

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

20

ENERO - JUNIO

2020

www.cidep.com.ve

REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

Una publicación del
Centro para la Integración
y el Derecho Público (CIDEP)

Número 20
Enero – Junio 2020
Segunda etapa

Caracas, 2021

Director	José Ignacio Hernández G.
Secretario de Redacción	Gabriel Sira Santana
Consejo de Redacción	José Rafael Belandria García María Alejandra Correa Claudia Nikken Flavia Pesci Feltri Antonio Silva Aranguren Jorge Luis Suárez Mejías Gustavo Urdaneta Troconis Daniela Urosa Maggi

La Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV) es una publicación académica abierta, arbitrada por pares (*peer review*) y semestral del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), editada en la ciudad de Caracas, Venezuela.

La REDAV recibe, evalúa y publica artículos referidos a (i) estudios teóricos y doctrinales sobre el Derecho Administrativo, (ii) la actualidad del Derecho Administrativo venezolano, y (iii) la interacción entre el Derecho Administrativo y el Derecho de la Integración.

El contenido de los trabajos publicados en la REDAV es de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponde necesariamente con los criterios de la Dirección, el Consejo de Redacción o el CIDEP.

Las normas y criterios editoriales de la REDAV pueden consultarse en este número y en el sitio web del CIDEP. Cualquier duda o comentario sobre la revista puede hacérsenos llegar a través del correo electrónico editorial@cidep.com.ve

© **Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano**
Número 20. Enero – Junio 2020

Publicación semestral. Segunda etapa

URL DEL EJEMPLAR: <https://cidep.com.ve/ojs/index.php/redav/issue/view/redav-20>

FECHA DE PUBLICACIÓN: 25-11-2021

SITIO WEB: cidep.com.ve/redav (SEGUNDA ETAPA); redav.com.ve (PRIMERA ETAPA)

TWITTER: @redav2012

ISSN de la segunda etapa: EN TRÁMITE

Depósito legal: DC2021001708

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)

Caracas, Venezuela

Correo electrónico: contacto@cidep.com.ve

Sitio web: www.cidep.com.ve www.cidep.online

Twitter – Instagram – LinkedIn – Youtube: @cidepVE

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)

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

El CIDEP desarrolla principalmente actividades de investigación y divulgación.

La Dirección General del CIDEP corresponde a Jorge Luis Suárez Mejías y la Dirección Ejecutiva a Antonio Silva Aranguren. La Subdirección recae en Samantha Sánchez Miralles.

Normas y criterios editoriales

1. El artículo podrá tener hasta un máximo de tres coautores.
2. El artículo debe enviarse a la dirección electrónica editorial@cidep.com.ve o a través de www.cidep.com.ve/redav
3. El artículo debe remitirse en formato .doc o .docx (Microsoft Word).
4. No se establece un número mínimo o máximo de páginas por artículo.
5. El tamaño de la hoja será carta y en sentido vertical, con márgenes superiores e inferiores de 2.5 cm y laterales de 3 cm. La alineación de texto será justificada.
6. La fuente del texto general será Arial, número 12, color negro, con interlineado de 1.5 puntos y sangría de 0.7 cm al inicio de cada párrafo. El espacio entre párrafos será de 6 puntos y no se dejarán líneas en blanco.
7. La fuente de los pies de página será Arial, número 10, color negro, con interlineado simple y sin sangría. El espacio entre párrafos será simple y no se dejarán líneas en blanco.
8. En autor podrá hacer uso de la cursiva para destacar una palabra o frase breve en el texto, absteniéndose de usar negrillas o subrayados con esta finalidad.
9. El título del artículo debe ir al inicio del archivo, en mayúsculas sostenidas y negrillas. Seguido de ello se incluirá el nombre del autor en la línea siguiente, alineado a la derecha, con un pie de página que incluya una reseña curricular que no supere las cinco líneas y en donde deben precisarse sus grados académicos, institución de adscripción y correo electrónico.
10. Los artículos incluirán un resumen en español e inglés de hasta 150 palabras y de tres a cinco palabras claves en estos idiomas.
11. Los artículos se dividirán de acuerdo con la siguiente jerarquía, empleándose negrillas para los títulos y mayúsculas tipo oración. La introducción y la conclusión no se enumeran:
 - I.
 1.
 - A.
 - a.
 - a'.
12. Toda frase extraída de una obra de terceros habrá de ser debidamente citada de acuerdo con la extensión precisada en el punto 14 de estas normas. En caso de parafraseo, el llamado a pie de página se colocará al final de la idea comentada. El autor procurará en todo caso evitar las citas de citas y, en caso de hacer llamados generales a la doctrina, foro o análogos, deberá incluir un pie de página donde precise los autores y obras donde puedan profundizarse tales planteamientos.

13. Las citas bibliográficas habrán de incluirse como pie de páginas, sin que se incorpore un apartado de bibliografía en el artículo.
14. Para el orden de las citas a pie de página se sugiere el uso del Manual de estilo Chicago-Deusto*. En todo caso, el autor podrá optar por otros sistemas siempre que este se mantenga de forma uniforme a lo largo del artículo y permita conocer todos los elementos de valor para la consulta de la fuente (autor; título del libro o artículo; título de la obra colectiva o publicación periódica de ser el caso; editorial; ciudad; año; número de páginas; enlace; entre otros).
15. Si la cita supera las 40 palabras deberá incluirse como párrafo aparte y con margen izquierdo de 0.7 cm, letra Arial, número 10, color negro, con interlineado simple y sin sangría. En caso de ser igual o inferior a las 40 palabras, la cita se insertará en el texto entre comillas.
16. Los autores que remitan artículos para la consideración del Consejo de Redacción de la REDAV declaran que la obra que presentan es original e inédita, y ellos son los titulares de los derechos patrimoniales y morales sobre la misma, por lo que la REDAV y el CIDEP quedan exonerados de cualquier responsabilidad en cuanto a la vulneración de derechos de terceros.
17. Los autores cuyos trabajos sean aprobados para su publicación en la REDAV ceden al CIDEP los derechos de explotación sobre sus artículos de forma gratuita, exclusiva, perpetua y sin limitación territorial. En virtud de la cesión efectuada, el CIDEP quedará facultado para la edición, reproducción, publicación, distribución, difusión, comunicación pública y comercialización de la obra, siempre que reconozca su autoría.
18. La REDAV no está en la obligación de publicar los artículos recibidos. En todo caso, la revista procurará notificar al autor de su interés o no en la obra a la brevedad posible.
19. Como parte del proceso arbitral y editorial, la REDAV podrá realizar comentarios, sugerencias y observaciones al autor basadas en criterios académicos y editoriales, a fin de que el autor realice los ajustes respectivos para la aprobación del texto.
20. El autor podrá solicitar gratuitamente a la REDAV que prescinda de la publicación del artículo que haya enviado siempre que el mismo no haya entrado en etapa de diagramación. De encontrarse en esta etapa o una posterior, y siempre que no se haya procedido a la publicación de la obra, el autor podrá solicitar la remoción de su trabajo previo pago de los gastos en los que se haya incurrido durante el proceso editorial.

* Disponible en <https://bit.ly/3BOGaxE>

Índice

PRESENTACIÓN A LA SEGUNDA ETAPA DE LA REVISTA..... 9

INTELIGENCIA ARTIFICIAL: PROBLEMAS Y REFLEXIONES PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO, Mayerlin Matheus Hidalgo 11

Introducción	11
I. Características de la IA.....	14
II. Problemas que se derivan de la incorporación de la IA en la Administración Pública y reflexiones en torno a dichos problemas para el derecho administrativo	18
Conclusiones	30

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO SECTORIAL DE MEDICAMENTOS Y LA POTESTAD DE ORDENACIÓN DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA, Gabriel Sira Santana31

I. Algo sobre los ordenamientos jurídicos sectoriales.....	31
II. Los medicamentos en el ordenamiento jurídico venezolano	39
III. La consagración de la potestad de ordenación de la administración pública en el ordenamiento jurídico sectorial de los medicamentos.....	53
IV. El ejercicio de la potestad de ordenación por parte de la Administración Pública en cuanto al ordenamiento jurídico sectorial de los medicamentos.....	69

LA OCUPACIÓN DE EMPRESAS CON BASE EN LA LEGISLACIÓN LABORAL, Samantha Sánchez Miralles91

I. Algunas precisiones sobre la ocupación en el ordenamiento jurídico venezolano.....	91
II. Casos	100
Conclusiones	116

LA CORRUPCIÓN Y SU IMPACTO EMPRESARIAL, Jesús A. Villegas Ruiz..... 119

Introducción	119
I. ¿Qué es la corrupción?.....	121
II. Derecho internacional contra la corrupción y el soborno	128
III. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)	129
IV. Legislación contra la corrupción en Venezuela.....	140
V. Elementos de un compliance program contra la corrupción y el soborno.....	149
Conclusiones	163

LA PUERTA GIRATORIA Y SU IMPACTO EN LA PROTECCIÓN DEL SECRETO EMPRESARIAL, Norma Ferrer González y Jessica Vivas Roso 165

Introducción165

I. El fenómeno de la puerta giratoria..... 166

II. Puerta giratoria y secreto empresarial.....171

III. Regulación del fenómeno de la puerta giratoria en Venezuela173

Conclusiones175

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL ÁMBITO DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL FISCAL EN VENEZUELA, Iván D. Paredes Calderón 177

Introducción177

I. La participación ciudadana como principio aplicable a la actividad administrativa..... 178

II. El principio de participación ciudadana en la Ley Orgánica de Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y su Reglamento180

III. Desarrollo normativo del principio de participación ciudadana a través de las normas dictadas por la Contraloría General de la República 183

IV. La contraloría social, los consejos comunales y su problemática en el ámbito del control fiscal venezolano..... 187

Conclusión 190

Presentación a la segunda etapa de la Revista

Con este número 20 la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV) inicia una nueva etapa en la cual el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), fiel a su propósito de fomentar el estudio del Derecho Público en nuestro país, ha asumido su edición.

Desde su aparición en el año 2013, la REDAV ha publicado más de 130 artículos de diversos autores, nacionales e internacionales, sobre las más variadas instituciones del derecho administrativo –en particular– y el derecho público –en general–, siempre bajo estándares de acceso libre para que estudiantes, profesionales y el público general pudiese consultarlos desde su sitio web.

Es con motivo de lo anterior que, cuando el profesor José Ignacio Hernández G., director de la revista, nos planteó la posibilidad de que el CIDEP tomara las riendas institucionales de la REDAV frente a las circunstancias que atentaban contra su continuidad, no dudamos en responder afirmativamente.

Como lo indicó la dirección de la revista en la presentación de su primer número, la REDAV nació vista *“la necesidad de afianzar el estudio del Derecho administrativo venezolano, o sea, de atender a los problemas reales de nuestro Derecho y proponer así soluciones idóneas a nuestro entorno”*, teniéndose como aspiración *“convertirse en un espacio abierto de difusión y discusión del Derecho administrativo”*.

Creemos que la REDAV cumplió con este objetivo en su primera etapa, y es nuestra intención que lo siga haciendo en la segunda que recién inicia y que contará en su Dirección con el profesor José Ignacio Hernández G., en la Secretaría de Redacción con el profesor Gabriel Sira Santana, y en el Consejo de Redacción con los profesores José Rafael Belandria García, María Alejandra Correa, Claudia Nikken, Flavia Pesci Feltri, Antonio Silva Aranguren, Gustavo Urdaneta Troconis, Daniela Urosa Maggí y, quien suscribe, Jorge Luis Suárez Mejías.

Esperamos que el lector encuentre este y los venideros números de provecho, a la par que le invitamos a hacerse parte de la REDAV con el envío de sus artículos para su evaluación, aprobación y posterior publicación.

Jorge Luis Suárez Mejías
DIRECTOR GENERAL DEL CIDEP

Inteligencia artificial: Problemas y reflexiones para el Derecho Administrativo

Mayerlin MATHEUS HIDALGO*

REDAV, N° 20, 2020, PP. 11-30

Resumen: El artículo destaca algunas de las características de la inteligencia artificial que deben ser consideradas por los Estados al momento de implementar tal tecnología en el ejercicio de la función administrativa, dados los inconvenientes que las mismas podrían representar para los derechos ciudadanos.

Palabras clave: Inteligencia artificial – Motivación – Transparencia.

Abstract: *This paper highlights some of the features of artificial intelligence that must be considered by States when they implement such technology in the administrative function, given the inconveniences that they could represent for citizen rights.*

Keywords: *Artificial intelligence – Motivation – Transparency.*

Recibido

27-09-2021

Aceptado

04-11-2021

Introducción

No se pretende en este trabajo ahondar en conceptos como inteligencia artificial (en adelante, IA) y cuarta revolución industrial. Nos centraremos más bien en las características de la IA, los problemas que se desprenden de dichas características y reflexionaremos sobre cómo esto podría impactar al derecho administrativo, por la incorporación de estas tecnologías en la Administración Pública.

En tal sentido, haremos referencia solo en esta parte a lo que se entiende por IA esto es, cuando se persigue “*emular las facultades intelectuales humanas en máquinas para que estas puedan realizar tareas propias de los seres humanos*”¹. En otras palabras, “*podemos entender a la IA cuando una computadora o dispositivo con poder computacional o sistema informático imita las funciones cognitivas que los*

* Abogada y Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela. mayerlin.matheus@uautonoma.c1

¹ Cerrillo Martínez, Agustí (2019): “El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?”, *Revista General de Derecho Administrativo*, N° 50, p. 3.

*humanos asocian con otras mentes humanas, como por ejemplo aprender, asociar, y resolver problemas*².

En las últimas décadas, especialmente, en el siglo XXI se ha intentado tenazmente que la IA sea una realidad que arrope nuestras vidas desde lo más complejo hasta lo más rutinario. Si bien el nuevo milenio no llegó con vehículos voladores –y 20 años después aun no los hay³– los avances tecnológicos de los últimos tiempos son fascinantes.

Y es quizás sobre la base de esa fascinación, por lo nuevo, por lo increíble que a veces nos resulta que un aparato nos entienda y nos responda, que muchas veces simplemente consumimos la tecnología y la aceptamos sin hacer ningún tipo de reflexión sobre el impacto real que tiene en nuestras vidas, impacto que la más de las veces podrá ser positivo, pero que podría también ser negativo, y sobre lo cual pareciera no se repara con el rigor debido, más allá de los análisis sobre las consecuencias laborales que está teniendo ya el uso, sobre todo en el sector privado, de la IA⁴.

Si bien sobre la IA hay diversas advertencias sobre sus riesgos y los desafíos éticos, jurídicos y sociales que presenta, por ejemplo, en el informe anual 2018-2019 del Foro Mundial de Economía se dice “*Las tecnologías emergentes como la inteligencia artificial (...) inevitablemente plantea nuevos riesgos y preocupaciones éticas*”⁵, “*asimismo las voces de precaución han incluido al cosmólogo Stephen Hawking, al billonario de Microsoft Bill Gates y al empresario en tecnología Elon Musk*”⁶, quizá podamos afirmar que estos riesgos y desafíos son captados por personas más informadas en la materia, mientras que el ciudadano común continúa seducido sin ahondar en análisis.

Es paradójico, pues tal vez este entusiasmo por la IA es inculcado precisamente por las personas más informadas y por las promesas de lo que la IA puede hacer por nosotros y nuestras vidas, en CLARKE observamos:

² Vega Iracelay, Jorge (2018): “Inteligencia Artificial y derecho: principios y propuestas para una gobernanza eficaz”, *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, N° 5, p. 16.

³ Cabe señalar que el pasado 29-08-2020 el primer carro volador alzó vuelo de manera exitosa en Japón. Ver <https://bit.ly/2EKwzjJ>

⁴ Con relación al impacto de la IA en el ejercicio de la profesión de abogado, véase Oppenheimer, Andrés (2019): ¡Sálvese Quien Pueda! (Santiago, Debate), pp. 149 y ss.

⁵ Traducción libre. World Economic Forum (2019): Annual Report 2018–2019. En <https://bit.ly/36D5wPe>, p. 52.

⁶ Traducción libre. Clarke, Roger (2019): “Why the world wants controls over Artificial Intelligence”, *Computer Law & Security Review*, N° 35, p. 423.

Simon (1960) afirmaba “En un futuro muy próximo –mucho menos de veinticinco años– tendremos la capacidad técnica para sustituir todas y cada una de las funciones humanas en las organizaciones (...)”. Kurzweil (2005) “para finales del 2020 las computadoras tendrán inteligencia indistinguible de los biológicamente humanos”⁷.

Afirmaciones como estas abundan entre los científicos y desarrolladores de tecnología, es una constante promesa del futuro digital, robótico y cibernético que no deja de fascinar y crear expectativas en cualquier persona.

Los retos que presenta la IA no son menores, es comprensible el fervor que esta genera para muchas personas y es más comprensible aun que todos los beneficios que esta pueda aportar sean cada vez más asumidos cotidianamente para ayudarnos realmente a ser mejores personas, a simplificar nuestras vidas y al mismo tiempo a convertirnos en seres más productivos.

En tal sentido, sería también comprensible que esta asunción de la IA cuente con la debida prudencia y análisis que aseguren que en realidad se adopta para beneficiarnos y no para generar problemas a futuro que desde el punto de vista del derecho causen indefensión, inseguridad jurídica, falta de transparencia o control o directamente daños a las personas.

Desde luego son y serán muy diferentes los problemas que el uso de la IA generará en cada sociedad, según el tipo de instituciones y regímenes políticos que funcionen en cada una. Una sociedad democrática, respetuosa del Estado de Derecho y del libre intercambio, enfrentará problemas muy diferentes a los que existen y se observarán en una sociedad autoritaria, regida por la concentración del poder y la planificación central⁸.

En este estudio nos proponemos revisar algunos problemas derivados directamente de las propias características de la IA y que podrían generar consecuencias dañosas para las personas si la IA se incorpora –sin el debido cuidado– en la relación jurídica entre la Administración y los ciudadanos. Además, aportaremos algunas reflexiones que deberían tomarse en cuenta desde el derecho administrativo, para que se acoja sin excesivo entusiasmo y sin excesivo temor lo que esta cuarta revolución industrial plantea.

⁷ Ibid., p. 424.

⁸ Peirano, Marta (2019): El enemigo conoce el sistema. Manipulación de ideas, personas e influencias después de la Economía de la Atención (Santiago, Debate). La autora analiza lo que causa y puede causar el uso de tecnologías como la IA en el sector público, cuando ello ocurre en contextos autoritarios como el de Rusia y China.

La IA supone grandes desafíos, entre ellos se encuentra el problema de la adaptación del derecho a estas tecnologías que impactan de manera tan honda en nuestras vidas, considerando que lo usual es que el derecho se quede obsoleto o simplemente desligado de la realidad de la aplicación de la IA o cualquier otro instrumento tecnológico.

En especial, nos interesa estudiar cómo podríamos asegurar que la automatización, digitalización y delegación de la actividad administrativa⁹ a sistemas de IA, y la consecuente sujeción de la IA al derecho administrativo, sea respetuosa de los derechos y garantías individuales de las personas y que minimice los riesgos de discriminación, inseguridad jurídica, indefensión, etc. y que al mismo tiempo garantice que la Administración contribuya a la satisfacción del bien común.

Los problemas que surgen para el derecho administrativo por la aplicación de la IA están vinculados con algunas de sus características, que pasamos a examinar de inmediato.

I. Características de la IA

1. La opacidad de los algoritmos

En revistas o libros dedicados al tema se puede leer con frecuencia que los algoritmos, sobre los cuales funciona la IA, son una *black box* o caja negra de los que no se sabe qué hay dentro. La opacidad, por diferentes razones, dificulta que pueda saberse a ciencia cierta cómo funcionan los algoritmos, por qué usan los datos que usan para tomar decisiones y en definitiva por qué toman unas decisiones y no otras.

Según AGUSTÍ CERRILLO:

Desde el punto de vista legal, la opacidad de los algoritmos puede deberse a la existencia de cláusulas contractuales o regulaciones que limitan el acceso a la información para proteger otros bienes o derechos, como los secretos comerciales, la propiedad intelectual e industrial, la protección de datos personales y la seguridad pública. También puede ser para proteger la

⁹ Véase Ponce Solé, Juli (2019): "Inteligencia artificial, derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico", *Revista General de Derecho Administrativo*, N° 50, pp. 263-264: "La IA llevada al campo de las Administraciones Públicas, como decíamos, puede ayudar al procesamiento rápido de ingentes cantidades de datos y a la toma de decisiones (...) En tal sentido la actividad administrativa automatizada es definida por el anexo de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, como toda actuación administrativa producida por un sistema de información adecuadamente programada sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular. Incluye la producción de actos de trámite o resolutorios de procedimientos, así como de meros actos de comunicación".

confidencialidad o el secreto del proceso de toma de decisiones para evitar revelar las decisiones que aún se están tomando¹⁰.

Cuando llevamos esto al plano de la implementación de IA por la Administración debemos tener en cuenta además que:

...los algoritmos utilizados no suelen ser programados por el personal del sector público sino por otros que quieren protegerlos, por ejemplo, para evitar la pérdida de una ventaja competitiva o para obtener un retorno de la inversión. Por eso es común que los propios contratistas declaren confidenciales sus códigos de algoritmos¹¹.

2. Los sesgos en el tratamiento y procesamiento de datos

En su séptima acepción, la Real Academia Española define sesgo como “*error sistemático en el que se puede incurrir cuando al hacer muestreos o ensayos se seleccionan o favorecen unas respuestas frente a otras*”.

La IA no está exenta de incurrir en errores, a pesar de que se ha querido vender como tecnología libre de parcialidades y subjetividades, por su precisión matemática. La realidad es que la IA requiere una programación previa antes de poder funcionar, y para hacerlo se basa en algoritmos que utilizan miles de datos (*big data*) para tomar las decisiones que toman, y todos esos datos no son necesariamente de calidad.

No todas las bases de datos recopilan información (datos) siguiendo estándares de calidad, lo que puede acarrear que muchos de los datos usados por una IA al decidir estén de algún modo “contaminados” por falta de veracidad, falta de precisión, falta de consistencia, etc. Esto los haría poco confiables e indefectiblemente conllevaría a una toma de decisión errada.

Una IA puede venir con sesgos desde su programación porque el programador haya querido que las decisiones se muevan en un sentido y no en otro¹², o pueden estos sesgos generarse a partir de los datos que utiliza la IA para tomar una decisión.

Por ello se advierte que la IA puede operar con sesgos provenientes de:

...en unas ocasiones la calidad de los datos que se toman como marco de análisis, en otras las preconcepciones del programador. En algunos casos, son las propias elecciones de sus usuarios las que incorporan el sesgo al

¹⁰ Traducción libre. Cerrillo Martínez, Agustí (2019): “How can we open the black box of public administration? Transparency and accountability in the use of algorithms”, *Revista Catalana de Dret Públic*, N° 58, p. 17.

¹¹ Ibid.

¹² Ya se apuntaba así en la década de los 70. Ver Fernández, Tomás Ramón (1971): “Jurisprudencia y computadores”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 64, p. 331.

insertar datos cuando el sistema debe retroalimentarse con nueva información. Más preocupante resulta este anormal funcionamiento cuando es intencional, cuando el resultado perverso es exactamente el que se espera obtener¹³.

Recordemos, además, que la IA, tiene como característica la autonomía, que, aunque no es absoluta, le habilita para ejercitar un aprendizaje automático o *machine learning*, que puede además ser profundo (*deep learning*) lo que expresa que el procesamiento de datos será más complejo y podrá obtener más y mejor información a través de redes neuronales artificiales. Así pues, la IA no solo toma los datos y trabaja en función de su programación, sino que mientras analiza esos datos puede generar patrones de decisiones autónomas que podrían estar sesgadas por el contenido de esos datos y generar, por ejemplo, decisiones discriminatorias.

El problema del sesgo en el procesamiento de datos no es menor, pues en palabras de VIDA FERNÁNDEZ:

...una de las cuestiones más controvertidas que se imputan a la IA es el problema de los sesgos que están afectando a los modelos predictivos que se aplican y las dificultades para detectarlos y corregirlos. Son numerosos los estudios que denuncian la existencia de sesgos en la IA que pueden incrementar la desigualdad a través de una discriminación encubierta y afectar al principio de igualdad efectiva que debe imperar en una democracia¹⁴.

Sea por una razón u otra, hasta el momento la IA no es infalible, puede cometer errores y de hecho los comete según se ha denunciado en diversos casos. Por ejemplo, en Estados Unidos se denunció que un determinado programa de IA favorecía la libertad condicional de las personas blancas en perjuicio de individuos de otras etnias¹⁵.

Recientemente en Reino Unido, a causa de la pandemia generada por la COVID-19 (SARS-CoV-2) que vivimos actualmente, el Gobierno decidió utilizar un algoritmo predictivo para básicamente determinar quiénes, de haber presentado la prueba de admisión a universidades, habrían obtenido un cupo universitario, el algoritmo se aplicó sobre las notas de los recién graduados de bachillerato, el resultado fue nefasto,

¹³ Martínez Martínez, Ricard (2018): "Inteligencia artificial, derecho y derechos fundamentales" en De La Quadra-Salcedo, Tomás y Piñar Mañas, José (directores), *Sociedad Digital y Derecho* (Madrid, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Industria y comercio y Red.Es), p. 269.

¹⁴ Vida Fernández, José (2018): "Los retos de la regulación de la inteligencia artificial: Algunas aportaciones desde la perspectiva europea" en De La Quadra-Salcedo, Tomás y Piñar Mañas, José (directores), *Sociedad Digital y Derecho* (Madrid, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Industria y Comercio y Red.Es), p. 219.

¹⁵ Ver este y otros casos en Martínez Martínez, Ricard (2019): "Inteligencia artificial desde el diseño. Retos y estrategias para el cumplimiento normativo", *Revista Catalana de Dret Públic*, N° 58, p. 69.

cerca de 300.000 aspirantes han denunciado que el algoritmo bajó sus notas y quienes se han visto más afectados son los aspirantes universitarios de menos recursos¹⁶.

3. La velocidad en el desarrollo de nuevas tecnologías incluida la IA

No hace falta un estudio profundo para saber que la tecnología avanza a pasos agigantados, lo vivimos cada día. Cada vez son más y más rápidas las formas en que la tecnología interviene en nuestras vidas y es quizás gracias a esa velocidad que la humanidad se ha permitido grandes cambios en nuestra forma de existir.

Sin duda, tal realidad nos ha permitido mejorar nuestra calidad de vida, pero es también esa condición vertiginosa la que acarrea ciertos problemas para el derecho y que no son ajenos para el derecho administrativo.

Como apunta VEGA:

...el aumento de la IA hasta ahora ha ocurrido en un vacío general regulatorio. Con la excepción de la legislación de algunos Estados en los EUA con respecto a vehículos autónomos y drones, existen muy pocas leyes o regulaciones que aborden específicamente los desafíos únicos planteados por IA, y prácticamente no hay tribunales que hayan desarrollado estándares que aborden específicamente quién debe ser considerado legalmente responsable si una IA causa daño¹⁷.

Como se observa, el rápido avance de las tecnologías pone en jaque al derecho por su incapacidad de adaptarse a tiempo a sus infinitos y rápidos cambios.

Por su parte MARTÍN expone:

...este proceso no es aséptico. Ni las tecnologías ni las decisiones políticas de aprovechamiento de las mismas son neutras; además, su implantación en la Administración puede tener consecuencias negativas si el Derecho no asegura el mantenimiento de las garantías jurídicas necesarias para la protección de los derechos de los ciudadanos. Éste es el principal reto que se plantea en relación con el proceso de digitalización de la Administración: lograr una mayor eficacia en el ejercicio de la función de administrar sin restringir el ámbito de protección de los ciudadanos frente al poder público¹⁸.

¹⁶ Ver Diario Constitucional (2020): "F*** The Algorithm!: Los peligros de la Dictadura de los Algoritmos". En <https://bit.ly/3hHUcrN>

¹⁷ Vega Iracelay: *Inteligencia artificial y derecho...*, ob. cit., p. 22.

¹⁸ Martín Delgado, Isaac (2019): "Hacia un modelo de Administración digital auténticamente innovador. Cinco tesis y una 'anti-tesis' sobre los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración por medios electrónicos en el contexto del procedimiento administrativo", en Belandria García, José (coordinador), *Transformación digital, modernización e innovación en la Administración*

II. Problemas que se derivan de la incorporación de la IA en la Administración Pública y reflexiones en torno a dichos problemas para el derecho administrativo

1. En cuanto a la opacidad de los algoritmos

La primera característica examinada, la opacidad de los algoritmos, genera problemas específicos para el derecho administrativo, a saber:

A. La falta de transparencia¹⁹ y acceso a la información²⁰

Por diferentes razones los algoritmos con los cuales funciona una IA, sufren de opacidad, ni siquiera los propios desarrolladores pueden hoy en día descifrar con exactitud cómo es que un algoritmo termina tomando una decisión. Esto, evidentemente, supondría un problema para la Administración si decidiera incorporar IA en algunos de sus procesos de tomas de decisiones, pues más allá de la voluntad en cumplir con la transparencia y acceso a la información, la Administración Pública se vería imposibilitada materialmente por carecer de los medios para explicar y dar a conocer las razones de una decisión. Esto a su vez se convertiría en un incentivo perverso para los funcionarios pues, en palabras de CLARKE *“cuando las entidades están seguras sabiendo que no se les puede culpar, el comportamiento irresponsable es inevitable. Están amenazados los principios establecidos de evaluación, equidad,*

Pública (Caracas, Centro para la Integración y el Derecho Público y Fundación de Estudios de Derecho Administrativo), pp. 216-217.

¹⁹ Esteve Pardo, José (2018): *Lecciones de Derecho Administrativo* (Madrid, Marcial Pons), pp. 222-223.

²⁰ Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007): *Estudio especial sobre el Derecho de Acceso a la Información*, en <https://bit.ly/2U7EJZ6>, p. 31: *“el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a ‘buscar’ y a ‘recibir’ ‘informaciones’, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado” y “dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea”.*

*proporcionalidad, toma de decisiones basas en la evidencia y la capacidad de impugnar las decisiones*²¹.

Además de esto, muchos algoritmos están protegidos por patentes de propiedad intelectual e industrial, como apunta AZUAJE “de acuerdo con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), para el año 2019 se contabilizaron más de 340.000 solicitudes de patente relacionadas con la IA”²², esta protección sin duda genera una tensión entre el derecho de propiedad derivado del secreto empresarial y el derecho a la transparencia y acceso a la información de los particulares ante la Administración.

Otro problema asociado al desafío de asegurar la transparencia en las actuaciones en que opere una IA, tiene que ver con los conflictos que se presentarán entre el derecho de acceso a la información que consten en registros públicos y el derecho a la protección de datos personales que consten en esos registros, pues en la medida que la Administración enfatice la tutela del segundo ante el primero de los mencionados derechos, también podrían surgir problemas de transparencia, que deberán ser debidamente atendidos a través de fórmulas que impidan o reduzcan al máximo la opacidad²³.

Teniendo en cuenta lo dicho, cabe preguntarse ¿De qué manera puede la Administración expresar en un lenguaje comprensible para todos cómo funciona la IA y los procesos llevados a cabo a través de esta?, es más, ¿existe realmente algo como un lenguaje “comprensible para todos” cuando se trata de IA? Pareciera muy cuesta arriba para la administración poder cumplir con la transparencia y derecho a la información respecto de los particulares. Entonces, también cabe preguntarse ¿la solución sería no incorporar IA en la Administración?

Evidentemente la respuesta es no, primero porque es ingenuo pensar que la era digital no abarcará al sector público como ya ha abarcado al sector privado, y segundo porque sería contrario al propio beneficio de las personas, pues la incorporación de la IA puede suponer grandes avances en eficiencia y eficacia de la Administración, siempre que se acoja con el debido cuidado. Se debe entonces apuntar a un objetivo primordial, esto es, que la Administración incorpore IA que cumpla los

²¹ Traducción libre. Clarke, ob. cit., p. 428.

²² Ver Adefinitivas (2020): *El dilema de la transparencia algorítmica y los secretos empresariales*. A cargo de Michelle Azuaje, en <https://bit.ly/3bcimbu>

²³ Para profundizar sobre este tema ver Belandria García, José (2019): “Expediente administrativo electrónico, protección de datos de carácter personal y transparencia administrativa”, en Belandria García, José (coordinador), *Transformación digital, modernización e innovación en la Administración Pública* (Caracas: Centro para la Integración y el Derecho Público y Fundación de Estudios de Derecho Administrativo), pp. 103 y ss.

máximos estándares de calidad y éticos, tanto en el procesamiento y uso de la información para decidir como la atención al ciudadano al momento de hacer de su conocimiento lo decidido, ya disponibles, por ejemplo, en propuestas de organizaciones especializadas en materia de IA²⁴. Tal medida contribuirá a reducir el impacto de la opacidad de los algoritmos y a generar mayor confianza en las personas respecto del impacto de la IA en sus relaciones con la autoridad administrativa²⁵.

B. La dificultad en el control de los actos dictados por IA

Como sabemos, toda la actividad de la Administración está sujeta a control; sin embargo, cuando se trate de actividad derivada de IA este control no necesariamente puede ejercerse aun y cuando el acto en sí mismo, por regla general, pueda ser impugnabile. Ello así, porque los elementos que se necesitarían para ejercer un control adecuado no estarían al alcance de los jueces o de quien corresponda en un momento dado el control del acto.

No solo correspondería al afectado por el acto poder conocer la lógica con que se ha tomado una decisión (lo que TOMÁS DE LA QUADRA llama el derecho a “explicación”²⁶), sino que corresponde también a quien toma la decisión poder conocer cómo la IA ha tomado tal decisión en nombre de la Administración y en definitiva el nombre del funcionario a cargo de tomarla (ya que hasta el momento no hay un reemplazo definitivo de los funcionarios que emiten decisiones por IA).

En tal sentido, expone VALERO TORRIJOS que:

...ahora bien, dicha persona [el funcionario público] debería ser capaz de asumir –y, por tanto, de comprender– el alcance y las razones del resultado que arrojen los algoritmos, ya que, de lo contrario, no podría hacerse

²⁴ Propuestas realizadas por *Association for Computing Machinery* ver en Ponce, ob. cit., p. 265: “1. Conciencia; 2. Acceso y corrección; 3. Responsabilidad; 4. Explicación; 5. Procedencia de los datos; 6. Auditoría; 7. Validación y testeo”.

²⁵ Traducción libre. D’aloia, Antonio (2019): “Il diritto verso ‘il mondo nuovo’. Le sfide dell’Intelligenza Artificiale”, *Rivista di BioDiritto*, N° 1, pp. 16-17: “Obviamente, existe un tema muy importante de capacitación ética (y de promover una cultura de cooperación y transparencia) de los programadores y desarrolladores de sistemas o agentes IA, para anticipar conflictos y distancias; y, al mismo tiempo, capacitación tecnológica en las facultades jurídicas y en las oficinas de apoyo de los órganos institucionales y administrativos”.

²⁶ De La Quadra-Salcedo, Tomás (2018): “Retos, Riesgos y Oportunidades de la Sociedad Digital” en De La Quadra-Salcedo, Tomás y Piñar Mañas, José (directores), *Sociedad Digital y Derecho* (Madrid, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Industria y comercio y Red.Es), p. 58.

responsable de la decisión que se adopte y, en particular, difícilmente se podrían cumplir las exigencias legales de motivación²⁷.

Si no se tiene acceso a la información de cómo funciona una IA y bajo qué parámetros ha dictado tal o cual decisión ¿será posible impugnar un acto dictado por IA?, ¿qué es lo que se debería impugnar?, ¿basta con mantener los métodos tradicionales de impugnación del acto?, ¿estarán los jueces preparados para conocer controversias en que esté presente la acción de una IA?

Son preguntas a partir de las cuales se deben formular oportunas y útiles respuestas, ya que la tendencia será a que entre la Administración y el ciudadano cada vez más medie una máquina y no una persona humana. Ante ello, la posibilidad de cuestionar la validez de un acto debe ratificarse como parte del derecho a la defensa y a la tutela judicial de toda persona frente Administración el cual mal puede resultar debilitado o menoscabado por la incorporación de nuevas tecnologías, que entonces vendrían a reforzar las prerrogativas de que ya disfruta la autoridad administrativa.

C. La falta de motivación del acto

Un elemento esencial de todo acto administrativo es la motivación, de allí que la Administración pueda exteriorizar las razones de sus decisiones y de allí que el particular pueda impugnar dichas razones cuando las mismas no se ajustan a los hechos o al derecho. Sin embargo, si nos encontramos frente a una IA que esencialmente toma decisiones a través de algoritmos que son en sí mismo opacos (no transparentes) entonces estamos frente a un problema que va a la concepción del acto mismo, pues *“la máquina no puede argumentar. No argumenta, o lo hace sólo aparentemente, en el output, en forma de motivación que no es razonamiento sino una secreción del programa que sirve de acompañamiento, de cobertura, para respaldar una operación, para ‘justificarla’”*²⁸.

Siendo cada vez más común la existencia de procedimientos o etapas de procedimientos administrativos automatizados, cabe prever que en un futuro cercano dichos trámites estarán delegados a sistemas de IA con autonomía. Si bien hoy en día no hay procedimientos administrativos cuyas decisiones estén totalmente delegadas a una máquina, el futuro promete una mayor despersonalización en la atención a los

²⁷ Valero Torrijos, Julián (2019): “Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración”, *Revista Catalana de Dret Públic*, N° 58, pp. 82-96.

²⁸ Martínez García, Jesús (2019): “Inteligencia y derechos humanos en la sociedad digital”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 40, p. 184.

ciudadanos. Lo vemos cada vez más en el sector privado y es solo cuestión de tiempo para que tal experiencia llegue al sector público.

Se trata de una oportunidad de oro para abandonar malas prácticas dentro de la Administración, como por ejemplo el uso de formatos preestablecidos para tomar decisiones en casos que pueden ser similares, pero en los que muchas veces se omiten cuestiones relevantes que terminan por perjudicar a los particulares, o directamente la muy cuestionable técnica del “copiar y pegar” al producir actos administrativos.

La apuesta es derrotar lo advertido por MARTÍNEZ GARCÍA en la cita previa de su análisis. Si bien la máquina no razona, sí puede entregar mejor y más información a los particulares al hacer de su conocimiento las decisiones tomadas en los asuntos de su interés. A fin de cuentas, una máquina no tiene las limitantes de horario, capacidad mental y falta de adecuados incentivos que una persona natural tiene. Por tanto, uno de los objetivos debe ser que la IA que se incorpore en la Administración lejos de convertirse en un elemento adicional de perjuicio al ciudadano, sea desde el principio un instrumento idóneo para estudiar de forma más rápida y mejor cualquier caso que se le plantee, superando la capacidad de los funcionarios de hoy y generando en lo posible decisiones mejor motivadas y más justas para todos.

D. La imprecisión en el establecimiento de la responsabilidad por los daños

Sabemos que la Administración debe responder por los daños que causa. Sin embargo, cuando la Administración causa daños por una decisión tomada a través de IA, podrían considerarse elementos externos (de programación, desarrollo o comercialización de la IA) que podrían generar serias trabas para los particulares en el establecimiento de la responsabilidad de la Administración.

En efecto, si se tiene en cuenta que la Administración, en general, usa tecnologías como la IA que no produce ella misma sino que adquiere de terceros, cabe anticipar que cuando una IA usada en un organismo administrativo genere daños por un problema de diseño o por un mal funcionamiento no vinculado con su uso indebido, de aceptarse evaluar la responsabilidad patrimonial de la Administración desde una perspectiva civilista o de la culpa, existiría el riesgo de que aquélla alegue no tener legitimación pasiva para ser demandada al carecer de culpa en el mal diseño o mal funcionamiento de la IA, correspondiendo en tal caso al afectado la carga de identificar al proveedor de la tecnología para accionar en su contra, en un nuevo juicio que, además, estaría sujeto a las complejas y costosas reglas del proceso civil ordinario.

Lo razonable en tal caso es adoptar una perspectiva publicista y objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración²⁹, para la cual lo relevante es la verificación del daño y la existencia de causalidad entre éste y la conducta imputable a la autoridad administrativa, de modo que ante el particular afectado en su persona o patrimonio sea la Administración la que responda cuando la IA que ella utiliza cause daños, sin perjuicio de que luego de ser condenada pueda y deba incluso la Administración repetir contra el proveedor de la tecnología defectuosa, para que sea éste el que en última instancia asuma el costo de la reparación, y que incluso, dependiendo la gravedad del caso, se apliquen sanciones administrativas previo derecho a la defensa, que le impidan a ese proveedor contratar de nuevo con la Administración durante un tiempo determinado al menos.

2. En cuanto a los sesgos en el tratamiento y procesamiento de datos

La segunda característica examinada, los sesgos en el tratamiento y procesamiento de datos, pueden generar varios problemas, sin embargo, nos limitaremos a mencionar un problema de gran envergadura como sería: la discriminación arbitraria y violación del principio de igualdad ante la ley:

Si, por ejemplo, en el marco de un concurso público o la aplicación de una sanción, un programa que analiza diversos tipos de personas tiene en cuenta sus características particulares y, en función de ellas toma unas decisiones y no otras, esas decisiones podrían en muchas ocasiones estar basadas en discriminaciones arbitrarias.

Según el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 "*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...*". En tal sentido, toda autoridad incluida la Administración, debe respetar el derecho a un trato igual para todas las personas en resguardo de las diferencias particulares de cada caso³⁰.

Dar un trato distinto a personas que se encuentran en una misma situación sería un claro caso de discriminación arbitraria³¹. Como hemos

²⁹ Sobre la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo, ver Soto Kloss, Eduardo (2010): *Derecho Administrativo. Temas fundamentales* (Santiago: Editorial Abeledo Perrot y Thomson Reuters), pp. 909 y ss.

³⁰ Sobre igualdad y no discriminación arbitraria ver Navarro, Enrique y Carmona, Carlos (2015): *Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015)*. N° 59 (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional), pp. 97 y 114.

³¹ Véase Sancho López, Marina, "Internet, Big data y nuevas tecnologías: repercusiones y respuestas del ordenamiento jurídico", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 39, p. 313: "*Si bien los algoritmos se atienen a una lógica científico-matemática, la forma en que éstos son proyectados al estudio de los procesos sociales responde indudablemente a unas coordenadas ideológicas concretas y,*

expuesto arriba, tanto los sesgos en el procesamiento de datos como la opacidad de los algoritmos, pueden llevar a que una IA emita decisiones discriminatorias tal como se denunció en Estados Unidos y Reino Unido en los casos mencionados.

Por lo dicho, merece especial atención algo que es muy común actualmente en el ámbito de la gestión privada, como lo es la elaboración de perfiles:

La problemática de los perfiles debe ser examinada también con el prisma del derecho fundamental a la igualdad. Hasta ahora el derecho a la igualdad se concretaba en no sufrir discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (...) lo cierto es que el perfil (...) crea una nueva categoría o condición que hasta ahora no está claro si era personal o social, pero que desempeña los mismos efectos o consecuencias, estigmatizando a la persona que encaja en el perfil (...) son numerosos los expertos que han denunciado los sesgos y errores de todo tipo en que incurrir muchos de esos algoritmos. Ello suscita la demanda creciente de regular un derecho a explicación que obligue a desvelar la lógica del algoritmo, tanto el modelo del que se partía como de otros aspectos del procedimiento de suministro de datos a la computadora³².

La elaboración de perfiles, de acuerdo a los datos que una persona aporta, desde su nombre, lugar de nacimiento, edad, hasta sus preferencias más íntimas, desde hace varios años está generando una nueva manera de comprender el mundo y de canalizar el *marketing* y más especialmente en influenciar la toma de decisiones de las personas, tal como se evidenció en el conocido caso *Cambridge Analytica*³³ en el cual se reveló cómo el tratamiento de datos y elaboración de perfiles influyó para que Donald Trump se posicionara y finalmente ganara las elecciones presidenciales en Estados Unidos.

Con todo lo dicho, no puede negarse que el sesgo en el tratamiento y procesamiento de datos puede generar discriminación arbitraria y vulneración del principio de igualdad ante la ley. Estos son problemas que no podrían admitirse con la puesta en marcha de la IA en la Administración, imaginemos que en un futuro no muy lejano la selección de personal, selección de contratistas, prestación de servicios públicos, entre otros, estén delegados a la IA y esta actúe de manera sesgada, tomando

por tanto, existe cierto riesgo de que se produzca un proceso reduccionista y simplificador de etiquetaje respecto de determinados colectivos, a partir de prácticas discriminatorias de tipo social o económico que pueden determinar una segregación excluyente de los grupos afectados. La consumación usual de estos procesos da lugar, según ciertos autores, a la creación de una sociedad de clases digital".

³² De La Quadra-Salcedo, ob. cit., pp. 56 y 58.

³³ Para detalles del caso ver documental de Netflix denominado "The Great Hack" (2019).

decisiones arbitrarias que vulneren derechos individuales y generen responsabilidad en la Administración.

A modo de reflexión, lo primero que podemos apuntar es que el tratamiento de datos desde el sector público podría ser mucho más peligroso que en el caso del sector privado, pues la Administración además de contar con todas las herramientas tecnológicas aplicadas en estos casos, puede ejercer coacción legítima sobre los particulares, cosa que no le está dada a los privados.

En tal sentido, el objetivo respecto de este punto es que la Administración lleve a cabo los más rigurosos procedimientos de selección de prestadores de servicios de IA u oferentes de productos de IA. La adquisición de estas tecnologías debería pasar por procedimientos licitatorios que en definitiva permitan determinar que se elige al mejor prestador u oferente y que los riesgos de causar daños son mínimos. Ya hemos visto cómo los gobiernos de Estados Unidos y Reino Unido se han visto afectados por elecciones erróneas al adquirir IA que se ha desarrollado con sesgos causando daños a las personas, en estos casos como también se indicó arriba la responsabilidad de la Administración debe ser objetiva.

Sin embargo, como ciudadanos no nos interesa una Administración Pública que constantemente pueda causar daños y a la cual haya que demandar con frecuencia para que repare. Más bien nos interesa que la Administración funcione de manera óptima y cause los menores daños posibles, para lo cual es indispensable al incorporar IA que se elija a los mejores proveedores e incluso se exija verificación de procesos bajo estándares éticos y de transparencia, como ocurre en la Unión Europea donde criterios en ese sentido se están adoptando con creciente celeridad.

3. En cuanto a la velocidad en el desarrollo de nuevas tecnologías

La tercera característica examinada, la velocidad en el desarrollo de nuevas tecnologías incluida la IA, plantea los siguientes problemas:

A. La inseguridad jurídica

En un mundo cambiante como es el de la tecnología el derecho encuentra un caos para sí ¿cómo poder regular algo que está en constante cambio? El derecho es sinónimo de certeza, estabilidad, lo que nos produce seguridad jurídica como ciudadanos es saber que ante una conducta “A” tendremos un resultado “B”. El derecho trata de ser preciso, de abarcar cuanto puede. Y, sin embargo, a veces la ley presenta lagunas o vacíos, que el mismo derecho a través de técnicas como la analogía, la interpretación, el precedente, entre otros, trata de corregir.

Todo esto parece insuficiente cuando se habla de nuevas tecnologías. Como hemos dicho antes, no solo es que la ley puede quedar obsoleta, es que a veces no se acerca a la realidad de estas tecnologías, es insuficiente y sobre todo débil para controlar lo que éstas vienen a proponer.

Si hay algo que nos ha hecho evolucionar como especie, es el derecho y la concreción de este en leyes justas. Que nuestras conductas puedan ser reguladas por normas ciertas y universales –de igual aplicación para todos– y que nuestros conflictos se diriman de acuerdo con preceptos previamente establecidos ha pacificado nuestras vidas en los últimos siglos.

Pero ahora nos encontramos ante un mundo digital, online, escasamente regulado y cuyos intrínquilos son altamente desconocidos por el común de las personas. Códigos binarios, algoritmos, *big data*, *machine learning*, *deep learning*, inteligencia artificial, son términos que se leen y se oyen cada vez más ¿pero conocemos su alcance, significado y lógica de funcionamiento?

Estos modelos disruptivos³⁴ requieren habilidades desconocidas, no podemos pretender que el derecho y el proceso de formación de la ley positiva puedan regular con éxito algo que nos desborda en el tiempo. Se deben asumir nuevas formas de regulación que vayan a la par de los cambios radicales que las nuevas tecnologías y en especial la IA en sí mismas representan. Mientras no encontremos esas nuevas formas de controlar la IA, estaremos como sociedad –y como humanidad– asumiendo altos riesgos de ser dañados sin consecuencias, viviendo en la incerteza, en la inseguridad jurídica.

Hoy en día en Estados Unidos y sobre todo en la Unión Europea, se está trabajando fuertemente con principios éticos y *soft law* para poder de alguna manera hacer frente a los cambios bruscos que supone la IA y que no pueden ser atacados inmediatamente con una ley, que por muy avanzada que sea en regulación de IA no puede pretender prever lo infinitamente cambiante de las tecnologías.

B. Las asimetrías y brechas

El problema de las asimetrías y brechas está directamente conectado con nuestra condición social, nuestro nivel de educación, nuestra edad e incluso con el mucho o poco interés que las nuevas tecnologías nos genera. Las asimetrías definirán a las personas que entiendan y se adapten mejor a las nuevas tecnologías y aquellas que no lo hagan –por las diferentes razones que sean–, esto creará necesariamente una

³⁴ Martínez Martínez: *Inteligencia artificial desde el diseño...*, ob. cit., pp. 66-67.

brecha entre unas y otras. Como apunta una de las más connotadas ingenieras de España, NURIA OLIVER:

Todos y todas, como ciudadanos y ciudadanas del mundo, deberíamos tener el derecho de decidir hacia dónde queremos ir como especie y cómo queremos usar los avances tecnológicos que estamos desarrollando. El primer paso para eso es conocer de qué estamos hablando y, desgraciadamente, la brecha entre el estado de desarrollo tecnológico y el conocimiento del ciudadano medio es inmensa³⁵.

Si trasladamos este problema a la Administración pública, podemos encontrar que uno de los ámbitos en que las asimetrías y brechas señaladas podrían impactar de forma muy negativa, sería en la organización interna de la Administración con impacto directo en la situación subjetiva de las personas, pensemos por ejemplo, en el nivel de actualización y capacitación en uso de IA que pueda observarse en el nivel nacional de gobierno, frente al que se pueda apreciar a nivel estatal y a nivel municipal. Sería un reto lograr un equilibrio y que ninguno de los niveles territoriales se imponga en el beneficio o uso de IA.

Dado que la forma federal y sobre todo descentralizada de muchos Estados exige que un importante número de asuntos y servicios administrativos sean prestados a los particulares por autoridades estatales, regionales y locales, no se puede permitir que entre la Administración nacional, estatal y local surjan excesivas brechas y asimetrías desde el punto de vista, por ejemplo, del uso de IA, ya que ello se traducirá en una desigual atención y servicio a los ciudadanos, manteniendo así una atención de mala calidad en los niveles estatal y local, que son los más usados en muchas áreas por los ciudadanos.

En definitiva, la IA debe alinearse con la descentralización y potenciarla, y en ningún caso debilitarla o convertirse en un obstáculo para profundizarla en favor de las personas.

C. La dificultad en la oportuna actualización

La Administración Pública al empezar a utilizar IA dentro de sus procesos habituales, necesariamente tendrá que estar preparada a nivel organizacional y presupuestario para actualizar esos sistemas de IA, pero también para capacitar y conservar al personal que se ocupe de estos, así como para informar y en lo posible asistir a la ciudadanía que interactúa con servicios prestados a través de IA, en cuanto a los cambios operados en la forma de ejercer su derecho de petición, supervisar la

³⁵ Ver Paniagua, Esther (2019): *Llevo 20 años investigando la inteligencia artificial: esto es lo que he aprendido y estos serán sus desafíos futuros*, en <https://bit.ly/3BOR3zx>

tramitación de su procedimiento y obtener respuesta expresa y fundada a su solicitud.

En este punto vale citar a RAMIÓ:

El modelo general propuesto de cara al futuro es una Administración pública refinada institucionalmente e inteligente. Este modelo abarcaría dos ingredientes: por una parte, mayor calidad institucional (sistemas meritocráticos fluidos para el acceso y la carrera, dirección pública profesional, transparencia, rendición de cuentas y evaluación de políticas y servicios públicos y, finalmente, un renovado sistema de gestión de recursos humanos) (...) El segundo ingrediente de este modelo de futuro es la inteligencia institucional para poder dirigir públicamente los sistemas complejos de gobernanza. Este ítem hace referencia a una Administración pública que posea buenos sistemas de información³⁶.

El objetivo en este punto es claro, se debe procurar una Administración capaz de asumir con la mayor calidad institucional los retos que supone la incorporación de IA, esto pasa por asegurar que dichos sistemas no se queden obsoletos, que la gente pueda entenderlos, que los funcionarios estén capacitados para esta interacción tecnológica y que los riesgos sean mínimos. Sería inadmisibles una Administración que se vea impedida de lograr sus cometidos, porque los sistemas de IA no estén debidamente actualizados, el personal no esté suficientemente capacitado o los usuarios resulten discriminados o excluidos por desconocer las reglas del servicio digital.

D. La inadecuada fiscalización y el déficit de interoperabilidad

Por último, y dejando ahora de lado otros problemas adicionales vinculados con la IA y su utilización en el derecho administrativo, es importante considerar los retos que supone regular adecuadamente las innovaciones, para no inhibir su desarrollo y los beneficios que pueden brindar a las personas, y lograr la interoperabilidad entre organismos de la propia Administración, que no es otra cosa que cumplir, en el ámbito digital, con los principios de coordinación y cooperación de la organización administrativa, indispensables para el buen ejercicio de la función administrativa y efectiva prestación de servicios a los particulares.

Con relación a la adecuada fiscalización es importante que desde el derecho administrativo y el derecho regulatorio se discuta qué principios y parámetros deberán seguir los órganos administrativos competentes para fiscalizar la producción y uso por privados de innovaciones tecnológicas, incluida la IA, para actuar con la capacidad de proteger a terceros de usos indebidos o efectos indeseados derivados de esas

³⁶ Ramió Matas, Carles (2018): "Inteligencia artificial, robótica y modelos de Administración pública", *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, N° 72, p. 22.

innovaciones, sin que ello implique obstaculizar por razones más bien burocráticas o políticas la producción de nuevas tecnologías que den soluciones a las personas ante diferentes problemáticas.

Ante las recientes investigaciones hechas por las autoridades de los EEUU a ciertas innovaciones y prácticas comerciales de gigantes tecnológicos como Google, Amazon, Apple y Facebook³⁷, a fin de establecer si las mismas estaban o no generando afectación de derechos fundamentales o vulnerando normas relevantes para actividades electorales, entre otras materias, se impone que desde el derecho administrativo se plantee si, por ejemplo, será necesario contar con autorización administrativa previa para comercializar ciertas invenciones que puedan incidir peligrosamente en derechos fundamentales de las personas, como ya ocurre en materia de medicamentos, si deberán adoptarse criterios como el principio precautorio del derecho ambiental, para en forma preventiva, aun no teniendo toda la evidencia científica relevante, la autoridad fiscalizadora pueda suspender el uso de una innovación específica en resguardo de derechos de los usuarios, o si por el contrario han de ser otro tipo de criterios los que habrá de seguir la autoridad³⁸.

Con relación a la interoperabilidad, cabe destacar que en áreas como la seguridad ciudadana y la inteligencia para enfrentar formas sofisticadas de delincuencia organizada tanto internas como internacionales, es prioritario que además de existir simetría y las mínimas brechas de capacitación y uso de la IA entre las diferentes unidades de la Administración dedicadas a esas temáticas, existan mecanismos institucionales idóneos, esto es, seguros, oportunos y ajustados a derecho, de comunicación, intercambio de información y coordinación de decisiones complejas, que permitan no solo que la Administración falle en su obligación de proteger el interés público por descoordinación y fallas en la planificación interna, previa a la actuación, sino que más bien permita, por la rapidez, certeza y precisión en las acciones a ejecutar, que ella logre con solvencia servir o tutelar oportunamente el interés público en juego.

