una interpretación mecánica y ordenancista del sistema jurídico y político, privando a la ley de su capacidad promotora de la dignidad del ciudadano. Y una ley que en su aplicación no respetara ni promoviera efectivamente la condición humana –en todas sus dimensiones– de cada ciudadano, sería una norma desprovista de su principal valor.

En el tercer inciso del preámbulo de la Constitución se plantea la cuestión de los derechos humanos y el reconocimiento de la identidad política y cultural de los pueblos de España, al señalar la necesidad de “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas, tradiciones, lenguas e instituciones”.

II. EL ARTÍCULO 2 CONSTITUCIONAL

Este principio general expresado en el preámbulo se ve traducido, en el artículo 2 de Constitución, en el reconocimiento de la identidad política de los pueblos de España, al garantizar el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la nación española, así como la solidaridad entre todas ellas, lo que se ha concretado, tras treinta años de desarrollo constitucional, en un modelo de Estado que goza, a pesar

de las sombras que proceden de las visiones unilaterales de uno y otro signo, de una razonable consolidación y estabilidad, como lo prueba la cantidad y calidad de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas. Y desde luego, este respaldo jurídico-político a la realidad plural de España es uno de los principales aciertos de nuestra Constitución y un motor para nuestro progreso cultural y político. Realidad plural que requiere de un entendimiento razonable, equilibrado y abierto del juego de los principios de unidad y autonomía, algo que en el presente brilla por su ausencia en algunos casos a causa de la falta de argumentaciones y razonamientos que se observan entre los que defienden una idea numantina y uniformizadora de la unidad y entre quienes piensan que la autonomía no es más que soberanía o independencia.

En efecto, el juego y la relación existentes entre el principio de unidad y el de autonomía, reconocidos constitucionalmente, producen a veces tensiones que deben superarse precisamente a partir del equilibrio que preconiza precisamente la esencia del modelo autonómico. Ante estas tensiones es necesario el sentido común y el acuerdo como metodología para el desarrollo constitucional. Particularmente en este punto –en lo referente al Título VIII–, porque nos encontramos ante una cuestión que afecta esencialmente a la misma concepción del Estado. No se trata de elaborar un nuevo consenso, sino de establecer nuevos consensos sobre la base del consenso constitucional. Y la Constitución ha querido que el derecho al autogobierno se reconozca a la vez que el principio de unidad y la solidaridad entre todas las autonomías. Es cierto que las Comunidades Autónomas, en cuanto que identidades colectivas con una personalidad propia manifiestan sus legítimas particularidades y singularidades. Los usos políticos han denominado a estas particularidades “hechos diferenciales”, denominación adecuada precisamente en la medida en que existen elementos comunes. Sin embargo, cualquier observador de la realidad española del presente, 2014, sobre todo si es extranjero caerá en

la cuenta de que las amenazas al equilibrio y a la estabilidad del modelo no son ni pequeñas ni aisladas.

Pues bien, la existencia de esas diferencias o singularidades, como se quieran llamar, promueven un enriquecimiento constante y dinámico de ese conjunto que se llama España, vertebrado como un Estado autonómico, y en el que la potenciación y desarrollo de las distintas partes, mejora el conjunto.

Por otra parte, por lo que se refiere a la segunda de las dimensiones de esta intervención, la Administración pública, el marco constitucional nos ofrece algunos preceptos que ayudan sobremanera a entender el marco de algunas reformas emprendidas. Reformas que cuando se han realizado desde el acuerdo y el entendimiento han dado los frutos apetecidos. Y cuando unos las han impuesto a los otros, como ha ocurrido por ejemplo en la última legislatura en materia de estatuto de la función pública o en el caso de la aprobación del Estatuto de Autonomía de Cataluña, entonces tales iniciativas carecen de la fuerza necesaria para ser mantenidas gobiernen quien gobierne.

III. PRECEPTOS CONSTITUCIONALES DE APLICACIÓN

La Constitución española de 1978 constituye el ambiente propio en el que deben explicarse, y entenderse, las principales categorías, instituciones y conceptos que componen el entero sistema del Derecho Público y la Ciencia de la Administración pública. Otto Mayer hace muchos sentenció, con su proverbial solemnidad: el Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece. Y el célebre magistrado alemán Werner, refiriéndose a esta misma cuestión dejó escrito que el Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concretizado.

Evidentemente, no es este el momento ni el foro adecuado para trazar las relaciones existentes entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo. Sin embargo, es menester,

en mi opinión, recordar que nuestra Norma Fundamental, como fuente de las fuentes del Derecho reconoce todo un conjunto de parámetros, vectores, criterios o principios de Derecho que son expresiones de los valores superiores del Ordenamiento jurídico establecidos en el artículo 9.3 de la propia Constitución. Valores superiores que traducen una idea de Ética jurídica que permite que las propias normas del Ordenamiento encuentren su sentido al servicio de la centralidad de la persona así como el oxígeno necesario para la búsqueda de los patrones de justicia material que identifica al modelo del Estado de Derecho como sistema político y jurídico general.

En este contexto, es menester analizar con algún detalle el precepto más relevante, aunque no el único, que nuestra Carta magna dedica a la Administración, que es, como todos saben, el artículo 103: “La Administración pública sirve con objetividad el interés general...” La redacción de este precepto demuestra el profundo significado ético de la función y la esencia de la Administración pública que no es otro que el servicio objetivo al interés general, al bienestar integral y permanente de los ciudadanos. Por tanto, el reconocimiento del sentido ético de la esencia de la función administrativa ha de ser el punto de partida necesario de toda pretensión de reforma administrativa. A poco que se lean las reformas acometidas a partir de 1978, sobre todo las de 1996 a 2000, se encontrará en todas ellas esta referencia a la capacidad transformadora que debe tener sobre la Administración pública en sentido amplio la idea reconocida en el artículo 103 del servicio objetivo al interés general, tal y como reiteradamente se hará referencia a lo largo de estas reflexiones.

Es bien sabido que uno de los conceptos que más aparecen en la Constitución es precisamente el interés general. Es lógico que sea así puesto que, en esencia, en un modelo de Estado social y democrático de Derecho el Derecho Administrativo, como ha señalado atinadamente mi colega el profesor González Navarro, es el Derecho del poder para la libertad. Esta feliz

construcción doctrinal ayuda sobremanera a hacerse una idea del sentido que tiene la función constitucional de la Administración pública tal y como, por ejemplo, aparece caracterizada en los artículos 9.2, 10.1 y 103 de la Constitución, sin contar todas las referencias que el capítulo III de la Carta Magna atribuye a los poderes públicos como promotores de objetivos constitucionales de naturaleza social en materia de criterios de principios rectores de la política social y económica.

Ciertamente, el artículo 9.2 es uno de los preceptos más comentados y glosados del texto constitucional en orden a determinar el sentido y funcionalidad de los poderes públicos. Algún sector de la doctrina ha llegado a sostener que en dicho artículo se construye una auténtica función promocional de los poderes públicos dirigida a promover y facilitar la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran. De esta manera, además de imponer a dichos poderes públicos la obligación de remover los obstáculos que impidan la efectividad de estos objetivos constitucionales, la Constitución afirma que, en efecto, la función esencial de los poderes públicos es una tarea abierta y comprometida con la libertad y la igualdad, lo que implica que toda la producción administrativa debe estar animada de esta relevante tarea. Evidentemente, desde la consideración de la Etica pública como ciencia que estudia el comportamiento de las personas al servicio de las Administraciones públicas de acuerdo con los principios de la recta razón, del bienestar general del pueblo, del interés general, el artículo 9.2 cobra una especial relevancia.

Junto a este capital precepto constitucional nos encontramos, desde esta perspectiva, con el artículo 10.1 que, como es sabido, dispone que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Aquí se encuentra, en mi opinión, la determinación constitucional del alcance del interés general en el Estado social y democrático

de Derecho. Como ha señalado García de Enterría, maestro del Derecho Administrativo universal fallecido en recientemente, en un trabajo de 1981 sobre la significación de las libertades públicas en el Derecho Administrativo, hoy la función de trabajar por el interés público reside en una labor de promoción de derechos de los ciudadanos superando una versión cerrada y casi patrimonial del interés público. Es más, si estamos de acuerdo en que la finalidad del Estado hoy es la garantía de los derechos de los ciudadanos desde la orientación que he denominado de la libertad solidaria, entonces podremos llamar la atención sobre la función que en esta materia corresponde a la Administración pública en general y a sus agentes en particular. Que esto puede ser así se deduce sin dificultad de la cantidad y calidad de pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional en los que, en sede de derechos fundamentales, queda bien claro que los éstos constituyen uno de los objetivos del Estado social y democrático de Derecho y que, por tanto, la Administración cumple su dinamismo constitucional en la medida en que su actuación sigue estos postulados.

Por lo que se refiere al artículo 103.1 de la Constitución, debemos señalar, en este momento, que en este precepto se encuentra a mi juicio el ethos constitucional que la Norma Suprema atribuye a la Administración y a los poderes públicos en general. No es casual que el constituyente hubiera querido seleccionar entre las diferentes opciones posibles el término servicio para caracterizar la esencia de su función pública. En efecto, según dispone el artículo 103.1 la Administración sirve con objetividad el interés general. Es decir, la Administración pública está al servicio de los intereses generales que, desde esta perspectiva, se nos presentan como un concepto jurídico indeterminado que, como señalé antes, en un Estado social y democrático de Derecho aparece vinculados a la realización efectiva de la libertad solidaria. Si la Administración pública sirve los intereses generales como persona jurídica, los agentes o empleados singularmente considerados deben distinguirse

también por el servicio en su trabajo profesional diario y cotidiano.

IV. LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER PÚBLICO

Entrando en el marco constitucional de la distribución territorial del poder político, hemos de comenzar afirmando que el vuelco que ha dado España en lo que se refiere a su articulación territorial es verdaderamente impresionante. Los que recuerden los tiempos pasados, serán quienes mejor puedan testimoniar el alcance, la profundidad de esta transformación. Y esta experiencia, que arranca del mismo acto constituyente, ya que afecta a la misma identidad y concepción de lo que es España, es un acierto que viene avalado por la multitud de beneficios derivados de tal planteamiento. Ahora nos interesados, que a mi juicio se perfilan como los fines que sintetizan los objetivos de la descentralización: la libertad y la participación. El Estado autonómico, en efecto, ha facilitado y propiciado un más alto grado de participación política, habida cuenta del mayor acercamiento y proximidad de la cosa pública al ciudadano. Y mayores cotas de libertad también congruentemente con lo anterior, porque ha supuesto un refrendo político para la realidad plural española.

Esto es lo que verdaderamente interesa del proceso autonómico, lo que significa como plataforma para despertar las capacidades creativas de todos los españoles, desde su propio genio, desde su propia condición e identidad libremente asumida. Estoy convencido de que las potencialidades ocultas en esas capacidades aún no plenamente operativas -si sirve la dicción- son de un alcance difícilmente imaginable. Y no lo digo por una ensoñación complaciente, sino por la convicción que se deriva del hecho de estar en los umbrales de una nueva civilización que sólo se podrá construir sobre los supuestos económicos, informativos, relaciones, de la globalización, y sobre los culturales de la autoidentificación.

Hablar de identidad, de cultura, de autoidentificación, no es referirse a una suerte de superestructura, de adorno superfluo o de elemento extraño que no afecta a la vida productiva. Hablar de autoidentificación, de identidad es referirse a factores que son claves para el desarrollo de un mundo cada vez más globalizado y más dominado por estructuras que podríamos denominar integradoras. Problemas tan importantes para el mundo del futuro inmediato como la integración social –o su contrapuesto negativo, la marginación–, o la solidaridad, que no es sino un enunciado más comprensivo que el anterior, sólo podrán resolverse adecuadamente desde el respeto a la diferencia como un valor fundante de la nueva civilización, y desde la aportación diferenciada que la propia identidad permite al conjunto en que nos integramos.

En el proceso constituyente español que desembocó en la Constitución de 1978 se trata de subrayar la idea de una España integrada por personas vinculadas entre sí por una historia común y por un alto grado de solidaridad recíproca, a pesar de que tengan lenguas, culturas y tradiciones distintas, que todos ellos intentan preservar.

La política democrática tiene así la responsabilidad de dar con la fórmula armonizadora de esas realidades complejas, ofreciendo mecanismos de integración política válidos basados en la práctica de formas significativas de reparto vertical del poder y en la aceptación en profundidad de una cultura política liberal-democrática. Nuestra Constitución es consciente de la continuidad histórica de una nación española que se abre a la convivencia con nacionalidades de preferente signo cultural. Me refiero a una concepción que pone por encima de todo las libertades, afirmando la realidad española en la convicción de que ambas conducen a fortalecer nuestra condición social, cultural y política. La primacía del individuo hace que cualquier concepto de nacionalidad o nación sea siempre una riqueza para quien quiera tomarla y nunca una palanca de escisión o de exclusión.

La descentralización política puede interpretarse como una forma de respuesta equilibrada a determinadas tensiones que hacían insostenible el mantenimiento del viejo estado unitario y centralista. El Estado autonómico intenta así responder a determinadas demandas de autogobierno, junto con la construcción de nuevas bases de participación democrática y de pluralismo cultural.

Una de las notas fundamentales que puede destacarse del Estado autonómico es su carácter dinámico, dinamismo que no sólo ha de entenderse referido a la transformación de nuestro Estado centralista decimonónico en un Estado que se encuentra entre los más descentralizados de Europa, sino también al esfuerzo continuado de mantenimiento de un equilibrio basado en un espíritu de transacción y acomodo y que necesita de un esfuerzo continuado de mantenimiento y una voluntad de colaboración y actuación en común. Dinamismo, equilibrio y entendimiento, son tres características que en 1978 alumbraron ese gran monumento a la generosidad y a la tolerancia que fue la Constitución y que hoy deben ayudar a superar las tensiones lógicas que se producen entre unidad y autonomía.

El Estado autonómico se basa en la aceptación de una estructura política común, esto es, un Estado compartido, y en la permanencia de una misma base sociológica, la existencia de la nación española, como elemento de legitimación de la forma estatal común. Caben pocas dudas acerca del carácter de la nación española como comunidad específica socialmente determinada, que sirve como sustento a la forma política del Estado autonómico basado en una idea de España, no rígida, dogmática o excluyente, sino antes bien, flexible e integradora en razón de su carácter plural.

Es esta nación española la que aparece como titular de la soberanía, cuya atribución se realiza de un modo exclusivo, originario e indivisible; configurándose como una nación compleja integrada, por virtud del artículo 2 de la Constitu-

ción española, por nacionalidades y regiones reconociendo la existencia en su seno, pero formando parte de ella, de pueblos diferenciados, por lo que el preámbulo del texto constitucional puede hablar justamente de “pueblos de España”.

Se trataba por lo tanto, en el ánimo constituyente, de afirmar la realidad inequívoca de lo que se ha dado en llamar los hechos diferenciales, particularmente los de aquellas comunidades que se llamaron nacionalidades históricas, a las que se dio tal consideración por tener completado su proceso estatutario en el régimen republicano.

El ánimo constitucional era tan claro a este respecto que no se dudó en utilizar la expresión ‘nacionalidad’ para referirse a las realidades culturalmente diferenciadas que se integraban en España. Significaba esto, a mi entender, que se estaba no sólo en la disposición favorable a acoger todas las reivindicaciones de carácter cultural, histórico y político que desde los diversos territorios autónomos que se fuesen articulando pudieran hacerse, sino que se atendía el proceso positivamente. Es decir, el constituyente afrontaba el proceso autonómico con una actitud constructiva y activa a favor de lo que se consideraba constitucionalmente el derecho legítimo de cada pueblo de los que integran España a entender en la organización y gobierno de los asuntos propios. Y ese proceso había de realizarse, para cada comunidad, en un grado y ámbito que la misma Constitución y el desarrollo legislativo posterior –en un proceso descentralizador sin parangón– se encargarían de definir.

Pero el límite general que se ponía a semejante proceso, que se engloba dentro del proceso general constituyente –en cuanto se estaba constituyendo una nueva organización territorial del Estado que la misma experiencia histórica se iba a encargar de perfilar, ya que la redacción del título VIII era manifiestamente abierta–, el límite general de ese proceso, digo, venía señalado por el concepto de solidaridad, de notable ambigüedad jurídica, y sobre todo por el claro y preciso concepto de soberanía.

nía. Hasta el punto -y es esta una explicación plausible- que al referirse a los territorios culturalmente diferenciados, en su afán de destacar su profunda singularidad, el constituyente habló de “nacionalidad”, pero reservó el título de Nación para el conjunto de España. Se trataba de reservar a España -en su totalidad- el título de Nación, justamente para no dejar lugar a duda alguna respecto al principio de soberanía, se trataba de salvaguardar el principio jurídico que se mencionó: es la nación el sujeto soberano. Sin embargo, los recientes Estatutos, saltándose a la torera esta filosofía han intentado apropiarse de la esencia nacional para predicarla de sus realidades territoriales catalana, andaluza o valenciana, por ejemplo.

La atribución de la soberanía al pueblo español indica que, en la mente del constituyente, España aparece como una verdadera nación o comunidad intrínsecamente diferenciada. Podría aducirse a este respecto que nos estamos encontrando aquí ante un argumento viciado, en el sentido de que se está entendiendo que la nación lo es por su constitución política -“demos” sujeto a la ley que él mismo se da- y afirmando al mismo tiempo que si se da a sí mismo la ley constituyente, lo hace porque es una nación. Desde luego la cuestión no es vana y conviene aclarar la confusión en lo posible, o cuando menos sus términos. En efecto, la proclamación y promulgación de la Ley Fundamental es constituyente porque “constituye” la comunidad política, y en ese sentido España es una nación porque así se define a sí misma. Pero tal definición no se produce de modo arbitrario, caprichoso, aleatorio o casual.

¿Qué razón se puede entonces aducir para justificar el proceso constitucional, su planteamiento, desarrollo y desenlace, cuando se ha llevado a cabo desde el presupuesto de la existencia de España? Veámoslo. El reconocimiento de la pluralidad cultural y lingüística de España, nos impiden acudir a una unidad de esa clase para fundamentar el hecho constitucional. Así mismo se descarta de todo punto el recurso a un mismo origen étnico. Y por otra parte, la pretensión de fundamentarse

en un principio territorial se ve gravemente dificultada por no ser España la única entidad política asentada sobre el territorio peninsular.

V. LA ARTICULACIÓN TERRITORIAL

Al abordar la cuestión de la articulación territorial de España, desde la moderación y el equilibrio, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, es preciso poner en ejercicio las cualidades que definen esta forma de aproximarse al modelo territorial diseñado en la Constitución de 1978.

En primer lugar, el sentido realista, que exige un esfuerzo de acercamiento a la realidad y de apreciarla en su complejidad. No es que tal aproximación resulte fácil, o que lo encontrado en ella sea indiscutible, pero sin entrar en la discusión de fondo sobre las posibilidades del conocimiento humano, se puede decir que es necesario ese esfuerzo de objetividad, que no puede ser afrontado sin una mentalidad abierta. La mentalidad abierta, la ausencia de dogmatismos, es necesaria no sólo para comprender la realidad, sino para comprender también que puede ser entendida por diversos sujetos de formas diversas, y que esas diversas versiones forman también parte de la realidad. La complejidad de lo real y su dinamismo deben ser abordados con una actitud adecuada, que en ningún caso pretenda negarla, y que integre igualmente su complejidad, viendo como compatibles todos sus componentes, y su dinamismo.

La realidad plural de España es aceptada por todos prácticamente. Ni desde los esquemas más ultramontanos del unitarismo español deja de reconocerse, con fórmulas más o menos pintorescas, la realidad diversa de los pueblos de España. Pero desde ese planteamiento, tal variedad se aprecia como un adorno, o un accidente, de la unidad esencial española, como

una entidad superficial, casi folklórica, podríamos decir, que no haría en todo caso más que resaltar el esplendor de lo que tenemos en común, que sería lo verdaderamente importante. Cuántas veces, en cuántas ocasiones, hemos escuchado retóricas exaltaciones de las literaturas o de las lenguas llamadas regionales, pongamos por caso, como apéndices o curiosas peculiaridades de una realidad cultural española -de fundamento castellano- supuestamente sustantiva y a la que aquellas otras se considera subordinadas. Y además, ante esas identidades culturales que se ven como secundarias o subordinadas, se manifiestan a continuación suspicacias contumaces cuando de ellas se quiere hacer un uso normal en todos los ámbitos de la vida y la actividad pública.

Por eso el acuerdo y mandato constitucional relativo a la defensa de la identidad cultural y política de los pueblos de España, o, por decirlo de un modo más amplio, la estructuración autonómica de España, me parece uno de los aciertos más importantes de nuestros constituyentes. Y también, por eso, porque responde a una realidad, y además una realidad que juzgo positiva, por cuanto realmente -no retóricamente- nos enriquece a todos, es por lo que desde los presupuestos de moderación y equilibrio, no es posible una actitud que no sea de apoyo y potenciación para esas culturas, lejos de los que sienten nostalgia de un integrismo uniformante o de los que propugnan particularismos que consideramos excesivos. Así, por ejemplo, por muy conflictiva o problemática que pueda parecer a muchos la pluralidad cultural de España, en absoluto se puede mirar con nostalgia o como un proyecto de futuro una España culturalmente uniforme, monolingüe, por ejemplo, ya que esta aproximación sería una pérdida irreparable. Expresado positivamente, hay que afirmar que unas lenguas vasca, catalana, gallega o valenciana, pujantes, vigorosas y confirmadoras del sentir de cada una de las Comunidades que la hablan en el marco de un proyecto común abierto y de conjunto, constituye un proyecto a potenciar permanentemente.

Justamente ahora, cuando parece que se ven cumplidos los techos competenciales, el nacionalismo radical da un paso más en la escalada de sus reivindicaciones y plantea en su dimensión constitutiva lo que llaman “la cuestión nacional”, que se concreta en la reivindicación del derecho de autodeterminación y de la soberanía, en ocasiones, denominada cosoberanía. Y es también ahora, cuando se empiezan a oír las voces que recuerdan, reivindican o reclaman la condición de España como nación. No es casualidad. En cierto modo es lógico que así sea, como reacción natural ante lo que se toma como un exceso de los nacionalismos. La Constitución en esto no ofrece lugar a dudas, es cierto, pero precisamente los nacionalistas propugnan su reforma.

Bien; la cuestión nacional encierra un debate sumamente complejo y, a veces, extremadamente sutil. Viendo las cosas como son, o sea, como están hoy por hoy, no caben desde luego dudas, por razones históricas, jurídicas, sociológicas, etc., de que el sujeto soberano es el conjunto del pueblo español. Otra cosa es que haya un proyecto nacionalista para que esto no sea así, pero, hoy por hoy, no deja de ser un proyecto.

Desde el actual modelo autonómico, se debe afirmar la condición plural de la realidad española, incluso y sobre todo desde la identidad gallega, vasca, catalana, andaluza, o cualquier otra de las que integran España. Constitucionalmente es incontestable, pero es necesario hacer de la propuesta jurídica algo real. Es necesario reiterar que la afirmación de la identidad particular de las comunidades de España, en absoluto tiene que suponer la negación de la realidad integradora de España, como los nacionalistas –unos con violencia, otros intelectualmente, no con acierto a mi juicio– constantemente afirman. Y también parece menester repetir, por lo tanto, que la afirmación de España no puede ser ocasión para menoscabo alguno de la identidad particular.

La obligación de las instancias públicas de preservar y promover la cultura de las nacionalidades y regiones no es una concesión graciosa del Estado, sino un reconocimiento constitucional, es decir, constitutivo de nuestro régimen democrático. Por tanto los poderes públicos no deben ser indiferentes ante los hechos culturales diferenciales. Pero igualmente la interpretación de esa obligación debe hacerse tomando en consideración un bien superior que a mi entender fundamenta la construcción constitucional de una España plural, que no es otro que el de la libertad. Sólo en una España de libertades cabe una España plural. Pero las libertades son ante todo libertades individuales, de cada uno. Cualquier otra libertad será una libertad formal, o abstracta. Por eso la promoción de la cultura particular no podemos interpretarla sino como la creación de condiciones favorables para que los ciudadanos, libremente, la desarrollem, nunca como una imposición, ni como un proceso de incapacitación para el uso libre de los medios que cada uno considere oportunos para su expresión.

La solidaridad es otro principio central en la interpretación de la realidad plural de España. Pienso que nadie está legitimado en España para hablar de deuda histórica, porque todos somos deudores de todos, de ahí la pertinencia de España como proyecto histórico de convivencia, que a todos enriquece. Pero hoy, la solidaridad real exige justamente de los más ricos el allegamiento de recursos para atender a las personas y territorios más deficientes en medios, servicios y posibilidades. Sin embargo este planteamiento no puede hacerse con la pretensión de establecer un régimen permanente de economías subsidiadas. La solidaridad es también una exigencia para el que podríamos considerar beneficiado de ella, pues en su virtud le es exigible un esfuerzo mayor para superar su situación de atraso, asumiendo, desde luego, las limitaciones de sus posibilidades reales.

Esta concepción de la realidad española no es nueva, podrá decirse. Efectivamente, nadie podría pretenderlo. Pero se trata

de que la sociedad haga una asunción real de su significado. Desde el espacio del centro, lo que se mira es al individuo, en todas las dimensiones de su realidad personal, se afirma el papel de centralidad de la gente, de los individuos reales. Desde ese presupuesto se impulsa y promociona la identidad de cada uno, sin imposiciones ni exclusivismos. Es verdad que buena parte de la desestructuración cultural que hoy parecen sufrir las sociedades que presentan rasgos culturales más diferenciados se debe a la presión uniformadora del Estado centralista, que en demasiadas ocasiones se ha ejercido incluso con violencia. Pero no es menos cierto que esas mismas entidades han sufrido el acoso general que en todas las partes del mundo sufren las culturas minoritarias, o incluso las culturas mayoritarias en determinados ámbitos. Pensemos, por ejemplo, las “agresiones” que sufren ciertos aspectos de la cultura hispánica por parte de la anglosajona. Pero no es menos cierto que por otra parte, en el mismo seno de esas sociedades con una cultura diferenciada, algunos no han hecho otra cosa que aprovechar las mejores oportunidades que se ofrecían con la integración en ámbitos de intercambio más extensos y protegidos.

Además, el compromiso con los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, exige también una actitud de moderación y de equilibrio. Se trata de evitar las disyuntivas absolutas y traumáticas que pretenden, sean de un signo o de otro, hacer depender la propia identidad personal y colectiva de una opción política extrema, en este caso la que afecta ni más ni menos que a la soberanía. En los inicios del siglo XXI, en una España plural, solidaria y de libertades, en una perspectiva histórica que parece anunciar situaciones inéditas hasta ahora en el discurrir de la humanidad sobre el planeta, afirmo que no es de la soberanía de lo que depende la pervivencia cultural y política de ningún grupo, ni de ninguna colectividad, y que el camino de futuro, en una sociedad globalizada, abierta, multicultural, sólo podrá recorrerse haciendo reales los procesos de integración que se basen en el respeto a la identidad y a la diversidad individual

y colectiva. España abrió en 1978, con su Pacto Constitucional, un proceso que puede indicar el camino de semejante integración, camino que sólo podrá hacerse superando el particularismo nacionalista y el imperialismo nacional. La resistencia mostrenca del segundo parece haberse superado, la del primero es aún asignatura pendiente. Europa, con otras condiciones iniciales y en otras dimensiones, ha emprendido también un difícil camino de integración, que sólo podrá ver el éxito apoyándose en estos mismos presupuestos a que hemos aludido. Desde el espacio político de centro, esté quien esté en él, se puede contribuir muy eficazmente a esa tarea.

Las fórmulas que conjuguen, en el juego político, de manera equilibrada, integración y peculiaridad diferencial, pueden ser muy diversas, y consecuentemente, desde una posición de centro, cualquiera de ellas es aceptable. Ahora bien, la que de hecho tenemos, la que a nosotros mismos nos hemos dado, es perfectamente válida para conjugarlas, y además nos parece la más adecuada precisamente por ser la que tenemos. Cabe, es cierto, el ejercicio intelectual y dialéctico de plantearnos otras fórmulas constitucionales, y cabe también la estrategia política de formularlas. Pero unos y otra no dejan de ser juegos, en uno o en otro sentido, juegos políticos, intelectuales o verbales. Porque de hecho, lo que tenemos –y esto es ser realista– es “esta” constitución de 1978, de la que el 6 de diciembre próximo se cumplirán treinta años.

Cierto que ya resuena la cantinela de que esto es sacralizar la Constitución. No, en absoluto. La Constitución no es sagrada. Pero es el Pacto en el que se sustenta la vida y el ejercicio político de los españoles. Es el Pacto de todos, no es cualquier cosa. Si se quiere cambiar, y disponemos de los acuerdos necesarios, se puede modificar. El problema es que a día de hoy, y sobre todo en los últimos años, se ha pretendido subvertir el orden constitucional al margen de los procedimientos establecidos para su reforma acudiendo a las más peculiares formas de uso alternativo del Derecho. Si se quiere cambiar

el régimen, que se proponga por los mecanismos establecidos. Ahora bien, evitar la reforma institucional para reformar por la puerta deatrás aspectos medulares del sistema constitucional es una operación que no es muy difícil de calificar.

Como alguien ha señalado, sería una soberana frivolidad política que de cuando en cuando hubiésemos de plantearnos, desde el principio, las bases de nuestra convivencia política. Y más cuando las que ahora tenemos han demostrado sus virtualidades y, a lo que parece, no las han agotado. Lo que es de todo punto inadmisible es el razonamiento que algunos hacen: como la Constitución se puede cambiar –no es sagrada– cambiémosla. El problema es que no satisface a los nacionalistas. Bien, pero ese motivo no basta tampoco para cambiarla.

CONCLUSIONES

Desde el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, donde se propugnan marcos de integración cada vez más amplios, con un respeto absoluto a las peculiaridades diferenciales en tanto en cuanto no son concebidas como barreras, y por tanto obstáculos para aquella integración de la que nuestras sociedades tantos beneficios pueden obtener, debe buscarse una solución a la reivindicación nacionalista: la callada no puede ser la respuesta. Y escribo que lo que nos diferencia de ellos es que la afirmación de la identidad propia no nos cierra celosamente sobre nosotros mismos, sino que desde esa identidad es desde donde tomamos conciencia de España, y es en ella, desde su peculiaridad y con todo lo que representa, como nos sumamos ilusionadamente a este proyecto colectivo de alcance que llamamos España. Entiendo que este es uno de los grandes retos a que nos enfrentamos. Considero que si no se produce con un impacto social notable una integración de esta clase la sociedad española estará abocada a una fractura política difícilmente subsanable.

Cataluña debe ser plenamente Cataluña, y no necesita debilitar su integración en España para lograrlo. El País Vasco ha de ser plenamente lo que es, no podría ser de otro modo, pero tal cosa no significa que deba producirse una “euscalduñación” obligada de quienes allí residen, antes bien debe tal proceso –si fuese pertinente– formularse como un proyecto ilusionante, abierto, y ante todo libre, sin que incorporarse a él tenga que significar necesariamente la aceptación de un criterio político único, el nacionalista. La potenciación de la propia cultura, obligada por nuestra Constitución, no puede interpretarse, ni por unos ni por otros, como un corsé que ahogue las libertades políticas. Al final la cuestión de la pluralidad de España se reconduce a la cuestión central de nuestra libertad, a que cada Comunidad Autónoma sea lo que es y como es, o la quieran hacer quienes allí viven.

Sólo desde el supuesto, repito, de la libertad y de la solidaridad es posible construir una España plural. O, expresándolo tal vez mejor, la realidad plural de España sólo puede ser aceptada y afirmada auténticamente desde el fundamento irrenunciable de la libertad y la solidaridad.

Nuestro proceso constituyente, que –inseparablemente unido al proceso que se ha llamado la Transición española– despierta la admiración de la opinión pública en el mundo entero –y no es ocioso recordarlo–, pretendió la promoción de los principios y valores democráticos, por tan largo tiempo preteridos en España, y junto con ellos, o por ello mismo, se propuso la superación tanto del nacionalismo español, del que el régimen franquista hizo bandera, como los nacionalismos particulares que perseguían mediante la independencia la ruptura de la convivencia española.

En el planteamiento nacionalista radical se trata ahora de socavar tal concepción, de ahí que la condición nacional de España se niegue reiteradamente por parte de los nacionalistas. Y desde su perspectiva hay que decir que tienen razón,

es decir, España no es una nación en el sentido en que para los nacionalistas gallegos, vascos o catalanes lo es Galicia, Euzkadi o Cataluña: la homogeneidad cultural o lingüística que supuestamente presentan esos territorios no se encuentra en España. Pero sucede que el concepto de nación que los nacionalistas particularistas aplican a sus comunidades respectivas no es real. No existe una identidad cultural o lingüística única u homogénea en los respectivos territorios; no existe un territorio “nacional” sobre el que se haga la reivindicación política de modo definitivo y completo; no existe una realidad histórica que justifique la reivindicación nacional de modo incontestable. De ahí que se pueda afirmar, sin temor a error, que la reivindicación nacional que se hace por las partes tiene su fundamento principal en el objetivo político nacionalista, en la voluntad de los nacionalistas, lo cual –debemos reseñarlo– es enteramente legítimo, pero sitúa el planteamiento nacionalista en sus coordenadas verdaderas.

Es cierto, y no es posible negarlo sin faltar a la verdad, que existe un hecho diferencial de alcance a veces profundísimo. Pero tan exagerado y erróneo como negarlo es maximizarlo hasta convertirlo en un hecho universal homogéneo en el propio territorio, como los nacionalistas pretenden. De tal forma que la condición de vasco, gallego, o catalán no sería derivada de la propia sujeción al estatuto, como actualmente sucede, sino, en el supuesto del cumplimiento de las aspiraciones nacionalistas, sería derivada de la identificación con el proyecto nacional que los propios nacionalistas propugnan, con el detimento y menoscabo que tal formulación conlleva para las libertades personales, mediatizadas, se quiera o no –en el nacionalismo– por la afirmación, previa a toda consideración política, de la realidad nacional particular propia.

Quienes reafirman su voluntad de apoyo a la España constitucional defienden la Constitución por ser soporte y refrendo de la confluencia democrática de la plural riqueza de la ciudadanía española. Ese todo social, ese conjunto cuya realidad se

afirma cada vez que se habla de España ese todo social, digo, es reafirmado en su conjunto –no como un simple agregado– por quienes sostienen la validez y las virtualidades de la realidad histórica denominada España.

Por eso, la visión constitutivamente plural de la nación española, integrada por nacionalidades y regiones, implica ciertamente reconocer un relieve político a la variedad territorial, el reconocimiento de una complejidad territorial con una indudable relevancia política. Pero este pluralismo político-territorial no pone en cuestión el espacio político común. Porque la clave constitucional está en la rotunda afirmación de ambos –pluralismo político territorial y espacio político común– frente a las expresiones del pensamiento único, estático y cerrado, sea en clave de uniformidad o de disgregación.

La Constitución consagra un modelo nuevo de Estado, inédito en nuestra historia constitucional, que se caracteriza primariamente más que por la distribución territorial del poder, por la afirmación rotunda de la libertad, la participación y el pluralismo, y la convivencia y la solidaridad, como valores superiores sobre los que articular el edificio constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- E. GARCÍA DE ENTERRÍA, La significación de las libertades públicas para el Derecho Administrativo Español, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Complutense de Madrid, 1981.
- E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Autonomías Territoriales*, Madrid, 1985.
- F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español*, Pamplona, 1992.
- O. MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, Madrid, 1949.
- J.L. MEILAN GIL, *La Ordenación jurídica de las Autonomías*, Madrid, 1988.

La constitución española de 1978 y el modelo territorial
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

J. RODRIGUEZ-ARANA, *El marco constitucional de los Entes territoriales en España*, Caracas, 2005.

LA RESPUESTA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 AL SISTEMA UNIFICADOR DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN PRESENTE EN LAS CONSTITUCIONES ANTERIORES

Hildegard Rondón de Sansó
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

*Resumen: El presente estudio consideró prioritario precisar el alcance de la noción **figura subjetiva**, para conceptualizar mejor a la Administración Pública –que es su objeto fundamental-. Una vez deslindada la esencia y la tipología de las figuras subjetivas, el trabajo, busca a lo largo de las Constituciones fundamentales del proceso histórico venezolano, verificar el tratamiento que las mismas le dieron a la Administración Pública y al Gobierno.*

Palabras clave: Figura Subjetiva, Órganos, Munus y Oficio, Actividad sublegal., Gobierno y Administración, Contencioso Administrativo.

Abstract: The article analyzes the concept of the “subjective figure”, in order to a better definition of the public administration. For that purpose, the article studies the constitutional evolution of the public administration in Venezuela.

Keywords: Subjective figures, Bodies and Entities, administrative actions, Government and Administration, Judicial Review.

Recibido: 27 de octubre de 2017 Aceptado: 20 de noviembre de 2017

SUMARIO

Introducción

- I. Las figuras subjetivas
- II. La Administración Pública como el objeto fundamental del Derecho Administrativo en las diferentes Constituciones
- III. Alusión y regulación de la administración pública en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999
- IV. Normas específicas para los entes territoriales
- V. Oportunidades en que la Constitución alude a la administración pública
- VI. La Administración Pública sometida al control jurisdiccional que la Constitución establece

Conclusión

INTRODUCCIÓN

En este estudio deseo tratar el punto básico de las relaciones entre el Derecho Administrativo y el Constitucional, desarrollando el concepto, la esencia, las funciones y el desarrollo de la Administración Pública que es, por excelencia, el organismo ejecutor del Derecho Administrativo, su objeto más importante e incluso, en muchas oportunidades, el creador de las normas que lo integran. Para realizar el fin que me he propuesto y, presentar una idea global de la Administración, consideré necesario partir de sus estructuras fundamentales y del origen de las mismas.

Cuando se habla de Derecho Administrativo, estamos aludiendo fundamentalmente al derecho regulador de la Administración Pública, en razón de lo cual, es al concepto de dicha entidad, al cual hemos de referirnos para comparar su noción, su actividad y las figuras que la integran con aquellas que derivan del Derecho Constitucional.

Para tener presente la calificación técnica de Administración Pública, hay que partir de la idea básica de “Organización”, esto es, de las estructuras que la conforman, lo cual obliga a determinar las **figuras subjetivas** que operan dentro del ámbito de su actuación y, fue a ellas a las que dedicamos los párrafos que siguen.

I. LAS FIGURAS SUBJETIVAS

La organización, vista en su aspecto objetivo, tiene como elemento primario a lo que se denomina “órgano”, de lo cual deriva en cierto sentido su propio nombre y noción, si en un intento de simplificación, se la quiere definir como al conjunto de órganos estructurados para la realización de los intereses de un grupo humano gestor de su propia entidad. La anterior constatación nos conduce necesariamente a la determinación de lo que se entiende por órgano, al cual hay que ubicarlo dentro de un concepto genérico, que lo defina en su totalidad. Este concepto está en una noción que los administrativistas modernos han divulgado, la noción de las **figuras subjetivas**, también denominadas “**formas subjetivas**”, “**entidades subjetivas**”, o incluso, con el nombre más complejo de “**situación unificada con imputación de relaciones jurídicas**”¹. Va a ser en consecuencia, el concepto de figura subjetiva, el género del cual el órgano va a constituir una de sus especies.

La figura subjetiva implica cualquier entidad material o inmaterial relevante para un ordenamiento jurídico. De allí que la persona física sea en los ordenamientos modernos, donde no pierde nunca su subjetividad, al igual que la persona jurídica, una figura subjetiva: pero al lado de estos entes que constituyen centros autónomos de imputación, hay entidades que carecen de tal cualidad, encontrándose entre ellos, en los ordenamientos organizativos, a los “órganos” y a los “oficios”.

1 Nuova Enciclopedia Universale Curcio IV en la voz “figure” y “figure discorse”.

1. El “oficio”

La inclusión de un nuevo elemento, el “oficio”, obliga a una inmediata explicación sobre su alcance y, asimismo, a su confrontación con la noción del órgano; pero antes de proceder a satisfacer esos dos requerimientos, es necesario precisar, previamente, la razón por la cual hemos empleado el término “oficio”.

La doctrina italiana utiliza el término para referirse al complejo ámbito de las competencias. En nuestro lenguaje, la traducción de dicho vocablo sería la de “oficio público”, expresión ésta que, como lo expresa certeramente Cabanellas, es una denominación muy poca usada para referirse a los empleos o cargos públicos². Efectivamente, en la época actual, para los pueblos de habla hispana, la expresión perdió el significado que se expresó, aludiendo el término “oficio”, sin calificativo, a una ocupación profesional, lo cual lo aleja del concepto organizativo.

Pareciera sin embargo conveniente, revitalizar la expresión y darle un sentido análogo al que tuvo en sus orígenes, el cual deriva de su etimología latina “*officium*” que implicaba una función que se debe cumplir (*officium suum facere*). El único término de uso actual que podría tener un sentido equivalente es el de “cargo” o la expresión “cargo público”, lo cual alude, en el lenguaje de la Administración de Personal, a los deberes y atribuciones asignados a una persona física para su ejercicio, sin embargo el **cargo**, a pesar de que es ejercido por sujetos dotados de entidad jurídica, alude solo a la forma organizativa; nunca al sujeto que lo ejerce. Por otra parte, en la práctica administrativa, que ha sido llevada a su inclusión en algunas normas, se emplea un término que se acerca al significado del “oficio público”, es la palabra “despacho”, que es utilizada para designar a ciertos núcleos organizativos, sobre todo los que tie-

² Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, Voz “oficio”.

nen una importancia relevante. Así se habla de “despacho” del Ministro, expresión bajo la cual se comprende al conjunto de los cargos que se encuentran directamente adscritos al servicio de la función de un alto órgano ministerial.

2. Oficio en sentido subjetivo: el “*munus*”

Planteadas las premisas que anteceden, ya podemos entrar de lleno al análisis conceptual de las dos figuras subjetivas inicialmente enunciadas: oficio y órgano. La primera constatación que surge es que el tema ha sido objeto de amplios estudios en la doctrina, la cual, sin embargo, no se muestra unánime sobre las respectivas calificaciones. Una de las tesis de mayor influencia en la formación ius publicista moderna es la de M.S. Giannini³.

