

Nuevo Decreto Ley de Ley Orgánica del régimen prestacional de vivienda y hábitat

Betty Andrade Rodríguez

Abogado

El pasado 31 de julio de 2008 se publicó en *Gaceta Oficial* el Decreto N° 6.072, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, por el cual se deroga el Decreto N° 5.770 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, publicado en *Gaceta Oficial* de la República N° 5.867 extraordinario, de fecha 28 de diciembre de 2007. Se introducen en el nuevo Decreto-Ley modificaciones al régimen prestacional de vivienda y hábitat.

En la misma fecha se publicó el Decreto N° 6.243, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Integral, en el cual se reiteró la naturaleza tributaria de todas las cotizaciones relacionadas con la seguridad social integral, salvo en el caso de los aportes al fondo de ahorro obligatorio del régimen prestacional de vivienda y hábitat, que se considera revisten la naturaleza de formas de ahorro especiales.

Según se dispone en el nuevo Decreto-Ley, la base de cálculo de las contribuciones al fondo de ahorro obligatorio para la vivienda estará constituida por el salario integral del trabajador.

Estas normas han sido utilizadas como base para negar la naturaleza tributaria de los aportes a la vivienda y hábitat y, asimismo, la aplicación del párrafo cuarto del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, que dispone que las contribuciones, tasas e impuestos a cargo de los patronos o trabajadores que tengan como base el salario, serán calculadas sobre el salario normal. Ésta en efecto ha sido la posición asumida por el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat en las distintas fiscalizaciones que se han llevado a cabo incluso con anterioridad a la vigencia del Decreto-Ley de julio de 2008.

Ahora bien, en nuestra consideración existen razones jurídicas válidas para entender que, no obstante lo señalado en los Decretos-Leyes citados, la base de cálculo de los aportes a la vivienda y hábitat es el salario normal y no el salario integral, como se indica en estas normas.

En efecto, el primer término, cabe referirse a lo señalado en el artículo 86 de la Constitución, el cual prevé que las contribuciones a la vivienda forman parte de las contribuciones de seguridad social. También establece esta norma que el Estado tiene la obligación de asegurar el derecho a la seguridad social mediante *contribuciones* directas e indirectas, disponiendo expresamente que “*la ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección*”.

De esta disposición es posible destacar dos elementos:

i) Que las contribuciones de vivienda son parte de las cotizaciones o contribuciones de seguridad social –calificadas por el artículo 12 del Código Orgánico Tributario como tributos-, y

ii) Que la propia Constitución atribuye naturaleza tributaria a estas contribuciones ya que:

a) hace referencia al principio de capacidad contributiva como elemento esencial para exigir el pago de las contribuciones de los trabajadores, principio esencial, base y límite de la tributación, recogido en el artículo 317 de la Constitución,

b) califica expresamente a las cotizaciones de seguridad social como “contribuciones”, término que forma parte de la clasificación tripartita de los tributos, conforme a lo establecido en el Código Orgánico Tributario.

c) no condiciona la calificación de estas contribuciones al hecho de que las cotizaciones pasen a formar parte de los ingresos del Estado, sino que simplemente indica que los recursos financieros provenientes de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales por el Estado. Como puede apreciarse, la norma se refiere a la administración de los fondos y no a su titularidad.

Cabe destacar asimismo, que aun de entender que esta norma no atribuye naturaleza tributaria a estos aportes, expresamente dispone que están regidos por el principio de capacidad contributiva, en virtud de lo cual le serían aplicables a estas contribuciones los principios y delimitaciones de la capacidad contributiva establecidos por la Sala Constitucional en su decisión del pasado 27 de febrero de 2007.

En efecto, en la decisión indicada la Sala Constitucional interpretó el artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, entrando a revisar la capacidad contributiva de los trabajadores. En este sentido, la Sala indica que la Ley de Impuesto sobre la Renta hasta la fecha tomaba como base de cálculo del tributo el salario integral, constituyendo un concepto amplísimo en los ingresos de trabajador *“gravando tan extensa base imponible que, en vez de consultar la razonable manifestación de riqueza derivada de la renta, pesa en mayor medida sobre sus ingresos”*.

Constata así la Sala la existencia de una elevada presión fiscal regresiva sobre las fuentes de enriquecimiento de los trabajadores asalariados, que contradice la protección especial que se reconoce al salario en el artículo 83 de la Constitución, *“en la medida que produce una merma en el valor del salario como instrumento de dignificación de la calidad de vida de la clase trabajadora”*.