Por tanto, es mucho lo que el derecho de la organización administrativa necesita evaluar, adaptar y evolucionar para fortalecer indispensables técnicas y principios básicos en esa área, como la coordinación, la

³⁷ Ver CNN (2020): "5 conclusiones del interrogatorio a los poderosos de Amazon, Apple, Facebook y Google", en <https://cnn.it/2ERSO7n>

³⁸ Ver El País (2020): "Sundar Pichai: No albergo dudas de que la inteligencia artificial ha de ser regulada; la cuestión es cómo" e INFOBAE (2019): "Inteligencia artificial: el debate sobre regular o no regular un campo en el que chocan el comercio y la ética", en <https://bit.ly/3ORg7oH> y <https://bit.ly/2RpWsnC>, respectivamente.

cooperación, la desconcentración, la descentralización administrativa y la lealtad institucional, entre otros.

Conclusiones

La IA llegó para quedarse y extenderse a un creciente número de procesos productivos y de prestación de servicios, tanto en el sector privado como en el sector público, aunque su incorporación a este último se esté desarrollando con menor rapidez que en el primero.

La adopción de IA en los procesos organizativos y la actividad de la Administración es una oportunidad para que diferentes situaciones que afectan su buen desempeño y funcionamiento sean definitivamente superadas en beneficio de los particulares al interior de las relaciones jurídicas que mantienen con las autoridades de gobierno.

Para que lo anterior sea posible es indispensable identificar, comprender y analizar los desafíos y problemas que la incorporación de la IA está generando y seguirá produciendo por un tiempo en las organizaciones administrativas estatales, ante lo cual es al derecho administrativo, primariamente, la disciplina jurídica a la que toca examinar estas situaciones y generar oportunas y efectivas soluciones.

A partir de principios, figuras e instituciones propias del derecho administrativo es posible generar respuestas efectivas a los desafíos y problemas que la IA genera en su incorporación a la organización y la actividad administrativa, examinados algunos de ellos en este ensayo, pero siempre y cuando se adapten exitosamente al cambio que supone migrar de una realidad presencial a una realidad digital.

Dificultades y peligros como la opacidad de los algoritmos, las asimetrías en el uso de la IA, las dificultades para el control de las decisiones administrativas de la IA, la insuficiente motivación, la responsabilidad por daños generados por la IA al actuar desde la Administración y el logro de una adecuada fiscalización sobre la producción de nuevas tecnologías como la IA, entre otros, solo pueden ser superadas con apoyo en el derecho administrativo.

Pero no de cualquier derecho administrativo, sino de uno capaz de superar sus propios dogmas, de dialogar con el conocimiento tecnológico y de garantizar estándares técnicos y éticos apropiados para asegurar que la modernización que genere la adopción de la IA efectivamente genere beneficios a las personas, y en modo alguno nuevos y peores perjuicios. ■

El ordenamiento jurídico sectorial de medicamentos y la potestad de ordenación de la autoridad administrativa

Gabriel SIRA SANTANA*
REDAV, N° 20, 2020, PP. 31-89

Resumen: El artículo consiste en un inventario de las disposiciones del ordenamiento jurídico venezolano que se refieren al sector farmacéutico o de medicamentos y que podrían catalogarse como parte integrante de un ordenamiento sectorial en la materia, enfatizándose en la potestad de ordenación de la Administración Pública que tales disposiciones le acuerdan sobre el mencionado sector.

Palabras clave: Derecho a la salud – Medicamentos – Potestad de ordenación.

Abstract: *This paper makes an inventory of the articles of the Venezuelan legal order that refer to the pharmaceutical or drug sector and that could be classified as part of a sectoral order on the matter, with emphasis on the power of regulation of the Public Administration that such provisions agree on the aforementioned sector.*

Keywords: *Right to health – Medications – Power to regulate.*

Recibido

30-04-2021

Aceptado

15-07-2021

I. Algo sobre los ordenamientos jurídicos sectoriales

Los ordenamientos jurídicos sectoriales –o *ordinamenti giuridici settoriali*, tal como los denominó MASSIMO SEVERO GIANNINI en 1949¹– son una construcción doctrinal basada en la concepción del ordenamiento jurídico de SANTI ROMANO², con la cual se pretende explicar la intervención particularmente intensa o aguda que, en la práctica, la

* Abogado mención *summa cum laude* y especialista en Derecho Administrativo, mención honorífica, por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesor de pregrado y de la Especialización en Derecho Administrativo de la UCV. Profesor de Teoría Política y Constitucional en la Universidad Monteávila. Investigador del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP). Ganador del Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales para Profesionales 2017-2018, Dr. Ángel Francisco Brice. gsira@cidep.com.ve

¹ Giannini, M. (1949). "Istituti di crédito e servizi di interesse pubblico" en *Moneta e Crédito*, N° 5. En <https://bit.ly/3GVgldw>

² Véase Martín-Retortillo, S. (1962). "La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho Administrativo" en *Revista de Administración Pública*, N° 39. En <https://bit.ly/3GZOUhP>

Administración Pública llega a ejercer sobre algunos sectores económicos de la población, dada la importancia del correcto funcionamiento de estos para la sociedad.

En este sentido, el término se presenta –si se quiere– como una alternativa a las llamadas relaciones de supremacía o de sujeción especial, de origen alemán (*besondere Gewaltverhältnisse*), según las cuales, visto que los sujetos que ejercen una actividad determinada se integran en la organización administrativa –de forma voluntaria o no–, o han recibido de esta última derechos particulares, los mismos “*tienen un régimen de derechos y obligaciones especial, que puede afectar a su situación jurídica en forma de limitación de derechos o imposición de obligaciones particulares*”³.

Esta sujeción especial, que originalmente se empleó para explicar la relación de “*acentuada dependencia o vigilancia por la Administración en que se situaban determinados grupos de ciudadanos*”⁴ –tales como los funcionarios públicos, militares y reos de delitos– fue criticada en su momento por el foro al considerarse que su uso se había expandido arbitrariamente a supuestos de hecho en los que no existía una verdadera justificación material-jurídica para que, por ejemplo, existiese una flexibilización del principio de legalidad que conllevara a la admisión de normativas independientes, mayores márgenes de discrecionalidad administrativa y –en definitiva– una reserva legal debilitada o fútil que claramente atentaba contra la seguridad jurídica del particular y el denominado esquema institucional básico de derechos, límites y garantías⁵; así como que, al depender el concepto de la –prácticamente– fusión del particular con la organización administrativa, la figura resultaba insuficiente para el universo de supuestos de hecho posibles ya que, más que una relación de especial sujeción entre la Administración y el particular, lo que existía era un derecho especial –o específico– que aplicaba de modo particular al sector en el que este último actuaba y al que, por ende, el particular debía ajustar su conducta.

A nuestros efectos, de momento bastará con señalar que hay quienes consideran que, en realidad, los ordenamientos jurídicos sectoriales no son sino una manifestación “socio jurídica” de esas *superadas* relaciones de supremacía y, debido a ello, comparten sus vicios al mermar la garantía de reserva legal de forma arbitraria⁶.

³ Sánchez Morón, M. (2012). *Derecho Administrativo parte general*. 8º ed. Madrid: Tecnos, p. 457.

⁴ *Ibid.*, p. 458.

⁵ Véase García de Enterría, E. y Fernández, T-R. (2006). *Curso de Derecho Administrativo*, t. I. Buenos Aires: La Ley, pp. 212-213.

⁶ Véase, por ejemplo, Magide Herrero, M. (2001). *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. Madrid: Instituto Nacional Administración

En cualquier caso, y volviendo a lo expuesto por GIANNINI al introducir la noción, se puede decir que estaremos frente a un ordenamiento jurídico sectorial cuando una persona, a pesar de tener una estructura jurídica propia del derecho privado –por lo que debería guiarse por sus reglas y principios– al ejercer sus actividades está sujeta a una “*disciplina publicista penetrante*”⁷, sin que por ello pueda considerarse dicho ejercicio como una actividad estatal.

Así, esta penetración publicista ha sido convalidada en los pocos casos en que nuestro Poder Judicial ha adoptado el término, indicándose por ejemplo, que:

La importancia de ciertos sectores económicos para el desarrollo del país y las actividades que despliegan es la que permite la implementación de ordenamientos especiales que establezcan la posibilidad de tipificar modalidades de regulación normativas que sean más efectivas que las modalidades tradicionales y que abarquen, en relación a la eficacia que se requiriere por la seguridad jurídica, la completa ordenación de las áreas en que se desenvuelven los operadores.

Esto permite, como ha ocurrido en el supuesto de lo que se ha entendido como ordenamientos jurídicos sectoriales, que pueda haber una amplitud por razones del interés público que extienda la modalidad de los medios sobre los cuales el Estado establece sus regulaciones y directrices normativas sobre ciertas áreas, teniendo una mayor libertad en la manera como implementa los mecanismos de normativización.

(...)

Sobre el particular, esta Sala reitera la posición expuesta en su decisión por la otrora Corte Suprema de Justicia en Pleno cuando refirió, con fundamento en la especialidad de la norma inclinada hacia los ordenamientos jurídicos sectoriales y su correlación con las relaciones de sujeción especial que puedan suscitarse entre la Administración y un grupo de particulares relacionados en un área determinada, que por razones de necesidad de

Pública, pp. 377 y ss. En sentido un tanto similar, Gustavo Grau Fortoul indica que “*un debilitamiento de la reserva de ley dentro de los ordenamientos sectoriales, equivale a llegar a la misma conclusión que se obtiene con la figura de las relaciones de sujeción especial*”; por lo que la errada implementación de los primeros dentro del ordenamiento jurídico general podría dar pie a la materialización de innumerables limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, así como excepciones respecto al principio de legalidad que carezcan de fundamento más allá de ser esa la voluntad de la Administración. Véase Grau Fortoul, G. (2011) “Sobre la correcta categorización jurídica de la actividad bancaria y las potestades de la Administración Pública en el sector (a propósito de la nueva Ley de las Instituciones del Sector Bancario)” en *Análisis y comentarios a la Ley de Instituciones del Sector Bancario*. Caracas: FUNEDA.

⁷ Giannini, M. Ob. cit., p. 111. Traducción libre del autor.

control y de seguridad jurídica se establezcan marcos de regulación que delimiten el ámbito de la actividad a desarrollar⁸.

De este modo, conforme con el precedente citado, el Poder Legislativo se encontraría *habilitado* para implementar ordenamientos jurídicos sectoriales siempre que a través de ellos pretendiese regular una actividad económica de vital importancia para el Estado; siendo una de las consecuencias de dicha implementación la relajación de los mecanismos que puede emplear la Autoridad para normar a los particulares y limitar la autonomía de la voluntad de estos últimos, sin que ello sea motivo para que puedan desconocerse los derechos y garantías que existen en cabeza de tales particulares en virtud de las máximas de todo Estado de Derecho⁹.

Así, para que pueda hablarse con propiedad de un ordenamiento jurídico *sectorial* se requeriría entonces de tres elementos, al igual que como ocurre en caso de un ordenamiento *general*. Ellos son: (i) *Pluri-subjetividad*: es decir, la existencia de diferentes personas naturales o jurídicas aptas para la producción e imputación de efectos jurídicos que constituyen el sustrato del ordenamiento jurídico, (ii) *Organización*: entendida como los órganos y entes que ejercerán las competencias que les atribuyen las normas del sistema y que se encuentran regidos por fórmulas organizativas tales como la jerarquía, autonomía, desconcentración, entre otros, y (iii) *Normatividad*: o el conjunto de normas de diferentes rangos que regularán los diferentes supuestos de hecho y a la totalidad de sujetos que integran el sistema¹⁰.

Con motivo de lo anterior, la jurisprudencia nacional ha incluido dentro de estos ordenamientos –por ejemplo– a los alimentos¹¹, la banca

⁸ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, fallo N° 1528 del 22-11-2011 (caso: Globovisión y RCTV). En <https://bit.ly/3mR3s1z>

⁹ Véase Delgado, Francisco J. (2008). *La idea de Derecho en la Constitución de 1999*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

¹⁰ Véase Peña Solís, J. (2008). *Manual de Derecho Administrativo*, v. II. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, pp. 31-32.

¹¹ En fallo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1444 del 14-08-2008 (caso: Cámara Venezolana de Almacenes Generales y Depósito), al conocer de un recurso de nulidad por inconstitucionalidad de la Ley de Silos, Almacenes y Depósitos Agrícolas, la Sala advirtió que "la limitación de derechos contenida en los artículos impugnados, no sólo no responden al contexto constitucional, en tanto no es idónea, necesaria y proporcional al objetivo perseguido por el Constituyente, sino que desconoce y altera de forma insosteniblemente gravosa, los principios del correspondiente ordenamiento jurídico sectorial, que propenden al desarrollo de la actividad agrícola, como medio para garantizar la seguridad agroalimentaria de la nación; sino que la intervención resulta lesiva ya que se plantea una limitación injustificada, en tanto la misma no se fundamenta en el supuesto de interés general o utilidad pública y genera una limitación que afecta

y el mercado de capitales¹², la actividad aseguradora¹³ y los medicamentos.

A este último sector es al que dedicaremos el presente estudio teniéndose en consideración que, si bien el mismo no ha sido reconocido como un ordenamiento jurídico sectorial conforme con la jurisprudencia consultada –a diferencia de lo ocurre con los sectores enunciados en el párrafo anterior–, hemos de destacar que desde el origen del concepto de *ordinamenti giuridici sezionali*, los medicamentos fueron considerados como uno de los ejemplos o arquetipos de la noción.

Tal es así, que en una de las primeras oportunidades –si no la primera– en que GIANNINI empleó este calificativo¹⁴, el autor hizo mención expresa al ordenamiento jurídico de los fármacos como el sector más antiguo dado su carácter de orden cerrado y con reglas –poco numerosas, vale acotar– que regulan el ejercicio de la actividad profesional de farmaceuta, las responsabilidades que de ella se derivan, la gestión y funcionamiento de las compañías farmacéuticas y, claro está, todo lo relativo a los fármacos en su condición de tales (registro sanitario, prescripción con o sin receta médica, precios de venta, entre otros)¹⁵.

la garantía de la seguridad agroalimentaria" (destacado agregado). En <https://bit.ly/3BXhxiv>

¹² En fallo de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 14-08-1996 (caso: Británica de Seguros), si bien no se denominaron a las normas que rigen a la actividad bancaria como un ordenamiento jurídico sectorial, se precisó que ellas constituyen "un ordenamiento especial destinado a regir el ejercicio de la actividad crediticia y financiera mediante regulaciones singulares que, en cierto modo, difieren de la actividad administrativa ordinaria y que se caracterizan por una mayor laxitud frente al sacramental cumplimiento de las exigencias y formalidades que ordinariamente operan en el marco del Derecho Administrativo general, dados los requerimientos de prontitud y eficiencia en la respuesta que se exige a la acción supervisora, contralora y correctora estatal" (destacado agregado). Este criterio ha sido citado en decisiones recientes del Poder Judicial, encontrándose entre ellas los fallos de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 28-06-2012 (caso: Italbursátil Casa de Bolsa) y de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo del 15-04-2010 (caso: Corporación Combell), en <https://bit.ly/3qf8ebr> y <https://bit.ly/3H1fv4y>, respectivamente.

¹³ Conforme con el fallo de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1190 del 04-08-2014 (caso: Jorjina Basmadji), "*la actividad de las empresas de seguros está sometida a un ordenamiento jurídico sectorial que impone importantes limitaciones a los particulares que deciden participar en la misma, y que corresponde a la Superintendencia de la Actividad Aseguradora el control de tales empresas*". En <https://bit.ly/306E6ni>

¹⁴ Giannini, M. Ob. cit.

¹⁵ En el caso italiano estudiado por GIANNINI, en el sector farmacéutico imperaba la auto gestión o administración de quienes ejercían la actividad, pero la dirección general y la normalización se atribuía a un órgano del Estado llamado "Alto Comisionado de Higiene y Salud Pública".

En este sentido se tiene que al considerarse a los medicamentos un sector que posee un ordenamiento jurídico propio que lo rige y regula –en adición, claro está, a lo previsto en el ordenamiento jurídico *general* cuyos principios, reglas y pautas se imponen al individual; ya que este último es una creación del primero; que es el único originario, soberano y absoluto¹⁶– la Administración, a través de la llamada Autoridad de Vértice, se encontrará facultada para ejercer sobre los sujetos que llevan a cabo la actividad en cuestión un control más férreo en cuanto a su ordenación, dirección, supervisión y disciplina.

Así, y a pesar de que una explicación *in extenso* de cada uno de estas potestades¹⁷ escapa del objeto del presente trabajo, se considera oportuno realizar una delimitación somera del asunto en pro de la claridad de la investigación. De este modo se tiene que las formas de control enunciadas en el párrafo anterior involucrarán los siguientes *poderes* por parte de la Administración Pública respecto al desarrollo de la actividad sectorial (en nuestro caso, de los medicamentos):

a) *Potestad de ordenación*: Se refiere a la facultad que tiene la Administración Pública de regular y dictar normas sobre el sector, para así limitar el qué y cómo de las actividades relacionadas con el mismo.

Esta potestad abarca –entre otros– el establecimiento de reglas técnicas y procedimientos administrativos específicos dentro del sector que deben llevar a cabo los particulares que quieran actuar en él, así como cuáles son los controles a los que se encuentran sometidos y frente a qué autoridades deben efectuar los trámites que se deriven del desarrollo ordinario de su actividad.

Sobre este punto vale destacar que, si bien la potestad de ordenación puede comprender por vía de consecuencia la determinación o reparto de competencias en cabeza de autoridades administrativas, ella no debe confundirse con la potestad general de organización que posee la Administración para “*crear, modificar y extinguir estructuras subjetivas de Derecho público*”¹⁸ que les permitan “*dotarse de una*

¹⁶ Peña Solís, J. Ob. cit., p. 33.

¹⁷ Del latín *potestas*, que significa poder, poderío, potencia, facultad o soberanía que tiene una persona o cosa. En el ámbito del Derecho Administrativo es definida como la “*parcela del Poder Público general, totalmente juridificada, funcionariada al servicio de fines concretos y fraccionada en ‘dosis mediables’*” (Araujo-Juárez), o la atribución jurídica imputada a un órgano o a un sujeto gracias a la cual este crea relaciones que, de forma unilateral o imperativa, reglan conductas de terceros (Fiorini). Véase Araujo-Juárez, J. (2011). *Derecho Administrativo general, Administración Pública*. Caracas: Ediciones Paredes, pp. 74-79.

¹⁸ Rodríguez Laverde, N. (2007). “Las Administraciones Públicas: Potestad organizatoria y ámbitos competenciales en el Proyecto de Reforma Constitucional” en *Revista de Derecho Público*, N° 112, p. 183.

*organización adecuada para atender a los fines y objetivos de interés general que tiene encomendados*¹⁹.

Ello, debido a que la *potestad de ordenación* tiene una connotación si se quiere externa –esto es, principalmente dirigida a regular el actuar del particular y condicionar su comportamiento (relación sujeto que desarrolla la actividad - Administración Pública)–, mientras que la *potestad de organización* tiene un carácter interno, en el sentido que se refiere al poder de la Administración Pública de configurar su propia estructura, independientemente de cómo ella se relacione luego con el particular (relación Administración - Administración)²⁰.

Es al estudio de esta potestad de ordenación al que dedicaremos las páginas siguientes.

b) Potestad de supervisión: Es la facultad que tiene la Administración Pública de solicitarle al sujeto regulado información sobre la actividad que desarrolla y que –en virtud de la implementación por parte del Legislador de un ordenamiento jurídico sectorial– se encuentra sometida a un mayor control por parte del Estado.

Dicha supervisión puede devenir de requerimientos (tales como formularios y cuestionarios dirigidos a un sujeto en particular o al total del grupo de individuos que ejerza la actividad) e inspecciones (que, como se recordará, carecen de juicios de valor por parte del funcionario y se limitan a dejar constancia de una realidad material).

Asimismo, la principal consecuencia del ejercicio de esta potestad será la producción de un acto administrativo de efectos particulares –en los términos que a tal fin prevea la ley– y el hecho que al facilitarse a la Autoridad de Vértice información sobre el sector, esta podrá luego –en virtud de su potestades de ordenación, dirección y disciplina– adoptar las medidas a las que haya lugar.

c) Potestad de dirección: Por ella se entiende la facultad que posee la Administración Pública de modificar la conducta de los sujetos que ejercen la actividad regulada por el ordenamiento jurídico sectorial, a fin de garantizar que en el desarrollo de la actividad se cumplan con los objetivos de Ley.

¹⁹ González Ríos, I. (2014). "Hacia una racionalización 'estructural' de los entes instrumentales: principios y reglas de inexcusable cumplimiento" en *Revista Andaluza de Administración Pública*, N° 88. En <https://bit.ly/2YsnKoJ>

²⁰ Al respecto, véase Guerrero Hardy, A. *La potestad organizativa de la Constitución. especial referencia a la potestad organizativa del Presidente de la República sobre la Administración Pública Nacional*, en <https://bit.ly/3wF04KJ>, y Araujo-Juárez, J. Ob. cit., pp. 21-26.

En todo caso, estas órdenes pueden estar dotadas de fuerza imperativa o no (como ocurre con las sugerencias e instructivos, por ejemplo) y se rigen por el principio de escritura.

d) Potestad disciplinaria: Se refiere a la facultad de imponer sanciones que tiene la Administración Pública frente a los particulares que hayan violentado alguna de las disposiciones del ordenamiento jurídico sectorial que los rige.

Sobre esta potestad vale acotar que, dada su naturaleza represiva²¹, las sanciones deberán estar tipificadas en una norma de rango legal (principio *nullum crimen nulla poena sine lege*²²) dando lugar a una garantía de doble naturaleza: material –predeterminación normativa de la conducta ilícita y las sanciones correspondientes– y formal –reserva legal²³– a favor del particular.

Por último se puede destacar que a través del ejercicio de esta potestad se pretende “*garantizar el cumplimiento de la legalidad y tutelar los intereses generales que le corresponde gestionar*” a la Administración²⁴, así como asegurar la observancia de la norma, las limitaciones y los deberes que rigen la actividad del particular.

Precisado lo anterior, pasamos de seguida al estudio de la conformación del ordenamiento jurídico sectorial venezolano sobre

²¹ Sin pretender extendernos sobre el tema pues ello escapa de nuestro objeto de estudio, nos limitaremos a señalar que hay autores que sostienen que el “*objeto real de la potestad sancionadora no es sancionar, esto es, reprender, en el sentido de reprimir con energía o violencia las alteraciones de orden público, por el contrario, se trata de prevenir y alertar, tomando las medidas necesarias para evitar la infracción administrativa, la sanción administrativa es la ‘última ratio’ del Estado*”. Véase Sosa Gómez, C. (1996). “La naturaleza de la potestad administrativa sancionatoria” en *II Jornadas internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carias*”. Caracas: FUNEDA, pp. 393-406.

²² Recogido en el artículo 49 numeral 6 de la Constitución de la República según el cual “[e]l debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: (...) 6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”.

²³ Nótese que esta garantía, a diferencia de la plena vigencia que tiene en el Derecho Penal como ejercicio típico del *ius puniendi*, en el caso del Derecho Administrativo –y en particular, en el caso de los ordenamientos jurídicos sectoriales– se ha ido matizando en la práctica ya que, si bien se exige que la potestad sancionatoria se encuentre establecida por ley, se ha permitido que el texto remita a normas de rango sublegal (reglamentos) para la especificación y graduación de las infracciones; por lo que la Administración sería competente no solo para aplicar las sanciones pertinentes, sino también para establecer cuáles hechos se consideran contrarios a derecho. Véase Sánchez Morón, M. Ob. cit., pp. 688-694. Sobre la potestad sancionatoria en general véase Peña Solís, J. (2005). *La potestad sancionatoria de la administración pública venezolana*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.

²⁴ Sánchez Morón, M. Ob. cit., p. 681.

medicamentos, para luego proceder a conocer cómo se constituye la potestad de ordenación dentro del mismo y los resultados de su ejercicio, con especial énfasis en el fundamento jurídico que la Administración ha invocado al momento de ejercer tal potestad.

II. Los medicamentos en el ordenamiento jurídico venezolano

Como indicamos al inicio de este trabajo, el sector de los medicamentos no ha tenido en Venezuela un desarrollo jurisprudencial vasto como sí ha ocurrido, por ejemplo, en el caso de la banca, los seguros, las telecomunicaciones y otras actividades económicas que han sido reconocidas por el Poder Judicial –directa o indirectamente– como ordenamientos jurídicos sectoriales.

Esta situación puede derivarse, en parte, del hecho que no fue sino hasta el año 2000 (específicamente, el 3 de agosto) que Venezuela contó con una Ley de Medicamentos²⁵ destinada a regular *“todo lo relacionado con la política farmacéutica a los fines de asegurar la disponibilidad de medicamentos eficaces, seguros y de calidad, así como su accesibilidad y uso racional a todos los sectores de la población en el marco de una política nacional de salud”* (artículo 1).

Con anterioridad a esta fecha el tema de los medicamentos se regulaba –parcialmente– en conjunto con las sustancias estupefacientes y psicotrópicas; tal como puede apreciarse en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1984²⁶ que en el capítulo III (*“Del expendio, comercio y distribución de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas a que se refiere esta ley”*) de su título II (*“Del orden administrativo”*) precisaba, entre otros, el régimen de prescripción, venta y dosificación de los medicamentos que contenían sustancias de esta naturaleza.

De igual modo, regulaciones similares a la comentada fueron insertadas en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1993²⁷ –que derogó a la ley de 1984–, la Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 2005²⁸ –que derogó a la ley de 1993– y la Ley Orgánica de Drogas de 2010²⁹, que derogó a la de 2005 y se encuentra vigente.

²⁵ Gaceta Oficial N° 37.006 del 03-08-2000.

²⁶ Gaceta Oficial N° 3.411 Extraordinario del 17-07-1984.

²⁷ Gaceta Oficial N° 4.636 Extraordinario del 30-09-1993.

²⁸ Gaceta Oficial N° 38.287 del 05-10-2005, reimpressa en N° 5.789 Extraordinario del 26-10-2005 y N° 38.337 del 16-12-2005.

²⁹ Gaceta Oficial N° 39.510 del 15-09-2010, reimpressa en N° 39.535 del 21-10-2010 y N° 39.546 del 05-11-2010. Aunque no es el objeto de este estudio, no podemos dejar

En este sentido resulta oportuno acotar que aunque la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas de 1984, conforme con su artículo 197, derogó a la Ley de Estupefacentes de 1934³⁰ –por lo que existe la posibilidad de que la primera no sea la norma que haya regulado por vez originaria a los psicofármacos en nuestro territorio–, de la exposición de motivos de esta ley orgánica parece desprenderse que, efectivamente, es en el año 1984 cuando vista la *“profunda influencia en la Salud Pública”* que estas sustancias habían causado por ser capaces de producir hábito o dependencia, y que *“este hecho negativo que aparece muchas veces debido al uso inadecuado, abusivo, fuera de la prescripción del facultativo”* representaba *“una de las calamidades sociales a las cuales se deben enfrentar de manera decidida los organismos encargados de proteger la salud pública y la estructura social”*, que el Poder Legislativo procedió a promulgar *“una legislación acorde con las situaciones jurídico-sociales que se nos plantean, a fin de ejercer un control verdaderamente efectivo”*.

Comenzó así entonces a conformarse el ordenamiento jurídico sectorial de los medicamentos –atendiendo especialmente a aquellos con características psicotrópicas–, vista la necesidad de dotar a la Administración Pública de facultades especiales y amplias³¹ a fin de controlar las actividades económicas de importación, exportación, producción, fabricación, refinación, transformación, expendio, comercio y distribución de medicamentos cuyo consumo podía producir un estado de dependencia, estimulación o depresión del sistema nervioso central de la sociedad venezolana.

Nótese, no obstante lo dicho, que la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas –en sus diferentes versiones– no fue la única ley previa a la Ley de Medicamentos que reguló –o mencionó– al sector al que dedicamos estas líneas.

de advertir lo común que resultan en nuestro ordenamiento jurídico las reimpressiones por supuestos “errores materiales”, siendo el caso de la legislación en materia de drogas uno de los más notorios pues dos leyes diferentes fueron impresas cada una hasta tres veces; lo que claramente obra en contra de la seguridad jurídica y difícilmente no solo que el particular (y la Administración) pueda ajustar su comportamiento al texto legal, sino el propio conocimiento de la norma. Algunas consideraciones sobre este tema pueden observarse en Delgado, F. (2012). *La reconstrucción del derecho venezolano*. Caracas: Editorial Galipán, pp. 28-33.

³⁰ Gaceta Oficial N° 18.413 del 09-08-1934. Se deja constancia que la ley no se encuentra disponible para su consulta en los medios electrónicos de información oficial consultados (a saber: Procuraduría General de la República, Servicio Autónomo Imprenta Nacional y Gaceta Oficial, Ministerio del Poder Popular para la Salud, entre otros) a fin de comprobar si incluía, o no, disposiciones relativas a los medicamentos.

³¹ En los términos que hemos mencionado al inicio de esta investigación: las potestades de ordenación, supervisión, dirección y disciplina.

En este sentido se tiene que, por ejemplo, la Ley de Ejercicio de la Farmacia³² determinó, desde 1928, que *“el ejercicio de la Farmacia comprende la elaboración, tenencia, importación, exportación y expendio de drogas, preparaciones galénicas, productos químicos, productos biológicos, especialidades farmacéuticas y en general toda sustancia medicamentosa”* (artículo 1), lo que claramente constituía una norma de interés para el sector salud y de los medicamentos en particular.

Así las cosas, al estar las normas que rigen el sector de los medicamentos disgregadas en diferentes textos (salud, drogas, farmacia, entre otros), se hace necesario realizar un estudio global del ordenamiento jurídico general para extraer del mismo las leyes que regulan de uno u otro modo a los medicamentos, para luego destacar las normas que conforman al ordenamiento jurídico sectorial venezolano en materia de medicamentos, con especial mención a aquellas que prevén una potestad de ordenación en favor de la Autoridad Administrativa.

Pasamos pues a enlistar estos textos normativos, con especificidad de las disposiciones que justifican su inclusión en nuestro inventario³³.

1. Constitución de la República

Si bien la Constitución de la República³⁴ no hace referencia directa a los medicamentos, ellos se encuentran inmersos dentro del derecho a la salud³⁵ que reconoce el artículo 83 y siguientes de su texto en los siguientes términos:

Artículo 83. La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. (...).

Artículo 84. Para garantizar el derecho a la salud, el Estado creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud, de carácter intersectorial, descentralizado y participativo (...). El sistema público nacional de salud dará prioridad a la promoción de la salud y a la prevención de las

³² Gaceta Oficial N° 16.551 del 07-07-1928. Conforme con su artículo 25 derogó a la Ley de Ejercicio de la Farmacia del 14-06-1920, que a su vez derogó la ley homónima del 26-06-1915, antes de lo cual el tema era regulado por el Decreto sobre el Ejercicio de la Farmacia del 03-06-1914.

³³ Las resoluciones, providencias y decretos que han sido dictados por la Administración Pública –y en especial, por la Autoridad de Vértice– respecto al régimen jurídico de los medicamentos serán enlistadas en el aparte siguiente de este estudio en pro de la claridad de la investigación.

³⁴ Gaceta Oficial N° 36.860 del 30-12-1999, reimpressa en N° 5.453 Extraordinario del 24-03-2000 y enmendada en N° 5.908 Extraordinario del 19-02-2009.

³⁵ Véase en general Fernández Cabrera, S. R. (2006). “El derecho a la salud como derecho fundamental” en *Revista de Derecho*, N° 23, pp. 69-98, y Squella, A. (2005). “El derecho a la salud como uno de los derechos fundamentales de las personas” en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 23, pp. 103-133, en <https://bit.ly/3nhYj1h>

enfermedades, garantizando tratamiento oportuno y rehabilitación de calidad. (...).

Artículo 85. (...) El Estado regulará las instituciones públicas y privadas de salud.

Artículo 86. Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud (...).

Artículo 122. Los pueblos indígenas tienen derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas. El Estado reconocerá su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos.

Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional: (...) 24. Las políticas y los servicios nacionales de educación y salud.

2. Códigos

Dos son los códigos donde hallamos menciones a los medicamentos, si bien no son de especial interés para nuestro estudio:

a) *Código Civil*³⁶: Las disposiciones, previstas en los artículos 284 y 1982, carecen de valor en el ámbito del Derecho Administrativo ya que se refieren a la obligación de los hijos de asistir y suministrar a sus padres y demás ascendientes medicamentos cuando estos carezcan de recursos o medios para satisfacer sus propias necesidades, y a la prescripción bianual de obligaciones, respectivamente.

b) *Código Orgánico Penitenciario*³⁷: La única mención a los medicamentos es sobre la prohibición de que los privados de libertad tengan bajo su poder “[m]edicamentos no autorizados por el personal médico del establecimiento penitenciario” (artículo 18, numeral 4), lo que tendría poco valor para el ordenamiento jurídico sectorial que deseamos identificar.

3. Leyes (y decretos-leyes) orgánicas

Al consultar el ordenamiento jurídico nacional encontramos los siguientes textos de interés:

a) *Ley Orgánica de Salud*³⁸: Dada su importante relación con el tema de los medicamentos y la potestad de ordenación por parte de la Administración Pública, será tratada en el siguiente aparte de este estudio.

b) *Ley Orgánica de Drogas*: Como indicamos al inicio de este aparte, la ley incluye dentro de su ámbito de aplicación el control, vigilancia y

³⁶ Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinario del 26-07-1982.

³⁷ Gaceta Oficial N° 6.647 Extraordinario del 17-09-2021.

³⁸ Gaceta Oficial N° 5.263 Extraordinario del 17-09-1998, reimpresa en N° 36.579 del 11-11-1998.

fiscalización de especialidades farmacéuticas que contengan sustancias estupefacientes o psicotrópicas, así como a las industrias farmacopólicas³⁹.

De esta ley destaca el capítulo II (*“De los estupefacientes y sustancias psicotrópicas”*) del título III (*“De la prevención”*), particularmente en su sección primera (*“De la importación y exportación”*) y segunda (*“De la producción, fabricación, refinación, transformación, extracción y preparación”*) que regulan el régimen de aduanas, sancionatorio, de licencias, entre otros aspectos de estos fármacos.

En cuanto a la potestad de ordenación podemos citar los siguientes artículos (destacado agregado):

Artículo 51. Exportación de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

Los laboratorios farmacopólicos podrán exportar los estupefacientes, sustancias psicotrópicas y sus especialidades farmacéuticas con fines médicos y científicos, de conformidad con el porcentaje del cupo nacional que determine mediante resolución el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud.

Artículo 61. Requisitos para la Enajenación de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

La enajenación por cualquier título de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, sólo podrá efectuarse mediante el cumplimiento de los requisitos que al efecto establezca el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud, y de conformidad con el cumplimiento de otras disposiciones legales vigentes.

Artículo 62. Venta al Público de los Medicamentos. (...).

Las especialidades farmacéuticas que lleven en su composición sustancias comprendidas en la lista IV de la Ley Aprobatoria del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971, así como otras especialidades farmacéuticas que el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud, mediante resolución, considere conveniente incluir en este grupo, podrán ser despachados con récipe de uso particular del facultativo o de la institución hospitalaria a la que presta sus servicios.

Artículo 63. Talonario Oficial. (...)

El valor de los talonarios de récipes especiales será establecido por el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud, mediante resolución.

Artículo 65. Permiso Especial para Prescribir Medicamentos en Dosis Mayores a la Posología Oficial. (...)

La posología oficial será la establecida por resolución de dicho Ministerio (...).

Artículo 66. Prescripción de Medicamentos por Odontólogos u Odontólogas, Veterinarios o Veterinarias.

Los odontólogos (...) sólo podrán prescribir los medicamentos que contengan estupefacientes y sustancias

³⁹ Son definidas en el artículo 3 numeral 15 como el *“sector empresarial dedicado a la fabricación y comercialización de medicamentos o especialidades farmacéuticas que contienen las sustancias a las que se refiere esta Ley”*.

psicotrópicas que, mediante resolución, determine el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud como de uso odontológico.

c) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras⁴⁰: La mención a los medicamentos carece de valor para el Derecho Administrativo –o al menos en cuanto a la potestad de ordenación dentro del ordenamiento jurídico sectorial– ya que se refiere es a la obligación del patrono de proporcionarle al trabajador medicamentos en caso de accidente o enfermedad durante labores de transporte marítimo, fluvial y lacustre (artículo 225).

d) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos⁴¹: Aunque la única mención expresa a los medicamentos ocurre en el artículo 48 que penaliza su venta o exhibición si están vencidos, sus disposiciones le resultan aplicables al sector en general por ser este una actividad económica desarrollada en el territorio de la República (artículo 2)⁴².

e) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Misiones, Grandes Misiones y Micro-Misiones⁴³: El decreto ley no prevé potestades de ordenación respecto a los medicamentos sino que indica, en su artículo 11, que “[l]as Misiones, Grandes Misiones y Micro-misiones podrán desarrollarse y alcanzar sus objetivos a través de las siguientes prestaciones de bienes y servicios: (...) 8. Suministro de medicamentos (...)”.

4. Leyes (y decretos-leyes) ordinarias

Al consultar el ordenamiento jurídico nacional encontramos los siguientes textos de interés:

a) Ley de Medicamentos: Debido a que es la norma fundamental del sector analizado, sus disposiciones serán tratadas en el aparte siguiente de este estudio.

b) Ley de Ejercicio de la Farmacia: Dada su relación con el tema de los medicamentos y la potestad de ordenación por parte de la Administración Pública, será tratada en el siguiente aparte del presente estudio.

⁴⁰ Gaceta Oficial N° 6.076 Extraordinario del 07-05-2012.

⁴¹ Gaceta Oficial N° 6.202 Extraordinario del 08-11-2015, reimpresso en N° 40.787 del 12-11-2015.

⁴² Visto que el estudio de este decreto ley rebasa el objeto de este trabajo, se recomienda consultar Alfonso Paradisi, J. (2015). “Comentarios en cuanto al decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Precio Justos publicado en la Gaceta Oficial N° 40.787 de fecha 12 de noviembre de 2015” en *Revista de Derecho Público*, N° 143-144, pp. 227-252.

⁴³ Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario del 19-11-2014.

c) *Ley del Ejercicio de la Medicina*⁴⁴: Como resulta lógico, al regularse el ejercicio de la profesión se incluyen menciones a los medicamentos indicándose, principalmente, que “[n]inguna persona legalmente autorizada para ejercer la medicina podrá ofrecer en venta medicamentos u otros productos de uso terapéutico o sugerir a sus pacientes que los adquieran en determinadas farmacias o establecimientos” (artículo 19), y que solo los médicos estarán facultados para prescribirlos (artículo 103, numeral 3).

La ley no contiene disposiciones que se refieran a la potestad de ordenación en cuanto al sector de los medicamentos, por lo que cualquier consideración adicional sobre ella carece de relevancia para este estudio.

d) *Ley del Ejercicio de la Odontología*⁴⁵: La única mención a los medicamentos es respecto a la posibilidad de los auxiliares de odontología de aplicar aquellos que sean de uso tópico y anticariogénicos (artículo 11).

e) *Ley del Ejercicio de la Fisioterapia*⁴⁶: La única mención a los medicamentos es la prohibición que se prevé en cabeza de los fisioterapeutas de prescribirlos (artículo 10), en consonancia con lo ya visto en la Ley del Ejercicio de la Medicina.

f) *Ley de Colegiación Farmacéutica*⁴⁷: Conforme con su artículo 2, el ejercicio de la profesión farmacéutica constituye “la elaboración, tenencia, importación y expendio de drogas preparaciones galénicas, productos químicos, productos biológicos, especialidades farmacéuticas y en general toda sustancia medicamentosa”.

Esta profesión, como fue indicado *supra*, se encuentra regulada por una ley especial que será tratada en el siguiente aparte, referido a la potestad de ordenación de la Administración Pública sobre el sector de los medicamentos.

g) *Ley de Defensa contra las Enfermedades Venéreas*⁴⁸: Si bien la norma contiene disposiciones referidas a los medicamentos –a saber, los

⁴⁴ Gaceta Oficial N° 39.823 del 19-12-2011. Nótese que esta ley fue *reformada* por la “Asamblea Nacional Constituyente” de 2017 mediante el “Decreto Constituyente de Reforma de la Ley del Ejercicio de la Medicina”, en Gaceta Oficial N° 41.984 del 13-10-2020, tratándose este último de un acto abiertamente inconstitucional. Véase sobre este cuerpo en general Sira Santana, G. (2021). *Reporte CIDEP: La “Asamblea Nacional Constituyente” (agosto 2017 – diciembre 2020)*, en <https://bit.ly/3HdcSwG>

⁴⁵ Gaceta Oficial N° 29.288 del 10-08-1970.

⁴⁶ Gaceta Oficial N° 38.985 del 01-08-2008.

⁴⁷ Gaceta Oficial N° 2.146 del 28-01-1978.

⁴⁸ Gaceta Oficial N° 20.635 del 04-11-1941.

artículos 11 y 12 que prohíben la venta sin receta médica y la propaganda de productos para el tratamiento de las enfermedades venéreas– los mismos no contemplan la potestad de ordenación de la Administración Pública por lo que, sobre ella, no hemos de hacer mayor análisis.

h) *Ley de Defensa contra el Paludismo*⁴⁹: No hace mención a la potestad de ordenación de la Administración Pública sino al deber de toda empresa agrícola o pecuaria que ocupe a quince o más trabajadores de colocar a disposición de estos los medicamentos necesarios para atacar este mal (artículo 9).

i) *Ley de Servicios Sociales*⁵⁰: Respecto al ordenamiento sectorial en cuestión, la ley solo indica que el Sistema Público Nacional de Salud proporcionará a las personas protegidas por la ley los medicamentos indicados en consultas, emergencias y hospitalización (artículo 51) y que el Instituto Nacional de Servicios Sociales debe solicitar periódicamente información sobre los inventarios de los medicamentos necesarios para las personas protegidas a las instituciones u organismos prestadores del servicio de salud (artículo 52), lo que no se compagina con la potestad estudiada.

j) *Ley para las Personas con Discapacidad*⁵¹: La norma incluye una disposición relativa a la potestad de ordenación de la Administración respecto a los medicamentos –en particular, sobre su régimen tributario– en el artículo 45, que es del siguiente tenor (destacado agregado):

Artículo 45. Exoneración de impuestos, tasas y derechos de importación.

La importación al país de medicamentos (...) que posibilite la integración personal, familiar o social de las personas con discapacidad, podrá ser exonerada del pago de aranceles, tasas y otros derechos aduanales, a solicitud de personas naturales con discapacidad (...). El Poder Ejecutivo podrá establecer otros requisitos y las condiciones para conceder la exoneración. (...)

k) *Ley de Propiedad Industrial*⁵²: Respecto a los medicamentos solo indica que ni ellos ni las preparaciones farmacéuticas medicinales son patentables (artículo 15, numeral 1).

l) *Ley de Correos*⁵³: Su artículo 14 prohíbe que muestras sin valor comercial, sueros, vacunas y medicamentos “*de urgente necesidad difícil de conseguir*” circulen por correo.

⁴⁹ Gaceta Oficial N° 19.005 del 11-07-1936.

⁵⁰ Gaceta Oficial N° 38.270 del 12-09-2005.

⁵¹ Gaceta Oficial N° 38.598 del 05-01-2007.

⁵² Gaceta Oficial N° 24.873 del 14-10-1955, reimpressa en N° 25.227 del 10-12-1956 por “haberse agotado la edición”.

⁵³ Gaceta Oficial N° 25.841 del 18-12-1958.

m) *Ley sobre Sustancias, Materiales y Desechos Peligrosos*⁵⁴: En adición a una prohibición general de desarrollar actividades referidas a los plaguicidas en instalaciones donde se haga lo propio con medicamentos (artículo 61), la norma incluye la siguiente disposición relativa a la potestad de ordenación de la Administración respecto al sector de los medicamentos: "**Artículo 49.** *Los medicamentos vencidos o que se retiren de la venta por razones sanitarias son considerados desechos peligrosos y deberán ser destruidos de acuerdo con las disposiciones de esta Ley y la reglamentación técnica que rige la materia*" (destacado agregado).

n) *Ley de Calidad de las Aguas y del Aire*⁵⁵: Prevé en el numeral 3 de su artículo 13 que el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de agricultura está facultado para "[l]a regulación, vigilancia y control de la fabricación, comercio y utilización de (...) medicamentos veterinarios, vacunas, productos químicos, biológicos y zooterápicos de uso agrícola que puedan generar residuos y desechos líquidos o gaseosos" (destacado agregado), por lo que estaríamos frente a otro ejemplo de la comentada potestad de ordenación de la Administración.

o) *Ley del Puerto Libre del Estado Nueva Esparta*⁵⁶: El artículo 5 de la ley incorpora al ordenamiento jurídico general una potestad de ordenación en cabeza de la Administración que puede afectar al ordenamiento jurídico sectorial de los medicamentos. Dicho artículo precisa (destacado agregado):

Artículo 5. Podrán ingresar al territorio del Estado Nueva Esparta bajo el régimen especial de Puerto Libre todas las mercancías y bienes comercializables, indistintamente de su origen y procedencia, con excepción de aquellas que por razones de sanidad, salubridad, sustancias estupefacientes y psicotrópicas, seguridad y defensa, estén afectadas por el Arancel de Aduanas.

Los (...) medicamentos de venta sin prescripción facultativa (...) que estuviesen sometidos a los regímenes legales establecidos en el Arancel de Aduanas, podrán ingresar al régimen especial de Puerto Libre, previo cumplimiento de los requisitos y procedimientos que al efecto establezcan las autoridades competentes.

p) *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Metrología*⁵⁷: A pesar de que la norma no se refiere en exclusiva a los medicamentos, al mercadearse estos como productos pre envasados –entendidos como "[c]ualquier producto a comercializar, envuelto en un contenedor o cualquier tipo de envoltorio cerrado, cuya cantidad ha sido determinada en número de unidades o en cualquier magnitud física" (artículo

⁵⁴ Gaceta Oficial N° 5.554 Extraordinario del 13-11-2001.

⁵⁵ Gaceta Oficial N° 38.819 del 27-11-2007.

⁵⁶ Gaceta Oficial N° 37.006 del 03-08-2000.

⁵⁷ Gaceta Oficial N° 38.819 del 27-11-2007.

5, numeral 28 de la ley)– sus disposiciones le resultarían aplicables como parte del ordenamiento general que hemos mencionado y, en consecuencia, deben ser tomadas en cuenta por aquellos que desarrollen su actividad dentro del sector⁵⁸.

q) *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas*⁵⁹: Conforme con el numeral 14 del artículo 5, quedan excluidos de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas indicadas en el decreto ley los contratos que tengan por objeto la adquisición de medicamentos declarados como de primera necesidad, siempre que existan en el país condiciones de desabastecimiento por no producción o producción insuficiente, previamente certificadas por la autoridad competente. Esta certificación, en nuestro criterio, no ha de ser considerada como un ejercicio de la potestad de ordenación, ya que carece de carácter normativo en los términos indicados al inicio de esta investigación.

r) *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de que Establece el Impuesto al Valor Agregado*⁶⁰: El artículo 18, en su numeral 3, excluye del impuesto en cuestión la venta de “[l]os medicamentos y agroquímicos y los principios activos utilizados exclusivamente para su fabricación, incluidas las vacunas, sueros, plasmas y las sustancias humanas o

⁵⁸ La ley prevé, entre otras obligaciones, que los productos pre envasados para la venta “deben presentar, en forma indeleble y en lugar visible, la indicación del contenido neto nominal en unidades del sistema legal o en número de unidades y el Código del Registro de Control de Productos Preenvasados respectivo, asignado por el órgano o ente competente en materia de metrología” (artículo 42). Dicho Registro fue creado por el artículo 20 de la ley y, conforme con su aparte único, su funcionamiento se establecerá por resolución; por lo que estamos ante otra potestad de ordenación dada a la Administración Pública que, si bien no aplica únicamente al ordenamiento jurídico sectorial de los medicamentos –y por ende escapa de nuestro objeto de estudio– resulta de interés por la condición de productos pre envasados de estos. Esta circunstancia nos permite afirmar lo dicho al principio de este trabajo respecto a que el hecho que una actividad esté sujeta a un ordenamiento jurídico sectorial (como es el caso de los medicamentos) no puede entenderse que se encuentra excluida del resto de las disposiciones del ordenamiento jurídico que le pueden resultar aplicables en virtud de otros elementos que se relacionen con ella. En tal sentido, resulta lógico afirmar que la actividad de los medicamentos se encuentra sometida a dos ordenamientos jurídicos: el general (del que le resultan aplicables las regulaciones de envasados, precios justos, entre otros) y el sectorial (relativo a la publicidad, dispensación, fabricación, prescripción y demás actividades que son propias del universo de los medicamentos).

⁵⁹ Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario del 19-11-2014.

⁶⁰ Gaceta Oficial N° 6.152 Extraordinario del 18-11-2014. Nótese que esta ley fue *reformada* por la “Asamblea Nacional Constituyente” de 2017 mediante el “Decreto Constituyente mediante el cual se Reforma la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado”, en Gaceta Oficial N° 6.396 Extraordinario del 21-08-2018, tratándose este último de un acto abiertamente inconstitucional. Véase sobre este cuerpo en general Sira Santana, G. (2021). *Reporte CIDEP...* ob. cit.

animales preparadas para uso terapéutico o profiláctico, para uso humano, animal y vegetal”.

Conforme con el párrafo único del mismo artículo “[l]a Administración Tributaria podrá establecer la codificación correspondiente a los productos especificados en este artículo (...)”, entablando tal disposición una potestad de ordenación de la Administración Pública general que incide en el sector de los medicamentos.

s) *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Timbres Fiscales*⁶¹: La ley incluye a los medicamentos dentro de los permisos sanitarios de importación que se tramitan ante el para entonces Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de industrias ligeras y comercio (artículo 21, numerales 5 y 6).

Vale acotar que tal previsión se limita a los actos y documentos que sean expedidos en atención a la Ley sobre Defensas Sanitarias Vegetal y Animal y la Ley de Abonos y demás Agentes Susceptibles de Operar una Acción Beneficiosa en Plantas, Animales, Suelos o Aguas⁶²; por lo que, claramente, no se refiere a los medicamentos destinados a uso humano sino a aquellos empleados en beneficio de animales⁶³.

t) *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria*⁶⁴: La norma incluye las siguientes disposiciones relativas a la potestad de ordenación de la Administración respecto a los medicamentos de uso veterinario (destacado agregado):

Artículo 79. Uso de agroquímicos, medicamentos veterinarios y otros productos. Los agroquímicos, medicamentos veterinarios y otros productos utilizados para la actividad agrícola deben ser empleados conforme a lo señalado en la normativa vigente para tal fin, aunado a la aplicación de buenas prácticas agrícolas y de fabricación, almacenamiento y transporte de alimentos, y su uso debe ser regulado por los órganos y entes con competencia en la materia, con la finalidad de garantizar la inocuidad y calidad de los alimentos en todas las fases de la cadena agroalimentaria.

Artículo 80. Mantenimiento de residuos dentro de límites permisibles. Las personas dedicadas a la producción y venta de alimentos frescos, materia prima e insumos para la industria de alimentos, son responsables de mantener los residuos de agroquímicos, productos y medicamentos veterinarios presentes en los alimentos dentro de los límites permisibles

⁶¹ Gaceta Oficial N° 6.150 Extraordinario del 18-11-2014.

⁶² Gaceta Oficial N° 20.566 del 15-08-1941 y N° 27.498 del 23-07-1964, respectivamente.

⁶³ A pesar de que la norma no trata sobre medicamentos para humanos, se piensa que ella es parte integrante del ordenamiento jurídico sectorial pues, conforme con el artículo 3 de la Ley de Medicamentos, “(...) *se considera medicamento a toda sustancia y sus asociaciones o combinaciones, destinadas a prevenir, diagnosticar, aliviar o curar enfermedades en humanos y animales, a los fines de controlar o modificar sus estados fisiológicos o fisiopatológicos*”.

⁶⁴ Gaceta Oficial N° 5.889 Extraordinario del 31-07-2008.

establecidos por las autoridades competentes en la materia, a fin de garantizar su inocuidad y calidad.

u) *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Salud Agrícola Integral*⁶⁵: Conforme con su artículo 2, el decreto ley tiene entre sus finalidades regular los medicamentos para la salud agrícola integral. En tal sentido, corresponde al Ejecutivo Nacional vigilar, controlar e inspeccionar el cumplimiento de las normas técnicas de salud agrícola integral que regulen las actividades de fabricación o elaboración de productos de origen biológico y químico –tales como las referidas a los medicamentos– (artículo 33) y a las “*formas de participación comunitaria*” la aplicación de dichos medicamentos (artículo 77, numeral 5).

v) *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que crea la Condecoración Orden al Mérito del Médico Bolivariano Dr. Gilberto Rodríguez Ochoa*⁶⁶: Si bien la disposición no se refiere *per se* al ordenamiento jurídico sectorial de los medicamentos y carece de interés para el Derecho Administrativo, se indica que en el único aparte del artículo 3 se establece que la condecoración podrá ser otorgada a científicos dedicados a la investigación en la búsqueda de nuevas vacunas, medicamentos, técnicas o métodos para prevenir o curar enfermedades.

w) *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Seguridad Social de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, Ley Negro Primero*⁶⁷: Aunque no es de especial interés para el tema que nos ocupa, la norma indica que el Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana es competente para “[g]arantizar el suministro de las medicinas, fármacos, (...) requeridos por el personal militar profesional en Situación de Actividad o en Reserva Activa con goce de Pensión, Familiares calificados y Sobrevivientes con derecho a pensión de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana” (artículo 27, numeral 3); agregándose en el artículo 85 que la Red Sanitaria Militar tiene por objeto prestar atención farmacéutica a los sujetos mencionados.

5. Reglamentos

Al consultar el ordenamiento jurídico nacional encontramos los siguientes textos de interés:

a) *Reglamento de la Ley de Ejercicio de la Farmacia*⁶⁸: Dada su relación con el tema de los medicamentos y la potestad de ordenación por parte de la Administración Pública será tratado en el siguiente aparte del presente estudio, dedicado a dicha potestad.

⁶⁵ Gaceta Oficial N° 5.890 Extraordinario del 31-07-2008.

⁶⁶ Gaceta Oficial N° 38.793 del 19-10-2007.

⁶⁷ Gaceta Oficial N° 6.209 Extraordinario del 29-12-2015

⁶⁸ Gaceta Oficial N° 4.582 Extraordinario del 21-05-1993.

b) *Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para la Salud*⁶⁹: Al igual que el caso anterior, dada su relación con el tema de los medicamentos y la potestad de ordenación por parte de la Administración Pública, será tratado en el siguiente aparte.

c) *Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras*⁷⁰: Incluye dentro de sus disposiciones que corresponde al Despacho del Viceministro de Agricultura Productiva participar en la formulación de las políticas públicas para la producción y utilización de medicamentos de uso vegetal y pecuario (artículo 8, numeral 10). Asimismo, el reglamento precisa que la Dirección General de Producción Pecuaria es competente para generar propuestas sobre el uso de medicamentos veterinarios y vacunas.

d) *Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario*⁷¹: Indica que corresponde a la Dirección General de Salud del Ministerio realizar el despacho de medicamentos con la finalidad de abastecer a los servicios de enfermería en todos los establecimientos penitenciarios, entidades de atención y los centros de residencia supervisada (artículo 17, numeral 6), lo que no es de interés para la potestad analizada.

e) *Reglamento de la Ley Orgánica de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas sobre el Cuidado Integral de la Salud para el Personal Militar y Familiares Inmediatos*⁷²: El artículo 22 del reglamento precisa que la "Dirección General Sectorial de Sanidad de las Fuerzas Armadas Nacionales y el Instituto de Previsión Social de las Fuerzas Armadas, adoptarán mecanismos de control, para evitar la automedicación, el consumo abusivo de medicamentos y la expedición injustificada de récipes médicos".