Para este autor, si bien en el lenguaje actual el término oficio alude a la organización burocrática y se identifica con tal noción, no puede dejar de reconocerse que el mismo posee dos significados jurídicos que tienen trascendencia histórica, es decir, que son términos antiguos pero que están en vigencia en el vocabulario técnico de nuestra disciplina.

El primero de los significados expuestos es el de “*oficio en sentido subjetivo*” o “*munus*”, el cual alude a un sujeto que, en base a las normas del ordenamiento, recibe la tarea de cuidar intereses ajenos. Este sujeto puede ser tanto una persona física como una persona jurídica. El titular del *munus* tiene potestades, por cuanto posee poderes y derechos de actuar, así como deberes de hacerlo, caracterizándose su actuación por ser ajena al interés tutelado por el mismo. El segundo significado del oficio es el de “*oficio en sentido objetivo*” u “*officium*”, el cual, a diferencia del “*munus*”, es tutor del interés del ente del cual forma parte, no de un interés que le es ajeno. El **officium** es

3 Giannini, M.S., *Diritto Amministrativo*, Tomo I, Giufré, Milán, 1970, pp. 132 y siguientes.

el medio de actuación de los entes carentes de personalidad jurídica, esto es, de los entes de hecho.

3. El órgano

Por lo que respecta al órgano, para la tesis de Giannini⁴, se presenta como una figura vinculada al ente dotado de personalidad jurídica y constituye para la misma un “oficio” (en sentido objetivo), que se caracteriza porque está calificado por una norma como idóneo para expresar la voluntad de dicho ente. La persona jurídica puede tener muchos oficios, pero sólo algunos tienen la aptitud jurídica para dictar actos jurídicos, esto es, para manifestar hacia el exterior la voluntad del ente. Estos oficios especialmente calificados, son los órganos.

De allí que, precisando los conceptos debemos considerar que el *munus* sea la figura subjetiva que tiene como tarea, en virtud de una disposición expresa del ordenamiento, la tutela en un interés ajeno. El *oficio* es el tutor del interés de la organización en la cual actúa que es carente de personalidad jurídica. El *órgano* es el medio de expresión de la voluntad del ente dotado de personalidad jurídica.

En el mismo sentido que la tesis de Giannini que hemos expuesto, se plantea, la tesis de Sandulli⁵, quien, le da una calificación más compleja a la noción de órgano, considerándola como una especie del género oficio, ya que constituye el oficio “*cuya acción tiene relevancia en las relaciones externas*”, no siendo, sin embargo, por ello, simplemente, un oficio externo, esto es, de los que tienen competencia para entrar en contacto con terceros; sino que, órganos son también los oficios internos, siempre y cuando puedan dictar actos relevantes frente a los terceros. Los oficios internos quedarán limitados a la categoría de aquellos cuya acción carece de relevancia externa, estando

4 Giannini, M.S., *Diritto Amministrativo*, cit., 150

5 Sandulli, Aldo, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Eugenio Jovene. Nápoles, 1960, pp. 118 y ss.

simplemente pre-ordenada dicha acción a obtener la mejor organización y el mejor funcionamiento del ente.

De allí que, para Sandulli, **la noción esencial sea la del oficio, el cual, se presenta como un complejo de agentes y de elementos materiales que constituyen o forman parte del ente y, son el centro de los intereses particulares que conforman la esfera de las atribuciones que le han sido asignadas a su competencia.** Para explicar la figura, este autor recuerda que el ente, que posee una organización compleja, no se manifiesta siempre en el desarrollo de su actividad, sino que se revela, cada vez que es requerido, a través de la parte de su organización, que es solicitada (por materia, territorio o grado). Esta parte del ente que se pone de manifiesto, es el oficio, el cual, respecto a dicha figura subjetiva, no presenta una entidad propia, sino simplemente constituye un elemento de su estructura.

A nuestro entender no puede prescindirse en la Teoría General del Derecho Público y, específicamente, en el campo del Derecho Administrativo, de la realidad fáctica que se analiza. Esta nos revela lo siguiente: en primer lugar existen dentro de la organización del Estado esferas primarias o elementales que están constituidas por el conjunto de deberes, atribuciones y facultades que se asignan a un solo sujeto-persona física, para que las desempeñe, denominándose a estas circunscripciones de actuación específica, con el nombre de “*cargo*”, en el lenguaje derivado de la Ciencia de la Administración, recogida por el legislador, y de uso en la expresión común. Ahora bien, el conjunto de cargos que tienen en común el desarrollo de una parcela de la competencia atribuida a una determinada organización, en forma tal que todos y cada uno de ellos colaboran a su cumplimiento, constituye el *oficio*.

El oficio es, en consecuencia, la agrupación de cargos que se encuentran vinculados para la realización de una competencia común. En una dirección ministerial, la unidad más pequeña, el cargo, será la asignación de atribuciones y deberes que se

hace a una persona física. Existirá así el cargo de mecanógrafa, el de recepcionista, el de asesor del Director; el de Director; el de portero. El conjunto de estos cargos destinados a conformar la dirección ministerial, constituye el oficio. El oficio no es por ello sino la suma de los cargos que han sido agrupados para cumplir una determinada esfera de competencias.

El órgano va a tener una distinta connotación, ya que va a ser el núcleo organizativo al cual se le considera idóneo para manifestar la voluntad de la persona jurídica de la cual forma parte. Las figuras anteriormente analizadas: los cargos y los oficios, **no tienen otro valor que el de estructuras materiales, en cuanto que el órgano es una noción esencialmente jurídica.**

4. Naturaleza del órgano. Tesis explicativas

Uno de los puntos fundamentales de discusión sobre la noción de órgano es el de la determinación de cuál es su contenido exacto, esto es, si el mismo constituye un elemento subjetivo; o si, por el contrario, es de naturaleza objetiva o, finalmente, si está integrado por ambos elementos.

A. Tesis del órgano–persona

Al respecto, la posición originalmente mantenida para calificar al órgano, considera que está constituido por la persona física adscrita al oficio que actúa por el ente, realizando la actividad que le es imputable en forma tal que, al actuar, expresa la voluntad de dicho ente. La anterior posición a la cual se denomina como **tesis del “órgano persona”**, ha sido objeto de muchas objeciones. En primer lugar se señala que el órgano no puede ser la persona física titular de la esfera de competencia, por cuanto no siempre tal titular es una persona física. En efecto, la titularidad puede ser de un colegio, esto es, de un conjunto de personas físicas; igualmente puede corresponder dicha titularidad a una persona jurídica y es previsible

también que la misma corresponda al órgano de otro ente. Por otra parte, el órgano puede estar “vacante” por carecen temporalmente de titular, o bien tener uno que sea irregular.

B. Tesis del órgano-oficio

La posición objetiva o tesis del “órgano oficio”, señala por su parte, que el órgano se identifica con el oficio, considerando como una abstracta esfera de competencias. A dichas tesis se le formula como crítica fundamental que se limita a identificar al órgano con la competencia, olvidando que, en tal forma, se contradice la razón por la cual la figura subjetiva ha sido utilizada en el campo del Derecho, que no es otra que la necesidad de suprir la falta de una voluntad humana planteada en las personas jurídicas. En efecto, si el órgano se identifica con la abstracta esfera de competencias habrá que buscar a su vez a la persona física que sea idónea para manifestar la voluntad del ente y encontrar nuevamente una justificación jurídica a la circunstancia de que tal voluntad puede ser imputada, ya que, justamente, con la figura del órgano, lo que se trata de explicar es dicha relación. Sin embargo, los partidarios de la tesis del órgano-oficio consideran que las críticas son superables si se atiende a la circunstancia de que, solamente, en el elemento objetivo, se dan las características que son propias del órgano, a saber: la continuidad y la permanencia.

C. Tesis sincrética. Determinación del elemento permanente

Para superar la antinomia que plantean las tesis antes expuestas, surge una posición sincrética que considera que existen dos elementos fundamentales en el órgano: uno permanente e inmutable y otro, transitorio, constituido indudablemente, éste último, por sujetos personas físicas a quienes les corresponde en un determinado momento, la titularidad de la figura subjetiva. Ahora bien, la pregunta que la doctrina trata de responder ha sido en qué consiste el otro elemento, esto es, el estable, el que le otorga entidad duradera en el tiempo. Una

serie de teorías han sido desarrolladas para responder a este interrogante. Gasparri⁶ considera al efecto, que las más resaltantes son: la Teoría de la *“Corporation Sole”* del derecho inglés; la Teoría de Hauriou, a la cual denomina de la *“situación établie”*; la teoría organicista: la teoría del órgano institución y la teoría del órgano como titular del oficio. Sintéticamente expuestas, estas tesis tienen el siguiente alcance:

La Teoría de la *“Corporation Sole”* que, como se indicó, nace en el derecho inglés, parte de la consideración de que cada categoría de altos magistrados forman una serie que se sub sigue en el tiempo (así los reyes, los jueces, etc.), lo cual llega a constituir una persona jurídica distinta de sus particulares componentes. El rey muere, pero, la corporación como tal, integrada por toda la serie de reyes, sobrevive, justamente porque es una corporación. Gasparri, sin embargo, le objeta a esta tesis que, aun cuando a primera vista tenga cierto poder de convicción, su admisión se enfrenta con una serie de obstáculos, tales como el hecho de que se trata de un extraño tipo de corporación, ya que, sólo puede estar constituida por una sola persona a la vez, razón ésta de la cual deriva su apelativo *“corporation sole”*. Igualmente le objeta la circunstancia de que no puede concebirse cómo un mismo hombre pueda ser contemporáneamente portador de dos distintas personalidades jurídicas: una que le pertenece como particular y que muere con su propia existencia física y, otra, que le pertenece como corporación, la cual no puede estar integrada, incluso *“pro tempore”*, sino por él mismo, ya que, una colectividad de hombres coexistentes, puede ser configurada como portadora de una personalidad distinta de la de sus miembros, siempre que, en su ámbito, rija una organización; pero no es posible su existencia, cuando se trata de hombres que se suceden uno al otro y que, por definición, no pueden co-existir.

6 Gasparri, Pietro, *“Corsi di Diritto Amministrativo”*, VI, I. (*Teoría della organizzazione amministrativa*), Boloña, 1953, pp. 178 y ss.

Finalmente, se observa que esta tesis solo puede prosperar en un tipo de ordenamiento como el inglés, en el cual el Estado carece de una propia personalidad intrínseca, no así en los Estados del régimen continental, que sí la poseen.

La Teoría de Hauriou⁷, a la cual Gasparri denomina de la “*situación établié*”, considera como elemento de continuidad del órgano, no a una entidad subjetiva, sino a una entidad objetiva. En esta tesis los órganos serían los hombres que se encuentran y, en la medida en que lo estén, en posesión de ciertas “*situaciones establecidas*”, las cuales serían jurídicamente configurables como “*cosas dotadas de cierta actividad*”, sobre las cuales podrían recaer verdaderos derechos reales, siendo posible su pasaje de la esfera jurídica de un sujeto a la de otro.

Al efecto señala Hauriou:

*“Un organismo social, interpretado como una institución integrada por situaciones establecidas, que se transforman en jurídicas por la consagración del derecho estatutario, está cerca de una cosa o de un conjunto de cosas... Desde el punto de vista de la institución, el Estado es realmente una cosa, la cosa pública, todas las situaciones establecidas en el interior del Estado, las funciones, las profesiones, las empresas creadas, los dominios constituidos son igualmente cosas; sobre estas cosas variables, los individuos tienen seguramente derechos de posesión o de goce o de propiedad, esto es, diversos tipos de derechos reales”*⁸.

A esta teoría, Gasparri le refuta que no aparece en forma alguna con claridad qué es lo que son estas “*situaciones establecidas*”, ya que, bajo tal denominación quedan comprendidos meros estados de hecho, así como situaciones jurídicas, en forma tal que, el concepto conexo con la misma viene a resultar vago y genérico. Igualmente le objeta que, resulta difícil incorporar la noción de situación, esto es, de una relación de

7 Hauriou, M., *Principes de droit public*, París, 1910, p. 167, citado por Gaspari, *Pietro Corso di Diritto Amministrativo*, Tomo I, cit. 180.

8 Hauriou, M., *Principes de droit public*, cit.

un ente con otro, a la noción de “cosa”, sin que ésta última se transforme en una idea nebulosa. Finalmente, señala en contra de la tesis de Hauriou que, hablar de un derecho real de un funcionario sobre el cargo, acarrea consecuencias muy graves, a menos que al concepto mismo de derecho real no se le atribuyan otras connotaciones, lo cual lo transformaría igualmente en algo genérico e impreciso.

La teoría organicista, de acuerdo con la exposición que hemos seguido hasta ahora, recurre a fórmulas que son, en el decir de Gasparri entre “naturalistas y místicas”, ya que el órgano se identifica con el ente al cual pertenece, por cuanto es una parte del mismo. Tiene esta tesis su fundamento en la concepción del Estado y de las sociedades humanas en general, como organismos biológicos de grado superior, criterio este antropomorfista que parte de la tesis de Gierke sobre la personalidad jurídica, ya que, dicha posición considera que las personas jurídicas son entidades realmente vivas, existentes en la realidad, dotadas de una existencia propia, e incluso, de una propia psíquis que, se personifican en los sujetos, personas físicas, a través de las cuales se manifiesta su voluntad. Gasparri considera que, si bien en el campo sociológico la teoría tiene valor para entender la conducta de los grupos humanos, constituye una renuncia a dar una explicación jurídica de las relaciones existentes entre los órganos y entre éstos y los entes. La juridicidad de estos vínculos no puede, señala el autor citado, ser desconocida, ya que su naturaleza es análoga a la existente en las relaciones subjetivas.

La teoría del órgano como institución tiene su punto de partida y su apoyo en el institucionalismo, para el cual, la realidad jurídica se identifica con el concepto de institución, que es un fenómeno organizativo. Una norma, de acuerdo con esta tesis es jurídica, por el hecho de emanar de una institución. El órgano es para la misma, igualmente, una institución que forma parte de una más amplia, constituida por el Estado. En el órgano se reduce a unidad un conjunto de elementos diver-

sos: un complejo de competencias jurídicas; las personas que, por turno, son investidas de tales competencias; los medios materiales necesarios para su actividad e incluso, los actos y los documentos en los cuales la misma se exterioriza. Gasparri critica esta tesis por considerar que, en ella, no se señala en qué medida cada uno de los elementos forma parte del órgano; pero aún más, la considera objetable cuando la misma indica que los órganos se encuentran con relación a la persona jurídica de la cual forman parte “consustanciados” orgánicamente con ella, ya que, afirma, en tal posición aflora la concepción organicista que, como se vió, es para el mismo inaceptable.

Ahora bien, Gasparri no encuentra, a nuestro juicio una solución al problema teórico planteado, pues se aferra a una posición más elemental, la tesis del órgano como elemento subjetivo. En efecto, para este autor el órgano es “*un hombre que se considera como tal hasta tanto sea el titular de un determinado oficio*”⁹. En efecto, esta noción que el autor acepta del órgano, en su obra “*Corso de Diritto Amministrativo*”¹⁰, como conclusión de sus pesquisas en el campo de las teorías que tratan de explicar en qué consiste el elemento inmutable de la concepción del órgano, la repite en su estudio sobre la “*Competencia Administrativa*”, en la “voz” correspondiente de la “*Enciclopedia del Derecho*”¹¹, señalando que el órgano está constituido por la serie de personas que, sucesivamente, están considerados como titulares de un determinado oficio, tomadas en calidad de tales, esto es, abstrayendo sus individualidades psico-físicas, siendo el oficio en sentido amplio, la competencia que se otorga para realizar por cuenta de terceros, determinado acto, o un cierto número de actos, o bien, en la competencia para realizar una serie infinita de actos pertenecientes a un tipo determinado, pudiendo así intervenir en una forma específica, cada vez que se verifiquen circunstancias predeterminadas.

9 Gasparri, Pietro, “Competencia amministrativa”, en *Enciclopedia de Diritto*, Volumen VIII, p. 35.

10 Gasparri, Pietro, *Corso di Diritto Amministrativo*, cit.

11 Gasparri, Pietro, “Competencia amministrativa”, cit.

La falta de acuerdo respecto al exacto contenido de la noción del órgano, deriva de la naturaleza esencialmente abstracta que posee, lo cual se presta a todo tipo de especulaciones; pero los que analizan el concepto están de acuerdo con conferirle al órgano la característica de un centro de atribuciones, al cual el ordenamiento jurídico le otorga una potestad de actuación que ha de ser puesta en acto en definitiva por una voluntad humana. De lo anterior se deduce que el órgano requerirá para su formación de la coexistencia de varios elementos: En primer lugar, de la atribución expresa de una esfera de actuación perfectamente delimitada (competencia); de la voluntad de los sujetos-personas físicas que ejercen dichas competencias (agentes o titulares) y, finalmente, de los medios necesarios para su actuación, entre los cuales figura la existencia de uno o varios oficios que le sirvan de sustento material.

D. Proposición derivada de los conceptos expresados

Consideramos útil un análisis de las conceptuaciones más importantes de Venezuela en la materia relativa a la Administración Pública y a las figuras administrativas en general. Al efecto, sería necesario enunciar los conceptos en la siguiente forma:

- 1) La Administración Pública como el objeto fundamental del Derecho Administrativo;
- 2) La Administración Pública en el régimen establecido por las Constituciones fundamentales que nos han regido a lo largo de la historia de la materia;
- 3) Elementos fundamentales de la Administración Pública en el lenguaje constituyente: los entes públicos territoriales; la administración en el Poder Ejecutivo, el régimen de los funcionarios al servicio de las administraciones públicas; las responsabilidades del Estado derivadas de la actuación administrativa.

- 4) El control de los actos administrativos en el texto de la Constitución.

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO EL OBJETO FUNDAMENTAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LAS DIFERENTES CONSTITUCIONES.

Por cuanto el tema escogido para las colaboraciones a la Revista Electrónica de Derecho Administrativo es “*Derecho Administrativo y Constitución*”, vamos a comenzar por determinar en qué forma, cualquiera que ella sea, hay en la Constitución actual y en algunas de las anteriores que vamos a analizar, una referencia al Derecho Administrativo. Partamos de la premisa de que el Derecho Administrativo es aquel que regula a la Administración, bien en su estructura organizativa; bien en las relaciones fundamentales que mantiene con los administrados; bien en la normativa que está facultada para dictar por mandato de la Constitución o; bien en el contenido de la actividad que realiza. Como puede verse, son muchos los aspectos en los cuales está el Derecho Administrativo y vamos a buscarlo en el texto vigente y en las constituciones que consideramos paradigmáticas como lo son: la Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811; la Constitución Política de Venezuela de 1819, sancionada por el Congreso de Angostura; la Constitución del Estado de Venezuela de 1830; la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela (Constitución Federal de 1864); la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1936 y su reforma parcial en la Constitución de 1945; la Constitución de 1947; la Constitución de 1961; y la actual Constitución Bolivariana de la República de Venezuela de 1999.

1. Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811

En el Texto Preliminar de la Constitución de 1811 que se denomina Bases del Pacto Federativo que ha de constituir la

Autoridad General de la Confederación, se entiende que dicha Confederación alude a las Provincias que suscribieron dicho pacto federal y que, son al efecto: Margarita, Mérida, Cumaná, Barinas, Barcelona, Trujillo y Caracas.

Este pacto federal que las provincias suscriben alude a las materias que no estuvieren expresamente delegadas a la autoridad general de la Confederación, señalando las que las Provincias Unidas deben atender, mencionando así la competencia de dichas entidades. Estas actividades son las siguientes: 1) las relaciones extranjeras; 2) la defensa común y general de los estados confederados; 3) la conservación de la paz pública contra las conmociones internas o los ataques exteriores; 4) el arreglo del comercio exterior y el de los estados entre sí; 5) el mantenimiento de los ejércitos cuando sean necesarios para mantener la libertad, integridad e independencia de la Nación; 6) la construcción y equipamiento de los bajes de guerra; 7) la celebración de tratados y alianzas con las demás naciones; 8) la declaración de la guerra y el establecimiento de la paz; 9) la imposición de contribuciones para los fines precedentemente expresados y los otros que se refieren a la seguridad, tranquilidad y felicidad común con plena y absoluta autoridad para establecer las normas de la Unión.

2. Constitución Política de Venezuela de 1819 (sancionada por el Congreso de Angostura)

En la Constitución de 1819, el artículo 4 de la misma al enunciar las funciones del Presidente de la República señala que le corresponde la jefatura de la “Administración General de la República” cuyos lineamientos aparecen en el articulado que sigue a continuación, donde se señalan entre otras, las siguientes: 1.- La conservación del orden y tranquilidad; 2.- La celebración de contratos de alianza y comercio; 3.- La promulgación y ejecución de las leyes y decretos. Como puede apreciarse, hemos enunciado sólo las atribuciones esencial-

mente administrativas, excluyendo las típicas de los actos de gobierno.

3. Constitución de 1830 (dictado por el Congreso Constituyente de Valencia)

En esta Constitución se establecen las siguientes atribuciones de la Administración (art. 117): conservar el orden y tranquilidad interior y asegurar el Estado contra todo ataque exterior; cuidar de que las leyes sean promulgadas y ejecutadas; el mando supremo de las fuerzas de mar y tierra para la defensa de la República; dirigir las negociaciones diplomáticas; celebrar tratados de tregua, paz, amistad, alianza ofensiva y defensiva, neutralidad y comercio; conceder retiros y licencias a los militares y otros empleados, según lo determine la ley; expedir patentes de navegación y también de corso y represalias cuando el Congreso lo determine; conceder cartas de naturaleza conforme a la ley; nombrar para todos los empleos civiles, militares y de hacienda en los términos que prescriba la ley; suspender de sus destinos a los empleados en los ramos que dependan del Poder Ejecutivo cuando infrinjan las leyes o sus decretos u órdenes; cuidar de la recaudación e inversiones de las contribuciones y rentas públicas.

4. Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1864

El artículo 72 enumera los siguientes contenidos de la actividad administrativa: Preservar la Nación de todo ataque exterior; cuidar y vigilar la recaudación de las rentas nacionales; administrar los terrenos baldíos conforme a la ley; nombrar para los destinos diplomáticos, consulados generales y cónsules a venezolanos por nacimiento; dirigir las negociaciones y celebrar toda especie de tratados con otras naciones; celebrar los contratos de interés nacional; nombrar los empleados de hacienda; conceder cartas de nacionalidad conforme a la ley; expedir patentes de navegación a los buques nacionales.

5. Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1936

La enunciación de las actividades que se asignan a la Administración son esencialmente las siguientes: Negociar por órgano del ministerio respectivo los empréstitos que decretare el Congreso; hacer cumplir la Constitución y las leyes; decretar la realización del censo de la República; decretar la creación y dotación de nuevos servicios públicos; nombrar los empleados nacionales; administrar las rentas públicas de la nación; dirigir las relaciones diplomáticas; celebrar los contratos de interés nacional permitidos por la Constitución; prohibir la entrada de extranjeros en el territorio nacional o expulsarlos todo ello en los casos previstos en la Constitución y en las leyes; expedir patentes de corso y autorizar represalias; expedir patentes de navegación a los buques nacionales; expedir cartas de nacionalidad; expedir los títulos de adjudicación gratuita, venta o arrendamiento de tierras baldías y los títulos de concesiones mineras.

6. Constitución de 1945

En esta Constitución que es una reforma parcial de la de 1936, se expresa como atribuciones en el orden que analizamos, las siguientes: Negociar los empréstitos que decretare el Congreso; decretar las medidas necesarias para que se haga el censo de la República en la oportunidad legal; nombrar y remover a los empleados nacionales cuya designación no esté atribuida en forma específica a alguna autoridad; administrar las rentas públicas de la Nación; realizar las negociaciones diplomáticas, celebrar previa aprobación del órgano al cual corresponda, los contratos de interés nacional; prohibir la entrada de extranjeros o su expulsión en los casos que la ley señale así como el Derecho Internacional; expedir patentes de corso y autorizar represalias; expedir patentes de navegación a los buques nacionales; expedir cartas de nacionalidad conforme a la ley; expedir los títulos de adjudicación gratuita,

venta o arrendamiento de tierras baldías y los títulos de concesiones mineras.

7. Constitución de 1947

Esta Constitución cuya conformación es reveladora del pluralismo político, señala como funciones administrativas las siguientes: Cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes; adherirse con la aprobación de la Comisión Permanente del Congreso y del Consejo de Ministros a los tratados multilaterales que interesen a la República; negociar con la aprobación del Consejo de Ministros los empréstitos decretados por el Congreso; prohibir la entrada a extranjeros en el territorio nacional o expulsarlos en los casos previstos en la Constitución o en las leyes; celebrar con la aprobación del Consejo de Ministros los contratos de interés nacional; ordenar que sean armados para su defensa los buques mercantes nacionales en caso de necesidad; expedir los títulos de adjudicación gratuita, venta o arrendamiento de tierras baldías y los títulos de concesiones mineras; aplicar las medidas necesarias para el censo de la República.

8. Constitución de 1961

Podemos escuetamente reproducir las funciones administrativas que el texto enuncia así: Hacer cumplir la Constitución y las leyes; adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República; ejecutar las medidas extraordinarias en materia económica y financiera dictadas por el Presidente de la República; administrar la hacienda pública; negociar los empréstitos; celebrar los contratos de interés nacional.

Pasamos ahora a analizar las conceptualizaciones básicas de la Administración Pública en la Constitución vigente.

III. ALUSIÓN Y REGULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA DE 1999

En la vigente Constitución de 1999, el texto en el cual aparece por primera vez en el desarrollo constitucional venezolano, sobre la **Administración Pública**, la cual está en el Título IV, denominado *“Del Poder Público”*. La exposición general del Poder Público es el que establece la distribución entre Poder Municipal; Poder Estadal y el Poder Nacional indicando que cada una de las ramas del Poder Público posee órganos a los cuales están asignadas específicas competencias y señalando que, todos ellos colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado (único aparte del artículo 136).

En el artículo 140 de la Constitución se encuentra la innovadora mención de la Administración Pública. Se trata de una norma que contempla la responsabilidad civil del Estado indicando que el mismo responderá patrimonialmente por los daños que sufren los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, **siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública**. Dicho lo anterior, el articulado se destina a regular los principios rectores de dicha Administración Pública, señalando al efecto los que pasamos a enumerar:

1.- La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos. Este postulado ha sido constantemente objeto de nuestras críticas porque al servicio de los ciudadanos están las autoridades públicas, cuya tarea es el ejercicio de funciones específicas en la rama de la esfera en la cual operan, que será la que estará al “servicio” de los administrados. No puede decirse lo mismo de la Administración Pública que no es otra cosa que el **instrumento** de los poderes públicos. De allí que, no puede atribuirsele estar al servicio de los particulares en forma directa, inmediata y natural, sino que los administrados reciben los beneficios que requieran de los diferentes órganos

administrativos que operan a través de las Administraciones Públicas. No se debe en consecuencia reclamar el servicio, reparación o daño de la Administración, sino de la autoridad a la cual ésta sirve. Con lo anterior queremos recordar que la Administración Pública no está constituida por una serie de órganos puestos a la disposición de los particulares, sino que la prestación que éstos requieren deberá plantearse ante el organismo competente que utilizará los recursos de los cuales dispone, entre ellos de un cuerpo administrativo especializado, al cual le asignará la realización de las tareas o actos en general que los administrados exijan.

Realmente lo chocante de la expresión constitucional es el hecho de que considere que hay una **relación de servicio directa** entre el administrado y la Administración, lo cual no es absolutamente cierto, ya que la Administración no puede ser requerida directamente por los particulares, sino que ella actúa cuando el órgano competente le ordena la prestación del servicio porque ello es su **instrumento** de activación.

La redacción de la norma, -si se quería ser coherente con el principio asentado- debía solo señalar que la Administración Pública está al servicio de los órganos competentes de los cuales la administración depende. De allí que será el órgano competente el que deberá satisfacer el requerimiento de los particulares, por medio de sus **instrumentos** que son las administraciones que están adscritas a su esfera.

2.- La Administración Pública se fundamenta en los principios de: honestidad; participación; celeridad; eficacia; eficiencia; transparencia; rendición de cuenta y responsabilidad en el ejercicio de la función pública.

3.- El ejercicio de la función pública implica la rendición de cuentas y la responsabilidad, con sometimiento pleno a la ley y al derecho. Es en esa sección relativa a la Administración Pública en que aparece la alusión a los institutos autó-

nomos (art. 142) los cuales solo podrán crearse mediante ley. Es decir, no hay posibilidad de crear institutos autónomos ni mediante decretos ni mediante reglamentaciones. Señalada la existencia de los institutos autónomos se les somete en la forma más estricta al control del Estado en la forma en que la ley lo establezca. El artículo 143 contempla el derecho de los ciudadanos de obtener información, por parte de la Administración Pública, en forma oportuna y veraz, del estado de las actuaciones en que estén directamente interesados; así como a conocer las resoluciones definitivas que se adopten. Concluye el precepto señalando que los particulares tienen acceso a los archivos y registros administrativos *“sin perjuicio de los límites aceptados dentro de una sociedad democrática en la materia relativa a la seguridad interior y exterior y a la investigación criminal”*.

No solo en los títulos preliminares de la Constitución se habla de la Administración Pública, sino que una vez trazada la normativa general de esta figura subjetiva, el constituyente pasó a determinar el **régimen de la función pública**.

En la sección que la Constitución reserva para la *“función pública”* en forma expresa se señala que una ley debe regular el estatuto del funcionario, esto es, mediante las normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de la Administración Pública así como sobre su incorporación a la seguridad social.

El artículo 146 constitucional señala que los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera, salvo los de elección popular; los de libre nombramiento y remoción; los contratados y los obreros al servicio de la administración, dejando sin embargo la norma, la posibilidad de que, por ley, se creen nuevas categorías ajenas al régimen de carrera. Este régimen es sumamente rígido por cuanto el *“ingreso”* de los funcionarios a los cargos de carrera, debe realizarse por concurso público y ha de estar fundado permanentemente en los principios de honestidad, idoneidad y eficiencia. El ascenso no

es discrecional, sino que está fundado en métodos científicos que se basen en el sistema de mérito. Como se ve, la regulación de los integrantes de la Administración Pública se rige por la idea estricta de la **estabilidad**. Aún más, otras normas señalan la necesidad de que los emolumentos para el pago de los empleados de los cargos públicos deben estar previstos en el presupuesto nacional y al efecto, las **escalas de salarios** que rigen en la administración, deben ser reglamentadas conforme a lo que las leyes establezcan.

El régimen de las jubilaciones y las pensiones queda sometido a una Ley nacional que ha de regir tanto a los funcionarios nacionales, como a los estadales y los municipales.

Se señala la incompatibilidad en el desempeño de más de un cargo, salvo que se trate de aquellos de naturaleza académica, accidental, asistencial o docente, la cual ha de ser determinada por la ley. Si un funcionario acepta un cargo que no se encuentra en la lista de los exceptuados, ello significa la renuncia del primero de los cargos desempeñados, salvo que se trate de suplentes. La incompatibilidad entre jubilaciones y pensiones también está prevista, salvo los casos excluidos por ley.

Es decir que, en la Sección Tercera del Capítulo I del Título IV “De la Función Pública” se establece las reglas generales del régimen de los funcionarios públicos al servicio de la Administración Pública, señalándose que su desarrollo deberá ser hecho por la “ley”, término éste que debe ser interpretado como una fuente de ejecución inmediata de la Constitución.

IV. NORMAS ESPECÍFICAS PARA LOS ENTES TERRITORIALES

Hay algunas normas específicas en materia de administración, aplicables a los entes territorialmente descentralizados. Es así como la Constitución considera competencia exclusiva de los Estados la administración de sus bienes y la inversión y

administración de sus recursos, lo cual significa que la Administración Pública de los Estados como tal, queda dentro de su esfera de atribuciones. Hay materias para las cuales la Constitución señala la **competencia exclusiva** de los Estados, como es el caso de la organización, recaudación, control y administración de los ramos tributarios; asimismo, todo lo referente a la administración del papel sellado, timbres y estampillas. Más importante aún es la exclusiva competencia de los Estados para la creación y organización de los servicios públicos de su entidad.

Por lo que atañe a la administración de las carreteras, autopistas, puertos y aeropuertos la misma también corresponde a los Estados pero en coordinación con el Ejecutivo Nacional. En efecto, debemos señalar que a los estados le ha sido asignada la llamada **competencia residual**, constituida por todo aquello que no corresponda de conformidad con la Constitución a la competencia nacional o municipal. Por lo que respecta a las **competencias concurrentes**, las mismas se ejercen sometidas a las **leyes de base** que dicte el Poder Nacional, pero estas leyes de base exigen para su aplicación de las **leyes de desarrollo** que son aprobadas por los Estados, legislación que se orienta a los principios de interdependencia, coordinación, cooperación, co-responsabilidad y subsidiariedad. La Constitución le ordena a los Estados descentralizar y transferir a los municipios los servicios y competencias que los mismos gestionen y que estén en capacidad de prestar, así como la administración de los respectivos recursos. Existe la previsión de un Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas que ha de estar presidido por el Gobernador e integrado por los alcaldes, los directores estatales, de los ministerios y por una representación de legisladores elegidos por el Estado o la Asamblea Nacional.

Por lo que respecta a la Administración Pública en el seno del Poder Público Municipal, el mismo está dotado de autonomía que comprende las siguientes competencias:

1. Dictar su Constitución para organizar los poderes públicos, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución.
2. La organización de sus Municipios y demás entidades locales y su división político territorial, conforme a la Constitución y a la ley.
3. La administración de sus bienes y la inversión y administración de sus recursos, incluso de los provenientes de transferencias, subvenciones o asignaciones especiales del Poder Nacional, así como de aquellos que se les asignen como participación en los tributos nacionales.
4. La organización, recaudación, control y administración de los ramos tributarios propios, según las disposiciones de las leyes nacionales y estadales.
5. El régimen y aprovechamiento de minerales no metálicos, no reservados al Poder Nacional, las salinas y ostrales y la administración de las tierras baldías en su jurisdicción, de conformidad con la ley.
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
7. La creación, organización, recaudación, control y administración de los ramos de papel sellado, timbres y estampillas.
8. La creación, régimen y organización de los servicios públicos estadales;
9. La ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las vías terrestres estadales;

10. La conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Ejecutivo Nacional.
11. Todo lo que no corresponda, de conformidad con esta Constitución, a la competencia nacional o municipal (es lo antes aludido “competencia residual”)

Se exige de los municipios que incorporen la participación ciudadana al ejercicio de sus competencias y se señala que sus actos no pueden ser impugnados sino ante los tribunales competentes (tribunales contencioso administrativos). Hay la posibilidad de que los municipios se asocien en mancomunidades u otras modalidades asociativas intergubernamentales para fines de interés público en las materias de su competencia.

Es posible también la transformación de los municipios en Distritos Metropolitanos, lo cual se produce cuando dos o más municipios pertenecientes a una misma entidad, tengan relaciones económicas, lo cual les permite adquirir la entidad de Distritos Metropolitanos. El régimen de los Distritos Metropolitanos está especificado mediante la exigencia de una ley orgánica que puede establecer diferentes regímenes.

El municipio puede crear parroquias, existiendo algunas limitaciones para su conformación. Los Alcaldes son los funcionarios a quienes les compete constituirse en primera autoridad civil del municipio. Su designación es por elección, cuya duración es de cuatro años. Al municipio le corresponde también la contraloría municipal que implica el control, vigilancia y fiscalización de sus ingresos, gastos y bienes

La Constitución señala que corresponde al municipio el gobierno y administración de sus intereses y señala como materias de su competencia las siguientes:

- Ordenación territorial y urbanística; patrimonio histórico; vivienda de interés social; turismo local; parques y jardines, plazas, balnearios y otros sitios de recreación; arquitectura civil, nomenclatura y ornato público;
- Vialidad urbana; circulación y ordenación del tránsito de vehículos y personas en las vías municipales; servicios de transporte público urbano de pasajeros;
- Espectáculos públicos y publicidad comercial, en cuanto concierne a los intereses y fines específicos municipales;
- Protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental; aseo urbano y domiciliario, comprendidos los servicios de limpieza, de recolección y tratamiento de residuos y protección civil;
- Salubridad y atención primaria en salud, servicios de protección a la primera y segunda infancia, a la adolescencia y a la tercera edad; educación preescolar, servicios de integración familiar de la persona con discapacidad al desarrollo comunitario, actividades e instalaciones culturales y deportivas; servicios de prevención y protección, vigilancia y control de los bienes y las actividades relativas a las materias de la competencia municipal;
- Servicio de agua potable, electricidad y gas doméstico; alcantarillado, canalización y disposición de aguas servidas; cementerios y servicios funerarios;
- Justicia de paz, prevención y protección vecinal y servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable y las demás que le atribuyan la Constitución y la ley.

Es importante señalar que ha sido creado el llamado **Consejo Federal de Gobierno** como el órgano encargado de la planificación y coordinación de las políticas para el desarrollo de la descentralización y transferencia de competencias del Poder Nacional a los Estados y Municipios. Fue este uno de los intentos más fuertes efectuados por la Constitución vigente para lograr la descentralización territorial. Este Consejo Federal de Gobierno está integrado por el Vicepresidente Ejecutivo; los ministros; los gobernadores; un alcalde por cada Estado y representantes de la sociedad organizada. De este Consejo Federal de Gobierno depende el Fondo de Compensación Interterritorial que está destinado al financiamiento de las inversiones públicas para promover el desarrollo de las regiones.

V. OPORTUNIDADES EN QUE LA CONSTITUCIÓN ALUDE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

El título que antecede se refiere a los artículos en los cuales la Constitución le atribuye una carga, un deber, un derecho o cualquier otra consecuencia jurídica a la Administración Pública. Al efecto, hemos hecho una interpretación amplia del texto del articulado, buscando el alcance que las disposiciones constitucionales pueden tener, a los fines de determinar, si cuando se refiere a la Administración Pública, está aludiendo con ello al autor del acto o de la actividad cuyos efectos jurídicos la norma establece. En tal sentido, entiéndase que hemos considerado como Administración Pública a cualquier alusión contenida en la norma constitucional, a entes o estructuras públicas que, mediante una interpretación lógica pueda considerarse como una consecuencia aplicable a los órganos que ejercen en forma esencial la actividad administrativa.

Fundamentalmente los términos utilizados para referirse a una consecuencia que recae sobre la Administración Pública son los siguientes:

1. La alusión a funcionario público que, como bien sabemos puede ser un sujeto al servicio de cualquiera de los poderes del Estado; sin embargo, la noción se restringe para limitarlo a quienes están al servicio de una función pública administrativa que realiza o le es imputable determinado hecho.
2. Ejercicio de poder público (arts 5 y 7). En igual sentido consideramos que cuando la Constitución se refiere al ejercicio del poder público está fundamentalmente aludiendo a un órgano de la Administración en los casos que de inmediato se enuncian:
 - “Sus autoridades” (artículo 29).
 - La “autoridad competente” (art. 44 ordinal 2º).
 - “Toda autoridad” (art. 44, ordinal 4º)
 - “Autoridad pública sea civil o militar” (art. 45).
 - “Autoridades competentes” (art. 45).
 - “Agentes del Estado” (art. 46, ordinal 1º)
 - “Todo funcionario público” (art. 46, ordinal 4º)
 - “Funcionarios o funcionarias” que ordenen o practiquen ordenes en materia sanitaria. (art. 47)
 - “cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública” (art. 51)
 - “órganos de seguridad ciudadana regulados por ley” (art. 55)

- “los cuerpos de seguridad del Estado”; “funcionariado policial y de seguridad” (art. 55, segundo aparte, último aparte, respectivamente)
- “funcionarios públicos o funcionarias públicas”, prohibición de censura a (art. 57, único aparte)
- “cuerpos policiales y de seguridad en el control del orden público” (art. 68, único aparte)
- “funcionario o funcionaria sometido a referéndum revocatorio” (art. 72)
- “Sistema público de salud”; “instituciones públicas de salud” (art. 84); “Sistema público de salud” financiamiento (art. 85);
- “trabajadores y trabajadoras del sector público” (arts. 96 y 97);
- “administración cultural pública” (art. 99);
- “el Estado con la participación de la familia y la sociedad” (art. 102)
- “el Estado”; “los centros educativos” (art. 108);
- “el Estado” (art. 110);
- “por parte del Estado” (art. 120);
- “el Estado” (art. 127 único aparte);
- “la República” cláusula contractual (art. 29, único aparte);
- “obligaciones del Estado” (art. 135);
- “el Estado” responsabilidad patrimonial (art. 139);

- “Administración Pública” (arts. 140, 141, 143, 144, 147 primer aparte);
- “funcionarios públicos” (arts. 145, 147 segundo aparte)
- “Administración pública” los cargos de los órganos de la (art. 146);
- “cargos públicos” (art. 147)

VI. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SOMETIDA AL CONTROL JURISDICCIONAL QUE LA CONSTITUCIÓN ESTABLECE

La Constitución vigente, conocedora de la amplia experiencia que en el momento de su elaboración y puesta en vigencia tenía el sistema contencioso administrativo, entendido como la vía para atacar por ante los órganos jurisdiccionales a las Administraciones Públicas, fue muy amplia en la alusión de tal actividad, por lo cual alude a ella directa e indirectamente a todo lo largo de su texto. Obviamente que, la naturaleza del acto u omisión debe ser administrativa y no penal, porque de atender a dicha condición, la vía de actuación jurisdiccional corresponde a la esfera penal. La normativa fundamental en la materia es la siguiente:

Art 25: Nulidad de los actos violatorios de derechos consagrados por la Constitución y la responsabilidad de los funcionarios que los ordenen y sanciones.

Art 30: Estado obligado a indemnizar a las víctimas de sus violaciones.

Art. 49, ordinal 8º: Responsabilidad del ente público por error judicial, retardo u omisión injustificados.

Art. 55: Deber del Estado “*a través de los órganos de seguridad ciudadana*” frente a situaciones que constituyan amenazas, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes.

Art. 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.