De lo anterior, la Sala concluye que: *“es de la opinión que la norma que estipula los conceptos que conforman el enriquecimiento neto de los trabajadores, puede ser interpretada conforme a los postulados constitucionales, estimando que éste sólo abarca las remuneraciones otorgadas en forma regular (salario normal) a que se refiere el párrafo segundo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, con ocasión de la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia, excluyendo entonces de tal base los beneficios remunerativos marginales otorgados en forma accidental, pues de lo contrario el trabajador contribuyente perdería estas percepciones –si no en su totalidad, en buena parte– sólo en el pago de impuestos”*. De esta forma –indica la Sala–, los tributos se adecuarían a las disposiciones constitucionales y a la letra del párrafo cuarto del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Como puede apreciarse, en la decisión comentada la Sala dispone expresamente que, en atención al principio de capacidad contributiva, la base de cálculo de las contribuciones a cargo de los trabajadores será el salario normal y no el salario integral. Esta decisión tendría carácter vinculante, en virtud de lo señalado en el artículo 335 de la Constitución.

Así, puede entenderse que la base de cálculo de los aportes a la vivienda estaría constituida por el salario normal, en virtud de que la propia Constitución los califica como tributo y, asimismo, los somete al principio de capacidad contributiva. En consecuencia, estos aportes quedarían regidos por el parágrafo cuarto del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, tal y como lo establece la propia jurisprudencia de la Sala Constitucional. Las disposiciones contenidas en los Decretos-Leyes en comentarios que niegan el carácter tributario de estas contribuciones y que establecen que su base de cálculo sería el salario integral serían inconsistentes, por contradecir lo expresamente señalado en el artículo 86 de la Constitución, así como en la decisión de la Sala Constitucional en comentarios.

Cabe señalar que el Tribunal Superior Segundo de lo Contencioso Tributario en decisión reciente del pasado 22 de mayo de 2008, caso *Clover Internacional, C.A.*, precisó que la base de cálculo de estas contribuciones sólo puede estar integrada por el salario normal, ello en aplicación tanto de lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, como por lo señalado en el fallo de la Sala Constitucional del 27 de febrero de 2007.

Por último, queremos comentar en estas breves notas que la doctrina venezolana se ha pronunciado mayoritariamente a favor de la calificación de las contribuciones a la vivienda como tributos, aun cuando reconoce la amplia discusión existente acerca de si estas contribuciones revisten o no naturaleza tributaria. *“Así, la mayoría las ubica en la categoría de las llamadas contribuciones especiales, dentro de la tríada tributaria clásica (impuestos, tasas y contribuciones especiales); otros no las consideran como tributos, sino como prestaciones patrimoniales obligatorias de carácter público; y otros señalan que, en numerosos casos, dichas exacciones podrían ser calificadas como tasas o directamente como impuestos, de acuerdo con sus características propias”*¹.

Sin embargo, Ruan Santos destaca que la mayoría de la doctrina ha afirmado la naturaleza tributaria de este tipo de contribuciones, posición a la cual se adscribe: *“No es superfluo insistir en que las exacciones parafiscales, no obstante su atipicidad, deben ser encuadradas dentro de la categoría general de los tributos, a partir de la utilización de un concepto amplio de los mismos, referido a toda prestación real o detracción de riqueza, desprovista de carácter sancionatorio, establecida por el poder de imperio del Estado a cargo de los ciudadanos, con el objeto de satisfacer fines públicos, aunque el producto de la recaudación no ingrese al fisco o al patrimonio de algún organismo oficial, ni sea administrado por un ente público”*².

Asimismo, la doctrina venezolana ha señalado que el hecho de que los aportes a la vivienda sean depositados en cuentas individuales de los trabajadores no desvirtúa el carácter tributario de estas contribuciones, dado que los trabajadores no tienen libre disponibilidad de dichas cuentas. En efecto, se indica al respecto: *“... el Estado exige a los patronos y sus trabajadores una prestación dineraria, para ser destinada a los fondos de desarrollo de vivienda. Ahora bien, aun cuando estos fondos son depositados en una cuenta a nombre de los trabajadores, éstos no tienen disponibilidad de los mismos sino en los casos previstos en la Ley, por lo cual, a nuestro entender los mismos constituyen recursos financieros destinados a coadyuvar a la obligación prestacional del Estado, prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de desarrollar la construcción y financiamiento de la*

1 Gabriel Ruan Santos. *El Impacto Institucional de las Exacciones Parafiscales*, Colección Jurídica Araque Reyna, Trabajo Monográfico 1, Ediciones Liber, Caracas 1998, p. 21.

2 Gabriel Ruan Santos. *Ob. Cit.* p. 24.

*vivienda, lo cual es claro que realiza en parte mediante la utilización de los aportes financieros que los empleadores y empleados realizan en virtud de la referida Ley*³.