Esta disposición, si bien se refiere a una potestad de ordenación, consideramos que guarda mayor relación con la administración, mantenimiento y prestación de los servicios de asistencia médica integral al personal de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y sus familiares inmediatos, y no con los medicamentos como una actividad económica sujeta a un ordenamiento jurídico sectorial.

f) *Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas*⁷³: Califica a los medicamentos como envíos urgentes siempre que cuenten con la respectiva justificación (artículo 153, literal "B", numeral 1).

⁶⁹ Gaceta Oficial N° 6.189 Extraordinario del 16-07-2015.

⁷⁰ Gaceta Oficial N° 6.243 Extraordinario del 22-07-2016.

⁷¹ Ibid.

⁷² Gaceta Oficial N° 35.191 del 15-04-1993.

⁷³ Gaceta Oficial N° 4.273 Extraordinario del 20-05-1991.

g) *Reglamento General de Plaguicidas*⁷⁴: El reglamento incorpora al ordenamiento jurídico la prohibición que luego sería incluida en la Ley sobre Sustancias, Materiales y Desechos Peligrosos, respecto a la no fabricación, formulación y envasado de plaguicidas en instalaciones donde se elaboren medicamentos para uso humano o animal.

h) *Reglamento General de Alimentos*⁷⁵: Si bien el objeto del reglamento es regular a los alimentos, al ser estos definidos en el artículo 3 se precisa que “[s]e entiende por alimento (...) aquellas otras sustancias, con excepción de los medicamentos, destinados a ser ingeridos por el hombre”. Así, por interpretación a contrario de esta disposición, todo producto que sea ingerido por el hombre que no sea alimento será medicamento, y en consecuencia, le serán aplicables las disposiciones que rigen al sector estudiado⁷⁶.

6. Recapitulación

Traídos a colación como han sido los textos normativos del ordenamiento jurídico venezolano que regulan –de una u otra forma– a los medicamentos, con el fin de determinar la intervención que puede ejercer la Administración Pública sobre este sector de la economía nacional se considera prudente señalar cuales de estos textos –en nuestro criterio– son los que han de tenerse en cuenta en relación con la potestad de ordenación de la Administración Pública.

Así se tiene que el ordenamiento jurídico sectorial venezolano en materia de medicamentos estaría conformado por las siguientes normas:

a) *Aquellas que prevén una intervención particular de la Administración Pública respecto al ejercicio de la actividad económica dentro del sector*: (i) Ley Orgánica de Salud; (ii) Ley de Medicamentos; (iii) Ley Orgánica de Drogas; (iv) Ley de Ejercicio de la Farmacia; (v) Reglamento

⁷⁴ Gaceta Oficial N° 34.877 del 08-01-1992.

⁷⁵ Gaceta Oficial N° 25.864 del 16-01-1959.

⁷⁶ De este reglamento vale la pena destacar su artículo 2 conforme con el cual “[c]uando en este Reglamento se deja alguna medida, reglamentación o providencia a juicio de la autoridad sanitaria, se entiende que tal medida, reglamentación o providencia debe estar fundamentada en principios, normas, directrices o apreciaciones de carácter científico o técnico y de ninguna manera podrá ser el resultado de una actuación arbitraria”. Esta disposición, si bien como ya indicamos no resulta aplicable al régimen de los medicamentos sino a los alimentos, permite apreciar algunos de los principios que han de regir la potestad de ordenación–independientemente del sector a regular– puesto que dicho actuar administrativo no puede, en la práctica, transformarse en un *cheque en blanco* dado a la Autoridad para que esta determine sin ningún tipo de base científica o fáctica cómo ha de desarrollarse una actividad. Más aun, cuando a través de estas resoluciones se consagran verdaderas limitaciones a la actividad del particular como veremos en el aparte siguiente.

de la Ley de Ejercicio de la Farmacia; **(vi)** Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria; **(vii)** Ley de Calidad de las Aguas y del Aire; y **(viii)** Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para la Salud.

b) *Aquellas que no prevén tal intervención pero incorporan prohibiciones u obligaciones para el particular cuyo incumplimiento podría acarrear sanciones:* **(i)** Ley del Ejercicio de la Medicina; **(ii)** Ley del Ejercicio de la Odontología; **(iii)** Ley del Ejercicio de la Fisioterapia; **(iv)** Ley de Colegiación Farmacéutica; y **(v)** Ley de Defensa contra las Enfermedades Venéreas.

c) *Aquellas que no son propiamente del sector pero han de ser observadas por el particular, dada su relación con otros temas:* **(i)** Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos; **(ii)** Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Metrología; **(iii)** Ley sobre Sustancias, Materiales y Desechos Peligrosos; **(iv)** Ley de Servicios Sociales; **(v)** Ley para las Personas con Discapacidad; **(vi)** Ley de Correos; **(vii)** Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas; **(viii)** Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que Establece el Impuesto al Valor Agregado; **(ix)** Ley del Puerto Libre del Estado Nueva Esparta; y **(x)** Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas.

Precisado cómo se encuentra conformado el ordenamiento jurídico sectorial venezolano en materia de medicamentos, nos corresponde entonces determinar si las normas del mismo que le acuerdan potestades normativas a la Administración satisfacen las exigencias que se derivan de la reserva legal y el Estado de Derecho o, por el contrario, consisten en deslegalizaciones por parte del Poder Legislativo que formulan remisiones en blanco a favor de la Administración para que esta regule la materia sin mayor orientación y atendiendo a su propio arbitrio. A este aspecto dedicaremos el aparte siguiente.

III. La consagración de la potestad de ordenación de la administración pública en el ordenamiento jurídico sectorial de los medicamentos

Como es sabido, el foro califica a los actos jurídicos en cuatro categorías según estos creen situaciones jurídicas individuales, sean la condición de aplicación a un individuo de una situación jurídica general o del ejercicio de un poder legal, tenga carácter jurisdiccional, o –el caso que nos interesa a los efectos de estas líneas– su naturaleza sea normativa, ya que “organiza, crea una situación jurídica general, impersonal,

*objetiva; crea, organiza un poder jurídico impersonal, objetivo; contiene esencialmente una regla de derecho, una norma jurídica*⁷⁷.

Así, estos actos normativos tendrán como característica principal que sus disposiciones están dirigidas a un grupo indeterminado e indeterminable de personas y que, como tales, permanecen en el tiempo ya que no se agotan con su cumplimiento o implementación⁷⁸.

Ello, a pesar que hay autores que consideran que la relación singularidad - generalidad como expresión de la distinción entre actos administrativos no normativos y normativos ha perdido vigencia –o aplicación–, vistas las disposiciones que suelen incluir estos últimos que poseen un carácter individual o particular⁷⁹.

En cualquier caso, la potestad de ordenación de la Administración Pública que hemos seleccionado como objeto de estudio para estas líneas se manifiesta básicamente a través del reglamento, entendido como *“toda norma escrita dictada por la Administración”*⁸⁰, que obrará como una regla técnica y complementaria para la ejecución e implementación de una ley.

Es con motivo de lo anterior que la norma dictada por la Administración debe total y absoluta sumisión al texto legal –es decir, el sancionado por el Poder Legislativo o quien haga sus veces⁸¹– por lo que esta actividad:

⁷⁷ Jèze, G. (1948). *Principios generales del Derecho Administrativo*, t. I. Buenos Aires: Editorial Depalma, p. 32.

⁷⁸ Véase García de Enterría, E. y Fernández, T-R. Ob. cit., p. 187.

⁷⁹ Véase Muci Borias, J. (1996). “La actividad normativa de la Administración Pública” en *II Jornadas internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carias”*. Caracas: FUNEDA, pp. 393-406.

⁸⁰ García de Enterría, E. y Fernández, T-R. Ob. cit., p. 181. Nótese que en el caso venezolano el término “reglamento” suele reservarse a aquellos actos normativos dictados por el Presidente de la República en aplicación de la atribución prevista en el artículo 236 numeral 10 de la Constitución de la República, según el cual “[s]on atribuciones y obligaciones del Presidente (...) de la República: (...) 10. Reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón”; mientras que los ministerios ejercen esta potestad a través de las resoluciones de conformidad con lo previsto en el artículo 16 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, publicada en la Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario del 01-07-1981. Esta dualidad de denominaciones de los actos normativos es reiterada en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, pen Gaceta Oficial N° 6.147 Extraordinario del 17-11-2014, que prevé en su artículo 12 que “[l]os reglamentos, resoluciones y demás actos administrativos de carácter general dictados por los órganos y entes de la Administración Pública deberán ser publicados sin excepción en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o, según el caso, en el medio de publicación oficial correspondiente”.

⁸¹ Recuérdese que conforme con el último aparte del artículo 203 de la Constitución de la República, el Presidente de la República (Poder Ejecutivo), actuando por

...no se produce más que en los ámbitos que la Ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradecirlos, no puede suplir a la Ley allí donde ésta es necesaria para producir un determinado efecto o regular un cierto contenido⁸².

De este modo, la potestad de ordenación podrá ser ejercida por la Administración **(i)** cuando exista una previsión legal que así lo establezca y **(ii)** dentro de los márgenes o límites que dicha ley acuerde.

Hechas las precisiones conceptuales anteriores podemos entonces consultar el ordenamiento jurídico venezolano a fin de conocer cuáles leyes le acuerdan a la Administración Pública la posibilidad de dictar actos de efectos generales destinados a regular sectores de la economía nacional y, por ende, la facultarían para incidir en el sector de los medicamentos.

Así las cosas, en primer lugar hemos de precisar que el artículo 64 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública indica, respecto a los ministerios, que “[l]as materias competencia de cada uno de los ministerios del Poder Popular, serán establecidas en el Decreto que regule la organización y funcionamiento de la Administración Pública Nacional”, y que “[l]as atribuciones específicas y las actividades particulares de cada ministerio del Poder Popular serán establecidas en el reglamento orgánico respectivo”.

Por su parte, el artículo 78 *eiusdem* precisa que:

...son competencias comunes de las ministras o ministros con despacho: (...)

1. Dirigir la formulación, el seguimiento y la evaluación de las políticas sectoriales que les corresponda, de conformidad con el decreto presidencial que determine el número y la competencia de los ministerios y con el reglamento orgánico respectivo.

De la lectura de los artículos citamos encontramos un primer eslabón en la cadena de actos jurídicos que determinan la potestad de ordenación *general* de la Administración Pública y, por consiguiente, en materia de medicamentos: de la ley hemos de pasar al Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional⁸³, y a los reglamentos orgánicos de cada ministerio⁸⁴.

delegación de la Asamblea Nacional (Poder Legislativo), puede dictar decretos “con rango y valor de ley”. Al respecto, véase Muci Borjas, J. (2015). “Las leyes habilitantes y los decretos-leyes dictados con base en aquéllas” en *Revista de Derecho Público*, N° 140, pp. 51-78.

⁸² García de Enterría, E. y Fernández, T-R. Ob. cit., p. 182.

⁸³ Gaceta Oficial N° 6.238 Extraordinario del 13-07-2016.

⁸⁴ Nótese que a los efectos de este trabajo, dadas las resoluciones que fueron observadas en los sumarios de la Gaceta Oficial durante el periodo 01-01-2000 – 30-03-2020, fueron consultados únicamente el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para la Salud publicado en la Gaceta Oficial N° 6.189 Extraordinario

Del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional resulta oportuno traer a colación los artículos 35, 38 y 46 que determinan la competencia del Ministerio del Poder Popular para la Industria y Comercio, el Ministerio del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras y el Ministerio del Poder Popular para la Salud, respectivamente.

Ello, debido a que si bien el ministerio con competencia en materia de salud es el que funge como Autoridad de Vértice en el sector de los medicamentos⁸⁵, los ministerios con competencia en materia de comercio y de agricultura poseen cierto grado de intervención en el mismo. El primero en relación con el acceso de las personas a bienes y servicios⁸⁶ y el segundo sobre el uso de estas sustancias en animales.

Así, los artículos indicados son del siguiente tenor:

Artículo 35. Ministerio del Poder Popular para la Industria y Comercio. Es de la competencia del Ministerio del Poder Popular para la Industria y Comercio la política pública sectorial de industria y comercio, la promoción y desarrollo de la pequeña y mediana industria; la cooperación y transferencia de tecnología para la industrialización en coordinación con el ministerio con competencias en materia de ciencia y tecnología; el comercio; la producción y oferta nacional en la provisión de bienes, obras y servicios; el acceso de las personas a bienes y servicios; la calidad, normalización, certificación; la acreditación, metrología y reglamentos técnicos para producción de bienes y servicios, y en materia de arrendamiento inmobiliario con fines comerciales.

Artículo 38. Ministerio del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras. Es de la competencia del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras la materia agrícola, vegetal y animal; la salud agrícola integral; la infraestructura rural y agrosoposte físico; la regulación y control de la manipulación genética agrícola, así como las políticas de encadenamiento agroindustrial.

del 16-07-2015, el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para el Comercio publicado en la Gaceta Oficial N° 6.190 Extraordinario del 16-07-2015, y el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras publicado en la Gaceta Oficial N° 6.243 Extraordinario del 22-07-2016.

⁸⁵ Vale señalar que este ministerio no actúa solo pues, conforme con su estructura organizativa, tiene adscritos diferentes servicios (tales como el Servicio de Elaboraciones Farmacéutica y el Servicio Autónomo de Contraloría Sanitaria) y, de acuerdo a la legislación vigente, existen diversos órganos y entes de la Administración que poseen competencias en materia de salud. Entre ellos, el Consejo Nacional de la Salud, el Consejo Nacional del Medicamento, el Comité Terapéutico, el Instituto Nacional de Higiene "Rafael Rangel" y la Junta Revisora de los Productos Farmacéuticos.

⁸⁶ Parte de esta competencia ha sido asumida por la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (SUNDDE), creada por el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos.

Asimismo, el Ministerio del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras es competente en lo relativo a la administración y distribución de tierras con vocación agrícola, la administración de tierras baldías destinadas a la explotación agrícola y el catastro rural.

Artículo 46. Ministerio del Poder Popular para la Salud. Es de la competencia del Ministerio del Poder Popular para la Salud, la salud humana integral; el Sistema Público Nacional de Salud; la contraloría sanitaria; los insumos, medicamentos y productos biológicos para la salud; los servicios de veterinaria que tengan relación con la salud humana; la regulación y control del ejercicio de las profesiones relacionadas con la salud, en forma privada o pública; la regulación y fiscalización de las clínicas privadas.

De este modo, el Ministerio del Poder Popular para la Salud será competente para ejercer la potestad de ordenación a que haya lugar en cuanto al "*ejercicio de las profesiones relacionadas con la salud*" y las clínicas privadas, conforme con la política sectorial que implemente el Estado, mientras que los ministerios de comercio y agricultura podrán hacer lo propio en el ámbito de sus competencias,

Precisado el contenido del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, nos corresponde consultar los reglamentos orgánicos de estos órganos⁸⁷.

En tal sentido, el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para la Salud dispone que este está conformado por cinco viceministerios que, a su vez, se dividen en diversas direcciones.

Por lo que respecta a los medicamentos destacan los artículos (i) 13 numeral 14 (competencia de la Dirección General de Salud Indígena, Intercultural y Terapias Complementarias del Viceministerio de Salud Integral para "[e]stablecer las normas y procedimientos, que permitan el registro y control de medicamentos herbarios, productos naturales y afines"⁸⁸); (ii) 14 numeral 6 (competencia de la Dirección General de Salud Integral para Personas con Discapacidad del Viceministerio de Salud Integral para "[d]irigir acciones (...) para la evaluación de los procesos de adquisición, dotación y utilización de medicamentos, insumos médicos y no médicos, para garantizar la adecuada atención integral en salud a las personas con discapacidad"); (iii) 19 numeral 6 (competencia de la Dirección General de Aseguramiento y Control de Gestión de la Red de Atención de Salud Comunal y Ambulatoria Especializada del

⁸⁷ El Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras fue ya esbozado en el aparte precedente, a cuyas páginas remitimos al lector.

⁸⁸ Nótese que el supuesto antes era una competencia de la Comisión de Terapias Complementarias, creada mediante resolución N° 32 del Ministerio de Salud y Desarrollo Social, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.135 del 06-02-2001. Esta resolución fue derogada conforme con la disposición derogatoria segunda del reglamento orgánico en cuestión.

Viceministerio de Redes de Atención Ambulatoria de Salud para “[d]irigir y controlar el suministro de equipos, medicamentos y otros recursos e insumos para la red de salud comunal y ambulatoria especializada (...)”); (iv) 23 numeral 4 (competencia de la Dirección General de Gestión de Servicios Hospitalarios del Viceministerio de Hospitales para “[d]eterminar las necesidades de medicamentos y plan de suministro de insumos médicos y no médicos y equipos en la Red Hospitalaria (...)”); y (v) 33 numeral 4 (competencia de la Dirección General de Producción de Insumos del Viceministerio de Recursos, Tecnología y Regulación para “[d]iseñar estrategias destinadas a la producción oportuna y suficiente de los insumos para la salud, así como al aseguramiento de la calidad, en cumplimiento con las políticas de seguridad farmacéutica en las plantas y laboratorios de medicamentos”).

Este último viceministerio es el de mayor interés en cuanto a la potestad de ordenación del sector de medicamentos, ya que sus atribuciones incluyen –entre otras– lo referido al establecimiento y revisión de normas, políticas y lineamientos respecto al control sanitario, estímulos al desarrollo de la industria nacional de insumos médicos, producción y suministro de insumos médicos, seguridad en plantas y laboratorios de producción de insumos médicos, desarrollo de productos y uso de insumos médicos y, en general, el “[e]stablecer políticas y normas destinadas a regular el desarrollo de productos y uso de insumos en materia de salud, en cumplimiento con los estándares legales de producción, para el uso y consumo humano” (artículo 31 numeral 9 del reglamento orgánico).

Así las cosas, el Ministerio del Poder Popular para la Salud estaría facultado para ejercer la potestad de ordenación en el sector de los medicamentos en cualquiera de las áreas enunciadas *supra*, teniendo como límites los textos legales que haya tenido a bien dictar el legislador nacional pues, recordamos, los principios de legalidad y de jerarquía normativa impedirían que una resolución como regulación técnica y complementaria contradijese lo previsto en una ley como expresión de la voluntad soberana del pueblo, o que se dictase sin ningún tipo de sustento por parte de la mencionada ley.

Por su parte, del Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para el Comercio nos interesa destacar los numerales 2, 3 y 5 del artículo 14 según los cuales el Viceministerio de Comercio Interior es competente para “[p]roponer políticas, planes, programas y proyectos para la socialización y transparencia del mercado interno” que estará “orientado a la construcción del comercio justo que garantice el acceso de las personas a los bienes y servicios necesarios para la satisfacción de sus necesidades, en coordinación con los órganos y entes”, “[p]roponer políticas, planes y proyectos orientados a la regulación, evaluación,

seguimiento y control de la formación y fijación de precios y tarifas de bienes y servicios, en coordinación con los órganos y entes competentes en la materia” y “[e]stablecer criterios y lineamientos para el diseño de las políticas de regulación del comercio interior y la implementación de formas alternativas de Intercambio comercial justo, equitativo y solidario”, respetivamente.

Existiendo entonces una potestad de ordenación general de la Autoridad de Vértice sobre el sector de los medicamentos en los términos indicados, restaría por conocerse cómo esta facultad es desarrollada a nivel legal ya que, como indicamos en párrafos anteriores, la ley –en su concepción formal⁸⁹– es el marco del cual se desprenderá la actividad normativa específica de la Administración, atendiendo a la llamada reserva legal⁹⁰.

Así, si bien el sector de los medicamentos se encuentra regulado –o, mejor dicho, se hace referencia al mismo– en una multiplicidad de leyes como ya vimos, existen dos que fungen como los pilares fundamentales de toda su regulación. Ellas son la Ley Orgánica de Salud y la Ley de Medicamentos.

La primera, cuyo objeto es regir todo lo relacionado con la salud entendida “no sólo [como] la ausencia de enfermedades sino el completo estado de bienestar físico, mental, social y ambiental” (artículo 2) en el territorio de la República, precisa en su artículo 5 que corresponde al Ministerio de la Salud (hoy Ministerio del Poder Popular para la Salud) establecer las normas administrativas destinadas a la defensa de la salud⁹¹. Esta norma es complementada por el artículo 12 según el cual:

⁸⁹ Conforme con el artículo 202 de la Constitución de la República, “[l]a ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador (...)”.

⁹⁰ Véase García de Enterría, E. y Fernández, T-R. Ob. cit., pp. 206-208 y 269-277. Indican los autores que la materia administrativa que puede ser objeto de regulación gracias a la potestad de ordenación posee un campo interno (aspectos organizativos y de relación entre la Administración y sus colaboradores, agentes y usuarios) y externo (imposición de obligaciones y deberes a los particulares que limitan, o pueden limitar, su libertad previa y derechos), siendo este último campo en el que la norma que resulte del ejercicio de la potestad habrá de limitarse a actuar como el complemento de una ley sin la cual no podrá desarrollarse la facultad de ordenación pues, como exponen los autores, no bastaría invocar la genérica potestad normativa atribuida por el ordenamiento jurídico sino que se requeriría de una delegación o remisión legislativa específica.

⁹¹ Específicamente el artículo indica que “[e]l Ministerio de la Salud será el órgano rector y planificador de la administración pública nacional de la salud. Ejercerá la dirección técnica y establecerá las, normas administrativas, así como la coordinación y supervisión de los servicios destinados a la defensa de la salud, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de la Administración Central y demás leyes referidas a la materia”.

Artículo 12. Para el desarrollo de las disposiciones contenidas en esta Ley, se dictarán entre otros, los reglamentos relativos a las siguientes actividades:

1. Los lineamientos para la elaboración del Plan Nacional de Salud y su seguimiento.
2. Los servicios de promoción y conservación de la salud, saneamiento ambiental, atención médica e investigación científica y contraloría sanitaria.
3. La organización, funcionamiento y financiamiento de los establecimientos de atención médica.
4. La ejecución y coordinación de los procesos de descentralización administrativa de los servicios para la salud.
5. La organización del sistema de información del Registro Nacional de Salud.

El Ejecutivo Nacional podrá dictar cualesquiera otras normas de carácter reglamentario que desarrollen los principios establecidos en esta Ley⁹².

Finalmente resulta oportuno citar el artículo 67 *ejusdem* conforme con el cual:

El Ministerio de la Salud en caso de reiterados desacatos a las normas sobre contraloría sanitaria que establece esta Ley, sus reglamentos y demás normas administrativas dictadas al efecto por dicho ministerio, ordenará la imposición de multas, comiso, destrucción, clausura permanente y temporal.

En otras palabras, el Legislador concedió a la Administración Pública Nacional la posibilidad de dictar normas que tiendan a regular el sector salud –en general– y, por ende, a los medicamentos.

Al respecto, al no prever la ley a cuáles disposiciones habría de atender el ministerio de salud para ejercer esta potestad de ordenación, somos de la opinión que el mismo debería ceñirse –al menos– a los principios establecidos por el legislador en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Salud según el cual los servicios de salud, a fin de garantizar la protección de este derecho a todos los habitantes del país, se rigen por la universalidad, la participación ciudadana, la complementariedad entre los diferentes niveles políticos-territoriales, la coordinación entre la Administración y el particular, y la calidad garantizada a través de mecanismos de control que den fe de su integralidad, personalización, continuidad, suficiencia y oportunidad.

En tanto, por lo que respecta a la Ley de Medicamentos que había de ser reglamentada por el Ejecutivo Nacional dentro de los sesenta días

⁹² Se deja constancia que ni en los sumarios de las gacetas oficiales consultados ni en las páginas web oficiales del Poder Público venezolano se encontró información relativa a la publicación de cualquiera de estos reglamentos.

siguientes a su publicación en la Gaceta Oficial sin que a la fecha ello haya ocurrido⁹³, se tiene que dentro de sus objetivos se halla (i) Establecer una revisión periódica del formulario terapéutico nacional, las normas farmacológicas, las normas terapéuticas, y las normas de buenas prácticas de manufacturera y de dispensación; (ii) Establecer normas para la creación de sistemas de farmacovigilancia, de uso racional y de información sobre el medicamento; (iii) Regular la dispensación de medicamentos en los establecimientos farmacéuticos públicos y privados; (iv) Regular la presencia en el mercado nacional de productos farmacéuticos; (v) Regular el control sanitario de los medicamentos registrados; y (vi) Establecer normas éticas para regular la información, promoción y publicidad de los medicamentos (numerales 3, 4, 6, 7, 8 y 11 del artículo 2, respectivamente).

No obstante, al leer su articulado se puede apreciar que gran parte de estos objetivos difícilmente podrían ser alcanzados sin la implementación de normas complementarias –sean estas reglamentos o resoluciones– ya que, por el carácter técnico de la materia y su constante evolución (por ejemplo, un principio activo que hoy se considera ideal para el tratamiento de una enfermedad o condición el día de mañana podría ser contraindicado dado el descubrimiento de un efecto secundario), se hace necesario que se dicten actos de efectos generales que permitan la ejecución de una política farmacéutica adecuada “a los fines de asegurar la disponibilidad de medicamentos eficaces, seguros y de calidad” (artículo 1 de la ley en cuestión).

Así las cosas, no es de extrañar que la Ley de Medicamentos incluyera artículos como el 40, 45 y el 67 según los cuales “*las condiciones que regirán para la sustitución [de medicamentos] serán fijadas de acuerdo a las normas que establezca la Junta Revisora de Productos Farmacéuticos*”, “[i]a promoción y publicidad de los medicamentos deberá realizarse de acuerdo a las normas establecidas por la Junta Revisora de Productos Farmacéuticos” y “[q]ueda terminantemente prohibida la importación de medicamentos que no cumplan con los

⁹³ Véase por ejemplo que, conforme con los artículos 11 y 19 de la ley, la constitución del Comité Terapéutico para la actualización del Formulario Terapéutico Nacional, y “[t]odo lo referente al Registro Sanitario” estaría contemplado en el indicado reglamento. Al no haberse dictado el mismo, el vacío normativo ha sido suplido por diversas resoluciones del ministerio de salud como lo sería la resolución N° 247 “por la cual se crea el Comité Terapéutico Nacional, como órgano colegiado autónomo, de apoyo técnico y científico según sean sus atribuciones”, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.453 del 29-05-2002, y que fue derogada en 2014 por la Resolución N° 105 “mediante la cual se reactiva el Comité Terapéutico Nacional, adscrito a este Ministerio”, en la Gaceta Oficial N° 40.366 del 06-03-2014. El registro sanitario se encuentra regulado hoy en día por el Reglamento de la Ley de Ejercicio de la Farmacia, que es anterior a la Ley de Medicamentos.

requisitos señalados en la legislación vigente y en las normas de la Junta Revisora de Productos Farmacéuticos (...), respectivamente.

Estas disposiciones son complementadas con otras que remiten a la normativa vigente para la elaboración de productos farmacéuticos según se emplee una fórmula oficial o magistral, se trate de un producto natural o un radiofármaco (artículo 5); así como aquellas que facultan al ministerio de salud para “*establecer mecanismos que garanticen que los medicamentos sean dispensados cumpliendo todas las normas sanitarias*” (artículo 14, párrafo primero) o al Estado en general para “*regular los precios de los medicamentos, cuando sea necesario, con el fin de atender los requerimientos de los sectores sociales de bajos ingresos*” (artículo 2, párrafo único).

En este sentido, y al no haberse reglamentado a la fecha este sector desde la Presidencia de la República⁹⁴, la materia de los medicamentos se hace depender ampliamente de las resoluciones que ha dictado con el transcurrir de los años el ministerio de salud, a cuyo estudio dedicaremos el próximo aparte.

Antes de ello, al remitirse como hemos visto gran parte de la regulación sobre medicamentos a normas de *carácter técnico* (de rango sublegal), se hace necesario determinar si el legislador dio pautas para que la Administración ejerciera la potestad de ordenación o sí, por el contrario, *legitimó* que esta última actuara, prácticamente, de modo arbitrario –o al menos, sumamente discrecional– pudiendo disponer libremente de los derechos de los particulares conforme con su sola voluntad.

A tal efecto, de seguida haremos referencia a cómo fue consagrada la potestad de ordenación en las diversas leyes que hacen parte del ordenamiento jurídico sectorial en materia de medicamentos.

1. Ley Orgánica de Salud

A pesar de que la ley indica que la Administración ha de promulgar múltiples reglamentos y normas, el legislador no indicó los lineamientos que debe seguir la Autoridad de Vértice en el ejercicio de esta facultad.

De hecho, en el artículo 5, cuando se precisa que el ministerio de salud será “*el órgano rector y planificador de la administración pública nacional de la salud*”, y por ende “*establecerá las normas administrativas*”, solo se indica que ello deberá hacerse “*de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de la Administración Central y demás leyes referidas a la materia*”.

⁹⁴ La excepción son reglamentos que regulan otros sectores e inciden de modo indirecto sobre los medicamentos, como ocurre con el Reglamento de la Ley de Ejercicio de la Farmacia.

Es decir, que la ley cuyo objeto es regir “*todo lo relacionado con la salud*” –y en tal sentido, resultaría lógico pensar que prevé cuáles principios han de gobernar al sector de medicamentos– remite, en cuanto a la potestad de ordenación, a la Ley Orgánica de la Administración Central (hoy Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, que no prevé lineamientos específicos para este sector) y las demás leyes en la materia que –no sorprenderá– suelen ser igual de imprecisas al momento de establecer límites o cotas a la actividad regulatoria de la Administración.

Tal vacío es reiterado en la potestad de ordenación que otorga el artículo 12 –citado *in extenso* en páginas anteriores– al Ejecutivo Nacional para “*dictar cualesquiera otras normas de carácter reglamentario que desarrollen los principios establecidos en esta Ley*”, ya que la ley, como vimos, solo establece principios referidos a los servicios de salud que difícilmente podrían guiar la actividad de ordenación respecto, por ejemplo, la farmacovigilancia.

En este sentido, la Ley Orgánica de Salud parece comportar una deslegalización parcial de la materia de salud⁹⁵ –y, en consecuencia, de los medicamentos– que se oculta bajo el manto de una supuesta remisión a los actos de rango sublegal ya que, a pesar de que ley posee un contenido material cierto respecto a determinados aspectos del universo de la salud⁹⁶ –lo que impediría hablar de una deslegalización total de la materia–, la misma calla sobre otros aspectos y *abre una puerta* para que estos sean regulados sin más por la Administración, desentendiéndose prácticamente el legislador de los mismos.

Es justamente este desentendimiento el que, en nuestro criterio, impide considerar el actuar del legislador como una correcta remisión a la norma de rango sublegal puesto que, para que ella operase, se requiere que la ley enuncie los principios de regulación que habrá de seguir la Administración y cuáles serán los puntos específicos que deberá normar⁹⁷. Más aun, cuando a través de estas normas técnicas se pretende limitar el derecho fundamental que posee todo individuo de “*dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que*

⁹⁵ Véase García de Enterría, E. y Fernández, T-R. Ob. cit., p. 277. Los autores definen a la deslegalización como “*la operación que efectúa una Ley que, sin entrar en la regulación material de un tema, hasta entonces regulado por Ley anterior, abre dicho tema a la disponibilidad de la potestad reglamentaria de la Administración*”.

⁹⁶ Por ejemplo, las competencias de la organización pública en salud a nivel nacional, estatal y municipal; qué comprende la atención médica y la contraloría sanitaria; y la organización y funcionamiento de los establecimientos de atención médica.

⁹⁷ García de Enterría, E. y Fernández, T-R. Ob. cit., p. 271.

establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social (...)" (artículo 112 de la Constitución de la República)⁹⁸.

Es decir que, visiblemente, nos encontramos ante un tema protegido o amparado por la reserva legal; reconocida como uno de los límites a las remisiones normativas, incluso en caso que la norma sea parte integrante de un ordenamiento jurídico sectorial. Muestra de la importancia de esta reserva es lo sostenido por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ para quienes:

...la Ley ha de abordar por sí misma, si ha de observar el mandato constitucional, el núcleo o contenido esencial de dicha regulación, de modo que la remisión que pueda hacer a un Reglamento no implique una abdicación de regulación de dicho núcleo, o de sus criterios básicos, sino un verdadero complemento, complemento organizativo y procedimental (...) y también, ya respecto a la ordenación material, en aquellos aspectos en que pueda requerirse una apreciación técnica o de circunstancias concretas variables que convenga separar de la regulación abstracta propia de la Ley⁹⁹.

Como si ello no fuera suficiente, los autores indican que *"la remisión debe contener una expresión de contenido delimitado y, cuando suponga entregar a la decisión reglamentaria regulaciones de fondo, la enunciación de los criterios y principios con los cuales puede llegarse a ella"*, por lo que *"no sería válida, pues, una simple entrega formal, que sería más bien una simple deslegalización"*¹⁰⁰.

Así, al legislador únicamente indicar que estos temas pueden ser regulados por la Autoridad de Vértice en ejercicio de su potestad de ordenación, sin mayores indicaciones y en claro detrimento de la reserva legal y las libertades fundamentales de los particulares, podemos sostener que la ley comentada no satisface las exigencias a las que se encuentra sometida y, en consecuencia, la intensa o aguda intervención que puede ejercer la Administración sobre el tema dada su condición de ordenamiento sectorial escapa prácticamente a todo control.

Quizá producto de esta imprevisión, y como veremos en el aparte siguiente, es que cuando la Administración ejerce la potestad de ordenación llega a invocar los más variados fundamentos jurídicos –incluso algunos que poco o nada tienen que ver con el tema regulado– lo que podría ser entendido como un intento de justificar, por cualquier medio

⁹⁸ Sobre la libertad económica véase González de la Vega, V. (2013). "La libertad económica como derecho fundamental en la Constitución venezolana de 1999. Sus límites y sus relación con otros derechos fundamentales" en *Revista de Derecho Público*, N° 134, pp. 33-49.

⁹⁹ García de Enterría, E. y Fernández, T-R. Ob. cit., p. 272.

¹⁰⁰ Ibid.

y ante la inexistencia de una disposición de ley que le acuerde tal posibilidad, la regulación que tenga a bien dictar.

2. Ley de Medicamentos

Como hemos indicado en párrafos anteriores, la Ley de Medicamentos establece seis supuestos específicos en los que la Administración ha de ejercer la potestad de ordenación, en adición a su reglamentación general. Ellos son (i) Las condiciones para la sustitución de medicamentos por parte del farmacéutico al dispensarlos; (ii) La promoción y publicidad de los medicamentos; (iii) Los requisitos para la importación de medicamentos; (iv) La elaboración de productos farmacéuticos; (v) Los mecanismos que garanticen el cumplimiento de normas sanitarias al dispensar los medicamentos; y (vi) La regulación de precios de medicamentos.

Los tres primeros corresponden a la Junta Revisora de Productos Farmacéuticos mientras que el resto incumbe al ministerio de salud o al Estado en general.

De todas estas disposiciones, la que da un cumplimiento más cabal a las exigencias derivadas de la reserva legal es la relativa a la regulación de precios (artículo 2, párrafo único) pues se estableció que ella procederá *“cuando sea necesario, con el fin de atender los requerimientos de los sectores sociales de bajos ingresos”*.

Es decir, que la norma dictada por la Administración –en principio– no afectaría el núcleo esencial de la materia y se limitaría a ser un complemento que atiende a circunstancias concretas variables (el medicamento cuyo precio hoy se requiere regular puede que mañana no lo sea¹⁰¹). Afirmación similar podemos sostener sobre los artículos 40, 45 y 67 ya que la ley ofrece lineamientos en materia de sustituciones (podrá darse por otro que posea igual composición, forma farmacéutica y dosificación), promoción (ha de regirse por principios éticos de información veraz, criterios sanitarios e inducir al uso racional) e importación de medicamentos (debe ser evaluado clínicamente antes de su distribución), correspondiéndole a la Administración el desarrollo de tales disposiciones.

No obstante, en el caso de la elaboración de productos farmacéuticos y de implementación de mecanismos que garanticen que ellos sean dispensados cumpliendo todas las normas sanitarias (artículos 5 y 14, respectivamente), la previsión legislativa resulta un tanto vaga por lo

¹⁰¹ Reconocemos que la afirmación, si bien teóricamente funge como un justificativo a la disposición, carece de sentido en la Venezuela actual donde cada día son más los bienes y servicios cuyo precio es determinado por el Poder Ejecutivo atendiendo a una mal llamada justicia social y soberanía económica.

que podría dar paso a una deslegalización de los supuestos en caso que, a través de la norma administrativa, más que un complemento referido a los procedimientos indicados (aspecto adjetivo) se procediesen a dictar regulaciones sustantivas que limitasen los derechos de los particulares.

3. Ley Orgánica de Drogas

Si bien el tema de las drogas podría ser considerado como un ordenamiento jurídico sectorial particular, a la ley incluir disposiciones que aplican en exclusiva a los medicamentos que poseen cualidades psicotrópicas (psicofármacos), se hace necesario su estudio a los efectos de determinar la cobertura de la reserva legal respecto a la potestad de ordenación que se le confiere a la Administración.

Así, la Ley Orgánica de Drogas otorga a la Autoridad de Vértice seis formas o manifestaciones de la potestad de ordenación –en adición al reglamento general por parte del Ejecutivo– cuyo alcance, si bien no es del todo determinado por el legislador, en su mayoría se entiende que pretende servir como complemento ante circunstancias concretas, variables o técnicas que sería contraproducente prever en la ley pues se propiciaría un régimen de reformas constantes que atentaría contra la seguridad jurídica¹⁰².

Tal es el caso de la posibilidad del ministerio de salud para establecer el cupo de exportaciones (artículo 51), el precio del talonario oficial (artículo 63), cuáles psicofármacos deben agregarse a la lista oficial de medicamentos que requieren recípe de uso particular del facultativo y la posología oficial (artículo 65) y cuáles psicofármacos son de uso odontológico (artículo 66).

Finalmente, y quizá como la disposición más ambigua, encontramos el artículo 61 según el cual la enajenación por cualquier título de psicofármacos solo podrá efectuarse mediante el cumplimiento de los requisitos que al efecto establezca el ministerio de salud.

Dicho artículo, si bien no precisa los criterios y principios a los que debe atender la Administración para fijar los requisitos, entendemos habría de ser interpretado de forma sistemática junto con el resto de la ley ya que, de la misma, se puede extraer que el legislador incluyó conceptos tales como el uso del talonario oficial, la venta solo a personas

¹⁰² Nótese, no obstante, que sostener que uno de los objetivos de remitir estos supuestos a normas de rango sublegal es facilitar su reforma en caso de necesidad resulta por lo menos jocoso al observarse, como se indicó al inicio de este trabajo, que en menos de treinta años en Venezuela se han dictado cuatro leyes cuyo objeto ha sido regular el tema de las drogas, dos de ellas reimprimadas en tres oportunidades cada una.

mayores de edad y mediante establecimientos autorizados (farmacias), por lo que la Administración habría de ceñirse a estas pautas y otras similares y no tendría una total y absoluta libertad al momento de prever los requisitos. Supuesto este que, de darse, obraría en detrimento de la reserva legal.

4. Ley de Ejercicio de la Farmacia y su Reglamento

La Ley de Ejercicio de la Farmacia, conforme con el artículo 7, remite a su reglamento la regulación general del expendio de productos biológicos. Adicionalmente, prevé la potestad de ordenación de la Autoridad de Vértice (en el momento de promulgación de la ley, la Dirección de Sanidad Nacional) para regular el turno farmacéutico de una localidad cuando así lo soliciten dos terceras partes de las farmacias del sector (artículo 11).

En el primer caso consideramos que estamos frente a una deslegalización ya que la ley hace una simple entrega formal de la potestad de normar a la Administración respecto a una regulación de fondo (productos biológicos) sin mayores guías o indicaciones. En cuanto al segundo supuesto, entendemos que ello se debe a circunstancias concretas que varían según el tiempo y lugar y que, dado que no afectan el núcleo esencial del derecho en cuestión, se encontrarían satisfechos los límites de la reserva legal.

Esta es una de las pocas leyes que en materia de medicamentos ha sido reglamentada y, por lo que respecta a la potestad de ordenación, a pesar de que el reglamento tiene múltiples normas que son de interés en materia de medicamentos¹⁰³, solo consagra tres supuestos que otorgan a la Administración tal potestad. Específicamente, cuando indica: **(i)** Que el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social (hoy Ministerio del Poder Popular para la Salud) elaborará un petitorio para cada tipo de establecimiento farmacéutico¹⁰⁴; **(ii)** Que la fabricación de productos biológicos¹⁰⁵ estará bajo la vigilancia del Instituto Nacional de Higiene Rafael

¹⁰³ El reglamento regula el expendio de medicinas, qué se entiende por producto farmacéutico y cuáles son sus clases, cómo opera el registro de medicamentos ante el Instituto Nacional de Higiene Rafael Rangel, características del envasado, entre otros.

¹⁰⁴ Conforme con el artículo 1 del reglamento, el término incluye las droguerías (comercializan al por mayor), farmacias (efectúan todo género de preparaciones medicamentosas oficinales y magistrales y suministran al público productos medicinales), laboratorios farmacopólicos (fabrican productos farmacéuticos y los expenden a otros establecimientos) y casas de representación de especialidades farmacéuticas (solo pueden expender a los demás establecimientos farmacéuticos los productos por ellas representados).

¹⁰⁵ De acuerdo con el artículo 52, numeral 3, se obtienen mediante procesos normales o provocados de la economía animal y se expenden con los nombres acordados

Rangel del modo que este lo estime más conveniente; y (iii) Que las farmacias están obligadas a cumplir con el cuadro del turno farmacéutico establecido por el ministerio de salud.

Estos casos se traducen en normas que serán dictadas por la Autoridad de Vértice en desarrollo de un reglamento, dictado por el Poder Ejecutivo, que, a su vez, viene a desarrollar una ley sancionada por el Poder Legislativo. Todo ello, en atención –entendemos– a consideraciones de carácter técnico-fáctico que no son traídas a colación en ninguno de los textos reseñados aun cuando no se niega que las disposiciones tienen una naturaleza complementaria, con salvedad de la amplísima facultad que se otorga al Instituto Nacional de Higiene Rafael Rangel para que este, del modo que “*estime más conveniente*”, vigile la fabricación de productos biológicos.

5. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria

La potestad de ordenación se encuentra en los artículos 79 y 80 del decreto ley según los cuales el uso de medicamentos veterinarios debe atender a lo previsto por la autoridad competente en la materia “*con la finalidad de garantizar la inocuidad y calidad de los alimentos en todas las fases de la cadena agroalimentaria*”.

En este sentido, si bien la norma establece una remisión a una norma de rango sublegal, en la misma se indican los criterios y principios que fungen como guía de la Autoridad de Vértice –principios estos que, vale decir, son desarrollados en el título IV de la ley (“*De la inocuidad y calidad de los alimentos*”)– por lo que consideramos se satisface la reserva legal y no se pone en peligro el núcleo esencial del derecho, ya que la norma que dicte la Administración habrá de ceñirse a estos parámetros otorgados por el legislador y, de no hacerlo, su impugnación en la teoría no revestiría mayor complejidad.

6. Ley sobre Sustancias, Materiales y Desechos Peligrosos, Ley para las Personas con Discapacidad, Ley de Calidad de las Aguas y del Aire, y Ley del Puerto Libre del Estado Nueva Esparta

Como indicamos en el acápite anterior, la potestad de ordenación sobre el sector de los medicamentos se desarrolla en estas leyes –respectivamente– en cuanto a la reglamentación técnica que rige la destrucción de medicamentos vencidos o retirados por razones sanitarias; la exoneración de impuestos, tasas y derechos de importación de medicamentos que posibiliten la integración personal, familiar o social

oficialmente. Se diferencian de los productos químicos, farmacológicos y especialidades farmacéuticas.

de las personas con discapacidad; el uso veterinario de medicamento; y la inscripción de medicamentos de venta sin prescripción facultativa en el régimen especial de Puerto Libre.

Todas estas leyes las hemos catalogado como normas que no son propiamente del sector de los medicamentos sino que regulan otros temas (desechos, aduanas, etc.) y, de forma consecencial, incluyen disposiciones relativas a los medicamentos; por lo que si bien acuerdan potestades de ordenación en cabeza de la Administración su estudio detallado rebasaría el objeto de estudio de este trabajo, aun cuando podemos adelantar que las mismas no ofrecen mayores cotas a las Administración al momento de ejercer su poderío.

En este sentido, visto el desarrollo de la potestad de ordenación sobre el sector farmacéutico, nos corresponde de seguida conocer cómo dicho poder ha sido puesto en práctica por la Administración Pública Nacional a través de las resoluciones y actos normativos de rango sublegal que se han dictado para regular el ejercicio del sector mencionado. A estos actos dedicaremos el siguiente y último aparte de este trabajo.

IV. El ejercicio de la potestad de ordenación por parte de la Administración Pública en cuanto al ordenamiento jurídico sectorial de los medicamentos¹⁰⁶

1. Ministerio con competencia en materia de salud

a) *Resolución N° 034, que establece que todos los productos utilizados por vía parenteral con fines estéticos deben estar registrados como productos farmacéuticos con los requisitos técnicos que se establezcan*¹⁰⁷. El acto invoca como fundamento jurídico los artículos 37 numeral 8 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central¹⁰⁸, y 3 y 5 de la Ley Orgánica de Salud, citados *supra*.

Sobre esta resolución vale acotar que, si bien trata sobre productos dedicados a la estética, los mismos no son calificados como cosméticos sino que se ciñen a los controles de los productos farmacéuticos dada

¹⁰⁶ Hacemos de conocimiento del lector que los actos fueron clasificados en atención a la autoridad que los dictó y responden al período 2000-2020.

¹⁰⁷ Gaceta Oficial N° 37.134 del 05-02-2001. Conforme con el texto de la resolución, el registro nace del hecho “[q]ue la aplicación por vía parenteral de productos utilizados rutinariamente en establecimientos de estética humana para el mejoramiento y mantenimiento de la belleza facial y corporal, podría representar un riesgo para la salud”.

¹⁰⁸ Gaceta Oficial N° 36.807 del 14-10-1999, reimpresso en N° 36.850 del 14-12-1999 (hoy derogado). El artículo reza: “**Artículo 37.** Son competencias comunes de los Ministros con Despacho: (...) 8. Dictar las resoluciones que sean necesarias para el ejercicio de sus competencias y encargarse de su ejecución”.

su aplicación por vía parenteral (inyección intravenosa, subcutánea o intramuscular).

En tal sentido, y conforme con la propia resolución, estos productos podrán ser empleados únicamente por médicos especialistas –tal y como ocurre con los medicamentos en general– y en establecimientos autorizados por el ministerio con competencia en materia de salud.

Esta resolución incurre en una situación que se hace común a lo largo de los actos estudiados y que obra en contra no solo de la seguridad jurídica y la reserva legal, sino del actuar propio de la Administración y el “derecho a una buena Administración”¹⁰⁹. Así, el articulado que se cita como aquel que faculta a la Administración para dictar el acto en cuestión destaca por su vaguedad e imprecisión, siendo que las únicas disposiciones de relativo valor son las que se refieren a la atribución general del ministerio de salud para regular este sector y que, de consentirse como suficientes, equivaldría a decir que ante la ausencia de un marco específico al cual la Autoridad de Vértice estuviese atada, dicha autoridad podría dictar cualquier acto destinado a regular el sector, sin mayores lineamientos por parte del legislador.

b) Resolución N° 224, que establece que los talonarios para la expedición de récipes oficiales destinados a la prescripción de sustancias estupefacientes y psicotrópicas tendrán un valor de una unidad tributaria¹¹⁰. El acto invoca como fundamento jurídico los artículos 63 y 76 numeral 8 de la Ley Orgánica de la Administración Pública¹¹¹, 5 y 11 de la Ley Orgánica de Salud¹¹², y 23 párrafo único de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas¹¹³.

¹⁰⁹ Véase Belandria García, J. (2012). “Acerca del derecho a una buena administración: ¿existe en el orden constitucional venezolano?” en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 1, pp. 13-36.

¹¹⁰ Gaceta Oficial N° 37.947 del 27-05-2004.

¹¹¹ Gaceta Oficial N° 37.305 del 17-10-2001 (hoy derogada). Los artículos rezan: “**Artículo 63. Funciones de los Ministros (...) y de los Viceministros (...).** La planificación y coordinación estratégicas del ministerio y la rectoría de las políticas públicas del sector cuya competencia le está atribuida, estarán a cargo del ministro (...) y de sus viceministros (...), quienes reunidos conformarán el gabinete ministerial, el cual contará con una unidad estratégica de seguimiento y evaluación de políticas públicas adscrita al despacho del ministro (...), integrada por un equipo interdisciplinario (...);” y “**Artículo 76. Competencias Comunes de los Ministros (...) con Despacho.** Son atribuciones comunes de los ministros (...) con despacho: (...) 8. Refrendar los actos del Presidente (...) de la República o del Vicepresidente Ejecutivo (...) que sean de su competencia y cuidar de su ejecución, así como de la promulgación y ejecución de los decretos o resoluciones que dicten”.

¹¹² El artículo 5 fue citado *supra*; mientras que el 11 enlista las dieciséis atribuciones que la ley confiere al ministerio de salud.

¹¹³ El párrafo reza que “[e]l valor de los talonarios de récipes especiales será establecido por el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, mediante resolución (...)”.

Este es uno de los pocos casos en los que la norma que prevé la potestad de ordenación que sirve de base al acto –a saber, el parágrafo único del artículo 23 de la (hoy derogada) Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas– es precisa al indicar la competencia que se le confió al ministerio de salud. En este caso: fijar el precio de los talonarios mediante resolución.

En tal sentido, y visto que la resolución se limita a regular ese supuesto, el acto se encontraría suficiente cubierto por la norma en cuestión y no excedería el alcance de la potestad conferida.

c) *Resolución N° 252, que dicta las normas para la promoción y publicidad de los medicamentos*¹¹⁴. El acto invoca como fundamento jurídico los artículos 63 y 76 numerales 2 y 8 de la Ley Orgánica de la Administración Pública¹¹⁵, 5 de la Ley Orgánica de Salud, y 14 de la Ley de Medicamentos¹¹⁶.

Esta resolución, junto con la N° 253 publicada en la misma gaceta oficial, es una de las manifestaciones de la potestad de ordenación más importantes en materia de medicamentos, ya que regula cómo ha de llevarse a cabo la promoción –entendida en el artículo 2 de la norma como “[t]oda actividad informativa, de divulgación, de persuasión y recordación, desplegada por los fabricantes, distribuidores y representantes, a fin de inducir a la prescripción, la dispensación, el suministro, la adquisición o la utilización de dichos productos”– y la publicidad –es decir, “[t]oda forma de comunicación impersonal pagada por un patrocinador sobre un producto, servicio u organización que se transmite al público a través de un medio de comunicación social”– de los medicamentos en el territorio venezolano.

¹¹⁴ Gaceta Oficial N° 37.966 del 23-06-2004.

¹¹⁵ El numeral 2 del artículo 76, que resta por citar, indica que “[s]on atribuciones comunes de los ministros (...) con despacho: (...) 2. Orientar, dirigir, coordinar, supervisar y controlar las actividades del ministerio, sin perjuicio de las atribuciones que, sobre control externo, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes confieren a los órganos de la función contralora”.

¹¹⁶ **Artículo 14.** El Ejecutivo Nacional deberá garantizar la producción de los medicamentos esenciales en su denominación genérica, ya sea a través de los Laboratorios instalados en el país, o de convenios firmados entre particulares y el Estado o de convenios internacionales que por políticas de Estado se hayan realizado, sustentados en las premisas de equidad social y calidad. // **Parágrafo Primero:** El Ministerio de Salud y Desarrollo Social debe establecer mecanismos que garanticen que los medicamentos sean dispensados cumpliendo todas las normas sanitarias. // **Parágrafo Segundo:** El trámite de autorización del Registro Sanitario para los medicamentos esenciales en su denominación genérica, quedará exonerado del pago correspondiente de las tarifas prefijadas por derecho a evaluación del expediente y de análisis por concepto de Registro Sanitario”.

Entre sus disposiciones más relevantes se encuentra que **(i)** Prohíbe la promoción y publicidad de medicamentos que no cuenten con el registro sanitario emanado del ministerio de salud¹¹⁷; **(ii)** Exige que toda promoción y publicidad de medicamentos sea previamente autorizada por la Junta Revisora de Productos Farmacéuticos¹¹⁸; **(iii)** Establece los parámetros generales que rigen la actividad. Entre ellos, que su contenido sea informativo y no contrarié las condiciones y restricciones de uso oficialmente aprobadas ni induzca a la automedicación; **(iv)** Prohíbe promocionar o publicitar medicamentos en forma de beneficios financieros a favor de profesionales de la salud; **(v)** Regula el rol de los visitantes médicos y la responsabilidad de la industria farmacéutica respecto a su formación; y **(vi)** Determina el régimen de las muestras médicas.

Al respecto debemos precisar que, visto el fundamento jurídico que en su momento fue invocado por la Administración, no puede considerarse que exista una cobertura legal específica suficiente para la instauración de esta norma, ya que los artículos citados no se refieren al régimen de los medicamentos sino que se caracterizan por su generalidad y abstracción, por lo que, sin dudas, ella se habría amparado en que conforme con la Ley Orgánica de Salud corresponde al ministerio en cuestión establecer las normas administrativas para la defensa de la salud.

Asimismo, resalta el hecho que la Autoridad de Vértice invocó el artículo 14 de la Ley de Medicamentos cuando, lo correcto, es que se hubiese referido a los artículos 44 a 46 *ejusdem* que prevén los principios que debe seguir la Administración para normar la promoción y publicidad de los medicamentos.

Claro está, que el artículo 45 de esta ley indica que la atribución para regular la promoción y publicidad recaía en la Junta Revisora de Productos Farmacéuticos¹¹⁹, y no del Ministerio de Salud y Desarrollo Social, lo

¹¹⁷ Sobre el registro sanitario en materia de medicamentos véase Silva Ortiz, A. (2015). "La regulación de los riesgos y la incertidumbre científica en el régimen de autorización de medicamentos" en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 4, pp. 119-146, en <https://bit.ly/3CXcdld>

¹¹⁸ El artículo 11 de la resolución prevé una excepción al establecer un formato pre aprobado que podrán usar los laboratorios para informar a los profesionales de la salud sobre la disponibilidad de medicamentos en el mercado a través de la prensa.

¹¹⁹ Sobre la Junta, véase Bond Esteves, E. (2009). "Junta Revisora de Productos Farmacéuticos. Breve Reseña Histórica" en *Revista del Instituto Nacional de Higiene "Rafael Rangel"*, N° 39, en <https://bit.ly/3mYCBR6> La Junta se rige por unas normas que dictó en su seno pero las mismas no se encuentran disponibles para su consulta en línea.

que puede haber obrado en su exclusión de la motivación en la que, vale acotar, en ningún momento se menciona a dicha junta¹²⁰.

d) *Resolución N° 253, que dicta las normas de buenas prácticas de distribución de medicamentos*¹²¹. El acto invoca como fundamento jurídico los artículos 63 y 76 numerales 2 y 8 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, 5 de la Ley Orgánica de Salud, y 14 de la Ley de Medicamentos. Se deja constancia que, entre los considerandos, se copió lo previsto en el artículo 21 de la Ley de Medicamentos¹²², a pesar de que no se hace mención a dicha norma.

La resolución establece obligaciones para las empresas dedicadas al almacenamiento y distribución de medicamentos incluyendo lo relativo al sistema de aseguramiento de la calidad respecto al personal, instalaciones y documentación. Adicionalmente, regula los procesos de compra, recepción, almacenamiento, preparación del pedido, despacho y distribución de medicamentos; rastreo de lotes; quejas y reclamos; devoluciones; recolecciones; auto inspección y auditorías de calidad.

Como se observa, la resolución es de amplio interés para el ejercicio de las actividades económicas relacionadas con el sector de los medicamentos pero, a pesar de ello, el fundamento jurídico invocado reitera las fallas de la resolución N° 252 de la misma fecha pues es sumamente general y abstracto, y no provee un verdadero asidero que permita dictar la norma en cuestión, más allá del rol del ministerio de salud como Autoridad de Vértice que, de aceptarse que confiere cobertura suficiente, daría lugar a afirmaciones que tienden a la deslegalización absoluta del sector, pues todo él podría estipularse mediante resoluciones y otros actos de rango sublegal.

e) *Resolución N° 407, que adopta el Manual de Buenas Prácticas de Manufactura para la Fabricación de Productos Farmacéuticos (BPM) de la Organización Mundial de la Salud (OMS)*¹²³. El acto invoca

¹²⁰ Nótese que la Resolución N° 213 de 2019 –que trataremos más adelante– derogó esta resolución, previéndose que el tema sería regulado a futuro por la junta en cuestión.