CONCLUSIÓN

Del texto que antecede surgen una serie de consideraciones sobre el tratamiento que la Constitución le da a la Administración Pública, por lo cual, el mismo atiende al objeto del tema propuesto que era el de la exploración de las relaciones entre Derecho Administrativo y Derecho Constitucional. En efecto, al señalar la forma en que la Constitución –norma suprema de la globalidad del Derecho, y constitutiva de la disciplina del Derecho Constitucional– regula, trata y se expresa de la Administración Pública, o del ejercicio de la función pública administrativa, que es la esencia misma del Derecho Administrativo, estamos dando respuesta a la temática objeto de nuestro desarrollo.

Pasamos con base a lo antes expresado a puntualizar las conclusiones que, el estudio del tema y las notas que anteceden, nos permitieron obtener.

1. La Constitución vigente, por primera vez en la historia constitucional de nuestro país, menciona la figura subjetiva de la Administración Pública, y alude a sus características esenciales y a los principios que la rigen, sin embargo, casi siempre lo hace vinculándola con la Función de Gobierno, esto es, aquella de ejecución

- inmediata de la Constitución que realizan los órganos superiores del Poder Ejecutivo.
2. De allí que, por una parte la Constitución vigente tomó la iniciativa de establecer las pautas esenciales de la Administración Pública, pero al mismo tiempo no la deslinda claramente de lo que constituye el ejercicio de la Función de Gobierno. Creemos que la formación política que predomina en los constituyentistas, con solo una minoría consciente del desarrollo de la Administración Pública como figura subjetiva, diferente del Gobierno, hizo que el enunciado de las funciones, competencias y actividades de ambos se presenten confundidas en una noción única y común, lo cual se manifiesta tanto en la regulación de sus respectivas actividades, como en las concernientes al control de los actos, donde no se llega claramente a delimitar las reglas del Contencioso Administrativo de las de la Jurisdicción Constitucional.
 3. Sólo los expertos actuales en los temas de Derecho Público parten de la premisa base de la diferencia de régimen que corresponde a las funciones de rango sublegal (Administración) con las de rango legal (Función de Gobierno), faltando en la normativa constitucional, la definición de cada uno de los elementos que conforman las figuras subjetivas fundamentales de la organización.
 4. Indudablemente que la tendencia que llevó al constituyente a fundir a las dos figuras subjetivas, o por lo menos, a no diferenciarlas, proviene, por una parte, de la tradición recogida de las Constituciones anteriores, pero también de la carencia de criterios claros y bien desarrollados en los textos de Derecho Comparado que le sirvieron de modelo o de guía.

5. La compenetración de Administración y Gobierno que les dá a ambos una normativa única en la cual generalmente, es difícil escindir lo que corresponde a cada sector, es una consecuencia de la concepción de una estructura o una entidad secundaria y subordinada, que es la naturaleza que se le atribuyó en sus orígenes al Derecho Administrativo frente al Derecho Constitucional. En efecto, es solo desde las primeras décadas del siglo XX que el Derecho Administrativo comienza a delinear su independencia y, ya sabemos que, incluso, en los países anglosajones, su estudio ni siquiera lo califica como una disciplina autónoma.
6. Es justamente esta situación subordinada la que hace que nuestro constituyente que, si bien tuvo el mérito de delinear la figura subjetiva de la Administración Pública y de determinar sus características, no llegara a lo que debía llegar, que era escindir claramente las respectivas competencias, responsabilidades y acciones, sino que dejó que la bruma de una supuesta identidad rodeara la totalidad de la normativa.
7. De allí que, si queremos sintetizar la situación de la Administración frente al Gobierno y con ello del Derecho Administrativo frente al Derecho Constitucional en la Constitución de 1999, tenemos que atender a los siguientes datos precedentemente comentados:

Primero: Innovación en la normativa vigente, al mencionar en forma expresa a la Administración Pública (art. 140) como figura subjetiva y enunciar algunas de sus específicas condiciones.

Segundo: Permanencia del criterio “*unificador*” de las figuras de “*Gobierno y Administración Pública*” existentes en la historia constitucional venezolana.

Tercera: Inclusión de una norma concreta sobre el Contencioso Administrativo en forma idéntica a la mención que hiciera, por primera vez en una Constitución venezolana, el artículo 206 de la Constitución de 1961 (art. 259 de la Constitución vigente).

Cuarto: Predominio total en el ámbito de la regulación jurisdiccional de las competencias relativas al **control jurisdiccional de la Constitución** y ausencia del relativo al Contencioso Administrativo, lo cual fue dejado a la normativa legal.

Quinto: Pérdida por parte del constituyente de la oportunidad histórica de precisar en forma expresa, los necesarios límites de la acción de Gobierno y, en lugar de limitar sus excesivos poderes, los amplió permitiéndole el ejercicio de múltiples funciones normativas de rango legal (ejecución inmediata de la Constitución), lo cual se manifiesta no sólo en los Actos de Gobierno verdaderos y propios, sino también en normas y contenidos de menor rango e importancia, como lo son por ejemplo, la amplitud de los decretos que se dictan en base a una ley habilitante.

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Gabriel Sira Santana
Abogado

Resumen: La colaboración revisa el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos a la luz de los principios del Derecho Administrativo Sancionatorio, teniendo presente las disposiciones constitucionales relativas al debido proceso, la libertad económica y la protección a los consumidores y usuarios.

Palabras clave: Protección al consumidor, procedimiento administrativo, debido proceso, infracciones administrativas, sanciones administrativas.

Summary: This paper reviews the administrative sanctioning procedure established in the Decree with Rank, Value and Force of Organic Law of Fair Prices according to the principles of Administrative Sanctioning Law, bearing in mind the constitutional articles regarding due process, economic freedom and protection to consumers and users.

Keywords: Consumer protection, administrative procedure, due process, administrative infractions, administrative sanctions.

Recibido: 10 de enero de 2018 Aceptado: 20 de febrero de 2018

SUMARIO

- I. Declaración histórica
- II. Generalidades del procedimiento sancionatorio en materia de protección al consumidor
- III. El iter procedimental en materia de protección al consumidor
- Conclusiones

I. DECURSO HISTÓRICO

El procedimiento administrativo sancionatorio en materia de protección al consumidor no es una novedad en nuestro ordenamiento jurídico. Tal es así, que su regulación se remonta a años previos a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos¹ (en lo sucesivo, LOPA) que, como sabemos, es la norma general en esta temática.

En este sentido, ya en 1974 la Ley de Protección al Consumidor² -cuyo objeto incluía “la protección legal del consumidor; la investigación de los servicios y productos de consumo, su estructura de precios y la educación, promoción e información de las necesidades, intereses y problemas del consumidor” (artículo 1)- establecía que “[t]oda vez que aparezca la posible comisión de hechos descritos como violatorios de las normas previstas en esta Ley, la Superintendencia de Protección al Consumidor iniciará, por medio de la Sala de Instrucción y Sustanciación, la investigación e instrucción del expediente cuando hubiere lugar a ello”, iniciando tal instrucción “de oficio o por denuncia de parte” (artículo 44)³.

1 Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario del 01-07-1981.

2 Gaceta Oficial N° 1.680 Extraordinario del 02-09-1974.

3 Véase sobre esta ley en general Magdalena Salomón de Padrón: “La protección al consumidor y las limitaciones a la actividad económica”. *Revista de Derecho Público*, N° 35. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1988, pp. 41-51.

De este modo, a través de este procedimiento se sancionaban supuestos de hecho tales como la publicidad engañosa y el marcaje defectuoso de productos (con inclusión de errores en la impresión de su peso, medidas y precio) y, a fin de imponer la sanción respectiva consistente en multas o la clausura temporal o definitiva del establecimiento se requería que una vez el sujeto fuese citado –por medio de boleta o carteles– este se apersonara ante la Administración para (1) ser instruido del procedimiento en su contra y (2) posteriormente, en el lapso dado por la ley, presentar los alegatos y pruebas que consideraba favorecían su defensa. Una vez cumplidos tales pasos o etapas es que la Administración decidía si había o no lugar a la imposición de la sanción de ley y emitía el acto administrativo correspondiente.

Con la promulgación de la LOPA en el año 1981 y su entrada en vigencia en 1982 este régimen se mantuvo sin cambios –dado lo previsto por el legislador en el artículo 47⁴– hasta inicios de 1992 que se promulgó una nueva Ley de Protección al Consumidor⁵ que profundizó la regulación enlistando los derechos de los consumidores, legislando sobre los contratos de adhesión, aumentando el número de infracciones, entre otros; aun cuando respecto al procedimiento no se dieron mayores cambios⁶.

Esta situación se reiteró posteriormente en la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario⁷ y el Decreto con Rango,

4 Según él, “[l]os procedimientos administrativos contenidos en leyes especiales se aplicarán con preferencia al procedimiento ordinario previsto en este capítulo en las materias que constituyan la especialidad”.

5 Gaceta Oficial N° 4.403 Extraordinario del 24-03-1992.

6 Entre ellos: la Superintendencia de Protección al Consumidor pasó a denominarse Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor (IDEC) y la falta de comparecencia del presunto infractor no equivaldría a la confesión –y al fin de la investigación– sino que se dejaría constancia de ello y se abriría el lapso probatorio.

7 Gaceta Oficial N° 37.930 del 04-05-2004. Entre sus cambios podemos señalar que el procedimiento ahora se tramitaría ante el Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU).

Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios⁸, con inclusión de sus reformas de los años 2009 y 2010⁹.

En todas estas normas, si bien se ahondó en el régimen de protección al consumidor y se reformaron –en menor medida– los artículos del procedimiento sancionatorio, existe una cuestión que se mantuvo inalterable: la imposición de la sanción ocurría, únicamente, luego de llevado a cabo el procedimiento administrativo respectivo y, en el mismo, se verificara la condición del –ya no presunto– infractor. Como resultaba lógico que fuese de acuerdo a los principios que rigen la potestad sancionatoria de la Administración y que desarrollaremos en esta colaboración.

Esta realidad se mantuvo hasta 2014 cuando, en virtud de la ley habilitante de finales de 2013¹⁰, el Presidente de la

-
- 8 Gaceta Oficial N° 5.889 Extraordinario del 31-07-2008. El decreto ley fue producto de la Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en las materias que se delegan, publicada en Gaceta Oficial N° 38.617 del 01-02-2007 y, entre otras modificaciones, la autoridad en la materia ya no sería el INDECU sino el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS).
 - 9 Ambas sancionadas por la Asamblea Nacional y publicadas en Gaceta Oficial N° 39.165 del 24-04-2009 y N° 39.358 del 01-02-2010, respectivamente. Las reformas consistieron, principalmente, en un aumento de la gravedad de las sanciones pasando el límite máximo de algunas de ellas de hasta 500 Unidades Tributarias a 5.000 (sanciones por incumplimiento de la protección de los intereses económicos y sociales) o de la aplicación de una u otra sanción a su imposición conjunta (es el caso de las sanciones por incumplimiento a la protección en el comercio electrónico en las que la reforma consistió en sustituir la frase multa “o” clausura temporal por multa “y” clausura temporal).
 - 10 Gaceta Oficial N° 6.112 Extraordinario del 19-11-2013. Autorizó al Presidente de la República para dictar decretos con rango, valor y fuerza de ley el ámbito de la lucha contra la corrupción y la defensa de la economía. Sobre las materias específicas de esta habilitación y los decretos leyes dictados véase Antonio Silva Aranguren y Gabriel Sira Santana: “Decretos-Leyes dictados por el Presidente de la República, con base en Ley Habilitante, en el período 2013-2014”. *Revista de Derecho Público*. N° 140. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, pp. 11-39.

República dictó el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos¹¹ que vino a derogar al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Costos y Precios Justos¹² y al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

Con esta norma, entre otras cuestiones, el mandatario modificó el régimen sancionatorio en materia de protección al consumidor de forma tal que ahora la sanción sería impuesta por la autoridad administrativa *ipso facto* y el procedimiento administrativo sancionatorio se abriría, solamente, “[c]uando el sujeto de esta Ley manifieste inconformidad con la sanción impuesta” y solicitase tal apertura¹³. Todo ello, en clara contravención a la definición propia del procedimiento administrativo entendido por la doctrina como “la forma de elaboración de las decisiones administrativas o, si se prefiere, de ejercicio de las [sic] actividad administrativa formalizada”¹⁴.

Pero este cambio no fue un hecho aislado ya que, si bien según el artículo 1 del decreto ley este tenía por objeto *fusionar* el contenido de las dos normas que derogó para, de este modo, “asegurar el desarrollo armónico, justo, equitativo, productivo y soberano de la economía nacional, a través de la determinación de precios justos de bienes y servicios (...) a fin de proteger los ingresos de todas las ciudadanas y ciudadanos, y (...) el acceso de las personas a los bienes y servicios para la satisfac-

11 Gaceta Oficial N° 40.340 del 23-01-2014. Véase Carlos Reverón Boulton: “Notas sobre la ley orgánica de precios justos”. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*. N° 3. Universidad Monteávila. Caracas, 2014, pp. 155-172. Disponible en <https://goo.gl/rztTv5> [consultado: 05-01-2018].

12 Gaceta Oficial N° 39.715 del 18-07-2011.

13 Artículo 69 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos de enero de 2014. La disposición fue reiterada textualmente en el artículo 74 del decreto ley homónimo de noviembre de 2014 y, aunque fue suprimida del decreto ley del año 2015, su idea persiste respecto a las sanciones impuestas por incumplimiento de formalidades (artículo 46 del decreto ley vigente).

14 Miguel Sánchez Morón: *Derecho administrativo parte general*. Octava edición. Tecnos. Madrid, 2012, pp. 483-484.

ción de sus necesidades”; la parte *in fine* de ese mismo artículo nos dejaba entrever que la finalidad del procedimiento administrativo sancionatorio en ella previsto –así como del resto de su regulación– ya no era la protección al consumidor como venía siendo desde la década de los setenta sino que, en realidad, el establecimiento de los ilícitos administrativos, sus procedimientos y sanciones, perseguía era la “consolidación del orden económico socialista productivo”¹⁵.

Es decir, que el decreto ley en cuestión (y su versión vigente, de noviembre de 2015¹⁶) se asemejaría en gran medida a la regulación de precios justos que sustituyó –no solo en nombre, sino también en contenido– y no tanto a la regulación de defensa de los consumidores que también derogó¹⁷; preten-

15 La frase fue suprimida del artículo 1 (objeto) del decreto ley de 2015 pero persiste en su artículo 3 que, dentro la finalidad del decreto ley, incluye “[l]a consolidación del orden económico socialista, consagrado en el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación” (numeral 2).

16 Gaceta Oficial N° 6.202 Extraordinario del 09-11-2015 y reimpresso en N° 40.787 del 12-11-2015. El decreto ley en esta ocasión fue producto de la Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan para la garantía reforzada de los derechos de soberanía y protección del pueblo venezolano y el orden constitucional de la República, publicada en Gaceta Oficial N° 6.178 Extraordinario del 15-03-2015. Véase al respecto Antonio Silva Aranguren y Gabriel Sira Santana: “Decretos-Leyes dictados por el Presidente de la República, con base en Ley Habilitante, en el año 2015”. Revista de Derecho Público. N° 143-144. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, pp. 191-204. Sobre el decreto ley en general revísese Bárbara González: “Nuevo decreto con rango, valor y fuerza de ley orgánica de precios justos y su impacto en los derechos constitucionales”. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*. N° 7. Universidad Monteávila. Caracas, 2015, pp. 83-95. Disponible en <https://goo.gl/2BFAPQ> [consultado: 05-01-2018].

17 Solo como ejemplo podemos señalar que no fue sino hasta la reforma del decreto ley publicada en Gaceta Oficial N° 6.156 del 19-11-2014, casi once meses después del decreto ley original, que se incluyeron artículos sobre los derechos de las personas en relación a los bienes y servicios (artículo 10) y las garantías (artículo 11). Esta reforma se dio con ocasión de la misma ley habilitante que originó al decreto ley reformado. Al respecto, véase Juan Alfonzo Paradisi: “Análisis y comentarios en cuanto al Decreto 1.467 mediante el cual se dictó el decreto con rango, valor y fuerza de ley

diéndose con la imposición de las sanciones que él establece, entonces, no la protección de los consumidores y usuarios, sino, más bien, el castigo de los comerciantes “que han estado en el centro de un sistema perverso de acumulación del capital” que impide “la construcción del socialismo bolivariano del siglo XXI, como alternativa al sistema capitalista”, al ser tales comerciantes los beneficiarios de “los efectos perversos de un esquema mercantilista e injusto”¹⁸.

De este modo, como el comerciante es el *enemigo*¹⁹, no haría siquiera falta que se aplique un procedimiento administrativo (hoy en los casos de infracción de formalidades y en el 2014 respecto a todas las infracciones) a fin de determinar su carácter de infractor ya que, según la filosofía –si se puede llamar así– de esta regulación, el hecho de ser comerciante equivale, en la práctica, a ser infractor y sujeto de sanción.

Así, teniendo en mente esta penosa realidad sobre la finalidad que persigue la norma a ser estudiada, en las siguientes páginas revisaremos el procedimiento sancionatorio vigente en materia de protección al consumidor precisando, en primer lugar, algunas generalidades del mismo para luego adentrarnos en el *iter procedimental* previsto por el Presidente de la República que, hoy en día, funge como el legislador ordinario

de reforma parcial del decreto con rango, valor y fuerza de ley orgánica de precios justos publicado en la Gaceta Oficial N° 6.156 extraordinario de 19 de noviembre de 2014”. *Revista de Derecho Público*. N° 140. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, pp. 234-247.

18 Extractos de la exposición de motivos del decreto ley de 2015, hoy vigente.

19 El término es acuñado por Günther Jakobs en su tesis del derecho penal del enemigo donde se distingue entre la persona (entidad titular de derechos y deberes capaz de emitir actos con significado en la sociedad) y el enemigo (individuo que representa una simple fuente de peligro contra la cual hay que defenderse). Véase Juan Modolell González: “El ‘derecho penal del enemigo’: evolución (¿o ambigüedades?) del concepto y su justificación”. *Revista CENIPEC*. N° 25. Universidad de Los Andes. Mérida, 2006, pp. 343-362. Disponible en <http://goo.gl/NUAW2i> [consultado: 05-01-2018].

en nuestro país²⁰. Todo ello, teniendo en cuenta las construcciones doctrinales que explican los principios que rigen a los procedimientos administrativos y, en particular, aquellos de naturaleza ablatoria por medio de los cuales el Estado ejerce el *ius puniendi* en su vertiente administrativa.

II. GENERALIDADES DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

De conformidad con el artículo 112 de la Constitución de la República²¹ (en lo sucesivo, CRBV), “[t]odas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social”, siendo una obligación del Estado garantizar “la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población”.

Así, no está sujeto a discusión que la libertad económica –reconocida en el artículo citado– no es absoluta y, por ende, podrá ser limitada por vía constitucional o legislativa siempre que tal restricción no opere contra el núcleo esencial del derecho en cuestión y ello encuentre un fundamento jurídico válido que tienda al establecimiento de un orden racional y no

20 La afirmación puede parecer exagerada, pero no lo es. Ejemplo de ello es que una vez son excluidas las leyes aprobatorias de tratados y convenios internacionales sancionadas por la Asamblea Nacional durante el 2015, nos encontramos que en ese año fueron publicadas en Gaceta Oficial 14 leyes entre ordinarias y orgánicas. Número claramente inferior a los 20 decretos leyes que publicó el Presidente de la República en el mismo período. Y lo mismo se repite en años anteriores según consta en Tomás Arias Castillo: “Las cuatro delegaciones legislativas hechas al Presidente de la República”. *Revista de Derecho Público*. N° 130. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, pp. 394-399.

21 Gaceta Oficial N° 36.860 del 30-12-1999. Reimpresa en N° 5.453 Extraordinario del 24-03-2000 y enmendada en N° 5.908 Extraordinario del 19-02-2009.

a la mera limitación inmotivada de las libertades individuales en favor de un supuesto colectivo²².

En este contexto cobra relevancia el artículo 117 de la CRBV de acuerdo al cual “[t]odas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno”, por lo que “[l]a ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos”.

De este modo, la disposición citada –que resulta una novedad del texto vigente pues la Constitución anterior no hacía mención expresa a tal derecho²³– se configurará como un límite constitucional a la libertad económica y, en consecuencia, si en el ejercicio de tal actividad se atenta contra el derecho que esta disposición salvaguarda, quien lleve a cabo la conducta lesiva podrá ser sancionado conforme al régimen que determine “[l]a

22 El tema es tratado a profundidad en Jesús María Casal y Jorge Luis Suárez (coordinadores): *La libertad económica en el decreto-ley sobre seguridad y soberanía alimentaria y en la ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2011, y Jesús María Casal y Jorge Luis Suárez (coordinadores): *La libertad económica en Venezuela, balance de una década (1999-2009)*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2011.

23 A lo sumo podemos señalar lo previsto en el encabezado del artículo 95 y el único aparte del artículo 96 de la Constitución de 1961 según los cuales “[e]l régimen económico de la República se fundamentará en principios de justicia social que aseguren a todos una existencia digna y provechosa para la colectividad” y “[l]a ley dictará normas para impedir la usura, la indebida elevación de los precios, y en general, las maniobras abusivas encaminadas a obstruir o restringir la libertad económica”, respectivamente. Publicada en Gaceta Oficial N° 662 Extraordinario del 23-01-1961. Primera enmienda en N° 1.585 Extraordinario del 11-05-1973. Segunda enmienda en N° 3.251 Extraordinario del 12-09-1983. Reimpresa en N° 3.357 Extraordinario del 02-03-1984.

ley". Término que, como veremos luego, debe ser entendido en su connotación formal.

Es bajo esta fundamentación jurídica que el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos del año 2015 (en lo sucesivo, DRVF-LOPJ), vigente para la fecha de elaboración de esta colaboración, estableció en su título III (régimen de control del cumplimiento de este decreto con rango, valor y fuerza de ley orgánica) un conjunto de infracciones y sanciones de naturaleza administrativa y penal –así como procedimientos– por medio de los cuales se pretende “garantizar el acceso de las personas a bienes y servicios a precios justos, que conlleven a la satisfacción de sus necesidades en condiciones de justicia y equidad” (artículo 1). Régimen de control del cumplimiento que se enmarca dentro de las disposiciones que de seguida comentamos.

1. Los sujetos involucrados en la protección de los consumidores

Conforme al artículo 2 del DRVF-LOPJ, toda persona que realice una actividad económica en el país –con independencia de si es natural o jurídica, de derecho público o privado, nacional o extranjera– deberá ajustar su actuar a lo previsto en este decreto ley, siempre que no exista una previsión de ley o acto del Presidente de la República que lo excepcione²⁴.

24 A modo de ejemplo se tiene la materia bancaria, aseguradora y aeronáutica que se encuentran reguladas por normas especiales. A saber: el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora y la Ley de Aeronáutica Civil, publicados en Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario del 19-11-2014 (reimpreso en N° 40.557 del 08-12-2014), N° 6.211 Extraordinario del 30-12-2015 (reimpreso en N° 6.220 Extraordinario del 15-03-2016) y N° 39.140 del 17-03-2009, respectivamente. Véase, en este sentido, la providencia N° 004/2014 de la Junta Liquidadora de la Superintendencia Nacional de Costos y Precios Justos y del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios por medio de la cual se acordó “[t]ransferir a la Superintendencia de la Actividad Aseguradora (SUDEASEG), a la Superintendencia de las Instituciones del

Este artículo es complementado –en el caso de las personas jurídicas– con el único aparte del artículo 35 que establece la responsabilidad solidaria de los directivos, socios, administradores y cualquier persona que se vincule con la actividad comercial que representan en la comisión de los ilícitos que sanciona el decreto ley²⁵.

Así, en caso que esa conformidad a derecho no se dé, corresponderá a la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (en lo sucesivo, SUNDDE), como órgano desconcentrado adscrito a la Vicepresidencia de la República, “[s]ustanciar, tramitar y decidir los procedimientos de su competencia, y aplicar las medidas preventivas y correctivas, además de las sanciones administrativas que correspondan en cada caso” (numeral 9 del artículo 10 *ejusdem*).

Ahora bien, desde este primer tema el DRVF-LOPJ ya presenta inconvenientes pues, si bien el artículo indicado precisa que el procedimiento sancionatorio se llevará a cabo ante la SUNDDE, en el mismo decreto ley esta competencia es fraccionada entre el Superintendente –que conforme al numeral 12 del artículo 17 tiene la atribución de “[i]mponer las sanciones previstas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, sin perjuicio de que pueda delegar esta atribución

Sector Bancario (SUDEBAN), al Instituto Nacional de Aeronáutica Civil (INAC), los Procedimientos Administrativos activos relacionados con las actividades que a cada uno de los organismos citados competía, para que dentro del marco legal especial que los rige, conozcan, sustancien y decidan dichos procedimientos”. Dicha providencia fue publicada en Gaceta Oficial N° 40.567 del 22-12-2014.

25 Sobre la responsabilidad solidaria en el campo de las sanciones administrativas véase José Peña Solís: *La potestad sancionatoria de la Administración Pública venezolana*. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2005, pp. 176-180. Para el autor, en virtud del principio de legalidad sancionatorio, “no resulta admisible la figura de la solidaridad” ya que en Venezuela impera la responsabilidad personal sin que pueda sostenerse la existencia de un régimen de responsabilidad objetiva. Asimismo, el principio de presunción de inocencia exigiría a la Administración demostrar la participación del individuo en el hecho lesivo antes de poder proceder a su sanción.

en otro funcionario o funcionaria”- y el funcionario que lleve a cabo la inspección y fiscalización ya que, conforme al numeral 3 del artículo 11 *ejusdem*, una de sus funciones será “[c]omprobar el cumplimiento o la infracción respecto de las formalidades establecidas a cargo de los sujetos de aplicación en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, o en los actos de rango sublegal desarrollados con ocasión de este Decreto Ley, e imponer las sanciones a que haya lugar”.

De este modo, esta función de los inspectores -que fue incluida en el decreto ley de 2015 pues en el decreto ley de enero de 2014 la potestad sancionatoria correspondía en pleno a la Intendencia de Protección de los Derechos Socio Económicos de las Personas²⁶ y en el de noviembre del mismo año al Superintendente²⁷-, en nuestro criterio, comporta una violación no solo al debido proceso -al aplicarse una sanción administrativa sin que medie un procedimiento administrativo previo en el que se respeten los enunciados del artículo 49 constitucional, como retomaremos más adelante- sino a la propia consagración doctrinal de la actividad administrativa ya que se confunde o equipara la potestad de investigación con la potestad sancionatoria; cuando ambos conceptos tienen notas que los diferencian y persiguen finalidades distintas.

En este sentido -y sin pretender ahondar en el tema- el foro entiende por la primera el actuar de la Administración tendiente “a indagar hechos, recabar informaciones, así como comprobar situaciones” que “no constituye una actividad instrumental de la actividad sancionadora, si bien con bastante frecuencia desemboca en ella”, puesto que su fin no es otro

26 El artículo 16 del decreto ley precisaba que “[l]a Intendencia de Protección de los Derechos Socio Económicos de las Personas, se encargará de: (...) 3. Imponer las sanciones contempladas en la presente Ley”.

27 El artículo 23 del decreto ley señalaba que “[s]on atribuciones del Superintendente o la Superintendenta: (...) 20. Imponer las sanciones previstas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica. 21. Dictar las Providencias Administrativas vinculadas al acto conclusivo que agoten la vía administrativa y aplicar las sanciones correspondientes”.

que “velar por la garantía y efectiva satisfacción de la legalidad, esto es, la obediencia del Derecho” y ello “no se frustra por el hecho de que, luego de concluida la misma, no se inicie un procedimiento sancionador”²⁸. Ello en contraposición a la potestad sancionatoria definida como “la situación de poder (...) que faculta a la Administración Pública para infligir un mal a los ciudadanos (...) cuando éstos infrinjan una orden o prohibición definida en una norma legal, previa determinación de la culpabilidad del imputado, mediante el debido procedimiento administrativo”²⁹.

Por ende, somos de la opinión que mal podría la Administración, en un procedimiento destinado a la mera investigación y comprobación de hechos para determinar la verdad, proceder a la imposición de sanciones toda vez que ello no solo atenta contra la finalidad propia de la actividad que ella estaría llevando a cabo sino que pondría en entredicho las garantías de los particulares en materia de derecho sancionatorio al generársele un perjuicio -fundamentalmente económico- sin que estos tengan la oportunidad de defender sus derechos valiéndose para ello de lapsos y medios adecuados³⁰.

Este planteamiento parte de una noción o principio fundamental del derecho sancionatorio como lo es la culpabilidad (y su contraparte: la presunción de inocencia), requiriéndose que la Administración lleve a cabo un procedimiento administrativo en el cual se constate la existencia de una infracción, se

28 Serviliano Abache Carvajal: “‘Forma y tiempo’ de la potestad administrativa de investigación”. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*. N° 3. Universidad Monteávila. Caracas, 2014, pp. 13-46. Disponible en <http://goo.gl/A41Q2x> [consultado: 05-01-2018]. Sobre la potestad de inspección en general véase José Bermejo Vera: “Los principios ordenadores de la facultad de inspección de las administraciones públicas”. *Derecho administrativo iberoamericano*. Tomo I. Ediciones Paredes. Caracas, 2007, pp. 551-570.

29 José Peña Solís, Op. cit., p. 72.

30 El tema, respecto a las sanciones en general, es tratado a profundidad en José Peña Solís, Op. cit., y Alejandro Nieto: *Derecho administrativo sancionador*. Segunda edición ampliada. Tecnos. Madrid, 1994.

determine su autoría –signada por la voluntariedad del infractor dada la inexistencia de la llamada responsabilidad objetiva, en la cual se sanciona por el simple resultado– y, en consecuencia, se procede a imponer la sanción de ley sirviendo el procedimiento, a su vez, para determinar el alcance de esta última.

Así, al permitir el DRVF-LOPJ que un inspector imponga sanciones por el incumplimiento de formalidad en ausencia absoluta de un procedimiento, no cabe duda que se estarían vulnerando estos principios que deben regir la potestad sancionatoria de la Administración y que, como tales, sirven de cota a fin de impedir los abusos de autoridad y, consecuentemente, garantizan el goce de los derechos a los particulares previstos en la CRBV y el resto del ordenamiento jurídico.

2. El binomio ilícito-sanción para la protección de los consumidores y el artículo 49 de la CRBV

Como indicamos en el acápite anterior, la potestad sancionatoria en materia de protección al consumidor corresponde a la SUNDDE. En este sentido, los supuestos de hecho que darán pie a su ejercicio se encuentran parcialmente determinados en el artículo 33 del DRVF-LOPJ según el cual “se consideran infracciones el incumplimiento de formalidades establecidas por este Decreto Ley, o por las normas de rango sublegal que lo desarrollaren, así como las acciones u omisiones que violen, menoscaben, desconozcan o impidan a las personas el ejercicio de los derechos”.

Pues bien, aquí encontramos otra violación al principio de legalidad y al debido proceso –en particular, en cuanto al mandato de tipicidad recogido en el numeral 6 del artículo 49 de la CRBV³¹– ya que, por un lado, se quebranta el “binomio ilícito-

³¹ La norma establece que “[n]inguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”.

sanción”³² y, por el otro, el legislador nacional –recordemos, el Presidente de la República– determinó que por vía sublegal podrían establecerse nuevas infracciones³³, así como que cualquier acción u omisión que atentara contra “el ejercicio de los derechos” de las personas también constituiría un supuesto a ser determinado y sancionado por la SUNDDE³⁴.

32 Véase Adolfo Carretero Pérez y Adolfo Carretero Sánchez: *Derecho administrativo sancionador*. Segunda edición. Editoriales reunidas. Madrid, 1995, p. 174. Según los autores, la sanción administrativa no puede estudiarse sola sino junto a la infracción que la genera por lo que no existiría una infracción sin una sanción o viceversa. En este sentido, cuando la norma precisa que un hecho será merecedor de sanción (consecuencia jurídica), pero no especifica cuál es la infracción (supuesto de hecho), se rompe tal binomio y, en consecuencia, la norma resultaría inaplicable.

33 El tema de la colaboración reglamentaria es tratado ampliamente por la doctrina que indica que a través de estos actos no se puede innovar en materia sancionatoria sino que se procede es a complementar una ley preexistente en pro de su desarrollo y ejecución, brindando un elemento técnico que sirve de baremo. Véase José Peña Solís, *Op. cit.* y Alejandro Nieto, *Op. cit.* A nivel jurisprudencial, véase la decisión de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 06-03-1997 (caso CIF, S.A.). En la materia resulta de relevancia, adicionalmente, el artículo 10 de la LOPA según el cual “[n]ingún acto administrativo podrá crear sanciones, ni modificar las que hubieran sido establecidas en las leyes”, entendiendo por tales actos “toda declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la Ley, por los órganos de la administración pública” (artículo 7 *eiusdem*).

34 Si bien el artículo no lo precisa, entendemos que la frase remite al artículo 7 del decreto ley que enlista “los derechos de las personas en relación con los bienes y servicios, declarados o no de la cesta básica o regulados”, entre los cuales se encuentra el contar con bienes y servicios de calidad; la información adecuada sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado; la protección contra la publicidad engañosa; la reparación e indemnización por daños y perjuicios, por deficiencias y mala calidad de bienes y servicios; la protección en los contratos de adhesión; entre otros. No obstante lo indicado, la disposición no deja de servir de ejemplo para demostrar la escasa técnica legislativa del decreto ley al incluir una disposición que no brinda ninguna seguridad jurídica al administrativo pues, conforme a ella, cualquier actuar que la SUNDDE considere lesivo podrá ser sancionado.

En este sentido resulta oportuno recordar que el principio de legalidad³⁵, como una de las bases de la actividad administrativa, posee un *halo material* –referido a que la predeterminación normativa ofrezca un grado de certeza suficiente sobre la infracción y la sanción– y un *halo formal*, que exige la existencia de una norma escrita y con rango de ley.

Basados en tal concepción, no hay duda que el DRVF-LOPJ viola abiertamente este principio en lo que se refiere a la determinación de las infracciones y las sanciones en materia de protección al consumidor –presupuestos, a su vez, del procedimiento administrativo sancionatorio– ya que la norma ni ofrece un grado de certeza en relación al binomio comentado, ni se encuentra en consonancia con el sentido formal del postulado al estatuir que la regulación sancionatoria podrá darse por actos de rango sublegal.

Ello en el entendido que toda restricción a la libertad del particular solo puede ser impuesta por su representante legítimo (a saber, el Poder Legislativo) y lo previsto en el artículo 117 de la CRBV –ya citado *in extenso*– según el cual la materia de protección a los consumidores –con inclusión específica de “las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos”– debe ser establecida por “[l]a ley”³⁶. Término que

35 Véase Gonzalo Pérez Luciani: *El principio de legalidad*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2009 y, Antonio Moles Caubet: *El principio de legalidad y sus implicaciones*. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1974. Para el último autor, el principio de legalidad como “proposición fundamental que condiciona todo un sistema de Derecho” y que, como tal, “admite deducciones pero no contradicciones”, comporta un espacio delimitado donde solo interviene la ley, la existencia de un orden prelativa de normas que se encuentran subordinadas a la ley, la selección de la norma que aplica al caso concreto y la determinación de los poderes que la norma confiere a la Administración.

36 Al respecto traemos a colación el fallo N° 2641/2003 (caso: Inversiones Parkimundo C.A.) de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia donde se estipuló que “los Poderes Públicos están habilitados para la regulación –mediante Ley– del ejercicio de la libertad económica, con la finalidad del logro de algunos de los objetivos de ‘interés social’ que menciona el propio artículo. De esa manera, el reconocimiento de la libertad

es definido en el artículo 202 *eiusdem* como “el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador”³⁷.

Así, a pesar de las salvedades formuladas en los párrafos anteriores, es una realidad que –al menos hasta que se produzca una reforma de la norma o se declare su inconstitucionalidad– en Venezuela tendríamos un *catálogo abierto* de infracciones en materia de protección al consumidor pues las que establece el DRVF-LOPJ no serían más que unas dentro de un universo mayor que sería desarrollado por la propia autoridad administrativa llamada a aplicar la norma (es decir, la SUNDDE) que, en la práctica, fungiría como legislativo (al regular la materia por actos de rango sublegal³⁸), ejecutivo (al inspeccionar su cumplimiento) y juez (al sancionar la materialización de una infracción).

económica debe conciliarse con otras normas fundamentales que justifican la intervención del Estado en la economía, por cuanto la Constitución venezolana reconoce un sistema de economía social de mercado”. Disponible en <http://goo.gl/uojmoC> [consultado: 05-01-2018]

- 37 Resulta prudente acotar que basados en esta definición y lo expuesto por Moles Caubet en la obra ya citada, algunos autores afirman que los decretos leyes tampoco son un medio idóneo para el establecimiento de infracciones y sanciones ya que, a pesar de que ellos tienen “rango, valor y fuerza de ley”, no dejan de ser un acto de inferior jerarquía que no puede equipararse a la ley *verdadera* pues las diferencias en cuanto al órgano del que emana (el Presidente de la República en vez de la Asamblea Nacional) y el procedimiento que se sigue para su formación resultan insalvables. Véase al respecto, entre otros, José Silva Bocaney: “Del decreto con rango, valor y fuerza de la ley orgánica de precios justos”. *Revista de Derecho Público*, N° 140. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, pp. 260-268.
- 38 Como ejemplo señalamos la providencia administrativa N° 077/2014, mediante la cual se establece el procedimiento para autorizar las promociones solicitadas ante la SUNDDE (publicada en Gaceta Oficial N° 40.571 del 30-12-2014), y la providencia administrativa N° 070/2015, mediante la cual se regulan las modalidades para la determinación, fijación y marcaje de precios en todo el territorio nacional (publicada en Gaceta Oficial N° 40.774 del 26-10-2015, reimpresa en N° 40.775 del 27-10-2015), pues, en ambas, se incorporaron artículos según los cuales la infracción de sus disposiciones se sancionarán conforme al decreto ley.

Precisado esto se tiene que el DRVF-LOPJ prevé dos grandes grupos de infracciones según estas se refieran al incumplimiento de formalidades³⁹ (artículo 46) o la vulneración de derechos individuales⁴⁰ (artículo 47), siendo la principal diferencia entre ambas –en cuanto al procedimiento administrativo sancionatorio– que las primeras, como adelantamos, serán sancionadas por el funcionario de la SUNDDE que lleve a cabo la inspección o fiscalización en el mismo acto de investigación (artículo 69) mientras que, en el caso de las segundas, cuando de la inspección hubieran indicios de su comisión, “el funcionario o funcionaria actuante remitirá la respectiva acta al funcionario competente para la sustanciación del procedimiento administrativo sancionatorio” (artículo 75).

Es decir, que solo en caso que de la inspección se desprenda la presunta comisión de una de las infracciones previstas en el artículo 47 es que se sustanciará un procedimiento administrativo sancionatorio antes de imponerse la sanción, pues, de lo contrario, la sanción se aplicará “de plano”⁴¹ en el mismo acto de inspección, sin procedimiento administrativo previo ni todo lo que él conlleva⁴².

-
- 39 Entre ellas: incumplir con las formalidades relativas al marcaje de precios (con inclusión del remarcaje y la venta con sobreprecio), no exhibir los avisos exigidos (por materia cambiaria así como sobre los bienes y servicios que ofrece y su precio) y ocultar mercancía disponible en inventario.
- 40 Entre ellas: impedir el acceso a la adquisición de los bienes y servicios, no brindar información sobre los bienes y servicios que comercializa, imposibilitar la reposición o devolución del bien o resarcimiento del daño sufrido y realizar publicidad engañosa.
- 41 Término acuñado por Peña Solís en referencia a la garantía para el particular que deriva de la necesidad de que se lleve a cabo un procedimiento previo –que cumpla con las exigencias del debido proceso– a fin de imponer válidamente una sanción administrativa. Véase José Peña Solís, *Op. cit.*, p. 395.
- 42 Señala la parte *in fine* del artículo 46 que “[e]n caso de incumplir con el pago, se seguirán los trámites del procedimiento administrativo previsto en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica”. Dado que el único procedimiento administrativo que establece el decreto ley –además de lo dicho sobre la inspección y fiscalización– es el “procedimiento administrativo sancionatorio” (desarrollado en la sección segunda del capítulo

Somos de la opinión que esta situación -aunada a los principios generales que rigen la actividad sancionatoria de la Administración que debe estar caracterizada por el mandato de tipificación que exige, por seguridad jurídica, una preeterminación normativa que otorgue un grado de certeza suficiente tanto de la infracción como de la sanción a fin de que el particular pueda ser correctamente motivado por ella- nos obliga a abogar por una reforma del texto normativo en la cual se establezca que el procedimiento administrativo sancionatorio aplicará para la determinación de la responsabilidad del presunto infractor respecto a todos los ilícitos de naturaleza administrativa que prevea la ley -y solo aquellas que prevea el legislador, estándose vedado a la Administración la incorporación de nuevos supuestos- pues, lo contrario, llevaría a ilógicos como los actuales en los que, dado que el legislador limitó la apertura del procedimiento sancionatorio a los casos ya señalados, podría ocurrir el hecho de infracciones o sanciones que carezcan de procedimiento para su tramitación⁴³.

En cualquier caso, y antes de hacer referencias a las sanciones que establece el decreto ley, hemos de indicar que a los grupos ya descritos (artículos 46 y 47 del DRVF-LOPJ) debemos sumarle los delitos que prevé el decreto ley ya que, si bien ellos escapan de nuestro objeto de estudio por no ser materia del Derecho Administrativo, conforme al único aparte del artículo 38 de esta norma, “[l]as sanciones administrativas contenidas

IV del título III), da la impresión que, en el caso de las infracciones previstas en ese artículo, el procedimiento administrativo señalado se abrirá si el particular está en desacuerdo con la sanción que le fue impuesta y, por ende, no procede a cancelar la multa. No obstante, nada dice la norma en caso que la sanción impuesta no sea de multa sino de cierre por 48 horas del establecimiento; que es la otra sanción posible para esas infracciones conforme al mismo artículo.

43 En casos similares la doctrina se pregunta si habría de acudirse a la LOPA como norma general en la materia -asegurándose la SUNDDE de que se cumpliera en cada etapa del procedimiento con el debido proceso- o procedería, por analogía, la aplicación del procedimiento previsto en el decreto ley. Véase sobre ambas posturas, en general, José Peña Solís, *Op. cit.*, pp. 435-443.

en este artículo serán impuestas como sanción accesoria de los delitos en los casos, condiciones y circunstancias establecidas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica”.