Por su parte, la jurisprudencia venezolana ha reconocido que estas contribuciones tienen naturaleza tributaria. Así, la Sala Político Administrativa en decisión del 26 de julio de 2006 en el caso *Inversiones Mukaren, C.A.* le atribuyó a estos aportes naturaleza tributaria, calificándolas como supuestos de “parafiscalidad social” que “*que es aquella que exige a los patronos y empleados el pago de ciertos aportes con el objeto de obtener un fin social, tales como asistencia médica, de previsión de riesgos de invalidez o vejez*”.

Más recientemente, la Sala Político Administrativa se pronunció en el caso *Festejos Mar, C.A.* el 18 de septiembre de 2008 a favor del carácter tributario de estas obligaciones, asemejándolas a aquellas debidas al Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE).

Asimismo, los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario han reconocido la naturaleza tributaria de estas contribuciones. Además del fallo antes citado de *Clover Internacional*, el Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario, en decisión del 1° de agosto de 2006, caso *Alimentos Polar Comercial, C.A.*, indicó que las contribuciones establecidas en la Ley de Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat califican como contribuciones especiales, resultándole aplicables las disposiciones del Código Orgánico Tributario.

De todo lo anterior podemos concluir que, tal y como lo establece la Constitución, las contribuciones de seguridad social, entre ellas las de vivienda, están regidas por el principio de capacidad contributiva. Ello implica, en consecuencia, que la Constitución estaría reconociendo la naturaleza tributaria de estas contribuciones y, a todo evento, la posibilidad de establecer limitaciones a su base de cálculo. En virtud del necesario respeto a la jerarquía de las normas constitucionales, cualquier disposición legal que contradiga aquéllas debe ser desaplicada a favor en estas últimas. En consecuencia, del análisis efectuado hasta aquí consideramos que las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social y de la Ley de Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat que niegan naturaleza tributaria a los aportes a la vivienda y disponen que su base de cálculo es el salario integral podrían ser consideradas inconstitucionales, por atentar contra los artículos 86 y 317 de la Constitución e ir, asimismo, en contra de lo dispuesto expresamente por la Sala Constitucional.

I. LA USUCAPIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LA PROPIEDAD DE TERRENOS PÚBLICOS URBANOS, EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y EL DECRETO- LEY DEL RÉGIMEN PRESTACIONAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DE 2008

1. *La realidad fáctica y jurídica en materia de viviendas en asentamientos urbanos populares*

Constituye un hecho evidente que buena parte de la población venezolana, en especial, la que ocupa centros urbanos, habita en lo que se conoce como “Barrios”⁴, caracterizados por

3 Jesús Sol Gil. “Naturaleza Jurídica de los Aportes al Sistema Nacional de Vivienda y Hábitat, base de su cálculo y régimen sancionatorio”, en: *VIII Jornadas venezolanas de Derecho Tributario. Tributación Municipal y Exacciones Parafiscales*, Obras Colectivas OC, Fondo Editorial AVDT, Caracas 2006, p. 515.

4 En Venezuela no se usa esta expresión en su acepción española que implica “las partes en que se dividen los pueblos grandes o sus distritos”, sino más bien con alguna de las acepciones de “Ba-

la construcción indiscriminada y desorganizada de obras o edificaciones que sirven de viviendas a sus ocupantes. Por lo general, estas barriadas han nacido de la ocupación fáctica o invasión de terrenos privados o públicos por parte de personas de escasos recursos, quienes construyen inicialmente edificaciones pequeñas, endebles y poco seguras, de rudimentaria ingeniería, con materiales inapropiados y carentes de servicios básicos, conocidas en nuestro país como “ranchos”⁵, pero que, con el transcurrir del tiempo y ante la inactividad opositora o excluyente del propietario del terreno y/o de las autoridades, van mejorando en su estructura arquitectónica, convirtiéndose en la mayoría de los casos, en construcciones sólidas que bien pueden recibir la denominación formal de “casas” e incluso de “edificios”, al tiempo que la zona en general se va dotando de servicios públicos básicos (agua, cloacas y servicio eléctrico) y de algún tipo de organización en cuanto a vialidad, aceras, caminerías, alumbrado, escaleras, comercios, centros educativos, etc., alcanzando la señalada denominación de barrio⁶ o la contemporánea designación legal de “asentamiento urbano popular”⁷.