¹²¹ Gaceta Oficial N° 37.966 del 23-06-2004.

¹²² El artículo reza que “[e]l Ministerio de Salud y Desarrollo Social exigirá el establecimiento de un sistema de aseguramiento que garantice la calidad de los medicamentos, ya sean nacionales o importados en sus etapas de producción y elaboración, distribución, tenencia, dispensación y expendio en todo el Territorio Nacional”. Si bien la norma podría entenderse como aquella que faculta a la Administración para ejercer la potestad de ordenación sobre la materia, el término “exigir”, conforme con el Diccionario de la Real Academia Española, en su primera acepción, ha de entenderse como “[p]edir imperiosamente algo a lo que se tiene derecho”; por lo que, claramente, existe una diferencia entre exigir el establecimiento de un sistema y dictar dicho sistema.

¹²³ Gaceta Oficial N° 38.009 del 26-08-2004.

como fundamento jurídico los artículos 1, 83 y 84 de la Constitución¹²⁴, 32 y 33 de la Ley Orgánica de Salud¹²⁵, y 1, 2, 47 y 49 de la Ley de Medicamentos¹²⁶.

La fundamentación jurídica es vaga, por lo que se dificulta conocer si hay o no cobertura legal a pesar de que ninguno de los artículos invocados hace mención al poder de la Administración para dictar siquiera un acto similar al que se enunció. Lo anterior, aun cuando la Ley de Medicamentos menciona las Buenas Prácticas de Manufactura de la Industria Farmacéutica al indicar que ellas deberán ser respetadas “*para la instalación y funcionamiento de laboratorios farmacéuticos*”, sin precisar a quién corresponde su dictado ni bajo qué parámetros.

f) *Resolución N° 604, que regula la dispensación de medicamentos antimicrobianos en farmacias, servicios farmacéuticos y cualquier otro establecimiento debidamente autorizado, mediante la presentación de la prescripción facultativa*¹²⁷. El acto invoca como fundamento jurídico los artículos 76 numerales 8 y 18 de la Ley Orgánica de la Administración Pública¹²⁸, 16 numerales 3 y 4 del Decreto sobre Organización y

¹²⁴ El artículo 1 prevé los derechos irrenunciables de la Nación –entre ellos la autodeterminación nacional– mientras que los artículos 83 y 84 hacen referencia a la salud como derecho social fundamental y el deber del Estado de crear, ejercer la rectoría y gestionar un sistema público nacional de salud, como citamos *supra*.

¹²⁵ El artículo 32 indica que “[l]a Contraloría Sanitaria comprende: el registro, análisis, inspección, vigilancia y control sobre los procesos de producción, almacenamiento, comercialización, transporte y expendio de bienes de uso y consumo humano y sobre los materiales, equipos, establecimientos e industrias destinadas a actividades relacionadas con la salud”. Por su parte, el 33 precisa que “[l]a Contraloría Sanitaria será responsabilidad del Ministerio de la Salud. El ejercicio de esta competencia podrá ser delegado por el ministro sólo a los efectos de la fiscalización y supervisión del servicio” y ella garantizará: “1. Los requisitos para el consumo y uso humano de los medicamentos, psicotrópicos (...)”.

¹²⁶ Los artículos 1 y 2 se refieren al objeto y objetivos de la Ley de Medicamentos, respectivamente, mientras que el 42 a indica que el Formulario Terapéutico Nacional deberá contener un listado de medicamentos bioequivalentes. Finalmente el artículo 49 precisa que “[p]ara la instalación y funcionamiento de laboratorios farmacéuticos, estos deberán basar su actividad en procedimientos técnico-científicos comprobados de acuerdo a las Buenas Prácticas de Manufactura de la Industria Farmacéutica (...)”.

¹²⁷ Gaceta Oficial N° 38.348 del 02-01-2006.

¹²⁸ El numeral 18, que resta por citar, prevé como atribución común de los ministros con despacho “[s]uscribir los actos y correspondencias del despacho a su cargo”.

Funcionamiento de la Administración Pública Central¹²⁹, 5, 32 y 33 de la Ley Orgánica de Salud, y 31 y 37 de la Ley de Medicamentos¹³⁰.

Conforme con la resolución en cuestión, los establecimientos autorizados para dispensar medicamentos deberán retener la receta en la cual se indican los medicamentos antimicrobianos precisados en el artículo 3 de la normativa y deberán, a su vez, registrarla en el sistema de control que lleven a tal efecto.

Si bien la norma no comporta una limitación a la actividad económica de los particulares que actúen en el sector de los medicamentos y, en realidad, carece de valor negativo en la práctica, se considera que el fundamento indicado no ofrece cobertura absoluta a la resolución pues ninguno de estos artículos hace mención a que se le otorgue a la Administración potestades para normar la dispensación de medicamentos, a excepción del “*establecer mecanismos que garanticen que los medicamentos sean dispensados cumpliendo todas las normas sanitarias*” (artículo 14, párrafo primero) –que no fue traído a colación por la Administración– y la competencia general de ordenación prevista en el Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central.

g) Resolución N° 212, que dicta las normas venezolanas de biodisponibilidad y bioequivalencia de productos farmacéuticos¹³¹. El acto invoca como fundamento jurídico los artículos 63 y 76 ordinales 2 y 8 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, y 5 de la Ley Orgánica de Salud.

La resolución hace referencia a los requisitos de biodisponibilidad y bioequivalencia, su registro, los criterios que permiten obviar la presentación de evidencias de biodisponibilidad o bioequivalencia *in vivo*, diseños estadísticos y de aceptación de bioequivalencia, entre otros.

A pesar que el fundamento jurídico invocado es vago y ofrece pocas luces sobre el tema, por lo que se podría discutir su cobertura, se considera que al ser una norma de amplio valor técnico se encontraría dentro

¹²⁹ El artículo prevé que: “[s]on competencias del Ministerio de Salud y Desarrollo Social: (...) 3. La regulación y fiscalización sanitaria sobre los alimentos destinados al consumo humano, el suministro de agua potable y la producción y venta de productos farmacéuticos, cosméticos y sustancias similares; 4. La inspección y vigilancia del ejercicio de toda profesión o actividad que tenga relación con la atención a la salud (...)”.

¹³⁰ Sobre el deber del ministerio de salud de “*crear programas concernientes a la vigilancia permanente de los efectos adversos que puedan producir los medicamentos, procesar todas las denuncias correspondientes a esta materia y tomar las acciones necesarias para salvaguardar la salud pública*” y la clasificación de los medicamentos, respectivamente.

¹³¹ Gaceta Oficial N° 38.499 del 14-08-2006.

de las materias que la doctrina ha considerado pueden regularse por vía de actos de rango sublegal, aun cuando se reitera que no hay una disposición específica que le acuerde tal facultad a la Autoridad de Vértice más allá del poder general que se le otorga a la Administración para regir su sector.

h) *Resolución N° 191, que dicta las normas de buenas prácticas de farmacovigilancia*¹³². El acto invoca como fundamento jurídico los artículos 77 numerales 2, 13 y 19 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública¹³³, 17 numerales 1, 10 y 11 del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional¹³⁴, 5 y 11 numeral 1 de la Ley Orgánica de Salud, y 31 de la Ley de Medicamentos.

Su objeto es definir las normas conforme con las cuales se llevarán a cabo las buenas prácticas de farmacovigilancia, establecer las competencias de cada uno de sus miembros (tal y como sería el Servicio Autónomo de Contraloría Sanitaria y el Centro Nacional de Farmacovigilancia), y dictar el Manual de Buenas Prácticas de Farmacovigilancia para la Industria Farmacéutica.

En este caso se reitera lo comentado respecto a resoluciones anteriores en cuanto a la vaguedad del fundamento jurídico invocado con la gravedad de que, la resolución, establece listados de obligaciones tanto para los profesionales de la salud (artículo 6) como para los titulares de la autorización de comercialización de un medicamento (artículo 7), siendo el incumplimiento sancionado conforme con la ley (artículo 9), por lo que estamos ante una limitación de la libertad del particular producto del ejercicio de una potestad de ordenación que carece de fundamento particular que establezca los principios y lineamientos para su

¹³² Gaceta Oficial N° 39.579 del 22-12-2010.

¹³³ Gaceta Oficial N° 5.890 Extraordinario del 31-07-2008. El artículo prevé que: “*Son competencias comunes de las ministras o ministros con despacho: (...) 2. Orientar, dirigir, coordinar, supervisar y controlar las actividades del ministerio, sin perjuicio de las atribuciones que, sobre control externo, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley confieren a los órganos de la función contralora. (...) 13. Ejercer la rectoría de las políticas públicas que deben desarrollar los entes descentralizados funcionalmente adscritos a sus despachos, así como las funciones de coordinación y control que le correspondan conforme al presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, y a los demás instrumentos jurídicos respectivos. (...) 19. Suscribir los actos y correspondencias del despacho a su cargo (...)*”.

¹³⁴ El artículo prevé que: “*Son competencias del Ministerio del Poder Popular para la Salud: 1. Ejercer la rectoría del Sistema Público Nacional de Salud; (...) 10. La regulación y fiscalización sanitaria de los bienes de consumo humano tales como alimentos, bebidas, medicamentos, drogas, cosméticos y otras sustancias con impacto en la salud; 11. La regulación y fiscalización de los servicios de salud y de los equipos e insumos utilizados para la atención de la salud (...)*”.

implementación, y que se basa solo en el poder general y abstracto de la Administración para la regulación y fiscalización sanitaria de medicamentos.

i) *Resolución N° 139, que establece el régimen tarifario a pagar por los interesados al Instituto Nacional de Higiene "Rafael Rangel", por concepto de evaluaciones y análisis, con fines de registro y control de productos de uso y consumo humano*¹³⁵. El acto invoca como fundamento jurídico los artículos 77 numeral 19 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, y 9 del Decreto de Creación del Instituto Nacional de Higiene "Rafael Rangel"¹³⁶.

Al ser la competencia prevista en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública de carácter general, por lo que ella sola no permite conocer si existe cobertura suficiente, se hace necesario acudir al Decreto de Creación del Instituto Nacional de Higiene "Rafael Rangel".

En tal sentido resulta oportuno indicar que el artículo 9 invocado por la Administración se refiere es al deber del Instituto de suplir al Ejecutivo de sus productos (tales como vacunas, antígenos y sueros) a un precio máximo de 5 % sobre su costo y que el resto habrían de ser vendidos a "precios equitativos", por lo que el artículo en cuestión no cubriría el supuesto de hecho.

No obstante, el artículo 4 *ejusdem* reconoce como ingreso del Instituto "los beneficios que realice en las operaciones que le son propias y con las entradas que tenga por cualquier concepto", por lo que –entendemos– cabría la posibilidad del cobro de tarifas a los interesados por concepto de evaluaciones y análisis.

j) *Resolución N° 49, que regula la prescripción de medicamentos a seres humanos en el territorio de la República*¹³⁷. El acto invoca como fundamento jurídico los artículos 77 numerales 2, 13 y 19 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, 17 numerales 1, 3, 14 y 25 del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, 5, 11, 32 y 33 de la Ley Orgánica de Salud, 2 numeral 6, 31 y 37 de la Ley de Medicamentos¹³⁸.

¹³⁵ Gaceta Oficial N° 39.819 del 13-12-2011.

¹³⁶ Sobre la obligación del Instituto de dotar de sus productos al Ejecutivo Nacional.

¹³⁷ Gaceta Oficial N° 40.163 del 09-05-2013.

¹³⁸ Todos ellos citados a lo largo de este aparte a excepción del numeral 25 del artículo 17 del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, según el cual es competencia del Ministerio del Poder Popular para la Salud "[f]ormular e implantar políticas de seguridad farmacéutica en defensa del interés público, en articulación con los entes públicos relacionados con la materia, dirigida a asegurar el acceso a medicamentos esenciales, enumerados en el

Su objeto es regular la prescripción de medicamentos en el territorio de la República que deberá realizarse, de forma obligatoria, señalando el principio activo o Denominación Común Internacional (DCI) del producto farmacéutico, siendo que “[e]l Ministerio del Poder Popular para la Salud dictará con posterioridad las Resoluciones que regularán los aspectos relativos a la prescripción y dispensación de medicamentos, no contemplados en la presente Resolución” (artículo 6).

Como ha sido usual, la fundamentación jurídica es vaga por lo que se dificulta conocer si hay o no cobertura legal. La situación se agrava al constatar que, conforme al artículo 6 indicado, la Administración se facultó a sí misma, mediante la resolución, para dictar otros actos normativos en el futuro que complementen el régimen de prescripción instaurado por ella.

k) Resolución N° 189, que establece la Lista Básica Nacional de Medicamentos Esenciales (LBNME), la cual será de obligatorio cumplimiento para el Sistema Público Nacional de Salud¹³⁹. El acto invoca como fundamento jurídico los artículos 77 numerales 2, 15 y 19 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, 17 numerales 1, 3, 14 y 25 del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, 5 y 11 de la Ley Orgánica de Salud, y 37 de la Ley de Medicamentos¹⁴⁰.

En adición a la lista de medicamentos esenciales, se reitera que la prescripción de medicamentos deberá realizarse de forma obligatoria señalando el principio activo o Denominación Común Internacional (DCI) del producto farmacéutico y que el expendio de medicamento sin prescripción facultativa solo se hará en aquellos establecimientos farmacéuticos autorizados por el ministerio de salud.

A pesar de que el fundamento jurídico invocado es ambiguo, se considera que la norma se refiere a circunstancias concretas variables que conviene separar de la regulación abstracta propia de la ley, por lo que su ordenación a través de un acto de rango sublegal no comportaría una deslegalización de la materia sino, más bien, un completo necesario al actuar del legislador.

Formulario Terapéutico Nacional, que sean eficaces, seguros, accesibles y de calidad para la población”.

¹³⁹ Gaceta Oficial N° 40.396 del 22-04-2014.

¹⁴⁰ Todos ya citados menos el numeral 15 del artículo 77 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, según el cual son competencias comunes de los ministros con despacho: “[c]omprometer y ordenar los gastos del ministerio e intervenir en la tramitación de créditos adicionales y demás modificaciones de su presupuesto, de conformidad con la ley”.

l) Resolución N° 322, que crea el Sistema de Gestión y Distribución de Medicamentos e Insumos Médicos Simón Bolívar (SIBO), de carácter estratégico y de obligatorio cumplimiento por la Red de Hospitales que integran el Sistema Público Nacional de Salud, interconectado con el Sistema Integral de Control de Medicamentos (SICM)¹⁴¹. El acto invoca como fundamento jurídico los artículos 165 y 78 numerales 1, 2, 19 y 27 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública¹⁴², 46 del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional¹⁴³, y 1 de la Ley de Medicamentos.

La resolución determina que los responsables del proceso de carga, recepción, almacenamiento, distribución interna, inventario y despacho de medicamentos dentro del Sistema Público Nacional de Salud deben constar en un registro que al efecto llevará el ministerio con competencia en el área de salud, a fin de realizar el seguimiento de la movilización de estos insumos, conocer su demanda, niveles de inventario, consumo y estado; reiterándose al respecto los comentarios sobre la cobertura legal efectuado sobre la mayoría de los actos abordados en este aparte.

m) Resolución N° 346, que dicta las normas de buenas prácticas para almacenamiento de productos farmacéuticos, materiales médico-quirúrgicos, materias primas, productos intermedios, a granel e insumos para acondicionamiento¹⁴⁴. El acto invoca como fundamento jurídico los artículos 78 numerales 2 y 19 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, 5 numeral 2 de la

¹⁴¹ Gaceta Oficial N° 41.519 del 07-11-2018.

¹⁴² Los artículos rezan: "**Artículo 165. Soporte Informático.** Los registros que la Administración Pública establezca para la recepción de escritos y comunicaciones de los particulares o de órganos o entes, deberán instalarse en un soporte informático (...);" "**Artículo 78. Competencias comunes de las ministras o ministros con despacho.** Son competencias comunes de las ministras o ministros con despacho: 1. Dirigir la formulación, el seguimiento y la evaluación de las políticas sectoriales que les corresponda, de conformidad con el decreto presidencial que determine el número y la competencia de los ministerios y con el reglamento orgánico respectivo. 2. Orientar, dirigir, coordinar, supervisar y controlar las actividades del ministerio, sin perjuicio de las atribuciones que, sobre control externo, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley confieren a los órganos de la función contralora. (...) 19. Suscribir los actos y correspondencias del despacho a su cargo. (...) 27. Las demás que le señalen las leyes y los reglamentos".

¹⁴³ El artículo reza: "**Artículo 46. Ministerio del Poder Popular para la Salud.** Es de la competencia del Ministerio del Poder Popular para la Salud, la salud humana integral; el Sistema Público Nacional de Salud; la contraloría sanitaria; los insumos, medicamentos y productos biológicos para la salud; los servicios de veterinaria que tengan relación con la salud humana; la regulación y control del ejercicio de las profesiones relacionadas con la salud, en forma privada o pública; la regulación y fiscalización de las clínicas privadas".

¹⁴⁴ Gaceta Oficial N° 41.545 del 13-12-2018.

Ley del Estatuto de la Función Pública¹⁴⁵, y 32 y 33 de la Ley Orgánica de Salud.

La resolución –que está dirigida a laboratorios, casas de representación, distribuidoras, importadoras, droguerías, empresas almacenadoras y almacenes estatales– tiene por objeto garantizar la conservación de los productos mencionados mientras se espera su utilización en las áreas de producción o su distribución, a fin de evitar su contaminación.

A tal efecto, se precisan aspectos como el modelo de gestión operativa de los locales de almacenamiento, infraestructura, personal y normas de calidad e higiene, en lo que sin duda se corresponde con un ejercicio de la potestad de ordenación por parte de la Administración que no encontraría cabida expresa en el fundamento jurídico invocado por la Autoridad de Vértice, al punto de que esta última trajo a colación hasta la Ley del Estatuto de la Función Pública para justificar su actuar.

n) *Resolución N° 357, que establece los lineamientos necesarios que deben cumplir los usuarios del Sistema Integral de Control de Medicamentos (SICM), los laboratorios, casas de representación, importadoras, droguerías, farmacias, centros de salud del sector público y privado*¹⁴⁶. El acto invoca como fundamento jurídico los artículos 65 y 78 numerales 1, 3, 4, 19 y 27 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública¹⁴⁷, 46 del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, y el Decreto N° 3.655 del 09-11-2018 que declaró el estado de excepción por emergencia económica¹⁴⁸.

La resolución determina que los sujetos indicados en su título deben reportar diariamente en el Sistema sobre la existencia y el inventario de materia prima y productos semiterminados y terminados destinados a producción, comercialización, distribución y dispensación en todo el territorio nacional; previéndose adicionalmente que el “operador del

¹⁴⁵ Gaceta Oficial N° 37.482 del 11-07-2002, reimpressa en N° 37.522 del 06-09-2002, según el cual “[l]a gestión de la función pública corresponderá a: (...) 2. Los ministros”.

¹⁴⁶ Gaceta Oficial N° 41.546 del 14-12-2018.

¹⁴⁷ El artículo reza: **“Artículo 65. Suprema dirección de los ministerios.** La suprema dirección del ministerio corresponde a la ministra o ministro, quien la ejercerá con la inmediata colaboración de las viceministras o viceministros y de los órganos de apoyo ministerial”. Del artículo 78, en cuanto a las competencias comunes de los ministros con despacho, restarían por citar los numerales “3. Representar política y administrativamente al ministerio” y “4. Cumplir y hacer cumplir las órdenes que les comunique la Presidenta o Presidente de la República o la Vicepresidenta Ejecutiva o Vicepresidente Ejecutivo, así como los lineamientos estratégicos y políticas dictadas conforme a la planificación centralizada”.

¹⁴⁸ Véase al respecto Sira Santana, G. (2017). *El estado de excepción a partir de la Constitución de 1999*. Caracas: CIDEP y Editorial Jurídica Venezolana.

sistema” podrá sancionar a los usuarios que no efectúen tal reporte con la inactivación de su código de acceso al sistema mencionado.

Nuevamente, nos encontramos frente al ejercicio de la potestad de ordenación sin que conste de modo expreso la habilitación de la Administración para ello, apreciándose como agravante que el incumplimiento de la obligación estatuida por la Administración daría pie a una sanción también determinada por ella.

o) *Resolución N° 041, que establece que los servicios de salud en el ámbito nacional deberán brindar atención inmediata a las mujeres gestantes o post eventos obstétricos, así como a los neonatos*¹⁴⁹. El acto invoca como fundamento jurídico los artículos 65 y 78 numerales 2, 19 y 27 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, 5 y 11 numerales 1, 4, 10 y 14 de la Ley Orgánica de Salud.

Nótese que aun cuando la resolución no hace mención a los medicamentos, estos podrían hallarse presente en la fase de “*estabilización de la condición clínica de la gestante y el neonato*”, y la obligación de los centros de salud de garantizar dicha atención mínima. En todo caso, del fundamento jurídico invocado por la Autoridad de Vértice no deriva que ella pueda ejercer la potestad de ordenación en esta materia al referirse, por ejemplo, a la “*supervisión y evaluación continua de los servicios públicos para la salud*” y no a la adopción de normativas referidas a la dispensación de medicamentos.

p) *Resolución N° 075, que establece un régimen especial, de carácter transitorio, a través de la implementación de medidas dirigidas a las empresas farmacéuticas no domiciliadas en la República Bolivariana de Venezuela, para la importación y comercialización de productos farmacéuticos*¹⁵⁰. El acto invoca como fundamento jurídico los artículos 78 numerales 2, 13, 19 y 27 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, 46 del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, y el Decreto N° 3.779 del 12-03-2019 que declaró el estado de excepción por emergencia económica.

La medida, tomada como parte del “*combate al bloqueo económico y su repercusión en el acceso a medicamentos para la población de Venezuela*” permitió que personas jurídicas no domiciliadas en la República pudieran comercializar sus productos en el país gracias a alianzas estratégicas con las empresas del Estado o Casas de Representación, que habían de darse de acuerdo con los requisitos previstos en la

¹⁴⁹ Gaceta Oficial N° 41.584 del 12-02-2019.

¹⁵⁰ Gaceta Oficial N° 41.610 del 04-04-2019.

resolución, así como llevar a cabo el procedimiento estatuido en la misma para la tramitación de los permisos sanitarios requeridos. Al respecto reiteramos los comentarios sobre la cobertura legal efectuado sobre la mayoría de los actos abordados en este aparte y lo dicho en otra ocasión sobre la distorsión del derecho de excepción por parte del Ejecutivo Nacional¹⁵¹.

q) *Resolución N° 206, por la que queda sujeto al Sistema Integral de Control de Medicamentos (SICM) el gas medicinal fabricado industrialmente o en cuya fabricación intervenga un proceso industrial*¹⁵². El acto invoca como fundamento jurídico los artículos 65 y 78 numerales 1, 2, 19 y 27 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, y 46 del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional.

La resolución, que parte de la necesidad de “evitar fallas en el suministro que devengan en complicaciones mayores de salud a la población” por lo que “es necesario que a través de una herramienta estratégica de monitorio se realicen alertas a las autoridades en tiempo oportuno y eficaz del posible desabastecimiento de gas medicinal que suministran las empresas productoras y distribuidoras”, carece de fundamento jurídico preciso, tal como ha sido la regla en los actos aquí reseñados. No obstante, al supuesto podría aplicar lo ya dicho en cuanto a la Lista Básica Nacional de Medicamentos Esenciales.

r) *Resolución N° 213, mediante la cual la Junta Revisora de los Productos Farmacéuticos, podrá dictar las normas relativas a la vigilancia del registro, promoción y publicidad, prescripción, sustitución, dispensación, expendio, farmacovigilancia ensayos clínicos de los medicamentos, así como otras dentro del ámbito de sus competencias y funciones conferidas por Ley, previa consideración del Ministro del Poder Popular para la Salud*¹⁵³. El acto invoca como fundamento jurídico los artículos 34, 65 y 78 numerales 2 y 19 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública¹⁵⁴, 46 del Decreto

¹⁵¹ Véase al respecto Sira Santana, G. *El estado de excepción...*, ob. cit.

¹⁵² Gaceta Oficial N° 41.777 del 09-12-2019.

¹⁵³ Gaceta Oficial N° 41.858 del 14-04-2020.

¹⁵⁴ El artículo reza: “**Artículo 34. Delegación interorgánica.** La Presidenta o Presidente de la República, la Vicepresidenta Ejecutiva o Vicepresidente Ejecutivo, las ministras o ministros, las viceministras o viceministros, las gobernadoras o gobernadores, las alcaldesas o alcaldes, las jefas o jefes de Gobierno y los superiores jerárquicos de los órganos y entes de la Administración Pública, así como las demás funcionarias o funcionarios superiores de dirección podrán delegar las atribuciones que les estén otorgadas por ley, a los órganos o funcionarias o funcionarios bajo su dependencia, así como la firma de documentos en funcionarias o funcionarios adscritas a los mismos, de conformidad con las formalidades que

sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, y 33 de la Ley de Medicamentos.

Sobre este acto, con el que culminamos el listado del ministerio de salud, llama la atención que el ministro invocó dentro de su fundamento jurídico el artículo de ley orgánica de la administración pública referido a la delegación interorgánica, dándose a entender que correspondía al ministerio dictar toda la normativa en cuanto a la vigilancia del registro, promoción y publicidad, prescripción, sustitución, dispensación, expendio, farmacovigilancia y ensayos clínicos de los medicamentos, si bien como hemos visto no existe –al menos a nuestro real saber y entender– una disposición que confiera tal potestad de ordenación a la autoridad comentada¹⁵⁵; lo que justificaría en parte porqué, como hemos visto, el ministerio suela acudir a artículos que poca relación guardan con el tema en particular para motivar sus resoluciones.

2. Ministerio con competencia en materia de salud junto a otros ministerios

a) *Resolución conjunta N° 414 (trabajo y comercio), que implementa la Guía Única de Movilización, Seguimiento y Control de Medicamentos prevista en el Sistema Integral de Control de Medicamentos (SICM)*¹⁵⁶. El acto invoca como fundamento jurídico los artículos 84 de la Constitución de la República, 16 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y 23, 24 y 77 numerales 1, 2 y 27 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública¹⁵⁷.

Su objetivo es implementar la Guía Única de Movilización, Seguimiento y Control de Medicamentos prevista en el Sistema Integral de Control de Medicamentos (SICM) a los fines de controlar y hacer seguimiento de la importación de materia prima para la fabricación de medicamentos, productos terminados, los inventarios y la recepción y

determine el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica y su Reglamento".

¹⁵⁵ Lo más cercano podría ser, en adición a los artículos 5 y 12 de la Ley Orgánica de Salud, el artículo 67 *ejusdem* según el cual "[e]l Ministerio de la Salud en caso de reiterados descatos a las normas sobre contraloría sanitaria que establece esta Ley, sus Reglamentas y demás normas administrativas dictadas al efecto por dicho ministerio, ordenará la imposición de multas, comiso, destrucción, clausura permanente y temporal" (destacado nuestro).

¹⁵⁶ Gaceta Oficial N° 40.509 del 01-10-2014.

¹⁵⁷ Todos ya citados a excepción del artículo 24 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública ("[l]os órganos y entes de la Administración Pública colaborarán entre sí y con las otras ramas de los poderes públicos en la realización de los fines del Estado") y el numeral 27 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública según el cual es competencia de los ministerios con Despacho: "[l]as demás que le señalen las leyes y los reglamentos".

despacho en toda la cadena de comercialización o distribución de medicamentos y otros productos farmacéuticos registrados ante el Ministerio del Poder Popular para la Salud y cualquier otra actividad vinculada a la materia en todo el territorio de la República, siendo obligación de quien ejerza la actividad económica en el sector de medicamentos registrarse en el mismo.

De esta resolución llama la atención el artículo 2 conforme con el cual *“el Ministerio del Poder Popular para la Salud dictará las políticas, planes y lineamientos, para la organización, implementación, seguimiento y control del Sistema Integral de Control de Medicamentos (SICM)”*. Así, no solo nos encontramos ante una resolución cuyo fundamento jurídico está más que en entredicho –para muestra, el hecho que se invoca la disposición sobre competencia residual de los ministerios en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, sin que se indique cuál ley es a la que se remite– sino que, la misma, se constituye en el fundamento jurídico que podrá ser alegado luego por la propia Administración para dictar nuevas normas que regulen el Sistema Integral de Control de Medicamentos. Supuesto este que visiblemente afecta la reserva legal y podría generar nuevas restricciones a la libertad del particular en cuanto al ejercicio de su actividad económica.

b) *Resolución conjunta N° 390 (industrias ligeras y comercio) que establece los Precios Máximos de Venta al Público (PMVP), de las presentaciones farmacéuticas establecidas en las listas que allí se mencionan en los términos que ella se indica*¹⁵⁸. El acto invoca como fundamento jurídico los artículos 10 numeral 3 y 16 numeral 1 del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, 7 y 44 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, 2 párrafo único de la Ley de Medicamentos, y 2 del Decreto que Declara los Bienes y Servicios de Primera Necesidad.

Conforme con el Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central invocado, el Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio era competente para *“[f]ormular, regular y ejecutar políticas, planes y proyectos orientados a la (...) fijación de precios de productos”* mientras que al Ministerio de Salud correspondía la formulación y regulación de políticas destinadas a la promoción de la salud y calidad de vida. Aunado a ello, el artículo 2 de la Ley de Medicamentos establece que *“[e]l Estado podrá regular los precios de los medicamentos, cuando sea necesario, con el fin de atender los requerimientos de los sectores sociales de bajos ingresos”*.

¹⁵⁸ Gaceta Oficial N° 38.288 del 06-10-2005.

Una disposición similar se encuentra en el Decreto que Declara los Bienes y Servicios de Primera Necesidad –entre los que se encuentran los medicamentos de uso humano y veterinario– según el cual “[e]/ precio máximo de venta al público (...) serán fijados por resoluciones que dictará el Ministerio de la Producción y el Comercio, conjuntamente con el organismo competente”.

Así las cosas, se puede concluir que la resolución fue dictada dentro de los parámetros que el Legislador dio a la Administración (y que luego el Ejecutivo concretó en diferentes decretos); aun cuando resulta ampliamente discutible el hecho que estos precios máximo de venta no se hubiesen actualizado en casi diez años, pues la única resolución posterior sobre el tema fue en el año 2007 cuando se ajustaron al bolívar fuerte producto de la reconversión monetaria¹⁵⁹, y luego en 2018¹⁶⁰, como consecuencia de la “Ley Constitucional” de Precios Acordados cuyo examen de inconstitucionalidad rebasa el objeto de estas líneas¹⁶¹.

Vale acotar que en esta materia los artículos de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario invocados por la Administración carecen de sentido pues ellos no guardan relación con la fijación de precios de venta, sino que tratan sobre los riesgos derivados del uso de productos y la información que, sobre los mismos, ha de proveerse al comprador.

c) *Resolución conjunta N° 331 (comercio nacional), mediante la cual se establecen los lineamientos necesarios que deben cumplir los usuarios del Sistema Integral de Control de Medicamentos (SICM), los laboratorios, casas de representación, importadoras del sector público y privado, para la obtención de la información en relación con los procesos de producción e importación de medicamentos*¹⁶². El acto invoca como fundamento jurídico los artículos 65 y 78 numerales 1, 3, 4, 19 y 27 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración

¹⁵⁹ Véase la resolución conjunta N° 305 y 202 del Ministerio del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio y del Ministerio del Poder Popular para la Salud por la cual se dispone que con ocasión de la reconversión monetaria se expresen, tanto en bolívares actuales (Bs.) como en bolívares fuertes (Bs. F.) los Precios Máximos de Venta fijados para los medicamentos que en ella se especifican. Gaceta Oficial N° 38.777 del 26-09-2007.

¹⁶⁰ Véase la Resolución N° VSE-004 de la Vicepresidencia de la República, mediante la cual se establecen los precios máximos al consumidor para los medicamentos en sus formas farmacéuticas que en ella se indican. Gaceta Oficial N° 41.501 del 11-10-2018.

¹⁶¹ Véase Alfonso Paradisi, J. “La Ley Constitucional de Precios acordados emitida por la Asamblea Nacional Constituyente. Su inconstitucionalidad, nueva regulación de precios a través del diálogo y su desconocimiento por las vías de hecho de autoridades administrativas” en *Revista de Derecho Público*, N° 153-154, pp. 57-84.

¹⁶² Gaceta Oficial N° 41.541 del 07-12-2018.

Pública¹⁶³, 46 del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, y 1 de la Ley de Medicamentos.

Al respecto, reiteramos los comentarios efectuados *supra* sobre la Resolución N° 357 de 2018, dada la similitud que existe entre el contenido de ambas resoluciones.

3. Otros órganos y entes de la Administración Pública Nacional

a) *Resolución N° 274 del Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria, que dicta las normas generales sobre las actividades de insu- mos de uso animal*¹⁶⁴. El acto invoca como fundamento jurídico los artículos 2 numeral 1 de la Ley sobre Defensas Sanitarias, Vegetal y Animal, 5 de la Ley de Abonos y demás Agentes Susceptibles de operar una Acción Beneficiosa en Plantas, Animales, Suelos o Aguas, y 44 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central.

Conforme al fundamento invocado, correspondía al ministerio con competencia en materia de agricultura y cría dictar *“todas las medidas que juzgue necesarias”* a los fines de la defensa sanitaria vegetal y animal, estando *“en especial”* autorizado para *“dictar medidas prohibitivas o restrictivas y para reglamentar la importación y traslado de los vegetales, animales y sus respectivos productos”*.

Asimismo, la importación, exportación, distribución y venta de las sustancias como hormonas y antibióticos se hizo depender de una autorización previa que otorgaría dicho ministerio y que *“estará subordinada a los requisitos y condiciones establecidos en la presente Ley y en su Reglamento”*.

En este sentido nos encontramos ante una nueva potestad normativa por parte de la Administración que se consagra de modo amplio y cuyo basamento legal resulta al menos controvertido pues, los artículos citados por la autoridad no especifican qué la faculta para determinar, por ejemplo, la actividad de almacenamiento, distribución, expendio y comercialización en general de medicamentos para animales deberá

¹⁶³ **“Artículo 34. Delegación interorgánica.** La Presidenta o Presidente de la República, la Vicepresidenta Ejecutiva o Vicepresidente Ejecutivo, las ministras o ministros, las viceministras o viceministros, las gobernadoras o gobernadores, las alcaldesas o alcaldes, las jefas o jefes de Gobierno y los superiores jerárquicos de los órganos y entes de la Administración Pública, así como las demás funcionarias o funcionarios superiores de dirección podrán delegar las atribuciones que les estén otorgadas por ley, a los órganos o funcionarios o funcionarias o funcionarios bajo su dependencia, así como la firma de documentos en funcionarias o funcionarios adscritas a los mismos, de conformidad con las formalidades que determine el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica y su Reglamento”.

¹⁶⁴ Gaceta Oficial N° 36.947 del 10-05-2000.

contar con asesoría técnica permanente por parte de un médico veterinario colegiado y una infraestructura física ajustada a las características de los productos a juicio del Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria (artículo 11).

b) *Providencia N° 187 de la Superintendencia Nacional de Costos y Precios, que establece la obligación de notificar los costos y precios de los medicamentos*¹⁶⁵. El acto invoca como fundamento jurídico los artículos 16, 31 numerales 3 y 6, y 36 numeral 4 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Costos y Precios¹⁶⁶.

Conforme con el numeral 4 del artículo 36 era atribución del Superintendente “[d]ictar las regulaciones y normativa encomendadas por el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley a la Superintendencia, necesaria para la aplicación e implementación de este Decreto Ley”. Por su parte, el artículo 16 establecía que uno de los procedimientos para la fijación de precios es que el sujeto lo notificara a la Administración, siempre que este precio se hubiese determinado antes de la entrada en vigencia del decreto ley y no se tratara de un bien sometido a regulación de precios por el Ejecutivo Nacional¹⁶⁷.

En este sentido, el acto administrativo tendría en efecto un basamento jurídico cierto ya que se dictó en aplicación de las disposiciones citadas *supra*, sin que ello sea óbice para considerar lo dañino que resulta a la economía nacional los impedimentos y limitaciones que el decreto ley en cuestión representa para la libertad de actividad económica¹⁶⁸.

c) *Providencia N° 125-2016 del Servicio Autónomo de Contraloría Sanitaria, que dicta la medida para el cumplimiento de la prescripción de medicamentos por principio activo o denominación común internacional y prohibición de publicidad en los récipes*¹⁶⁹. El acto invoca como fundamento jurídico los artículos 39 y 40 numeral 2 del Reglamento Orgánico del Ministerio de Salud, y 17 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

La providencia tiene por objeto “*velar el cumplimiento*” de la Resolución N° 49/2013 citada *supra*, para lo cual prevé como obligación que

¹⁶⁵ Gaceta Oficial N° 39.986 del 15-08-2012.

¹⁶⁶ Gaceta Oficial N° 39.715 del 18-07-2011, hoy derogado.

¹⁶⁷ Véase la resolución conjunta N° 095 y 390 mediante la cual se establecen los Precios Máximos de Venta al Público (PMVP), de las presentaciones farmacéuticas establecidas en las listas que allí se mencionan en los términos que ella se indica.

¹⁶⁸ Véase en este sentido Rodrigo Moncho, S. (2015). “La imposición de un límite a las ganancias permitidas en Venezuela bajo la Ley Orgánica de Precios Justos” en *Revista de Derecho Público*, N° 140, pp. 269-281.

¹⁶⁹ Gaceta Oficial N° 40.953 del 27-07-2016.

se fije en los centros de salud un aviso que aluda a la obligación de prescribir los medicamentos por principio activo, a lo que el artículo 3 agrega que:

El Servicio Autónomo de Contraloría Sanitaria (SACS), se reserva el derecho de aplicar las sanciones civiles, penales y administrativas de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Salud, Código Penal, Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y demás leyes vigentes, a toda persona natural o jurídica, de Derecho Público o Privado que contraenga lo estipulado (...).

En otras palabras, nos encontramos ante otro claro ejemplo del ejercicio de la potestad de ordenación por parte de la Administración que carecería de fundamento jurídico cierto –al extremo de citarse como parte del mismo el artículo de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que define qué es una providencia– pero cuyo incumplimiento podría acarrear sanciones de la más variada naturaleza, en criterio de la propia Administración.

d) *Providencia N° 065-2020 del Servicio Autónomo de Contraloría Sanitaria, que dicta la norma que regula los laboratorios y casa de representación públicos y privados, que se amparen al beneficio de suspensión del empaque secundario y prospecto en la comercialización de medicamentos en el territorio nacional*¹⁷⁰. El acto invoca como fundamento jurídico los artículos 1 y 5 numeral 5, 17, 18 y 19 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

La providencia, que dice basarse a su vez en el estado de alarma declarado ante la pandemia de la COVID-19¹⁷¹, enlista una serie de formas farmacéuticas que podrán prescindir del empaque secundario siempre que medie autorización del Servicio Autónomo de Contraloría Sanitaria, de acuerdo con los requerimientos que dicho servicio publicaría a futuro en su sitio web.

Nuevamente, un acto que guarda nula relación con el fundamento jurídico invocado y que, como tantos otros reseñados en este estudio, llama a la reflexión sobre la necesidad de analizar de forma crítica y con estadísticas la motivación de los actos de efectos generales que emanan del Poder Ejecutivo Nacional dada la tendencia –si no total, al menos mayoritaria– de que la Administración acuda a *cualquier artículo que se le pase por el frente* para justificar su actuar en lo que no solo revela un profundo desconocimiento del ordenamiento jurídico que ella está llamada a cumplir y hacer cumplir –pues en más de una ocasión, como

¹⁷⁰ Gaceta Oficial N° 41.861 del 17-04-2020.

¹⁷¹ Véase Sira Santana, G. (2020). "Venezuela y el estado de alarma por el COVID-19". *Estudios jurídicos sobre la pandemia del COVID-19*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Editorial Jurídica Venezolana, pp. 55-70.

también tuvimos oportunidad de ver, sí había una disposición que le permitía dictar el acto en cuestión aunque la misma fuese ignorada por la Administración al momento de motivar-, sino, e igual de preocupante, el desinterés en que sus actuaciones sean conforme con derecho y las exigencias impuestas por el legislador como representante del pueblo soberano, quizá a sabiendas de que, de impugnarse el acto por la vía judicial, el particular difícilmente obtendrá un pronunciamiento que sea cónsono con sus intereses¹⁷².

Esta situación, de por sí alarmante, no hace más que agravarse si recordamos que los ordenamientos jurídicos sectoriales proponen la flexibilización del principio de legalidad o una reserva legal dúctil que, en definitiva, favorece la intervención de la Administración en sectores de la economía nacional y, en consecuencia, limita la autonomía de la voluntad de los particulares; por lo que no de preverse, acotarse y ejecutarse tales ordenamientos de una forma correcta, estaríamos consintiendo que determinadas áreas de la vida nacional escapen del Estado de Derecho y se rijan por la mera discrecionalidad del mandatario de turno, en lo que no constituiría sino un retroceso en la lucha contra las inmunidades del poder¹⁷³. ■

¹⁷² Canova González, Antonio et al. (2014). *El TSJ al servicio de la revolución. La toma, los números y los criterios del TSJ venezolano (2005-2013)*. Caracas: Editorial Galipán.

¹⁷³ Véase García de Enterría, E. (2016). "La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)", *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 8, pp. 25-89, en <https://bit.ly/3kNosVq>

La ocupación de empresas con base en la legislación laboral

Samantha SÁNCHEZ MIRALLES*

REDAV, N° 20, 2020, PP. 91-117

Resumen: El artículo precisa los términos en los que el ordenamiento jurídico venezolano regula la ocupación de entidades de trabajo y sus diferencias con otras figuras jurídicas, para de seguida reseñar algunos de los casos en los que esta medida ha tenido aplicación y que, en la práctica, se han traducido en expropiaciones de hecho.

Palabras clave: Expropiación – Libertad de empresa – Ocupación.

Abstract: *The article specifies the terms in which the Venezuelan legal system regulates the occupation of work entities and its differences with other legal figures, to then outline some of the cases in which this measure has been applied and that, in practice, have resulted in de facto expropriations.*

Keywords: *Expropriation – Business freedom – Occupation.*

Recibido

05-05-2021

Aceptado

29-06-2021

Entre los años 2012 y 2020 en Venezuela hemos sido testigos de numerosas ocupaciones de empresas por parte del Estado, usando como base la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras¹ (LOTTT). El objetivo de este trabajo es reseñar estos casos, precisando el marco jurídico de los mismos y dar, en la medida de lo posible, una visión panorámica de la situación de dichas empresas a la fecha.

I. Algunas precisiones sobre la ocupación en el ordenamiento jurídico venezolano

1. Previsión normativa

Ocupar es tomar posesión de algo y –en el derecho civil– es uno de los modos de adquirir la propiedad de una cosa que no tiene dueño. Efectivamente, el Código Civil establece en su artículo 796 que la propiedad se adquiere por la ocupación, y luego elabora en su artículo 797: “[l]as cosas que no son de la propiedad de nadie, pero que pueden llegar a serlo de alguien, se adquieren por la ocupación; tales como son

* Abogado Magna Cum Laude, UCV 1991, LL.M, University of Michigan 1994, Doctora en Derecho, UCV, 2010. sanchezmiralles@cidep.com.ve

¹ G.O. Ext. N° 6.076 del 12-05-2012.

*los animales que son objeto de la caza o de la pesca. El tesoro y las cosas muebles abandonadas*².

Las normas del Código Civil se refieren a la ocupación de bienes que no tienen dueño o han sido abandonadas, mientras que la ocupación a la que haremos referencia en este estudio se encuentra establecida en la LOTT, concretamente en su artículo 149 que reza:

Artículo 149. Protección de las fuentes de trabajo y de los puestos de trabajo. En los casos de cierre ilegal, fraudulento de una entidad de trabajo, o debido a una acción de paro patronal, si el patrono o patrona se niega a cumplir con la Providencia Administrativa que ordena el reinicio de las actividades productivas, el Ministro o Ministra del Poder Popular con competencia en materia de trabajo y seguridad social podrá, a solicitud de los trabajadores y trabajadoras, y mediante Resolución motivada, ordenar la ocupación de la entidad de trabajo cerrada y el reinicio de las actividades productivas, en protección del proceso social de trabajo, de los trabajadores, las trabajadoras y sus familias.

A tal efecto, convocará al patrono o patrona, trabajadores, trabajadoras y sus organizaciones sociales, para la instalación de una Junta Administradora Especial, que tendrá las facultades y atribuciones necesarias para garantizar el funcionamiento de la entidad de trabajo y la preservación de los puestos de trabajo.

La Junta Administradora Especial estará integrada por dos representantes de los trabajadores y trabajadoras, uno o una de los cuales la presidirá, y un o una representante del patrono o patrona. En caso de que el patrono o patrona decida no incorporarse a la Junta Administradora Especial, será sustituido por otro u otra representante de los trabajadores y trabajadoras.

Por intermedio del ministerio del Poder Popular con competencia en trabajo y seguridad social, los trabajadores y trabajadoras podrán solicitar al Estado la asistencia técnica que sea necesaria para la activación y recuperación de la capacidad productiva. La vigencia de la Junta Administradora Especial será hasta de un año, pudiendo prorrogarse si las circunstancias lo ameritan.

De considerarlo necesario, previa evaluación e informe, y dependiendo de los requerimientos del proceso social de trabajo, se podrá incorporar a la Junta Administradora Especial un o una representante del ministerio del Poder Popular con competencia en la materia propia de la actividad productiva que desarrolle la entidad de trabajo.

En tanto, cuando leemos la exposición de motivos de la LOTT encontramos el siguiente razonamiento como justificante para proceder a la ocupación:

También establece la potestad del Ejecutivo para, en protección del proceso social de trabajo, restablecer las actividades productivas de una entidad de

² El artículo citado se refiere a bienes muebles. En cuanto a los inmuebles véanse las disposiciones contenidas en el Título V (artículos 771 y siguientes) del Código Civil, G.O. Ext. N° 2.990 del 26-07-1982.

trabajo que haya sido objeto de cierre ilegal o fraudulento, o cuyo patrono o patrona se encuentre en desacato de una orden de reinicio de actividades. Igualmente, se reconoce el derecho de los trabajadores y de las trabajadoras a preservar sus fuentes de trabajo incluso a través de la gestión directa de los activos de las entidades de trabajo que se encuentren en las dificultades antes citadas, mediante designación de Juntas Administradoras Especiales, para lo cual podrán recibir asistencia técnica del Estado.

2. Diferencia entre la ocupación y otras figuras jurídicas

En este aparte brevemente las diferencias entre la ocupación de la LOTTT y otras figuras limitativas de la propiedad, con la intención de determinar la naturaleza jurídica de la primera.

En *primer lugar* tenemos la requisición entendida como el apoderamiento forzoso por parte del Estado, por razones militares y de seguridad, de bienes de los particulares mediante el pago de una indemnización. Esta medida sólo procede por razones de seguridad y defensa de la Nación, una vez decretado por el Presidente de la República la movilización, y recae sobre los bienes necesarios para el cumplimiento de tales fines.

Como podrá apreciar el lector, la ocupación de la LOTTT no encaja en este supuesto porque las razones que se esgrimen no son militares –aunque se alegue en algunos casos motivos de seguridad (alimentaria)– ni tampoco ha mediado indemnización alguna.

En *segundo lugar* tenemos el comiso como sanción limitativa del derecho de propiedad mediante la cual se produce la privación coactiva de bienes privados por razones de interés público y que puede hacerse efectiva, bien mediante la forma jurídica de sanción penal, en el campo judicial, o como sanción administrativa con fines de prevención, en virtud de disposiciones reglamentarias, o por razones de seguridad pública o interés de la colectividad.

La ocupación objeto de este estudio es tal vez más parecida a un comiso que al resto de las instituciones señaladas anteriormente –ocupación según el Código Civil y requisición–, ya que se perfila más como una sanción, no se contempla el pago de una indemnización y se esgrimen razones de interés público en general.

El problema radica en que el comiso es una sanción por un delito y en los casos analizados no se configura ningún delito. Como veremos más adelante, en muchos casos las empresas ocupadas simplemente no estaban produciendo o producían menos para tratar de buscar eficiencia económica. Por otra parte, estas ocupaciones no son realmente comisos, ya que, por ejemplo, en la ocupación no hay –al menos en teoría– una adquisición de la propiedad de la entidad ocupada.

En *tercer lugar* hallamos la confiscación como el apoderamiento por parte del Estado de bienes que pertenecen a los particulares en forma coactiva y sin derecho a indemnización.

En principio la confiscación está prohibida por nuestra Constitución que, en su artículo 116, establece que esta medida solo procederá “por vía de excepción” y “mediante sentencia firme” en relación con:

...los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes³.

Lamentablemente, dados sus efectos prácticos, es posible constatar cierta similitud entre la ocupación de la LOTT y la confiscación, lo que resulta claramente inconstitucional a tenor del artículo citado.

En *cuarto lugar* hemos de referirnos a la expropiación como la institución mediante la cual el Estado actúa en beneficio de una causa pública o de un interés social, con la finalidad de obtener la transferencia forzosa del derecho de propiedad de los particulares a su patrimonio, mediante sentencia firme y pago oportuno de una justa indemnización⁴. En consecuencia, técnicamente, para expropiar se requiere que las autoridades emitan formalmente una declaración de utilidad pública y hagan el pago de una indemnización justa.

Este no es el caso en la ocupación. A pesar de que se priva al propietario del activo en cuestión, no contamos ni con declaración de utilidad pública ni con indemnización.

Un punto interesante es el relativo al uso de la marca (encontrándonos algunos casos estudiados con marcas emblemáticas), el cual ha generado quizá una discusión adicional⁵. Sin embargo, en las ocupaciones estudiadas tampoco ha habido una expropiación de la marca si no, más bien, un uso ilegítimo de la propiedad intelectual de la empresa.

En todo caso, es evidente que el Estado no sólo puede limitar o incluso desnaturalizar la propiedad a través de la expropiación pues hay

³ Véase para más detalle Eloísa Avellaneda, “La expropiación en la legislación venezolana” en *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, Tomo II, Caracas, Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello, 2007, pp. 407-441.

⁴ Artículo 2 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Interés Social, G.O. N° 37.475 de 01-07-2002.

⁵ En cuanto a la expropiación de marca, véase en general Samantha Sánchez Miralles, *Expropiación de marca en Venezuela. Particular enfoque desde el punto de vista del análisis económico del derecho*, FUNEDA, Caracas 2011.

otras figuras legales y acciones que, a pesar de no afectar la titularidad del derecho, terminan privando al propietario de toda utilidad sobre su propiedad, erosionando su contenido esencial, traducándose en términos prácticos en una expropiación de hecho. Y esto parece ser lo que estamos enfrentando en las ocupaciones que son objeto de este análisis.

Es relevante recordar entonces que en muchos casos presenciamos una especie de expropiación escalonada o *creeping expropriation*⁶ a través de distintos actos que si bien individualmente no ocasionan lesiones económicas, en su conjunto tienen la fuerza suficiente como para traducirse en un acto expropiatorio⁷. Un ejemplo de ello podemos constatarlo en las ventas forzadas, la expulsión del país, controles de cambios, revocatorias de licencias, permisos excesivos, coerción para operar a pérdida, entre otros.

En este sentido, la diferencia entre la expropiación regulatoria y la expropiación simple es que en la primera estamos frente a una afectación inconstitucional de la propiedad privada y que es, en definitiva, una limitación de la libertad económica; mientras que la expropiación es una afectación constitucional basada en la necesidad de adquirir coactivamente bienes determinados como estrictamente necesarios para una actividad u obra que ha sido declarada de utilidad pública o interés social. Consecuentemente, la primera no se subsana a través de una indemnización justa y oportuna.

Es por lo tanto perfectamente argumentable que las ocupaciones objeto de este trabajo se puedan enmarcar dentro de la figura de expropiación regulatoria o de hecho.

Finalmente, en *quinto lugar*, la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Interés Social (LECUP) contempla en algunos supuestos y bajo ciertos requisitos la posibilidad de hacer ocupaciones temporales para los casos de expropiación regulados por esa ley. Así, su artículo 52 prevé que:

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

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

⁶ Véase en general John O'Connell, *Creeping expropriation* en www.blackwellreference.com Véase también United Nations, *World Investment Report 2007, FDI Policies for Development and International Perspectives*, New York, Geneva, 2007

⁷ José Ignacio Hernández, *Reforma sobre la Constitución y el modelo socioeconómico en Venezuela. A propósito del proceso de reforma constitucional*, FUNEDA, Caracas, 2008, p. 62.

2. Para el establecimiento provisional de estaciones de trabajo, caminos, talleres, almacenes o depósitos de materiales, y cualquiera otra que requiera la obra para su construcción o reparación.

La ocupación durará tan sólo el tiempo absolutamente indispensable, no debiendo, en ningún caso, concederse por un término mayor de seis (6) meses. Sin embargo, podrá prorrogarse por igual término, y por una sola vez, por causa debidamente justificada.

En cuanto a los requisitos para esta ocupación temporal, la LECUP prevé que se requerirá una resolución suficientemente motivada –por escrito– del gobernador del estado, del territorio federal, y de los alcaldes de los municipios respectivos de la jurisdicción donde se ejecute la obra. Asimismo, la norma del artículo 55 *ejusdem* establece que el que ocupa temporalmente una propiedad ajena indemnizará al propietario de los perjuicios que le causen, a justa regulación de los peritos designados, conforme con lo dispuesto en el artículo 19 de la LECUP.

Otra figura relevante que encontramos en la LECUP es la ocupación previa que el artículo 56 define del siguiente modo:

Quando la obra sea de utilidad pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de esta Ley y la autoridad a quien compete su ejecución la califique de urgente realización, deberá hacer valorar el bien por una Comisión de Avalúos designada, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 *ejusdem* a los fines de la ocupación previa, la cual será acordada por el tribunal a quien corresponda conocer del juicio de expropiación, después de introducida la demanda respectiva y siempre que el expropiante consigne la cantidad en que hubiere sido justipreciado el bien. El resultado de esa valoración no será impugnabile por ninguna de las partes, y sólo servirá para que el tribunal de la causa decrete la ocupación previa del bien y se garantice el pago al expropiado.

Antes de procederse a la ocupación previa, el Juez de la causa, efectuará la correspondiente notificación al propietario y a los ocupantes, si los hubiere. Vencido el lapso de comparecencia previsto en el artículo 27 de esta Ley, sin que se haya formulado oposición justificada, el propietario podrá convenir con el avalúo realizado. El Juez dará por consumado el acto, y se procederá como sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. El acto por el cual el propietario conviene en el avalúo es irrevocable, aún antes de la homologación del tribunal.

En oposición a estas medidas de la LECUP, que son excepcionales, temporales y están claramente reglamentadas y apegadas a un proceso, la ocupación prevista en la LOTT no forma parte formal de un proceso expropiatorio, no conlleva el derecho de indemnizar al afectado, ni su procedimiento está tan detallado como el que recién reseñamos *supra*.

3. La ocupación como una sanción administrativa

Comenzamos recordando que la expropiación como sanción no está permitida por la Constitución venezolana ni por la Ley Orgánica de

Seguridad y Soberanía Alimentaria (LOSSA)⁸, aunque, paradójicamente, sí estuvo contemplada en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios⁹. En este último cuerpo normativo, específicamente en su artículo 6, encontramos una expropiación como sanción en los casos de los ilícitos económicos de especulación, acaparamiento, usura, cartelización y delitos conexos, así como para las condiciones abusivas del precio, prohibición de marcaje, prohibición de incremento de precios de bienes de existencia ya marcada, especulación, acaparamiento y boicot.

Desde ya podemos notar cómo esta sanción inconstitucional también se acerca, en cierta medida, a lo contemplado para los casos de ocupación en estudio debido a las causales de la misma. No obstante, los casos en estudio no constituyen formalmente una expropiación.