Así, en supuestos como el expendio de alimentos o bienes vencidos, la especulación, la importación de bienes nocivos para la salud, la alteración fraudulenta, el acaparamiento, el boicot, entre otros, en adición a la pena de prisión que imponga el juez penal, la Administración podrá imponer sanciones accesorias consistentes en la ocupación o clausura de los establecimientos, multas, la suspensión del Registro Único de Personas que Desarrollan Actividades Económicas (en lo sucesivo, RUPDAE), el comiso de bienes, y la suspensión de los permisos y guías para el transporte y comercialización de mercancías, según sea el caso.

Sobre este punto consideramos oportuno realizar un inciso y referirnos al principio del *non bis in idem* según el cual nadie puede ser condenado dos (o más) veces por un mismo hecho, indicando el foro al respecto que ello “prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procedimientos, sea en uno o más órdenes sancionadores, cuando se dé una identidad de sujetos, hechos y fundamentos y siempre que no exista una relación de supremacía especial de la Administración”⁴⁴.

Este principio, recogido en el numeral 7 del artículo 49 de la CRBV⁴⁵, se presta a confusión en materia del DRVF-LOPJ ya que, aun cuando no hay duda que se están aplicando dos sanciones (por ejemplo, la pena de prisión de 8 a 10 años más

44 Salvador del Rey: *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1990. Citado por Alejandro Nieto, *Op. cit.*, p. 398.

45 Indica la norma que “[n]inguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente”.

la sanción administrativa de ocupación temporal por acaparamiento) en dos procedimientos distintos (ante el juez penal y ante la SUNDDE), existiendo una identidad de sujeto (la empresa "X") y de hecho (restricción de la oferta del bien "Y"), quedaría por determinarse si ambas sanciones comparten el mismo fundamento. Es decir, si protegen el mismo bien jurídico.

Sin pretender ahondar en la figura⁴⁶, podemos sostener que en el caso del decreto ley esta identidad resulta clara cuando constatamos no solo que la sanción penal y administrativa se encuentran previstas en la misma norma, sino que ambas forman parte de un mismo artículo –en el caso del acaparamiento que hemos tomado como ejemplo, el 52– que, sin lugar a equívocos, pretende proteger un mismo bien jurídico: “el acceso de las personas a bienes y servicios a precios justos, que conlleven a la satisfacción de sus necesidades en condiciones de justicia y equidad, con el fin de proteger los ingresos de las ciudadanas y ciudadanos” (artículo 1); por lo que se materializaría una nueva violación al debido proceso constitucional⁴⁷.

46 Para un estudio pormenorizado de ella véase Alejandro Nieto, *Op. cit.*, pp. 398-455; Tomás Cano Campos: “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador”. *Revista de Administración Pública*. N° 156. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2001, pp. 191-249; y María Ramírez Torrado: “*El non bis in idem* en el ámbito administrativo sancionador”. *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*. N° 40. Universidad del Norte. Barranquilla, 2013. Los dos últimos disponibles en <https://goo.gl/72hmhX> y <http://goo.gl/27BrFL>, respectivamente [consultado: 05-01-2018].

47 Situación contraria a la narrada sería, por ejemplo, aquellos casos en los que una norma pretende la protección al consumidor y otra lo concerniente a la sanidad (u otro interés jurídico) ya que, a pesar que la situación que motiva a las sanciones es la misma, esta se bifurca en dos supuestos jurídicos diferentes. Así lo sostuvo la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en fallo N° 1362/2012 (caso: American Airlines) al indicar que “el INDEPABIS (...) sancionó a la Sociedad Mercantil recurrente, con fundamento en el deber que tienen los proveedores de servicios en general, de ofrecer un trato no discriminatorio, sin maltratos y humillaciones; mientras que el (...) INAC (...) fundamentó su actuación en una denegatoria de embarque sin justificación (...) ya que tal circunstancia afecta el desarrollo normal de la actividad aeronáutica”. Disponible en <http://goo.gl/27BrFL>.

Asimismo, sobre este tema llama la atención que el artículo 38 del decreto ley indica, como ya dijimos, que en el caso de los delitos previstos en él las sanciones administrativas “serán impuestas como sanción accesoria”⁴⁸. Por ello, y partiendo de la máxima lo accesorio (sanción administrativa) sigue la suerte de lo principal (sanción penal), pareciera ser que el Presidente de la República al dictar el decreto ley se acercó a la postura española en materia de derecho sancionatorio dado que, en dicho país, la vía penal tiene prevalencia sobre la vía administrativa cuando un hecho es sancionado por ambas autoridades⁴⁹.

No obstante, tal *acercamiento* no parece ser absoluto pues, lejos del pronunciamiento penal condenatorio impedir la aplicación de una sanción administrativa –como ocurre en el derecho señalado– lo que ocurre es que esta última se hizo depender de la primera en el sentido –pareciese– que si la sentencia es condenatoria, se podrá imponer la sanción como accesoria y, en caso de ser absolutoria, le estaría vedado a la Administración imponer sanción alguna.

Producto de tal declaratoria –y a pesar de que, en nuestro criterio, ello comporta una violación al *non bis in idem* pues hay una duplicidad de sanciones y un único hecho– en caso de sentencia condenatoria, al no ser competencia del juez penal la

gl/kHG3y2 [consultado: 05-01-2018]. Nótese que autores como Peña Solís se oponen a esta posibilidad al afirmar que “visto que la Administración persigue un único interés, que es el general, no existe ninguna posibilidad de invocar la matización o la segmentación de ese interés para sancionar más de una vez en el orden administrativo, por los mismos hechos, a una persona”. Véase José Peña Solís, *Op. cit.*, p. 241.

48 La accesoriedad es definida por la doctrina en relación a las sanciones como aquellas que “no pueden aplicarse en forma autónoma, sino dependiendo de otra principal, a la que por disposición de ley van unidas, cumpliéndose, bien durante la ejecución de aquélla, bies después de ejecutada”. Véase Francisco Blasco Fernández de Moreda: “Penas accesorias”. *Enciclopedia Jurídica Omeba*.

49 Véase Alejandro Nieto, *Op. cit.*, pp. 398-455; y Tomás Cano Campos, *Op. cit.*

imposición de sanciones administrativas, el asunto deberá ser remitido a la SUNDDE⁵⁰ para que esta inicie un procedimiento administrativo en el que se traiga la sentencia penal como elemento de convicción ya que, de no hacerse así –es decir, si se aplicase la sanción administrativa *de plano*–, se contraría el debido proceso en sede administrativa dado el resultado ablatorio que tendría el acto administrativo a ser dictado⁵¹.

Finalmente, y antes de adentrarnos en el *iter procedimental* en materia de protección al consumidor, hemos de señalar cuáles son las sanciones que establece el DRVF-LOPJ, entendiendo por tales a las medidas represivas que impone la Administración al particular, en virtud de una previsión legal, que pueden incidir de manera desfavorable sobre su esfera patrimonial o el ejercicio de su actividad económica y profesional, con el fin de garantizar el cumplimiento de la legalidad y la tutela de los intereses generales que ella gestiona⁵².

En este sentido, conforme al artículo 38 del decreto ley, serán sanciones administrativas “aplicables en los casos de determinación de infracciones”, la multa, el cierre u ocupación temporal –esta última hasta por 180 días–, la suspensión temporal en el RUPDAE⁵³, la cláusula, el comiso de los bie-

50 Así lo reconoce el decreto ley en algunos casos de modo expreso al indicar que es ella quien “podrá imponer la sanción”. Véanse, por ejemplo, los artículos 48 (expendio de alimentos o bienes vencidos), 50 (importación de bienes nocivos para la salud) y 51 (alteración fraudulenta).

51 Muestra de la necesidad de este procedimiento es que la suspensión del RUPDAE, aplicable como sanción accesoria a la mayoría de los delitos que prevé la ley, opera de 3 meses a 10 años según la “gravedad del caso” (artículo 39); por lo que consideramos que tal decisión no podría ser tomada por la Administración de forma *arbitraria y unipersonal* sino que deberá ser el resultado de un procedimiento administrativo en el cual el afectado tenga la oportunidad de defenderse y plantear todo aquello que considere favorece su pretensión, a fin de que tales argumentos sean luego tomados en cuenta por la Administración al momento de decidir.

52 Véase Miguel Sánchez Morón, *Op. cit.*, pp. 681-682.

53 Conforme al único aparte del artículo 19, la inscripción en este registro “es requisito indispensable, a los fines de poder realizar actividades económicas y comerciales en el país”. Dicho registro, además, es exigido por

nes objeto de la infracción o de los medios con los cuales se cometió⁵⁴ y la revocatoria de concesiones, licencias, permisos o autorizaciones “emitidas por órganos o entes del Poder Público Nacional”⁵⁵.

De todas estas sanciones, solo el “cierre de almacenes, depósitos o establecimientos por un plazo de cuarenta y ocho (48) horas o multa entre quinientas (500) y diez mil (10.000) Unidades Tributarias” –en caso de infracciones por incumplimiento de formalidades– y la “multa de quinientas (500) hasta treinta mil (30.000) Unidades Tributarias” –en caso de vulneración de derechos individuales– tendrán carácter de sanción principal pues, el resto, operará únicamente como sanciones accesorias de los delitos que prevé la ley conforme a lo ya dicho en párrafos anteriores.

No obstante la afirmación anterior resulta prudente advertir que buena parte de estas sanciones podrán ser adoptadas por la SUNDDE como medidas preventivas “[e]n cualquier

la normativa cambiaria para acceder al mercado de divisas por lo que no cabe duda de la gravedad operacional de la medida.

54 En el decreto ley de enero de 2014 el supuesto era previsto como “[c]onfiscación de bienes, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. Resulta prudente acotar que según el artículo 116 constitucional, “[n]o se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución”, determinando luego que ella procederá solo “mediante sentencia firme” y sobre “los bienes de personas (...) responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes”.

55 Sobre esta última sanción compartimos la opinión de Alejandro Gallotti para quien, por paralelismo de las formas, la revocatoria procedería únicamente respecto a los permisos emanados de la SUNDDE pues, dicho órgano, sería incompetente para pronunciarse sobre los efectos jurídicos de un acto administrativo dictado por otra autoridad, a pesar de que este pueda incidir en materia de protección al consumidor. Véase Juan Alfonzo Paradisi, Alejandro Gallotti y Carolina Soltedo Silva. *Ánalisis jurídico económico y financiero de la ley orgánica de precios justos y de la normativa complementaria*. FUNEDA. Caracas, 2014, pp. 82-86.

grado y estado del procedimiento" (artículos 70 y 84 del DRVF-LOPJ). Tal como veremos de seguida al desarrollar cómo se lleva a cabo el procedimiento administrativo sancionatorio ante este órgano de la Administración Pública Nacional.

III. EL ITER PROCEDIMENTAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

El procedimiento administrativo es definido por la doctrina clásica como "el conjunto de actos preparatorios o de trámite que han de culminar en la decisión de la autoridad administrativa competente sobre la cuestión de fondo que le corresponde resolver"⁵⁶.

Más recientemente, autores como Araujo-Juárez sostienen que este procedimiento consiste en "una pluralidad de actos jurídicamente regulados *a priori*, que guardan entre sí una relación de coordinación o concurrencia, de modo que cada uno de ellos es presupuesto de validez de los posteriores –excluido el último, naturalmente– y, éstos, a su vez, condición de la eficacia de los anteriores"⁵⁷.

Así, a través de este conjunto o pluralidad de actos no solo se "delimita el cauce y forma de actuación del Estado para el logros de sus fines esenciales"⁵⁸, sino que se garantizará la participación del interesado en la defensa de sus derechos y, como tal previsión estará consagrada en una ley previa y escrita, permitirá tanto a la Administración como al particular conocer en cuál *etapa* o *momento* se encuentran y con qué cargas deben cumplir. Todo lo cual facilita el desenvolvimiento de la Administración y, lo que puede llegar a ser más importante,

56 Eloy Lares Martínez: *Manual de derecho administrativo*. Quinta edición. Universidad Central de Venezuela Caracas, 1983, p. 669.

57 José Araujo-Juárez: *Derecho administrativo parte general*. Ediciones Paredes. Caracas, 2010, p. 826.

58 Alejandro Gallotti: *El derecho a la defensa en sede administrativa*. FUNEDA. Caracas, 2013, p. 223.

impide que se tome una decisión *de plano* pues, en todo proceso que esté dotado de naturaleza ablatoria⁵⁹ habrá de garantizarse –aún más– que el particular sea oído y que la decisión que tome la autoridad administrativa responda a lo alegado y probado en autos.

En este sentido, y a pesar de que el DRVF-LOPJ no realiza tal esquematización, de seguida pasamos a precisar las diferentes etapas en las que se desenvuelve el procedimiento sancionatorio en materia de protección al consumidor tomando como parámetros las fases del procedimiento administrativo ordinario: iniciación, sustanciación y terminación.

1. Fase de iniciación

Conforme al artículo 77 del DRVF-LOPJ, “[e]fectuada la apertura del procedimiento, la funcionaria o el funcionario competente ordenará la notificación a aquellas personas a que hubiera lugar, para dar inicio al procedimiento sancionatorio”.

Vista la disposición citada resulta oportuno recordar que tal *apertura* podrá ocurrir por tres supuestos distintos, a pesar de la vaguedad que se ciñe sobre ellos en el decreto ley:

- A. Por la inconformidad del particular ante la sanción impuesta por el inspector de la SUNDDE al constatar este último el incumplimiento de formalidades (artículo 46).
- B. Por la remisión que efectúe el inspector de la SUNDDE al constatar indicios de la comisión de una de las infrac-

⁵⁹ Conforme al foro, el término responde a los procedimientos en los cuales un sujeto sufre, por razones de interés público, privaciones tales como la pérdida del derecho de propiedad sobre una cosa, la indisposición de un bien o la imposición de prestaciones de dar. Véase Hildegard Rondón de Sanso: *El procedimiento administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1976, pp. 48-49.

ciones previstas en el artículo 47 del decreto ley (artículo 75).

C. Por la sentencia condenatoria de un juez penal que pueda dar origen a alguna de las sanciones accesorias que prevé el decreto ley y que corresponda aplicar a la SUNDDE.

En todos estos casos el decreto ley exige que se ordene la notificación de los implicados. Lo que se realizará conforme a lo previsto en la LOPA –dado su carácter supletorio y la ausencia de regulación del tema en el DRVF-LOPJ– siendo importante destacar que dicha actuación *trabará la litis* pues impedirá una nueva imputación de cargos dentro del mismo procedimiento.

Sobre esta fase, aun cuando ella parece ajustada a derecho pues se encuentra en armonía con lo previsto en el numeral 1 del artículo 49 de la CRBV según el cual “[t]oda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga”, resulta oportuno indicar que en el procedimiento de inspección y fiscalización –que será el presupuesto de los dos primeros casos y que se iniciará de oficio o por denuncia de interesado- la notificación “se efectuará en alguno de los responsables o representantes de los sujetos de aplicación”, siendo que “la ausencia de la interesada o interesado o sus representantes, o la imposibilidad de efectuar la notificación, no impedirá la ejecución de la inspección ordenada, dejándose constancia por escrito de tal circunstancia, entregando copia del acta y la notificación al que se encuentre en dicho lugar” (artículo 65 del decreto ley).

Traemos a colación esta disposición ya que, si bien un estudio detallado de tal procedimiento rebasaría nuestro objeto de estudio, no deja de ser preocupante cómo un actuar que tiene por objeto “determinar la verdad de los hechos o circunstancias, que permitan conocer la conformidad o incumplimiento de los deberes impuestos por este Decreto con Rango, Valor

y Fuerza de Ley Orgánica, los responsables, el grado de responsabilidad y, de ser procedente, el daño causado" (artículo 66 *ejusdem*), y cuyas resultas –es decir, el acta que levante el inspector– podrán dar paso a la apertura de un procedimiento administrativo sancionatorio (o a la mismísima imposición de la sanción, como ya fue comentado), y ser traídas como elementos de convicción a dicho procedimiento amparadas en la *presunción de legalidad* de los actos administrativos⁶⁰, puede darse sin que en él tenga participación el afectado pues su notificación, en la práctica, no será más que un formalismo que quedará satisfecho con el mero aviso "al que se encuentre en dicho lugar", independientemente de con qué calidad esa persona se *encuentre* ahí.

Motivado a ello es que sostenemos que aun cuando el procedimiento administrativo sancionatorio iniciaría con las notificaciones a que haya lugar, no deja de ser una realidad que el involucrado podría ver vulnerado su derecho a la defensa con anterioridad en caso que el acto que motivó el inicio de este procedimiento se emitiese, a su vez, en inobservancia del debido proceso.

2. Fase de sustanciación

Una vez efectuadas las notificaciones de ley, la SUNDDE contará con 3 días hábiles para, mediante auto, fijar el día y hora en que tendrá lugar la audiencia de descargos. En esta audiencia –a ser celebrada dentro de los 5 días siguientes al lapso anterior– "el presunto infractor podrá, bajo fe de juramento, presentar sus defensas, negar o admitir los hechos que se le atribuyen de manera escrita u oral, y promover y exhibir las pruebas que estime pertinentes" (primer aparte del artí-

60 Sobre la presunción de legalidad en general, véase Serviliano Abache Carvajal: *La atipicidad de la presunción de legitimidad del acto administrativo y la carga de la prueba en el proceso tributario*. Editorial Jurídica Venezolana y FUNEDA. Caracas, 2012.

culo 78), dejándose constancia de tal participación en el acta respectiva.

En este sentido, el acta indicada podrá recoger cuatro situaciones según sea la actividad que desarrolle el particular en la audiencia:

- A. Si en virtud de los alegatos y pruebas presentadas por el presunto infractor la SUNDDE estimase que los hechos imputados no revisten carácter ilícito, o no le fueren imputables a tal sujeto, el acta será “de conformidad” y se pondrá fin al procedimiento (artículo 79 del DRVF-LOPJ).
- B. Si el presunto infractor aceptase los hechos que lo son imputados, la SUNDDE tomará tal situación como atenuante, emitirá un acta de “admisión de los hechos” y dictará –dentro de los 10 días siguientes- el acto conclusivo imponiendo la sanción a la que haya lugar poniendo así fin al procedimiento (artículo 80 ejusdem).
- C. Si el presunto infractor aceptase solo parte de los cargos o la SUNDDE declarase una conformidad parcial, el acta a ser emitida será de “descargo parcial”. En este caso, el procedimiento culminará para los hechos admitidos o conformes –según lo dicho en párrafos anteriores- pero continuará respecto al resto (artículo 81 del decreto ley).
- D. Si el presunto infractor negase todos los hechos y la SUNDDE considerase que no opera la conformidad respecto a ninguno de ellos, el acta será de descargo total y se seguirá con el procedimiento administrativo.

En los casos identificados como “C” y “D” –es decir, en los que continúa el procedimiento- señala el decreto ley que al día siguiente de la audiencia se abrirá un lapso probatorio de 5

días hábiles para que se evacuen las pruebas que promovidas en dicha audiencia, “o cualquier otra que considere pertinente la persona a quien se le sigue el procedimiento” (artículo 82). Asimismo, la norma indica que la SUNDDE podrá acordar una prórroga de 10 días hábiles en “casos de especial complejidad” para “practicarse otras pruebas o ensayos que juzgue conveniente” y que, luego de vencidos tales lapsos, podrán dictarse autos para mejor proveer.

Sobre este lapso probatorio –que no se abrirá si la cuestión es de mero derecho⁶¹– conviene hacer algunas precisiones:

En primer lugar hemos de señalar que la norma parece encontrarse en consonancia con el principio de informalismo a favor del particular, entendido como una “laxitud en la aplicación de las normas procedimentales respecto del administrado evitando que las formas se conviertan en una trampa que le eviten el ejercicio de un derecho”⁶².

Lo anterior se puede observar cuando, a diferencia de lo que ocurriría en un proceso ante la jurisdicción contencioso administrativa, es posible que en sede administrativa se evacuen pruebas que no fueren promovidas en la oportunidad respectiva (la audiencia de descargos), materializándose así el llamado principio de la flexibilidad probatoria según el cual, dado que “la preclusión no rige en el procedimiento administrativo con el mismo rigor que en el proceso civil (...) es posible aportar pruebas en cualquier momento al igual que las alegaciones, siempre y cuando no hubiera recaído decisión definitiva que ponga fin al procedimiento”, por lo que “ha de entenderse que tanto los interesados como la Administración,

61 La regulación, prevista en el último aparte del artículo 82, guarda relación con el principio de economía procedural que tiende a la racionalización de la conducta administrativa para alcanzar un rendimiento más eficiente y veloz. Véase Hildegard Rondón de Sanso, *Op. cit.*, pp. 95-97.

62 Salvador Leal Wilhelm: *Teoría del procedimiento administrativo*. Segunda edición. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2014, p. 60.

pueden promover y evacuar pruebas durante todo el período de tramitación o sustanciación del procedimiento”⁶³.

En igual sentido, el decreto ley recoge el principio de libertad probatoria ya que, según su artículo 83, “podrán invocarse todos los medios de prueba”, siempre que no sean impertinentes o ilegales, debiendo estas ser debidamente valoradas por la Administración conforme a las reglas de la sana crítica⁶⁴.

No obstante lo anterior, conviene recordar que la carga de la prueba en este y cualquier procedimiento administrativo sancionatorio no recaerá sobre el presunto infractor sino en la Administración, ya que el primero se encuentra amparado por la presunción de inocencia prevista en el numeral 2 del artículo 49 de la CRBV⁶⁵ y, como tal, no se encuentra obligado a *probar su inocencia* pues es la Administración quien debe *demonstrar su culpabilidad*⁶⁶.

Hacemos la acotación anterior dado que, como indicamos en las primeras páginas de este trabajo, el procedimiento sancionatorio en materia de protección al consumidor parece haberse descarrilado de su función principal (defender el derecho constitucional de las personas de disponer de bienes y servicios de calidad) para enfocarse únicamente en un aspecto económico de tal protección (los precios) y, en consecuencia, trata con absoluta animadversión a los comerciantes quienes

63 Henrique Meier: *El procedimiento administrativo ordinario*. Editorial Jurídica Alva. Caracas, 1992, p. 231. Véase también Hildegard Rondón de Sanso, *Op. cit.*, pp. 97-98.

64 Henrique Meier, *Op. cit.*, pp. 282-288.

65 Indica la norma que “[t]oda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”.

66 Véase, entre otros, Henrique Meier. *Op. cit.*, pp. 242-251. Según el autor la carga de la prueba funge como imperativo del propio interés de la Administración ya que ella “no es un sujeto imparcial, e independiente, que decide la pretensión de una parte frente a otra, es decir, no es sujeto extraño a la litis y cuya función es decidir conforme a lo actuado en probado en autos; es, por el contrario, en la mayoría de los casos, una parte interesada en la relación jurídica debatida”.

son considerados *-de facto-* como *explotadores perversos y apátridas* que difícilmente puedan comulgar con la noción de inocencia, al menos según la propia redacción del decreto ley y su exposición de motivos.

Esta afirmación no es meramente académica o de principio, sino que tiene basamento jurídico formal y material. Basta recordar que en los casos de las infracciones del artículo 46 del decreto ley, la sanción será impuesta automáticamente por el funcionario de la SUNDDE que lleve a cabo la inspección –sin que medie el procedimiento y los principios a los que nos hemos referido a lo largo de esta colaboración– y, solo si el sujeto catalogado por tal órgano administrativo como infractor no está de acuerdo, es que se abrirá un procedimiento administrativo en el cual no podremos considerar a ese individuo como inocente –a pesar de que lo sea y cuente con tal presunción constitucional a su favor– pues ya existirá una sanción impuesta sobre su cabeza y el procedimiento, a través del cual se supone que la Administración valoraría las razones de hecho y de derecho que puedan o no dar lugar a la infracción y su sanción, quedaría relegado prácticamente a una *segunda instancia* que podrá confirmar, modificar o revocar la sanción; ya que en el proceso de inspección se habría *probado* tal culpabilidad y sancionado en consecuencia, tergiversándose así la relación causa-efecto del procedimiento administrativo.

3. Fase de terminación

Finalmente, una vez cumplido el lapso probatorio –o la audiencia de descargos, si la cuestión era de mero derecho– el decreto ley dispone que la SUNDDE contará con 10 días continuos para decidir, pudiendo dicho lapso prorrogarse por un período igual si la complejidad del caso lo requiriese (artículo 85).

Dicho acto administrativo, de carácter conclusivo, no contendrá narrativa ni transcripciones de documentos que cons-

ten en el expediente y deberá exponer, en términos claros y precisos, los hechos u omisiones constatados en la inspección, la apreciación de las pruebas y defensas alegadas, el fundamento de la decisión, las sanciones que correspondan, entre otros⁶⁷.

En este sentido, consideramos oportuno el momento para referirnos a dos de los puntos indicados. A saber: la apreciación de las pruebas y defensas alegadas y la imposición de las sanciones que correspondan.

Respecto al primero hemos de señalar que, conforme al numeral 3 del artículo 49 de la CRBV, “[t]oda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente”.

Este derecho –al contrario de lo que podría llegar a pensarse– no se satisface con la mera previsión legal de tal oportunidad y su materialización práctica sino que, por el contrario, para que pueda hablarse de un verdadero respeto al derecho a ser oído, se requerirá que el acto administrativo por medio del cual la autoridad competente imponga la sanción tome en cuenta dicha participación del particular y decida conforme a lo alegado y probado en autos. Tal es el sentido y alcance que, en nuestro criterio, debe dársele al requisito que establece el numeral 5 del artículo 86 del DRVF-LOPJ según el cual el acto conclusivo deberá indicar la “[a]preciación de las pruebas y de las defensas alegadas”.

67 El artículo 86 del decreto ley menciona, también, el lugar y fecha de emisión, la identificación de las partes en el procedimiento, los recursos que correspondan contra el acto y la identificación y firma del funcionario. Adicionalmente, si del procedimiento se evidencian elementos que presuponen la existencia de delitos de orden público, habrá de indicarse tal circunstancia y se ordenará la remisión de una copia certificada del expediente al Ministerio Público.

Por lo que respecta a la imposición de las sanciones resulta prudente señalar que el artículo 34 del decreto ley enlista los principios que rigen a la misma -incluyendo a la equidad, la proporcionalidad y la racionalidad- y estipula que se considerará “la gravedad de la infracción, la dimensión del daño, los riesgos a la salud, la reincidencia y el valor o volumen de las operaciones del sujeto de aplicación”. Así, de tales principios interesa rescatar el de proporcionalidad ya que es el que podría dar lugar a mayores equívocos y, por lo tanto, tiene un mayor abordaje por parte de la doctrina.

Este principio comporta una doble *aplicación* pues debe ser respetado tanto por el legislador -al momento de tipificar el binomio ilícito-sanción- como por la Administración cuando imponga la sanción, siendo criterios de graduación generalmente aceptados los que señaló el Presidente de la República en el decreto ley: reincidencia, daño causado, entre otros⁶⁸.

De este modo, la proporcionalidad será un límite al actuar discrecional de la Administración al presentarse múltiples opciones sancionatorias para un mismo hecho, suponiendo dicho límite “una correspondencia entre la infracción y la sanción, con interdicción de medidas innecesarias o excesivas”⁶⁹.

Esta proporcionalidad en materia de protección al consumidor se encuentra supedita al tipo de infracción de que se trate pues, si es por incumplimiento de formalidades, la Administración decidirá si lo correcto es el cierre del establecimiento por 48 horas o la multa -y, de aplicarse esta última, cuál será su valor expresado en Unidades Tributarias dentro de los límites establecidos por el legislador-, mientras que, en caso de vulneración de derechos individuales, la proporcionalidad se circunscribirá a la gradación de la multa. En caso de sanciones accesorias a los delitos esta acción quedará supeditada -por

68 Véase Miguel Sánchez Morón, *Op. cit.*, pp. 609-610.

69 Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández: *Curso de derecho administrativo*. Tomo II. La Ley. Buenos Aires, 2006, p. 180.

ejemplo- a determinar la duración de la suspensión del RUP-DAE que va de los 3 meses a los 10 años según la “gravedad del caso”.

En este sentido, la gradación comentada atenderá a la naturaleza del infractor y la necesidad –entendiendo esta última como el grado de restricción de la libertad requerido para preservar el interés general dada la finalidad represiva-preventiva de las sanciones- sin que, por ningún motivo, la sanción pueda configurarse como confiscatoria al privar a la persona del derecho de disponer de sus bienes o impedir su goce y disfrute.

Así, en el caso de las multas dicha gradación resultará sencilla pues el legislador proveyó un listado de atenuantes y agravantes específicos en el artículo 40 del decreto ley que permitirían, basados en el concepto de dosimetría penal según el cual se suman los límites máximos y mínimos y luego se divide el resultado entre dos para obtener la media, sobre la cual se aplicarán los atenuantes y agravantes, determinar la sanción que correspondería al caso concreto⁷⁰.

Pero, en los casos en los que la sanción está dotada de una mayor discrecionalidad (por ejemplo, si aplica una multa o el cierre o por cuánto tiempo durará la suspensión en el RUP-DAE) tales límites no son prefijados por la norma por lo que deberá acudirse a la disposición de principios que invoca la gravedad de la infracción y el volumen de las operaciones del sujeto de aplicación como elementos determinantes del alcance de la restricción a imponerse⁷¹.

70 A manera de ejemplo, como atenuantes se incluyó la iniciativa del sujeto de subsanar el ilícito administrativo y sus bajos niveles de ingreso neto mientras que como agravantes se tiene la reincidencia, el número de personas afectadas y los altos niveles de ingreso neto.

71 Sobre este tema autores como Alejandro Gallotti exponen que la cláusula de los establecimientos, en la mayoría de los casos, no sería una sanción acorde al objeto de la ley si se considera que ello impediría el acceso a los bienes y servicios en ellos ofrecidos de un modo continuo, eficiente e inin-

En cualquier caso, con este acto conclusivo –que podrá o no contener una sanción según se desprenda de lo alegado y probado en autos– culminará el procedimiento sancionatorio en materia de protección al consumidor y se pasará a la fase complementaria de eficacia consistente en la notificación del acto administrativo al sujeto de aplicación –siguiendo nuevamente los requisitos de la LOPA ante el silencio del decreto ley– y su posterior ejecución voluntaria, contando el sujeto con tres días hábiles para ello (artículo 87), o forzosa en caso que la primera no ocurra, pudiendo la SUNDDE proceder, entonces, al “secuestro o embargo de bienes, la prohibición de enajenar y gravar y cualquier otra medida que sea conducente para el cumplimiento de su decisión”, así como “optar por el cobro judicial de las multas no pagadas (...) a través del procedimiento breve previsto en la ley que regula la jurisdicción contencioso administrativa” (artículo 89)⁷².

Así las cosas, una vez dictado el acto conclusivo –y si este es contrario a sus intereses– el sujeto sancionado podrá interponer contra él los recursos administrativos o jurisdiccionales a los que haya lugar⁷³, siendo prudente recordar que, independientemente de la decisión que adopte la Administración, el sujeto no podrá ser sometido a un nuevo procedimiento por los mismos hechos dado lo previsto en el numeral 7 del artículo 49 constitucional, ya mencionado en esta colaboración⁷⁴.

72 terrumpido. Véase Juan Alfonzo Paradisi, Alejandro Gallotti y Carolina Soltedo Silva, *Op. cit.*, p. 61.

73 El procedimiento breve es desarrollado en los artículos 65 a 75 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa publicada en Gaceta Oficial N° 39.447 del 16-06-2010 y reimpresa en N° 39.451 del 22-06-2010.

74 Conforme a la parte *in fine* del numeral 1 del artículo 49, “[t]oda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley”.

75 Nótese que esta prohibición no abarca el supuesto en el cual la SUNDDE, producto de una inspección posterior, determine que hay indicios de la comisión de una nueva infracción y, en consecuencia, se inicie un nuevo procedimiento ya que, en este caso, si bien nos encontramos ante un mismo sujeto y fundamento, el hecho –aunque pueda ser igual a uno que

4. Medidas preventivas

Ya para concluir con el *iter procedimental* en materia de protección al consumidor hemos de referirnos, brevemente, a la facultad que le otorga el decreto ley a la SUNDDE para acordar medidas preventivas “[e]n cualquier grado y estado del procedimiento (...) cuando, a su juicio, exista un riesgo fundado de que la decisión que resuelva dicho asunto no pueda realizarse” (artículo 84).

En este sentido, la SUNDDE podrá dictaminar el comiso preventivo de mercancía (y su “enajenación inmediata con fines sociales”), la ocupación o cierre temporal del establecimiento, la suspensión de permisos emitidos por dicho órgano, el ajuste inmediato de precios y todas aquellas medidas “que sean necesarias para proteger los derechos de las ciudadanas y ciudadanos protegidos” por el decreto ley (artículo 70)⁷⁵.

No obstante la gravedad y el poderío que le concede esta facultad a la Administración, la regulación de su procedimiento –que podría ser catalogado como complejo dado que tiene una autonomía relativa y se da en curso de otro procedimiento administrativo con el cual se encuentra vinculado por su finalidad- resulta bastante exigua en el DRVF-LOPJ ya que, en él, solo se indica que su sustanciación se hará en un cuaderno separado (artículo 71) y que su ejecución quedará asentada en un acta (artículo 72), pudiendo el afectado dentro de los 5 días hábiles siguientes a cuando se dictó la medida ejercer su

ocurrió en el pasado en cuanto a espacio y medios- no compartirá el elemento temporalidad por lo que nada impediría que la Administración iniciase un nuevo procedimiento administrativo.

75 Sobre esta última *opción*, calificada en el foro como una “medida preventiva en blanco”, se afirma que ella no equivale a un poder absoluto y sin límites para la Administración pues la medida que se adopte deberá estar en consonancia con el ordenamiento jurídico vigente, en el sentido de no menoscabar los derechos y garantías de los posibles afectados, y deberá dictarse teniendo como finalidad el asegurar que la decisión del acto conclusivo pueda materializarse. Véase Juan Alfonzo Paradisi, Alejandro Gallotti y Carolina Soltedo Silva, *Op. cit.*, pp. 74-75.

derecho de oposición y solicitar “razonadamente” su revocatoria, suspensión o modificación, luego de lo cual la SUNDDE contará con 5 días hábiles adicionales para dar respuesta (artículo 73). Nada se dice en cuanto a los requisitos que condicionan el ejercicio de esta potestad ni sobre la necesidad de que estas medidas sean proporcionales e idóneas para aquello que se pretende salvaguardar⁷⁶.

Así, esta situación, aunada a que buena parte de las medidas preventivas lejos de tener una naturaleza cautelar tienden a poseer efectos perennes que coinciden –inclusive– con las sanciones que podría adoptar la Administración una vez finalice el procedimiento, terminan traduciéndose en un daño de imposible o difícil reparación en cabeza del particular con la excusa, justamente, de prevenir dicho daño en el colectivo⁷⁷.

La afirmación anterior adquiere fundamento adicional cuando, a través de este actuar, se llega a poner en entredicho el derecho de propiedad de los particulares –consagrado en el artículo 115 constitucional⁷⁸– con medidas tales como el comiso y la ocupación de bienes muebles e inmuebles que, en vez de garantizar las resultas del procedimiento, reiteramos, parecen acercarse más a la imposición inmediata de sanciones sin que se lleve a cabo el procedimiento administrativo; dejando este último como un medio para *confirmar* la medida tomada con-

76 José Peña Solís, *Op. cit.*, pp. 427-434. El autor expone que si bien en cuanto a esta facultad de la Administración no suelen incluirse textualmente estos requisitos, el juicio de valor que realiza esta para el acuerdo de la medida indicada deberá responder al *fumus boni iuris* –que derivará de la existencia del mismo procedimiento en virtud del auto de apertura– y el *periculum in mora* que requerirá “un juicio de certeza acerca del daño que causará la duración del procedimiento a la efectividad de la decisión sancionatoria que se dicte” dado que, de no tomarse la medida, esta “se tornaría inejecutable, o su ejecución resultaría inútil”. En caso contrario, el autor indica que estaríamos ante un “adelanto de la ejecución de la sanción”.

77 Véase Juan Alfonzo Paradisi, Alejandro Gallotti y Carolina Soltedo Silva, *Op. cit.*, pp. 69-77.

78 Según este artículo, “[s]e garantiza el derecho de propiedad” y “[t]oda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes”.

tra el *enemigo* (el comerciante que ejerce su libertad económica) desconociendo, así, el derecho a la defensa que es inviolable en todo estado y grado de la investigación y del proceso⁷⁹.

Todo ello, tal como dijimos al inicio de este trabajo, en concordancia con la finalidad de este decreto ley supuestamente llamado a proteger a los consumidores pero que en realidad pretende es, como el mismo lo reconoce, consolidar el orden económico socialista.

CONCLUSIONES

1. El procedimiento administrativo sancionatorio en materia de protección al consumidor en Venezuela se remonta al año 1974, cuando fue promulgada la Ley de Protección al Consumidor.
2. Desde la década de los setenta hasta el año 2014 se mantuvo en el ordenamiento jurídico venezolano la noción de que el procedimiento administrativo fungía como el mecanismo a través del cual la Administración Pública manifestaba su voluntad y determinaba, según las condiciones del caso, si el presunto infractor cometió o no una infracción y, en consecuencia, si aplicaba o no una sanción.
3. Con la entrada en vigencia del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos en enero del año 2014 y su posterior reforma de noviembre del mismo

79 La afirmación no es meramente hipotética pues en la prensa nacional y regional abundan las publicaciones en las que se señala que, como “medida preventiva” la Administración optó por comisar y ocupar los bienes de determinadas empresas impidiendo que estas siguieran con sus actividades ordinarias. Véase, por ejemplo, Noticia al día (2016, 16 de febrero). “Expropian producción de atún a empresa de Barquisimeto para llevarse la mercancía al oriente del país”. Disponible en <http://goo.gl/y2ikR0> [consultado: 05-01-2018].

año, se produjo un cambio de paradigma pues, contrario a toda lógica, se invirtió la relación causa-efecto del procedimiento y la sanción. En tal virtud, esta última tendría una aplicación inmediata al constatarse la falta y el procedimiento administrativo quedaría relegado a un mecanismo para que el particular manifestase su desacuerdo con la medida.

4. Esta irregularidad se atenuó con el decreto ley homónimo del año 2015 pero solo respecto a las llamadas “infracciones por vulneración de derechos individuales” ya que, por lo que respecta a las “infracciones por incumplimiento de formalidades”, las mismas siguen siendo impuestas en ausencia de procedimiento administrativo y este se abre, únicamente, si el administrado rechaza la sanción.
5. El decreto ley viola la reserva legal pues estatuye que por vía sublegal (reglamentos, providencias, resoluciones y demás actos generales) podrán establecerse nuevas infracciones, cuando la colaboración reglamentaria doctrinal y jurisprudencialmente es entendida como un mero complemento técnico de la norma. Asimismo, y conforme a la posición de diversos autores a la cual nos adherimos, el decreto ley en sí mismo comporta una violación a esta reserva ya que toda restricción a la libertad de los particulares debe ser impuesta por su representante legítimo mediante ley formal y el Presidente de la República, así cuente con una habilitación para ello, ni es ese representante legislativo ni dicta leyes en sentido formal.
6. En igual sentido, el decreto ley menoscaba el principio de legalidad como garantía material y formal ya que no ofrece una predeterminación normativa con grado de certeza suficiente sobre las infracciones y su sanción, ni

se trata de un acto que tenga rango de ley en los términos que prevé la Constitución de la República.

7. Por lo que respecta al mandato de tipificación resulta claro que el decreto ley viola abiertamente al mismo ya que incumple con el llamado binomio ilícito-sanción al establecer que las infracciones que él prevé no son las únicas pues, por un lado, la autoridad en la materia podrá determinar otras por vía sublegal y, por el otro, toda actividad que se considere contraria a la defensa de los derechos de los consumidores también será objeto de sanción. En este sentido, la norma no posee un grado de precisión tal que prive al operador jurídico del ejercicio arbitrario de su labor sino que, más bien, facilita la desviación de poder al dársele un *cheque en blanco* para que este juzgue según le convenga cuáles supuestos son sancionables, cuáles no, y cuándo procede tal sanción.
8. Por lo que respecta al principio de culpabilidad, el decreto ley prevé la responsabilidad solidaria y tienda a la responsabilidad objetiva ya que considera que basta la constatación del incumplimiento en una inspección para que proceda la sanción, desconociendo así la teoría administrativa al respecto según la cual la Administración debe demostrar la voluntariedad del presunto infractor en virtud del derecho a la defensa, la presunción de inocencia y que la carga de prueba no recae sobre el particular.
9. En cuanto al principio de proporcionalidad, entendido como la adecuación entre la infracción y la norma, si bien se aprecia una tendencia legislativa al aumento progresivo de las sanciones incrementando, por ejemplo, los límites máximos de las multas, bajo la ilusión de que ello conlleva por sí solo al mayor respeto del ordenamiento jurídico, podemos indicar que el decreto ley ofrece principios y postulados que servirán de

agravantes y atenuantes a fin de lograr que la sanción impuesta por la Administración guarde relación con la infracción. No obstante, resulta prudente recordar que la imposición de estas sanciones debe atender a criterios materiales, y no meramente formales, a fin de evitar que tengan naturaleza confiscatoria.

10. El decreto ley incorpora una flagrante violación al principio del *non bis in idem* ya que prevé dos sanciones a un mismo sujeto por un mismo hecho, basadas en el mismo fundamento: la protección al consumidor. En este sentido, si bien el legislador indica que la sanción administrativa será accesoria de la penal, se considera que ello no es óbice para sostener la contrariedad a derecho señalada dado que este principio no se encuentra limitado a que las sanciones sean del mismo orden o naturaleza.
11. La norma calla respecto al principio de prescripción por lo que sería necesario acudir a las construcciones doctrinales que sobre el mismo formula la doctrina y, según las cuales, habrían de aplicarse los lapsos que prevé la legislación penal para los delitos y las faltas –o las normas de contenido administrativo que resulten afines– ya que, en este caso, como se trataría de una disposición que obraría en favor del administrado, sí sería procedente la aplicación por analogía.
12. De este modo no resulta errado sostener que, por lo que respecta al debido proceso consagrado en el artículo 49 de la CRBV, el decreto ley viola el derecho a la defensa, el derecho de ser notificado de los cargos por los cuales se le investiga (en el caso que se aplique una sanción de pleno en el procedimiento de inspección, previo a la apertura del procedimiento sancionatorio), la presunción de inocencia, el derecho a ser oído (en especial, cuando se impone la sanción como supuesta medida

preventiva) y los principios recogidos en los aforismos *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege y non bis in idem*, a los cuales ya hicimos referencia.