En nuestra opinión, la expropiación como sanción para ilícitos administrativos es una clara violación de la Constitución así como una desnaturalización del derecho de propiedad ya que, a través del uso de la facultad expropiatoria como un mecanismo sancionador, se obvia la declaratoria previa de utilidad pública, así como las demás garantías que rodean a la institución de la expropiación.

Es menester comentar que, en líneas generales, la potestad sancionatoria de la Administración Pública se ha intensificado en los últimos años, y en Venezuela aún más, con la hipertrofia de la intervención estatal. Es así como el derecho administrativo sancionatorio se ha convertido en una forma de justificar muchas veces abusos de poder por parte del Estado. Algunos autores opinan que se ha producido un “penalismo” del derecho administrativo. En el ámbito económico, es evidente que los cambios se producen a una velocidad mucho más apabullante que en el derecho y el Estado ha usado las sanciones administrativas en esta área, probablemente más que en ninguna otra para tratar de controlar a los ciudadanos y sus conductas. Las sanciones están sobredimensionadas y se les ha adjudicado a los órganos de la administración grandes potestades sancionatorias, esto se ha traducido en excesos y abusos de poder, sanciones como reflejo del intervencionismo estatal¹⁰.

No estamos argumentando que se deba despojar en su totalidad a la administración de su poder sancionatorio, pero esta potestad debe estar amparada por los preceptos constitucionales y seguir los principios

⁸ G.O. Ext. N° 5.889 del 31-07-2008.

⁹ G.O. N° 39.358 del 01-02-2010.

¹⁰ José Araujo-Juárez, “La potestad administrativa sancionatoria, existencia, fundamentos y límites”, en *Derecho Administrativo Sancionador*, CIDEP y CERECO, Caracas 2019, pp. 43-44.

sustantivos y procesales de legalidad, irretroactividad y presunción de inocencia, entre otros, a fin de que la misma tenga sentido¹¹.

En el caso que estudiamos, la ocupación temporal, que ha sido acogida por la LOTT, vulnera los derechos económicos de las empresas y presenta claros visos de una expropiación (de hecho) como sanción.

Es decir, estamos frente a una ocupación como una medida preventiva administrativa anticipada de intervención que lesiona los derechos económicos de la empresa ocupada.

4. La ocupación como supuesto de responsabilidad administrativa

Ahora bien, al plantearnos que la Administración ha abusado de su potestad sancionatoria, debemos referirnos al sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, en el cual incluye la responsabilidad por las medidas expropiatorias y las regulaciones que, sin revestir formalmente el carácter de expropiación, generan efectos similares. Estas medidas de efecto equivalente a la expropiación, como el caso que nos ocupa, guardan relación con el sistema de responsabilidad administrativa por sacrificio particular o daño especial, admitido en Francia, Alemania y Latinoamérica¹².

Nos preguntamos ahora en concreto: ¿qué responsabilidad detenta el Estado, que es quien debe reconocer y garantizar los derechos de las personas a ser íntegramente indemnizados, restablecidos, reparados o restituidos en su esfera jurídica subjetiva, siempre que éstos se hayan visto afectados por la actividad o inactividad imputable a los órganos que ejercen el Poder Público en ejercicio de la función administrativa, jurisdiccional o legislativa?

Sabemos que se genera una responsabilidad por actos administrativos, aunque éstos sean lícitos, si los mismos han producido daños –desde la perspectiva material o tangible, es decir, daño emergente y lucro cesante; como inmaterial o intangible, es decir, daño moral– como ocurre por ejemplo en los decretos de afectación para ejecutar expropiaciones, ya que, en este caso, implican el pago de una justa y oportuna

¹¹ Ibid., p. 44. Véase también en este sentido José Gregorio Silva Bocanay. “Los principios sustantivos del Derecho Administrativo Sancionador”, en *Derecho Administrativo Sancionador*, CIDEP y CERECO, Caracas 2019, p. 59 y siguientes

¹² José Ignacio Hernández, *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, Editorial Jurídica Venezolana y CIDEP, Caracas 2016, p. 305.

indemnización. Por otra parte, si los actos son ilícitos, se requerirá de una declaratoria previa de ilegalidad para que proceda la indemnización¹³.

No debemos olvidar tampoco que la Administración Pública también responde por actos ejercidos con base en su potestad discrecional, ya que estos actos no pueden implicar arbitrariedad y si exceden los límites de razonabilidad y adecuación, generarán responsabilidad administrativa¹⁴.

En nuestro caso de estudio nos inclinamos a afirmar que la ocupación es un acto de la administración ilícito, violatorio de la Constitución y que, por lo tanto, genera responsabilidad administrativa con su consecuente indemnización, previa declaratoria de ilegalidad.

5. El procedimiento de ocupación previsto en la LOTT

Básicamente se han esgrimido dos argumentos para justificar la ocupación que se ha llevado a cabo al amparo de la LOTT: *primero*, el abandono o incumplimiento del reinicio de actividades productivas por parte de la empresa¹⁵ y *segundo*, el haber incurrido en acaparamiento o usura. Este último supuesto también estaba contenido en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, como ya comentamos *supra* y se considera base para la expropiación sancionatoria contemplada en ese cuerpo normativo.

Ahora bien, la ocupación en sí se lleva a cabo mediante la toma o control de los activos de la empresa en cuestión y podríamos señalar, *grosso modo*, los siguientes pasos: **(i)** la empresa efectúa una notificación a sus trabajadores de cierre y, en algunos casos, procede al pago inmediato de todos los pasivos laborales; **(ii)** la empresa también notifica su cierre a sus proveedores; **(iii)** conocida la nueva situación de la entidad de trabajo, el Ejecutivo ordena el reinicio de actividades dando paso a la toma a través del Ministerio del Trabajo, el cual procede a publicar una resolución donde se ordena la ocupación y la entrega de la

¹³ Ibid. Véase en general Víctor Rafael Hernández-Mendible, "La responsabilidad del Estado en Venezuela", en *Temas Fundamentales de Derecho Público en Homenaje a Jesús González Pérez*, CIDEP, FUNEDA y AVEDA, Caracas, 2002, pp. 177-129.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ El cierre de la empresa a su vez se debe a la falta de insumos o materia prima, así como los efectos de años de producir a pérdida debido a un modelo económico basado en controles que impide, por ejemplo, el acceso a materia prima o repatriar capital para pagar a la casa matriz y proveedores. Las principales causas del cierre son los controles de cambio y precios; la no entrega de divisas para importar insumos, bienes terminados o repatriar dividendos; la inamovilidad laboral; la inseguridad jurídica y otras medidas de orden fiscal que mantienen al país en recesión y en un proceso hiperinflacionario desde hace cinco años.

administración a una junta integrada por trabajadores y representantes gubernamentales¹⁶.

La vigencia de la Junta Administradora Especial será de un año, pudiendo prorrogarse si las circunstancias lo ameritan según el propio artículo 149, ya citado. Veremos cuando analicemos los casos concretos como en la mayoría de los casos se ha prorrogado varias veces la vigencia de las Juntas Administradoras Especiales.

Posteriormente, como veremos *infra*, en algunos casos se dictan más resoluciones sobre el funcionamiento de la junta administradora o sobre la extensión del lapso de ocupación.

Reseñamos ahora en concreto algunos de los casos más emblemáticos¹⁷:

II. Casos

1. Clorox de Venezuela

a) *Nombre de la empresa*: Corporación Clorox de Venezuela, C.A.

b) *Fecha de inicio de la ocupación*: 25-09-2014.

c) *Acto que dio inicio a la ocupación*: Resolución N° 8886/2014 del Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social del Trabajo (MPPPST), ratificada en la Resolución Conjunta N° 8936 y 74 del MPPPST y el Ministerio del Poder Popular para Industrias (MPPI) mediante la cual se reguló el funcionamiento de la Junta Administradora Especial de la Entidad de Trabajo Corporación Clorox de Venezuela, C.A. y sus sucursales. G.O. N° 40.532 del 03-11-2014.

d) *Fundamento jurídico*: Artículo 149 de la LOTT.

e) *Fundamento de hecho*: Entre otros, destaca el “*garantizar el funcionamiento de dicha entidad de trabajo y la preservación de los puestos de trabajo*”.

¹⁶ Véase para más detalles Acceso a la Justicia, *El Gobierno y su viraje a las ocupaciones de empresas*, 22-11-2018, en <https://bit.ly/3wwwzyTJ>

¹⁷ Nótese que en la G.O. es posible encontrar menciones a otras ocupaciones como serían los casos del Alina Foods, C.A., Azertia Gestión de Centros Venezuela, S.A., Calderys Refractarios Venezolanos S.A., Complejo Metalúrgico de Cumaná, S.A., Equipos Petroleros C.A., Goodyear de Venezuela, Indorca, y C.E Minerales de Venezuela, pero en ninguno de estos casos se tuvo acceso al acto que dio inicio a la ocupación y únicamente se encontraron en la gaceta oficial resoluciones que acuerdan la prórroga de la ocupación o de las juntas administradoras.

f) *Medidas tomadas*: La ocupación inmediata de la entidad de trabajo Corporación Clorox de Venezuela y sus sucursales y la instalación de una Junta Administradora Especial.

g) *Otros actos de interés*: (i) Resolución Conjunta N° 9110 y 102 del MPPPST y MPPI, que modificó el artículo 1 de la Resolución Conjunta N° 8936 y 74 del MPPPST y MPPI (G.O. N° 40.638 del 13-04-2015); (ii) Resolución N° 18 del MPPPST, que prorrogó el período de la Junta Administradora Especial (G.O. N° 41.081 del 24-01-2017); (iii) Resolución N° 61 del MPPPST, que prorrogó el período de la ocupación de la entidad de trabajo, designó a los miembros de la Junta Administradora Especial y estableció las facultades y atribuciones de la mencionada Junta necesarias para garantizar el funcionamiento de dicha entidad y la preservación de los puestos de trabajo (G.O. N° 41.088 del 03-02-2017); (iv) Resolución N° 608 del MPPPST que prorrogó el período de la Junta Administradora Especial (G.O. N° 41.785 del 19-12-2019); (v) Resolución N° 242 del MPPPST que dejó sin efecto la resolución anterior (G.O. N° 41.983 del 09-10-2020); y (vi) Resolución N° 224 del MPPPST que designó a los nuevos miembros de la Junta Administradora Especial (G.O. N° 41.985 del 14-10-2020).

h) *Situación actual*: De acuerdo con las notas de prensa a las que se tuvo acceso, los trabajadores de esta empresa han exigido, durante la vigencia de la ocupación, la renuncia de la junta administradora –cuyo período se encontraba vencido– y mejores reivindicaciones económicas, a la par que criticaban que “*la empresa nunca pasó a manos de ellos como estaba previsto*”¹⁸. Más recientemente, el Consejo Productivo de Trabajadores y Trabajadoras (CPTT) de Clorox de Venezuela solicitó al Ejecutivo Nacional un financiamiento para elevar la producción de este químico utilizado en la desinfección de espacios de forma regular y con más frecuencia en el contexto de la COVID-19, asegurando la administradora de la empresa que la producción de este producto no se ha detenido y que los niveles de calidad continúan siendo elevados¹⁹.

i) *Arbitraje caso Clorox*: Un punto adicional en el caso Clorox, y que es interesante reseñar es que la empresa española Clorox Spain inició en mayo de 2015 un arbitraje contra Venezuela basado en el Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) entre España y Venezuela²⁰. Estos tratados establecen un régimen especial para la protección de la propiedad de los

¹⁸ Banca y negocios, *Trabajadores de Clorox de Venezuela denuncian caída de la producción en 70%*, 28-11-2019, en <https://bit.ly/3FOHNKB>

¹⁹ VTV, *CPTT Clorox de Venezuela solicita financiamiento para elevar producción*, 29-10-2020, en <https://bit.ly/2YsTdHk>

²⁰ G.O. N° 36.281 del 01-09-1997. El TBI entró en vigencia el 10-09-1997.

inversionistas, en tanto que su mayor temor es siempre que, una vez sometidos a la jurisdicción del Estado receptor, éste se las arrebate²¹.

El tribunal de un arbitraje administrado por la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) en España bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 2010 emitió su laudo final el 10-05-2019.

Al respecto es oportuno destacar que la empresa estadounidense Clorox International fue la única accionista de Clorox Venezuela desde la década de 1990 (cuando fue establecida) hasta abril de 2011, cuando Clorox Spain (la demandante en el arbitraje) fue constituida e inmediatamente se le asignaron todas las acciones de Clorox Venezuela.

En este sentido, la empresa constituida localmente por la demandante (Clorox Venezuela), fabricaba productos de limpieza y Clorox reclamó contra las medidas legislativas y administrativas adoptadas por Venezuela desde noviembre de 2011 que restringían la capacidad de Clorox para fijar precios y conducir sus operaciones comerciales. Según Clorox, las medidas violaban las cláusulas del TBI sobre TJE, protección y seguridad plenas y expropiación.

Venezuela presentó varias objeciones a la jurisdicción tales como la (i) falta de un inversor calificado, (ii) falta de una inversión protegida, (iii) abuso del proceso y (iv) *treaty shopping*²², sobre las cuales el tribunal se limitó a analizar las dos primeras objeciones.

Adicionalmente, Venezuela argumentó que (i) Clorox International era la verdadera inversionista y Clorox Spain no era más que “una sociedad cáscara”, sin vínculos sustantivos con su lugar de constitución y que no había realizado la inversión; (ii) remarcó lo establecido en el artículo 1(2) del TBI, el cual define las inversiones como activos “invertidos por inversores” y según la interpretación de la demandada, la palabra en español “por” (en inglés, “by”) exigiría un vínculo entre el inversor y la inversión, generalmente de causa-consecuencia, por lo que la mera tenencia de acciones no era suficiente para definir una inversión sino que se necesitaba una “acción de invertir”; y (iii) se apoyó en el *test Salini*²³ de la

²¹ Véase Claudia Nikken, “La protección y promoción de inversiones extranjeras y el Derecho Administrativo”, en *Jornada anual de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. Año 2021*, AVEDA, Caracas, 2020, pp. 325-354.

²² Se trata de la aplicación incorrecta o abusiva de convenios o tratados y básicamente se produce cuando residentes de un tercer Estado crean una entidad jurídica en uno de los dos Estados contratantes. De esta manera, tienen el objetivo de obtener ventajas de los beneficios fiscales, lo que no podrían hacer si hubiesen actuado de manera directa. Véase para más detalles www.oecd.org

²³ Los requisitos recogidos en el Caso Salini son: (i) que la inversión cuente con un plazo relevante de duración; (ii) que la inversión implique un riesgo y sea

jurisprudencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), argumentando que no se cumplía porque Clorox no asumió un riesgo ni efectuó una contribución en dinero, bienes o *know-how*.

Por el contrario, Clorox alegó que (i) calificaba como inversor de conformidad con el TBI, el cual únicamente requería que la misma debía estar constituida en una de las Partes Contratantes; (ii) alegó que el intento de Venezuela de añadir requisitos adicionales al TBI –actividades comerciales sustanciales en el país de su constitución, por ejemplo– no debía ser admitido, debido a que dichos requisitos deberían ser explícitos en el texto del tratado; y (iii) solicitó al tribunal que reconociera que su tenencia accionaria en Clorox Venezuela calificaba de por sí como una inversión protegida.

Dado que las partes debatieron mucho sobre la carga de la prueba relativa a las objeciones jurisdiccionales, el tribunal destacó que Clorox debía justificar la competencia personal, de objeto y temporal (competencia *ratione personae*, *ratione materiae* y *ratione temporis*, respectivamente), pero que Venezuela tenía la carga de demostrar sus defensas afirmativas, abuso de proceso y *treaty shopping*. En cuanto al argumento del test *Salini*, el tribunal mencionó brevemente que consideraba que este debate no era pertinente en este caso. Pese a considerar las objeciones de Venezuela como “dos caras de la misma moneda”, empleando el artículo 1(2) del TBI como punto de partida común, el tribunal trató las mismas una por vez:

Primero analizó la definición de inversor. Coincidió con Clorox y concluyó que el TBI únicamente exigía la constitución, no actividades comerciales sustantivas u otros criterios. Por lo tanto, sostuvo que Clorox *prima facie* cumplió con el requisito *ratione personae* para reclamar la protección del TBI. Sin embargo, agregó que una persona jurídica debidamente constituida sólo adquiere la calidad de inversor protegido “*si ha realizado una inversión que cumple con la definición de inversión protegida*”.

Segundo, el tribunal concluyó que, siendo la única accionista de la empresa constituida localmente, Clorox *prima facie* poseía una inversión protegida. No obstante, basándose en la redacción del artículo 1(2), agregó que dicha protección se limitaba a activos “*invertidos por un inversor*”. Confirmó esta interpretación mencionando otros artículos del TBI, los cuales se refieren a “*inversiones efectuadas*” e “*inversiones*

perceptible; (iii) que la inversión contribuya al desarrollo económico del país receptor. Véase para más detalle <https://bit.ly/3mZFZeJ>

realizadas” por un inversor. Por consiguiente, el tribunal sostuvo que el TBI requería una “acción de invertir”.

Dado que nada en el texto del TBI impide las inversiones indirectas, el tribunal se avocó a determinar si Clorox había realizado una “acción de invertir”. Remarcó que la posición de Clorox equiparaba el hecho de tener una acción con realizar una inversión, y como no había diferencia entre ambos conceptos, afirmó que el argumento de Venezuela sobre este tema había cambiado en el transcurso del arbitraje.

Para el tribunal, había pruebas de una inversión en Venezuela, pero no de una “acción de invertir” por parte de Clorox tal como lo exige el TBI. Considerando que Clorox España fue constituida el 25-04-2011, con un capital social conformado por acciones transferidas a la misma por Clorox International, el tribunal remarcó que no hubo un intercambio real en esa transacción y que, sin la transferencia de las acciones, Clorox ni siquiera hubiera existido. El tribunal concluyó que, dado que no hubo una “acción de invertir” de su parte, Clorox no tenía una inversión protegida.

Con base en el artículo 42(1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, el cual prevé el principio según el cual la parte vencida paga, el tribunal decidió que Clorox debía pagar todos los costos del arbitraje y reembolsar las costas legales de la defensa de Venezuela (aproximadamente USD 4,5 millones)²⁴.

2. Kimberly Clark Venezuela

a) *Nombre de la empresa:* Kimberly Clark Venezuela C.A.

b) *Fecha de inicio de la ocupación:* 11-07-2016.

c) *Acto que dio inicio a la ocupación:* Resolución N° 9846 del MPPPST. G.O. N° 40942 del 12-07-2016.

d) *Fundamento jurídico:* Numeral 19 del artículo 78 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública en concordancia con los artículos 149 y 500 de la LOTT.

e) *Fundamento fáctico:* Quedó constancia en el expediente administrativo N° 043-2016-05-00043 de la Inspectoría del Trabajo en Maracay de la “Visita de Inspección Especial”, en virtud de que se conoció a través de los trabajadores que la Entidad de Trabajo procedió a cesar las actividades de producción, distribución y venta de sus productos.

f) *Medidas tomadas:* La ocupación inmediata de la entidad de trabajo y el reinicio de las actividades productivas del proceso social de trabajo, así como el nombramiento e instalación de la Junta

²⁴ Véase <https://bit.ly/3ocuCPX>

Administradora Especial compuesta por los trabajadores de la entidad de trabajo y la organización sindical.

g) Otros actos de interés: (i) Resolución N° 9886 del MPPPST, que designó a los miembros de la Junta Administradora Especial (G.O. N° 40.970 del 19-08-2016); (ii) Resolución N° 500 del MPPPST, que prorrogó el período de la Junta Administradora Especial (G.O. N° 41.217 del 18-08-2017); (iii) Resolución N° 528 del MPPPST, que prorrogó el período de la Junta Administradora Especial (G.O. N° 41.479 del 11-09-2018); (iv) Resolución N° 710 del MPPPST, que designó a los miembros de la Junta Administradora Especial (G.O. N° 41.621 del 26-04-2019); (v) Resolución N° 035 del MPPPST, que designó a los miembros de la Junta Administradora Especial (G.O. N° 41.809 del 28-01-2020); y (vi) Resolución N° 183 del MPPPST, que designó a los miembros de la Junta Administradora Especial (G.O. N° 41.931 del 29-07-2020).

h) Situación actual: Kimberly Clark está trabajando en 20 % de su capacidad y la nueva junta directiva habría despedido aproximadamente a 80 de sus trabajadores desde el año 2016²⁵.

3. Guardián de Venezuela

a) Nombre de la empresa: Guardián de Venezuela, S.R.L.

b) Fecha de inicio de la ocupación: 10-08-2016.

c) Acto que dio inicio a la ocupación: Resolución 9876 del MPPPST. G.O. N° 40.970 del 19-08-2016.

d) Fundamento jurídico: Numeral 19 del artículo 78 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública en concordancia con los artículos 149 y 500 numerales 1 y 2 de la LOTT.

e) Fundamento fáctico: Entre otros, el Ministerio indicó que:

...los representantes del Sindicato manifestaron que la representación patronal abandonó las instalaciones de la empresa en fecha 26 de julio de 2016, sin participar a los trabajadores y trabajadoras el motivo de dicha actuación, impactando así a 246 trabajadores y trabajadoras, lo que se traduce en un aproximado de 1230 familiares.

Asimismo, indicó que el patrono desató lo ordenado en la Providencia Administrativa de la Inspectoría del Trabajo de Maturín N° 1-2016 de fecha 02-08-2016, mediante la cual se ordenó el reinicio de las actividades productivas con motivo del estado de la planta que se encontraba cerrada, y donde se dejó constancia de que en caso de desató a dicha

²⁵ El Pitazo, *Trabajadores denuncian despidos masivos en antigua Kimberly Clark*, 01-07-2020, en <https://bit.ly/3BZq0By>

providencia por parte del patrono se procedería con arreglo al artículo 149 LOTTT.

f) Medidas tomadas: La ocupación inmediata de la entidad de trabajo y el reinicio de las actividades productivas del proceso social de trabajo, así como el nombramiento e instalación de la Junta Administradora Especial compuesta por dos representantes de los trabajadores y un representante del MPPPST, en sustitución de la representación patronal.

g) Otros actos de interés: (i) Resolución N° 10000 del MPPPST, que designó a los miembros de la Junta Administradora Especial (G.O. N° 41.055 del 19-12-2016); y (ii) Resolución N° 682, que prorrogó el período de la Junta Administradora Especial (G.O. N° 41.055 del 19-12-2016).

h) Situación actual: La prensa reporta que si bien:

...la ocupación de la empresa Guardián de Venezuela, S.A. se hizo efectiva este miércoles [10-08-2016] en un acto público dirigido por el ministro del Trabajo, (...) la gobernadora del estado Monagas, (...) y el presidente de la Federación Unitaria de Trabajadores Petroleros de Venezuela (...), una fuente de la industria aclaró que la ocupación ya lleva aproximadamente una semana ejecutándose. Añadió que esta empresa estaba prácticamente inactiva, porque desde hace un año no recibían divisas para comprar materia prima. Estaban operando con lo último que les quedaba en inventario²⁶.

4. Thomas Greg & Sons de Venezuela

a) Nombre de la empresa: Thomas Greg & Sons de Venezuela, C.A.

b) Fecha de inicio de la ocupación: 03-03-2017.

c) Acto que dio inicio a la ocupación: Resolución N° 126 del MPPPST. G.O. N° 41.107 del 06-03-2017.

d) Fundamento jurídico: Numerales 2, 3, 12, 19 y 26 del artículo 78 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública en concordancia con el artículo 51 del Decreto Sobre Organización General de la Administración Pública Nacional y el artículo 149 y 500 numerales 1 y 2 de la LOTTT.

e) Fundamento fáctico: El cierre de la entidad de trabajo por parte del patrono.

f) Medidas tomadas: La ocupación inmediata de la entidad de trabajo y el reinicio de las actividades productivas del proceso social de trabajo, así como el nombramiento e instalación de la Junta Administradora Especial.

²⁶ El Estímulo, *Gobierno asume control de fabricante de vidrio Guardián de Venezuela*, 10-08-2016, en <https://bit.ly/3wtBGLV>

g) Otros actos de interés: (i) Resolución N° 158 del MPPPST, que prorrogó el período de la Junta Administradora Especial (G.O. N° 41.624 del 02-05-2019); (ii) Resolución N° 380 del MPPPST, que modificó la Resolución N° 126 (G.O. N° 41.690 del 08-08-2019); (iii) Resolución N° 165 del MPPPST, que prorrogó el período de la Junta Administradora Especial (G.O. N° 41.917 del 08-07-2020); y (iv) Resolución N° 165 del MPPPST, que prorrogó el período de la Junta Administradora Especial (G.O. N° 41.917 del 08-07-2020).

h) Situación actual: La compañía, dedicada a la impresión de documentos de seguridad como cheques, bonos, tarjetas de crédito y débito, timbres fiscales, pasaportes, cédulas y tickets estudiantiles, cesó operaciones. Thomas Greg & Sons de Venezuela es una subsidiaria de Thomas de La Rue, una de las principales empresas del mundo que imprimen billetes²⁷.

5. Kellogg's Venezuela

a) Nombre de la empresa: Kellogg's Venezuela, S.A.

b) Fecha de inicio de la ocupación: 18-05-2018.

c) Acto que dio inicio a la ocupación: Resolución N° 356 del MPPPST. G.O. N° 41.404 del 24-05-2018.

d) Fundamento jurídico: Numeral 19 del artículo 78 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública en concordancia con los artículos 149 y 500 de la LOTT.

e) Fundamento fáctico: El cierre ilegal de dicha entidad por parte del patrono al conocerse, a través de los trabajadores, que la entidad de trabajo cesó las actividades de producción, distribución y venta de sus productos, lo cual consta en Expediente N° 43-2018-05-00007 de la Inspectoría del Trabajo de Maracay.

f) Medidas tomadas: La ocupación inmediata de la entidad de trabajo y el reinicio de las actividades productivas del proceso social de trabajo, así como el nombramiento e instalación de la Junta Administradora Especial compuesta por dos representantes de los trabajadores y uno del patrono.

g) Otros actos de interés: Resolución N° 388 del MPPPST, que designó de forma provisional y especial al Gerente General de Operaciones y Administración en la entidad de trabajo Alimentos Kellogg's, S.A. (G.O. N° 41.414 del 07-06-2018).

²⁷ El Impulso, *Gobierno ocupa fábrica de cheques, pasaportes y tarjetas de crédito*, 09-03-2017, en <https://bit.ly/3qB4iSD>

h) Situación actual: Lo que hemos podido investigar es que en su cuenta de Instagram (@somoskelloggs) hay publicaciones de febrero de 2021 donde afirman que “*Continuamos produciendo día a día el mejor cereal para así llevarlo a las mesas de cada familia venezolana*”.

6. Lincoln Soldaduras de Venezuela

a) Nombre de la empresa: Lincoln Soldaduras de Venezuela, C.A.

b) Fecha de inicio de la ocupación: 05-09-2018.

c) Acto que dio inicio a la ocupación: Resolución N° 520 del MPPPST. G.O. N° 41.477 del 07-09-2018.

d) Fundamento jurídico: Numeral 19 del artículo 78 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública en concordancia con los artículos 149, 500 numeral 2, y 509 numeral 5 de la LOTT.

e) Fundamento fáctico: El cierre ilegal de dicha entidad por parte del patrono al conocerse, a través de los trabajadores, que la entidad de trabajo cesó las actividades de producción, distribución y venta de sus productos, lo cual consta en Expediente N° 043-2018-05-00013.

f) Medidas tomadas: La ocupación inmediata de la entidad de trabajo y el reinicio de las actividades productivas del proceso social de trabajo, así como el nombramiento e instalación de la Junta Administradora Especial compuesta por dos representantes de los trabajadores y uno del patrono.

g) Otros actos de interés: Resolución N° 083 del MPPPST, que modificó la Resolución N° 520 (G.O. N° 41.624 del 02-05-2019).

h) Situación actual: En su portal web (<http://venezuela.lincolnelectric.com>) se encuentra un anuncio oficial de la ocupación de la compañía, tratándose de la única información oficial de la compañía posterior a su ocupación. En Twitter su cuenta (@LincolnEsChavez) permanece activa pero no con información relacionada a si mantienen o no las actividades laborales. A la fecha, tienen más de dos años sin hacer ninguna publicación en relación con sus actividades.

7. Caso Corrugadora Suramericana, C.A.

a) Nombre de la empresa: Corrugadora Suramericana, C.A.

b) Fecha de inicio de la ocupación: 16-10-2018.

c) Acto que dio inicio a la ocupación: Resolución N° 618 del MPPPST. G.O. N° 41.505 del 18-10-2018.

d) Fundamento jurídico: Artículo 149 LOTT.

e) *Fundamento fáctico*: Cierre ilegal de la entidad de trabajo por parte del patrono.

f) *Medidas tomadas*: Ocupación inmediata y reinicio de las actividades productivas en todas y cada una de las líneas de producción.

g) *Otros actos de interés*: (i) Resolución N° 641 del MPPPST, que designa a la Junta Administradora Especial y modifica el punto tercero y quinto de la resolución N° 618 (G.O N° 41.518 del 06-11-2018); y (ii) Resolución N° 551 del MPPPST, que prorroga la vigencia de la Junta Administradora Especial (G.O. N° 41.785 del 19-12-2019, reimpressa en N° 41.821 del 13-02-2020).

8. Reforestadora Dos Refordos

a) *Nombre de la empresa*: Smurfit Kappa, Reforestadora Dos Refordos, C.A.

b) *Fecha de inicio de la ocupación*: 16-10-2018.

c) *Acto que dio inicio a la ocupación*: Resolución N° 619 del MPPPST. G.O. N° 41.505 del 18-10-2018.

d) *Fundamento jurídico*: Artículo 149 LOTT.

e) *Fundamento fáctico*: Cierre ilegal de la entidad de trabajo por parte del patrono.

f) *Medidas tomadas*: Ocupación inmediata de la entidad en los estados Cojedes, Lara y Portuguesa, así como el reinicio de las actividades productivas en todas las líneas de producción de la entidad.

g) *Otros actos de interés*: (i) Resolución N° 639 del MPPPST, que designa a la Junta Administradora Especial y modifica el punto tercero y quinto de la resolución N° 619 (G.O N° 41.518 del 06-11-2018); y (ii) Resolución N° 552 del MPPPST, que prorroga la vigencia de la Junta Administradora Especial (G.O. N° 41.785 del 19-12-2019, reimpressa en N° 41.821 del 13-02-2020).

9. Caso Smurfit Kappa Cartón de Venezuela, S.A.

a) *Nombre de la empresa*: Smurfit Kappa Cartón de Venezuela, S.A.

b) *Fecha de inicio de la ocupación*: 16-10-2018.

c) *Acto que dio inicio a la ocupación*: Resolución N° 620 del MPPPST. G.O. N° 41.505 del 18-10-2018.

d) *Fundamento jurídico*: Artículo 149 LOTT.

e) *Fundamento fáctico*: Abandono de la entidad de trabajo por parte del patrono.

f) Medidas tomadas: Ocupación inmediata de la entidad y sus divisiones: Cartón de Venezuela S.A., Corrugado Valencia (Cartoenvases Valencia), Molino de Cartón y papel (Mocarpel), Plegadiza Valencia (Unión gráfica), Corrugadora de cartón Maracay (CORRA), Cartones Nacionales (Molinos Valencia-Cartonal), Fibras industriales (Corrugadora de Cartón), y sus centros de acopio. Así como el reinicio de las actividades productivas.

g) Otros actos de interés: **(i)** Resolución N° 637 del MPPPST, que designa a los integrantes de la Junta Administradora Especial y modifica el punto tercero y quinto de la Resolución N° 620 (G.O N°41.518 del 06-11-2018); **(ii)** Resolución N° 233 del MPPPST, que modifica el punto segundo de la Resolución N° 637 (G.O N° 41.640 del 24-05-2019); **(iii)** Resolución N° 548 del MPPPST, que prorroga la vigencia de la Junta Administradora Especial (G.O N° 41.785 del 19-12-2019); **(iv)** Resolución N° 546 del MPPPST, que prorroga la vigencia de la Junta Administradora Especial de la entidad y modifica el punto primero de la resolución N° 637 (G.O N° 41.821 del 13-02-2020); y **(v)** Resolución N° 274 del MPPPST, que prorroga la vigencia de la Junta Administradora Especial (G.O N° 42.008 del 16-11-2020).

g) Situación actual: Al darse la ocupación el ministro del trabajo afirmó que:

No se está realizando cambio de nombre, ni expropiación y mucho menos nacionalización, simplemente los patronos de esta empresa la abandonaron y los mil 600 trabajadores la están ocupando para ponerla a producir, asumiendo su responsabilidad como clase obrera ante el país²⁸.

10. Corrugadora Latina

a) Nombre de la empresa: Corrugadora Latina, C.A.

b) Fecha de inicio de la ocupación: 16-10-2018.

c) Acto que dio inicio a la ocupación: Resolución N° 621 del MPPPST. G.O. N° 41.505 del 18-10-2018.

d) Fundamento jurídico: Artículo 149 LOTT.

e) Fundamento fáctico: Cierre ilegal de la entidad de trabajo por parte del patrono.

f) Medidas tomadas: Ocupación inmediata y reinicio de las actividades productivas en todas y cada una de las líneas de producción.

g) Otros actos de interés: **(i)** Resolución N° 638 del MPPPST, que designa a la Junta Administradora Especial y modifica el punto tercero y

²⁸ El Carabobeño, *Planta Smurfit Kappa Cartones de Venezuela pasa a manos de los trabajadores*, 17-10-2018, en <https://bit.ly/3DmMMVo>

quinto de la resolución N° 621 (G.O N° 41.518 del 06-11-2018); y (ii) Resolución N° 550 del MPPPST, que prorroga la vigencia de la Junta Administradora Especial (G.O. N° 41.785 del 19-12-2019, reimpressa en N° 41.821 del 13-02-2020).

11. Colombates

- a) *Nombre de la empresa:* Colombates C.A.
- b) *Fecha de inicio de la ocupación:* 16-10-2018.
- c) *Acto que dio inicio a la ocupación:* Resolución N° 622 del MPPPST. G.O. N° 41.505 del 18-10-2018.
- d) *Fundamento jurídico:* Artículo 149 LOTT.
- e) *Fundamento fáctico:* Cierre ilegal de la entidad de trabajo por parte del patrono.
- f) *Medidas tomadas:* Ocupación inmediata de la entidad de trabajo y el reinicio de las actividades productivas, en protección del proceso social de trabajo, de los trabajadores y sus familias.
- g) *Otros actos de interés:* (i) Resolución N° 640 del MPPPST, que designa a la Junta Administradora Especial y modifica los puntos tercero y quinto de la resolución N° 622 (G.O N° 41.518 del 06-11-2018); y (ii) Resolución N° 549 del MPPPST, que prorroga la vigencia de la Junta Administradora Especial (G.O N° 41.785 del 19-12-2019, reimpressa en N° 41.821 del 13-02-2020).

12. Uraplast

- a) *Nombre de la empresa:* Unidad Regional Acarigua Plásticos, C.A. (URAPLAST).
- b) *Fecha de inicio de la ocupación:* 20-05-2019.
- c) *Acto que dio inicio a la ocupación:* Resolución N° 228 del MPPPST. G.O. N° 41.642 del 28-05-2019.
- d) *Fundamento jurídico:* Artículo 65 y numerales 2, 3, 12, 19 y 27 del artículo 78 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, en concordancia con el artículo 149 y el numeral 2 del artículo 500 de la LOTT.
- e) *Fundamento fáctico:* Entre otros, el Ministerio indicó que en el año 2013 la entidad de trabajo Uraplast C.A. mantuvo paralizada en un 100 % la Planta Cable (CRESMAR), en 2015 despidió de manera unilateral a más de 75 trabajadores y en 2018 se realizaron diferentes mesas de trabajo ante el Ministerio del Trabajo visto que la producción se mantenía totalmente paralizada por causa imputable al patrono, por lo que

existía una amenaza del cierre total de planta y se constataba el desacato del patrono a dar cumplimiento a lo ordenado por la Providencia Administrativa N° 085-2019 de la Inspectoría del Trabajo Sede Acarigua, estado Portuguesa, que ordenó el reinicio de las actividades productivas.

f) Medidas tomadas: La ocupación inmediata de la entidad de trabajo y el reinicio de las actividades productivas del proceso social de trabajo, así como el nombramiento e instalación de la Junta Administradora Especial.

g) Otros actos de interés: (i) Resolución N° 305 del MPPPST, que modificó la Resolución N° 228 (G.O. N° 41.682 del 29-07-2019); (ii) Resolución N° 223 del MPPPST, que prorrogó el período de la Junta Administradora Especial (G.O. N° 41.967 del 17-09-2020); y (iii) Resolución N° 223 del MPPPST, que prorrogó el período de la Junta Administradora Especial (G.O. N° 41.985 del 14-10-2020).

h) Situación actual: Aproximadamente unos 35 trabajadores que quedaron desempleados luego de la ocupación de la empresa reclaman la cancelación de sus prestaciones sociales. De acuerdo con notas de prensa consultadas:

...en su mayoría son personas que estuvieron prestando servicios en la empresa por más de 20 años y que se vieron obligados a renunciar al estar contra la ocupación forzosa que el Ejecutivo inició sobre la empresa desde comienzos de 2019. Además de ellos, también se han visto afectados unos 20 empleados, que se mantienen en nómina, pero que por razones políticas se les impide la entrada a la planta²⁹.

De igual modo, en enero de 2020 un grupo de ex trabajadores se dirigió a la Inspectoría del Ministerio del Trabajo en la ciudad de Acarigua para manifestarles el incumplimiento que ha mantenido la junta interventora. Estos ex trabajadores comunicaron que los miembros de la junta:

...afirman que nos van a cancelar lo que nos adeudan, pero no dan la formalidad ni dicen de dónde van a salir los recursos, y eso nos preocupa, porque sabemos que la empresa no tiene ni el 1% de producción, así que están prometiéndolo algo que no van a cumplir³⁰.

Finalmente, la nota reporta que:

...por 40 años, la Unidad Regional Acarigua Plásticos (Uraplast) fabricó y exportó tubería de plástico y de policloruro de vinilo (PCV) con el sello Norven. La producción mensual fue de 20 toneladas de este tipo de material, que incluso fue utilizado para la construcción de casas de la Gran Misión

²⁹ El Pitazo, *Extrabajadores de Uraplast en Portuguesa esperan sus prestaciones*, 16-01-2020, en <https://bit.ly/3qjk6ZN>

³⁰ *Ibid.*

Vivienda Venezuela. En la actualidad, la planta se encuentra prácticamente paralizada³¹.

13. Wonder de Venezuela

a) Nombre de la empresa: Wonder de Venezuela, C.A.

b) Fecha de inicio de la ocupación: 27-08-2019.

c) Acto que dio inicio a la ocupación: Resolución N° 418 del MPPPST. G.O. N° 41.703 del 27-08-2019.

d) Fundamento jurídico: Artículo 149 LOTT.

e) Fundamento fáctico: Cierre ilegal de la entidad de trabajo por parte del patrono y desacato del mismo en dar cumplimiento a lo ordenado en la providencia administrativa N° 001-14 del 28-03-2014.

f) Medidas tomadas: Ocupación inmediata de la entidad de trabajo y el reinicio de las actividades productivas, en protección del proceso social de trabajo, de los trabajadores y sus familias. Adicionalmente, se convocó a los representantes de la entidad de trabajo a la organización sindical.

g) Otros actos de interés: (i) Resolución N° 469 del MPPPST, que designa a los integrantes de la Junta Administradora Especial (G.O. N° 41.721 del 20-09-2020); y (ii) Resolución N° 235 del MPPPST, mediante la cual se prorroga la vigencia de la Junta Administradora Especial (G.O. N° 41.983 del 09-10-2020).

14. Polyplast

a) Nombre de la empresa: Polyplast, C.A.

b) Fecha de inicio de la ocupación: 17-12-2019.

c) Acto que dio inicio a la ocupación: Resolución N° 614 del MPPPST. G.O. N° 41.789 del 27-12-2019.

d) Fundamento jurídico: Artículo 149 LOTT.

e) Fundamento fáctico: Cierre ilegal de la entidad de trabajo por parte del patrono.

f) Medidas tomadas: Ocupación inmediata de la entidad de trabajo y el reinicio de las actividades productivas, en protección del proceso social de trabajo, de los trabajadores y sus familias. Adicionalmente, se ordenó el pago de salarios y demás beneficios dejados de percibir por los trabajadores activos hasta la fecha.

³¹ Ibid.

g) Otros actos de interés: Resolución N° 065 del MPPPST, que designa a los integrantes de la Junta Administradora Especial (G.O. N° 41.831 del 03-03-2020).

15. Aga Gas

a) Nombre de la empresa: Aga Gas, C.A.

b) Fecha de inicio de la ocupación: 02-09-2020.

c) Acto que dio inicio a la ocupación: Resolución conjunta N° 213 y 031 del MPPPST y del Petróleo. G.O. N° 41.956 del 02-09-2020.

d) Fundamento jurídico: Artículo 78 numeral 19 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, en concordancia con los artículos 149 y 500 numeral 2 de la LOTT y el Decreto N° 4.131 de 19-02-2020, mediante el cual se declaró la emergencia energética de la industria de hidrocarburos.

e) Fundamento fáctico: La empresa no dio cumplimiento al objeto social descrito en sus estatutos sociales.

f) Medidas tomadas: Ocupación inmediata de la entidad de trabajo y convocatoria de los trabajadores y organizaciones sindicales para que designen a sus representantes en la Junta Administradora Especial.

g) Otros actos de interés: Resolución conjunta N° 080 y 005 del MPPPST y del Petróleo, que extiende la ocupación temporal (G.O. N° 42.084 del 10-03-2021).

16. Azucarera Río Turbio

a) Nombre de la empresa: Azucarera Río Turbio, C.A.

b) Fecha de inicio de la ocupación: 03-12-2020.

c) Acto que dio inicio a la ocupación: Resolución N° 307 del MPPPST. G.O. N° 42.021 del 03-12-2020.

d) Fundamento jurídico: Artículo 149 LOTT.

e) Fundamento fáctico: El cierre ilegal o acción de paro patronal visto que la inspectoría del Trabajo ordenó el reinicio de actividades productivas de la entidad del trabajo, pero el patrono desató dicha providencia, por lo que el sindicato solicitó se procediese con la ocupación.

f) Medidas tomadas: Ocupación inmediata y el reinicio de las actividades productivas, en protección del proceso social de trabajo, de los trabajadores y sus familias. Asimismo, se ordenó al sindicato nombrar una junta administradora especial.

g) *Situación actual*: La prensa reporta que al tomarse la medida, “los propietarios de la factoría adujeron que no tenían recursos para continuar operando y, además, que no contaban con la materia prima para procesar, ni tampoco para realizar las labores de reparación y mantenimiento de los equipos”. Asimismo, los dirigentes sindicales explicaron que “a estas alturas los cañicultores que armaron el producto no han recibido ningún pago concerniente a la zafra que terminó el 14 de abril de 2019” y los trabajadores solicitaron nombrar una junta administradora para que se impida el cierre definitivo de la empresa³².

17. Recapitulación

Empresa	Resolución	G.O.	Fundamento jurídico	Fundamento fáctico	Medidas tomadas
Clorox	8.936 MPPPST y 74 MPPI	40.532 del 03-11-2014	149 LOTT	Necesidad de garantizar funcionamiento	Ocupación inmediata
Kimberly Clark	9.846 MPPPST	40.942 del 12-07-2016	149 y 500 LOTT 78.19 LOAP	Cese de operaciones	
Guardián	9.876 MPPPST	40.970 del 19-08-2016	149, 500 (1 y 2) LOTT 78.19 LOAP	Desacato de orden de reiniciar operaciones	
Thomas Greg & Sons	126 MPPPST	41.107 del 06-03-2017	78 (2, 3, 12, 19 y 26) LOAP, 51 DOGAPN, 149, 500 (1 y 2) LOTT	Cese de operaciones	Junta Administradora Especial
Kellogg's	356 MPPPST	41.404 del 24-05-2018	149 y 500 LOTT 78.19 LOAP	Cese de operaciones	Reinicio de actividades
Lincoln Soldaduras	520 MPPPST	41.477 del 07-09-2018	149, 500 (2) y 509 (5) LOTT 78.19 LOAP	Cese de operaciones	
Corrugadora Suramericana	618 MPPPST	41.505 del 18-10-2018	149 LOTT	Cese de operaciones	
Reforestadora Dos Refordo	619 MPPPST	41.505 del 18-10-2018	149 LOTT	Cese de operaciones	

³² El Impulso, 541 trabajadores han quedado cesantes en la Azucarera Río Turbio #19Sep, 19-09-2019, en <https://bit.ly/3bWwiaE>

Smurfit Kappa Cartón	620 MPPPST	41.505 del 18-10-2018	149 LOTTT	Cese de operaciones
Corrugadora Latina	621 MPPPST	41.505 del 18-10-2018	149 LOTTT	Cese de operaciones
Colombates	622 MPPPST	41.505 del 18-10-2018	149 LOTTT	Cese de operaciones
Uraplast	228 MPPPST	41.642 del 28-05-2019	65 y 78 (2, 3, 12, 19 y 27) LOAP, 149, 500 (2) LOTTT	Desacato de orden de reiniciar operaciones
Wonder	418 MPPPST	41.703 del 27-08-2019	149 LOTTT	Desacato de orden de reiniciar operaciones
Polyplast	614 MPPPST	41.789 del 27-12-2019	149 LOTTT	Cese de operaciones
Aga Gas	213 MPPPST y 031 Petróleo	41.956 del 02-09-2020	78.19 LOAP, 149 y 500 (2) LOTTT Decreto N° 4.131 de 19-02-2020	Incumplimiento del objeto social descrito en estatutos sociales
Azucarera Río Turbio	307 MPPPST	42.021 del 03-12-2020	149 LOTTT	Desacato de orden de reiniciar operaciones

Conclusiones

a) En los últimos veinte años hemos vivido una intensa política de expropiación y otras limitaciones a la propiedad privada, que, sin entrar en los detalles jurídicos de cada caso, han demostrado estar lejos de la eficiencia económica.

b) En concreto desde el 2012 hemos sido testigos del uso de la figura jurídica de la ocupación para tomar control de empresas privadas con fundamento en la LOTTT.

c) Podemos afirmar que se ha producido una transición del uso de la institución de la expropiación al uso de la figura de la ocupación; mientras la primera tiene rango constitucional y un procedimiento legal que debe ser agotado, la ocupación no; por lo que este último método puede

ser considerado más eficiente a los fines del control estatal de las empresas, sin tener que superar numerosas barreras legales.

d) La ocupación bajo la LOTTT ha sido usada como una medida de policía sancionatoria y que deja sin garantías a los ciudadanos. En nuestro criterio, un abuso de poder por parte del Estado, además de ser inconstitucional.

e) En Venezuela, la libertad económica y la propiedad privada son derechos de rango constitucional que si bien no son derechos absolutos que impidan la acción del Estado, esto no implica que el Estado no deba apegarse a las garantías jurídicas que los resguardan.

f) Los procedimientos de la ocupación bajo la LOTTT vulneran el legítimo derecho a la defensa, el debido proceso, el derecho a la propiedad privada, la libertad económica y el principio de presunción de inocencia del propietario.

g) Aunque la ocupación podría verse como una medida menos severa que la expropiación, la realidad es que la misma tiene igual efecto nefasto, no sólo por la vulneración de los derechos señalados, sino porque económicamente las empresas tomadas no han conseguido recuperar su capacidad productiva, radicalizando aún más la crisis económica que padece el país. ■

La corrupción y su impacto empresarial

Jesús A. VILLEGAS RUIZ*

REDAV, N° 20, 2020, pp. 119-164

Resumen: La corrupción es un fenómeno cuyo impacto empresarial es altísimo y con múltiples consecuencias en materia regulatoria y penal. No sólo afecta las instituciones públicas, sino que también afecta a las empresa de forma doméstica e internacionalmente. Tradicionalmente, en Venezuela se ha estudiado el fenómeno de la corrupción como un problema público, pero poca veces desde su perspectiva privada. El autor analiza el fenómeno de la corrupción y su impacto empresarial desde una perspectiva práctica y de compliance empresarial. De esta manera, se analiza sistemáticamente la regulación anticorrupción comparada y nacional, así como los elementos de todo programa de cumplimiento en materia anticorrupción empresarial.

Palabras clave: Compliance – Corrupción trasnacional – Programas de cumplimiento – Regulación anticorrupción.

Abstract: *Corruption is a phenomenon that impacts business highly and with multiple consequences in regulatory and criminal matters. It not only affects public institutions, but also companies both domestically and internationally. Traditionally, in Venezuela the phenomenon has been studied as a public problem, but rarely from a private perspective. The author analyzes the phenomenon of corruption and its consequences from a practical and business compliance perspective. In this way, he systematically analyzes the comparative and national anti-corruption regulations, as well as the elements of any compliance program in corporate-business anti-corruption matters.*

Keywords: *Compliance – Transnational corruption – Compliance programs – Anti-Corruption regulation.*

Recibido

18-02-2021

Aceptado

03-06-2021

Introducción

La corrupción es un problema que afecta a las naciones de distintas formas; frena el desarrollo de las sociedades, debilita las instituciones y los sistemas, puede generar pobreza y también, causar graves problemas de gobernabilidad entre muchas otras cosas. De esta manera, es posible afirmar que este es indudablemente uno de los principales y

* Abogado, *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela. Maestría en Derecho, Universidad de Boston. Maestría en Derecho Comparado, Universidad de Pensilvania. Candidato a Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela. Candidato a Magíster en Administración en el IESA. Profesor en la Maestría de Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela.

más graves problemas a los que se enfrentan muchos países en el mundo. Las ideas de transparencia, ética, y gobernanza corporativa justa son prioridades en los negocios transnacionales contemporáneos. A primera vista, pudiera pensarse que el fenómeno de la corrupción, indudablemente, implica un conflicto entre la cultura corporativa y las prácticas de negocio. Podríamos preguntarnos, ¿cuáles son las mejores prácticas comerciales? ¿quién las define o impone? La verdad, es que la corrupción y su combate, más que una imposición de los valores de la cultura occidental es una *necesidad* de negocio y que el mundo de *compliance* arropa por los riesgos derivados de su ocurrencia. Las tendencias actuales parecen demostrar que hay dos perspectivas al momento de responder esta pregunta, y su respuesta está íntimamente ligada con la globalización y la relación de las empresas con la Administración Pública en ambientes altamente regulados en múltiples jurisdicciones en simultáneo.

Por una parte, objetivamente hay una influencia considerable en la forma de hacer negocios en el mundo occidental, y principalmente, por Estados Unidos como regulador con impacto mundial y cuya legislación trasciende sus fronteras extraterritorialmente. Creemos que es innegable la existencia de un *american way to doing business* al ser Estados Unidos uno de los actores más poderosos en la economía global, así como sus valores y leyes han sido impuestos para el mundo cercano a ellos. En paralelo a esta circunstancia, las organizaciones y el derecho internacional propulsan el combate a la corrupción como una forma de implementación de mejores políticas públicas, transparencia en los asuntos de los Estados, y un golpe a la burocracia que en final término afecta a los ciudadanos de las naciones del mundo.

Por otra parte, la forma de hacer negocios en países no pertenecientes a la cultura occidental o en países en desarrollo, poseen culturalmente diferentes valores y prácticas comerciales que se diferencia de la ética empresarial que impulsan los estándares internacionales en la materia. ¿Las diferencias culturales hacen que sea éticamente correcto hacer un soborno? Sin un estudio sociológico de estas perspectivas, no es nueva la preocupación sobre prácticas corruptas como forma de hacer negocios o influenciar la toma de decisiones públicas y privadas para la obtención de resultados particulares. No obstante esa aseveración, casi toda la legislación del mundo sanciona la corrupción y conductas asociadas a ésta por entenderlas como dañinas para la sociedad, poco éticas y mal vistas, sin importar la industria o negocio que se trate. La

corrupción, más que una conducta moralmente reprochable, afecta la economía en muchos niveles y ángulos¹.

La anticorrupción es solo uno de los muchos temas inmersos en el mundo de *compliance* y la gestión de riesgos por tener un impacto directo en las operaciones comerciales al levantar múltiples *red flags*. ¿Es conveniente para la empresa ser considerada como una empresa involucrada en escándalos de corrupción? ¿vale la pena lograr *profit* a costas de proveedores, contratistas o distribuidores corruptos y de dudosas prácticas comerciales? No pretendemos un análisis macroeconómico de la corrupción, más sí queremos exponer sus consecuencias dañinas para la empresa responsable que hace negocios éticamente. No cabe duda de que existen altos riesgos legales al existir un problema de corrupción empresarial. Pero ¿qué es realmente la corrupción? ¿por qué es un problema tan complejo que trasciende el riesgo legal?

I. ¿Qué es la corrupción?

No existe una definición inequívoca de corrupción, porque en efecto, el fenómeno de la corrupción tiene muchas caras, perspectivas y matices. En forma muy amplia y útil a los efectos de un análisis corporativo y ético, la corrupción es el *abuso del poder confiado para beneficio propio*². Aunque podemos englobar la corrupción genéricamente en la figura del soborno, en realidad, la corrupción puede materializarse en múltiples actos que buscan una ventaja indebida por medio de la influencia sobre otra persona (que bien puede ser un funcionario público o un privado de acuerdo con las circunstancias). El Consejo de Europa y las Convenciones de las Naciones Unidas exigen a sus signatarios que tipifiquen como delito el “ofrecer,” “prometer” y “dar” un soborno³. Esto refleja la actitud de la comunidad internacional de que los tres tipos de conducta representan un comportamiento corrosivo que debe prohibirse y castigarse en cualquiera de sus modalidades⁴.

¹ Véase, *How does corruption affect economic growth?* <https://bit.ly/3klbv1F> En este informe, se afirma que “el análisis empírico demuestra un efecto en doble sentido de la corrupción burocrática en el desempeño de la empresa. La existencia de un cierto número de empresas que sobornan aumenta el rendimiento agregado de la empresa [...] pero la posibilidad de recibir beneficios del soborno puede ser una de las razones por las cuales la corrupción no desaparece a pesar de su efecto global de limitar de crecimiento”.

² Transparency International, *What is corruption?* En <https://bit.ly/3obqy2o>

³ OECD, *Corruption a glossary of International Standards in Criminal Law*, Paris, OECD Publishing, 2008, p. 26.

⁴ *Id.*

Las Convenciones Internacionales utilizan el soborno como el acto principal de corrupción⁵, pero hay muchas formas para su realización. Cada uno requiere prueba de una relación entre el pago o transferencia del beneficio al funcionario público y la acción gubernamental, expresando el elemento como un “*intercambio*” o, “*para obtener o retener negocios*”, y para que el funcionario “*actúe o se abstenga de actuar*” en su trámite habitual⁶. Dado su gravedad, se ha señalado que la corrupción erosiona la confianza en las instituciones del Estado, debilita la democracia, obstaculiza el desarrollo económico y exacerba aún más la desigualdad, la pobreza, la división social y la crisis ambiental⁷.

Como un juego deportivo, hay reglas que todos debemos seguir para lograr ganar una partida. En cierto sentido, las leyes son como un gran ring de boxeo, en el cual los boxeadores (las empresas en sus mercados) están peleando en cada *round* con el fin de lograr sus objetivos. Si nos fijamos en este ejemplo, el boxeo es una lucha ordenada y preestablecida. Es *ordenada* porque cada boxeador debe conocer las reglas, y en caso contrario, el réferi penalizará la contraparte (el Poder Judicial o la Administración Pública). Es *preestablecida* por las reglas del juego que son interpretadas por el réferi cuya decisión es final (en otras palabras, el Poder Judicial interpreta las leyes, la Administración sus regulaciones). Es decir, sin reglas, no habría boxeo, habría una simple pelea desordenada donde todo golpe vale, sin implicaciones ni consecuencias.

Con las reglas del juego se garantiza un final previsible a la contraparte de acuerdo con sus acciones sean acordes a las reglas impuestas por la ley o contrarias a esta. Finalmente, los espectadores de esta pelea infinita somos los ciudadanos, que, como público general, tenemos el derecho de quejarnos de una pelea aburrida o injusta. Lo mismo pasa con las instituciones del Estado y sus ciudadanos en sus relaciones. Existen reglas preestablecidas –que se basan en la ley– que nos indican que se puede y que no se puede hacer para convivir en sociedad. La corrupción no es ética pues no respeta las reglas del juego en nuestro sistema de instituciones públicas, y se encuentra penalizada por sus consecuencias en nuestro gobierno y su administración. Así, no puede ser tolerado en ninguna circunstancia el uso abusivo del poder para beneficio propio, o beneficios ajenos al interés público por ser ilegal y antiético.

La distinción comúnmente utilizada entre *corrupción política* y *corrupción burocrática* también es útil en este sentido⁸. La corrupción

⁵ Henning, Peter, “Public corruption: comparative analysis of International Corruption Conventions and United States law”, en: *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2001, p. 825.

⁶ *Id.*

⁷ Transparency International, *What is corruption?...*, *ob. cit.*

⁸ *Id.*

política puede incluir adaptar las leyes y reglamentos a ventaja de los agentes del sector privado a cambio de sobornos, otorgando grandes contratos públicos a empresas específicas o malversando fondos del tesoro⁹. La corrupción burocrática ocurre durante la implementación de las políticas públicas. Involucra a burócratas designados y personal de administración pública a nivel central o local¹⁰. Implica actos corruptos entre quienes implementan las reglas diseñadas o introducidas por altos funcionarios¹¹. Se ha empezado a abordar la corrupción desde un nuevo punto de vista, buscando inspiración en el razonamiento económico¹².

Esta tendencia entiende la corrupción como resultado de la interacción constante entre intereses públicos y privados dentro de la estructura del Estado pues existen incentivos para las prácticas corruptas siempre que una autoridad pública ejerce su discreción sobre la distribución de un beneficio o un costo al sector privado¹³. El Estado tiene el poder de comprar y vender bienes y servicios, ofrecer concesiones y distribuir subsidios (beneficios), así como recaudar impuestos, hacer cumplir las regulaciones y requerir autorizaciones (costos)¹⁴. Por otro lado, existe un sector privado con poder económico y dispuesto a pagar por los beneficios o reducir los costos que se le impusieron. Como todas las actividades mencionadas son inherentes al funcionamiento de un gobierno en la actualidad, la creación de incentivos para la corrupción es inevitable¹⁵.

En este contexto, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC) no establece una sola definición del tema bajo estudio, ya que cada Estado tiene la potestad soberana de definirla legalmente como desee como sujeto de derecho internacional. No obstante, existen fuerte intentos en unificar los delitos de corrupción en instrumento internacionales unificados. Ciertamente, esto no ha ocurrido debido a las fuertes diferencias estatales en el foro internacional sobre la materia que nos ocupa, aun cuando existen iniciativas referenciales de mejores prácticas como la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de 1997 por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo

⁹ *Id.*

¹⁰ *Id.*

¹¹ *Id.*

¹² Vaz Ferreira, Luciano & Costa Morosini, Fabio, "The Implementation of International Anti-Corruption Law in Business: Legal Control of Corruption Directed to Transnational Corporations", en: *Brazilian Journal of Strategy & International Relations*, 2013, p. 243.

¹³ *Id.*

¹⁴ *Id.*

¹⁵ *Id.*

Económicos y demás lineamientos contra la corrupción emitidos por organismos internacionales. En todo caso, definiendo la corrupción en sentido *amplísimo*, como ese abuso de poder confiado para el beneficio propio, podemos afirmar que la corrupción puede tomar varias formas: el soborno, malversación, pagos de facilitación, fraude, concusión, extorsión, patronaje, nepotismo y clientelismo¹⁶, entre muchas otras figuras legales con variaciones de jurisdicción en jurisdicción.

1. La empresa y el panorama actual globalizado

No es novedoso las diversas preocupaciones sobre la corrupción en América Latina y Venezuela no se escapa de tales consideraciones. Se ha señalado que mientras que la corrupción y otros problemas de gobernanza resultan principalmente de procesos generados dentro de la economía interna de los países, también hay importantes factores internacionales impulsores de la corrupción¹⁷. Los ejemplos incluyen los efectos de las rentas de recursos naturales que surgen del comercio internacional de productos de alto valor, la capacidad de ocultar y mover activos financieros en el exterior y presiones creadas por la inversión extranjera¹⁸.

El tráfico ilegal de narcóticos y el contrabando en los mercados de los países ricos también generan grandes ganancias y rentas, con efectos particularmente corruptos para la policía y los políticos en las áreas de transbordo¹⁹. El incentivo para aprovechar todas estas oportunidades para el enriquecimiento personal se intensifica con la liberalización financiera, que facilita grandes movimientos de capital transnacionales y proporciona un margen para ocultar activos financieros en el extranjero²⁰. Por ello, el fenómeno de la corrupción es un fenómeno complejo de carencia de transparencia en los países que puede estar impulsado tanto doméstica como internacionalmente, y evidenciando problemas graves en las estructuras que definen la economía nacional, las instituciones públicas y los procesos políticos.

En la práctica corporativa, las empresas venezolanas deben cumplir con la legislación local venezolana y, adicionalmente, la legislación extranjera que resulte aplicable por nacionalidad o tipo de industria. Esto no es algo novedoso pues las empresas transnacionales deben velar por el cumplimiento legal en múltiples jurisdicciones en su *risk assessment* de mercado. Ahora bien, como costumbre comercial en Venezuela, se

¹⁶ United Kingdom, Department of International Development, *Why corruption matters: understanding causes, effects and how to address them*, 2015, p. 12. En <https://bit.ly/3C3ycRk>

¹⁷ OECD, *International Drivers of Corruption: A Tool for Analysis*, OECD Publishing, 2012, p. 9. En <http://dx.doi.org/10.1787/9789264167513-en>.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ *Id.*, p. 15.

²⁰ *Id.*

ha hecho práctica común sobornar a los funcionarios públicos para facilitar el trámite de permisos administrativos en transacciones comunes, como certificaciones notariales, constituciones de empresas, registro de escrituras, solicitudes administrativas, licitaciones públicas, licencias, y demás trámites administrativos debido al largo proceso y la estructura burocrática existente que dificultan las operaciones habituales de los negocios legalmente establecidos.

Ciertamente, Venezuela posee un esquema regulatorio muy complejo para hacer negocios, lo que ha creado una burocracia extensa y sofisticada dependiendo de la industria que se trate, y generando un ambiente ideal para el crecimiento exponencial de riesgos de corrupción local y transnacional. Este esquema se intensifica en varios niveles hasta el punto de ofrecer sobornos para contratos públicos, decisiones judiciales favorables, entre otros hechos irregulares muy cuestionables e ilegales. En palabras del Departamento de Estado de los Estados Unidos:

...las condiciones en Venezuela brindan amplias oportunidades para los abusos financieros. La proximidad de Venezuela a los puntos de origen de drogas y su estado como país de tránsito de estupefacientes, combinado con la débil aplicación de las leyes contra legitimación de capitales y la falta de voluntad política, la cooperación bilateral limitada y la corrupción endémica, hacen que Venezuela sea vulnerable al lavado de dinero y los delitos financieros²¹.

Parece innecesario advertir al lector que todas estas actuaciones son ilegales en buena parte del mundo contemporáneo, y reafirmar lo inaceptable de sus prácticas. Sin embargo, a veces inadvertidas, estas prácticas son poco éticas e ilegales, y tienen un riesgo potencial en el negocio corporativo. Muchas empresas en países de América Latina toman la decisión de aceptar este tipo de comportamiento ilegal para facilitar la práctica comercial. Sin embargo, incluso la mínima falta puede tener un impacto terrible en el negocio en general, no sólo afectando al negocio local, sino al negocio internacionalmente considerado.

A título de ejemplo, imaginemos que, para cerrar una transacción, el equipo corporativo de la compañía extranjera X requiere que su abogado externo pague un soborno a un funcionario público para obtener resultados. En este ejemplo, la empresa está potencialmente sujeta al delito de corrupción de conformidad con el artículo 61 de la Ley contra la Corrupción venezolana ("LCC") y la FCPA de conformidad con lo estipulado en la sección §78dd-3 (a)²². En este ejemplo, tenemos dos

²¹ Véase, U.S. Department of State. En <https://bit.ly/3097BFn>

²² FCPA § 78dd-3 (a): "(a) Prohibition. It shall be unlawful for any issuer which has a class of securities registered pursuant to section 78l of this title or which is required to file reports under section 78o(d) of this title, or for any officer, director,

violaciones en dos jurisdicciones simultáneamente con una posible responsabilidad penal, civil y administrativa derivada del incumplimiento. Por supuesto, en este ejemplo, no estamos teniendo en cuenta la exigibilidad de dicha regulación, ni hemos adelantado la nacionalidad de la compañía infractora.

De hecho, el ámbito de aplicación de estos instrumentos normativos es clave para prever qué jurisdicción implica más daño potencial para la empresa. En la práctica, las autoridades administrativas de Venezuela han demostrado ser menos eficientes que las autoridades administrativas estadounidenses. Pero esta suposición no significa que los funcionarios venezolanos no hagan cumplir su propia legislación y que incumplir con la normativa venezolana sea algo positivo para la empresa. Como regla primordial, ningún incumplimiento corporativo puede ser aceptable, a menos que afecte la integridad física de sus empleados o sea producto de causas extrañas no imputables a su actuación corporativa. La legislación y la regulación existente, siempre será ejecutada y, de hecho, para ello existen las Administraciones Públicas, para ejecutar la ley en todo momento.

La suposición que, en general, los sistemas judiciales débiles son una excusa para sobornar, no es ni una buena estrategia de *compliance* –o carencia absoluta de ella– ni un buen asesoramiento legal básico. Aunque, “*el gobierno [venezolano] no implementa las leyes anticorrupción relevantes de manera efectiva, y los funcionarios del gobierno se involucran en la corrupción con impunidad*”, hay muchas otras regulaciones que prevén varias sanciones que solo esperan el momento para ser activadas por cualquier fiscal venezolano²³. Lamentablemente, la práctica del ejercicio profesional contrasta con la realidad que tienen escrita nuestras leyes. A veces desconocido por los prejuicios contra las naciones del tercer mundo, los países latinoamericanos tienen marcos normativos y regulatorios bien establecidos y más complejos de lo que cualquier abogado extranjero pueda imaginarse.

Utilizando el ejemplo de Venezuela, es justo decir que el marco regulatorio es complejo y con varias sanciones, que incluyen no solo multas administrativas sino también con penas privativas de libertad.

employee, or agent of such issuer or any stockholder thereof acting on behalf of such issuer, to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to // (1) any foreign official for purposes of // (A) (i) influencing any act or decision of such foreign official in his official capacity, (ii) inducing such foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official, or (iii) securing any improper advantage”.

²³ Véase, Risk & Compliance Portal (Mayo 2016), *Venezuela Corruption Report*, en <https://bit.ly/3C0SI5d>

Inclusive, participar en este tipo de actividades puede poner en peligro todo el negocio, ya que vemos que el impacto del soborno no es solo local sino internacional. La Ley Anticorrupción venezolana penaliza el soborno activo y pasivo, el abuso del cargo, la extorsión y la legitimación de capitales, y se castiga con penas de prisión de entre tres y diez años. Venezuela posee un amplio marco regulatorio que regula los sectores de banca y energía, con participación constante de autoridades administrativas. Como vemos, una simple violación puede tener un impacto colateral en múltiples jurisdicciones y estar sujeta a diferentes leyes y tribunales.

2. Corrupción como problema legal y de compliance empresarial

En este estudio, a los solos efectos de limitar su alcance, la corrupción es una situación compleja con consecuencias legales que genera riesgos para la empresa, su estabilidad y reputación comercial. Todo incumplimiento de la ley o regulación conlleva consecuencias legales o administrativas y la corrupción no escapa de esta precisión. Ahora bien, entendida la corrupción como fenómeno complejo: ¿es conveniente para la empresa obtener permisos con pagos dudosos? ¿es conveniente para la empresa ser indiciada por corrupción en su país y en el extranjero?

Ciertamente, no es conveniente para la empresa contemporánea involucrarse con proveedores, contratistas o distribuidores manifiestamente corruptos en sus operaciones comerciales. No sólo compromete el negocio propio, sino que pone en duda la debida transparencia comercial de la empresa, dando la posibilidad de que las autoridades competentes investiguen para constatar irregularidades. Una visión de *compliance* del fenómeno de la corrupción es identificar preventivamente aquellas situaciones de negocios que comprometen la operación comercial, ya sea por la ocurrencia de delitos, o por la posibilidad de ocurrir. La prevención no es exclusiva para evadir eventuales cargos penales, es para educar a la empresa que clase de negocios queremos y cómo se puede lograr siendo respetuosos de la ley.

Como vemos, la corrupción es un problema legal –pues la empresa puede ser o no acusada de la comisión o colaboración de un delito–, sancionada administrativamente por su ocurrencia –multas administrativas cuantiosas o suspensión de licencias de comercio o relación comercial con el Estado–, sino un verdadero problema reputacional ¿Quién quiere relacionarse comercialmente con una empresa que propicia actos contrarios a la ley y la ética empresarial? ¿Qué clase de trabajadores se prestan para tales fines? ¿Cómo es percibida la empresa luego de la ocurrencia de un hecho de corrupción por parte de los accionistas? La

volatilidad de las empresas puede verse a prueba en un escándalo de corrupción empresarial. Por ello, como regla general, la corrupción no puede ser tolerada por la empresa responsable, no solamente por sus efectos, sino porque no tiene sentido el ejercicio empresarial realizado con ventajas indebidas. Una empresa que apuesta a la corrupción como forma de impulsar sus actividades comerciales es simplemente un delincuente de cuello blanco con una gran chequera.

II. Derecho internacional contra la corrupción y el soborno

El marco del derecho internacional contra la corrupción es un complejo conjunto de legislación doméstica y tratados internacionales²⁴. Hasta 1990, la corrupción doméstica y la legislación contra la corrupción era en gran medida limitada a los delitos cometidos dentro de los límites reguladores de los Estados²⁵. En la actualidad existen múltiples tratados internacionales en la materia, entre los que destacan la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de 1997 por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos²⁶, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003²⁷, la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996²⁸, el *Criminal Law Convention on Corruption* de 1999 del Consejo de Europa²⁹, el Convenio de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de la Unión Europea o funcionarios de los países miembros de 2005³⁰, entre otros.

El resultado de esta compleja regulación internacional es la coexistencia de varios instrumentos normativos internacionales con distintos grados de regulación de la corrupción doméstica y en el extranjero, con distintas definiciones sobre qué constituye delito y sus consecuencias, en múltiples regímenes normativos internacionales y domésticos³¹. En términos prácticos, la corrupción, si bien se encuentra regulada internacionalmente, tiende a ventilarse como un problema doméstico en los Estados donde se comete el hecho punible. En el marco del derecho

²⁴ Zerk, Jennifer, *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas*, Harvard Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper N° 59, 2010, p. 30. En <https://bit.ly/3qmA6KS>

²⁵ *Id.*

²⁶ En <https://bit.ly/2Yu9R9A>

²⁷ En <https://bit.ly/3ouF1XB>

²⁸ En <https://bit.ly/3kiKSO4>

²⁹ En <https://rm.coe.int/168007f3f5>

³⁰ En <https://bit.ly/3wruOK4>

³¹ Zerk, *Extraterritorial Jurisdiction...*, *ob. cit.*, p. 30.

venezolano, Venezuela es parte de la UNCAC³², la UNCDOT³³ y la CICC³⁴, más no es parte de la convención OEDC contra la corrupción ni de la Convención del Consejo de Europa.

Lo que afecta a las compañías en Venezuela, independientemente del derecho local, es la extraterritorialidad de disposiciones contra la corrupción del derecho extranjero aplicable a la casa matriz de la empresa en Venezuela y su relación con sus subsidiarias. La extraterritorialidad de las disposiciones contra la corrupción ha sido la verdadera fuerza que promueve la relevancia de la materia que nos ocupa. En la actualidad existe la marcada tendencia de aplicar la ley nacional y sus efectos a hechos cometidos fuera de sus límites territoriales. Una idea clave en materia de regulación aplicable a la corrupción, es que su afectación a la empresa es primordialmente doméstica al ser delitos establecidos en la legislación local.

Ciertamente, no queremos menospreciar la actual regulación internacional de la materia que nos ocupa, pero en efectos prácticos, la legislación local tiene verdaderos efectos ejecutorios frente a la empresa en sus operaciones diarias. El derecho internacional contra la corrupción provee lineamientos generales de punibilidad a los Estados. En cambio, el derecho penal doméstico es quién realmente define el alcance de los delitos de corrupción en todas sus variantes, y busca su *enforcement* de acuerdo con su sistema de administración de justicia. Ahora bien, grandes potencias mundiales buscan imponer sus legislaciones sobre sus pares. En este epígrafe nos enfocaremos en la regulación norteamericana de la legislación contra la corrupción en el extranjero. No cabe duda de que el *enforcement* realizado por los Estados Unidos de la FCPA ha generado un cambio radical en la forma en cómo las trasnacionales conducen sus negocios en el extranjero, cuando su casa matriz es de nacionalidad norteamericana. Este modelo, como tendremos la oportunidad de analizar superficialmente, es replicado por varios países, como Reino Unido, Canadá, entre otros, siguiendo precisamente las tendencias regulatorias y prácticas impuestas por los Estados Unidos.

III. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)

El combate contra la corrupción ha tenido su mayor impulso desde la década de los noventas con la red de tratados y convenciones internacionales anticorrupción. Sin embargo, una excepción notable fue la

³² Venezuela es parte del tratado desde el 10-12-2003 y ratificó completamente su contenido el 02-02-2009.

³³ Venezuela ratificó la convención el 13-05-2002, así como todos sus protocolos en 2005.

³⁴ Venezuela es parte del tratado desde el 29-03-1996 y ratificó el 22-05-1997.

promulgación de la FCPA en 1977³⁵, mucho antes de la discusión formal del fenómeno de la corrupción y sus consecuencias legales, éticas, y financieras que conocemos hoy en día. Como su nombre indica, esta legislación tenía como objetivo penalizar el soborno de funcionarios públicos extranjeros, incluido el soborno que se realizaba fuera de los Estados Unidos. Históricamente, la FCPA se describe comúnmente como una consecuencia del escándalo de Watergate y la investigación que el Senado estadounidense instruyera a tal efecto. Si bien tal referencia es relevante para los orígenes de la FCPA, describir la FCPA como una consecuencia singular de Watergate pasa por alto el hecho histórico de que el Congreso estaba investigando activamente las acusaciones de soborno y corrupción en el extranjero por separado y aparte del escándalo de Watergate³⁶.

Otra situación que contribuyó en el actual desarrollo de la práctica del FCPA es la globalización. Así como las economías planificadas alrededor del mundo pasaron a ser economías libres de mercado y se abrieron al comercio e inversión extranjera, existe un consenso global contra el uso ilegal de fondos privados para actividades de corrupción en economías emergentes³⁷. La FCPA fue modificada en 1998 precisamente para adecuarse a las múltiples obligaciones convencionales de los Estados Unidos de acuerdo con la Convención OECD³⁸. Esto ha generado el resurgimiento de la FCPA como práctica de *criminal compliance* empresarial y donde la regulación norteamericana ha llevado la batuta de la extraterritorialidad.

En el contexto de una aplicación agresiva, multas y sanciones multimillonarias resultantes, está el hecho innegable de que, en la mayoría de los casos, no existe un escrutinio judicial de las teorías de aplicación de la FCPA³⁹. El resultado final es que la FCPA a menudo significa lo que las agencias federales dicen que significa, sin previo control judicial de su accionar⁴⁰. La llamativa práctica en materia del FCPA ha sido bien documentada, al igual que las agresivas posiciones de aplicación del DOJ y SEC, las dos agencias federales responsables de hacer cumplir el estatuto federal norteamericano⁴¹. Como se describe habitualmente, la aplicación de la FCPA fue en gran parte (pero no del todo) inexistente desde

³⁵ Zerk, *Extraterritorial Jurisdiction...*, *ob. cit.*, p. 30.

³⁶ Koehler, Mike, "The Facade of FCPA Enforcement", en: *Georgetown Journal of International Law*, 2010, p. 911.

³⁷ Boghraty, Babak, *Organizational Compliance and Ethics*, New York, Aspen Publishers, 2019, p. 136.

³⁸ *Id.*, p. 137.

³⁹ Koehler, *The Facade of FCP Enforcement...*, *ob. cit.*, p. 907.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Id.*

1977 hasta el año 2002⁴². Ciertamente, la FCPA fue enmendada en 1988 y 1998 y el resumen a continuación proporciona una descripción general del estatuto de la FCPA posterior a 1998 (es decir, el estatuto referido a los libros contables, y cuando la FCPA resucitó de una casi extinción legal, generando la versión del estatuto aplicado actualmente)⁴³.

1. Prohibiciones y aplicación

La FCPA es parte de la *Securities Exchange Act* de 1934 y tiene dos disposiciones principales: las disposiciones contra el soborno propiamente y las disposiciones referentes a la regulación de libros contables y registros y control interno corporativo⁴⁴. Dicho en otros términos, la FCPA prohíbe dar o prometer algo de valor a un funcionario de un gobierno extranjero, partidos políticos o funcionarios del partido a cambio de obtener o mantener negocios, o de obtener alguna ventaja comercial inadecuada (esto puede catalogarse como las “disposiciones contra el soborno” de la FCPA)⁴⁵. Igualmente, la FCPA prohíbe mantener libros y registros inexactos y mantener controles internos inadecuados (que son catalogadas como las “disposiciones contables” de la FCPA)⁴⁶. Aun cuando nos encontramos analizando un instrumento legal de derecho norteamericano, tiene especial relevancia en el comercio internacional por su *amplísimo* alcance.

En general, la FCPA prohíbe ofrecer a pagar, pagar, prometer pagar o autorizar el pago de dinero o cualquier cosa de valor a un oficial extranjero con el fin de influir en cualquier acto o decisión del funcionario extranjero en su capacidad oficial o para asegurar cualquier otra ventaja indebida con el fin de obtener o retener negocios⁴⁷. La disposición anti-soborno de la FCPA se aplica ampliamente a emisores de valores registrados ante la *Securities and Exchange Commission* (SEC), cualquier ciudadano americano, nacional, residente u organización empresarial cuyo lugar principal de negocios se encuentre en los Estados Unidos o que se haya constituido en los Estados Unidos, funcionarios, directores, empleados y agentes que actúen en nombre del emisor o empresa norteamericana, donde sea que se encuentren.

⁴² Véase *generalmente*, Searcey, Dionne, *US. Cracks Down on Corporate Bribes*, Wall Street Journal., 26-05-2009, en <https://on.wsj.com/3bXvVMS>; Shearman & Sterling LLP, *FCPA Digest: Cases and Review Releases Relating to Bribes to Foreign Officials under the Foreign Corrupt Practices Act of 1977*, 2014, en <https://bit.ly/31EzZvJ>

⁴³ Koehler, *The Facade of FCPA Enforcement...*, *ob. cit.*, p. 907.

⁴⁴ *Id.*, p. 913.

⁴⁵ 15 U.S.C. § 78dd-1(a).

⁴⁶ 15 U.S.C. § 78m (b)(2)(A).

⁴⁷ U.S Department of Justice, *FCPA: A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, 2da. Ed., 2020, p. 9, en <https://bit.ly/30e8a0L>

El delito se consuma con la oferta corrupta: no es necesario realizar ningún pago, y de hecho, la ausencia de pago puede mantener abierto la posibilidad de prescripción. Por ello, no es requisito para el delito de soborno la obtención u otorgamiento de ningún beneficio propiamente dicho. Las acciones de aplicación de la FCPA se han centrado en pequeños pagos y obsequios solo cuando forman parte de un curso de conducta sistémico o de larga data que evidencia un plan para pagar corruptamente a funcionarios extranjeros para obtener o retener negocios⁴⁸.

En lugar de dedicar recursos de cumplimiento para evitar sobornos a funcionarios del gobierno para obtener o retener negocios, el propósito principal de la FCPA, las empresas se ven obligadas a gastar grandes cantidades de tiempo y dinero vigilando casi todas las interacciones, sin importar cuán insignificante sea: con funcionarios extranjeros, empleados de empresas estatales y prácticamente cualquier persona que de alguna manera pueda tener influencia con un gobierno extranjero. Las empresas estadounidenses también se ven obstaculizadas significativamente en su capacidad de confiar en agentes locales, como los agentes de aduanas, cuyos servicios pueden ser esenciales (o incluso exigidos por la ley local) para navegar en entornos regulatorios desconocidos, pero cuyo comportamiento no puede ser completamente controlado. Estos representantes de terceros son una gran fuente de responsabilidad potencial porque la FCPA hace explícitamente que las empresas sean responsables tanto por la conducta que autorizan como por la conducta que son deliberadamente ciegas o deliberadamente ignorantes⁴⁹.

Adicionalmente, las provisiones de la FCPA se aplican a la subsidiaria extranjera cuando la subsidiaria actúa como agente, a los socios de empresa en conjunto; y las personas que no sean emisores o inquietudes domésticas cuando la conducta que promueve la actividad ocurre en los Estados Unidos. Un riesgo para las compañías americanas es que pueden ser declaradas responsables por sobornos pagados por subsidiarias extranjeras o relaciones comerciales en las cuales se encuentre participando⁵⁰. Desde la perspectiva norteamericana, muchos proyectos en el extranjero son licitados por grupos transnacionales donde los participantes de otros países pueden no ser sujetos a la misma prohibición de realizar pagos a funcionarios públicos extranjeros, debido,

⁴⁸ *Id.*, p. 14.

⁴⁹ Ballenger, J. Scott / Greenburg, Douglas N. & Seltzer, Nathan H., "Reining in the Foreign Corrupt Practices Act: The Supreme Court Ignores a Perfect Opportunity", en *Criminal Law Bulletin*, 2010, Vol. 46, N° 4, 2010, pp. 625-637, especialmente p. 633, en <https://bit.ly/31z6pLZ>

⁵⁰ Keith Martin, *Foreign Corruption Practices Act en Corporate Legal Departments: Practicing Law in a Corporation*, apéndice A6, p. A6-8.

precisamente, a que la FCPA no es aplicable directamente a la compañía extranjera⁵¹.

Ahora bien, es importante advertir que la FCPA no prohíbe todos los pagos a funcionarios extranjeros, pues, en efecto, la compañía puede verse involucrada en pago legítimos con funcionarios públicos y que no persiguen los fines castigados por la ley. Esto se ha denominado *routine governmental action*, y es aplicable en aquellos casos donde la empresa busca rutinariamente, como obtener permisos o licencias para calificar a una persona para hacer negocios en el extranjero, trámite de documentos, servicios gubernamentales básicos, como protección policial, servicio de correo, telefónico, suministro de energía y agua, entre otras tareas de rutina que requieren interacción empresa y gobierno extranjero⁵².

En todo caso, es fundamental que el propósito del pago debe ser solicitar a un funcionario que haga lo que el funcionario ya tiene la obligación legal de hacer, y he allí la conducta penalmente reprochable. La FCPA prohíbe los pagos indirectos corruptos e impone responsabilidad si la empresa americana autoriza el pago o si tenía conocimiento que el pago ilícito sería realizado por un tercero, incluido su agente local, consultor, filial, abogado, entre otros. Por ello, “*conocimiento*” significa ser consciente o ignorar conscientemente una alta probabilidad de que se realice un pago u oferta corrupta.

*Kay v. United States*⁵³ representó una ampliación judicial de los términos del FCPA a través del *Business Purpose Test*. En *Kay*, los ex ejecutivos de American Rice, Inc. Douglas Murphy y David Kay, fueron acusados de violar la FCPA por conducta que surgió de las operaciones de American Rice en Haití durante la década de 1990, un período de corrupción desenfrenada e ilegalidad en ese país. En 1998 y 1999, Kay y Murphy autorizaron pagos a los funcionarios de aduanas haitianos para reducir los aranceles aduaneros y los impuestos a las ventas de la compañía para los envíos de arroz a Haití, y para poder llevar los barcos al puerto sin problemas. El tribunal de distrito inicialmente determinó que el soborno destinado a reducir los aranceles aduaneros no es un pago realizado “*para ayudar... en obtener o retener negocios,*” y desestimó la acusación⁵⁴.

Sin tener en cuenta la tradicional “regla de lenidad”, según la cual se supone que todas las ambigüedades en los estatutos penales se

⁵¹ *Id.*

⁵² Podgor, Henning, Israel & King, *White Collar Crime...*, *ob. cit.*, p. 264.

⁵³ *Kay v. United States*, 129 S. Ct. 42, 172 L. Ed. 2d 21 (2008).

⁵⁴ Ballenger, J. Scott / Greenburg, Douglas N. & Seltzer Nathan H., *Reining in the Foreign ...*, *ob. cit.*, p. 627.

resuelven a favor del acusado, la corte se basó en dudosos antecedentes legislativos para concluir que la FCPA alcanza pagos dirigidos a reducir las obligaciones tributarias si los demandados pretendían que el ahorro fiscal mejorara la posición competitiva de la empresa y, por lo tanto, mejorara el negocio en general⁵⁵. La decisión del quinto circuito en *Kay*⁵⁶ fue el primer caso que extendió el alcance de la FCPA para cubrir este tipo de pagos regulatorios a funcionarios extranjeros que no estaban directamente relacionados con la obtención o retención de negocios con ninguna persona. Por ello, de acuerdo con *Kay*, el pago para obtener un tratamiento fiscal favorable puede, en determinadas circunstancias, violar las disposiciones de la FCPA⁵⁷.

El *Business Purpose Test* establece entonces ampliamente:

...que se castiga el soborno pagado para generar asistencia para mejorar las oportunidades comerciales del pagador o su beneficiario, independientemente de si esa asistencia es directa o indirecta, e independientemente de si está relacionada con la administración de la ley, contratando, extendiendo o renovando de un contrato, o preservando un acuerdo comercial⁵⁸.

Algunos ejemplos de acciones tomadas para obtener o retener negocios de acuerdo con el *Business Purpose Test* pueden ser: **(i)** ganar un contrato; **(ii)** influir en el proceso de adquisiciones; **(iii)** eludir las reglas para la importación de productos; **(iv)** obtener acceso e información a licitaciones privadas; **(v)** evadir impuestos o multas; **(vi)** influir en la decisión de juicios o acciones de ejecución; **(vii)** obtener excepciones a la normativa legal vigente; **(viii)** vitar la rescisión del contrato públicos⁵⁹.

Un área en la que el gobierno se ha centrado intensamente desde *Kay*, y que puede ser el área más prometedora para probar la interpretación del estatuto por parte del gobierno, involucra pagos para reducir o evitar las cargas regulatorias. Las empresas estadounidenses enfrentan cargas regulatorias y operativas sustanciales en el extranjero constantemente. Al respecto:

La capacidad de una empresa para operar en un país anfitrión y el éxito de esas operaciones, a menudo se basa en decisiones discrecionales del gobierno, incluidas inversiones extranjeras o aprobaciones comerciales; la obtención de concesiones (como en el sector de minero y petrolero), franquicias, permisos o licencias (como en el sector de telecomunicaciones en muchos países o en otros sectores “sensibles”), decisiones fiscales o aduaneras, y otras acciones o beneficios regulatorios⁶⁰.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ Boghraty, *Organizational Compliance and Ethics...*, *ob. cit.*, p. 267.

⁵⁸ *Kay v. United States...*, *Id.*

⁵⁹ FCPA: *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act...*, *ob. cit.*, p. 12.

⁶⁰ *Id.*, p. 631.

Como condición para las transacciones comerciales o de inversión, el gobierno puede exigir que el inversionista extranjero se asocie con una empresa local, subcontrate cierto trabajo a empresas locales, cumpla con estándares de empleo locales específicos, construya infraestructura o satisfaga otras condiciones de desempeño⁶¹. Por ello, se ha señalado que la FCPA prohíbe expresamente ofrecer, pagar o prometer pagar cualquier cosa de valor o *anything of value*⁶². Dentro de esta categoría entran situaciones grises que requieren un análisis fáctico *case-by-case*, como lo son: (i) las donaciones caritativas y (ii) los regalos corporativos, viajes y entretenimiento, que aunque no expresamente prohibidas pueden, de acuerdo con las circunstancias, violar la FCPA.

Las provisiones contables de la FCPA también son un motivo de preocupación importante. Si la SEC cree que será difícil probar una violación contra el soborno, puede presentar un caso basado en libros y registros inexactos. Por ejemplo, cuando los pagos a funcionarios gubernamentales se registran como entretenimiento, tarifas promocionales, publicidad, consultoría, comisiones o gastos diversos para ocultar la naturaleza de dichos pagos. A menudo se demuestra señalando que (i) no hubo contratos o documentación válidos para los servicios descritos o (ii) que se pagaron comisiones cuando no se proporcionaron servicios. Las provisiones contables de la FCPA aplican igualmente a los *issuers* o emisores de acciones, o como lo define el propio estatuto como cualquier empresa extranjera o doméstica cuyos valores se encuentren negociadas en el sistema de mercado de valores estadounidense o en los mercados extrabursátiles o *over-the-counter market* y que consignan periódicamente reportes ante la SEC⁶³.

Un ejemplo de *enforcement* en esta área es el caso de *BellSouth Corp*⁶⁴ que, como empresa constituida en Estados Unidos, se encontraba plenamente sujeta a la aplicación de la FCPA. Entre septiembre de 1997 y agosto de 2000, la ex alta gerencia de la subsidiaria venezolana de BellSouth, Telcel, C.A., autorizó pagos por un total de aproximadamente \$10,8 millones a seis empresas *offshore* y registró indebidamente los desembolsos en los libros y registros de Telcel, con base en facturas ficticias, como servicios de buena fe⁶⁵. Los controles internos de Telcel no lograron detectar los pagos sin fundamento durante un período de al menos dos años. Como consecuencia adicional de esta deficiencia de

⁶¹ Lucinda A. Low et al., "Enforcement of the FCPA in the United States: Trends and the Effects of International Standards", en *The Foreign Corrupt Practices Act: Coping with Heightened Enforcement Risks*, p. 72.

⁶² 15 U.S.C § 77dd-1.

⁶³ Boghraty, *Organizational Compliance and Ethics...*, ob. cit., p. 206.

⁶⁴ *SEC v. BellSouth Corporation*, Civil Action N° 1:02-CV-0113 (N. D. Ga.)

⁶⁵ SEC, "Sec Settles Case Against Bellsouth Corporation", *Press Release*, 15-01-2002. En <https://bit.ly/3CZFtTH>

control, BellSouth no pudo reconstruir las circunstancias o el propósito de los pagos de Telcel, o determinar la identidad de sus destinatarios finales⁶⁶.

Aunque la §13 (b) del *Securities Exchange Act* solo aplica a los *issuers* y sus subsidiarias, el DOJ y SEC han interpretado ampliamente el estatuto para incluir el concepto *affiliates* o afiliadas⁶⁷. Así, los libros y registros de un emisor incluyen los de sus subsidiarias y afiliadas consolidadas. De esta forma, la responsabilidad de un emisor se extiende a asegurar que las subsidiarias o afiliadas bajo su control, incluidas las subsidiarias extranjeras y las empresas conjuntas, cumplan con las disposiciones contables⁶⁸. Por ejemplo, el DOJ y la SEC entablaron acciones de ejecución contra una empresa de California por violar las disposiciones contables de la FCPA cuando dos empresas conjuntas chinas en las que era socio pagaron más de 400.000 dólares en sobornos durante un período de cuatro años para obtener negocios en China⁶⁹.

Empresas multinacionales usualmente mantienen fuertes lazos comerciales con sus colaboradores alrededor del mundo –*joint venture partners*, distribuidores, licenciarios, franquiciados, entre muchos otros– de quienes dependen para realizar negocios⁷⁰. A diferencia de los propietarios de acciones que cotizan en la bolsa de valores, esa relación comercial no es susceptible de medición, haciendo difícil para los emisores en su determinación si un colaborador extranjero pueda o no calificar como una afiliada de acuerdo con la definición sostenida por la SEC⁷¹.

Finalmente, una peculiaridad de la regulación y criterios actuales sobre la FCPA es la teoría del *successor liability*. Un comprador de una empresa norteamericana a través de una fusión societaria o adquisición de acciones será tratado como el sucesor del transferente⁷², y será señalado como responsable por todas las deudas de éste, sin importar su conocimiento ante potenciales violaciones ocurridas anteriores a la realización de la transacción. Tanto en el derecho norteamericano como el derecho venezolano, las empresas adquieren una serie de responsabilidades cuando se fusionan o adquieren otra empresa, incluidas las que surgen de contratos, demandas judiciales, regulaciones y estatutos.

Como asunto legal general, cuando una empresa se fusiona con otra empresa o la adquiere, la empresa sucesora asume las

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ Boghraty, *Organizational Compliance and Ethics...*, *ob. cit.*, p. 211.

⁶⁸ FCPA: *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act...*, *ob. cit.*, p. 43.

⁶⁹ *SEC v. RAE Sys. Inc.*, N° 10-cv-2093, 2010. En <https://bit.ly/3wuk2a1>

⁷⁰ Boghraty, *Organizational Compliance and Ethics...*, *ob. cit.* p. 211.

⁷¹ *Id.*

⁷² *Id.*, p. 346.

responsabilidades de la empresa predecesora⁷³. La responsabilidad del sucesor es un componente integral del derecho corporativo y, entre otras cosas, evita que las empresas eludan la responsabilidad mediante la reorganización⁷⁴. El DOJ y la SEC alientan a las empresas a realizar la debida diligencia previa a la adquisición y a mejorar los programas de cumplimiento y los controles internos después de la adquisición por una variedad de razones, entre ellas, el riesgo de corrupción⁷⁵.

2. Extraterritorialidad y aplicación

Como hemos adelantado, la FCPA tiene alcance extraterritorial de sus disposiciones a los emisores extranjeros que negocien acciones en el mercado de valores, ya sea personas naturales o jurídicas, incluyendo a subsidiarias y afiliadas bajo el control de empresas norteamericanas. Algunos Estados proclaman su jurisdicción más allá de sus fronteras cuando existe expresa habilitación legislativa al respecto. Esto se ha denominado *jurisdicción extraterritorial*. El ejercicio de esta clase de jurisdicción es bastante controversial bajo los estándares del derecho internacional público contemporáneo, pero es “justificable” cuando el Estado en cuestión tenga suficientes vínculos con el sujeto en concreto o exista un detrimento sustancial en su territorio. El caso de la FCPA es un perfecto ejemplo de extraterritorialidad. El alcance jurisdiccional de la FCPA se ha expandido significativamente con el tiempo desde su promulgación y práctica inicial. De esta manera, algunos de esos cambios se produjeron mediante enmiendas estatutarias en respuesta a brechas problemáticas en la ley, mientras otros han surgido en la práctica del DOJ y la SEC y la presentación de cargos que han sido resueltos con la inclusión de bases jurisdiccionales ampliadas⁷⁶.

Ahora bien, teóricamente, los emisores extranjeros y los agentes de empresas norteamericanas solo pueden ser “halados” por la jurisdicción norteamericana en el uso de instrumentos de comercio interestatal como forma de conexión jurisdiccional. Así, por ejemplo, antes de que un emisor extranjero pueda ser enjuiciado por una conducta ocurrida fuera de los Estados Unidos, la fiscalía debe probar el nexo entre la conducta del emisor extranjero y el comercio en Estados Unidos⁷⁷. En este orden de ideas, si se establece una relación de agencia, la jurisdicción sobre la parte estadounidense puede extenderse para que la

⁷³ FCPA: A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act..., *ob. cit.*, p. 29.

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ Wilson, Natasha, “Pushing the Limits of Jurisdiction Over Foreign Actors Under the Foreign Corrupt Practices Act”, en: *Washington University Law Review*, Vol. 91, N° 4, p. 1063, en <https://bit.ly/3ogbeld>

⁷⁷ Boghraty, *Organizational Compliance and Ethics...*, *ob. cit.*, p. 357.

jurisdicción sobre la parte extranjera también sea apropiada⁷⁸. De acuerdo con la FCPA, Estados Unidos tiene jurisdicción sobre los actores extranjeros que operan como agentes autorizados de una empresa estadounidense, incluidas las subsidiarias extranjeras de las matrices estadounidenses⁷⁹.

Las bases más invocadas para la jurisdicción extraterritorial en este campo son (i) el principio de territorialidad subjetiva (por ejemplo, cuando un curso de conducta ha tenido lugar en parte en el Estado A y en parte en el Estado B) y (ii) el principio de nacionalidad (es decir, cuando el la persona o empresa que comete el delito extraterritorial es nacional del Estado A)⁸⁰. Las autoridades estadounidenses tienen una visión amplia de la territorialidad subjetiva y de los tipos de conexiones territoriales necesarias para enjuiciar a ciudadanos no estadounidenses en virtud de la FCPA⁸¹. No obstante, esta precisión legal se ha desdibujado en la práctica. La proliferación de DPA y NPA ha excluido significativamente el rol del poder judicial en las acusaciones fiscales corporativas, y como resultado, la pregunta sobre la extraterritorialidad de la FCPA ha sido principalmente establecida por la DOJ y la SEC⁸².

3. Comentarios sobre el UK Bribery Act (UKBA) y tendencias

Al igual que Estados Unidos, el Reino Unido está intensificando la aplicación de la ley anticorrupción de acuerdo con la UKBA como estatuto principal en materia anticorrupción. La UKBA es un estatuto de reciente data, apenas promulgado en el 2010, y con un enfoque actualizado de las disposiciones en materia contra la corrupción en general. Su promulgación no es casual. El Reino Unido sigue siendo el principal centro de servicios financieros del mundo, y representa el 17 % del valor global total de los préstamos bancarios internacionales y el 41 % del comercio mundial de divisas⁸³. El atractivo de su sector financiero, combinado con vínculos estrechos con centros extraterritoriales, expone al Reino Unido a riesgos significativos de corrupción y legitimación de capitales relacionado con sobornos extranjeros, como lo reconocen tanto el gobierno como las agencias gubernamentales británicas⁸⁴.

En este sentido, por una parte, la UKBA recoge los avances del derecho anticorrupción desde la perspectiva internacional y,

⁷⁸ Wilson, Natasha, *Pushing the Limits of Jurisdiction Over Foreign Actors Under the Foregoing Corrupt Practices Act...*, *ob. cit.*, p. 1081.

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ Zerk, *Extraterritorial Jurisdiction...*, *ob. cit.*, p. 37.

⁸¹ *Id.*

⁸² *Id.*

⁸³ OECD, *Implementing The Oecd Anti-Bribery Convention Phase 4 Report: United Kingdom*, 2018, p. 9, en <https://bit.ly/3qpPm9A>.

⁸⁴ *Id.*

adicionalmente, establece regímenes penales altamente sofisticados y técnicos para las empresas transnacionales de origen británico. Las empresas deberían analizar ciertas áreas para asegurar el cumplimiento de UKBA, incluyendo (i) gastos promocionales, (ii) facilitación de pagos y (iii) procedimientos adecuados y *compliance programs* robustos en materia anticorrupción. La UKBA otorga a los tribunales del Reino Unido jurisdicción sobre el soborno cometido en el extranjero cuando la persona que comete el delito es un ciudadano británico, residente habitual en el Reino Unido, un organismo constituido en el Reino Unido o una sociedad escocesa⁸⁵. El alcance extraterritorial de la ley se expresa además en la sección que regula a las empresas que llevan a cabo negocios en el Reino Unido y permite que se les impongan multas ilimitadas si no existen procedimientos adecuados para prevenir los delitos de soborno⁸⁶.

Adicionalmente, la UKBA ha creado el delito de “incumplimiento de una organización comercial para prevenir el soborno” como parte de una revisión de las leyes anticorrupción del Reino Unido. Según la sección 7 de la UKBA, una empresa puede ser culpable de un delito de corrupción si un empleado o un tercero intermediario (incluida una filial extranjera) paga un soborno con la intención de obtener un trato comercial o ventajoso para esa empresa⁸⁷. Adicionalmente, la UKBA establece dentro de sus disposiciones el delito de “supervisión negligente”, un término que se utiliza cada vez más en el contexto de delitos corporativos, con la idea de que, si bien una empresa matriz puede no ser directamente responsable del incumplimiento de una obligación legal, debería ser considerada responsable sobre la base de que no había tomado las medidas necesarias para evitar que un tercero (sobre el cual la empresa matriz ejercía algún control) cometiera delitos⁸⁸.

Si bien la FCPA ofrece de manera controversial una exención con respecto a los “pagos de facilitación”, esta exención no existe en virtud de la UKBA, aunque los lineamientos generales emitidos por el Secretario de Estado sobre la UKBA otorga a los fiscales de la corona un poder discrecional a la hora de considerar la posibilidad de enjuiciar en virtud

⁸⁵ Belch, Gordon, *An Analysis of the Efficacy of the Bribery Act 2010*, 2014, p. 5, en <https://bit.ly/3mYqr1f>

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ UKBA, §7. “*Failure of commercial organisations to prevent bribery (1) A relevant commercial organisation (“C”) is guilty of an offence under this section if a person (“A”) associated with C bribes another person intending– (a) to obtain or retain business for C, or (b) to obtain or retain an advantage in the conduct of business for C. (2) But it is a defence for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct.*”.

⁸⁸ Zerk, *Extraterritorial Jurisdiction...*, *ob. cit.*, p. 52.

de esta posibilidad procesal⁸⁹. La UKBA proporciona un modelo legislativo importante para tratar con un amplio rango de acción actividades de soborno corporativo y, al hacerlo, se ha basado en la literatura sobre gobierno corporativo para crear nuevas herramientas y tratar de manera más flexible este tipo de conducta corporativa reprochable⁹⁰.

La multa civil impuesta por la *Financial Services Authority* del Reino Unido (FSA) contra *Aon Ltd.*⁹¹ es un ejemplo de caso en el que una empresa matriz ha sido considerada responsable, no por la comisión de delitos de soborno propios, sino por permitir que surgiera una situación en la que fuera posible el soborno de funcionarios extranjeros y no tomar las medidas correctivas suficientes⁹². Específicamente, *Aon Ltd.* fue acusada por no emplear la debida diligencia necesaria en sus procedimientos de pago a proveedores y de no aplicar adecuadamente un sistema de seguimiento continuo de las relaciones con “terceros en el extranjero”⁹³. Otro ejemplo ilustrativo es el caso de *Sweett Group*. La investigación de la *Serious Fraud Office* descubrió que, de 2012 a 2014, *Sweett Group* pagó sobornos por valor de 5.00.000 libras esterlinas a un funcionario de los Emiratos Árabes Unidos para obtener un contrato valorado en 1.500.000 libras esterlinas para gestionar el proyecto de construcción de un hotel en Dubái. La compañía fue acusada bajo la sección 7 de la UKBA y se declaró culpable. El tribunal impuso sanciones económicas por valor de 22.250.000 GBP. El aspecto de soborno extranjero del caso fue detectado a través de un informe regulatorio de la empresa⁹⁴.

IV. Legislación contra la corrupción en Venezuela

En Venezuela, la corrupción es un delito y acarrea, por consecuencia, responsabilidad penal, incluso empresarial. Ahora bien, el derecho venezolano tipifica el hecho delictual de la corrupción de diversas formas que estudiaremos brevemente en este epígrafe. Aunque el derecho contra la corrupción no es nuevo en Venezuela, es certero afirmar que su tipificación es compleja y diversa entre distintos instrumentos normativos y

⁸⁹ United Kingdom Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010 – Guidance, 2011*, en <https://bit.ly/3ocQYKj>

⁹⁰ Tomasic, Roman, “Global Corporations, Bribery and Corrupt Practices - Anti-Bribery Laws and the Limits of State Action”, en: *Law and Financial Markets Review*, 2018, p. 11, en <https://bit.ly/3mYqunp>.

⁹¹ Financial Conduct Authority, *FSA fines Aon Limited £5.25m for failings in its anti-bribery and corruption systems and controls*. Press Release, 08-01-2009, en <https://bit.ly/3og7YpO>

⁹² *Id.*

⁹³ *Id.*

⁹⁴ Véase, United Kingdom, SFO, “Sweett Group PLC sentenced and ordered to pay £2.25 million after Bribery Act conviction”, *Press Release*, 19-02-2016, en <https://bit.ly/3oaa6PT>

se remonta a la aún vigente Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público⁹⁵ aunque derogada parcialmente por múltiples leyes posteriores. En particular, nos enfocaremos en lo dispuesto en la LCC, la LOCTF, la Ley Orgánica de Precios Justos (LOPJ) y otras disposiciones en específico que generan una regulación sofisticada en la materia desde la perspectiva pública y privada.

Venezuela presenta particularidades importantes frente a otras regulaciones en materia anticorrupción. Por una parte, posee una regulación muy sofisticada que busca recoger los estándares internacionales en la materia y establecer un sistema de normas de derecho públicamente punitivas tanto penal como administrativamente. Por otra parte, existe un tratamiento severo a la figura del funcionario público, razón por la cual, la regulación se enfoca principalmente en la penalización de los actos contra el Estado propiamente dicho. Así, por ejemplo, no prescribe la acción penal de los delitos contra el patrimonio público, ni los relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas⁹⁶.

Adicionalmente, también resulta importante destacar el sistema de control fiscal existente en Venezuela para el correcto manejo de los fondos públicos. Un ejemplo de ello es el derecho de las contrataciones públicas, el manejo directo e indirecto de dinero proveniente del Estado (en el caso empresarial por la vía contractual con la Administración Pública u entes del Estado) se encontrará sometido al control y fiscalización de la Contraloría General de la República porque se encuentran involucrados fondos públicos. Esto deriva del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal⁹⁷ ("Ley de Contraloría") y por disposiciones en específico, que someten su aplicación a o que en cualquier forma contraten, negocien o celebren operaciones con cualesquiera de los organismos o

⁹⁵ Gaceta Oficial N° 3.077 del 23-12-1982.

⁹⁶ LOCTF, art. 30. LCC, art. 125.

⁹⁷ Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en Gaceta Oficial N° 37.347 del 17-12-2001, artículo 2: *"La Contraloría General de la República, en los términos de la Constitución de la República y de esta Ley, es un órgano del Poder Ciudadano, al que corresponde el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como de las operaciones relativas a los mismos, cuyas actuaciones se orientarán a la realización de auditorías, inspecciones y cualquier tipo de revisiones fiscales en los organismos y entidades sujetos a su control. // La Contraloría, en el ejercicio de sus funciones, verificará la legalidad, exactitud y sinceridad, así como la eficacia, economía, eficiencia, calidad e impacto de las operaciones y de los resultados de la gestión de los organismos y entidades sujetos a su control. // Corresponde a la Contraloría ejercer sobre los contribuyentes y responsables, previstos en el Código Orgánico Tributario, así como sobre los demás particulares, las potestades que específicamente le atribuye esta Ley".*

entidades conformantes del Estado venezolano⁹⁸. Los funcionarios públicos venezolanos y sus relaciones con privados se encuentran altamente regulados por normas de derecho público, precisamente para garantizar el ejercicio de las funciones que les confiere la ley⁹⁹. En este sentido, la empresa puede ser objeto de investigaciones por parte de la Contraloría General de encontrarse incurso en el manejo de fondos públicos. En todo caso, estudiaremos en este epígrafe la corrupción desde la perspectiva empresarial y las disposiciones clave en la materia como asunto de derecho penal y la eventual responsabilidad derivada por las comisiones de estos delitos.

1. La Ley contra la Corrupción

La LCC, como marco general, establece las normas que rigen las conductas que deben asumir las personas a los fines de salvaguardar el patrimonio público, garantizar el manejo adecuado y transparente de los bienes y recursos públicos; así como, la tipificación de los delitos contra el patrimonio público y las sanciones que deberán aplicarse a

⁹⁸ *Id.* Artículo 9, numeral 12: “Están sujetos a las disposiciones de la presente Ley y al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República: [...] 12. Las personas naturales o jurídicas que sean contribuyentes o responsables, de conformidad con lo previsto en el Código Orgánico Tributario, o que en cualquier forma contraten, negocien o celebren operaciones con cualesquiera de los organismos o entidades mencionadas en los numerales anteriores o que reciban aportes, subsidios, otras transferencias o incentivos fiscales, o que en cualquier forma intervengan en la administración, manejo o custodia de recursos públicos”.

⁹⁹ Véase en este sentido, Orlando, Freddy, *La Potestad Inquisitiva de los órganos de control fiscal y la determinación administrativa de los funcionarios públicos*, Caracas, UCAB, 2011, 3° ed. Señala Orlando, “el criterio del legislador fue el de establecer un universo lo más extenso posible [...] por ello, se puede afirmar que no existe un ente público o funcionario que esté excluido de alguna de las diversas modalidades de control que puede llevar a cabo la Contraloría General de la República [...] En cuanto a las personas, jurídicas o naturales, las posibilidades de excepción son casi ninguna, pues bastaría con ser contribuyente de algún tributo para quedar comprendido dentro de los eventuales destinatarios de un acto de control de dicho organismo” (Id. p. 42). Ciertamente, poco se ha escrito sobre la aplicabilidad de los mandatos de la Ley de Contraloría a las empresas y sus relaciones con el Estado venezolano. Cabe preguntarse en este contexto: ¿Puede una empresa estar sujeta al procedimiento administrativo instruido la Contraloría General de la República por irregularidades administrativas? Esta es, en nuestra opinión, una pregunta polémica dado el estado actual de la regulación y los potenciales argumentos a favor y en contra a su respuesta. No obstante a lo anterior, existen fuerte argumentos para sostener que todo manejo de fondos públicos puede estar sujeto potencialmente a la aplicación de la Ley de Contraloría, con lo cual empresas privadas que han tenido acceso y manejo de fondos públicos en su interacción con entes del Estado pueden ser investigadas y sancionadas por uso inadecuado de fondos otorgados por el Estado. Esto puede resultar un riesgo especialmente importante en materia de contrataciones públicas con el Estado venezolano regidas por la Ley de Contrataciones Públicas y sus regulaciones complementarias.

quienes infrinjan estas disposiciones¹⁰⁰. De este objeto amplio, se puede concluir que (i) el objetivo de la legislación venezolana es procurar el adecuado manejo de los recursos públicos, como un asunto de patrimonio público¹⁰¹ y (ii) la corrupción es un delito contra el patrimonio público, es decir, contra el Estado. Esto presenta, si se quiere, un problema teleológico: la ley castiga al funcionario corrupto por afectar directa o indirectamente al patrimonio público que debe proteger, más que expresamente por la falta de ética en su actuación. Ciertamente, la ley define los conceptos de moral administrativa¹⁰² y ética pública¹⁰³, pero limitándose al necesario apego que debe existir entre el funcionario y la ley que ejecuta.

En esta visión simplista del fenómeno de la corrupción, realmente la ley no define sus implicaciones, sino que, más bien, se limita a tipificar

¹⁰⁰ LCC, art. 1.

¹⁰¹ *Id.*, art. 4 “Se considera patrimonio público aquel que corresponde por cualquier título a: 1. Los órganos y entes a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional. 2. Los órganos y entes a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Estatal. 3. Los órganos y entes a los que incumbe el ejercicio del Poder Público en los distritos y distritos metropolitanos. 4. Los órganos a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Municipal y los demás entes locales previstos en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal. 5. Los órganos y entes a los que incumbe el ejercicio del Poder Público en los territorios y dependencias federales. 6. Los institutos autónomos nacionales, estatales, distritales y municipales. 7. El Banco Central de Venezuela. 8. Las universidades públicas. Las demás personas de Derecho Público nacional, estatales, distritales y municipales. 10. Las sociedades de cualquier naturaleza en las cuales las personas a que se refieren los numerales anteriores tengan participación en su capital social; así como, las que se constituyen con la participación de estas. 11. Las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones, asociaciones civiles, cooperativas, cajas de ahorro, fondos y demás instituciones constituidas con recursos públicos, o que sean dirigidas por las personas a que se refieren los numerales anteriores, o en las cuales tales personas designen sus autoridades; o cuando los aportes presupuestarios o contribuciones efectuadas en un ejercicio presupuestario, por una o varias de las personas a que se refieren los numerales anteriores representen el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto. Se considera igualmente patrimonio público, los recursos entregados a particulares, consejos comunales, comunas o cualquier otra forma asociativa, por los órganos o entes del sector público mencionados en los numerales anteriores, mediante transferencias, aportes, subsidios, contribuciones, créditos o alguna otra modalidad similar para el cumplimiento de finalidades de interés o utilidad pública, hasta que se demuestre el logro de las mismas. Las personas que administren tales recursos estarán sometidas a lo establecido en esta Ley y a las demás leyes que rijan la materia”.