13. Por tanto, en base a la normativa estudiada, el procedimiento administrativo sancionatorio en materia de protección al consumidor parece haber perdido su finalidad para transformarse en un mecanismo por medio del cual la Administración Pública atenta contra la propiedad privada y la libertad económica de los particulares, amparado *bajo el manto* de la supuesta defensa del derecho de esos mismos particulares de acceder a bienes y servicios de calidad, para así fomentar la “consolidación del orden económico socialista”. Todo ello, en clara contravención del texto constitucional.

LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO EN VENEZUELA

Cecilia Sosa Gómez

Profesora de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de pre y post grado de la Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Arturo Michelena. Miembro de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (2017)

Resumen: *La teoría de la nulidad de Derecho Público ha sido mantenida por el Derecho Constitucional, y su reflexión originaria se sitúa preferentemente en la esfera doctrinal, luego traspasada a la jurisprudencia. Las consideraciones que recoge este artículo sobre la nulidad de Derecho Público pretende llamar la atención ante el cambio profundo en Venezuela con la constitucionalización de las especialidades del Derecho, entre ellas la del Derecho Administrativo. El desafío es reinsertar las nulidades de Derecho Público como criterio restablecedor de la democracia y del estado de derecho y garantía de los derechos humanos.*

Palabras clave: *Teorías de las nulidades, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, control de los Poderes Públicos.*

Summary: *The nullity Theory in the Public Law has been analyzed by the Constitutional Law, basically, through the scholars and the jurisprudence. This article proposes a new approach based on the constitutional basis of the Public Law, including the Administrative Law. The challenge is to restore the nullities in the Public Law as a mechanism to protect democracy, rule of law and human rights.*

Keywords: *Nullity theory, Constitutional Law, Administrative Law, check and balances, judicial review.*

Recibido: 10 de enero de 2018 Aceptado: 20 de febrero de 2018

SUMARIO

Introducción

- I. La nulidad consagrada en la Constitución
 - II. Áreas temáticas de las nulidades constitucionales
 - III. Los efectos de las nulidades de Derecho Público
- Conclusión

INTRODUCCIÓN

El título de este artículo hace pensar que ante una realidad política y social sin Derecho y sin justicia como se vive en Venezuela, qué importancia puede tener retomar algunos temas, como es el que les presento en este artículo, cuya relevancia puede ser propia de un país en que la institucionalidad funciona de acuerdo a los cánones democráticos.

La verdad es que un examen de las nulidades de Derecho Público nos puede colocar en la capacidad de calificar muchos de los hechos que nos rodean con la apariencia de tener legitimidad jurídica, pero que sólo responden políticamente a la instauración de la dictadura que nos rige; por eso me pareció necesario en el marco de la Constitución, determinar cómo la instauración de las vías de hecho, es resultado de aplicar la doctrina de las nulidades de derecho público.

La teoría de la nulidad de Derecho Público ha sido mantenida por el Derecho Constitucional, y su reflexión originaria se sitúa preferentemente en la esfera doctrinal, luego traspuesta a la jurisprudencia. Las consideraciones que recoge este artículo sobre la nulidad de Derecho Público pretende llamar la atención ante el cambio profundo en Venezuela con la constitucionalización de las especialidades del Derecho, entre ellas la del Derecho Administrativo, lo que hace necesario buscar un significado innovador y ya no el rutinario tratamiento legal y jurisprudencial de esta institución de las nulidades de derecho público, más cuando hoy ni las leyes ni la jurisprudencia respetan la primacía constitucional.

I. LA NULIDAD CONSAGRADA EN LA CONSTITUCIÓN

La Constitución de 1811 en su artículo 150 preceptuaba que “Los actos ejercidos contra cualquiera persona fuera de los casos y contra las formas que la ley determina, son **inocuos** y si por ellos se usurpa la autoridad constitucional o la libertad del pueblo, serán tiránicos.” Es decir, al inicio de la vida independiente de la Nación la Constitución asumió la decisión de calificar por sus efectos las nulidades de derecho público, lo que tomo luego un giro **hacia la responsabilidad** de los que expidieren, firmaren, ejecutaren o mandaren a ejecutar decretos, órdenes o resoluciones contrarias a la Constitución y leyes que garanticen los derechos individuales, quienes debían ser castigados conforme a las mismas leyes (Constitución de 1830 artículo 18); norma ésta última que se mantiene con alguna variante de redacción, hasta la Constitución de 1858.

La Constitución de 1864 establece la **nulidad** de todo acto del Congreso o del Ejecutivo Nacional **que viole** los derechos garantizados a los Estados en la Constitución o ataque su independencia; le corresponde su declaratoria de nulidad a la Alta Corte, siempre que así lo pidan las mayorías de las legislaturas (artículo 92). Esta disposición se acompaña de otra que se retoma hasta nuestros días: “**Toda autoridad usurpada es ineficaz; sus actos son nulos** (artículo 104), **prohibiéndose a toda corporación o autoridad el ejercicio de cualquier función que no esté conferida por la Constitución o las leyes** (artículo 105)”; disposición que se repite en la Constitución de 1874.

Ahora bien, la Constitución de 1904 cuando trata del Poder Público retoma la norma que establecía “**Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos**” (artículo 24), la que se mantiene hasta la Constitución de 1936.

Es la Constitución de 1947 la que establece **cómo debe ejercerse el Poder Público** y en tal sentido exige que se haga

conforme a la Constitución y a las leyes que definen sus atribuciones y facultades, estableciendo que todo acto que extralimite dicha definición constituye una usurpación de atribuciones (artículo 84); y luego, consagra que “**Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos**” y consagra la responsabilidad individual por extralimitación de facultades señaladas en la Constitución o por quebrantamiento de la ley que determina sus funciones, en los términos que ella misma establece (artículo 88).

La Carta Magna de 1961 decide que **es la Constitución y las leyes las que definen las atribuciones del Poder Público y a ellas debe sujetarse su ejercicio** (artículo 117) y por tanto “**Toda autoridad usurpada es ineficaz, y sus actos son nulos**” así como es nula toda decisión acordada por requisición directa de la fuerza, o por reunión de individuos en actitud subversiva¹; consagrando que el ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o por violación de la ley.”

La Constitución de 1999 dedica el Título IV al Poder Público, en particular en las Disposiciones Fundamentales establece:

Artículo 137.- La Constitución y la ley definirán las atribuciones de **los órganos que ejercen el Poder Público**, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.

Artículo 138.- Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.

Artículo 139.- El ejercicio del Poder Público **acarrea responsabilidad individual** por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley.

¹ Este último párrafo se retomó de Constituciones del Siglo XIX.

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.

Comprobamos, cómo han sido establecida en los textos constitucionales las nulidades de derecho público mientras los tribunales de la República y los mismos abogados, las han considerado como si fueran normas programáticas y por tanto más declarativas que aplicadas, no tanto en cuanto a la declaratoria de nulidad de actos por inconstitucionales, sino por la falta aplicación de la responsabilidad del Estado y de la responsabilidad individual del funcionario.

II. ÁREAS TEMÁTICAS DE LAS NULIDADES CONSTITUCIONALES

La Constitución de 1999, contiene trece (13) referencias específicas a las nulidades de Derecho Público, de las cuales nueve (9) se ubican en el Título II De los Derechos Humanos y Garantías y de los Deberes, una (1) en el Título IV Del Poder Público, una (1) en el Título V De la Organización del Poder Público Nacional, específicamente en el Poder Electoral, y dos (2) en el Título VIII De la Protección de esta Constitución.

De las nulidades decretadas por la Constitución que corresponden a derechos, se consagra la *prohibición de anular* la igualdad ante la ley de todas las personas, al no permitirse discriminaciones de ningún tipo que les menoscaben el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos y libertades; constituye una orden de no hacer al poder público hacedor de leyes (artículo 21, 1).

La afirmación constitucional de la nulidad de (“...es nulo...”) **todo acto dictado en ejercicio del Poder Público** que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución y la

ley; y los funcionarios públicos que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos sin que sirvan de escusa órdenes superiores (artículo 25).

En materia de nacionalidad y de ciudadanía, las normas sustantivas y procesales relacionadas con la adquisición, opción, renuncia y recuperación de la nacionalidad venezolana, consagra que contendrán igualmente los procedimientos la revocación y “*...nulidad...*” de la naturalización como materia de ley (reserva legal expresa).

En los derechos civiles la Constitución establece a los fines de proteger el derecho al debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas que, “**...Serán nulas...**” las **pruebas** obtenidas mediante la violación precisamente del derecho que se protege (artículo 49, 1).

Como derecho social y familiar, **el trabajo goza de la protección del Estado** y en la Constitución, entre otros, consagra la nulidad en los siguientes casos:

“**...Es nula toda acción, acuerdo o convenio** que implique la renuncia o menoscabo de estos derechos. Sólo es posible la transacción y convenimiento al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley.” (artículo 89,2).

“Toda persona o acto del patrono o patrona contrario a esta Constitución *es nulo y no genera efecto alguno*” (Artículo 89, 4).

Por otra parte, de manera categórica la Constitución declara que “**...Los despidos contrarios a la Constitución son nulos.**” (artículo 93).

En cuanto a las disposiciones generales que regulan el Poder Público, transcritas en el punto anterior, merece retomar la que establece la **ineficacia** de toda autoridad usurpada y *sus actos son nulos*. Esta fuerte redacción del artículo 139 constitucional lleva a pensar que la nulidad aquí declarada no requiere pronunciamiento alguno posterior; ya está decretada por la Constitución. No obstante, parece necesario preguntarse quién determina que la autoridad fue usurpada por clara y determinante de la norma constitucional.

En referencia al poder judicial, corresponde al Tribunal Supremo de Justicia (Sala Político-administrativa) y demás tribunales que determine la Ley, “*...anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho*, incluso por *desviación de poder*” (artículo 259).

En la enumeración de las atribuciones constitucionales del Tribunal Supremo de Justicia, se establece: “*Declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Ejecutivo Nacional*, cuando sea procedente.” Asignándosele el ejercicio de esta competencia a la Sala Político-administrativa (artículo 266.5).

Por su parte la Constitución determina que el Poder Electoral tiene como función (entre otras): “*...Declarar la nulidad total o parcial de las elecciones*” (artículo 293,4)

En cuanto al Régimen de Protección de la Constitución, corresponde a todos los jueces de la República asegurar la integridad de la misma, y a la Sala Constitucional como jurisdicción constitucional, declarar “*... la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley*, cuando colidan con ella” (artículo 334).

Además, la Constitución enumera las atribuciones de la Sala Constitucional, le otorga competencia para declarar la

nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás acto con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución; la declaratoria de **nulidad total o parcial** de las Constituciones y leyes estadales, de las Ordenanzas Municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y que colidan con ella; declarar la **nulidad total o parcial** de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con la Constitución, *revisar la constitucionalidad* de los decretos de estados de excepción dictados por el presidente de la República (artículo 236)

III. LOS EFECTOS DE LAS NULIDADES DE DERECHO PÚBLICO

La Constitución de la República estableció a lo largo de su texto el criterio de nulidad de derecho público, utilizando las ordenes de nulo, nulidad o anular; lo que hace necesario determinar el alcance y la amplitud del efecto anulatorio, si es ipso iure, es insanable e imprescriptible, y si ellas arrastran efectos restitutorios o indemnizatorios, y aplicable a todos los casos².

La doctrina define la nulidad de Derecho Público como aquella que opera de pleno derecho (ipso iure), que es insanable, no susceptible de convalidación o subsanación, y además que la nulidad es perpetua o imprescriptible, equiparándose en sus efectos a una verdadera inexistencia del acto³.

2 A los fines de dar eficacia concreta al principio de supremacía constitucional, el control preventivo de constitucionalidad de la ley que en el caso venezolano queda reservado a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante el sistema obligatorio de consulta sobre su carácter orgánico para preservar la garantía de la constitucionalidad de estas leyes, antes de entrar en vigencia. En el caso venezolano, sólo se aplica sólo a leyes orgánicas.

3 Soto Kloss, Eduardo, "La nulidad de derecho público en el derecho chileno", en *Revista de Derecho Público*, Vol.1990 N 47/48, Universidad de Chile, 1990.

La naturaleza de esta nulidad es sancionar con la ineficacia a los actos estatales dictados en contravención al principio de juridicidad contemplados en los artículos 7, 25 y 138 de la Constitución de la República, y su objetivo es otorgar eficacia al principio de legalidad y de Estado de Derecho.

La ineficacia del acto nulo, cualquiera sea su naturaleza, la aplica y declara el texto constitucional en dos oportunidades, una para sostener que toda persona o acto del patrono contrario a la Constitución *es nulo y no genera efecto alguno*” (Artículo 89, 4) y otra cuando califica de ineficaz toda autoridad usurpada y establece que sus actos *son nulos* (Artículo 138); estos ejemplos ponen en duda la tesis administrativa de la presunción de legalidad del acto administrativo que lo beneficia hasta que sea declarado nulo, aun cuando autores como Enrique Silva Cimma, rechazan la nulidad de derecho público ipso jure, al considerarla contraria al principio de jerarquía normativa, toda vez que podría llegar a configurar una justificación para que los funcionarios públicos eviten el cumplimiento de los actos que personalmente consideren ilegales⁴.

Nótese que la Constitución de 1999 establece que un funcionario está habilitado para no ejecutar ni ordenar el cumplimiento de un acto que sea violatorio o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución y la ley, y como señalábamos supra le impone la responsabilidad personal, sin que sirva de excusa órdenes superiores. De manera, que el temor antes reseñado de un posible incumplimiento de los actos dictados por funcionarios que consideren que son inconstitucionales o ilegales por violar derechos, es ahora una obligación consagrada constitucionalmente; aun cuando debemos señalar que la objeción de conciencia (artículo 61) no puede invocarse para eludir el cumplimiento de la ley o impedir a otros su cumplimiento o el ejercicio de sus derechos.

4 Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, contratos y bienes*, Ed. Jurídica de Chile. 1^a ed. 1995, p. 150.

Como ya señalamos, la nulidad de derecho público tiene tres características: ipso iure, insanable, imprescriptible. La primera se refiere a que el acto, como acto jurídico, no tiene posibilidad de ingresar al ordenamiento jurídico, es una vía de hecho, y cuando daña a terceros, encierra la responsabilidad del Estado, y en la finalidad no parece haber duda que es la salvaguarda del principio de supremacía constitucional.

Ahora bien, aunque la nulidad sea ipso jure, desde la dictación del acto, la declaración judicial mediante la acción constitucional de nulidad cumple una función de certeza, constatando que el acto es nulo y retrotrayendo los efectos al momento de su dictación.

Cuando de califica de insanable al acto, significa que no puede adquirir validez posterior, es imposible que esa nulidad sea convalidada, por ello algunos autores la califican de la “nada jurídica”, del “no ser”, es decir el acto no existe; y en cuanto a la imprescriptibilidad, el acto no es susceptible de sanearse por el transcurso del tiempo.

La Constitución establece que **todo acto es nulo** (en ejercicio del Poder Público) cuando viole o menoscabe los derechos garantizados en ella o en la ley, y los funcionarios públicos que lo ordenen o ejecuten **incurren en responsabilidad**, penal, civil y administrativa, según los casos sin que les sirvan de excusa órdenes superiores como lo manda el artículo 28 constitucional.

Al examinar la expresión “**todo acto**” se manifiesta la idea que ningún acto queda exceptuado de su mandato, sea cual fuere su naturaleza o función en que recae o jerarquía de su autor. Resulta aplicable a todo tipo de actividad estatal, constituyente, legislativa, jurisdiccional o administrativa. Igualmente, al utilizar el artículo la palabra “es” quiere decir que ese tiempo verbal hace que equivalga a una nulidad ocurrida desde el mismo momento en que se incurre en la contraven-

ción. No establece expresamente el artículo que se comenta que la declaratoria de nulidad exija un pronunciamiento judicial. Aquí está el punto álgido a resolver.

Así, la inexistencia del acto significa que carece de calidad de acto jurídico, ello nos permite afirmar que **constituye una vía de hecho** generadora de responsabilidad del Estado, entonces no es acto, no existe, se equipara a un no pronunciamiento, lo decretó la propia Constitución y se constituye es una vía de hecho. Con todo lo convincente de esta postura, la exigencia en una democracia consolidada es que exista un pronunciamiento administrativo o judicial por medio de la cual se deje constancia que ese acto, tiene todas las características de inexistencia que se han señalado. En otras palabras, o la sanción opera por sí misma o requiere una declaración judicial que puede ser solicitada mediante la acción judicial y que cumple una función de certeza, limitándose a constatar el hecho del acto nulo y declararlo como tal, retrotrayendo sus efectos al momento de la dictación del acto nulo⁵.

Una primera consideración: la nulidad de rango constitucional y la nulidad de rango legal quedan al mismo nivel de nulidad de derecho público siendo la propia Constitución la encargada de aplicar la nulidad de un acto legislativo que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución como un acto nulo; inclusive será la ley la encargada de establecer las responsabilidades y sanciones por infracción del principio de juridicidad, admitiéndose en consecuencia la procedencia de distintos regímenes posibles según sea el tipo de actividad de que se trate.

Una segunda consideración: dado el déficit de legitimidad del órgano encargado de la defensa de la Constitución, el Tri-

5 Una parte importante de la doctrina considera que la nulidad de derecho público no requiere ser declarada para ser eficaz, se admite que por motivos de seguridad jurídica su reconocimiento judicial es determinante para sustentar la retroactividad de sus efectos.

enal Supremo de Justicia y de los tribunales de la República, quienes han adoptado decisiones contra la normativa constitucional, y para las cuales no estaban legitimados, asumiendo la defensa de un proyecto político del que abiertamente se declaran parte, suprimiendo la separación de poderes y el sistema político que establece la Constitución, resulta inaplicables, por parte de estos magistrados y jueces, las nulidades de derecho público en los términos constitucionales establecidos.

Una tercera consideración: La Constitución como proceso supone un anclaje en la legitimidad democrática de los procedimientos estatales de toma de decisiones y visto que ello se ha subvertido, la desobediencia civil (artículo 350 constitucional) debe ser entendida como un mecanismo informal e indirecto de participación que constituye un test de constitucionalidad o una reacción ciudadana ante la restricción abusiva del ejercicio de los derechos de las personas y la ausencia de garantías de su cumplimiento. En Venezuela nos encontramos en el segundo caso, la población quiere ejercer sus derechos y el abuso de la autoridad le impide o restringe el ejercicio de los mismos, llegando a motivos de orden jurídico ya no sólo éticos (razones de conciencia), como es la violación de la Constitución y de los tratados Internacionales, en la aplicación de las leyes, además de los injustos e inválidos actos que se dictan o que rebasan los límites de validez, todo lo cual ha colocado al ciudadano en la existencia de un estado de necesidad o de legítima defensa⁶.

CONCLUSIÓN

El acto jurídico como declaración de voluntad, que impone efectos jurídicos contrarios a la garantía de los derechos consagrados en la Constitución y la ley, o en el caso de una autoridad que usurpe la autoridad de otra, en ambos casos tales actos

⁶ Para que la desobediencia tenga justificación la prueba del daño por ella causado, es inferior al derivado del cumplimiento de la norma o acto que se desobedece.

son nulos e ineficaces. Ello obliga a que el juicio de invalidez se concrete como resultado de su ineficacia. El acto está sometido a ser nulo y debe ser anulado, y dependerá que la autoridad llamada a pronunciarlo, pondere y respete en cada caso las reglas o principios que pudieran impedir una retroacción total de la nulidad que atente contra la seguridad jurídica y la intangibilidad de los derechos fundamentales⁷.

Para concluir estas notas sobre la nulidad de Derecho Público, el ejemplo perfecto es el acto (Decreto Ejecutivo) dictado por el presidente de la República en Consejo de Ministros por medio del cual convocó una Asamblea Nacional Constituyente (ANC), acto que viola directamente el derecho garantizado en la Constitución: sólo el pueblo es el depositario del poder constituyente, quien detenta el poder originario y es el único que puede ordenar convocar una ANC (artículo 347). De la misma manera los actos dictados por el Poder Electoral (Consejo Nacional Electoral) que establecieron las bases y convocaron la elección de los constituyentes, son igualmente nulos.

Estos actos nulos *ipso jure* son insanables e imprescriptibles y es imposible que entren en el ordenamiento jurídico; por tanto, no existen para el derecho. De manera que la ANC y los actos que dictare son vías de hecho, al usurpar el derecho intransferible de soberanía que reside en el pueblo consagrado como referendo popular (artículo 5, 70 y 71). De manera que ninguno de tales actos, tengan el nombre y la denominación

7 Estas notas no se refieren a los aspectos restitutorios, constitutivos o indemnizatorios establecidos en la Constitución, aun cuando la tutela anulatoria tiene pretensiones de condena dirigidas específicamente a imponer a la autoridad que dictó el acto, obligaciones de dar, de hacer o no hacer, como equivalente a la restitución del pasado al tiempo presente. En el caso venezolano se ha respetado la autonomía e independencia de entre la nulidad de derecho público y la responsabilidad del Estado y del funcionario por su actividad jurídica, lo que se sustenta en el criterio de que todo acto nulo no genera por sí la obligación de indemnizar como tampoco que todo acto que origine la obligación de indemnizar sea nulo.

que tengan, puede ser cumplido, obedecido ni reconocido como derecho.

Este ejemplo tan claro de nulidad de Derecho Público, la Sala Constitucional actuando de manera contraria a lo establecido en la Constitución y en su propia jurisprudencia, decidió que el presidente de la República podía hacer la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente sin consultarle al pueblo, equiparando convocatoria a iniciativa.

De manera que quien tiene la autoridad para anular los actos contrarios a la Constitución, no lo hizo y prefirió ser destinatario de la responsabilidad personal, civil y penal, que corresponde a los Magistrados y jueces, como lo establece el artículo 139 y 255 constitucional.

Ahora bien, la nulidad de Derecho Público en el caso de la ANC, de los actos que la crearon y de los actos por ella dictados, la declaró la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (sentencia de fecha 25 de octubre de 2017) legítimo, que funciona en el exterior, por haber sido sus Magistrados perseguidos políticamente. La Asamblea Nacional, luego de cumplir el procedimiento constitucional y legal, eligió y juramentó a 33 magistrados entre principales y suplentes; y ante el impedimento para constituirse en su sede de Caracas, capital de la República, el Tribunal se instaló fuera del país, con los magistrados principales y suplentes.

Este Tribunal en Sala Constitucional dictó la sentencia (Nº 0001) mediante la cual anuló los Decretos del Ejecutivo Nacional de 1 de mayo de 2017, así como las resoluciones del Consejo Nacional Electoral que sentaron las bases comiciales y convocaron la elección de los constituyentistas, constatando la nulidad y la ineficacia de la ANC y de todos los actos dictados por ella, al haber ocurrido un fraude constitucional, procediendo a decretar disuelta la ANC de facto o de hecho. La ANC sigue actuando y desacatando la referida decisión judicial y la orden

impartida a todos los poderes públicos por la Sala Constitucional de no reconocer o emitir algún acto o actuaciones que signifiquen un reconocimiento a la ANC (auto de ejecución dictado el 30 de noviembre de 2017).

Si en democracia, el cumplimiento de la nulidad de Derecho Público tenía dificultad de aplicación práctica, en dictadura pone al descubierto cómo un único poder, el del dictador, regula y controla a todos los demás y utilizando el abuso de poder y la usurpación de autoridad ha destruido todo vestigio de Estado Democrático.

El desafío es reinsertar las nulidades de Derecho Público como criterio restablecedor de la democracia y del estado de derecho y garantía de los derechos humanos.

ARTÍCULOS

LA REGULACIÓN DE LA CRIPTOMONEDA EN VENEZUELA

(LA SÚBITA CREACIÓN DE LA “PETRO” Y DE LA SUPERINTENDENCIA DE CRIPTOMONEDA Y ACTIVIDADES CONEXAS)

Darrin J. Gibbs

Especialista en Derecho Administrativo (UCAB) y Derecho Procesal (UCV).

*Miembro Ordinario de la Asociación Venezolana
de Derecho Administrativo (AVEDA).*

Resumen: Venezuela se convirtió en el primer país del mundo en crear una criptomoneda controlada por un gobierno y con respaldo en reservas naturales: El “Petro” (PTR). Esta es situación sin precedentes, que tiene una significación controvertible por la resonancia que ha tenido el uso, desarrollo y valor de las criptomonedas en Internet, y, sobretodo, por la naturaleza de “dominio público” que tienen los yacimientos de hidrocarburos pertenecientes a la República, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Hidrocarburos, y por la colocación de endeudamiento para la República, que debe estar autorizado por la Asamblea Nacional. En este sentido, el propósito del presente trabajo es describir y analizar la nueva normativa contenida en el Decreto presidencial N° 3.196, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.346 del 8 de diciembre de 2017, a través del cual el Ejecutivo Nacional formalizó la creación del “Petro”, respaldada en el valor de un barril de petróleo u otros recursos naturales (oro, diamante, gas y coltán), e intercambiable por bolívares, otras criptomonedas o por dinero fiduciario en casas de intercambio virtuales. Para el desarrollo temático se incluyó, de forma complementaria, el examen sucinto, pero breve, del sistema monetario de Venezuela, haciendo una reseña a dos puntos importante: la unidad monetaria y los objetivos y atribuciones del Banco Central de Venezuela. Los aspectos significativos se centran en explicar la significación, origen y funcionamiento de las criptomonedas en internet; las normas de creación del Petro, su órgano de emisión: la Superintendencia de los Criptoactivos y Actividades Conexas Venezolana; el estudio de su naturaleza jurídica y la

relación con el marco regulatorio de la administración cambiaria vigente. Por último, se presentan las consideraciones finales del examen de Decreto presidencial. Desde la perspectiva metodológica, la investigación es documental, de nivel descriptivo, desarrollado con apoyo de la doctrina, la legislación y jurisprudencia patria.

Palabras clave: Criptomonedas, reservas naturales, sistema monetario de Venezuela.

Summary: Venezuela became the first country in the world to create a cryptocurrency controlled by a government and backed by natural reserves: The "Petro" (PTR). This is an unprecedented situation, which has a controversial significance due to the resonance that the use, development and value of cryptocurrencies have had on the Internet, and, above all, due to the "public domain" nature of hydrocarbon deposits belonging to the Republic, in accordance with the provisions of the Organic Law on Hydrocarbons, and the placement of indebtedness for the Republic, which must be authorized by the National Assembly. In this sense, the purpose of this paper is to describe and analyze the new regulations contained in Presidential Decree No. 3.196, published in the Official Gazette Extraordinary No. 6,346 of December 8, 2017, through which the National Executive formalized the creation of the "Petro", backed by the value of a barrel of petroleum other natural resources (gold, diamond, gas and coltan), and exchangeable by bolivars, other cryptocurrencies or by fiduciary money in virtual exchange houses. For the thematic development, a brief but brief review of the Venezuelan monetary system was included in a complementary manner, making a review of two important points: the monetary unit and the objectives and attributions of the Central Bank of Venezuela. Significant aspects focus on explaining the significance, origin and operation of cryptocurrencies on the internet; the rules for the creation of Petro, its issuing body: the Superintendence of Cryptactives and Related Venezuelan Activities; the study of its legal nature and the relationship with the regulatory framework of the current exchange administration. Finally, the final considerations of the examination of Presidential Decree are presented. From the methodological perspective, the research is document-

tary, descriptive level, developed with support of the doctrine, legislation and jurisprudence homeland.

Key words: *Cryptocurrency, nature reserves, monetary system of Venezuela.*

Recibido:

8 de enero de 2018

Aceptado:

29 de enero de 2018

SUMARIO

Introducción

- I. Breve excuso del sistema monetario en Venezuela
- II. De las criptomonedas internacionales en Internet a la criptomoneda nacional: el “Petro”
- III. Naturaleza jurídica del “Petro”: no es una moneda, es un medio de pago virtual
- IV. El régimen cambiario y el “Petro”

Apreciaciones finales

INTRODUCCIÓN

En Venezuela, a pocos días de culminar el año 2017, el Ejecutivo Nacional creó un activo virtual, un tipo de moneda electrónica que usa la tecnología llamada *cadena de bloques* (conocidas en inglés como *blockchain*, que permite la transferencia de valor e información, sin intermediación), y cuyo valor está determinado por el valor de un barril de petróleo de la cesta de crudo venezolano, lo que la hace muy diferente tanto de las criptomonedas populares (Bitcoin, Ethereum), ya que el valor de éstas cambia por la dinámica de venta y compra, que hace que su valor cambie continuamente, o como las monedas o el dinero tradicional, cuyo valor flota según el valor (tasa de cambio) que adquieren en los mercados de divisas o según las directrices de los Bancos Centrales Nacionales (BCN) que las representan.

De acuerdo con los cuatro “*considerando*” expuestos en el Decreto de creación, las razones de su invención van desde la necesidad de desarrollar una “*nueva Divisa Internacional*”, con respaldo en Materias Primas como Petróleo; dictar “*medidas excepcionales y temporales, para proteger al Pueblo y garantizar de manera efectiva una economía capaz de mantener la cohesión social y la estabilidad política*”; aportar todo esfuerzo para “*la recuperación económica del País y el impulso del modelo económico productivo*,

sustentable e independiente a través de una nueva divisa internacional”; y, por último, “crear un criptoactivo intercambiable por bienes y servicios, y por dinero fiduciario en las casas de intercambio de criptoactivo nacionales e internacionales, y al mismo tiempo ejerce funciones de commodities, ya que se puede utilizar como un instrumento de refugio financiero por estar respaldado en barriles de petróleo venezolano, en la forma de un contrato de compra/venta con la posibilidad de ser canjeado por petróleo físico”.

Sin embargo, de manera implícita, se pueden inferir que el principal “considerando” es la búsqueda desesperada de divisas para sobrevivir las demandas judiciales por el incumplimiento de pago de la deuda externa este año. En el mercado de capitales es casi imposible la obtención de dólares por las sanciones financieras impuestas por el gobierno de los Estados Unidos, a través de Órdenes Ejecutivas de Sanciones contra Venezuela. Entre estas medidas se encuentran las que prohíben las negociaciones sobre nuevas emisiones de deuda y de bonos por parte del gobierno de Venezuela y de la petrolera estatal Petróleo de Venezuela, S.A. (Pdvsa)¹. También impiden la negociación de ciertos bonos que estén en manos del sector público venezolano, así como el pago de dividendos al gobierno de Venezuela. Tales Órdenes Ejecutivas son medidas adicionales con respecto a la emergencia nacional declarada por la administración de Barack Obama en el 2015, en la Orden Ejecutiva 13692 del 8 de marzo de 2015 y, particularmente, a la luz de las acciones y políticas recientes del Gobierno de Venezuela, incluidos graves abusos de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

1 Ver Orden presidencial ejecutiva sobre la imposición de sanciones con respecto a la situación en Venezuela en página web: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-executive-order-imposing-sanctions-respect-situation-venezuela/>

De hecho, como contrapartida a dichas medidas, el Libro Blanco del Petro² (WhitePaper), que es una especie de manual de información, expone que *“La población venezolana tendrá a su alcance una tecnología que le permitirá sortear las principales restricciones derivadas del bloqueo financiero, y disfrutará las ventajas de contar con una reserva de valor y medio de pago robusto para estimular el ahorro y contribuir al desarrollo del país”*.

Sin embargo, lejos de tal premisa, el gobierno norteamericano dejó fuera de juego de su mercado financiero cualquier tipo de negocio con el Petro al dictar la orden ejecutiva que prohíbe *“todas las transacciones relacionadas, la provisión de financiación y otras transacciones por una persona de Estados Unidos o dentro de Estados Unidos, con cualquier moneda digital que haya sido emitida por, para o en nombre del gobierno de Venezuela a partir del 9 de enero de 2018”*³.

Es oportuno destacar la prolijidad del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, cuando al decidir en el contenido de la sentencia nº 39 del 17 de enero de 2018, sobre la constitucionalidad del Decreto nº 3.239 del 09 de enero de 2018, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.356, extraordinaria, del 09 de enero de 2018, mediante el cual se decreta el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el territorio Nacional, dadas las circunstancias extraordinarias en el ámbito social, económico y político, que afectan el Orden Constitucional, la paz social, la seguridad de la Nación, las instituciones públicas y a las ciudadanas y los ciudadanos habitantes de la República, hace referencia de la siguiente nota informativa que estima de relevancia del Petro, como mecanismo para eludir las precitadas sanciones financieras:

2 Ejecutivo Nacional (2018). Papel Blanco. Propuesta Financiera y Tecnológica. Consultado en: <http://www.elpetro.gob.ve/>

3 Ver Orden ejecutiva sobre tomar medidas adicionales para abordar la situación en Venezuela <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-taking-additional-steps-address-situation-venezuela/>

“Funcionarios venezolanos y rusos esperan que las monedas virtuales puedan ayudar a sus países a evitar las sanciones que Estados Unidos les ha impuesto.

Ambos gobiernos, con la ambición de crear criptomonedas patrocinadas por el Estado, buscan aprovechar la promesa que Bitcoin dio al sistema financiero mundial: nuevos tipos de dinero y de infraestructura financiera, fuera del control de cualquier autoridad central, particularmente de Estados Unidos.

Los planes de los rusos y los venezolanos podrían parecer estafalarios, incluso en el salvaje oeste financiero de Bitcoin y sus competidores en línea, pero con ellos resaltan cómo el auge de las divisas virtuales está impulsando a los gobiernos alrededor del mundo a repensar los elementos más básicos de sus propias monedas y estructura financiera.

Lo que había parecido como un concepto al margen comienza a ganar cierto nivel de aceptación en el mundo financiero. Varios bancos centrales del mundo, incluidos el Banco de Inglaterra y el Banco Popular de China, han dicho que están pensando en usar la tecnología de Bitcoin para rastrear y emitir sus propias monedas virtuales.

En Venezuela, la idea ha llegado desde el nivel más alto. El presidente Nicolás Maduro presentó un plan el mes pasado para crear una moneda virtual propia conocida como el petro, que sería similar a Bitcoin pero respaldada por el Petróleo y los recursos naturales del gobierno.

En Rusia, funcionarios del gobierno del presidente Vladimir Putin han pensado en un criptorrublo parecido a Bitcoin.

«Cuando se trata de tipos de actividades importantes para el Estado, este instrumento nos funciona muy bien», dijo Sergei Glazyev, uno de los asesores de Putin, el mes pasado en

una conversación sobre el criptorrublo, de acuerdo con varios medios rusos. «Podemos arreglar pagos con nuestros socios de negocios en todo el mundo sin importar las sanciones» (omisión)».

En definitiva, al margen de este contexto, es necesario examinar, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico nacional, la regulación de este cripto-activo financiero virtual, en el marco de la ordenación del sistema monetario nacional.

I. BREVE EXCURSO DEL SISTEMA MONETARIO EN VENEZUELA

1. La unidad monetaria de Venezuela: el Bolívar

En Venezuela, la moneda de curso legal ha sido el bolívar (Bs.) desde el año 1879, establecido como unidad monetaria por el presidente Antonio Guzmán Blanco. Su emisión es controlada exclusivamente por el Banco Central de Venezuela (en adelante, BCV), al cual le corresponde el derecho de emitir billetes y acuñar las monedas. La Casa de la Moneda, ubicada en la ciudad de Maracay, Estado Aragua, interviene en la impresión de los billetes. El BCV es el organismo, de rango constitucional y autónomo de los Poderes Públicos nacionales, encargado de velar por la estabilidad de precios y preservar el valor de la moneda⁴.

En el año 2007, el Poder Ejecutivo nacional dictó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reconversión Monetaria (LRCM2008)⁵, poniendo en marcha un proceso llamado

4 Presidencia de la República. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Banco Central de Venezuela (2015). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.211 Extraordinario, del 30 de diciembre de 2015. Artículo 2: *El objetivo fundamental del Banco Central de Venezuela es lograr la estabilidad de precio y preservar el valor de la moneda.*

5 Presidencia de la República. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reconversión Monetaria (2008). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.633 Extraordinario, del 27 de diciembre de 2008.

“reconversión monetaria”, el cual entró en vigencia el 1 de enero de 2008, publicado en la gaceta oficial N° 38.638, mediante la cual se re-expresó la unidad del sistema monetario del país, en el equivalente a un mil bolívares. A partir de dicha fecha todo importe expresado en moneda nacional antes de la citada fecha, debía ser convertido a la nueva unidad, dividiendo entre 1.000 y llevado al céntimo más cercano (artículo 1ºLRCM2008).

A partir de dicha fecha, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Reconversión Monetaria, todos los precios, salarios y demás prestaciones de carácter social, así como los tributos y demás sumas en moneda nacional contenidas en estados financieros u otros documentos contables, o en título de crédito y en general, cualquier operación o referencia expresada en moneda nacional, debían expresarse conforme al bolívar re-expresado.

En definitiva, y hasta la presente fecha, la unidad monetaria nacional es el Bolívar, y su puesta en circulación en billetes y monedas sólo corresponde al Banco Central de Venezuela, a través de la compra de oro, divisas y la realización de operaciones autorizadas a este órgano nacional, y conforme al Decreto Ley con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que lo regula⁶.

riana de Venezuela N° 6.211 Extraordinario, del 30 de diciembre de 2015. Artículo 1º: *“A partir del 1º de enero de 2, se reexpresa la unidad del sistema monetario de la República Bolivariana de Venezuela, en el equivalente a un mil bolívares actuales. El bolívar resultante de esta reconversión, continuará representándose con el símbolo “BS.”, siendo divisible en cien (100) céntimos. En consecuencia, todo importe expresado en moneda nacional ante de la citada fecha, deberá ser convertido a la nueva unidad, dividiendo entre 1.000, y llevado al céntimo más cercano”*. Este Decreto fue dictado en el ámbito del ejercicio de la Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en las materias que se delegan, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.617 de fecha 1º de febrero de 2007, en Concejo de Ministros.

6 Presidencia de la República. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Banco Central de Venezuela (2015). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.211 Extraordinario, del 30 de diciembre de 2015.

Para fines de ilustración, las características dineras, expuestas por Oscar Luis Ortíz Soto, indican que el dinero para ser dinero tiene que cumplir con cuatro características fundamentales a saber: i) Tiene que ser una unidad de cuenta, que tiene un valor estándar de cambio; ii) medio de intercambio, esto es, que se acepte como medio generalizado de pago; iii) Medio de pago diferido, con esta cualidad el dinero asume un vínculo con la reserva de valor y se yuxtapone el concepto del interés, como factor de inter temporalidad; y iv) Como medio para atesorar valor de cambio, ya que fundamental para la supervivencia de una sociedad económica es la inversión en medios de producción, ya que la moneda debe conservar su poder adquisitivo, ya que si esta se deprecia, la sociedad pierde el incentivo al ahorro, que hace imposible la inversión y la consecuente expansión de la producción⁷.

2. El rector del sistema monetario nacional: el Banco Central de Venezuela (BCV)

Las potestades del sistema monetario nacional, ordenado en el marco constitucional⁸, son ejercidas de manera exclusiva y obligatoria por el Banco Central de Venezuela.

7 Ortíz Soto, Oscar Luis (2001). *El Dinero. La teoría, La Política y las Instituciones*. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 255. Consultado en Internet: <https://books.google.co.ve/books?id=3jEFjaHPM8MC&pg=PA25&dq=características+del+dinero&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiSrtSYy8fYAhXD4iYKHT6pB9oQ6AEIJjAA#v=onepage&q=características%20del%20dinero&f=false>

8 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Artículos 318 y 319.

Artículo 318: Las competencias monetarias del Poder Nacional serán ejercidas de manera exclusiva y obligatoria por el Banco Central de Venezuela. El objetivo fundamental del Banco Central de Venezuela es lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria. La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar. En caso de que se instituya una moneda común en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República.

El Banco Central de Venezuela es persona jurídica de derecho público con autonomía para la formulación y el ejercicio de las políticas de su com-

Esta persona jurídica de derecho público con autonomía, tiene como objetivo lograr la estabilidad de precios y preservar el valor de la moneda⁹, y para tal logro tiene atribuidas varias funciones fundamentales, entre las cuales se encuentran: regular la moneda y promover la adecuada liquidez del sistema financiero (artículo 7, numeral 4,LBCV2015), participar en el mercado de divisas y ejercer la vigilancia y regulación del mismo, en los términos en que convenga con el Ejecutivo Nacional (artículo 7, numeral 7,LBCV2015); velar por el correcto funcionamiento del sistema de pagos del país y establecer sus normas de operación (artículo 7, numeral 8,LBCV2015); y ejercer, con carácter exclusivo, la facultad de emitir especies monetarias (artículo 7, numeral 9,LBCV2015).

Respecto a la naturaleza jurídica y autonomía del Banco Central de Venezuela, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional en sentencia 61810, del 20 de julio de 2016, reitera parcialmente el contenido de la decisión N° 259 del 31 de marzo de 2016, caso: *"Constitucionalidad de la Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 2.179 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de*

petencia. El Banco Central de Venezuela ejercerá sus funciones en coordinación con la política económica general, para alcanzar los objetivos superiores del Estado y la Nación.

Artículo 319. El Banco Central de Venezuela se regirá por el principio de responsabilidad pública, a cuyo efecto rendirá cuenta de las actuaciones, metas y resultados de sus políticas ante la Asamblea Nacional, de acuerdo con la ley. También rendirá informes periódicos sobre el comportamiento de las variables macroeconómicas del país y sobre los demás asuntos que se le soliciten e incluirá los análisis que permitan su evaluación. El incumplimiento sin causa justificada del objetivo y de las metas, dará lugar a la remoción del directorio y a sanciones administrativas, de acuerdo con la ley.

9 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco Central de Venezuela (2015). Artículo 5.

10 Tribuna Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Caso: Brigitte Acosta Isasis, de fecha 20 de julio de 2016. Acción: Demanda de "Interpretación Constitucional de los artículos 150, 187.9, 236.14 y 247 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Consultada en la página web: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/189144-618-20716-2016-16-0683.html>.

Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela, sancionada por la Asamblea Nacional en sesión ordinaria del 3 de marzo de 2016”, estableció que:

“La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada en 1999, por primera vez reconoce jerarquía constitucional al Banco Central de Venezuela. El régimen jurídico-constitucional del Instituto Emisor está contenido en el Título VI de la Constitución, denominado ‘Del Sistema Socioeconómico’; dicho Título se subdivide en dos capítulos que tratan, respectivamente, ‘Del Régimen Socioeconómico y de la Función del Estado en la Economía’ (Capítulo I) y ‘Del Régimen Fiscal y Monetario’ (Capítulo II). A su vez, las disposiciones del Capítulo II están agrupadas en cuatro secciones: la Sección Primera ‘del Régimen Presupuestario’ (artículos 311 al 315); la Sección Segunda ‘Del Sistema Tributario’ (artículos 316 y 317); la Sección Tercera ‘del Régimen Monetario’ (artículos 318 y 319) y la Sección Cuarta ‘De la Coordinación Macro-económica’ (artículos 320 y 321).

(Omissis)

Del criterio sentado por esta Sala, se puede colegir que el ejercicio de las competencias del Banco Central de Venezuela son tan esenciales -tanto las de regulación, ejecución y control- que de ello depende la propia subsistencia del Estado y la promoción del desarrollo integral de la comunidad, el mantenimiento de la paz y la tranquilidad social: por ello es indispensable que entre el Poder Ejecutivo y el Banco Central de Venezuela, se desarrolle un funcionamiento armónico, de coordinación y colaboración sin que exista conflictos de intereses.

En consecuencia, el Banco Central de Venezuela es un ente atípico, y como dice su Ley, una persona jurídica pública de naturaleza única, justificada por la necesidad de incrementar, fomentar y proteger la autonomía del Instituto, la cual ciertamente se vería mermada, ante la existencia de una adscripción

ción y de un vínculo de tutela. Precisamente, la autonomía del Banco Central de Venezuela constituye un elemento fundamental para el cumplimiento de los fines que la ley le asigna, por lo que requiere de un ordenamiento y organización especiales, propio, diferente del común aplicable a las demás entidades públicas o privadas.

En conclusión, el Banco Central de Venezuela es una persona jurídica de derecho público, de rango constitucional, dotado de autonomía para el ejercicio de las políticas de su competencia, que no forma parte ni de la Administración Central ni de la Administración Descentralizada funcionalmente, sino que, atendiendo a las disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que lo regulan y que han sido desarrolladas por la Ley Especial que lo rige, forma parte de la llamada Administración con autonomía funcional. Ello se ha logrado en gran medida, tanto en el orden nacional como el internacional, gracias a los mecanismos que se han establecido para el nombramiento de sus autoridades, como se verá de seguidas". (Resaltados del original)".

En correspondencia con las funciones antes acotadas, el Directorio del Banco Central de Venezuela, en el ejercicio de su "suprema dirección" (artículo 21, LBCV2015), tiene igualmente varias atribuciones significativas en materia monetaria, de las que se puede mencionar las siguientes: formular y ejecutar las directrices de la política monetaria y establecer los mecanismos para su ejecución, así como realizar los ajustes que resulten de su seguimiento y evaluación (artículo 21, numeral 2, LBCV2015); autorizar la impresión, emisión, desmonetización y destrucción de las especies monetarias (artículo 21, numeral 15, LBCV2015); participar en el diseño de la política cambiaria de acuerdo con los correspondientes convenios que se suscriban con el Ejecutivo Nacional, así como establecer los mecanismos para su ejecución (artículo 21, numeral 16, LBCV2015); fijar, por acuerdo con el Ejecutivo Nacional, los precios en bolívares que habrán de regir la compraventa de divisas (artículo

21, numeral 17, LBCV2015); y ejercer la supervisión y vigilancia de los distintos sistemas de pagos del país, sean operados o no por el Banco Central de Venezuela, así como dictar las reglas de funcionamiento, con el objeto de asegurar que los mismos operen de manera eficiente dentro de los más altos niveles de seguridad para los participantes y el público en general. El Banco Central de Venezuela será el único ente autorizado para suscribir acuerdos que establezcan normas de funcionamiento de sistemas de pagos de carácter nacional e internacional (artículo 21, numeral 18, LBCV2015).

Adicionalmente, el BCV, en operaciones con el Gobierno, podrá ser agente financiero del Ejecutivo Nacional, en sus operaciones de crédito, tanto internas como externas internacional (artículo 46LBCV2015). En este sentido, solo podrá asesorar en la planificación y programación de las operaciones de crédito público, y gestionará la colocación, recompra y compra con pacto de reventa de títulos de valores, contratación y servicios de créditos, según sea el caso. Estos servicios del BCV serán convenidos con el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio con competencia en materia de finanzas.

En conexión con la mencionada conversión monetaria, el Banco Central de Venezuela quedó facultado para regular todo lo relacionado con la ejecución de esta reconversión, y efectuar todas las actividades conducentes a la sustitución monetaria con la puesta en circulación de los nuevos billetes y monedas¹¹.

Así mimos, en conexión con el diseño del régimen cambiario, y de acuerdo con lo previsto en la LBCV2015, artículo 34, está regulado por medio de los correspondientes convenios cambiarios que acuerde el Ejecutivo Nacional, a través del Ministerio con competencia en materia de finanzas y el Banco Central de Venezuela. En general, el BCV está obligado a coordinar con el Ejecutivo Nacional las políticas fiscales, mone-

¹¹ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reconversión Monetaria (2008). Artículo 3.

tarias, financieras y cambiarias en función de los objetivos previstos en los acuerdos que se celebren¹².

Es importante significar que en cuanto a los sistemas de pago, el BCV tiene, además, la obligación de ejercer la vigilancia y supervisión de los sistemas de pago que operan en el país y establecer sus normas de operación y/o funcionamiento, con el objeto de asegurar que los mismos funcionen de manera eficiente dentro de los niveles de seguridad para los participantes y el público en general (artículo 61 LBCV2015).

Estos sistemas de pago se definen –en el artículo 61 LBCV2015–, como el conjunto de normas, acuerdos y procedimientos, que tengan por objeto principal la tramitación y ejecución de órdenes de transferencia de fondos y/o valores entre sus participantes, que hayan sido reconocidos y autorizados como tales por el BCV, según las normas que se dicten al efecto. Todas las actividades de estos sistemas de pago son de orden público.

En el contenido del artículo 63 LBCV2015, se establecen las potestades del organismo en materia de sistemas de pagos¹³, que son, entre otras: calificar un sistema de pagos y autorizar su funcionamiento (numeral 1); emitir las normas generales e instrucciones particulares que regulen el funcionamiento de los sistemas de pago, instrumentos y la conducta de los participantes en los mismos; dictar las normas sobre la organización, funcionalidad y operatividad de cada sistema de pago, de sus políticas y medidas de administración y mitigación de riesgos, así como de control de protección de los derechos de los usuarios (numeral 2); supervisar el cumplimiento de las normas dictadas en materia de funcionamiento de los sistemas de pago, las cuales impliquen enajenación, liquidación, afectación o entrega de fondos, valores u otros instrumentos financieros;

12 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco Central de Venezuela (2015). Artículo 47, numeral 2.

13 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco Central de Venezuela (2015). Artículo 63.

diseñar y/o aprobar programas de ajustes de obligatorio cumplimiento por parte de los administradores de los sistemas de pagos, tendentes a corregir desviaciones en los mismos, cuando se detecten deficiencias que puedan afectar su correcto funcionamiento (numeral 3); suspender, e incluso dejar sin efecto, las decisiones adoptadas por los administradores de los sistemas de pago (numeral 4); establecer acuerdos de cooperación con otras autoridades u organismos supervisores de las entidades del sistema financiero, nacionales e internacionales, del mercado de valores, y de protección del consumidor, para garantizar el funcionamiento eficiente y seguros de los sistemas de pago (numeral 7); y realizar las actividades necesarias para la continuidad operativa de los sistemas de pago del país (numeral). Un administrador de un sistema de pago, representa toda persona jurídica, pública o privada, de carácter financiero o no, que opera un sistema de pago y coordina la actuación de los participantes en el mismo, siempre y cuando hubiere sido autorizado como tal por el Banco Central de Venezuela¹⁴.

El sistema monetario nacional corresponde exclusivamente a este organismo, y, específicamente, emitir y acuñar monedas de curso legal en todo el país. Estas especies monetarias sólo pueden ponerse en circulación a través de la compra de oro, divisas y la realización de otras operaciones autorizada en la Ley del Banco Central de Venezuela.

En este sentido, ninguna institución pública o privada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 107 LBCV2015¹⁵, cualquiera que sea su naturaleza, puede emitir especies monetarias. La excepción de derecho de esta regla lo constituye lo relacionado

14 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco Central de Venezuela (2015). Artículo 64.

15 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco Central de Venezuela (2015). Artículo 107: *“Corresponde al Banco Central de Venezuela el derecho exclusivo de emitir billetes y de acuñar monedas de curso legal en todo el territorio de la República. Ninguna institución, pública o privada, cualquiera que sea su naturaleza, podrá emitir especies monetarias”*.

con la emisión de especies para intercambio de bienes y servicios entre consumidores en el ámbito comunal.

El artículo 68 de la derogada Ley del Banco Central de Venezuela de 1992, establecía esta prohibición en términos más claros y precisos: *“El Banco Central de Venezuela tendrá el derecho exclusivo de emitir billetes y de acuñar moneda de curso legal en todo el territorio de la República. Ni el Gobierno Nacional, ni los otros bancos, ni ninguna otra institución particular o pública, cualquiera que sea su naturaleza, podrán acuñar moneda, emitir billetes u otros documentos que tengan carácter de moneda o puedan circular como tal”*. En este sentido, es una facultad centralizada –exclusivamente– en el Banco Central de Venezuela el derecho de emitir billetes y de acuñar monedas de curso legal en todo el territorio de la República.

Además, en este sentido, el Banco Central de Venezuela tiene atribuida facultades legales para ejercer potestades sancionatorias en el ámbito administrativo, a través de Resoluciones, a los sujetos que transgredan las obligaciones establecidas en su marco legal regulatorio, las cuales se aplicarán sin menoscabo de las acciones penales y civiles a que hubiere lugar¹⁶.

Por último, el Banco Central de Venezuela sostiene relación con los demás Poderes Públicos Nacionales conforme con lo dispuesto en el artículo 319 Constitucional, por lo tanto, en sentido general, debe rendir cuenta de sus actuaciones, metas y resultados de sus políticas ante la Asamblea Nacional; además, debe rendir informes periódicos sobre el comportamiento de las variables macroeconómicas del país y sobre los demás asuntos que el soliciten. En el ámbito del Poder Moral Republi-

16 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco Central de Venezuela (2015). Artículo 132: *“Están sujetos al presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley todas las personas naturales y jurídicas. La alusión a bancos y otras instituciones financieras contenida en el presente Título se entenderá en sentido amplio y, en todo caso, incluirá a las instituciones y sujetos regulados por las leyes que rijan la actividad bancaria, aseguradora y de mercado de capitales”*.

cano, la Contraloría General de la República tiene la facultad del ejercicio de las actividades de control posterior en el BCV, así como su inspección y vigilancia. Su presupuesto de gasto de funcionamiento e inversiones requiere la aprobación de la Asamblea Nacional, y sus cuentas y balances serán objeto de auditorías externas en los términos que fije la Ley¹⁷.

II. DE LAS CRIPTOMONEDAS INTERNACIONALES EN INTERNET A LA CRIPTOMONEDA NACIONAL: EL “PETRO”

1. La significación de las criptomonedas (el Bitcoin como referencia)

En la red de redes – *Internet*–, se ha desarrollado e implementado, a partir del año 2009, el uso de las llamadas *criptomonedas* (del inglés *cryptocurrency*) o monedas virtuales. La primera del mundo que empezó a operar fue el *Bitcoin*, cuyo creador –o creadores– se mantiene anónimo bajo el seudónimo de *Satoshi Nakamoto*, surgiendo como un mecanismo monetario virtual a raíz de la crisis financiera mundial del 2008. Las criptomonedas son denominas así por estar basadas en códigos criptográficos puntuales (*cripto* oculto y *grafe* de escritura), estos códigos se presentan de manera oculta.

El *Bitcoin* es calificado tanto moneda como un sistema digital. Como moneda, ya que puede servir para todo lo que cualquier moneda sirve, pero en lugar de tener un ente gubernamental –como un banco central– que lo emita y lo respalde, es descentralizado; y como sistema digital, se trata de una “cadena

17 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Artículo 319: (...) “*El Banco Central de Venezuela estará sujeto al control posterior de la Contraloría General de la República y a la inspección y vigilancia del organismo público de supervisión bancaria, el cual remitirá a la Asamblea Nacional informes de las inspecciones que realice. El presupuesto de gastos operativos del Banco Central de Venezuela requerirá la discusión y aprobación de la Asamblea Nacional y sus cuentas y balances serán objeto de auditoria externa en los términos que fije la ley*”.

de bloques” o *blockchain*¹⁸. Existen programadores que se encargan de mejorar el software, de hecho, cualquier programador puede hacerlo; sin embargo, nadie puede modificar su protocolo¹⁹.

Una de las características más resaltantes del *Bitcoin* es que no le pertenece a ningún país o gobierno; es descentralizado; de licencia libre, y no le pertenece a ninguna persona pública o privada. Ninguna entidad lo controla ni controla su red. Los propios usuarios son lo que mantienen en funcionamiento su plataforma. Su símbolo o abreviatura más común es *BTC*; aunque, actualmente se está utilizando también el símbolo *XBT*, ya que la “X” indica que es una moneda que no tiene curso legal en ningún país, tal cual como en el caso del oro y la plata²⁰.

Ahora bien, el *Bitcoin* es categorizado como un medio digital de intercambio, como lo es el uso del dólar, el euro, el yuan, el yen o cualquier otra moneda de curso legal. Sus usos son exactamente los mismos que con estas monedas físicas; sin embargo, lo que marca significativamente la diferencia con las llamadas monedas fiduciarias o fíat (que con emitidas y respaldadas por un Banco Central) es que no existe de forma física²¹, ni tiene ningún tipo de respaldo.

En este sentido, es una moneda digital que solo existe en la llamada “cadena de bloques” o *blockchain*, que la soporta y debido a un sofisticado proceso de verificación (consenso) de transacciones, no puede gastarse dos veces. Cada *Bitcoin* –o porción de él– es único, pues cada transacción se registra públicamente, sin datos personales, *blockchain*, que es un

18 Criptonoticias. *¿QUÉ ES BITCOIN?* Consultado en el Portal de Internet: <https://www.criptonoticias.com/informacion/que-es-bitcoin/>

19 El ABC del Bitcoin. 1 de diciembre de 2017. Consultado en el Portal de Internet: <https://criptotendencia.com/2017/12/01/el-abc-del-bitcoin/>

20 El ABC del Bitcoin. Op. Clt.

21 Criptonoticias. *¿QUÉ ES BITCOIN?* Op. Clt.

“libro” digital de contabilidad elaborado con complejas estructuras criptográficas. Por ello el *Bitcoin* es llamado ‘*criptomoneda*’.

Los compradores de *Bitcoin* pueden manejar sus fondos con carteras digitales o *Wallet*, que tienen tanto una llave pública (a un número de cuenta o clave) como una llave privada (contraseña de la cuenta); a través de las cuales es posible realizar transacciones financieras desde cualquier lugar del mundo y en todo momento, ya que resulta ser una moneda que no posee ataduras o límites territoriales, como sí las posee el dinero fiduciario o de “curso legal”. También es posible intercambiarlos por dinero local, para lo que existen casas de cambio o plataformas como *LocalBitcoins*, entre otras, que funcionan en la red. Su valor, va a estar determinado por la oferta y la demanda; es decir, a medida que haya menos *Bitcoin* disponibles, más aumentan su valor.

Es importa resaltar que la diferencia de una moneda virtual con las de curso legal (bolívar, dólar, euro, yen, etc.) es que éstas últimas representan dinero fiduciario, es decir, los bancos centrales proceden a su emisión mediante la creación de deuda que se multiplica a través de los bancos comerciales y el sistema de reserva fraccionaria. En cambio, la idea de la criptomoneda es que no es física, no son billetes ni monedas físicas, sino que circula en la red.

Otra característica de las criptomonedas, es que a diferencia de las monedas de curso legal, en los cuales en un sistema monetario los Bancos Centrales imprimen más dinero cada vez que lo necesitan, en cambio, éstas no se acuñan, sino que se “minan”, se descubren. El sistema funciona a través de computadoras que hacen complejas transacciones para que eso ocurra. Estas computadoras son independientes. Como recompensa los “mineros” obtienen *Bitcoin* a cambio. Su trabajo consiste en mejorar la eficiencia de los sistemas *Bitcoin* y crear “bloques”

o cadenas en las que se enumeran esas transacciones²². El sistema fue diseñado de esa manera explícitamente para evitar a los bancos centrales y a las enormes instituciones financieras²³

2. La criptomoneda venezolana: el “Petro”

En Venezuela, el interés por las criptomonedas o monedas virtuales tiene un nuevo e inaudito protagonista: el Ejecutivo Nacional, que creó y legalizó su propia criptomoneda, la “PETRO”, y le asignó como respaldo bienes tangibles, específicamente, los recursos naturales del país (petróleo, diamante, gas, coltán y oro).

Desde el anuncio de su creación y uso en el territorio nacional, el pasado 3 de diciembre de 2017, referido concretamente a la adopción de una moneda virtual y a la creación de un Observatorio de la Criptomoneda, se llevó rápidamente a cabo su efectiva creación el 8 de diciembre de 2017, por medio del Decreto del Presidente de la República N° 3.196, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.346 de la misma fecha.

Con este instrumento administrativo, emanado del Ejecutivo Nacional, se autoriza, en términos muy generales, la creación de la Superintendencia de los Criptoactivos y Actividades Conexas y de la Criptomoneda “PETRO”, y se establecen que las condiciones previstas en el Código Civil Venezolano son aplicables a la compra/venta de activos financieros; y las condiciones regulatorias de la aplicación, uso y desarrollo de tecnologías *Blockchain* (cadena de bloques), minería, desarrollo de nuevas criptomonedas en el país, todo ello en el ámbito de “las

22 BBC/Mundo. 30 de noviembre de 2017. ¿Cómo y dónde comprar bitcoins?: guía básica para invertir en el “oro digital” y cuáles son los riesgos. Consultado en la Página Web: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-42181233>.

23 The New York Times. 4 de enero de 2018. Nathaniel Popper, Oleg Matsnev y Ana Vanessa Herrero. El plan de Venezuela y Rusia para evitar las sanciones estadounidenses: las monedas virtuales. Consultado en la Página Web: <https://www.nytimes.com/es/2018/01/04/venezuela-rusia-petro-criptomoneda-bitcoin/>

políticas del desarrollo integral de la Nación y de manera lícita y con la finalidad de apostar por una economía capaz de mantener la cohesión social y la estabilidad política”(artículo 3, Decreto 3.196).

El contenido de este Decreto presidencial N° 3.196, no menciona la intervención del Banco Central de Venezuela, que es, como se mencionó *ut supra*, la persona jurídica de derecho público con autonomía y rector del sistema financiero nacional, que le corresponde velar por la unidad monetaria del país (el bolívar), el correcto funcionamiento de los sistemas de pagos del país, establecer sus normas de operación²⁴, y ejercer, con carácter exclusivo, la facultad de emitir especies monetarias²⁵.

3. ¿Cómo funciona el “Petro”?

En términos teóricos, el *PETRO*, funcionará como cualquier moneda virtual (el Bitcoin), y como cualquier moneda física, pero por su estado digital circulará exclusivamente en internet. Lo que se pagará por ella sí es un valor monetario, por lo tanto representan un nuevo sistema de pago digital.

Su valor se derivará del barril de petróleo cotizado en la cesta OPEP, aun cuando puede tener el valor de otros commodities, entre ellos, el oro, diamante, coltán o el gas. Es decir, su valor no está determinado por el número de personas que está dispuesta a intercambiarla sino que está apalancado al de un barril de petróleo. Este barril de petróleo venezolano -o en futuro, cualquier commodities que decida la nación- constituye el respaldo físico del contrato de compra-venta de un

24 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco Central de Venezuela (2015). Artículo 7: “Para el adecuado cumplimiento de su objetivo, el Banco Central de Venezuela tendrá a su cargo las siguientes funciones: (omissis), numeral 8: Velar por el correcto funcionamiento del sistema de pago del país y establecer sus normas de operación”.

25 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco Central de Venezuela (2015). Artículo 7: “Para el adecuado cumplimiento de su objetivo, el Banco Central de Venezuela tendrá a su cargo las siguientes funciones: (omissis), numeral 9: Ejercer, con carácter exclusivo, la facultad de emitir especies monetarias”.

Petro. Este respaldo podría considerarse como una medida para contenerlos efectos negativos que la inflación ha causado sobre el bolívar, así como el aumento inorgánico del dinero por parte de las autoridades nacionales.

El proceso de compra-venta se realiza a través de Casas de Intercambio cripto-activo (*Exchanges Internacionales*), que son la infraestructura para la negociación secundaria (mercado secundario), donde compradores y vendedores abrirán y cerrarán posiciones, y donde se podrá realizar el cambio del cripto-activo por el equivalente en bolívares, al tipo de cambio vigente al momento de la negociación. También se podrá intercambiar por su equivalente en otras criptomonedas. El monto en Bolívares se calculará considerando el contravalor del monto en divisas del Barril de Petróleo, calculados de acuerdo a la tasa de cambio vigente establecida por el Banco Central de Venezuela²⁶.

El tenedor de cada *Petro* será poseedor de una billetera o cartera virtual (“*Wallet*” en inglés), donde se almacenará el documento informático y que será de su entera responsabilidad, así como todos los riesgos asociados al manejo y custodia de la misma, según se explica en el artículo 5º del Decreto²⁷. Cada billetera debería estar asociada a una cuenta bancaria, y sus operaciones se harán a través de la Casa de intercambio. Por lo general, en estas carteras digitales se almacenan las claves necesarias para acceder a la cuantía que tengas registrada bajo una determinada dirección. Una vez que se tienen

26 El valor usado podrá ser el del Dicom (Sistema de Divisas de Tipo de Cambio Complementario Flotante de Mercado).

27 Artículo 5º. “*El tenedor de los PETRO podrá realizar el cambio del valor de mercado del cripto-activo por el equivalente en otra criptomonedas o en Bolívares al tipo de cambio de mercado publicado por la casa de intercambio de cripto-activo nacional. El tenedor de los PETRO podrá realizar el cambio del valor de mercado del cripto-activo por el equivalente en una criptomonedas o por una moneda fiduciaria en los Exchanges Internacionales.*

El tenedor de cada PETRO será poseedor de una billetera virtual, la cual será de su entera responsabilidad, así como todos los riesgos asociados al manejo y custodia de la misma”.

los monederos puedes empezar a operar en el mercado para gastarlos, intercambiarlos u obtener dinero real.

Sobre la colocación inicial de esta moneda virtual venezolana, se hará a través de subasta o asignación directa (precio fijo establecido para la adquisición del activo), realizada por la Superintendencia de los Criptoactivos y Actividades Conexas, conforme a las condiciones que establezca la normativa dictada en la materia, y de acuerdo con el número de barriles en reservas otorgados como respaldo por el Ejecutivo Nacional, así como el número de cripto-activos que se encuentren en circulación (artículo 8º)²⁸. Una vez que se haya realizado la subasta inicial y asignados los cripto-activos a los inversionistas, su custodia estará descentralizada.

Esta moneda una moneda virtual podrá ser intercambiable por bienes y servicios y por dinero fiduciario en las Casas de Intercambio de cripto-activo nacionales e internacionales. Asimismo, puede ejercer funciones de *commodities*, ya que se puede utilizar como un instrumento de protección financiera por estar respaldado en barriles de petróleo venezolano, en la forma de un contrato de compra/venta con la posibilidad de ser canjeado por petróleo físico, en las condiciones que establezca el Ejecutivo Nacional.

En cualquier momento el gobierno nacional podrá, a través de Decreto, cambiar la base de respaldo del cripto-activo, al valor equivalente de cualquier commodities que decida, entre ellos entre ellos el oro, diamante y coltán y el gas.

28 Presidencia de la República. Decreto N° 3.196 del 8 de diciembre de 2017.

Artículo 8º: “*La colocación inicial se hará a través de subasta o asignación directa, realizada por la Superintendencia de los Criptoactivos y actividades conexas Venezolana, de conformidad con el número de barriles en reservas otorgados como respaldo por el Ejecutivo Nacional para el PETRO, así el número de PETRO que se encuentren en circulación*”.

En la página web del <http://www.elpetro.gob.ve/#docs>, el gobierno publicó el *MANUAL PARA EL COMPRADOR Del CRIPTOACTIVO EL PETRO (PTR)*, que es una guía para realizar la compra del *Petro* (PTR) en su fase de preventa, siendo realizada la primera el jueves 26 de abril de 2018.

La creación y funcionamiento de la Superintendencia de los Criptoactivos y Actividades Conexas, el Observatorio de Blockchain y el Registro Único de Minería Digital

El Ejecutivo Nacional autorizó la creación de la Superintendencia de los Criptoactivos y actividades conexas Venezolana, “...como servicio descentralizado sin personalidad jurídica, administrado, supervisado e integrado a la Vicepresidencia de la República, con capacidad de gestión presupuestaria, administrativa y financiera sobre los recursos que le correspondan, el cual se regirá por lo dispuesto en este Decreto y demás normativa que le resulten aplicable”²⁹.

Este órgano descentralizado estará a cargo de un Superintendente, el cual será designado por el Presidente de la República (Artículo 2); y su funcionamiento y organización interna será definida en su Reglamento Interno (artículo 10). Las gestiones pertinentes para obtener los recursos financieros y presupuestarios necesarios para su funcionamiento serán coordinadas por el Vicepresidente Ejecutivo y el Ministro del Poder Popular de Economía y Finanzas (artículo 11).

También el Ejecutivo Nacional instaló, en fecha 12 de diciembre de 2017, el Observatorio de *BlockChain* de Venezuela, adscrito al Ministerio de Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, que regirá el funcionamiento de la criptomonedera. Ningún instrumento legal regula su creación y atribuciones.

El objetivo de este Observatorio es brindar asesoría, especialmente al Ejecutivo Nacional, en el funcionamiento del

29 Presidencia de la República. Decreto N° 3.196 del 8 de diciembre de 2017. Artículo 1º.

PETRO, para determinar su articulación, funcionamiento y demás lineamientos operativos. Estará integrado por especialistas en las áreas de tecnología, economía y finanzas, así como del área legal y monetaria^{30³¹}. Será el encargado de asesorar la creación, desarrollo y mantenimiento del *PETRO*. Estará compuesto por todas las escuelas de Economía de las universidades venezolanas, la comunidad científica nacional e internacional, escuelas de computación, banca pública y privada y el Banco Central de Venezuela (BCV), en total 50 personas³².

La Superintendencia de los Criptoactivos y Actividades Conexas Venezolana creó el *“Registro Único de Minería Digital”*, el cual entró en funcionamiento el 22 de diciembre a través del portal web: <https://registro.blockchain.gob.ve/web/>, para hacer uso de la divisa digital; sin embargo, este registro no está regularizado por ningún instrumento que normalice su creación y funciones.

Para la obtención del *PETRO*, cualquier ciudadano deberá acceder a través de los mecanismos del Observatorio del Blockchain, dispuestos en su portal web, así como a los mecanismos de intercambio de cripto-monedas que establezca el Ejecutivo Nacional.

30 El Nacional. 11 de diciembre de 2017. Observatorio Nacional de Blockchain: *“El Ente de la Criptomoneda Venezolana”*. Consultado en el portal de internet: http://www.el-nacional.com/noticias/economia/observatorio-nacional-blockchain-ente-criptomoneda-venezolana_215047.

31 Comisión Nacional de Telecomunicaciones (Conatel). *“Instalado el Observatorio Blockchain que regirá la criptomoneda venezolana”*. Consultado en la página Web: <http://www.conatel.gob.ve/instalado-observatorio-de-blockchain-que-regira-la-criptomoneda-venezolana/>.

32 Globovisión. 29 de diciembre de 2017. *“En Claves | El Petro: la nueva criptomoneda respaldada con petróleo”*. Consultado en la página de internet: <http://globovision.com/article/en-claves-el-petro-la-nueva-criptomoneda-respaldada-con-petroleo>

4. Recursos naturales como respaldo de la Criptomoneda Petro

Las criptomonedas, como el Bitcoin, no tienen un ente gubernamental, como un banco central, que lo emita y lo respalde, ya que se basa por completo en el sistema digital: la blockchain o cadena de bloques³³.

En cambio, en Venezuela, el Ejecutivo Nacional, ordenó la creación del Petro, apalancando su respaldo en el petróleo venezolano, cotizado en la cesta OPEP, y otros commodities, entre ellos el oro, diamante, coltán o el gas.

La evolución semanal del valor del barril de petróleo de la cesta de crudo venezolano es publicada cada semana en el portal del Ministerio en materia de Petróleo³⁴. Sin embargo, no ha sido publicada la metodología empleada para la publicación de los precios del crudo venezolano, y, en este caso, el precio publicado es un precio “promedio”, lo que significa que, cada semana el valor presentado de los barriles que se vendieron corresponde a precio más alto y más bajo que el número publicado como promedio. Bajo esta situación, la información puede ser ambigua ya que la publicación de precios promedios, puede suponer una sensación optimista cuando el mercado está a la baja. La cifra publicada siempre será mayor que el precio de cierre que es menor que el de la semana anterior.

No hay una ley que dicta el precio del crudo, ni lo dicta quien lo produce, y casi nunca el consumidor fija el precio. Existen varios índices publicados en todo el mundo que emplea la industria del petróleo. Uno de ello es el precio West Texas Intermediate (WTI), que es fijado en la Bolsa Mercantil de Nueva York(*New York Mercantile Exchange NYMEX*), que es una

33 Criptonoticia. ¿QUÉ ES BITCOIN? Consultado en la página de internet: <https://www.criptonoticias.com/informacion/que-es-bitcoin/>

34 Portal de internet del Ministerio del Poder Popular de Petróleo y Minería: www.mpetromin.gob.ve/.

bolsa de materia prima. Otro es el Índice de crudo Brent(*Brent CrudeIndex*), que se fija en el Intercontinental Exchange de Londres (ICE) y un tercero es la cesta de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP), que es un promedio de los precios obtenidos en todos los países de la OPEP y se gestiona desde la sede de la organización en Viena.

Esta Cesta OPEP calcula el precio con base en el promedio de 15 crudos diferentes producidos en países miembros de la Organización, del que Venezuela es miembro fundador. Los crudos son el Saharan Blend (Algeria); el Girassol (Angola); Oriente (Ecuador); Minas (Indonesia); Iran Heavy (Irán); Basra Light (Iraq); KEC Kukwait Export Crude (Kuwait); Es Sider (Reino de Arabia Saudita); Murban (Emiratos Árabes Unidos); y el BCF17 Bolívar Coastal Fields 17 (Venezuela). Los índices WTI, de crudo Brent y la canasta de la OPEP, se basan se basa en los Estados Unidos, Europa y principalmente en los precios del petróleo en Arabia, respectivamente.

Ahora bien, cada índice sube y baja dependiendo de la demanda de petróleo. La incertidumbre política, la economía mundial, los fenómenos naturales (huracanes y temperaturas extremas), conflictos bélicos y episodios terroristas, u otros factores en algunas regiones del mundo podrían afectar la oferta y ocasionar que el precio suba. Existen consumidores importantes de este recurso, como China. Cualquier reducción de la demanda de petróleo, podría provocar que el precio caiga, sobre todos los índices más importantes del mundo.

Cabe mencionar que el Ministerio en materia de Petróleo informó en septiembre del 2017 que los precios de este hidrocarburo serán reflejados en la moneda china, el yuan, como parte de la estrategia del gobierno a migrar a una canasta de monedas, entre las que se encuentran –aparte del yuan–, el yen, el rublo, la rupia y el euro. Así, para determinar el valor en dólar del precio del hidrocarburo, se debe buscar la tasa de cambio de yuanes por dólar, a la fecha.

Para garantizar el respaldo de hidrocarburos con que contará el *PETRO*, el Ejecutivo Nacional oficializó, mediante Decreto del 27 de diciembre de 2017, la entrega del campo número 1 del Bloque Ayacucho, certificado, de la Faja Petrolífera del Orinoco, para que sea la primera base material de sustento en riqueza del cripto-activo. Este campo tiene existencia de unos 5.000 millones de barriles en reservas petroleras³⁵.

El régimen y la administración de todo lo relacionado con la explotación de minas e hidrocarburos, conforme el contenido del artículo 156, numeral 13, del Texto Fundamental, son atribuciones que se encuentran dentro de las competencias del Poder Público Nacional, específicamente, las que ejerce el Ejecutivo Nacional. En concordancia con tales atribuciones, el Título VI “*Del Sistema Socioeconómico*”, capítulo primero “*Del Régimen Socioeconómico y de la Función del Estado en la Economía*”, artículos 302 y 303 *ejusdem*, se reserva al Estado, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y la conservación de la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A., o del ente creado para el manejo de la industria petrolera; con lo cual se determina el papel del Estado como máximo regulador y garante de las actividad relacionadas a la explotación de los hidrocarburos.

En el mismo orden, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos³⁶, regula todo lo relativo a la exploración, explotación, refinación, industrialización, transporte, almacenamiento, comercialización, conservación de los hidrocarburos, así como lo referente a los productos refinados y a las obras que la realización de estas actividades requiera (Artículo 1), y reserva al Estado, de conformidad con lo pre-

35 El Universal. 27 de diciembre de 2017. “*Decreto presidencial respalda al Petro con reservas de la faja petrolífera*”. Consultado en la Página Web: http://www.eluniversal.com/noticias/economia/decreto-presidencial-respalda-petro-con-reservas-faja-petrolifera_682477

36 Asamblea Nacional (2006). Ley de Reforma parcial del Decreto N° 1.510 con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos. Gaceta Oficial N° 38.493, de fecha 4 de agosto de 2006.

visto en el artículo 302 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las actividades primarias: exploración en busca de yacimientos de los hidrocarburos comprendidos en esta Ley, a la extracción de ellos en estado natural, a su recolección, transporte y almacenamiento iniciales, así como las relativas a las obras que su manejo requiera; ya sean realizadas directamente por el Ejecutivo Nacional o mediante empresas de su exclusiva propiedad. Igualmente podrá hacerlo mediante empresas donde tenga control de sus decisiones, por mantener una participación mayor del cincuenta por ciento (50%) del capital social, las cuales a los efectos de la Ley se denominan empresas mixtas (artículo 22).

Las actividades relativas a la destilación, purificación y transformación de los hidrocarburos naturales comprendidos en la Ley, realizadas con el propósito de añadir valor a dichas sustancias y la comercialización de los productos obtenidos, configuran actividades de refinación y comercialización y pueden ser realizadas por el Estado y los particulares, conjunta o separadamente, conforme a lo dispuesto en el Capítulo VIII de la Ley (artículo 10).

Las actividades de comercialización a que se refiere la Ley, comprenden el comercio interior y el comercio exterior, tanto de los hidrocarburos naturales, como de sus productos derivados (artículo 56), y sólo podrán ser ejercidas por las empresas a que se refiere el Artículo 27 de la Ley (empresas del estado). Las empresas mixtas que desarrollem actividades primarias sólo podrán vender los hidrocarburos naturales que produzcan a las empresas del estado (artículo 57). Las actividades de comercialización de los productos derivados que estuvieren excluidos conforme a lo previsto en el artículo 57, podrán ser realizadas por el Estado directamente, o por empresas de su exclusiva propiedad, o por empresas mixtas con participación del capital estatal y privado en cualquier proporción y por empresas privadas (artículo 58).

Todas estas actividades están dirigidas a fomentar, de acuerdo con lo especificado en el artículo 5 de la Ley de Hidrocarburos,

“el desarrollo integral, orgánico y sostenido del país, atendiendo al uso racional del recurso y a la preservación del ambiente. A tal fin se promoverá el fortalecimiento del sector productivo nacional y la transformación en el país de materias primas provenientes de los hidrocarburos, así como la incorporación de tecnologías avanzadas. Los ingresos que en razón de los hidrocarburos reciba la Nación propenderán a financiar la salud, la educación, la formación de fondos de estabilización macroeconómica y a la inversión productiva, de manera que se logre una apropiada vinculación del petróleo con la economía nacional, todo ello en función del bienestar del pueblo”.

Con la descripción del régimen legal de estas actividades de los hidrocarburos, se puede considera que el Ejecutivo Nacional al colocar como garantía de la nueva criptomoneda parte de los yacimientos de hidrocarburos existentes en el territorio nacional (campo número 1 del Bloque Ayacucho, certificado, de la Faja Petrolífera del Orinoco), los cuales constituyen bienes del dominio público, inalienables e imprescriptibles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos³⁷, lo que reafirma el principio constitucional de propiedad pública de los yacimientos de hidrocarburos³⁸, que se consagra en el contenido del artículo 12 Constitucio-

37 Ley Orgánica de Hidrocarburos. Artículo 3º: *Los yacimientos de hidrocarburos existentes en el territorio nacional, cualquiera que sea su naturaleza, incluidos aquéllos que se encuentren bajo el lecho del mar territorial, en la plataforma continental, en la zona económica exclusiva y dentro de las fronteras nacionales, pertenecen a la República y son bienes del dominio público, por lo tanto inalienables e imprescriptibles.*

38 Jesús Mora Contreras (2002). El Derecho de Propiedad de los Hidrocarburos en Venezuela: origen y tradición legal. *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, 2002, vol. 8 n° 2 (mayo-agosto), pp. 219-235. Consultado en Página de Internet: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://iies.faces.ula.ve/investiga/jmora/derprophidvzla.pdf&gws_rd=cr&dcr=0&ei=yJpNWqiCHMvMmwGPtrcg

nal³⁹, afecta inconstitucionalmente el uso de tales yacimientos, toda vez que las disposiciones del Decreto N° 3.196, coloca a la criptomoneda a ejercer las funciones de commodities, representado a través de un contrato de compra/venta, con la posibilidad de ser canjeado por petróleo físico, cuando tal contrato no supone ningún tipo de actividad de comercialización a que se refiere la Ley.

Sin embargo, también puede considerarse otra perspectiva legal de la situación, ya que a tenor de los artículos 12, 302 y 303, y a juicio del autor José Ignacio Hernández⁴⁰, concurren en dichas normas las bases del pensamiento “estatista”, ya que mediante el primer artículo citado se reitera la propiedad del Estado sobre los yacimientos, en el segundo (artículo 302) se confirma (aunque dudosamente) la reserva del Estado sobre la “actividad petrolera”, y por último, el artículo 303 ratifica la propiedad pública de “Petróleos de Venezuela, S.A” (PDVSA) de acuerdo al principio del Estado empresario. En consecuencia, continua el citado autor que “Para un sector de la doctrina, estas normas, al refrendar el control estatal sobre los hidrocarburos, establecieron en definitiva el control estatal sobre toda la economía. Con lo cual, lejos de contemplar un modelo de economía social de mercado, para esta posición la Constitución de 1999 se decantó por un modelo próximo al soviético, o sea, de control estatal sobre la economía”.

Así las cosas, y dentro de este control del Estado en la economía, el Decreto de la Presidencia de la República N° 3.196, que adjudica como respaldo físico a la nueva criptomoneda un

39 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial de la República No 5453, Extraordinaria, de fecha viernes 24 de marzo de 2.000. Artículo 12. *Los yacimientos mineros y de hidrocarburos, cualquiera que sea su naturaleza, existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental, pertenecen a la República, son bienes del dominio público y, por tanto, inalienables e imprescriptibles. Las costas marinas son bienes del dominio público.*

40 Hernández, José Ignacio (2016) *El pensamiento jurídico venezolano en el Derecho de los hidrocarburos*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. página 75.

contrato de compra venta por un barril de petróleo de la cesta de crudo venezolano (o cualquier *commodities* que decida la Nación), contradice lo dispuesto en los artículos 12 de la Constitución y 3 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, ya que no se puede limitar transitoriamente los yacimientos de hidrocarburos a una utilización exclusiva, renunciándose a su carácter superior de inalienable, que es invariable, inalterable.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL “PETRO”: NO ES UNA MONEDA, ES UN MEDIO DE PAGO VIRTUAL

La Constitución vigente establece que “*la unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar*”⁴¹ (artículo 318); y ordena al Banco Central de Venezuela, como órgano autónomo del Poder Púbico Nacional, ejecutar la política monetaria, participar en el diseño y ejecutar la política cambiaria, regular la moneda, el crédito y las tasas de interés, administrar las reservas internacionales, y todas aquellas que establezca la ley. Además, tiene el derecho exclusivo de emitir billetes y de acuñar monedas de curso legal (artículo 106 LOBCV). En definitiva, centraliza toda la política monetaria del país.

Así las cosas, el PETRO, como cripto-activo, no debe ser calificada como una unidad monetaria. Es simplemente un activo de naturaleza virtual. Su emisión está centralizada por la Superintendencia de Criptomonedas y Actividades Conexas, la cual es una entidad inhabilitada –de pleno derecho– para emitir especies monetarias por mandato del artículo 107 de la Ley Orgánica del Banco Central de Venezuela: “*Ninguna*

41 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Artículo 318: *Las competencias monetarias del Poder Nacional serán ejercidas de manera exclusiva y obligatoria por el Banco Central de Venezuela. El objetivo fundamental del Banco Central de Venezuela es lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria. La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar. En caso de que se instituya una moneda común en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República.*

institución, pública o privada, cualquiera que sea su naturaleza, podrá emitir especies monetarias”.

Todas estas características descritas en los apartes precedentes consienten que el PETRO, en virtud de su estado virtual, por las actividades de colocación a través de subasta o asignación inicial, por las operaciones de emisión y desarrollo a través de tecnologías blockchain (cadena de bloques), por el intercambio en el mercado de cripto-activo a través de casa de intercambio (Exchange internacional), por su valor equivalente a un barril de petróleo de la cesta OPEP, siendo su respaldo físico un barril de crudo avalado por medio de un contrato de compra venta, por su cambio por otra criptomoneda, en bolívares (al tipo de cambio de mercado publicado por la casa de intercambio de cripto-activo nacional), o por una moneda fiduciaria⁴²; y por su manejo a través de billetera virtual, desatiende –de modo absoluto– las condiciones del Sistema Monetario Nacional que sostienen la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (artículos 318 y 319) y la Ley Orgánica del Banco Central de Venezuela.