¹⁰² *Id.* art. 5 “Moral administrativa: A la obligación de quienes estén investidos de funciones públicas, de mantener en el desempeño de sus funciones, preeminencia del interés público sobre el interés personal o de grupos dirigidos a la satisfacción de las necesidades colectivas”.

¹⁰³ *Id.* art. 5. “Ética pública: Al apego a los principios constitucionales y legales que rigen la Administración Pública de las personas señaladas en el artículo 3 de esta Ley”.

todo aquello que atenta al patrimonio público *ampliamente* considerado. Por ello, puede afirmarse que la LCC tiene una visión desde la perspectiva estatal de la corrupción y sus consecuencias, y que, colateralmente, castiga al sujeto privado que propicia el acto corrupto. ¿Es acaso el bien jurídico protegido en los tipos penales sobre la corrupción la protección del patrimonio público?

De acuerdo con la legislación venezolana actual, puede argumentarse que el espíritu de la ley es precisamente la protección del Estado frente la corrupción y no la prevención de sus consecuencias o disuasión a los potenciales actores corruptos. En la concepción tradicional, el legislador protege el normal funcionamiento y el prestigio de la administración pública, en sentido amplio, por la necesidad de resguardar el ejercicio de las funciones públicas de los peligros y tentaciones consiguientes a las dádivas o regalos de los particulares a los funcionarios públicos por cumplir actos que le competen y que sean de carácter gratuito o por retardar esos actos y realizar otros que sean contrarios al deber que el cargo que ostentan les impone¹⁰⁴. La LCC bajo el título de la corrupción, recoge una pluralidad de tipos delictivos de difícil reducción a una naturaleza común desde la dogmática penal¹⁰⁵.

Conforme a nuestro derecho, la corrupción puede ser activa o pasiva según se contemple la conducta del funcionario público que recibe la retribución indebida o la del particular que paga la banalidad de aquél; y tanto la una como la otra comprenden dos especies: la *impropia*, cuando el acto que es objeto de la negociación inmoral corresponde legalmente a las atribuciones del funcionario; y la *propia*, cuando dicho funcionario actúa contra las normas que regulan sus funciones¹⁰⁶. La LCC dedica gran cantidad de su articulado a la tipificación de delitos donde el funcionario público es el sujeto activo del delito. Así, el peculado en todas sus variantes, el delito de malversación, evasión de controles, concusión, uso indebido de la información, abuso de funciones, lucro indebido, entre otros delitos, requieren la participación necesaria de un funcionario público, en los términos definidos en la ley¹⁰⁷, como requisito

¹⁰⁴ Grisanti Franceschi, Andrés, *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*, Caracas, Vadell Hermanos Editores, 2012, p. 834.

¹⁰⁵ Muñoz Conde, Francisco, *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 1003.

¹⁰⁶ *Id.*, p. 828.

¹⁰⁷ *Id.*, art. 3. "Sin perjuicio de lo que establezca la Ley del Estatuto de la Función Pública, y a los solos efectos de las regulaciones y sanciones previstas en esta Ley, se consideran funcionarias y funcionarios públicos a: 1. Quienes estén investidos de funciones públicas, permanentes o transitorias, remuneradas o no, originadas por elección, por nombramiento o contrato otorgado por la autoridad competente, al servicio de la República, de los estados, de los territorios y dependencias federales, de los distritos, de los distritos metropolitanos, de los municipios, de las comunas u otras formas de organización político territorial, así como de los

sine qua non de aplicación del tipo penal en específico. ¿Qué ocurre entonces con el castigo privado de la corrupción? ¿puede la empresa cometer un acto de corrupción de acuerdo con la LCC?

El contenido de los tipos penales sobre la corrupción establecidos en la LCC es aplicable para personas naturales y jurídicas sin distinción por la misma ley¹⁰⁸. Aunque no expresamente señalado en la LCC, las empresas tienen responsabilidad penal de acuerdo con el derecho venezolano, y si la comisión de un delito es determinada por un tribunal penal, la persona jurídica puede estar sujeta a sanciones penales de confiscación, multas, entre otras, de acuerdo con las circunstancias del caso de que se trate. A los efectos de este ensayo, sabemos que los funcionarios públicos son responsables penalmente por sus actos de corrupción.

Ahora bien, las empresas pueden ser el sujeto activo del delito de corrupción en supuestos expresamente establecidos en la LCC. A modo de esquematizar la importancia de esta afirmación, de acuerdo con la LCC, los delitos clave que pueden ser objeto de investigación contra la empresa son: (i) la corrupción impropia; (ii) la corrupción propia; (iii) inducción sin éxito a la corrupción, (iv) concierto con interesados o intermediarios y (v) el soborno activo transnacional. Por lo anterior, y de forma genérica, nos referimos a estos delitos como “delitos de corrupción” ya que todos, en común, tipifican como antijurídico el soborno, influencia o promesa a un funcionario público para el provecho propio. En otras palabras, la corrupción implica una multiplicidad de delitos relacionados. No pretendemos estudiar dogmáticamente cada tipo penal en concreto, si no entender que (i) la corrupción en todas sus formas es un delito de acuerdo con la LCC, y (ii) independientemente las particularidades de hecho de cada tipo penal y sus requisitos establecidos en la ley, el fenómeno de la corrupción empresarial afecta desde el primer momento en que se plantea la idea de cometer un potencial acto corrupto.

institutos autónomos nacionales, estatales, distritales o municipales, de las universidades públicas, del Banco Central de Venezuela o de cualesquiera de los órganos o entes que ejercen el Poder Público. 2. Las directoras y directores, administradoras y administradores, empleadas y empleados, obreras y obreros y demás personas de las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones, asociaciones civiles, cooperativas, cajas de ahorro, consejos comunales y demás formas asociativas e instituciones, constituidas con recursos públicos, o dirigidas o que reciban aportes o contribuciones, por alguno de los órganos o entes señalados en el artículo 4 de esta Ley. 3. Cualquier otra persona en los casos previstos en esta Ley”.

¹⁰⁸ Esta precisión debe apreciarse de acuerdo con lo establecido en la LOCFT como delito de obstrucción a la administración de justicia que comentaremos en un epígrafe aparte.

En términos generales, todos los delitos contenidos en la LCC tienen como elementos comunes el ofrecimiento u otorgamiento de algo de valor, la promesa de un pago, dinero o utilidad. Sobre los elementos comunes de los delitos de corrupción se ha escrito considerablemente, resumiéndolos en las acciones de *ofrecer*, *prometer* y *dar*, aunque ciertamente hay diferencias entre ellos y el acto corrupto que se comenta. Por ejemplo, "*ofrecer*" y "*dar*" un soborno no requieren un acuerdo entre quien soborna y el funcionario¹⁰⁹. En otras palabras, ofrecer y dar no requiere que el funcionario público acepte la oferta o el obsequio, o incluso que él o ella tenga conocimiento o haya recibido la oferta o el obsequio (por ejemplo, la oferta o el obsequio es interceptado por autoridades policiales, antes de su entrega al funcionario público)¹¹⁰. Pero independientemente de sus particularidades fácticas en cada tipo penal, los delitos discutidos anteriormente son todos delitos intencionales, es decir, dolosos¹¹¹. Para los delitos de corrupción, quien procura el acto corrupto debe *ofrecer*, *prometer* o *dar* el soborno u otro acto corrupto con la intención de que el funcionario sobornado actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones u obligaciones¹¹².

2. La Ley Orgánica de Precios Justos

Tradicionalmente se ha argumentado que el delito de la corrupción es un delito exclusivamente frente al Estado. Es decir, la corrupción como hecho punible sólo puede existir por la ocurrencia del acto corrupto entre los particulares y la Administración Pública con la que se relacionan. Esta vieja tesis ha sido superada al entender la corrupción con un problema amplio, pues, en efecto, los particulares pueden entre ellos cometer actos de corrupción, entendido éste como ese beneficio propio y desleal de acuerdo con las circunstancias. Así las cosas, la corrupción como delito puede ocurrir frente al Estado, como también puede ocurrir frente a otro particular siempre que exista una ventaja indebida o un aprovechamiento comercial desleal. En el derecho venezolano es reconocido como una circunstancia ilegal la promesa u ofrecimiento entre privados con la finalidad de la obtención de ventajas irregulares en el comercio o negociaciones comerciales.

A título de ejemplo, puede existir corrupción entre privados en las licitaciones comerciales de empresas privadas frente a sus proveedores o en el manejo de los contratos de la empresa frente a sus distribuidores o contratistas siempre que exista un incentivo doloso que perjudique a otros agentes económicos. Así, el ofrecimiento de cualquier ventaja o beneficio frente a otros actores económicos corporativos puede

¹⁰⁹ OECD, *Corruption a glossary of international standards ...*, ob. cit., p. 27.

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ *Id.*

¹¹² *Id.*, p. 30.

consumar un delito de acuerdo con las circunstancias comerciales del caso en concreto. Por esta razón, la LOPJ establece en el artículo 63 el delito de corrupción entre particulares que establece expresamente como una conducta punible a:

Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de empresas, sociedades, asociaciones, fundaciones u organizaciones, un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza, para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la prestación de servicios, será castigado con la pena de prisión de cuatro (04) a seis (06) años.

Con la misma pena será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador, que por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte dicho beneficio o ventaja.

Adicionalmente, la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos, podrá imponer la sanción de suspensión del Registro Único, en los términos previstos en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, y desarrollados en su Reglamento.

El delito de corrupción entre particulares debe entenderse en el contexto de lo prescrito por la Ley Antimonopolio y el concepto legal de prácticas comerciales desleales por su afectación al mercado en su conjunto¹¹³. La competencia desleal se encuentra prohibida en Venezuela¹¹⁴ y un soborno comercial puede tener graves consecuencias legales por constituir una violación a la normativa de protección de la competencia venezolana, e implicar, la imposición de sanciones administrativas por las autoridades la Superintendencia Antimonopolio.

¹¹³ Ley Antimonopolio. Prácticas desleales. "Art. 17. Se entenderá como prácticas desleales, las siguientes: [...] 3. El soborno comercial: Se considera soborno comercial cuando un agente económico induce a una persona que trabaja en una empresa competidora para que realice actividades o tome decisiones contrarias a los intereses de la empresa en la que labora, o bien no cumpla sus deberes contractuales, a cambio de una contraprestación; con la finalidad de obtener beneficios para su empresa, que en ausencia de dicha práctica no lograría. 4. Violación de normas: Se considera desleal, el prevalecer en el mercado mediante una ventaja adquirida como resultado del incumplimiento de una norma jurídica o reglamentaciones técnicas, tales como ambientales, publicitarias, tributarias, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida".

¹¹⁴ Ley Antimonopolio. Prohibiciones. Art. 16. "Se prohíben las prácticas desleales, engañosas y fraudulentas en la producción, distribución y comercialización, en cualquiera de sus fases, por ser contrarias a la democratización económica y por ser capaces de desplazar en forma real o potencial, total o parcial, a los sujetos de aplicación de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, que realicen una misma actividad económica, en perjuicio de éstos, o de los ciudadanos y ciudadanas en el ejercicio de su derecho al acceso oportuno y justo a bienes y servicios [...]".

En efecto, el soborno comercial no sólo es punible por su carácter antiético (por la desventaja concedida e injusta) sino por su afectación a los consumidores y el mercado como un todo, lo que convierte a este tipo penal en una situación de alto riesgo legal por su doble análisis desde la perspectiva anticorrupción y antimonopolio. Por una parte, el hecho ilícito puede evidenciar malas prácticas empresariales respecto a la ética de los trabajadores de la compañía frente a sus socios comerciales, distribuidores, franquiciados, contratistas, proveedores, o empresas pares. Por otra parte, también puede revelar problemas de competencia del negocio como agente económico en el mercado susceptible de investigación administrativa por conductas prohibidas por atentar contra el mercado y la protección de la competencia.

3. La Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo

La LOCFT establece en su regulación el delito de obstrucción a la administración de justicia el cual pena, expresamente, la promesa de dinero a un funcionario público cuya finalidad es la obstaculización de un juicio, cualquiera sea su naturaleza, o una investigación penal en cualquier etapa de su procedimiento. En particular, la LOCFT establece en su artículo 45 que:

Quien obstruya la administración de justicia o la investigación penal en beneficio de un grupo de delincuencia organizada o de algunos de sus miembros, será penado o penada de la manera siguiente: [...]

3. Si es prometiéndolo o dando dinero u otra utilidad para lograr su propósito, con pena de doce a dieciocho años de prisión, igual pena se aplicará al funcionario público o funcionaria pública, o auxiliar de la justicia que lo acepte o reciba.

Aunque parezca obvio, el delito de obstrucción a la administración de justicia consiste en *obstruir*¹¹⁵ la labor de los órganos jurisdiccionales y/o investigación penal, y dicha acción debe estar dirigida a beneficiar a un grupo de delincuencia organizada o alguno de sus miembros¹¹⁶. Ciertamente, el contenido de este tipo penal se yuxtapone al contenido del delito de corrupción impropia contenido en el Art. 88 de la LLC, pero su finalidad es penalizar la obstrucción del sistema de justicia. Por ello, de acuerdo con los hechos, la representación fiscal pudieras acusar por ambos delitos simultáneamente en su acusación fiscal por encontrarse dos bienes jurídicos lesionados: por una parte, la Administración de Justicia, y por la otra, el Estado como afectado en su función pública.

¹¹⁵ RAE, "1. tr. Estorbar el paso, cerrar un conducto o camino. [...] 3. tr. Impedir la operación de un agente, sea en lo físico, sea en lo inmaterial".

¹¹⁶ Granadillo, Delincuencia Organizada..., *ob. cit.*, p. 71.

v. Elementos de un compliance program contra la corrupción y el soborno

En materia anticorrupción se ha escrito profundamente manuales de evaluación del riesgo, establecimiento de programas de cumplimiento, así como formas de entendimiento del fenómeno socioeconómico de la corrupción en la actividad empresarial. Un ejemplo de ello es la Guía Práctica sobre Anticorrupción, ética y programas de cumplimiento para negocios publicado por las Naciones Unidas¹¹⁷, y el Manual para Empresas sobre Ética Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento de la OECD¹¹⁸, ambos ampliamente citados en estas palabras por ser, en nuestra opinión, la mejor compilación de *best practices* y estándares internacionales en el combate contra la corrupción como fenómeno sociopolítico. Un *Anti-corruption Compliance Program* (ACA) basa su eficacia en sus elementos fundamentales, que discutiremos a continuación como presupuesto de un programa de cumplimiento. Nos centraremos en esos elementos claves, asumiendo, que debe existir un programa flexible que incorpore, por una parte, los valores de la empresa como organización y, por otra parte, la necesaria adopción de los estándares internacionales que deben imperar en el mundo corporativo contemporáneo. Muy acertadamente se ha señalado que:

La ley por sí sola no es suficiente para resolver el problema de la corrupción. Las organizaciones tienen la responsabilidad de contribuir de manera proactiva a combatir el soborno. Esto puede lograrse mediante un sistema de gestión antisoborno y mediante el compromiso de los líderes empresariales de establecer una cultura de integridad, transparencia, apertura y cumplimiento. La naturaleza de la cultura de una organización es fundamental para el éxito o el fracaso de un sistema de gestión contra el soborno¹¹⁹.

El combate contra la corrupción es legal pero también es cultural. Aunque no domésticamente exigibles por múltiples consideraciones¹²⁰,

¹¹⁷ United Nations, *An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business: A Practical Guide*, 2013, en <https://bit.ly/3D1Y8Ou>

¹¹⁸ OECD y Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Manual para Empresas sobre Ética Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento*, 2013, en <https://bit.ly/3H31Gm5>

¹¹⁹ International Organization for Standardization, *ISO 37001: 2016 Anti-bribery management systems – Requirements with guidance for use*, 2016, en <https://bit.ly/3H81TEL>

¹²⁰ En muy pocas ocasiones el derecho internacional es aplicado domésticamente salvo puntuales expresiones y prácticas. Fácticamente, existe una preferencia a la aplicación local del derecho frente a los mandatos del derecho internacional convencional o consuetudinario. No obstante, a efectos del derecho regulatorio contemporáneo poco importa la ejecución de la regulación sino la existencia de la norma que prescribe la conducta. La obediencia a la regulación ya sea interna o externa, es la esencia de toda la idea de *compliance* expresada en este ensayo.

el derecho internacional contra la corrupción es un gran aliado al momento de establecer las bases del programa local contra la corrupción. Inclusive, puede afirmarse que las iniciativas internacionales contra la corrupción cada vez más cuentan con la validez del derecho internacional consuetudinario al ser una práctica comercial *business as usual*. Esto implica que no es opcional para la empresa tener o no programas de cumplimiento contra la corrupción, sino que más bien, es una obligación de acuerdo con el derecho internacional.

Ante esta situación, adicionalmente, hay que ubicar los potenciales riesgos extraterritoriales de la aplicación de la ley extranjera al negocio local, pues, la posibilidad de aplicación de la FCPA y la UKBA es plausible al constatar actos de corrupción en el extranjero que obligan a las casas matrices de las empresas venezolanas como subsidiarias, afiliadas o relacionadas. En todo caso, cabe reiterar, que no existe una fórmula perfecta de elementos para la elaboración de un *compliance program*, sino que más bien, responderá a las necesidades del negocio en concreto y la flexibilidad que se requiera dependiendo de la industria de que se trate.

La materia que nos ocupa no escapa de las consideraciones básicas de todo *compliance program*. Para el propósito de este ensayo, *compliance* debe entenderse como un sistema corporativo de controles internos cuyo objetivo es la mitigación del riesgo legal y regulatorio en las operaciones de una empresa. Por ello, se ha señalado que la función que cumple *compliance* es ser una forma normativa internalizada dentro de las organizaciones¹²¹. Al tener un sistema de controles internos se asegura, por una parte, la rápida identificación de riesgos legales para nuestros clientes, y, por otra, el plan de acción que se debe seguir en los distintos casos que puedan existir.

Al tener los procedimientos preestablecidos el actuar puede resultar más sencillo y eficiente en la mayoría de las situaciones. De igual manera, es importante señalar que la práctica de *compliance* no es una práctica de redacción de políticas corporativas inmutables; por el contrario, es el dinamismo entre la ejecución de las normas internas corporativas y la navegación de la regulación que enfrenta el negocio de manera estratégica. Este dinamismo, también implica el monitoreo constante de los controles para que, en caso de ser necesario, se haga la corrección en las fallas que nuestro programa de cumplimiento pueda tener.

¹²¹ Miller, Geoffrey P., *The law of Governance, Risk Management, and Compliance*, New York, Aspen Casebook series, 2014, p. 137.

1. Presupuestos fundamentales

La noción de *compliance* que esbozamos y defendemos en estas palabras, supone: (i) que el actor en cuestión sea una organización empresarial compleja, no una persona individualmente considerada y (ii) que además de referirse al comportamiento empresarial de la organización respecto a su adecuación a las normas, más importante aún, se refiere a las acciones que toma la empresa en asegurarse que las normas son cumplidas y obedecidas¹²². Creemos en este ensayo que *compliance* es una noción flexible y aplicable a muchas formas de regulación. En esta forma de ver las cosas, *compliance* engloba indistintamente el derecho regulatorio y el derecho penal en beneficio de la prevención de un riesgo existente que puede ser potencial y puede tener impactos empresariales considerables. Ahora bien, ¿qué debe pasar tras bastidores? O dicho en otros términos ¿qué debe tener todo sistema de cumplimiento preventivo?

Para hablar de un sistema de controles, obligatoriamente necesitamos: (i) un ambiente normativo y regulatorio que nos afecte y que esté plenamente identificado; (ii) una actividad comercial supervisada o controlada; (iii) un análisis constante del riesgo del incumplimiento de las regulaciones locales; (iv) canales efectivos de comunicación con los integrantes de una organización, y (v) monitoreo constante de la actuación empresarial de acuerdo con los controles previamente establecidos. Teniendo esto claro, el trabajo en la elaboración y construcción de controles y normativas internas puede ser mucho más óptimo. Estos aspectos por considerar son fundamentales por las razones que veremos a continuación.

En primer lugar, todo *compliance* nace de la idea de la existencia de un ambiente regulatorio –complejo o rudimentario– al cual nuestro cliente o negocio tiene que adaptarse. Aunque parezca obvio de comentar, las regulaciones existentes no son opcionales para nuestros clientes, la legislación local es de obligatorio cumplimiento, so pena de sanciones administrativas o penales contra la empresa o sus directivos u empleados. En ese sentido, podemos señalar que esta es una de las razones fundamentales para la existencia de los controles señalados, para prevenir la violación de regulaciones.

En segundo lugar, para que existan esos controles, debe haber una serie de actividades económicas, financieras, o de otra índole que sean supervisadas o controladas adicionalmente por el Estado a través de agencias gubernamentales o entes integrantes de la organización administrativa del Estado, que requieren especial atención para el ejercicio del comercio en general y los objetivos del negocio. No solo basta que

¹²² *Id.*

exista un ambiente normativo, debe coincidir con una actividad sometida a ciertos controles, aunque estos no siempre deben ser de la misma magnitud.

En tercer lugar, es necesario un equipo dentro de la empresa con la capacidad de realizar un análisis de los riesgos derivados del incumplimiento de la normativa legal y sublegal vigente (en particular el análisis económico de su quebrantamiento, v.g. la cuantía de las sanciones pecuniarias a imponer, o demás sanciones administrativas o penales para la empresa y sus empleados, así como su impacto para el negocio y su sustentabilidad). Es fundamental, que existan recursos humanos en la organización (preferiblemente) capaces de evaluar una multiplicidad de aspectos que les permita la detección de los riesgos asociados a su negocio contemplando un escenario lo suficientemente amplio.

En cuarto lugar, deben existir de canales de comunicación e información de mensajes clave para los empleados sobre las consecuencias del incumplimiento, así como entrenamientos sobre el alcance de las regulaciones. En la elaboración y fiel cumplimiento de un programa de *compliance*, es muy importante la participación de los integrantes de una organización por lo que transmitirles la información asociada al mismo, es esencial.

Finalmente, debe existir un equipo que tenga la capacidad de monitorear, de manera constante, la implementación de controles para mitigar los riesgos de incumplimiento. Así, un *corporate compliance program* implica el monitoreo de la empresa en su ejercicio comercial, desde la regulación local internamente considerada. Por ello, para ser útil en los fines empresariales fijados, *compliance* supone una delegación de responsabilidad a la ejecución de las normas internas a la propia organización a través de los recursos humanos y sistemas preestablecidos por su gobierno corporativo, así como el constante *check up* de su efectividad.

Por supuesto, cada empresa tiene su propio programa de cumplimiento siguiendo a las características propias de su industria. Evidentemente, no es lo mismo la regulación y legislación aplicable a la industria farmacéutica, que a la industria de la tecnología o a las instituciones financieras. Cada empresa, dependiendo de su giro comercial, tendrá un programa de cumplimiento establecido de acuerdo con sus necesidades naturales y potenciales riesgos en su sector en específico, pues no todos los sectores económicos tienen las mismas regulaciones, ni las mismas necesidades, ni los mismos riesgos legales. Sin embargo, justamente, de eso se trata la construcción de controles internos de una organización.

2. El riesgo de corrupción

En este ensayo hemos señalado la importancia de la identificación del riesgo y su categorización para la toma de decisiones de negocio. En ese sentido: (i) se requiere un procedimiento para identificar potenciales riesgos; (ii) debe ser categorizado para saber su impacto en el negocio y sus operaciones; (iii) debe ser evaluado considerando todos los factores (jurisdicción, riesgos legales asociados, comerciales o reputacionales, situación geográfica) para tomar decisiones de negocio con base en lo evaluado y analizado previamente. No obstante, existen ciertos particulares en lo que concierne al riesgo residual que se representa en jurisdicciones legales múltiples. Por riesgo residual, nos referimos al riesgo que, aunque mapeado por los equipos de *compliance*, puede ocurrir independientemente de las proyecciones o planes de riesgos realizados. El riesgo residual es particular en materia anticorrupción, es muy importante porque requiere apreciaciones adicionales sobre su alcance e impacto, y que se sostiene en el criterio y juicio del evaluador del riesgo. Tal como sucede con el riesgo inherente, hay un elemento de juicio al evaluar el riesgo residual de cada riesgo o esquema de corrupción¹²³.

Las empresas que operan en ambientes internacionales pueden enfrentar el desafío de tener que cumplir las disposiciones de múltiples jurisdicciones legales al establecer una política que prohíba la corrupción¹²⁴. Un ejemplo práctico donde ese desafío se manifiesta es el distinto tratamiento legal que reciben los pagos de facilitación. Una empresa puede operar en un país donde los pagos de facilitación estén estrictamente prohibidos y en otro país en donde estén permitidos bajo ciertas circunstancias¹²⁵. Políticas tanto locales como internacionales son recomendables para empresas transnacionales que operan en múltiples jurisdicciones, pues de esta manera se puede regular individualizadamente las situaciones propias de los derechos de cada país en cuestión. Por ello, se ha recomendado un análisis macro del mercado donde se realizan negocios con los siguientes pasos de análisis del riesgo de corrupción: Un primer paso consistente en comprender la economía política nacional; segundo, la identificación de factores internacionales que influyen el fenómeno de corrupción; tercero, el seguimiento de los efectos de tales factores internacionales, y finalmente, cuarto, definir conclusiones y evaluar el alcance de la acción en el mercado a hacer negocios en específico¹²⁶.

Un entendimiento de los riesgos, esquemas y consecuencias legales potenciales de la corrupción es prerequisite para una evaluación

¹²³ OECD y UNODC, Manual para Empresas sobre Ética..., *ob. cit.*, p. 13.

¹²⁴ United Nations, *An Anti-Corruption Ethics...*, *ob. cit.*, p. 37.

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ OECD, *International Drivers of Corruption: a tool for...*, *ob. cit.*, p. 21.

efectiva del riesgo¹²⁷. Ahora bien, la evaluación del riesgo estrictamente supone la consideración de una gama de factores complejos al momento de ingresar en una relación comercial con socios comerciales, proveedores, contratistas, distribuidores, alianzas comerciales, entre otros. Antes de efectuar una evaluación de riesgos, se aconseja a las empresas que definan las funciones y responsabilidades operativas, los procesos operativos y la responsabilidad de supervisar esas actividades¹²⁸. Poner en práctica una evaluación de riesgos puede ser más efectivo y eficiente cuando se incorpora a los procesos existentes, como la proyección financiera u otros ejercicios de evaluación de riesgos dentro de la empresa (v.g., salud y seguridad). Este enfoque también ayuda a reconocer la relación entre las actividades de cumplimiento de las normas y las operativas¹²⁹. En todo caso, el proceso de análisis del riesgo es fundamental para entender en que supuestos la compañía se encuentra más propensa a cometer una falta al programa, y cómo implementar decisiones de negocio para la mitigación de riesgos potenciales.

Habiendo identificado y evaluado los riesgos inherentes relacionados con la corrupción, las empresas tienen que determinar el mejor curso de acción para afrontar, e idealmente minimizar, esos riesgos¹³⁰. La empresa cuando busca mitigar riesgos contra la corrupción tiene múltiples opciones que pueden variar de acuerdo con las situaciones en concreto que nos encontremos. Así, esta puede (i) establecer controles internos para el relacionamiento comercial con proveedores, contratistas o en el curso de sus propias actividades comerciales; (ii) romper relaciones comerciales con empresas, socios, contratistas, proveedores incursos en situaciones irregulares relativas a la corrupción, (iii) supervisión de la gestión del negocio en áreas tradicionalmente propensas a ese riesgo y acompañamiento a sectores de la empresa en específico, entre muchos otros. Lo importante es entender que existen muchas formas de mitigar los riesgos inherentes en cada país con el entrenamiento y acompañamiento debido a las distintas áreas del negocio.

3. Entrenamiento a los empleados y speech corporativo

En materia anticorrupción, el principal reto para las empresas en Venezuela es el entrenamiento a sus empleados y la creación de conciencia colectiva sobre el problema y sus consecuencias. Sorpresivamente, la mayoría de los empleados tiende a desconocer las implicaciones reales y el grave daño que la corrupción genera al país, la economía y mucho menos a la empresa como ente comercial. Precisamente, el trabajo del establecimiento de una cultura contra la corrupción es muy

¹²⁷ OECD y UNODC, *Manual para Empresas sobre Ética...*, ob. cit. p. 11.

¹²⁸ *Id.* p. 10.

¹²⁹ *Id.* p. 11.

¹³⁰ United Nations, *An Anti-Corruption Ethics...*, ob. cit., p. 15.

complicado en un país donde esta es parte de la vida misma de los empleados y se ha vulgarizado y normalizado como una situación corriente. Por ello, el núcleo del ACA debe nacer del entrenamiento efectivo a todos los empleados sin importar su jerarquía dentro de la organización. Solo el entrenamiento efectivo puede lograr un ACA robusto pues se sustenta en el conocimiento preciso por parte de los empleados de la empresa y en su capacidad de distinguir entre lo moralmente aceptable y lo reprochable. De nada sirven entrenamientos monótonos con conceptos meramente legales o económicos sobre el porqué es mala la corrupción para la empresa.

La comunicación y accesibilidad a materiales de apoyo y políticas claras contra la corrupción y soborno por parte de los empleados es fundamental. Lo ideal, es que el empleado sepa a quién acudir y dónde encontrar la información necesaria ante una situación dudosa o irregularidad y sepa, evidentemente, identificarlas. La empresa debe implementar medidas diseñadas para asegurar una comunicación periódica y una capacitación documentada para todos los niveles de la compañía y, cuando corresponda, para todas sus subsidiarias, sobre la ética y el programa o medidas de cumplimiento en relación con el soborno transnacional¹³¹. La mera creación de manuales y guías de cumplimiento es insuficiente para la creación de un ACA eficaz. Aunque ciertamente se necesitan protocolos, políticas y procedimientos claros, la verdadera esencia del programa se encontrará en (i) entender el problema y sus consecuencias, (ii) claridad sobre la negativa empresarial y tolerancia cero frente a la corrupción como parte de la cultura corporativa y (iii) comunicación efectiva y entrenamiento supervisado. Por ello, se hace necesario un discurso empresarial que ejemplifique la importancia de las políticas corporativas contra la corrupción.

El discurso de la empresa debe manejarse de manera tal que el mensaje pueda ser transmitido y entendido correctamente. Es fundamental que su lenguaje sea lo suficientemente determinante para que puedan entenderse la importancia que gira en torno a este tema. Este, adicionalmente, debe estar orientado a la necesaria transparencia que deben tener los empleados como ciudadanos en el ejercicio de sus derechos, la integridad de las acciones en su ambiente laboral, y el necesario reporte de actividades dudosas o irregulares. De esta forma, un discurso sobre la importancia de actuar bien y ser respetuosos con la ley, es clave. No en vano, el *speech* corporativo al empleado es sumamente crítico en el establecimiento del ACA corporativo adecuado. Acertadamente se ha señalado que el discurso empresarial contra la corrupción debe establecerse desde lo más alto de la organización, no siendo un discurso único de las gerencias legales y *compliance*, sino una

¹³¹ *Id.*, p. 61.

instrucción directa de la junta directiva. El personal directivo debe declarar abiertamente una tolerancia cero a la corrupción, respaldada por políticas y procedimientos de la empresa que reafirmen ese compromiso¹³².

Indudablemente, el compromiso tiene un papel crítico en el establecimiento de una cultura que esté basada en valores fundamentales como la integridad, la transparencia y la rendición de cuentas¹³³. En efecto, la corrupción, además de ser una situación ética intolerable, representa altos riesgos legales a la empresa traducidos en cuantiosas multas monetarias que pueden desestabilizar el negocio y su generación de riqueza, sin contar, el impacto reputacional y valor de la acción en el mercado bursátil. De esta manera, el tono del discurso debe venir precisamente por el cuerpo de liderazgo de la organización, como un asunto moral y financiero. Por ello, es el equipo de liderazgo el encargado de expresar un apoyo y un compromiso fuerte, explícito y evidente con el programa corporativo de cumplimiento por parte de la Junta Directiva u otro órgano con facultad de decisión en la empresa y por parte de la alta gerencia¹³⁴.

Íntimamente ligado con las razones del discurso a difundir a todos los empleados, tiene particular relevancia el carácter apolítico que este debe tener. Aunque el fenómeno de la corrupción tiene fuertes vinculaciones políticas a las autoridades y sus malas prácticas, no es conveniente el manejo de un *speech* corporativo politizado o que tome ejemplos de gobiernos actuales. De hecho, el discurso empresarial contra la corrupción deber ser apolítico en el sentido que señala genéricamente las implicaciones negativas de la corrupción y el soborno para el Estado ambiguamente considerado, pero sin señalar a autoridades incursas en tales prácticas. En este caso, es importante recordar que la idea de estos programas es que sean verdaderamente efectivos, que puedan tener un impacto en todos los que forman parte de una organización y la mejor manera de hacerlo es que los mismos empleados de la compañía sientan libertad, confianza y compromiso con él. Para poder lograr este objetivo, el programa debe estar formulado de tal manera que las personas no se sientan en una posición donde perciban algún tipo de ataque o de crítica respecto a posiciones o condiciones particulares vinculadas a su inclinación política, creencias religiosas, preferencias sexuales, etc.

¹³² United Nations, *An Anti-Corruption Ethics...*, ob. cit., p. 21.

¹³³ *Id.*

¹³⁴ International Chamber of Commerce, *Reglas de la ICC para Combatir la Corrupción*, 2011, p. 10, en <https://bit.ly/3GYvqR0>

4. Corrupción como problema financiero

Como hemos señalado, la corrupción es un problema ético y legal, pero también un problema que tiene sus matices desde el punto de vista financiero. ¿Es justificable para el negocio tener asientos contables que justifiquen sus regalos a funcionarios públicos? La corrupción también se combate desde un punto de vista financiero, ya que existe una íntima vinculación entre la regulación AML y la regulación contra la corrupción, pues pueden darse situaciones en simultáneo de ambas violaciones. Quien provee o propulsa la corrupción y el soborno, tiene como contraparte alguien que probablemente legitime capitales o malverse fondos públicos.

Las empresas deben asegurarse de que todas las transacciones financieras se identifiquen de manera adecuada y se registren apropiada y claramente en los libros de contabilidad correspondientes, y que estén disponibles para ser inspeccionados por auditores internos y externos, por el organismo del más alto nivel dentro de la empresa y que no existan cuentas “fuera de libros” o secretas, ni emitirse documentos que no reflejen de manera clara y precisa las transacciones a las que se refieren¹³⁵. En efecto, y sobre todo en los casos de empresas formalmente constituidas o transnacionales, la corrupción tiene un efecto en la contabilidad de la empresa que puede ser señalado como un quiebre de controles en un auditoría interna o externa.

La empresa y su ACA debe cerciorarse que los pagos en efectivo o pagos en especie sean monitoreados para evitar que los mismos sean utilizados para sobornos, solo deben de ser permitidos pequeños pagos hechos de la caja chica o en países o lugares en donde no exista un sistema bancario. En definitiva, diseñar procedimientos financieros y contables a fin de asegurar el mantenimiento claro y preciso de los libros, registros y cuentas, para asegurar que no puedan utilizarse para propósitos de soborno o encubrimiento de actividades irregulares¹³⁶. Desde un punto de vista legal, una experticia contable puede probar la comisión de un acto de corrupción por maquillaje financiero a la contabilidad de la empresa para encubrir pagos en efectivo de sobornos, regalos, y otras formas materiales de sobornar.

La FCPA sanciona precisamente las inconsistencias contables como una forma de penalizar globalmente los delitos relacionados a la corrupción. Por lo anterior, una capacitación personalizada a los equipos financieros de la empresa es una buena forma de reforzar las implicaciones de la corrupción inclusive en áreas donde tradicionalmente no se

¹³⁵ *Id.* Art. 9, a) y b).

¹³⁶ *Id.* Art. 10, h).

relacionan, y reafirman mandatos internacionales aceptado por los Estados¹³⁷.

5. Denuncia interna de irregularidades

Si bien el ACA debe ser preventivo –lograr concientizar a los empleados sobre la importancia de la integridad empresarial y buenas prácticas comerciales– pueden ocurrir irregularidades relacionadas con soborno y corrupción en el curso de las operaciones de la empresa. Ahora bien, no es un argumento de defensa que la empresa se desentienda e ignore la situación ilegal. De ocurrir un hecho de corrupción, ya sea que el involucrado sea empleado o socio comercial, la empresa se encuentra comprometida y puede ser objeto de acciones penales directamente contra ella y los involucrados. En esta situación, el plan preventivo cambia abruptamente a considerarse un plan de mitigación de daños. Por ello, la compañía debe establecer una estructura interna y confidencial de reporte para identificar los riesgos de corrupción percibidos por los empleados. Este canal de comunicación debe ser confidencial para el mejor trabajo por parte del equipo de legal y *compliance* de la compañía, y debe investigarse internamente las denuncias de buena fe. Esto conlleva consigo varios matices de análisis.

Por una parte, debe protegerse al empleado-denunciante de las irregularidades. El ACA debe animar a los empleados y a otros a exponer preocupaciones y denunciar, tan pronto como sea posible, circunstancias sospechosas a funcionarios responsables de la empresa¹³⁸. Para este fin, la empresa debe proporcionar canales seguros y accesibles a través de los cuales los empleados y otros puedan hacerlo confidencialmente y sin riesgo de represalias¹³⁹. Estos canales también deben estar disponibles para que empleados y otros soliciten asesoría o sugieran mejoras para el programa. Como parte de este proceso, la empresa debe brindar orientación a los empleados y a otros en cuanto a la aplicación de las reglas y requisitos del programa a casos individuales¹⁴⁰.

Lo anterior implica el manejo de conversaciones transparentes entre la persona que busca asesoría y quien asesora, pues éste último representa a la empresa en el marco de la denuncia, pero debe ser lo suficientemente hábil para manejar una conversación difícil que requiere

¹³⁷ UNCAC, Art. 12.1 – Sector privado. “1. Cada estado parte debe tomar medidas, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, para evitar la corrupción en el sector privado, mejorar las normas contables y de auditoría del mismo, y cuando sea necesario, disponer sanciones civiles, administrativas o penales efectivas, proporcionales y disuasivas por incumplimiento de dichas medidas”.

¹³⁸ APEC, *Anti-corruption Code of Conduct for Business*, 2007, p. 6.

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ *Id.*

un apoyo más allá de lo estrictamente legal, en lo que debe ser considerado ético de acuerdo con las circunstancias en concreto del caso planteado. Esto tiene una contra partida desde el punto de vista de recursos humanos de la empresa, ya que no puede degradar o sancionar al empleado que ha decidido voluntariamente denunciar. No en vano, la empresa debe dejar claro que el cumplimiento del programa es obligatorio y que ningún empleado será degradado, sancionado ni enfrentará otras consecuencias adversas por rehusarse a pagar sobornos, incluso si ello implica que la empresa pierda un negocio¹⁴¹. Tiene que existir un ambiente de confianza en el cual los empleados puedan libremente conversar con el equipo calificado que indagará en las denuncias realizadas.

Por otra parte, la comunicación entre el denunciante y el equipo de investigación debe ser confidencial y no repercutir, en ninguna circunstancia, en el trabajador. La compañía debe ofrecer canales confiables para exponer preocupaciones, buscar consejo o reportar violaciones sin temor a represalias, discriminación o acciones disciplinarias, así como todos los reportes levantados de buena fe deben de ser investigados¹⁴². La investigación interna a realizar debe ser fundamentada y llevada de la mano del equipo legal de la compañía, ya sea por el resguardo de las comunicaciones que pueden ser confidenciales, así como para la elaboración de la estrategia penal de defensa de ser el caso (colaboración con las autoridades, *self-disclosure*, entre otros). Para este efecto, la empresa debe proporcionar canales seguros y accesibles a través de los cuales los empleados y otros puedan cumplirla confidencialmente y sin riesgo de represalias¹⁴³. El proceso de investigación también debe basarse en los buenos principios consagrados dentro del Estado de derecho, que incluyen, por ejemplo, la presunción de inocencia, el derecho a ser escuchado y la preservación de la integridad de una investigación¹⁴⁴.

6. Manejo y estrategia frente a violaciones al programa

En primer lugar, la posibilidad de violación tanto de políticas internas como de normas legales siempre existe independientemente de la jurisdicción en la que nos encontremos operando. Ahora bien, este riesgo puede incrementarse en jurisdicciones de alto riesgo o por el tipo de industria de la que se trate (v.g no es el mismo riesgo el existente a para una multinacional de la tecnología como para una empresa extractiva de recursos minerales, ya que sus interacciones con funcionarios de gobierno son distintas y afectan su operación de formas particulares). El

¹⁴¹ OECD y UNODC, *Manual para Empresas sobre Ética...*, ob. cit., p. 64.

¹⁴² ICC, *Reglas de la ICC...*, ob. cit., p. 11, literal m).

¹⁴³ OECD y UNODC, *Manual para Empresas sobre Ética...*, ob. cit., p. 67.

¹⁴⁴ United Nations, *An Anti-Corruption Ethics...* ob. cit., p. 89.

manejo de la irregularidad, cuando es un hecho en nuestras manos, puede manejarse de manera *interna* o *externa* con las autoridades.

Un manejo interno de un hecho irregular debe necesariamente desembocar en el inicio de una investigación interna por violaciones al código de ética empresarial de la compañía y establecer planes de mitigación de riesgos para que la situación no vuelva a ocurrir. Es recomendable que la empresa diseñe y ejecute medidas disciplinarias apropiadas (incluyendo terminación de la relación laboral) contra todas las personas involucradas en una conducta indebida u otra violación del ACA, en todos los niveles de la parte, incluyendo directores y altos oficiales corporativos¹⁴⁵. Esto, claramente de acuerdo con el tipo de irregularidad que se trate. En general, el objetivo del ACA es preventivo. Pero de ocurrir un hecho irregular que active los planes de mitigación, la empresa debe demostrar que ha realizado todos los esfuerzos posibles para combatir la corrupción y que ha tomado las decisiones correctivas correctas de acuerdo con sus protocolos, políticas y, en general, en beneficio de un ambiente de trabajo íntegro.

7. Autonomía del programa y recursos adecuados

El ACA debe ser plenamente autónomo y contar con los recursos necesarios y suficientes para realizar las investigaciones internas necesarias y ejecutar, de ser necesario, las políticas anticorrupción de la compañía. De nada sirve un programa escrito en papel, guardado y olvidado en una oficina. Al contrario, el ACA debe ser celosamente aplicado y ejecutado ante la sospecha de situaciones irregulares relativas a la corrupción que pueden potencialmente comprometer el negocio. Por ello, para la implementación del ACA se debe contar con un equipo técnico calificado sobre la normativa aplicable y los procedimientos corporativos especialmente diseñados para resolver esta clase de problemas. Para que el ACA sea eficaz requiere de la colaboración de todos los departamentos de la compañía y no depender jerárquicamente de gerencias o departamentos distintos a su función. En otras palabras, el ACA debe permitir plena libertad al equipo de *compliance* para investigar, recomendar, o incluso sancionar a las personas involucradas en hechos irregulares.

8. Monitoreo de los regalos corporativos y donaciones caritativas

Finalmente, aunque los delitos de corrupción requieran intencionalidad en el acto corrupto, es decir, que el delito se concreta en la intención dolosa y la manifiesta contradicción al mandato establecido por la

¹⁴⁵ World Bank, *Lineamientos para el cumplimiento de la integridad*, 2010, punto 8.2, en <https://bit.ly/3oaaldL>

ley, regalar o donar a autoridades del Estado entra en un área de indeterminación muy difícil de controlar a los ojos de terceros ajenos a la empresa. El mero hecho de regalar o donar levanta alarmas sin necesidad de estudiar el fondo del asunto en cuestión. Legalmente, si bien no es expresamente un delito la realización de un regalo o una donación, existe una delgada línea entre lo lícito e ilícito que la empresa debe monitorear con cautela. Es altamente recomendable, por regla general, que los regalos a funcionarios públicos no deben ser permitidos por la empresa salvo puntuales excepciones comerciales propias del negocio en concreto. Y, por tal motivo, es fundamental el establecimiento de límites para los mismos y el *due record* de todas las contribuciones aceptables que se puedan hacer. Como hemos señalado, es importante que este tipo de actividades estén bien documentadas a los fines de potenciales auditorías.

Así, por ejemplo, los regalos simbólicos están permitidos siempre y cuando no sigan fines ilícitos y no sean exorbitantes u ostentosos. Debido a que la ley penaliza el ofrecimiento de dinero y su entrega a funcionarios, las entregas de dinero efectivo a funcionarios no pueden ser tolerados en un ACA empresarial por contrariar expresamente lo establecido en los delitos de corrupción. Por ello, la compañía debe establecer protocolos, procedimientos y políticas que regulen los regalos, donaciones y entretenimiento en situaciones referentes al relacionamiento con funcionarios público y pares comerciales.

La política corporativa de regalos y donaciones debe ser lo suficientemente flexible para reconocer ciertas situaciones de negocios donde los regalos corporativos pueden fomentar relaciones comerciales de buena fe y sin intenciones dolosas ni corruptas, ya que puede darse el caso y ser válido y plenamente legal. Ahora bien, en materia de regalos, donaciones y entretenimiento no hay reglas escritas en piedra (más allá de las que pueda establecer el negocio). En Venezuela particularmente, no existe una regulación clara sobre la legalidad de los regalos corporativos, entretenimiento o donaciones caritativas, ni establecimiento de límites a su cuantía. Por ello, el análisis debe realizarse *case-by-case* y con el debido apoyo del equipo legal y *compliance* de la compañía para verificar las intenciones empresariales perseguidas con la entrega de la cortesía empresarial.

En efecto, una forma de diferenciar los actos empresariales aceptables de los reprochables es a través del *test de la cortesía* y el *test del salario mínimo*. Por *test de la cortesía*, nos referimos a la siguiente pregunta: ¿es el regalo, donación o entretenimiento una cortesía que no recibe contraprestación o beneficio comercial? Si la respuesta es afirmativa, probablemente el regalo, donación o entretenimiento es un acto válido y legal. Por otra parte, el *test del salario mínimo* se refiere al valor

del objeto entregado al funcionario público o al distribuidor, proveedor o socio comercial: ¿es el regalo, donación o entretenimiento superior a un salario mínimo? Si la respuesta es afirmativa ¿cuántos? Las respuestas a estas preguntas pueden ayudarnos a valorar lo regalado o donado y diferenciarlo de aquello que puede ser ostentoso para un ciudadano común en su día a día¹⁴⁶. Si la respuesta es algo fuera de lo común, probablemente el regalo no es válido y puede interpretarse en contrario como un acto de corrupción, independientemente de la intención corporativa, por su impresión frente a terceros.

En ambos casos, nos encontramos en un análisis casuístico del regalo o donación en concreto. Por ello, las políticas corporativas de regalos pueden establecer límites de cuantía de qué regalos son aceptables y cuáles no, y en que supuestos se puede donar al Estado en cualquiera de sus formas (v.g el establecimiento de lineamientos para la realización de donaciones a la Administración Pública como entidad legal y nunca a un funcionario en específico; e.g. una compañía hace una donación en colaboración al ministerio de salud por una alerta sanitaria decretada, contentiva de una dotación de material médico quirúrgico ante la pandemia, en el marco de su programa de responsabilidad social).

Adicionalmente, es muy importante aclarar que en materia de regalos corporativos y donaciones caritativas: **(i)** los regalos empresariales propios por la costumbre local son permitidos, siempre y cuando no sean ostentosos y no representen algo propiamente de valor (e.g cesta navideñas como cortesía a ciertos funcionarios públicos o para socios, distribuidores y aliados comerciales); y **(ii)** la cortesía de alimentación a funcionarios públicos no puede considerarse como un acto doloso, pues al contrario, se trata de una liberalidad y demostración que exclusivamente manifiesta la atención, respeto que tiene alguien a esa persona (e.g una empresa que proporciona transporte y desayuno a un funcionario público que debe fiscalizar las operaciones de la compañía en sus instalaciones).

Consideraciones distintas merecen las contribuciones políticas a partidos políticos. En materia de contribuciones políticas es recomendable su prohibición en todo sentido, ya que la empresa no debe participar en procesos políticos ajenos a su operatividad y negocio. En Venezuela, la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones¹⁴⁷ prohíbe expresamente a los partidos políticos la aceptación de

¹⁴⁶ Evidentemente, el salario mínimo en Venezuela es irreal frente a otros países. De igual forma sirve como parámetro de medición. Podemos preguntarnos: ¿Cuánto gana un funcionario público frente al obsequio que se le quiere dar? Y la respuesta a esta pregunta puede orientarnos sobre la validez o no del acto en cuestión.

¹⁴⁷ Gaceta Oficial N° 6.013 Extraordinario del 23-12-2010.

donaciones o subsidios por parte de compañías extranjeras, Estados extranjeros y de organizaciones políticas extranjeras¹⁴⁸.

Conclusiones

En la forma que hemos analizado el fenómeno de la corrupción, hemos advertido el inmenso impacto empresarial que puede tener esta mala práctica corporativa. Más allá de su concepción como delito o ilícito, puede destruir la empresa u organización donde se promueva o se fomenta. El abuso de poder, en todas sus formas, no debe ser tolerado. *Compliance* no solo implica prevención: empresas con problemas públicos y notorios en sus asuntos regulatorios se ven obligadas a realizar un análisis de riesgos y elegir la opción menos mala cuando los controles internos fallan.

La corrupción es un fenómeno que trasciende fronteras por su extraterritorialidad. Así, los hechos de un país, sin aparente conexión jurisdiccional, son suficiente para el juicio penal de otro. Este es el caso de *Siemens AG* y tres de sus subsidiarias cuando se declararon culpables de violaciones al FCPA y acordaron pagar 450 millones de dólares en multas combinadas¹⁴⁹. El caso Siemens, es sin lugar a duda, la cúspide de un verdadero escándalo de corrupción transnacional. Antes de que el escándalo saliera a la luz pública, la reputación de Siemens era extremadamente buena en el mundo de los negocios como una transnacional de primer nivel.

Siemens era reconocido por sus productos tecnológicos y servicios confiables en telecomunicaciones, energía, transporte y equipos médicos¹⁵⁰. Por esta razón, el mundo se tomó por sorpresa cuando la policía allanó la sede de la compañía en Múnich y otras subsidiarias el 15-11-2006¹⁵¹. La primera reacción de la compañía fue reclamar inocencia y culpar a una pequeña "banda criminal" de los hechos¹⁵².

En realidad, durante años, la compañía había fingido hacer negocios de acuerdo con los más altos estándares éticos y legales. Desde al

¹⁴⁸ Ley de Partidos Políticos, Art. 24. "[...] 4) *No aceptar donaciones o subsidios de las entidades públicas, tengan o no carácter autónomo; de las compañías extranjeras o con casa matriz en el extranjero; de empresas concesionarias de obras públicas o de cualquier servicio de bienes propiedad del Estado; de estados extranjeros y de organizaciones políticas extranjeras*".

¹⁴⁹ Véase: Siemens AG and Three Subsidiaries Plead Guilty to Foreign Corrupt Practices Act Violations and Agree to Pay \$450 Million in Combined Criminal Fines, 15-12-2008, en <https://bit.ly/3H8Wjle>

¹⁵⁰ Véase, *The conversation, Lessons from the massive Siemens corruption scandal one decade later*, en <https://bit.ly/3wuMWHE>

¹⁵¹ *Id.*

¹⁵² *Id.*

menos 1991, Siemens había desarrollado normas corporativas anticorrupción, códigos de conducta sofisticados y pautas comerciales estrictas. Incluso fue seleccionado para convertirse en miembro corporativo del capítulo alemán de Transparencia Internacional en 1998. Sin embargo, la realidad era completamente diferente¹⁵³.

Una de las lecciones del caso Siemens es que existen Estados donde las acusaciones de corrupción por parte de empresas transnacionales son seriamente consideradas. El impacto empresarial de la corrupción no solo es catastrófico para cualquier empresa, es también inexcusable. Experiencias como la de Siemens son las que verdaderamente permiten entender el mundo actual de los negocios y la legitimidad de su necesaria regulación en materia anticorrupción. La empresa debe acoger y ser respetuosa frente a una regulación cada vez más internacional y menos doméstica. Hemos analizado que la empresa requiere una tolerancia cero a la corrupción por sus implicaciones éticas y por entorpecer el trabajo de los Estados alrededor del mundo. No en vano, hace mucho tiempo la corrupción ha dejado de ser un problema exclusivo de la Administración Pública, para pasar a ser una responsabilidad compartida entre el sector público y privado. ■

¹⁵³ *Id.*

La puerta giratoria y su impacto en la protección del secreto empresarial

Norma FERRER GONZÁLEZ* y Jessica VIVAS ROSO^Δ

REDAV, N° 20, 2020, pp. 165-176

Resumen: Este artículo es una aproximación al estudio de la figura de la puerta giratoria en Venezuela. Se revisa su concepto, tipos, consecuencias y posibles soluciones normativas, para luego concentrarnos en un caso especial de la puerta giratoria: aquella que puede darse con los funcionarios del Servicio Autónomo de Propiedad Intelectual (SAPI) y cómo ello puede afectar la protección del secreto empresarial.

Palabras clave: Conflicto de intereses – Derechos de autor – Propiedad intelectual – Puerta giratoria – Secreto empresarial.

Abstract: *This article is an approach to the study of the figure of the revolving door in Venezuela. Its concept, types, consequences and possible normative solutions are reviewed, and then focus on a special case of the revolving door: the one that can occur with the officials of the Autonomous Intellectual Property Service (SAPI) and how this may affect the protection of business secret.*

Keywords: *Conflict of interest – Copyright – Intellectual property – Revolving door – Business secret.*

Recibido

18-02-2021

Aceptado

13-05-2021

Introducción

Las ideas son, quizás, uno de los bienes más valiosos del mercado global, representando muchas veces la base para los productos que las industrias producen y comercializan. Es por ello que, en distintos ordenamientos jurídicos existan normas que las protegen, a través del establecimiento de registros de marcas y patentes.

Dicho procedimiento de registro de marca o patente requiere que el creador de la idea, le otorgue a determinado órgano de la Administración Pública la información sobre su invento, situación que les da a los

* Abogada (UCV). Master en Derecho y Relaciones Internacionales (CIU). Cursante de la Especialización en Derecho Internacional Económico y de la Integración (UCV). Técnico Superior Universitario en Comercio Exterior (IUNP). Coordinadora de la Asistencia Legal Anti Corrupción en Transparencia Venezuela.

^Δ Abogada (UCV). Especialista en Derecho Administrativo (UCV). Especialista en Gerencia del Sector Público (UCAB). Doctoranda en Derecho Administrativo Iberoamericano (Universidad La Coruña-España). Profesora en la Especialización en Derecho Administrativo (UCV). Profesora en la Especialización en Gerencia de Sector Público (UCAB). Coordinadora de proyectos de Transparencia Venezuela.

funcionarios públicos de dichas instituciones, el acceso a información privilegiada que puede ser muy valiosa para el sector privado.

Ahora bien, cuando determinado funcionario público decide retirarse de instituciones como las responsables del registro de marcas y patentes, se lleva consigo un cúmulo de información que puede explotar –económica y profesionalmente– en su favor, bien sea para conseguir cargos importantes en el sector privado, o para utilizar dicha información el pro de determinados sectores económicos.

El paso de un funcionario del sector público al sector privado se conoce como el “fenómeno de la puerta giratoria” y será objeto de estudio en el presente trabajo. Primero se realizará una revisión del concepto, tipos de puertas giratorias, consecuencias y posibles soluciones normativas, para luego concentrarnos en un caso especial de la puerta giratoria: aquella que puede darse con los funcionarios del Servicio Autónomo de Propiedad Intelectual (SAPI) y cómo ello puede afectar la protección del secreto empresarial.