Más aun, y de ninguna manera, no puede ser considerado un sistema de pago en los términos previstos en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Banco Central de Venezuela, que los definen como *“conjunto de normas, acuerdos y procedimientos, que tengan por objeto principal la tramitación y ejecución de órdenes de transferencia de fondos y/o valores, entre sus participante, que hayan sido reconocidos y autorizados por el Banco Central de Venezuela”*. Estos sistemas de pagos operados en sistema financiero regulado y supervisado por el Banco Central de Venezuela comprenden las operaciones con cheque, tarjeta de crédito, sistemas de pago interbancarios, sistemas de transferencias de fondos por operaciones pactadas en los mercados interbancario, de valo-

42 Presidencia de la República. Decreto 3.196. 08 de diciembre de 2017. Artículo 5º. *El tenedor de los PETRO podrá realizar el cambio del valor de mercado del cripto-activo por el equivalente en otra criptomoneda o en Bolívares al tipo de cambio de mercado publicado por la casa de intercambio de cripto-activo nacional.*

res públicos y de divisas, transferencias de fondos ordenadas por Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA) y sus filiales así como por otros clientes, recaudación de fondos nacionales y órdenes de pago del Gobierno Nacional, entre otras modalidades.

En perspectivas, el PETRO es un tipo de activo virtual (cripto-activo) al que se le asigna el papel de medio de pago, que está sujeto a una autoridad centralizada que tiene el control de su emisión, y cuyo valor se expresa en el equivalente en un barril de petróleo de la cesta OPEP. Sirve como una herramienta para lograr intercambios al valor de mercado del cripto-activo por el equivalente en otra criptomonedas o en Bolívares, o por una moneda fiduciaria, a través de transacciones que se realizan a través de casas virtuales (Casa de Intercambio) y sistemas codificados de seguridad.

En este sentido, el Ejecutivo Nacional por ser su emisor (minero) y tenedor, podrá proponer a los acreedores nacionales o internacionales (por ejemplo, a tenedores de bonos de deuda externa de Venezuela), el pago de las deudas a través de este cripto-activo, en tanto se acuerden el cambio de las condiciones de pago celebradas.

Finalmente, cabe destacar la descripción que hace José Ignacio Hernández, al referirse al *Petro* como “*un título valor a través del cual el gobierno financia sus actividades*”; y agrega que “es un activo que incorpora al mismo tiempo un valor y el derecho a usar ese activo para el intercambio de bienes y servicios e incluso para el pago de obligaciones con el sector público”.

Dicho en términos jurídicos, el *Petro*, cuando menos se asemeja, como lo puntualiza el citado autor, a lo que en derecho se conoce como “*título valor*”, es decir, el “*documento que incorpora un derecho de contenido patrimonial*”. En efecto, agrega, el *Petro* actúa de manera similar a otros títulos valores, como el bono, por ejemplo.

Sin embargo, finaliza el autor formulando: “*El hecho de que se trate de un título valor digital cuya transmisión se realiza a través de cadena de bloques no modifica su naturaleza jurídica*”⁴³.

IV. EL RÉGIMEN CAMBIARIO Y EL “PETRO”

El Banco Central de Venezuela regula, desde el año 2003, en los términos convenidos con el Ejecutivo Nacional, la negociación y el comercio de divisas en el país; así como las transferencias o traslados de fondos en divisas, del país hacia el exterior o desde el exterior hacia el país, así como los convenios internacionales de pago⁴⁴.

Los convenios cambiarios que se celebren entre el Banco Central de Venezuela y el Ejecutivo Nacional regularán las condiciones del régimen cambiario, y podrán establecer limitaciones o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda nacional cuando sea conveniente para su estabilidad, y para la continuidad de los pagos internacionales del país o para contrarrestar movimiento inconvenientes de capital⁴⁵.

Esta regulación del control cambiario que limita la adquisición de divisas (dólares, euros, entre otras), es aplicable al PETRO en tanto que, aun cuando no es una divisa, su valor está estipulado en dólares, equivalente al valor en dólares de un barril de petróleo de la cesta OPEP, pero su cancelación se hará en bolívares al tipo de cambio de mercado informado por la casa de intercambio; también, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del Decreto de la Presidencia de la República N° 3.196, “*el tenedor de los PETRO podrá realizar el cambio del valor*

43 Hernández, José Ignacio (19/02/2018), *¿Es el Petro una operación de crédito público?*, publicado en Prodavinci. Consultado en la página web: <https://prodavinci.com/es-el-petro-una-operacion-de-credito-publico/>.

44 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco Central de Venezuela (2015). Artículo122.

45 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco Central de Venezuela (2015). Artículo124.

de mercado del cripto-activo por el equivalente en otra criptomonedas o en Bolívares al tipo de cambio de mercado publicado por la casa de intercambio de cripto-activo nacional"; también, el tenedor podrá realizar el cambio del valor de mercado del cripto-activo por el equivalente "en una criptomonedas o por una moneda fiduciaria en los Exchanges Internacionales".

Asimismo, el artículo 6 del señalado instrumento sub-legal, señala que la Casa de Intercambio, como infraestructura para la negociación secundaria de los criptoactivos (PETRO), "podrá realizar el cambio del cripto-activo por el equivalente en Bolívares, de conformidad con el tipo de cambio que en esta se maneje. Asimismo, podrá ser intercambiada por su equivalente en criptomonedas". Tal disposición guarda armonía con el contenido del artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela, que dispone que "los pagos estipulados en moneda extranjera se cancelan, salvo convención especial, con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar de la fecha de pago".

En estos términos, para que pueda ser utilizado este cripto-activo como un instrumento para la compraventa de divisas, a través de los mecanismos administrados por las autoridades competentes del régimen de administración de divisas reinante, se deberán normalizar adecuadamente la convención especial que fije los términos y condiciones que armonicen con los convenios cambiarios que rigen dichos mecanismos y demás normativas que sean dictadas para su desarrollo.

APRECIACIONES FINALES

Con base en todo el análisis anteriormente expuesto, se pretende esbozar las ideas generales, de contenido jurídico, derivadas del contenido del Decreto N° 3.196, en los términos siguientes:

- Este Decreto Presidencial, no instruye de manera suficiente, sobre el funcionamiento de los “PETROS”. No contiene las normas de organización y atribuciones de la Superintendencia de los Criptoactivos y Actividades Conexas, ni regula los Exchanges (casa de intercambio).
- El *Petro*, no es una moneda, sino un activo de naturaleza virtual que se usa como medio de pago, de la categoría de cripto-activo, cuyo valor se deriva del valor de otro activo (barril de petróleo de la cesta OPEP), llamado activo subyacente.
- No se ordena la intervención del Banco Central de Venezuela, como exclusivo y excluyente organismo responsable del sistema monetario nacional. Es posible que la tecnología de cadena de bloques puede ser adaptada para cumplir con las necesidades actuales y los requerimientos del sistema financiero, por lo que puede ser viable su utilización por parte del Banco Central de Venezuela, exclusivamente para el cumplimiento de sus operaciones legales.
- Su adquisición podría operar en bolívares y en divisas (de acuerdo con las condiciones del convenio cambiario), y se podrá cambiar por otras criptomonedas, o por una moneda fiduciaria, en las casas de intercambio cripto-activo (Exchange Internacional).
- Al tener como valor subyacente el precio del barril de petróleo de la cesta OPEP, se asume el riesgo que se deriva de la fluctuación del valor de éste recurso natural. No varía su valor por la dinámica de la demanda y oferta en el mercado.
- La regulación del control cambiario que limita la adquisición de divisas (dólares, euros, entre otras) no es aplicable a este cripto-activo porque no califica como divisa.

- Su emisión es por el Estado, lo que implica que está centralizada, salvo que se decrete la publicidad y apertura a los particulares de los códigos para su emisión (minería).
- No hay normas que tipifiquen los delitos y sanciones asociados a las operaciones relativas a este cripto-activo ni a otras criptomonedas, salvo que, en términos generales, ocurran hechos que se subsuman en los delitos tipificados en el derecho penal y en las normas de legitimación de capitales.
- No forma parte de los sistemas de pago regulados en el Ley del Banco Central de Venezuela.
- Puede ser utilizada para realizar intercambios con otras naciones o cualquier persona pública o privada que manipulen criptomonedas en el mercado digital. Lo cual puede implicar el intercambio con transacciones lícitas, como ilícitas; por ejemplo, el lavado de dinero.
- Cualquier persona puede participar en la adquisición del Petro; para ello deben estar previamente registrado en la página del *“Registro Único de Minería Digital”*, el cual entró en funcionamiento el 22 de diciembre en el portal web: <https://registro.blockchain.gob.ve/web/>.
- Existe confianza en los inversionistas en la tecnología abierta de criptomonedas, sin embargo, al ser las operaciones del *Petro* centralizadas por el gobierno venezolano, cambian esta confianza, ya que es contrario a los atributos que le agregan valor al criptodinero, a saber: el anonimato, los bajos costos de transacción, la seguridad y confianza que brinda el sistema descentralizado de registro, libre de intervención estatal y hackeos.

- Puede permitir reducir los costos de operación y mejorar la eficiencia de este sistema de pago.
- Las reservas petroleras, al servir de garantía del respaldo de su valor financiero, limita las reservas del campo número 1 del Bloque Ayacucho de la Faja Petrolífera del Orinoco, el cual tiene existencia de unos 5.000 millones de barriles en reservas petroleras. Esto contraría la naturaleza de "*dominio público*" que tienen los yacimientos de hidrocarburos pertenecientes a la República, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la Constitución y artículo 3 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos.
- Este respaldo del Bloque Ayacucho de la Faja Petrolífera del Orinoco no aparece indicado en el contenido del Decreto N° 3.196, ni en ningún otro acto administrativo publicado Gaceta Oficial, lo cual supondría que cualquier asignación directa de *Petro*, supone una contravención de la citada norma constitucional (artículo 12) y legal (artículo 3 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos).
- Representa la colocación de endeudamiento para la república y por ende debe estar autorizado por la Asamblea Nacional.

DIMENSIÓN SOCIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EN VENEZUELA*

José Ignacio Hernández G.

*Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid,
Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela
y de la Universidad Católica Andrés Bello.
Director del Centro de Estudios de Derecho Público,
Universidad Monteávila*

Resumen: Este ensayo desarrolla una exposición general de la dimensión social de la actividad administrativa en Venezuela. Por "dimensión social" entendemos, a estos fines, el conjunto de cometidos que atiende la Administración, típicamente por medio de una actividad prestacional, para promover condiciones materiales de igualdad de oportunidades.

Palabras clave: Administración Pública, actividad prestacional, Estado Social, Petro-Estado.

Summary: The article presents a general approach of the social dimension of the administrative action in Venezuela. For this purpose, the "social dimension" encompasses the task that the Public Administration must address to promote equal material conditions of opportunities, basically, through its non-coactive action.

Keywords: Public Administration, non-coactive action, Welfare State, Petro-State.

Recibido: 13 de febrero de 2018 Aceptado: 1 de marzo de 2018

* Ponencia presentada en el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2015.

SUMARIO

Introducción

- I. Breve aproximación histórica a la dimensión social de la actividad administrativa en Venezuela
- II. Bases constitucionales y principios generales de la dimensión social de la actividad administrativa en Venezuela
- III. Alcance de la dimensión social de la actividad administrativa en Venezuela: la Administración prestacional
- IV. La dimensión social de la actividad administrativa en Venezuela: las conquistas medidas en índices y los costos asociados a tales conquistas. Repensando el concepto de desarrollo

INTRODUCCIÓN

Este ensayo desarrolla una exposición general de la dimensión social de la actividad administrativa en Venezuela. Por “dimensión social” entendemos, a estos fines, el conjunto de cometidos que atiende la Administración, típicamente por medio de una actividad prestacional, para promover condiciones materiales de igualdad de oportunidades.

Desde una perspectiva histórica, la dimensión social de la actividad administrativa es un elemento de reciente data. Así, el Derecho Administrativo comenzó a surgir en el marco de un Estado que, en el orden socioeconómico, no tenía cometidos más allá de la promoción del orden público para asegurar el correcto ejercicio de la libertad general del ciudadano. Es por ello que la actividad administrativa del Estado fue, originalmente, una actividad de policía, denominada también actividad de limitación.

De allí que el Derecho Administrativo se configuró como un Derecho de la actividad de policía entendido como poder coactivo que se traduce en el acto administrativo. En cierto

modo, el Derecho Administrativo fue el Derecho del acto administrativo, con tres contenidos claros: (i) el reconocimiento de la potestad administrativa de autotutela relacionada con el acto administrativo; (ii) los vicios del acto administrativo y su control, como derivación del principio de legalidad y (iii) las garantías del ciudadano frente al acto administrativo.

La realidad social sobre la cual este marco se desarrolló cambió en el siglo XX, al ampliarse los cometidos del Estado. Junto a la actividad administrativa de limitación, el Estado comenzó a ejercer una actividad prestacional, no coactiva, orientada a incidir en las condiciones materiales para promover condiciones de igualdad. Tal es, en una muy breve síntesis, el principal impacto del Estado social sobre el Derecho Administrativo.

Es en este contexto en el cual se plantea la existencia de una dimensión social de la actividad administrativa. La Administración prestacional, en este sentido, tiene un claro sentido social, al orientar su actividad a incidir en las condiciones materiales, aportando prestaciones mínimas que, bajo los principios de subsidiariedad y menor intervención, propenden a crear condiciones de igualdad de oportunidades.

Esto forzó a amoldar al Derecho Administrativo a esta nueva realidad. La teoría general del acto administrativo tenía, así, muy poca relevancia respecto de la actividad prestacional. Por el contrario, en este nuevo contexto, el contenido del Derecho Administrativo se orientó a (i) asegurar el acceso al ciudadano a las prestaciones a cargo de la Administración y (ii) limitar la actividad prestacional de la Administración, para evitar excesos que derivasen en manifestaciones paternalistas de tal actividad.

En ocasiones ha querido verse en tal dimensión social un atentado a los fundamentos liberales del Derecho Administrativo. Tal visión la consideramos errada. Se insiste, el presu-

puesto básico del Derecho Administrativo, como un Derecho que equilibra la libertad frente a las potestades de la Administración, hoy día ha cambiado. Pero ello no implica que las conquistas tradicionales del Derecho Administrativo han de quedar abandonadas. Todo lo contrario, la dimensión social de la Administración solo es posible dentro de los límites del Estado de Derecho. Ello asegura que esa dimensión social parte de la centralidad del ciudadano y de la promoción efectiva de su libertad.

No desconocemos, en todo caso, los riesgos asociados a una dimensión social que, centrada en el Estado, cree vínculos de servidumbre entre el ciudadano y la Administración. El ejemplo de Venezuela -tema principal de este ensayo- es buen ejemplo de tales riesgos.

Así, el Derecho Administrativo venezolano surge, históricamente, conforme al patrón histórico que acaba de reseñarse: una Administración orientada, principalmente, al ejercicio de la actividad de policía. En el siglo XX esa realidad cambió, pero como consecuencia de un elemento determinante: la dependencia de la economía venezolana al petróleo.

El Estado venezolano tiene autonomía económica, en tanto no depende del poder tributario para procurar ingresos. El Estado, por el contrario, en su condición de propietario de los yacimientos de hidrocarburos y de las actividades de exploración y explotación, captura la renta petrolera, lo que permite sufragar sus gastos al margen de la sociedad civil.

Esta condición económica creó condiciones propicias para la expansión de la Administración prestacional, como en efecto sucedió. Solo que, desde 2004, el uso de la renta petrolera se ha orientado a transformar los fundamentos constitucionales del Estado venezolano, abdicando de la fundamentación republicana de nuestro Estado de Derecho.

En este ensayo se explica, así, el marco conceptual básico de la dimensión social de la actividad administrativa, en un recorrido que inicia con los orígenes mismos del Derecho Administrativo en Venezuela, y que avanza hasta el desarrollo de la Administración prestacional. Esto nos permite abordar las bases constitucionales de la dimensión social de la actividad administrativa y sus principales manifestaciones en Venezuela. El ensayo culmina con una reflexión crítica sobre el balance de tal dimensión social, proponiendo nuevas bases para concebir a la Administración prestacional desde la centralidad del ciudadano, y por ende, en el marco del Estado de Derecho.

I. BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA DIMENSIÓN SOCIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EN VENEZUELA

1. El contenido tradicionalmente liberal de la actividad administrativa

El Derecho Administrativo en Venezuela es resultado de la lenta formación del Estado nacional central a inicios del siglo XX. De esa manera, los conflictos políticos, sociales y económicos derivados de la independencia de Venezuela en el siglo XIX, marcaron los primeros pasos del Estado venezolano en un entorno signado por la inestabilidad, la desintegración territorial y la precariedad del Gobierno central. A inicios del siglo XX, y de la mano de férreas dictaduras, comenzará un proceso orientado a dar entidad cierta al Estado nacional y central en Venezuela¹.

1 Brewer-Carías, Allan, Allan, *El desarrollo institucional del Estado centralizado en Venezuela (1899-1935) y sus proyecciones contemporáneas*, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 1988, pp. 16 y ss.; Quintero, Inés, *El ocaso de una estirpe*, Editorial Alfa, Caracas, 2006, pp. 11 y ss. y Pino Iturrieta, Elías, *Venezuela metida en cintura. 1900-1945*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, pp. 36 y ss.;

Como resultado de ese proceso, el Estado central -jurídicamente representado en la República- comenzó a asumir un conjunto de competencias hasta entonces dispersas. Para ello comenzaron a dictarse un diversas *Leyes administrativas* que lentamente organizaron a la Administración Pública Nacional. De ese proceso surgió la necesidad de separar, en los cursos universitarios, la enseñanza del Derecho Administrativo del Derecho Constitucional: fue por ello que en 1909 se creó la clase de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela².

Ese primer Derecho Administrativo, desarrollado al socaire de las Leyes administrativas que promovieron la centralización del Estado, fue un Derecho liberal. Es decir, un Derecho que reconoció la primacía de la libertad general del ciudadano, y que solo consintió la intervención administrativa a través de la policía administrativa basada en la defensa del orden público, siempre de manera restrictiva³.

Ese carácter liberal del primer Derecho Administrativo en Venezuela no debe confundirse con una conducta abstencionista del Estado venezolano. Todo lo contrario, como de manera especial se asumió a inicios del siglo XX, se entendió que era necesaria la intervención administrativa para promover un cambio en el medio socioeconómico. Pero esa intervención debía limitarse a fomentar la iniciativa privada, sin que el Estado asumiese la gestión directa de actividades económicas y sociales. Junto a la actividad de policía, la Administración llevó a cabo una actividad de fomento de la iniciativa privada,

2 Hernández G., José Ignacio, "Perspectiva histórica de los textos fundamentales del Derecho Administrativo en el Centenario de la Cátedra", en *Textos fundamentales del Derecho administrativo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010, pp. XI y ss.

3 Puede verse el primer texto de Derecho Administrativo en Venezuela en Urbano, Federico, "Exposición del Derecho administrativo venezolano por el profesor de esta asignatura en la Universidad Central", Caracas, tipografía americana, 1910, separata de la Revista Universitaria, p. 4, tomado de *Textos fundamentales del Derecho administrativo*, cit.

para lo cual acudió a la figura del contrato y, en especial, de la concesión⁴.

2. El abandono del contenido liberal de la actividad administrativa como consecuencia directa del petróleo: la actividad prestacional de la Administración

Ese contenido liberal de la actividad administrativa en Venezuela será abandonado hacia fines de la década de los veinte del pasado siglo. Tal abandono no fue consecuencia, al menos de manera determinante, de posiciones ideológicas. Por el contrario, el abandono de ese contenido liberal puede ser entendido como consecuencia directa de la industria petrolera en Venezuela.

En efecto, la economía venezolana había sido tradicionalmente una economía agrícola, todo lo cual permitiría comprender el contenido liberal del Derecho Administrativo: en la medida en que la economía dependía de la iniciativa privada dedicada, el rol del Estado debía orientarse a promover esa iniciativa.

Esa realidad cambió con el inicio de la industria petrolera en Venezuela, lo que se suele ubicarse en el año 1914. Esa incipiente industria, en sus orígenes, no incidió sobre el Derecho Administrativo. Por el contrario, la inicial intervención administrativa sobre la industria petrolera mantuvo su contenido liberal, con títulos de intervención administrativa bastante acotados. De allí que las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos fueron confiadas a la iniciativa privada

4 De allí la importancia histórica tradicional de la actividad de fomento en nuestra actividad administrativa. Vid. Peña Solís, José, *Manual de Derecho Administrativo. Volumen Tercero*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003, pp. 239 y ss.

(y en concreto, a la inversión extranjera a través de concesión), con una intervención administrativa mínima⁵.

El crecimiento progresivo de la industria petrolera supuso nuevos retos al Estado, quien debió desarrollar su propia Administración a fin de responder a las exigencias de la nueva industria. Ello se tradujo en una creciente y cada vez compleja actividad administrativa de policía⁶. Junto a ello, además, los ingresos petroleros comenzaron a representar una proporción importante de los ingresos fiscales. Así, para la década de los veinte del pasado siglo, los ingresos fiscales derivados de la industria petrolera ya representaban la primera fuente de ingresos dentro del presupuesto nacional⁷.

Ello trastocó las bases económicas del Estado constitucional en Venezuela. Así, hasta entonces las bases constitucionales del Estado venezolano partían del principio republicano según el cual el Estado depende de los ciudadanos para atender el gasto público, ante la necesidad de procurar ingresos por medio del poder tributario. A partir de la década de los veinte del pasado siglo, sin embargo, el Estado comenzó a obtener ingresos que no provenían del poder tributario sino de la renta producida por el petróleo. Esos ingresos, que se incrementaron progresivamente, convirtieron al Estado venezolano en un *Estado económicoautónomo*⁸. Es decir, un Estado que no requiere de ingresos tributarios para soportar su gasto público.

El incremento de los ingresos fiscales del Estado derivados de la renta petrolera llevaron al Estado a asumir la *distribución de esa renta con fines sociales*. Fue así como, a fines de la

5 Baptista, Asdrúbal, "El Estado y el capitalismo rentístico", en *Itinerario por la Economía Política*, Ediciones IESA, Caracas, 2008, pp. 319 y ss.

6 Brewer-Carías, Allan, "Consideraciones sobre el régimen jurídico de la actividad administrativa de policía", en *Revista de Derecho Público* N° 48, Caracas, 1991, pp. 51 y ss.

7 Rodríguez Sosa, Pedro Luis y Rodríguez Pardo, Luis Roberto, *El petróleo como instrumento de progreso*, Ediciones IESA, Caracas, 2013, pp. 100 y ss.

8 Baptista, Asdrúbal, "El Estado y el capitalismo rentístico", cit.

década de los veinte del pasado siglo, fueron creadas las primeras empresas públicas, abandonándose así el dogma liberal que impedía al Estado gestionar directamente actividades económicas. Ahora, el Estado también asumió de manera directa la gestión de actividades económicas, en el llamado *Estado empresario*⁹.

3. La consolidación de la dimensión social de la actividad administrativa y las distorsiones derivadas del “Petro-Estado”

A partir de la década de los treinta, el Estado comenzó a ampliar cada vez sus cometidos, especialmente en el orden socioeconómico. Ello se tradujo en la ampliación de la Administración, y en el despliegue de técnicas orientadas a incidir directamente sobre el orden socioeconómico, especialmente, a fin de distribuir la renta petrolera capturada por el Estado.

Fue así como comenzó a consolidarse una “dimensión social de la actividad administrativa”. Es decir, que la actividad administrativa, junto al cometido tradicional de limitar el ejercicio de actividades privadas en defensa del orden público, se orientó también hacia una *actividad prestacional* encargada principalmente de la distribución de la renta petrolera con fines de justicia social. De acuerdo con Allan R. Brewer-Carías¹⁰:

“A partir de la década de los años treinta, como se dijo, el Estado comienza progresivamente a asumir un papel más activo en la conducción del proceso económico-social del país. Deja de ser un Estado meramente liberal

9 Brewer-Carías, Allan, *Régimen jurídico de las empresas públicas en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, pp. 45 y ss., y Caballero Ortiz, Jesús, *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 53 y ss.

10 Brewer-Carías, Allan, *Régimen jurídico de las empresas públicas en Venezuela*, cit., p. 45.

o de fomento y comienza a intervenir en la vida económica, asumiendo o creando directamente empresas públicas”.

La actividad prestacional de la Administración alcanzará un hito importante en la década de los setenta del pasado siglo, cuando el Estado venezolano asumió la decisión de nacionalizar la industria y comercio de los hidrocarburos, asumiendo de manera exclusiva la gestión de las actividades de exploración y explotación a través de un complejo de empresas públicas organizadas a través de la empresa holding del Estado Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA)¹¹. Así, el control del Estado sobre todo el sector de los hidrocarburos, aunado al incremento descomunal de los ingresos petroleros, llevaron a ampliar notablemente el contenido y alcance de la actividad prestacional de la Administración. En la década de los setenta del pasado siglo ello se tradujo en un crecimiento económico importante, pero que dependía de la presencia del Estado como administrador de la renta petrolera¹²:

“Entre 1958-1977 la economía venezolana continuó creciendo a una tasa promedio de 6.3% mientras que la inflación promedió 3.4%. Ello se tradujo en un incremento anual del salario real de 3.7% en el mismo período. Es decir, a los venezolanos les iba cada vez mejor (...)

Sin embargo, si bien el modelo de desarrollo adoptado por los gobiernos democráticos parecía tener éxito, tenía un talón de Aquiles: dependía de una creciente intervención del Estado en la economía (...”

11 Sobre la nacionalización de los hidrocarburos y su impacto en el Derecho Administrativo venezolano, vid. Duque Corredor, Román, *El Derecho de la nacionalización petrolera*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1978, pp. 71 y ss.

12 Rodríguez Sosa, Pedro Luis y Rodríguez Pardo, Luis Roberto, *El petróleo como instrumento de progreso*, cit, pp. 92-93.

De esa manera, la Administración no solo mantuvo y amplió la gestión social de ciertas actividades, como salud y educación, sino que además, a través del “Estado empresario”, asumió la gestión directa de actividades económicas de distinta naturaleza. En esa época el desarrollo económico se asumió como un desarrollo desde el Estado¹³.

La dependencia de la actividad prestacional de la Administración a la renta petrolera sufrió algunas matizaciones en las décadas posteriores, luego de que se asumiera, a partir de 1983, la necesidad de replantear la relación entre el Estado y la economía, a fin de superar la dependencia a la renta petrolera y ampliar los cauces de participación de la iniciativa privada¹⁴. Las propuestas formuladas en este sentido no pudieron prosperar, sin embargo, como consecuencia de lo que Allan R. Brewer-Carías ha llamado la “crisis terminal” del modelo político venezolano, es decir, la crisis del modelo del Estado centralizado y omnipresente en lo económico¹⁵. Luego de las elecciones presidenciales de 1998, el nuevo Gobierno asumió

13 Véase lo que exponemos en Hernández G., José Ignacio, *Administración Pública, desarrollo y libertad en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2013, pp. 61 y ss.

14 En 1983 se generó en Venezuela una crisis económica por la devaluación de la moneda. Como señala el historiador venezolano Manuel Caballero, ello signó la crisis del Estado petrolero (Caballero, Manuel, *Las crisis de la Venezuela contemporánea 1902-1992*, Alfadil Editores, Caracas, 2007, pp. 161 y ss.). Desde 1984 comenzaron a proponerse distintas reformas al Estado venezolano, que llegaron a ejecutarse parcialmente en la década siguiente. El alcance de esas reformas fue bastante limitado, pues el entorno político, social y económico de Venezuela afectaron la capacidad de decisión de los distintos Gobiernos en Venezuela. Ello no impidió adelantar, en esa década, novedosos programas de liberalización de la economía. Véase lo que exponemos en Hernández G., José Ignacio, *Administración Pública, desarrollo y libertad en Venezuela*, cit. Sobre la necesidad de replantear el rol del Estado en el orden socioeconómico, vid. Brewer-Carías, Allan, “Reflexiones sobre el futuro del Estado Democrático y Social de Derecho en América Latina”, en *Revista de Derecho Administrativo* número 1, Caracas, 1997, pp. 36-40.

15 Brewer-Carías, Allan, *Cinco Siglos de Historia y un País en Crisis*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Comisión Presidencial del V Centenario de Venezuela, Caracas, 1998, pp. 95 y ss.

que tal “crisis terminal” ameritaba acudir a un proceso constituyente, que culminó con la Constitución de 1999¹⁶.

4. Las recientes desviaciones de la dimensión social de la actividad administrativa en el llamado modelo socialista

El Gobierno iniciado en 1998 no implementó mayores cambios en el modelo económico, salvo algunas reformas sectoriales iniciales que promovieron una mayor apertura económica en sectores como las telecomunicaciones y la electricidad. Sin embargo, en 2006 el Gobierno decidió cambiar su modelo, a fin de implementar el –así denominado– “socialismo del Siglo XXI”, o “transición al socialismo”. Más allá de esa denominación, el modelo económico se caracterizó por incentivar el control del Estado sobre la economía y promover, mediante el uso de la renta petrolera, la ampliación notable de la actividad prestacional de la Administración¹⁷.

De esa manera, a través del uso de los ingresos petroleros para cumplir objetivos del modelo socialista, el Gobierno amplió el alcance del Estado empresario, no solo creando nuevas empresas públicas, sino además, expropiando empresas privadas y sus activos¹⁸. Además, se crearon estructuras especiales para adelantar la actividad prestacional, denominadas “Misiones”. El resultado fue una ineficiente gestión del gasto público por la ausencia de controles y la duplicidad de figuras subjetivas orientadas a llevar a cabo esa actividad prestacio-

16 Brewer-Carías, Allan, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Autónoma de México, México, 2001, pp. 40 y ss.

17 Véase lo que exponemos en Hernández G., José Ignacio, “La regulación económica de actividades de interés general y la vuelta a modelos estatistas”, en *Modernizando el Estado para un país mejor. IV Congreso Nacional de Derecho administrativo*, Palestra, Lima, 2010, pp. 299 y ss.

18 Hernández G., José Ignacio, *Reflexiones sobre la Constitución y el modelo socioeconómico en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2008, pp. 83 y ss.

nal¹⁹. El financiamiento público de esta actividad prestacional, además, se llevó a cabo a través de fondos extra-presupuestarios, con un grado muy bajo de transparencia²⁰.

Junto a esa actividad prestacional, el Gobierno adelantó un cambio drástico del modelo económico, a favor de la adopción del “sistema económico comunal”, basado en la propiedad pública (llamada “propiedad social”) sobre factores de producción. Ese modelo económico intentó ser llevado a la Constitución en la propuesta de reforma de la Constitución de 2007, que fue sin embargo rechazada en referendo popular. Como observó Alfredo Morles Hernández. La construcción paralela de un sistema sustitutivo de los principios y valores constitucionales –escribió– “acentuada después que en el año 2007 fuera rechazada la propuesta de reforma constitucional”²¹. No obstante, ese modelo fue luego implementado mediante Leyes y especialmente Decretos-Leyes. Ello derivó, como bien concluye Allan R. Brewer-Carías, en la ilegítima mutación de la Constitución económica a través de un modelo económico de claro corte totalitario²².

19 Puede verse en general a Rachadell, Manuel, *Evolución del Estado venezolano. 1958-2015: de la conciliación de intereses al populismo autoritario*, Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA, Caracas, 2015, pp. 162 y ss.

20 Rachadell, Manuel, *Evolución del Estado venezolano. 1958-2015: de la conciliación de intereses al populismo autoritario*, cit., pp. 321 y ss.

21 “La repercusión en el Derecho privado de los actos dirigidos a consolidar el orden económico socialista”, Caracas, 2014 (consultado en original).

22 Brewer-Carías, Allan, *Estado totalitario y desprecio a la Ley*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 95 y ss.

II. BASES CONSTITUCIONALES Y PRINCIPIOS GENERALES DE LA DIMENSIÓN SOCIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EN VENEZUELA

1. La recepción de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho y sus consecuencias jurídicas

Debido al contenido tradicionalmente liberal que caracterizó a la relación entre Estado y economía en Venezuela, las Constitucionales se caracterizaron por no reconocer cometidos económicos y sociales al Estado. Ello cambió, de manera drástica, con la Constitución de 1947, la cual amplió los cometidos estatales en torno al principio de “justicia social”. Con ello, la Constitución asumió el cambio que ya había operado en el modelo económico como resultado de la dependencia de la economía venezolana al petróleo. De esa manera, la Constitución de 1947 reconoció que la renta petrolera capturada por el Estado debía ser invertida en el gasto social vinculado a la actividad prestacional de la Administración, con el propósito final de crear condiciones materiales de igualdad.

Este sistema fue ratificado en la Constitución vigente, de 1999, cuyo artículo 2 califica a Venezuela como *Estado social y democrático de Derecho*. Ha de advertirse que la Constitución tiene diversas normas que exceden del contenido tradicional del Estado social, no solo por reconocer un rol indebidamente amplio al Estado –especialmente en el sector de los hidrocarburos– sino además por introducir distorsiones a la fundamentación republicana tradicional de nuestro Derecho Público. Así, ciertos artículos de la Constitución reconocen una “legitimidad democrática” que no deriva del principio de representación, sino de una suerte de “participación directa” que se

opone incluso a los órganos de representación como el Poder Legislativo²³.

Apartando estos defectos del diseño constitucional, lo cierto es que la cláusula del Estado social determina la existencia de una Administración prestacional. De esa manera, lo primero que habría que recordar es que esa cláusula genera mandatos positivos en cabeza de los Poderes Públicos y en especial de la Administración, a fin de promover *condiciones de igualdad material*, como indica el artículo 21 de la Constitución. No se trata, por supuesto, de crear una igualdad material real, sino de asegurar condiciones de igualdad de oportunidades en el acceso al “mínimo vital”, a fin de promover el ejercicio efectivo de la libre iniciativa individual.

Asimismo, la Constitución, como clara derivación de la cláusula del Estado social, reconoce derechos prestacionales, equívocamente denominados “derechos sociales”. Lo que caracteriza a los *derechos prestacionales*²⁴ es que su satisfacción requiere de prestaciones a cargo de la Administración y de la iniciativa privada, como se desprende de los artículos 135, 299 y 300 de la Constitución. Frente a esos derechos, por ende, la Administración está obligada a adelantar una actividad prestacional que asegure el efectivo disfrute de esos derechos.

2. La dimensión social de la actividad administrativa en Venezuela y la economía social de mercado

Esta dimensión social de la actividad administrativa debe adminicularse dentro del sistema de economía social de mercado reconocido en la Constitución de 1999. Puede citarse en

23 Delgado, Francisco, *La idea de derecho en la Constitución de 1999*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008.

24 En Venezuela se ha seguido la concepción de esos derechos prestacionales de tradición europea. Véase sobre ello el trabajo clásico de Cossío Díaz, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 44-47.

este sentido la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 1 de octubre de 2003, caso *Parkimundo*:

“De esa manera, el reconocimiento de la libertad económica debe conciliarse con otras normas fundamentales que justifican la intervención del Estado en la economía, por cuanto la Constitución venezolana reconoce un sistema de economía social de mercado”.

Ciertamente no hay en el articulado de la Constitución referencia alguna al sistema de economía social de mercado. Tampoco la expresión aparece en la polémica exposición de motivos de ese Texto. Sin embargo, durante el debate del 7 de noviembre de 1999, en la Asamblea Nacional Constituyente, el entonces miembro de esa Asamblea, Brewer-Carías, propuso incluir expresamente el término, propuesta rechazada por no estimarse necesaria. No hubo expresa oposición a calificar a la Constitución económica conforme a esa expresión. Simplemente, se entendió que no era ello necesario, pues tal concepto estaba implícito en la Constitución²⁵.

Ahora bien, es preciso advertir que la expresión “economía social de mercado” debe interpretarse de cara al contenido concreto de la Constitución, aun cuando es innegable que el alcance original de ese concepto en Alemania, ofrece una adecuada guía de referencia. Así, como es sabido, la expresión fue acuñada en Alemania, principalmente por Erhard, para calificar al modelo económico implementado luego de la Segunda Guerra Mundial. La economía social de mercado, para esta posición, es antes que nada una economía libre de mercado, basada en el reconocimiento de la libertad económica, la pro-

25 De acuerdo con Brewer-Carías, en el debate desarrollado en la Asamblea Nacional Constituyente, “*esto es lo que se denomina en el mundo contemporáneo un sistema de economía mixta o si se quiere con la terminología adecuada, un sistema de economía social de mercado, montado sobre el principio de la libertad económica y la intervención del Estado para la procura de la justicia social*”. Del autor, vid. *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*. Tomo III, Caracas, 1999, pp. 19 y ss.

piedad privada y sobre todo, la libre competencia. Empero, ese modelo de economía de mercado no niega la presencia e intervención del Estado, tanto para regular la economía como para intervenir directamente en la gestión de actividades económicas y sociales. Solo que esa intervención pública se reconoce siempre de manera subsidiaria a la iniciativa privada, conforme al principio de menor intervención. Por ello, por ejemplo, Erhard cuestionó un modelo de seguridad social universal y obligatorio, en tanto ese modelo excedía del mínimo indispensable. Por el contrario, prestaciones específicas de seguridad social resultan plenamente compatibles con el sistema de economía social de mercado²⁶.

En el marco de la Constitución de 1999, la calificación del sistema de economía social de mercado encuentra fundamento en dos grupos de normas que pueden identificarse solo con propósitos académicos²⁷.

Así, en *primer* lugar, la Constitución económica se basa en el reconocimiento de la libertad económica, propiedad privada, la libre competencia y en el derecho de acceso y selección de los consumidores y usuarios. De acuerdo con la Constitución, la economía ha de ser el resultado de la concurrencia de operadores que sobre la base de la propiedad privada, compiten entre sí para ofrecer a los consumidores y usuarios bienes y servicios, quienes tienen el derecho a seleccionar al proveedor

26 Sería un error -escribe Erhard- considerar que la economía de mercado es una economía típicamente desorganizada y anárquica, pues la oposición real no se plantea entre economía libre y economía planificada, sino entre economía de mercado con libertad de precios y economía centralizada por el Estado. La economía social de mercado pretende así "crear un orden en el cual la libertad personal se une en condiciones óptimas con la seguridad social, formando una sola unidad" (*La economía social de mercado. Política económica en Alemania*, Ediciones Omega, Barcelona, 1964, pp. 19 y ss.). Puede verse, del autor, *Bienestar para todos*, Unión Editorial, Madrid, 1989, pp. 11 y ss.

27 Morles Hernández, Alfredo, "El derecho de la economía de mercado", en *Homenaje a Carrillo Batalla*, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2009, pp. 1119 y ss.

de su preferencia. Este bloque, que puede identificarse en los artículos 112, 113, 115 y 117 constitucionales, se basa en la soberanía del consumidor. Es decir, son los consumidores quienes deciden qué producto adquirir y con cuál proveedor contratar, todo lo cual presupone la descentralización en la toma de decisiones.

En segundo lugar, hay normas que admiten la intervención pública en la economía para atender a dos títulos habilitantes. El primer título que justifica la intervención pública es la limitación del ejercicio de los derechos fundamentales de propiedad privada y libertad económica a fin de asegurar su adecuado ejercicio. Tal es el fundamento constitucional de la llamada – con equivocadidad- actividad de policía económica en materia de libre competencia. El segundo título que justifica la intervención pública responde a los cometidos del Estado social, delineados en el artículo 299, y entre ellos, la justicia social. Lo que caracteriza a la actividad pública bajo el Estado social es la actividad prestacional orientada a promover la existencia de condiciones materiales básicas y mínimas que coadyuven a la igualdad de oportunidades (no, aclaramos a la igualdad real).

Por lo anterior, no hay ni puede haber, desde la Constitución económica, contradicción entre la economía social de mercado y la Administración prestacional, pues *la dimensión social de la Administración tiene que coherir con la economía de mercado*. La verdadera contradicción, así, se encuentra entre economía planificada y economía de mercado, pero no entre economía de mercado y Administración prestacional.

3. Los principios constitucionales de la actividad administrativa prestacional: menor intervención y subsidiariedad

La actividad prestacional de la Administración debe coherir, como explicamos, al sistema de economía social de mercado. De manera especial, esa actividad debe considerar

que de conformidad con el artículo 299 de la Constitución, la promoción del desarrollo económico y social es responsabilidad tanto del Estado como de la iniciativa privada.

En función a lo anterior, consideramos que un principio inherente a la actividad prestacional de la Administración es el *principio de subsidiariedad*. Ciertamente ese principio no está expresamente contemplado en la Constitución, lo que ha llevado a algunos a considerar que carece de validez en Venezuela²⁸. La jurisprudencia, solo ocasionalmente, se ha referido a ese principio²⁹. Sin embargo, consideramos que el principio de subsidiariedad es un principio inherente a la actividad prestacional de la Administración en todo sistema de economía social de mercado, en tanto en dicho sistema la gestión directa de actividades económicas y sociales por parte del Estado debe ser subsidiaria a la gestión directa por la iniciativa privada, como resultado del *principio de menor intervención*.

En el artículo 184 de la Constitución confirma la vigencia de ambos principios. Según esa norma *“la ley creará mecanismos abiertos y flexibles para 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 prestarlos”*. Como se observa, la norma contempla un mandato específico: la Administración debe transferir al sector privado los servicios por ésta atendidos, lo que implica que, para la Constitución, la gestión de actividades económicas y sociales debe recaer, en primer lugar, en la iniciativa privada.

28 Badell Madrid, Rafael “La Constitución económica”, en *Revista del Banco Central de Venezuela*, número, Volumen XIV, número 1, Caracas, 2000, pp. 151 y ss.;

29 Hernández-Mendible, Víctor, “El principio de subsidiariedad en el Estado de Derecho y en el modelo económico venezolano”, en *Revista de Derecho Público*, N° 131. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 31 y ss.

De otro lado, como señaló en su momento la doctrina alemana³⁰, y así lo ratifica la doctrina española³¹, el principio de subsidiariedad es una garantía básica del ciudadano frente a la actividad prestacional. De esa manera, a través del principio de subsidiariedad se impone un límite externo a la actividad prestacional de la Administración, a fin de impedir que ésta degenera en abusos que creen vínculos de dependencia, como sucede en especial en el marco del llamado *Estado paternalista*, que es una forma patológica de las funciones económicas y sociales del Estado

Asimismo, el principio de subsidiariedad asegura que la dimensión social de la actividad administrativa parta siempre de la centralidad del ciudadano, y no de la centralidad del Estado, en una visión estatista de desarrollo. Tal y como señala Jaime Rodríguez-Arana Muñoz³²:

“No puedo dejar de subrayar, también en este punto, la centralidad del individuo en mi entendimiento del derecho al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicos. El individuo real, la persona, con el cúmulo de circunstancias que lo acompañan en su entorno social, es el auténtico sujeto de los derechos y libertades que en la Constitución proclamamos”

Ahora bien, en el caso del Derecho venezolano, la vigencia efectiva de los principios de subsidiariedad y menor intervención presentan, cuando menos, tres obstáculos:

30 Wolff, Hans-Julius, “Fundamentos del Derecho Administrativo de Prestaciones”, en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués-Laso*, Tomo V, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969, pp. 355 y ss.

31 Fernández Farreres, Germán, “Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la Administración económica”, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 165 y ss.

32 “El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas”, en *Revista de Derecho Público* N° 113, Caracas, 2008, pp. 31 y ss.

- El *primer* obstáculo es la presencia, en la Constitución, de normas que confirman un claro sesgo estatista, al reconocer un rol preponderante al Estado dentro del orden socioeconómico. El origen de ello lo encontramos en los artículos 302 y 303 de la Constitución, los cuales (i) confirman la reserva al Estado sobre las actividades de exploración y explotación de los hidrocarburos, y (ii) confirman la gestión pública de esas actividad por medio de la empresa del Estado Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA). De allí que, en la Constitución, el Estado es el primer actor del orden socioeconómico y, por ende, a él se le asigna un amplísimo cúmulo de tareas.
- El *segundo* obstáculo, relacionado con lo anterior, lo encontramos precisamente en la importancia que para la economía venezolana representa el petróleo, y el control monopólico que ejerce el Estado sobre ese sector, de conformidad con la Constitución. En tal sentido, como ya vimos, es preciso acotar que en Venezuela el Estado es económicamente autónomo, es decir, no requiere del poder tributario a fin de cubrir sus gastos, pues para ello le basta la renta obtenida de la industria petrolera. De allí que la Constitución, al ratificar el control del Estado sobre toda la industria y el comercio de los hidrocarburos, confirmó el control del Estado sobre la economía, lo que para José Valentín González impide cualquier vigencia del principio de subsidiariedad³³.
- El *tercer* obstáculo lo encontramos en la indebida interpretación de la Constitución económica por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Así, apartándose de algunas decisiones iniciales, la Sala Constitucional ha interpretado recientemente a la Constitución económica desde la presencia y control

33 González, José Valentín, "Una nueva aproximación a la Constitución económica de 1999", *Enfoques sobre Derecho y libertad en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, pp. 107 y ss.

del Estado. La sentencia de la Sala Constitucional de 18 de agosto de 2014, caso *Superintendente Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos*, ha señalado que los “derechos de libertad” deben tener un alcance menguado:

“Lo anterior comporta tanto para la concepción de los derechos de rango constitucional como los de rango legal, un auténtico cambio en la formulación de los mismos, que impone que no puedan estar circunscritos a simples e irrestrictos parámetros de libertad para los ciudadanos, o representar normas permisivas, bajo una postura en sentido negativo o abstencionista del Estado, en los términos verificados bajo una concepción liberal de aquél; sino que las normas y la actividad de producción normativa, pasan a ser materializadas en términos de imposición de derechos imprescindibles y vitales para la vida de los ciudadanos, con el correspondiente correlativo de los deberes impuestos al Estado en la tutela y en el alcance de los mismos”.

Negación de los derechos de libertad como “*irrestrictos parámetros de libertad para los ciudadanos*”. La afirmación excede, muy mucho, del reconocimiento de límites a administrativos, en tanto supone que no hay un derecho preexistente a la libertad, en el sentido que toda la conducta del ciudadano –especialmente en su esfera económica– queda “socialmente funcionalizada”, como corresponde al sistema económico comunal dentro del Estado Comunal³⁴.

34 Para un análisis de este sistema, véanse, en adición a las anteriores citas, los comentarios de los profesores Juan Domingo Alfonso, Allan Brewer-Carías, Román Duque Corredor, Oscar Ghersi, José Ignacio Hernández G. Claudia Nikken, Flavia Pesci-Feltri y Daniela Urosa, sobre “El Estado Comunal”, en el seminario de Profesores de Derecho Público de la Universidad Monteávila: http://www.uma.edu.ve/interna/220/420/ponencias_sobre_el_estado_comunal [Consulta: 26.02.16].

Bajo esta interpretación de la Constitución, la actividad administrativa prestacional no es subsidiaria de la iniciativa privada. Todo lo contrario, esa actividad prestacional ocupa lugar central, al entenderse que es el Estado –y no la iniciativa privada– el que debe ocupar lugar central dentro del orden socioeconómico.

Todo ello, se acota, parte de una dimensión social de la actividad económica que desplaza al ciudadano y desconocer su libertad. En la interpretación que pretende darse a la Constitución, desde la concepción del modelo socialista, la dimensión social de la actividad administrativa se opone al reconocimiento de la libertad general del ciudadano, la cual es negada, en una concepción que amplía esa dimensión social de acuerdo con los mandatos y planes del Estado.

No obstante, la dimensión social de la actividad administrativa, a fin de enmarcarse dentro de la Constitución de 1999, debe sujetarse a los principios de menor intervención y subsidiariedad, y además debe orientarse a promover el acceso al “mínimo vital”, a fin de asegurar condiciones mínimas y básicas de igualdad de oportunidades que permitan el efectivo ejercicio de la libertad. Pues el fin último de esa dimensión social no puede ser fortalecer al Estado sino fortalecer al ciudadano. Tal es la concepción de *desarrollo centrado en el ciudadano* que se ha impulsado desde la Organización de Naciones Unidas (ONU). Tal y como quedó resumido en el informe del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) de 2011³⁵:

“En el PNUD creemos que el “desarrollo humano” trata del aumento de las opciones de las personas para que puedan llevar vidas valiosas. El crecimiento económico es importante, pero solo es un medio para ampliar estas opciones. Una parte fundamental de ello es fomentar la capacidad

35 People centred-development, PNUD, 2011, p. 2.

humana y aumentar la cantidad de logros que las personas pueden alcanzar a lo largo de sus vidas. Tenemos la firme convicción de que el bienestar y la calidad de vida de las personas es la medida más importante para determinar si el «desarrollo» ha tenido éxito”.

No se trata de una tarea sencilla, pues en ausencia de controles efectivos –basados en los principios de menor intervención y subsidiariedad- la actividad prestacional de la Administración puede degenerar en el Estado paternalista. En países como Venezuela, cuyo Estado es económicamente autónomo como consecuencia del control de la renta petrolera, el riesgo es incluso mayor.

Pero ello no debe llevar a propuestas que partan, simplemente, de desmontar a la Administración prestacional. La correcta solución es fortalecer a esa Administración prestacional, pero no en términos de su dimensión, sino en función a la eficacia y eficiencia de su actividad, medidas en función al respeto a los principios de menor intervención y subsidiariedad. Pues una Administración fuerte no es una Administración grande. Por el contrario, la evidencia demuestra que el crecimiento desmesurado de la Administración –como sucede en el marco del Estado paternalista- degenera en ineficiencia y corrupción, y por ende, en una errada atención de las necesidades sociales que la Administración prestacional debe atender, como oportunamente reflexionara Sebastián Martín-Retortillo Baquer³⁶.

36 Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, “Reflexiones sobre las privatizaciones”, en *Revista de Administración Pública* 144, Madrid, 1997, pp. 22 y ss.; “Las nuevas perspectivas de la Administración económica”, en *Revista de Administración Pública* número 116, Madrid, 1988, pp. 31-46, y “La Administración Pública en la llamada crisis del Estado social de Derecho”, en *Fragmentos de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 203-216.

III. ALCANCE DE LA DIMENSIÓN SOCIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EN VENEZUELA: LA ADMINISTRACIÓN PRESTACIONAL

1. La actividad prestacional y la empresa pública

La manifestación más evidente de la actividad prestacional de la Administración en Venezuela es la *empresa pública*. Con especial énfasis luego de la nacionalización de los hidrocarburos, en la década de los setenta del pasado siglo, se ha promovido la figura del “Estado empresario”. Esto es, que el Estado asume como técnica de intervención en el orden socioeconómico a la empresa pública, la cual alcanza así un claro predominio en comparación con la empresa privada.

En tal sentido, ha predominado en Venezuela un concepto formal de empresa pública, definida como la sociedad mercantil en la cual el Estado tiene una participación decisiva, típicamente, al ser titular de más del cincuenta por ciento (50%) del capital social³⁷.

Los sectores en los cuales el Estado ha creado empresas públicas han sido muy diversos, muy especialmente en el marco del modelo de transición al socialismo que comenzó a ejecutarse desde el 2006. Bajo tal modelo se entendió que las actividades afines al interés social debían ser conducidas preferiblemente por empresas públicas. Para ello se acudieron a cuatro técnicas³⁸: (i) la creación de empresas públicas para atender diversas actividades; (ii) la adquisición de empresas privadas; (iii) la expropiación de empresas privadas, o más propiamente, la expropiación de los activos propiedad de empresas privadas, los cuales fueron adquiridos forzosamente por

37 Peña Solís, José, *Manual de Derecho Administrativo. Volumen Tercero*, cit., pp. 455 y ss.

38 Hernández G., José Ignacio, *Reflexiones sobre la Constitución y el modelo socioeconómico en Venezuela*, cit.

el Estado, y (iv) la nacionalización operada en ciertos sectores, como el cemento³⁹.

La dimensión social de la actividad administrativa, en Venezuela se ha presentado así a través de un vasto complejo de empresas públicas que atienden sectores que han sido considerados, bajo criterios amplios, como estratégicos. Además de las empresas públicas existentes en el sector de hidrocarburos, en la actualidad, las empresas públicas ocupan un lugar destacado en sectores como la electricidad, las telecomunicaciones, la banca y la alimentación. Asimismo, las empresas públicas se han creado para gestionar actividades turísticas, de entretenimiento, de transporte aéreo y de fabricación de automóviles. El catálogo, como se aprecia, es ciertamente amplio.

Ello constituye, a no dudarlo, un claro exceso, pues las empresas públicas han sido creadas en violación a los principios de menor intervención y subsidiariedad. La creación de empresas públicas, en Venezuela, no es resultado de una decisión racional motivada en razones técnicas. Por el contrario, es resultado de motivaciones estrictamente políticas, lo cual ha degenerado en la creación arbitraria de empresas públicas en detrimento de la libre iniciativa privada, que se enfrenta así a una competencia desigual.

A ello se le agrega la falta de controles efectivos sobre las empresas públicas, especialmente aquellas derivadas de la expropiación de activos empresariales de empresas privadas. Esto ha derivado en un desempeño ineficiente de esas empresas, todo lo cual no solo repercute negativamente sobre la eficiencia en la gestión del gasto público, sino que además afecta negativamente a empresas privadas que dependen de los insumos que deberían producir tales empresas públicas, así como a los consumidores y usuarios que se ven impedidos de acce-

39 Véase las contribuciones, incluyendo nuestra posición, contenidas en el libro colectivo *Nacionalización, libertad de empresa y asociaciones mixtas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008.

der a los bienes y servicios que deberían ser ofrecidos por esas empresas⁴⁰.

2. La actividad prestacional y la gestión de servicios sociales

Junto a la actividad comercial desplegada por empresas públicas, encontramos la gestión de servicios sociales en condiciones de gratuidad o bajo una contraprestación que no es proporcional a los costes de la actividad prestada. De manera tradicional la Administración Pública venezolana ha ofrecido servicios sociales de manera gratuita, como la educación y la salud, especialmente bajo el sistema de seguridad social. Para describir a esos servicios sociales se ha aludido especialmente al concepto de *servicio público*, a fin de realzar el derecho de los usuarios a acceder, en condiciones de igualdad, a estos servicios⁴¹.

En fecha reciente la gestión de estos servicios sociales se ha extendido notablemente. La fundamentación formal fue el comentado modelo de transición al socialismo, el cual se basó en la predominante participación de la Administración prestacional, que asumió la gestión de servicios sociales en condiciones que no son de mercado, o sea, de manera gratuita o a un precio que no permite recuperar costes. Para atender a esa

40 Como referencia general, vid. Obuchi, Richard (coordinador), Abadi, Ana-bella y Lira, Bárbara, *Gestión en rojo*, Ediciones IESA, Caracas, 2011, pp. 24 y ss.

41 Araujo-Juárez, José, *Manual de Derecho de los Servicios Públicos*, Vadell Hermanos, Valencia, 2003, pp. 99 y ss.; Brewer-Carías, Allan, "El régimen constitucional de los servicios públicos". en *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías El nuevo servicio público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general (electricidad, gas, telecomunicaciones y radiodifusión)*, Caracas 2002, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA, Caracas, 2003. pp. 19 y ss.; y Peña Solís, José, *Manual de Derecho Administrativo, Volumen 3*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003, pp. 430 y ss.

actividad se diseñó una figura subjetiva especial, denominada “Misión”⁴².

La Misión –o las “Misiones”– son un complejo heterogéneo de figuras de subjetivas dentro de las cuales encontramos Comisiones Presidenciales o Fundaciones. Tales figuras se encargan de gestionar actividades pero al margen de condiciones de mercado y por ende, al margen de una actividad comercial. De allí que su actividad pueda ser catalogada como de gestión de servicios sociales, en áreas tales y como la alimentación, la salud y la vivienda, para lo cual se optó por crear estructuras paralelas⁴³.

La proliferación de esta actividad de gestión social respondió, en el modelo socialista, al incremento notable de los ingresos provenientes de la renta petrolera. Esos ingresos fueron orientado al financiamiento de tal actividad administrativa a través de la empresa pública del sector de los hidrocarburos, PDVSA, cuya participación en este sentido abarcó dos actividades: (i) la realización de aportes de recursos financieros para el financiamiento de las Misiones, al margen de los controles presupuestarios ordinarios, y (ii) la gestión directa de servicios sociales, para lo cual incluso llegó a crear diversas filiales⁴⁴.

La gestión de estos servicios sociales no se condujo al margen de los principios de menor intervención y subsidiariedad. Por ello, los programas sociales no se limitaron a atender áreas del mínimo vital, sino que abarcaron prestaciones de claro

42 Rachadell, Manuel, *Socialismo del siglo XXI*, FUNEDA, 2007, pp. 36 y ss. Véase a Zambrano, Paula, *Las misiones en la organización administrativa venezolana*, FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 39 y ss.

43 Brewer-Carías, Allan, “Una nueva tendencia en la organización administrativa venezolana: las “misiones” y las instancias y organizaciones del “poder popular” establecidas en paralelo a la administración pública”, 2011, consultado en: <http://www.allanbrewercarias.com> [Consulta: 26.02.16].

44 Rondón de Sansó, Hildegard, *El régimen jurídico de los hidrocarburos. El impacto del petróleo en Venezuela*, Caracas, 2008, pp. 384 y ss.

corte paternalista, como la provisión de equipos electrónicos de alta fidelidad. De otro lado, estos programas se adelantaron excluyendo toda participación el sector privado. Ello fue particularmente relevante en los programas sociales en materia de alimentación, en los cuales el Estado acudió a importaciones directas para proveer alimentos en Venezuela, en detrimento de la producción local. Asimismo, programas sociales de salud se han apalancado en Convenios con profesionales extranjeros, en detrimento de los profesionales venezolanos. Esta actividad de corte paternalista, se insiste, fue posible debido a la administración de los cuantiosos ingresos petroleros recibidos por el Estado venezolano en la primera década del presente siglo⁴⁵.

3. Actividad prestacional y subsidios. Su distorsión en Venezuela, en especial, mediante la creación de cargas basadas en la “solidaridad social”

La actividad de fomento es otra de las manifestaciones de la actividad prestacional de la Administración⁴⁶. Se trata de una actividad cónsena con el principio de menor intervención, en tanto la Administración se limita a promover la realización de ciertas actividades por el sector privado. Sin embargo, en la reciente práctica, tal actividad se ha distorsionado en Venezuela.

Así, y en *primer* lugar, los programas sociales adelantados por el Gobierno aparejan en muchos casos subsidios, típicamente, mediante la comercialización de bienes y servicios a precios inferiores a los precios de mercado. Quizás el ejemplo prototípico de ello es la venta de gasolina a cargo de la Admi-

45 Salmerón, Víctor, *Petróleo y desmadre*, Editorial Alfa, 2013, pp. 135 y ss. Véase especialmente a Urbaneja, Diego Bautista, *La renta y el reclamo*, Editorial Alfa, Caracas, 2013, pp. 369 y ss.

46 Peña Solís, José, *Manual de Derecho Administrativo. Volumen Tercero*, cit.

nistración, en tanto el precio de venta no cubre siquiera los costos asociados a la producción de ese combustible⁴⁷.

Sin embargo, esos subsidios son otorgados sin diferenciar quiénes son las personas beneficiadas por tales medidas. Ello es consecuencia del carácter clientelar con el cual tales subsidios han sido otorgados. Al proceder de esa manera, la Administración viola los principios de menor intervención y proporcionalidad, pues no destina los subsidios a quienes realmente lo necesitan de acuerdo con una valoración objetiva de su condición socioeconómica. Ello degenera en supuestos de *subsidios regresivos*, como sucede con la gasolina: al margen de su condición socioeconómica, todos los consumidores se ven favorecidos por el subsidio al precio de la gasolina.

En segundo lugar, mediante Leyes se han creado “cargas” que imponen órdenes o mandatos al sector privado, orientados al fomento de ciertas actividades. Esas cargas se han basado en el deber de solidaridad –artículo 135 constitucional– y consisten en aportes patrimoniales impuestos al sector privado para “financiar” actividades consideradas de interés social. De esa manera, en el sector bancario se ha impuesto el deber de otorgar préstamos bajo las condiciones fijadas por la Administración, a fin de promover actividades consideradas de interés social, como el turismo o la construcción de viviendas⁴⁸. En otros sectores se han creado “contribuciones patrimoniales” que obligan a empresas a realizar aportes económicos para

47 Véase, por ejemplo, a Oliveros, Asdrúbal, “3 escenarios en torno al incremento del precio de la gasolina; por Asdrúbal Oliveros y Lesner Castillo”, en *Prodavinci*, 21 de enero de 2016. Tomado de: <http://prodavinci.com/blogs/3-escenarios-en-torno-al-incremento-del-precio-de-la-gasolina-por-asdrubal-oliveros-y-lesner-castillo/> [Consulta 26.02.16].

48 Muci Borjas, José Antonio, “Las carteras de crédito obligatorias: excursus sobre la naturaleza y legitimidad de la obligación impuesta a la banca”, en *Temas actuales del Derecho Bancario. Libro homenaje a la memoria del Dr. Oswaldo Padrón Amaré*, FUNEDA, Caracas, 2009, pp. 465 y ss.

financiar actividades, como sucede en materia de ciencia, tecnología e innovación⁴⁹.

En todos estos casos se imponen cargas, típicamente patri-moniales, que obligan a la empresa privada a promover ciertas actividades que el Estado considera de interés social, en una especie de “privatización de la actividad administrativa de fomento”, que resulta contraria al principio de proporcionalidad que debe imperar a toda restricción sobre la propiedad privada.

Así, como regla, los gastos asociados a la actividad de fomento de la Administración deben provenir de los ingresos fiscales, típicamente de origen tributario. Pese a ello, en el marco del modelo socialista se ha impuesto a la empresa el deber de “contribuir” con el fomento de ciertas actividades, aportando a tales efectos recursos financieros, bien a título de préstamo –como sucede con el sector bancario– bien a título de aporte a fondo perdido. En este último caso, en realidad, nos encontramos ante cargas de naturaleza tributaria que se apartan, sin embargo, del principio constitucional de capacidad contributiva⁵⁰.

IV. LA DIMENSIÓN SOCIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EN VENEZUELA: LAS CONQUISTAS MEDIDAS EN ÍNDICES Y LOS COSTOS ASOCIADOS A TALES CONQUISTAS. REPENSANDO EL CONCEPTO DE DESARROLLO

La dimensión social de la actividad administrativa, orientada a promover condiciones mínimas de igualdad de

49 Romero Muci, Humberto, “Deconstrucción y huida del Derecho Tributario”, en *Tributación municipal y exacciones parafiscales. VII Jornadas venezolanas de Derecho Tributario*, AVDT, Caracas, 2006, pp. 249 y ss.

50 Fraga Pittaluga, Luis, *Principios constitucionales de la tributación*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 12 y ss.

oportunidades, suele medirse a través de varios **índices** que consideran el cumplimiento de ciertas metas.

Así, el desarrollo, o más en concreto, desarrollo social y económico, es un concepto que describe el conjunto de acciones necesarias para cumplir ciertos objetivos sociales y económicos. Alude, por tanto, a un proceso en curso, a un conjunto de acciones emprendidas hacia el cumplimiento de ciertas metas definidas en el orden económico y social. Esas metas suelen valorarse a través de ciertos indicadores, como por ejemplo, el Producto Interno Bruto (PIB); la tasa de inflación o de desempleo o el grado de pobreza existente. El desarrollo también se vincula con la generación y distribución de riqueza, para superar las condiciones de desigualdad económica y sociales existentes. La novedad de los estudios económicos sobre desarrollo (Hirschmann)⁵¹, puede haber marcado cierta propensión a pesar en el **desarrollo como proceso** más que en el **desarrollo como concepto**.

Al estudiar al desarrollo como proceso, se acuden a distintos baremos. Uno de ellos es el **coeficiente de Gini**, que mide la desigualdad en los ingresos, o el Índice de Desarrollo Humano (IDH), medido por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), y el cual integra a distintos parámetros, como la expectativa de vida, la educación y los ingresos. En el reporte correspondiente a 2011, por ejemplo, Venezuela se ubica en el puesto 73 del IDH, para un total de 187 países, ubicándose por encima de países cercanos como Bolivia (108), Brasil (84), Colombia (87), Ecuador (83) y Perú (80), por ejemplo. En ese estudio se refleja un incremento del IDH de Venezuela, de 66, en 2000, a 73, en 2011⁵². Otras organizaciones, como la Comisión Económica para América Latina y el Caribe

51 Hirschmann, Albert, *Essays in trespassing economics to politics and beyond*, Cambridge, 1981, pp. 1 y ss.

52 Véase *Human Development Report 2011. Sustainability and Equity: a better future for all*, PNUD, 2011.

(CEPAL), igualmente, han efectuado mediciones similares⁵³. Para 2015, el IDH de Venezuela se estimó en 0,762, es decir, en el segmento de Desarrollo Humano Alto, según el PNUD⁵⁴.

Sin embargo, no es adecuado limitar la medición del desarrollo al cumplimiento de ciertas metas, ni debe limitarse el control de la dimensión social de la actividad administrativa al cumplimiento de esas metas. Por el contrario, *toda medición de desarrollo debe tomar en cuenta el cumplimiento de los parámetros que determinan la existencia del Estado de derecho y la democracia constitucional*. Esto obliga a partir de una concepción del desarrollo centrado en la libertad general del ciudadano. Como señala Amartya Sen⁵⁵:

“Una concepción satisfactoria del desarrollo debe ir mucho más allá de la acumulación de riqueza y del crecimiento del producto nacional bruto y de otras variables relacionadas con la renta. Sin olvidar la importancia del crecimiento económico, debemos ir mucho más allá”

El desarrollo debe ser entendido como un proceso que expande las libertades. De acuerdo con Sen⁵⁶:

53 Cfr.: *La hora de la igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir*, CEPAL, 2010. Allí se afirma que “entre 1990 y 2002 la región mostró una marcada rigidez en la distribución del ingreso luego de haber elevado los valores históricos en la década de 1980. El período 2003 a 2008, en cambio, no solo se caracterizó por un crecimiento económico sostenido, sino por una tendencia, leve pero evidente, hacia una menor concentración del ingreso. El índice de Gini cayó un 5% a nivel regional con respecto al valor de 2002, empujado sobre todo por las disminuciones experimentadas por la Argentina (área metropolitana), el Estado Plurinacional de Bolivia (área urbana), Panamá (área urbana) y la República Bolivariana de Venezuela, todas superiores al 10%. También el Brasil, Chile, el Ecuador (área urbana), Nicaragua y el Paraguay (área metropolitana) registraron reducciones importantes del indicador, del 7% o más” (p. 186).

54 *Informe sobre Desarrollo Humano 2015*, PNUD, 2015, p. 28.

55 Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad*, Planeta, Bogotá, 2009, p. 30

56 Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad*, cit., p. 55.

“Se trata principalmente de un intento de concebir el desarrollo como un proceso de expansión de las libertades reales de que disfrutan los individuos. En este enfoque, se considera que la expansión de la libertad es 1) el *fin primordial* y 2) el *medio principal* del desarrollo. Podemos llamarlos, respectivamente, papel constitutivo y papel instrumental de la libertad en el desarrollo”.

Esa visión del desarrollo coincide con la visión de la Organización de las Naciones Unidas. El desarrollo *no es sólo la creación de riqueza mediante la erradicación de la pobreza y la promoción de condiciones de igualdad de oportunidades*, pues tal concepto apunta sólo a los *objetivos* del desarrollo y no al desarrollo como *proceso*. Los cometidos que pretenden alcanzarse a través de la promoción del desarrollo –que son los que derivan del artículo 299 de la Constitución de Venezuela de 1999– solamente pueden alcanzarse a través del “*buen gobierno democrático*” y, por ende, a través de un régimen de fomento y garantice la libertad general del ciudadano. El concepto de “*calidad de vida*” o de “*desarrollo humano*” sólo puede admitirse a través del fomento de la libertad. No es desarrollo, por ello, la simple “*reducción de pobreza*” por regímenes autocráticos o a través de medidas autocráticas o arbitrarias. La “*riqueza*”, se insiste en ello, es un concepto que sólo cobra sentido desde la libertad general del ciudadano.

Por ello, la pobreza no puede ser entendida únicamente a través del aspecto material de riqueza, sino mediante la carencia de oportunidades o capacidades que impiden el ejercicio efectivo de la libertad. Nuevamente citando a Amartya Sen⁵⁷:

“Si en lugar de centrar la atención sólo en la pobreza de renta la centramos en la idea más global de la carencia de capacidades, podemos comprender mejor la pobreza de las vidas humanas y las libertades a partir de una

57 Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad*, cit., pp. 31 y ss.

base de información diferente (...) Existen buenas razones para concebir la pobreza como la privación de capacidades básicas y no sólo una renta baja.”

Por ello, la actuación prestacional del Estado que viola el Estado de Derecho o el Estado Democrático no puede ser consecuencia del Estado social, como insistentemente hemos recalcado, siguiendo en este punto a Manuel García-Pelayo⁵⁸. De esa manera, la acción del Estado social que no atienda a los principios de subsidiariedad y menor intervención derivará en el llamado Estado paternalista que menoscaba la libertad al crear vínculos de dependencia con el individuo. La acción prestacional de la Administración no es aquella que se traduce en dádivas, sino en prestaciones concretas que propenden a crear condiciones materiales de igualdad de oportunidades. De otro lado, la acción prestacional encauzada por vías autocráticas socavan la democracia y, con ello, a la libertad, no pudiendo ser concebida como consecuencia del Estado social.

El Estado social procura la atención de ciertas necesidades básicas que no encuentran salida efectiva en el mercado, precisamente, ante la ausencia de capacidades mínimas vitales. Es sobre esas condiciones mínimas que el Estado social ha de llevar a cabo su acción: la “conformación” opera entonces sobre esas condiciones materiales –o su ausencia– pero no sobre la sociedad o el individuo. El cometido del Estado de crear a un “nuevo hombre” constituye una grave amenaza para la libertad, pues esa conformación (utópica por lo demás) sólo puede llevarse a cabo a través de una planificación central vinculante que no es democrática y propicia medidas arbitrarias⁵⁹.

58 García-Pelayo, Manuel, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en *Obras Completas, Tomo III*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 2851 y ss.

59 Véanse las consideraciones que realiza Sen sobre la interdependencia y los bienes públicos. *Desarrollo y libertad*, cit., pp. 161 y ss.

Esta valoración amplia del desarrollo permite entender que los índices económicos de bienestar medidos en el caso de Venezuela (el coeficiente Gini y el IDH) no son suficientes, pues esos índices no miden en qué medida esos resultados han promovido la libertad, ni miden en qué medida el *proceso* del desarrollo ha sido el resultado del “buen gobierno democrático”. Deben tenerse en cuenta, por ello, otras mediciones. Así, por ejemplo, en el Informe *Democracy Index 2015. Democracy in an age of anxiety* de Economist Intelligence Unit y The Economist, se sitúa a Venezuela como un régimen híbrido en el punto 99, de un total de 167 países. Es decir, que aun cuando es formalmente un régimen democrático –en especial, por el sistema representativo– presenta sesgos autocráticos, entre otros factores, por las restricciones arbitrarias a la libertad de expresión⁶⁰. En cuanto al grado de libertad económica, en 2016, Venezuela se ubicó en el número 176, de un total de 178 países. En la región, Venezuela está sólo por arriba de Cuba⁶¹.

De allí por tanto que *es necesario valorar la dimensión social de la actividad administrativa a partir del concepto de desarrollado centrado en la libertad general del ciudadano*. A la vez, ese concepto de desarrollo únicamente es posible en el marco del Estado de Derecho y los principios de la democracia constitucional. Así lo establece el párrafo 9 de la Resolución N° 70/L.1 de la Organización de Naciones Unidas, sobre la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sustentable*, en el cual se afirma que el desarrollo sustentable debe cumplir con los requerimientos de la democracia, la buena gobernanza y el Estado de Derecho:

“9. Aspiramos a un mundo en el que cada país disfrute de un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible y de trabajo decente para todos; un mundo

60 *Democracy Index 2015. Democracy in an age of anxiety*, Economist Intelligence Unit, The Economist, 2015. Se destaca la erosión a la democracia derivada de la corrupción (p. 34).

61 *2016 Index of Economic Freedom*, The Heritage Foundation y The Wall Street Journal, Nueva York, 2011, p. 8.

donde sean sostenibles las modalidades de consumo y producción y la utilización de todos los recursos naturales, desde el aire hasta las tierras, desde los ríos, los lagos y los acuíferos hasta los océanos y los mares; un mundo en que la democracia, la buena gobernanza y el estado de derecho, junto con un entorno nacional e internacional propicio, sean los elementos esenciales del desarrollo sostenible, incluidos el crecimiento económico sostenido e inclusivo, el desarrollo social, la protección del medio ambiente y la erradicación de la pobreza y el hambre; un mundo en que el desarrollo y la aplicación de las tecnologías respeten el clima y la biodiversidad y sean resilientes; un mundo donde la humanidad viva en armonía con la naturaleza y se protejan la flora y fauna silvestres y otras especies de seres vivos”.

Tal es, a no dudarlo, la principal crítica que debe formularse a la actividad prestacional de la Administración Pública venezolana derivada del modelo socialista. Frente a los índices favorables derivados de esa actividad, debe también considerarse cómo esa actividad se ha llevado a cabo al margen de los principios de subsidiariedad y menor intervención y, por ende, al margen del Estado de Derecho. Así, tal actividad prestacional fue resultado de una clara visión estatista y paternalista que, además, se apoyó exclusivamente en el reparto discrecional y político de la renta petrolera. En especial, las metas alcanzadas a través del despliegue de los programas sociales a cargo del Gobierno fueron el resultado directo del notablemente incremento de los ingresos fiscales derivados de la renta petrolera, como resultado del incremento de los precios en el mercado internacional.

Por ello, la abundancia de recursos derivó en la ausencia de controles efectivos orientados a medir la calidad de la actividad prestacional de la Administración, tal y como debió efectuarse de acuerdo a la Ley Orgánica de la Contraloría

General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal. La ausencia de controles efectivos orientados a determinar no solo la legalidad del gasto asociado a los programas sociales del Gobierno, sino además, a determinar la eficiencia de ese gasto, fue consecuencia de la opacidad con la cual esos recursos fueron manejados, principalmente, por medio de fondos extra-presupuestarios, en clara violación al principio de unidad de tesoro.

De todo ello devino, además, otra consecuencia, que evidencia la inconstitucionalidad de esta dimensión social de la actividad administrativa derivada del modelo socialista: los índices obtenidos y, en general, las metas alcanzadas, no se orientaron a generar condiciones materiales duraderas, sino más bien precarias, y contingentes a la capacidad del Estado de mantener el expansivo gasto público en un entorno de precios altos del petróleo. Empero, como demuestra el análisis económico⁶², las programas sociales de Venezuela como “Petro-Estado”, al depender de los precios de petróleo, degeneran fácilmente en un “espiral de miseria”: la disminución de los ingresos petroleros determina la incapacidad fiscal del Estado de mantener el gasto social asociado a expansivos y paternalistas programas sociales. Como consecuencia, tales programas colapsan y con ellos la economía, cuyo crecimiento estuvo determinado, en buena medida, en la inversión de los ingresos petroleros.

Ello permite explicar las causas del colapso económico de Venezuela durante los años 2015 y 2016. En la actualidad, Venezuela registra la inflación más alta del mundo, con altos índices de desabastecimiento y escasez. Esas condiciones económicas, en buena medida, responden a la insuficiencia de divisas necesarias para la importación y producción de bienes y servicios, debido a la disminución de los ingresos petroleros pero, más importante todavía, debido a la ausencia de políticas orienta-

62 Rodríguez Sosa, Pedro Luis y Rodríguez Pardo, Luis Roberto, *El petróleo como instrumento de progreso*, cit., p. 98.

das a promover el ahorro de esos ingresos, como aconseja una sana política fiscal⁶³.

Con especial intensidad desde 2004, el Gobierno venezolano, en el marco del “socialismo del siglo XXI”, promovió un modelo de desarrollo centrado en el Estado y la actividad prestacional paternalista de la Administración, orientada al reparto discrecional y político de la renta petrolera a través del uso de tales recursos por mecanismos extra-presupuestarios. Tal modelo abdicó de los principios del Estado de Derecho al apartarse de los principios de menor intervención y subsidiariedad. En realidad, tal modelo solo generó dependencia: la dependencia de la empresa privada a la materia prima e insumos importados centralmente por el Estado, y de las divisas asignadas por éste; la dependencia de los consumidores a los bienes y servicios ofrecido por el Estado, y la dependencia del ciudadano a los programas sociales del Estado.

Todo vínculo de dependencia basado en políticas paternalistas es precario. Al extinguirse la fuente de financiamiento de esas políticas –los ingresos petroleros– todo el sistema colapsó. Por ello, la empresa privada se vio privada de la materia prima e insumos importados centralmente por el Estado y de las divisas asignadas por éste; los consumidores se vieron privados los bienes y servicios ofrecido por el Estado, y el ciudadano se ve privado de los programas sociales del Estado. Ello explica las precarias condiciones económicas de Venezuela en el 2016.

La reflexión final de esta experiencia es que *la dimensión social de la actividad administrativa no puede separarse de un concepto de desarrollo centrado en el ciudadano y, por ello, enmarcado en el Estado de Derecho*. Todo dilema entre igualdad social y Estado de Derecho –dilema en el que se ha anclado el modelo socialista en Venezuela– es falso, en tanto la única dimensión social de la actividad administrativa que

63 Salmerón, Víctor (editor) *La economía del caos*, Puntocero, Caracas, 2015, pp. 7 y ss.

debe tolerarse, y por ende, la única igualdad social que puede procurarse, es aquella que se enmarca en el Estado de Derecho y que se ajusta, por ello, a los principios de menor intervención y subsidiariedad.

Tales principios deben adecuarse y reforzarse en los “Petro-Estados” como Venezuela, o sea, Estados que son económicamente autónomos debido a la renta petrolera que manejan en monopolio. Es preciso, así, imponer controles especiales que impidan que esos ingresos petroleros sean usados en políticas paternalistas, todo lo cual justifica no solo crear mecanismos de ahorro de esos ingresos sino además, mecanismos que condicionen el uso que puede darse a ellos. La experiencia venezolano demuestra la pertinencia y urgencia de estas reformas en la dimensión social de la Administración.

La Unión, marzo de 2015.

ÍNDICE

Estudios

LA ADMINISTRATIZACIÓN DE LOS PROCESOS JURISDICCIONALES EN MATERIA DE ARRENDAMIENTO INMOBILIARIO: VIVIENDA

<i>Teresa Esperanza Borges García</i>	13
Introducción	15
I. Análisis de un caso legislativo concreto	19
II. La indefensión y vicios del procedimiento administrativo por su administrativización	31
Conclusiones	41

LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y EL MODELO TERRITORIAL

<i>Jaime Rodríguez-Arana Muñoz</i>	45
Introducción	47
I. Los valores constitucionales	50
II. El artículo 2 constitucional	52
III. Preceptos constitucionales de aplicación	54
IV. La distribución territorial del Poder Público	58
V. La articulación territorial	63
Conclusiones	69
Bibliografía	72

LA RESPUESTA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 AL SISTEMA UNIFICADOR DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN PRESENTE EN LAS CONSTITUCIONES ANTERIORES

<i>Hildegard Rondón de Sansó</i>	75
Introducción	77
I. Las figuras subjetivas	78

1.	El “oficio”	79
2.	Oficio en sentido subjetivo: el “ <i>munus</i> ”	80
3.	El órgano.....	81
4.	Naturaleza del órgano. Tesis explicativas.....	83
	A. Tesis del órgano-persona.....	83
	B. Tesis del órgano-oficio	84
	C. Tesis sincrética. Determinación del elemento permanente.....	84
	D. Proposición derivada de los conceptos expresados	89
II.	La Administración Pública como el objeto fundamental del Derecho Administrativo en las diferentes Constituciones.....	90
1.	Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811	90
2.	Constitución Política de Venezuela de 1819 (sancionada por el Congreso de Angostura)	91
3.	Constitución de 1830 (dictado por el Congreso Constituyente de Valencia).....	92
4.	Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1864	92
5.	Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1936	93
6.	Constitución de 1945.....	93
7.	Constitución de 1947	94
8.	Constitución de 1961	94
III.	Alusión y regulación de la administración pública en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999	95
IV.	Normas específicas para los entes territoriales.....	98
V.	Oportunidades en que la Constitución alude a la administración pública.....	103

VI. La Administración Pública sometida al control jurisdiccional que la Constitución establece.....	106
Conclusión	107

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

<i>Gabriel Sira Santana</i>	111
I. Decurso histórico	113
II. Generalidades del procedimiento sancionatorio en materia de protección al consumidor.....	119
1. Los sujetos involucrados en la protección de los consumidores.....	121
2. El binomio ilícito-sanción para la protección de los consumidores y el artículo 49 de la CRBV.....	125
III. El iter procedimental en materia de protección al consumidor	136
1. Fase de iniciación.....	137
2. Fase de sustanciación.....	139
3. Fase de terminación	143
4. Medidas preventivas.....	148
Conclusiones	150

LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO EN VENEZUELA

<i>Cecilia Sosa Gómez</i>	155
Introducción.....	157
I. La nulidad consagrada en la Constitución	158
II. Áreas temáticas de las nulidades constitucionales	160
III. Los efectos de las nulidades de Derecho Público	163
Conclusión.....	167

Actualidad

LA REGULACIÓN DE LA CRIPTOMONEDA EN VENEZUELA

(LA SÚBITA CREACIÓN DE LA “PETRO” Y DE LA SUPERINTENDENCIA DE CRIPTOMONEDA Y ACTIVIDADES CONEXAS)

<i>Darrin J. Gibbs</i>	173
Introducción.....	177
I. Breve excuso del sistema monetario en Venezuela	181
1. La unidad monetaria de Venezuela: el Bolívar	181
2. El rector del sistema monetario nacional: el Banco Central de Venezuela (BCV)	183
II. De las criptomonedas internacionales en Internet a la criptomoneda nacional: el “Petro”	191
1. La significación de las criptomonedas (el Bitcoin como referencia)	191
2. La criptomoneda venezolana: el “Petro”	194
3. ¿Cómo funciona el “Petro”?	195
4. Recursos naturales como respaldo de la Criptomoneda Petro	200
III. Naturaleza jurídica del “Petro”: no es una moneda, es un medio de pago virtual.....	206
IV. El régimen cambiario y el “Petro”	209
Apreciaciones finales	210

DIMENSIÓN SOCIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EN VENEZUELA

<i>José Ignacio Hernández G.</i>	215
Introducción.....	217

I. Breve aproximación histórica a la dimensión social de la actividad administrativa en Venezuela	220
1. El contenido tradicionalmente liberal de la actividad administrativa.....	220
2. El abandono del contenido liberal de la actividad administrativa como consecuencia directa del petróleo: la actividad prestacional de la Administración	222
3. La consolidación de la dimensión social de la actividad administrativa y las distorsiones derivadas del “Petro-Estado”	224
4. Las recientes desviaciones de la dimensión social de la actividad administrativa en el llamado modelo socialista	227
II. Bases constitucionales y principios generales de la dimensión social de la actividad administrativa en Venezuela	229
1. La recepción de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho y sus consecuencias jurídicas	229
2. La dimensión social de la actividad administrativa en Venezuela y la economía social de mercado	230
3. Los principios constitucionales de la actividad administrativa prestacional: menor intervención y subsidiariedad	233
III. Alcance de la dimensión social de la actividad administrativa en Venezuela: la Administración prestacional	240
1. La actividad prestacional y la empresa pública.....	240
2. La actividad prestacional y la gestión de servicios sociales	242

3. Actividad prestacional y subsidios. Su distorsión en Venezuela, en especial, mediante la creación de cargas basadas en la “solidaridad social”	244
IV. La dimensión social de la actividad administrativa en Venezuela: las conquistas medidas en índices y los costos asociados a tales conquistas. Repensando el concepto de desarrollo	246

**Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano**

N° 12 mayo – agosto 2017