La importancia de analizar el fenómeno de la puerta giratoria en este sector deviene del hecho que, además de constituir una amenaza para la protección del secreto empresarial, puede afectar la imparcialidad y objetividad del Servicio Autónomo de Propiedad Intelectual (SAPI), en el entendido que determinado funcionario de este organismo pueda verse inclinado a para suministrar información confidencial sobre algún producto o invento a la empresa o sector privado de la cual forma parte, o hacer uso de sus contactos, conocimientos e influencias en el Servicio Autónomo de Propiedad Intelectual (SAPI), para aprobar o denegar con mayor o menor facilidad el registro de un invento.

Por ello, el presente estudio planteará algunas formas de cómo el fenómeno de la puerta giratoria puede afectar el secreto empresarial y planteará algunas protecciones y garantías que deben existir para evitar el uso de la información privilegiada en el paso del sector privado al sector público de funcionarios.

I. El fenómeno de la puerta giratoria

El fenómeno de la “puerta giratoria” (o *revolving door* por su denominación en inglés) ha sido entendido como el movimiento –de entrada y salida– de profesionales entre el sector público y el sector privado, generalmente centrado en personas que ocupan altos cargos en las distintas instituciones del Estado aunque no es exclusivo de dichos cargos¹.

¹ González Barroso, F., “El fenómeno de las puertas giratorias” (en línea), *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 11, España: Universidad Carlos III de Madrid,

Ese desplazamiento de determinados sujetos entre el sector público y privado –y viceversa– puede impactar en el funcionamiento de las instituciones públicas, porque eventualmente da lugar a la existencia de situaciones de conflicto de intereses favoreciendo que el sujeto anteponga su interés o beneficio particular al interés general, durante el ejercicio de sus funciones².

La puerta giratoria se está produciendo de forma creciente a nivel local y nacional, constituyendo una muestra más de lo difusa que es la línea que separa el poder político y el poder económico. Dicho fenómeno es utilizado por personas que ocupan cargos de influencia en grandes empresas o que ejercen en *lobbies* industriales para pasar a ocupar puestos relevantes en instituciones públicas, generalmente acceden a ellas para crear políticas en las mismas áreas que, hasta ese momento, habían gestionado desde el ámbito empresarial.

De la misma manera, altos cargos políticos y técnicos de las instituciones públicas, en numerosas ocasiones, pasan a desempeñar puestos clave en las grandes corporaciones y los grupos de influencia empresariales, llevándose consigo a sus nuevos despachos los conocimientos e influencias adquiridas en el ámbito de la Administración Pública³.

Para CASTELLANI y MOTTA, la puerta giratoria es un fenómeno que va más allá del análisis de los conflictos de interés, puesto que de ella pueden derivar formas de articulación entre las élites económica y política que dan origen a otro fenómeno: la captura de la decisión estatal, entendida como “*la pérdida de autonomía del Estado a la hora de formular e implementar políticas públicas*”⁴.

Dicha captura se puede presentar de dos formas: (i) Captura regulatoria, que ocurre cuando sectores económicos regulados por el Estado controlan las instancias de toma de decisiones; y (ii) Captura cultural, que se da cuando sujetos privados se benefician de la acción de las

octubre 2016 - marzo 2017, pp. 315-317 . En <http://dx.doi.org/10.20318/economia.2016.3296>. Fundación Hay Derecho. *Estudio sobre las puertas giratorias en la Administración General del Estado y el papel de la Oficina de Conflictos de Intereses*, (en línea), marzo 2017. En <https://bit.ly/3ofBply>

² Sobre los conflictos de interés puede consultarse: Vivas Roso, J., “Los conflictos de interés y su incidencia en la actuación de los órganos de control fiscal a nivel local. Análisis del caso venezolano”, *Cuadernos de Derecho Local*, N° 53, Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, junio 2020, pp. 171-196.

³ Garay, A., *Puertas giratorias* (en línea). Madrid: Observatorio de Multinationales en América Latina, 2012. En <https://omal.info/spip.php?article4875>

⁴ Castellani, A. y Motta, G., “La exposición a los conflictos de interés y la captura de la decisión pública en el Gabinete Nacional (Argentina, 2018)”, *Miriada: Investigación en Ciencias Sociales*, vol. 12, N° 16, Argentina: Universidad del Salvador, 2020, pp. 77-119.

instituciones públicas porque los funcionarios de éstas comparten un conjunto de creencias y visiones sobre el sector en cuestión⁵.

Así, la puerta giratoria es un fenómeno que atenta contra la integridad y la imparcialidad de las instituciones públicas. El paso de un sujeto de un determinado sector a otro –del público al privado o viceversa– puede condicionar las distintas decisiones que deba tomar –entre otros motivos– por el interés de ganarse los favores de sus futuros o anteriores empleadores o por el uso de la información y los contactos adquiridos durante el ejercicio del cargo público en beneficio propio o de terceros⁶, lo que puede generar favoritismos, abusos de poder, trato discriminatorio o ausencia de objetividad, entre otros⁷.

Para Transparencia Internacional, las decisiones públicas pueden ser distorsionadas como consecuencia de la puerta giratoria de dos formas: (i) Funcionarios de alto nivel que otorgan ventajas injustas o indebidas a un determinado sector, industria o compañía a cambio de obtener contratos o empleos lucrativos con posterioridad a su retiro de determinada institución pública, y; (ii) Funcionarios que utilizan información privilegiada conseguida como consecuencia del ejercicio de sus funciones –incluidos contactos personales y profesionales–, que es puesta al servicio de determinado sector privado para negociaciones políticas, contrataciones públicas y otras interacciones con entidades del sector público⁸, lo cual puede generar situaciones de desventaja sobre los competidores privados y acarrear prácticas corruptas.

El favoritismo hacia determinados intereses privados atenta contra el interés general y ocasiona desconfianza en las instituciones públicas, afectando la reputación de las mismas. La desconfianza en las instituciones públicas puede desalentar a determinados sectores a presentarse en licitaciones de contratos públicos, invertir en el país o participar en programas del gobierno, de allí que resulte necesario estudiar el fenómeno de la puerta giratoria y evaluar las medidas y acciones que pueden implementarse para minimizar su impacto en las instituciones públicas.

⁵ Garín, R. y Morales, P., *Elites y Regulación: Conflictos de Interés, Lobby y Puerta Giratoria* (en línea). En <https://bit.ly/3BXniwj>

⁶ Transparencia Internacional, *Reglamentar el fenómeno de las puertas giratorias, Documento de trabajo N° 06/2010* (en línea). En <https://bit.ly/3wl4FMd>

⁷ Cerrillo I Martínez, A., “La oportunidad perdida en la prevención de los conflictos de intereses en la Administración General del Estado. Un breve análisis de la Ley 3/2015, de 30 de marzo”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 12, España: Universidad Carlos III de Madrid, abril – septiembre 2017, pp. 77-91. En <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3643>

⁸ Transparencia Internacional, ob. cit., p. 3.

1. Tipología de la puerta giratoria

CASTELLANI siguiendo la “Guía para el manejo de los conflictos de interés en el servicio público” de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), presenta la siguiente tipología de la puerta giratoria⁹:

a) *Del sector privado al sector público:* Ejecutivos de empresas privadas pasan a ocupar puestos claves en instituciones del Estado, donde puedan tomar decisiones pro-empresariales en la formulación de políticas y el cumplimiento normativo.

b) *Del sector público al sector privado:* Funcionarios públicos se trasladan a posiciones lucrativas del sector privado, en las que pueden utilizar su experiencia en el gobierno, así como las conexiones o redes acumuladas para: beneficio personal, de su nuevo empleador en perjuicio del sector público y de otros competidores del sector privado.

c) *De posiciones de lobby al sector público:* Lobistas se trasladan desde este sector a puestos de asesoramiento o cargos públicos de relevancia en la toma de decisiones del Estado.

d) *Del sector público a posiciones de lobby:* Funcionarios públicos utilizan sus amplias redes de contactos en mecanismos de defensa o promoción de los intereses de las empresas para las que prestan sus servicios en determinado momento.

Esta tipología puede darse de la siguiente forma¹⁰:

a) *Puerta giratoria de entrada:* Funcionarios que cuentan con una experiencia previa en el sector privado en un área relacionada con la que prestarán sus servicios en el sector público, de allí que puedan verse inclinados a favorecer a ese grupo o sector empresarial, en virtud de su vinculación en el pasado.

b) *Puerta giratoria de salida:* Posibilidad que un funcionario público con experiencia en determinado sector pueda realizar a futuro –a su retiro de la institución pública– una carrera lucrativa dentro de alguna empresa del área regulada, y que podría inducir en los funcionarios durante el ejercicio del cargo público una mayor predisposición para resolver los problemas y apoyar las causas de estas empresas privadas.

⁹ Castellani, A., “Lobbies y puertas giratorias. Los riesgos de la captura de la decisión pública” (en línea), *Nueva Sociedad*, N° 276, Venezuela: Nueva Sociedad, julio-agosto de 2018, pp. 48-61. En <https://bit.ly/3wskW7y>

¹⁰ *Ibid.*, pp. 57-58.

c) *Puertas circulares*: Circulación recurrente de un sujeto entre sector público y privado, lo cual puede generar condiciones estructurales para el conflicto de interés y la captura de la decisión estatal.

2. Soluciones normativas para minimizar el impacto de la puerta giratoria

Lo primero que debe señalarse al hablar de las posibles soluciones normativas al fenómeno de la puerta giratoria, es que no se busca desalentar el paso de sujetos del sector público al sector privado –o viceversa– puesto que en ocasiones ese cambio puede permitir a las instituciones públicas hacerse de personal altamente calificado. Muy por el contrario, lo que se busca es que esos cambios se produzcan bajo condiciones que le permitan al sujeto desarrollar una vida profesional en situaciones que no son de riesgo, donde además se proteja la independencia y la imparcialidad de las decisiones públicas¹¹.

Y es que, una regulación muy estricta para prevenir el fenómeno de la puerta giratoria, puede generar el riesgo de disuadir a buenos profesionales del sector privado para no ocupar un cargo público, entendiendo que después de su paso por el sector público se les dificulta o limita su vuelta al sector privado, lo que traería como consecuencia que sólo los funcionarios políticos y “de carrera” que no han desarrollado, ni esperan desarrollar, ninguna profesión en el ámbito privado, sean los que accedan a altos cargos en el sector público¹².

En este sentido, se considera que el fenómeno de la puerta giratoria se puede controlar y encauzar a través de normas de abstención en el caso de las situaciones *ex ante* (previo al ingreso al cargo público) y de limitación y autorización previa y preceptiva en el caso de las *ex post* (con posterioridad al retiro o separación del cargo público). Dichas normas de abstención establecen un período durante el cual, aquellos sujetos que han ocupado cargos públicos tienen prohibido asumir tareas en el sector privado relacionadas con sus anteriores deberes de reglamentación o representación¹³.

En España, por ejemplo, la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, en su artículo 15.1 dispone que los altos cargos no podrán prestar servicios en entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en las que hayan participado durante los dos años siguientes a su cese; encontrándose impedidos de igual forma a celebrar contratos de

¹¹ López Laguna, F., “La prevención de los conflictos de intereses y su tratamiento en la Ley 3/2015”, *Revista internacional de transparencia e integridad*, N° 3, España: Transparencia Internacional España, enero-abril 2017, pp. 1-7.

¹² Fundación Hay Derecho, ob. cit., p. 6.

¹³ Transparencia Internacional, ob. cit., p. 6.

asistencia técnica, de servicios o similares con la Administración Pública en la que hubieran prestado servicios siempre que guarden relación directa con las funciones que el alto cargo ejercía (artículo 15.5 de la misma Ley).

Se observa en dicha Ley, una regulación que se centra en la salida hacia el sector privado, estableciendo limitaciones para el ejercicio de actividades privadas durante un periodo determinado –que se denomina “período de enfriamiento”– con posterioridad al cese del alto cargo¹⁴.

Con medidas como éstas lo que se aspira es alcanzar un equilibrio entre intereses personales y públicos, de forma tal que se permita el movimiento de sujetos desde el sector público al privado –y viceversa– pero minimizando el posible impacto negativo de ello en las instituciones públicas, con miras a proteger la objetividad e imparcialidad de las mismas.

II. Puerta giratoria y secreto empresarial

1. El secreto empresarial

El secreto empresarial puede entenderse como el conjunto de informaciones de contenido empresarial, que se mantienen en reserva por el valor competitivo que representa para su poseedor legítimo, quien, debe desarrollar medidas protectoras sobre las mismas que puedan evaluarse como razonables a fin de que sean tuteladas por el Estado¹⁵. De acuerdo con FONT ACUÑA, para que sea reconocido como una técnica de competencia en la actividad económica es necesario que se presenten –de manera concurrente– los siguientes requisitos: **(i)** Que sea secreto, **(ii)** Que se trate de una información de naturaleza empresarial, **(iii)** Que constituya una ventaja competitiva, y; **(iv)** Que su poseedor legítimo adopte medidas razonables de protección¹⁶.

No existe en Venezuela una regulación sistematizada del secreto empresarial. La Ley de Propiedad Intelectual es de vieja data y no contempla una regulación sobre este tema. Sin embargo, la Constitución de 1999 prevé una protección indirecta –de acuerdo con FONT ACUÑA–, que se refleja a través de cuatro principios fundamentales: **(i)** La confidencialidad que deriva de artículo 60 constitucional; **(ii)** La propiedad intelectual prevista en el artículo 98 de la Constitución; **(iii)** La libertad de empresa y libre comercio que reconoce al secreto empresarial como

¹⁴ Fundación Hay Derecho, ob. cit., p. 19.

¹⁵ Font Acuña, T., “Fundamento constitucional del secreto empresarial en Venezuela” (en línea), *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 10, Vol. 2, pp. 491-503. En <https://bit.ly/307ZysO>

¹⁶ Ibid., p. 493.

expresión de la libertad de elegir, ratificando su carácter económico y competitivo en el artículo 112 constitucional; y (iv) El interés público de garantizar la ventaja competitiva del secreto mediante el principio de la libre competencia, del artículo 299 de la Carta Magna¹⁷.

2. Impacto del fenómeno de la puerta giratoria en la protección del secreto empresarial

La protección del secreto empresarial trae como consecuencia la prohibición de divulgar o explotar dicho secreto sin autorización de su titular. El acto de divulgación sin autorización expresa se conoce como competencia desleal.

Ahora bien, la competencia desleal puede ocurrir cuando un sujeto –el que comete el acto desleal– tiene acceso al secreto de forma o de manera legítima, pero con deber de reserva, y procede a la divulgación del secreto empresarial sin la debida autorización.

Una modalidad de acceso ilegítimo a un secreto empresarial puede ocurrir cuando las empresas ofrecen dinero a uno de los empleados de la empresa competidora para que revele el secreto o cuando se soborna a un funcionario público activo –por ejemplo, del Servicio Autónomo de Propiedad Intelectual– para obtener información a la que éste tiene acceso como consecuencia de la tramitación del procedimiento de registro de marca o patente.

Pero además a través del fenómeno de la puerta giratoria, los sectores empresariales pueden apoderarse de secretos empresariales, sin que necesariamente se deba recurrir a figuras ilícitas como el soborno. Por ejemplo, un funcionario del Servicio Autónomo de Propiedad Intelectual que se retira de la institución y comienza a trabajar en el sector privado (puerta giratoria de salida) puede ofrecer información a la que tuvo acceso como funcionario público, para beneficiar a su nuevo empleador y además perjudicar a su competencia.

El fenómeno de la puerta giratoria en materia de propiedad intelectual puede ir en detrimento, no solo del secreto empresarial, sino que además puede ocasionar la pérdida de confianza de las sociedades mercantiles en la institucionalidad de los registros de propiedad industrial, registros sanitarios y cualquier otro que represente la divulgación en todo o en parte de información privilegiada que pueda desencadenar la revelación de secretos empresariales y conlleve a una competencia desleal.

¹⁷ Font Acuña, T., ob. cit., pp. 495-502.

III. Regulación del fenómeno de la puerta giratoria en Venezuela

Venezuela suscribió la Convención Interamericana contra la Corrupción¹⁸ y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹⁹, sin embargo posee una escasa –casi inexistente– regulación en materia de prevención y control de los conflictos de interés y puertas giratorias.

En materia de conflicto de intereses, la Constitución venezolana de 1999 en su artículo 190 establece:

Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional no podrán ser propietarios o propietarias, administradores o administradoras o directores o directoras de empresas que contraten con personas jurídicas estatales, ni podrán gestionar causas particulares de interés lucrativo con las mismas. Durante la votación sobre causas en las cuales surjan conflictos de intereses económicos, los o las integrantes de la Asamblea Nacional, que estén involucrados o involucradas en dichos conflictos, deberán abstenerse²⁰.

Esta es la única mención del texto constitucional sobre situaciones de conflicto de interés, sin embargo, la prohibición en ella contenida sólo resulta aplicable a los diputados del Parlamento Nacional, a pesar que las situaciones de conflictos de interés pueden presentar en todos los niveles del sector público.

Adicionalmente, existe el Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos²¹ que establece los principios rectores, deberes y conductas que deben observar los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones con miras a prevenir hechos que atenten, amenacen o lesionen la ética pública y la moral administrativa.

Dicho Código, escasamente contiene algunas menciones que pueden resultar aplicables al fenómeno de la puerta giratoria. El artículo 5, al referirse a los deberes de los servidores públicos, menciona la obligación de actuar con objetividad e imparcialidad en todas las decisiones que deba tomar y en los asuntos a intervenir como consecuencia del ejercicio de sus funciones y el artículo 6 –que menciona las prohibiciones– señala como contrario a los deberes de los funcionarios públicos: **(i)** Utilizar en beneficio propio información secreta, reservada o confidencial de la que hubiere tenido conocimiento con ocasión del ejercicio de sus funciones, y; **(ii)** Obtener ventajas, concesiones o privilegios, en razón del cargo o posición ocupada dentro del órgano o ente en el cual se

¹⁸ Gaceta Oficial N° 36.211 de 22-05-1997.

¹⁹ Gaceta Oficial N° 38.193 de 23-05-2005.

²⁰ Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario de 19-02-2009.

²¹ Consejo Moral Republicano, Resolución No CMR-016-2013 del 11-12-2013 mediante el cual se dicta el Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos, Gaceta Oficial N° 40.314 de 12-12-2013.

desempeña o se haya desempeñado durante los últimos cinco años, o en aquellos sobre los que dicho organismo o entidad ejerza control de tutela, estatutario o accionarial, en contraposición a los intereses de dichos órganos o entes²².

El primero de los supuestos mencionados, está referido a la prohibición del uso de información confidencial de la institución –como sería el secreto profesional– en beneficio propio, como, por ejemplo, dar dicha información a un antiguo empleador del sector privado (puerta giratoria de entrada). El segundo de los supuestos se puede entender como un “período de enfriamiento” ya que, aun cuando no establece de forma expresa la prohibición de ejercer determinado cargo por un período –lo que se entendería como período de enfriamiento en sentido estricto–, si dispone la prohibición de obtener ventajas, concesiones o privilegios en razón del cargo desempeñado en un período de cinco años. Es decir, un ejemplo de puerta giratoria de salida, donde un funcionario usa la información y contactos obtenidos como consecuencia del ejercicio de determinado cargo público, para obtener favores para su nuevo empleador en el sector privado.

Sin embargo, debemos destacar que las normas del Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos, resultaron insuficientes puesto que no prevé sanciones por incumplimiento del deber de imparcialidad y objetividad por parte de un funcionario público y tampoco señala cuáles serían las consecuencias que usa la información confidencial del organismo en beneficio propio.

Ello nos lleva a recordar –tal como señala FUENTES I GASÓ– que los códigos de conducta suelen ser de muy difícil aplicación por ser abstractos, por su falta de previsión de infracciones y sanciones y por contener normas orientadoras de las conductas de los funcionarios públicos, de allí que “*más que ‘obligar’ a su cumplimiento, pretenden ‘convencer’ de la necesidad de una conducta*”²³.

Por último, mencionaremos la Ley contra la Corrupción, que en su artículo 68 dispone:

El funcionario público que utilice, para sí o para otro, informaciones o datos de carácter reservado de los cuales tenga conocimiento en razón de su cargo, será penado con prisión de uno (1) a seis (6) años y multa de hasta el cincuenta por ciento (50%) del beneficio perseguido u obtenido, siempre que el hecho no constituya otro delito.

²² Ibid., artículo 6 numerales 3 y 4.

²³ Fuentes I Gasó, J.R., “Buenas prácticas y códigos de conducta. ¿Sustitutivos de la Legislación?”, en Montoro Chiner, M.J., Sommermann, K.P., *Gute Rechtsetzung. La Buena Legislación*, Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, Speyer, 2015, pp. 137-168.

Si del hecho resultare algún perjuicio a la Administración Pública, la pena será aumentada de un tercio (1/3) a la mitad (1/2)²⁴.

Esta norma, a pesar de no referirse de forma expresa al fenómeno de la puerta giratoria, al hacer referencia a “*informaciones o datos de carácter reservado de los cuales tenga conocimiento en razón de su cargo*”, puede entenderse como una protección del secreto empresarial, por lo que la divulgación de esta información por parte de un funcionario público para obtener beneficios como cargos o asesorías a futuro en la empresa que haya beneficiado con la revelación del secreto empresarial, comporta un delito de corrupción.

Con ello, apreciamos que el fenómeno de la puerta giratoria puede dar lugar a hechos que configurarían delitos de corrupción tipificados en nuestro ordenamiento jurídico, lo que iría mucho más allá de los daños a los derechos económicos que derivarían de la competencia desleal por revelación del secreto empresarial, lo que hace necesario un estudio y regulación más acuciosa de dicho fenómeno en Venezuela.

Conclusiones

Consideramos que el fenómeno de la puerta giratoria va más allá del paso o movimiento de un sujeto desde el sector público al sector privado, o viceversa. Dicho fenómeno puede afectar los derechos de determinados sectores económicos e incluso ocasionar la ocurrencia de hechos que configuren delitos de corrupción.

En este trabajo, nos hemos querido referir concretamente al fenómeno de la puerta giratoria en el Servicio Autónomo de Propiedad Intelectual (SAPI) y su impacto en la protección del secreto empresarial. Dicho impacto puede resumirse de la siguiente manera: (i) Pérdida de credibilidad en la institucionalidad de los registros de propiedad industrial, sanitarios, entre otros, y; (ii) Promoción y favorecimiento de la competencia desleal, lo cual ocasiona pérdidas económicas a la industria, no solo por la posible colocación en el mercado de un producto similar, sino por la pérdida de la inversión en tiempo y dinero que se utilizó para desarrollar la nueva invención.

Como se ha dicho, no se trata de prohibir el paso o movimiento de los sujetos entre distintas instituciones –tanto públicas como privadas– puesto que esa experiencia adquirida en diversas instancias puede resultar provechosa para las instituciones del Estado. De lo que se trata es de establecer mecanismos que permitan controlar el ingreso y la salida

²⁴ Gaceta Oficial N° 6.155 Extraordinario de 19-11-2014.

de los funcionarios, pero además su actuación dentro de las instituciones públicas.

Las regulaciones sobre el fenómeno de la puerta giratoria deben complementarse con las de los conflictos de interés, dado que ambas persiguen un mismo fin: garantizar el adecuado funcionamiento de las instituciones del Estado minimizando el impacto de aquellas situaciones que puedan afectar el juicio objetivo e imparcial de un determinado sujeto. ■

La participación ciudadana en el ámbito del funcionamiento de los órganos de control fiscal en Venezuela

Iván D. PAREDES CALDERÓN*

REDAV, N° 20, 2020, PP. 177-191

Resumen: El artículo estudia el principio de participación ciudadana y su recepción en el ámbito del funcionamiento de los órganos de Control Fiscal. A tal efecto, se hace un análisis de la normativa legal y sublegal aplicable, así como de la situación actual del precitado principio en ese particular ámbito de actividad.

Palabras clave: Administración Pública – Control fiscal – Participación ciudadana.

Abstract: *The paper studies the principle of citizen participation and its reception in the field of operation of the Fiscal Control. For this reason, we analyze the applicable legal and sub-legal regulation, as well as the current situation of the principle under study in that particular field of activity.*

Keywords: *Public Administration – Fiscal control – Citizen participation.*

Recibido

18-02-2021

Aceptado

27-05-2021

Introducción

El principio de participación ciudadana, a raíz de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, adquirió rango constitucional con su consagración en el artículo 141 como elemento fundante y de necesaria observancia para la administración pública. Asimismo, y en razón de tal dispositivo constitucional, fue desarrollado a nivel legal la previsión del principio *in commento* en otros instrumentos, como por ejemplo, en la Ley Orgánica de la Administración Pública¹ y en la Ley Orgánica de la

* Abogado, Especialista en Derecho Administrativo (UCV). Profesor de pre y postgrado en Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela. Colaborador en la Revista de Derecho Funcionario editada por FUNEDA-CIDEP.

¹ En la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001 (G.O. 37.305 de 17-10-2001) se contempló de forma indirecta a través de varias disposiciones (Art. 5; 6.2 por ejemplo), no obstante, en el artículo 12, titulado “*Principios que rigen la Actividad de la Administración Pública*” no fue incluido. Esta situación cambió con la entrada en vigencia del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Administración Pública de 2008 (G.O. 5.890 Extraordinario de 31-07-2008) así como el Decreto homónimo del 2014 (G.O. 6.147 Extraordinario de 17-11-2014) en los cuales en sus respectivos artículos 10, titulados idénticamente “*Principios que rigen la actividad de la Administración Pública*”, fue consagrado el principio de participación en forma expresa.

Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (En adelante LOCGRySNCF).

Sobre este último instrumento, debe señalarse que desde la publicación de la Ley respectiva en el año 2001², así como de su reforma parcial publicada en el año 2010³, ha habido una expresa consagración de este principio en el ámbito del Control Fiscal, con múltiples implicaciones, trayendo ello consigo la elaboración de instrumentos de rango sublegal tendentes a desarrollarlo, así como la adecuación de la estructura organizativa de los órganos de control fiscal, todo ello a los fines de favorecer el cumplimiento del mismo.

Ante tal situación, es de interés el estudio de la forma a través de la cual ha conseguido aplicabilidad y desarrollo el principio de participación ciudadana en el ámbito del funcionamiento de los órganos de control fiscal en nuestro país, desde el punto de vista del ordenamiento vigente, todo lo cual nos llevará a abordar primeramente, la concepción de los principios como elementos fundantes del orden jurídico y de la participación ciudadana como manifestación de la democratización de la actividad administrativa, para luego, abordar el estudio de su tratamiento en el ámbito del control fiscal y sus implicaciones.

I. La participación ciudadana como principio aplicable a la actividad administrativa

Principium est primum, nos recuerda el maestro ANTONIO MOLES CAUBET⁴ haciendo referencia a la noción de los principios, rememorando las enseñanzas de los escolásticos, en el sentido de que un principio constituye lo primero que actúa como origen de todo aquello que le sigue. Así, tenemos entonces que en el ámbito del Derecho los principios vienen a constituirse en el fundamento o base del ordenamiento del sistema, siendo que en el particular caso del Derecho Público, múltiples principios tienen aplicabilidad, tal y como es el caso del principio de legalidad (estudiado magistralmente por el precitado maestro), el principio de separación de poderes, el principio de confianza legítima, entre otros.

Ahora bien, en el caso particular de la Administración Pública, tenemos que, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, se

² Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, publicada en G.O. 37.347 de 17-12-2001.

³ Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en G.O. 6.013 Extraordinario de 23-12-2010.

⁴ Moles Caubet, Antonio. *El Principio de Legalidad y sus implicaciones*. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1974, p. 9.

consagró en su artículo 141 la participación ciudadana expresamente como principio fundamental, de la forma que sigue:

Artículo 141. La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Así las cosas, tenemos que de conformidad con la exposición de motivos de la Constitución de 1999⁵, la consagración de estos principios tuvo como objeto cambiar el papel de la Administración Pública en el sentido de posicionarla al servicio de los ciudadanos, para evitar así ciertas “prácticas” que tendían a desviar el foco de la Administración a la satisfacción de intereses subalternos, contribuyendo a fomentar la corrupción, la ineficacia y la ineficiencia administrativa.

Sin embargo aún se hace necesario, al menos, delimitar el alcance del principio de participación ciudadana en su aplicación a la administración, lo cual puede efectuarse siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA⁶, en el sentido de establecer círculos de actuación ciudadana en las funciones de la administración de la forma que sigue:

a) Primeramente, tenemos una *actuación orgánica*, caracterizada por la participación del ciudadano, como tal (lo que excluye que participe como funcionario público o político), en organizaciones, sea en corporaciones o en la Administración organizada sobre el modelo típico de la Administración burocrática.

b) Una *actuación funcional* en la que el ciudadano actúa en funciones administrativas desde su propia posición privada, sin incorporarse a un órgano administrativo formal, es decir, supone una actuación ciudadana desde lo externo del aparato administrativo, aunque ejerciendo funciones materialmente públicas. Un ejemplo de este caso lo podemos encontrar en la función que cumple el ciudadano al momento en que participa en la consulta pública en el proceso de elaboración de Reglamentos e, inclusive, en la consulta previa a la elaboración de planes de urbanismo (participación en informaciones públicas); cuando el ciudadano ejerce denuncias de diversa índole o cuando formula peticiones o propuestas que no supongan una reclamación.

c) Una *actuación cooperativa* en la cual el ciudadano se mantiene en su rol de tal, no ejerce funciones materialmente públicas, pero

⁵ Publicada en la G.O. 5.453 Extraordinario de 24-03-2000.

⁶ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 4º ed. Editorial Civitas. Madrid. 1994, p. 87.

colabora con su actuación privada a la consecución del interés general en el mismo sentido en que la Administración dirige su actividad.

De esta manera, tenemos entonces que el principio de participación ciudadana puede conseguir múltiples manifestaciones dependiendo de la posición que asuma ese ciudadano respecto de la Administración Pública, siendo que en el particular caso de la actividad de los órganos de control fiscal, ello puede materializarse a través de acciones tales como la denuncia propiamente dicha (actuación funcional) y hasta a través de esquemas de "contraloría social", elementos éstos que nos detendremos a analizar más adelante.

II. El principio de participación ciudadana en la Ley Orgánica de Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y su Reglamento

Siguiendo los nuevos parámetros establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en el año 2001 fue publicada la LOCGRySNCF, la cual trajo consigo notables cambios en el ámbito del Control Fiscal venezolano, dentro de los cuales, podemos mencionar la inclusión por vez primera del principio de participación ciudadana como elemento de necesaria observancia por parte de la actividad de los órganos de control, todo lo cual ha sido igualmente trasladado a su reforma efectuada en el año 2010, y que tomaremos como base para nuestro análisis en razón de encontrarse actualmente vigente.

Así, tenemos que el artículo 6 de la LOCGRySNCF, dispone sobre el particular, lo siguiente:

Artículo 6. Los órganos que integran el Sistema Nacional de Control Fiscal adoptarán, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes, las medidas necesarias para fomentar la participación ciudadana en el ejercicio del control sobre la gestión pública.

De esta forma, tenemos entonces que el principio de participación ciudadana adquiere relevancia no sólo en lo que corresponde a la Contraloría General de la República, como máximo órgano de control, sino también, respecto de todos los órganos que integran el Sistema Nacional de Control Fiscal, que según el artículo 24 *ejusdem*, se encuentra conformado por los siguientes órganos:

a) Los órganos de control fiscal indicados en el Artículo 26 de la LOCGRySNCF, y que son, a su vez: la Contraloría General de la República; la Contraloría de los estados, de los distritos, distritos metropolitanos y de los municipios; la Contraloría general de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana; y las unidades de auditoría interna de las entidades a que se refiere el artículo 9, numerales 1 al 11, de la LOCGRySNCF.

b) La Superintendencia Nacional de Auditoría Interna.

c) Las máximas autoridades y los niveles directivos y gerenciales de los órganos y entidades a los que se refieren el artículo 9, numerales 1 al 11, de la presente ley.

d) Los ciudadanos y ciudadanas, en el ejercicio de su derecho a la participación en la función de control de la gestión pública.

Así, y en lo que corresponde a las actividades ejecutadas por estos órganos, tenemos que se encuentran vinculados al principio de participación, tanto por mandato constitucional, como por mandato de la LOCGRySNCF, siendo que incluso ha llegado a dimensionarse a la participación como derecho de los ciudadanos no sólo a participar en la función administrativa, sino en particular, a participar en la específica función de control de la gestión pública, según el artículo 26 numeral 4 de la Ley *ejusdem*, lo cual ha generado como contrapartida el establecimiento al Contralor General como una de sus atribuciones en el numeral 14 del artículo 9, la de fomentar la participación ciudadana en el ejercicio del control sobre la gestión pública.

Ahora bien, un punto de notoria relevancia en este tema, lo constituye la existencia de un capítulo entero en la LOCGRySNCF dedicado a la participación ciudadana, y que corresponde al Capítulo VIII “*De la Participación Ciudadana*”, del Título II “*Del Sistema Nacional de Control Fiscal*”, integrado por los artículos 75 y 76, cuyo contenido es el siguiente:

Artículo 75. El Contralor o Contralora General de la República, mediante resolución que se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, dictará las normas destinadas a fomentar la participación de los ciudadanos y ciudadanas, haciendo especial énfasis en los siguientes aspectos:

1. Atender las iniciativas de la comunidad organizada, en el marco del proceso de participación ciudadana, en el ejercicio de la Contraloría Social o Comunal.
2. Ordenar, dirigir, sistematizar y evaluar las denuncias ciudadanas que provengan de las instancias que ejercen la Contraloría Social.
3. Facilitar el seguimiento, vigilancia, supervisión y control de la ejecución de los planes realizados por la Unidad de Contraloría Social, de los proyectos comunitarios presentados por los Consejos Comunales o las Comunas.
4. Establecer Estrategias de Formación y Promoción de la Participación contralora y ciudadana para coadyuvar a la vigilancia de la gestión fiscal.
5. Promover mecanismos de control ciudadano en proyectos de alto impacto económico, financiero y social.
6. Promover mecanismos para el fomento y ejecución efectiva del control fiscal, con la participación democrática y protagónica de las unidades de

contraloría social que forman parte de los consejos comunales o las comunas.

Artículo 76. El Poder Popular, a través de los consejos comunales o las comunas, podrá postular candidatos o candidatas para los órganos de control fiscal de los entes y organismos señalados en los numerales 1 al 11 del Artículo 9 de esta Ley.

Sobre lo anterior, hemos de indicar primeramente que el mandato contenido en el encabezamiento del artículo, relativo a la resolución que ha debido dictar el Contralor General de la República, atinente a las normas destinadas a fomentar la participación ciudadana, tiene su antecedente en la LOCGRySNCF de 2001, en la que se formuló dicho mandato en términos similares en el homónimo artículo 75. Este mandato fue cumplido a través de la Resolución N° 01-00-000225 de 20-08-2007, dictada por Clodosbaldo Russián Uzcátegui quien para entonces se desempeñaba como Contralor General de la República, siendo publicada en la Gaceta Oficial N° 38.750 de 20-08-2007.

Por otra parte, es de suma relevancia resaltar que el artículo 75 de la LOCGRySNCF de 2001, a diferencia del mismo artículo de la LOCGRySNCF de 2010, no poseía referencias a la comuna, a los consejos comunales o a la contraloría social, siendo que la derogada regulación se limitaba de la forma siguiente:

Artículo 75. El Contralor General de la República mediante resolución que se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, dictará las normas destinadas a fomentar la participación de los ciudadanos, haciendo especial énfasis en los siguientes aspectos:

1. Atender las iniciativas de la comunidad en el proceso de participación ciudadana en el control fiscal.
2. Ordenar, dirigir, sistematizar y evaluar las denuncias ciudadanas.
3. Establecer estrategias de promoción de la participación ciudadana para coadyuvar a la vigilancia de la gestión fiscal.
4. Promover mecanismos de control ciudadano en proyectos de alto impacto económico, financiero y social.

Lo anterior, puede conseguir explicación en la propuesta formulada por el fallecido Hugo Chávez y sancionada por la Asamblea Nacional el 02-11-2007, para lo cual se acudió inconstitucionalmente al procedimiento de la *“reforma constitucional”*, pero que no obstante haber resultado rechazada por el pueblo en fecha 07-12-2007⁷, trató de ser

⁷ Para mayor información sobre este particular, Véase: Brewer-Carías, Allan. *La reforma Constitucional de 2007 (Comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2007.

implementado forzosamente y de forma encubierta, a través de la reforma o creación de diversos instrumentos legislativos posteriores en los que fueron incluidas las modificaciones rechazadas, todo ello en fraude al vigente texto constitucional de 1999.

Por su parte, y retomando el tema que nos ocupa, tenemos que en el nivel sublegal encontramos el reglamento⁸ de la LOCGRySNCF (en adelante RLOCGRySNCF), el cual es un reglamento superviviente, por cuanto el mismo al ser del año 2009 aún hoy regula y desarrolla materias de la posterior LOCGRySNCF de 2010, en todo aquello en lo que sea compatible. Sin embargo, más allá del señalamiento contenido en su artículo 1 referente a que el mismo desarrollará, entre otras cosas, el principio de participación de los ciudadanos en el ejercicio de la función contralora, no hay en su contenido algún otro elemento adicional que materialice esa disposición.

Ahora bien, en este grado de análisis, pasamos de seguidas a efectuar algunos comentarios referentes a la participación ciudadana en las Normas para Fomentar la Participación Ciudadana, antes identificadas, en el entendido que posteriormente, procederemos a efectuar algunas consideraciones sobre la contraloría social, los consejos comunales y su problemática en el ámbito del control fiscal venezolano.

III. Desarrollo normativo del principio de participación ciudadana a través de las normas dictadas por la Contraloría General de la República

De conformidad con el mandato contenido en el artículo 75 de la LOCGRySNCF de 2001, fue dictada la Resolución N° 01-00-000225 de fecha 20-08-2007, anteriormente identificada, y que se contrae precisamente a esas "*Normas para fomentar la participación ciudadana*" (en adelante "*las normas*"), aún vigentes, cuyo principal objeto según su artículo 1 es el de fomentar el ejercicio del derecho de los ciudadanos a participar en el control sobre la gestión pública a través de las Oficinas de Atención Ciudadana y de los Órganos de Control Fiscal.

En este sentido, resulta sumamente relevante el imperativo establecido en el artículo 8 de las precitadas normas, en el sentido que se establece el deber que tienen los órganos a que hace referencia la extensa lista contenida en el artículo 9 de la LOCGRySNCF, de suministrar la información que en ejercicio del control sobre la gestión pública, solicite la ciudadanía respecto de los bienes y el gasto de los recursos que integran el patrimonio público cuya administración les corresponde con la descripción y justificación de su utilización y gasto.

⁸ Publicado en la G.O. 39.240 de 12-08-2009.

Así, tenemos entonces que, en el marco de esta normativa, existe un deber sobre los órganos y entes a que hace referencia el artículo 9 de la LOCGRySNCF, de suministrar la información que sea requerida por la ciudadanía organizada a través de los distintos medios que el ordenamiento jurídico válidamente le habilite. Así, y como correlativo a ello, consideramos que nace un derecho en favor de la ciudadanía, en el sentido precisamente de materializar el contenido de esa disposición.

Ahora bien, en las normas bajo estudio se establecieron dos instancias a través de las cuales puede hacerse valer el principio de participación, a saber, por un lado la Oficina de Atención Ciudadana (Capítulo II) y, por otro, a través de los Órganos de Control Fiscal (Capítulo III), todo lo cual pasamos de seguidas a analizar brevemente.

1. La Oficina de Atención Ciudadana

Esta oficina ha sido concebida como una instancia incluida en la estructura organizativa de los órganos o entes a que hace referencia el artículo 9 de la LOCGRySNCF, y que de conformidad con el artículo 11 de las normas debe estar adscrita a la máxima autoridad del ente u órgano quien, a su vez, deberá otorgarle la autoridad suficiente para poder tramitar de forma efectiva las denuncias y requerimientos que le sean planteados.

Asimismo, se tiene que las funciones de la Oficina de Atención Ciudadana, han quedado delimitadas en el artículo 13 de las normas, de la forma siguiente:

Artículo 13. Las máximas autoridades jerárquicas de los organismos y entidades a que se refieren los numerales 1 al 11 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, establecerán las funciones de la Oficina de Atención Ciudadana, de conformidad con el ordenamiento jurídico y las presentes Normas.

A las Oficinas de Atención Ciudadana les corresponderá, fundamentalmente:

1. Atender, orientar y asesorar a los ciudadanos que acudan a solicitar información, requerir documentos o interponer denuncias, quejas, reclamos, sugerencias o peticiones.
2. Informar a la ciudadanía sobre la utilización de los recursos que integran el patrimonio público del ente u organismo, a través de un Informe, de fácil manejo y comprensión, que se publicará trimestralmente y se pondrá a disposición de cualquier persona.
3. Poner a disposición de la ciudadanía la información relativa a la estructura organizativa y funciones del respectivo ente y organismo y de sus órganos adscritos, y sobre los procedimientos administrativos y servicios que presta, a través de medios impresos, audiovisuales, informáticos, entre otros.

4. Recibir, tramitar, valorar, decidir o resolver, denuncias, quejas, reclamos, sugerencias o peticiones y remitirlas a la dependencia de la organización o al ente y organismo que tenga competencia para conocerlas, según el caso.
5. Llevar un registro automatizado de las denuncias, quejas, reclamos, sugerencias y peticiones.
6. Comunicar a los ciudadanos la decisión o respuesta de las denuncias, quejas, reclamos, sugerencias y peticiones formuladas por ellos.
7. Promover la participación ciudadana.
8. Llevar el registro de las comunidades organizadas y de las organizaciones públicas no estatales a que hace mención el artículo 135 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.
9. Formar y capacitar a la comunidad en los aspectos vinculados con el ejercicio del derecho a la participación ciudadana en el control de la gestión pública mediante talleres, foros o seminarios, entre otros.
10. Atender las iniciativas de la comunidad vinculadas con el ejercicio de la participación ciudadana en el control de la gestión pública.
11. Las demás competencias que le sean asignadas.

De esta manera, se tiene entonces que se ha perfilado en este instrumento de rango sublegal, ciertas funciones que deben ser consideradas por los órganos y entes sujetos a la LOCGRySNCF al momento de crear la respectiva Oficina de Atención al Ciudadano en su estructura. En este sentido, resulta sumamente llamativo el hecho de que esta oficina sea la competente para la recepción de las denuncias, quejas, reclamos, sugerencias o peticiones vinculadas al funcionamiento del órgano o ente en el que se encuentre, sin embargo, nada se menciona sobre el mecanismo de ingreso del funcionario titular de esta oficina.

Sobre este particular, y considerando el mandato contenido en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, referente a que los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera (exceptuando los de elección popular, libre nombramiento y remoción, contratados y obreros al servicio de la administración pública) aunado al imperativo sobre el ingreso por concurso público de los funcionarios públicos a los cargos de carrera, es por lo que consideramos que justamente este medio es el que necesariamente debe implementarse a los fines del ingreso del titular de la oficina *in comento*.

No obstante lo anterior, ha sido recurrente el incumplimiento del mandato constitucional anterior, en lo referente al titular de esta oficina, toda vez que han sido publicadas en Gaceta Oficial múltiples

designaciones bajo la condición de “Encargado”⁹ lo cual genera una situación de inestabilidad en el ejercicio de las funciones de ese funcionario, todo ello por el hecho de que el máximo jerarca puede influir negativamente en la gestión de ese funcionario público, sólo por el hecho haberlo designado *a dedo*.

Otro punto importante dentro de las normas, es el dinamismo que adquiere el derecho de petición en el marco de la presentación por un ciudadano de denuncias, quejas, reclamos, sugerencias y peticiones. Así, tenemos entonces que en esta materia el ciudadano puede optar por interponerlas ante la Oficina de Atención al Ciudadano, caso en el cual esta última deberá comunicarle de las resultas correspondientes e, incluso, si el órgano o ente del cual forma parte la oficina no fuere el competente para la resolución de la misma, esa oficina tiene la competencia para remitirlo al que así lo considere, claramente, siempre notificando al particular de la remisión efectuada y los motivos por los cuales ello fue realizado.

Por su parte, si la denuncia versare sobre la presunta comisión de actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición legal o sublegal vinculadas al manejo o custodia de fondos o bienes públicos, la oficina deberá remitirla al órgano de control fiscal competente para que sustancie los procedimientos dirigidos a la constatación de la veracidad de lo denunciado. Sin embargo, el particular igualmente tiene la posibilidad de interponer su denuncia directamente ante el órgano de control fiscal competente, según el contenido del artículo 19 de las normas, aunque nada se menciona sobre el deber del órgano de control de notificarle a ese interesado las resultas correspondientes en casos en que se interpone directamente ante él, motivo por el cual consideramos que en sano cumplimiento del derecho de petición consagrado en el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, igualmente debe notificarse al ciudadano sobre el trámite de su denuncia.

⁹ Como ejemplos, tenemos los siguientes: Resolución N° 53 de 05-09-2019, en G.O. 41.711 de 06-09-2019, a través de la cual se designó al Director General Encargado de la Oficina de Atención Ciudadana, del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria; Resolución N° 23 de 08-08-2019, publicada en G.O. 41.694 de 14-08-2019, a través de la cual se designó al Director General Encargado de la Oficina de Atención Ciudadana del Ministerio del Poder Popular para el Transporte; Resolución N° 62 de 21-08-2018, en G.O. 41.467 de 24-08-2018, a través de la cual se designó al Director General de la Oficina de Atención Ciudadana del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, en calidad de Encargado.

2. Participación ciudadana a través de los Órganos de Control Fiscal

El Capítulo III de las normas, se encarga de desarrollar algunos mecanismos a través de los cuales se puede potenciar o reforzar la participación ciudadana en el ámbito del Control Fiscal. De hecho, se establece como un imperativo para los órganos de control fiscal establecer estrategias para promover el ejercicio del derecho a la participación ciudadana en el ámbito del control fiscal sobre la gestión pública, por lo que siendo así, y concatenando esto con lo dispuesto en el artículo 6 de la LOCGRySNCF, es necesario que los órganos de control fiscal realmente implementen, dentro de su planificación, actividades tendentes a fomentar el ejercicio de la participación ciudadana, así como también, posibiliten el acceso a los ciudadanos a estos mecanismos.

En este sentido, las normas en su artículo 30 contemplan la posibilidad de que los órganos de control fiscal soliciten la colaboración de los medios de comunicación social a los fines de difundir, entre otras cosas, la participación ciudadana en el ejercicio del control fiscal sobre la gestión pública, todo lo cual sin duda si es aplicado sanamente permitirá ampliar la conciencia sobre la importancia de este punto. Sin embargo, al presente momento, se han evidenciado pocos casos de implementación de estos medios de difusión¹⁰, ya que los mayores esfuerzos se han concentrado en programas para fomentar la declaración jurada de patrimonio de funcionarios públicos.

Por otra parte, se ha concebido como medio de difusión de la participación ciudadana en el ámbito del control fiscal, la implementación de actividades formativas y de acercamiento a las comunidades, todo ello a los fines de dotarles de las herramientas suficientes para que puedan hacer valer, desde la perspectiva del derecho, la participación ciudadana en el ejercicio del control, aspecto este íntimamente ligado al siguiente punto a desarrollar.

IV. La contraloría social, los consejos comunales y su problemática en el ámbito del control fiscal venezolano

En líneas anteriores, se ha efectuado una aproximación a los mecanismos de participación ciudadana contemplados en la LOCGRySNCF y que han sido desarrollados en las *"Normas para fomentar la participación ciudadana"*. Sin embargo, hay un elemento tanto en las normas

¹⁰ Un ejemplo lo constituyó el programa radial "Poder Ciudadano", que era transmitido durante los años 2017 y 2018 a través de la emisora Radio Nacional de Venezuela (RNV) a través de la frecuencia 91.1 FM, no obstante, dicho programa se veía limitado por el poco alcance de dicho medio, así como también, por el poco tiempo que se mantuvo activo.

como en la Ley precitada que, por tener una íntima relación con el tema bajo estudio, es necesario abordar y es el relativo a la Contraloría Social, reseñado en el artículo 75 numerales 1 al 3 y 6, al hacer referencia particularmente a las formas a través de las cuales puede la comunidad organizada coadyuvar en el control del patrimonio público, todo ello en el marco del principio de participación ciudadana.

Así, hemos de señalar que la Contraloría Social ha sido definida por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) como:

...un mecanismo para la participación ciudadana, que permite velar porque la administración pública o entidades no estatales, que ejecutan proyectos con fondos públicos, lo hagan con total transparencia, lo que permite favorecer el desarrollo humano de las personas, de sus comunidades y su nación¹¹.

Vemos entonces que el concepto de Contraloría Social se caracteriza por ser un mecanismo más de dinamismo del principio de participación ciudadana, que además no es una idea exclusiva de nuestro país, toda vez que por ejemplo Guatemala lo ha calificado como “*Auditoría Social*” abocándose también a impulsar programas que conduzcan a fomentar la participación ciudadana en el ámbito del control del patrimonio público¹². Asimismo, es importante resaltar que algunos países europeos también han realizado esfuerzos para impulsar la Contraloría Social, como es el caso de Noruega, Suecia y Dinamarca, a través de su “*Programa de Apoyo a la Participación de la Sociedad Civil (PASOC)*” en trabajo conjunto con el PNUD.

Con lo anterior, puede evidenciarse que el mecanismo de Contraloría Social propiamente puede ser beneficioso para el desarrollo y aplicación del principio de participación ciudadana, siempre y cuando sea aplicado según los parámetros que tanto la Constitución como demás instrumentos legales y sublegales, consagren para su correcta implementación.

Ahora bien, en el caso particular de nuestro país tenemos que en el artículo 75 de la LOCGRySNCF de 2001, fueron establecidos los lineamientos generales que regirían la participación ciudadana en el ámbito del Control Fiscal y que *a posteriori*, serían desarrollados por las normas respectivas. Sin embargo, se entiende que la participación ciudadana en el ámbito del control fiscal sería efectuada a través de los mecanismos

¹¹ PNUD. *Tejiendo paso a paso la auditoría social*. Programa Apoyo a la Participación de la Sociedad Civil (PASOC) del PNUD. 2006, p. 9, en <https://bit.ly/3H35C6l>

¹² A tales efectos puede verse la información facilitada por la Secretaría de Coordinación Ejecutiva de la Presidencia del Gobierno de Guatemala a través del siguiente folleto explicativo: <https://bit.ly/3BZjqqu>

que el ordenamiento jurídico contempla para que la comunidad se organice y pueda finalmente coadyuvar en el control.

De esta forma, tenemos que en el año 2007 al ser dictadas las “*Normas para fomentar la participación ciudadana*”, se introducen a los Consejos Comunales por conducto de su Unidad de Contraloría Social, como una pretendida forma de organización que pueda participar en estos mecanismos de control social (artículo 28 de las normas), situación que con la entrada en vigencia de la LOCGRySNCF de 2010, se materializa a nivel legal, puesto que se modificó el artículo 75 antes señalado y se incluyó como actor de Contraloría Social al consejo comunal.

Sobre el tema de los Consejos Comunales mucho se ha señalado en el ámbito de la doctrina respecto de su inconstitucionalidad¹³, todo lo cual excedería el objeto del presente estudio, sin embargo, nos limitaremos a señalar por ello que al ser pretendidas estructuras organizativas que “*desmunicipalizan*” la concepción de la participación ciudadana, tal y como fue concebida en la Constitución de 1999, chocando frontalmente con el principio de descentralización territorial delineado en nuestra Carta Magna en perjuicio de los municipios, ello trae consigo igualmente que el mecanismo de Contraloría Social basado en la Comuna resulte igualmente inconstitucional.

Finalmente, también hay otras razones que tributan a rechazar el ejercicio de la participación ciudadana por parte de los consejos comunales, y que han sido estudiados también por la doctrina¹⁴, dentro de los cuales debemos resaltar:

a) El partidismo, considerado como un elemento que disminuye la capacidad de los consejos comunales para ser actores independientes en el ámbito de los mecanismos de contraloría social.

b) La dependencia de fondos presupuestarios canalizados a través del Ejecutivo Nacional, Estatal o Municipal, ya que ello puede abrir la puerta a manipulaciones de quien otorgue los fondos públicos para

¹³ Para un estudio detallado sobre el tema, véase: Brewer-Carías, Allan; Nikken, Claudia; Herrera Orellana, Luis y otros. *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal (Los Consejos Comunales, las Comunas, la Sociedad Socialista y el Sistema Económico Comunal)*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2011. En esta obra, se aborda ampliamente el tema de la “desmunicipalización” de la participación ciudadana frente a los Consejos Comunales y como toda esta nueva pretendida estructura choca frontalmente con el régimen de descentralización territorial concebido en la Constitución de 1999.

¹⁴ Acosta, Ana; Mavárez, Edgar y Martínez, María. “Consejos comunales: ¿actores para la contraloría social?”. *Revista Venezolana de Gerencia*. Vol. 24. N° 86. Universidad del Zulia. Maracaibo. 2019.

desviar el ejercicio de cualquier acción que tienda a la Contraloría Social sobre su gestión.

c) La participación utilitarista de los consejos comunales como instancias de control, comportándose como un aval para el gobierno de turno, solo por fines político-electorales, aunque en la realidad no sea tomada en consideración su actividad y su impacto sea desconocido.

No obstante lo anterior, y en contra de todos los argumentos señalados previamente, en la actualidad los Consejos Comunales se han erigido como un brazo importante de control sobre ciertos sectores de la población, manifestado esto a través del control en la distribución de alimentos (Cajas CLAP) así como mecanismos de censo de población y asignación de “beneficios”, todo lo cual no hace más que ratificar la ineficacia de la Contraloría Social a través de este medio.

Conclusión

La participación ciudadana a raíz de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 adquirió rango constitucional, con aplicabilidad necesaria para los órganos y entes que conforman la administración pública. Así, en el ámbito del Control Fiscal necesariamente ha conseguido recepción, concretamente en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal de 2001, y su posterior reforma del año 2010, siendo desarrollado igualmente por instrumentos normativos de rango sublegal, como es el caso de las Normas para Fomentar la Participación Ciudadana de 2007.

En este sentido, las normas precitadas contemplan algunos mecanismos para que los ciudadanos puedan coadyuvar en la función contralora, tal y como es el ejemplo de la denuncia, así como también instancias especialmente concebidas para atender a la ciudadanía en el ejercicio de esta función, como es el caso de la Oficina de Atención al Ciudadano que obligatoriamente deben implementar los órganos y entes señalados en la Ley.

Así, se tiene que en el ordenamiento jurídico se cuenta efectivamente con los medios y las instancias para poder hacer efectivo el principio de participación ciudadana, no obstante, en los hechos se dista de lograr tal cometido por la inestabilidad del titular de la Oficina de Atención al Ciudadano, quien al igual que otros importantes funcionarios ocupan el cargo en condición de “encargado”.

Finalmente, tenemos que otro punto de importante relevancia lo constituye el de la Contraloría Social, mecanismo éste que en la actualidad es implementado por otros países, e impulsado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), y que ha sido

conceptualizado como un mecanismo que permite velar porque la administración pública o entidades no estatales, que ejecutan proyectos con fondos públicos, lo hagan con total transparencia. Sin embargo, en algunos casos la idea de Contraloría Social ha sido revestida de pretensiones políticas, como ha sido el caso de Venezuela, en donde ha sido ligada a la actividad de los consejos comunales a través de su unidad de contraloría social, tornando en ineficaz este mecanismo de control al ser despojado de la transparencia necesaria para el ejercicio de tan importante función.

Esperamos que en un futuro la participación ciudadana, y en particular, el mecanismo de Contraloría Social consiga en nuestro país el redimensionamiento necesario para hacerlo plenamente eficaz, acoplándonos así con los esfuerzos que se vienen realizando en otros países en la materia. ■



**REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO
ADMINISTRATIVO VENEZOLANO**

Número 20, Enero – Junio 2020
Segunda etapa

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)



www.cidep.com.ve

www.cidep.online



contacto@cidep.com.ve



[@cidepVE](https://twitter.com/cidepVE)