Estos habitantes, propietarios de las bienhechurías o edificaciones que constituyen sus viviendas, y por supuesto, detentadores materiales de los terrenos públicos o privados sobre los cuales se encuentran edificadas, además de sufrir las múltiples limitaciones y problemas propios de estos asentamientos populares, jurídicamente encuentran serias limitaciones e inconvenientes en relación a la titularidad de la propiedad de sus bienhechurías y respecto a la posibilidad de adquirir los terrenos respectivos, ello, a pesar de ser efectivamente los dueños de las edificaciones por haberlas construido o haberlas adquirido por negocios jurídicos válidos o *mortis causa*, y a pesar que, en la mayoría de los casos, han mantenido una evidente posesión legítima cuya data supera cualesquiera de los plazos legales necesarios y suficientes a los fines de la adquisición del derecho de propiedad por medio de la institución de la Usucapión o prescripción adquisitiva.

riada”, entendida como “Barrio marginal, generalmente de construcciones pobres y precarias”. Definiciones en: *Diccionario de la Real Academia Española* 1990.

- 5 El Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Arrendamientos Inmobiliarios (*G.O.* N° 36.845 de fecha 07 de diciembre de 1999), en su artículo 6° declara ilícito el arrendamiento de “ranchos” y los define como viviendas “construidas con materiales inadecuados o perecederos, tales como tablas, latas y cartones, que carecen de servicios de infraestructura primaria”.
- 6 “Los barrios, como ya hemos señalado, se caracterizan por la ilegalidad de su situación, pues no están construidos en terrenos urbanizados legalmente ni las viviendas tienen los permisos de construcción; los servicios se logran, cuando esto sucede, progresivamente y con posterioridad a la edificación y ocupación de las viviendas. Las viviendas en los barrios son generalmente de menor calidad en las construcción y muchas pueden clasificarse como ‘ranchos’, es decir, edificaciones con materiales precarios”. Rogelio Pérez Perdomo y Pedro Nikken, “Derecho y Propiedad de la Vivienda en los Barrios de Caracas”, Universidad Central de Venezuela, Fondo Cultura Económica. Caracas, 1979. p. 11.
- 7 Así se designan en la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Habitación de 2005 y en el Decreto con Rango, valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Habitación de 2008. Igualmente la Ley Especial de Regulación Integral de la Tenencia de la Tierra de los Asentamientos Urbanos Populares, los define en su artículo 2, como “un área geográfica determinada, habitada por la comunidad, conformada por viviendas que ocupan terrenos públicos o privados, identificado de forma integral e indivisible a partir de sus rasgos históricos, socioculturales, sus tradiciones y costumbres, aspectos económicos, físicos, geográficos, cuenten o no con servicios públicos básicos, así como el que no encontrándose en las condiciones antes descritas ameriten un tratamiento especial, siendo sus habitantes poseedores de la tierra y no se les ha reconocido su derecho a la propiedad”.

A modo de aclaratoria previa, debemos señalar que consideramos fundamental el respeto y la garantía del derecho a la Propiedad, previsto hoy en el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En tal sentido, rechazamos y nos manifestamos completamente en desacuerdo con las invasiones y juzgamos como fundamental la necesaria actuación de la autoridad gubernamental a través de su función de policía y de resguardo del orden público para prevenir y rechazar efectivamente la toma violenta e injustificada de terrenos propiedad de los particulares o de los entes públicos, en especial, ante la obvia ineficacia que pueden tener las acciones jurisdiccionales –de pretensiones reivindicatorias, interdictales y hasta de amparo constitucional- que corresponden a los legítimos propietarios y/o poseedores para las defensas de sus derechos. Tales acciones y los trámites procedimentales respectivos, se constituyen en dificultosos, costosos y seguramente inejecutables, habida cuenta de la complejidad de accionar en sede judicial, en forma individual o colectiva contra decenas o cientos de invasores que, conforme a las reglas procesales deben ser individualizados, identificados, demandados y citados, para dar curso en derecho a una reclamación. Amén que, aún luego de un dilatado y costoso proceso judicial, que culmine con una sentencia favorable al propietario o poseedor legítimo del terreno, podría sobrevenir su inejecutabilidad, por no poder o querer el Juez o las autoridades llamadas a apoyarlo, proceder a la desocupación efectiva y material de los invasores a través del uso de la fuerza pública⁸.

Adicionalmente, juzgamos como insuficientes los intentos legislativos por prevenir las invasiones, pues a pesar de prohibirlas y declarar su ilicitud en la norma del artículo 155 de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Habitación de 2005, y aún cuando se han tipificado como delitos y sancionado con pena privativa de la libertad en la norma del artículo 471-A del Código Penal⁹, lo cierto es que no se ha creado ningún mecanismo procedimental eficaz para atacarlas de manera inmediata y que prevenga la consolidación de los invasores en arraigo con los terrenos invadidos, lo que adicionado a la evidente falta de voluntad política, ha contribuido en los últimos años a la proliferación de este tipo de actuaciones atentatorias contra el derecho de propiedad.

Abogamos pues, por la defensa y protección del natural y constitucional derecho de propiedad y con ello rechazamos frontalmente las invasiones. No obstante, en atención a los mismos principios que garantizan el derecho de propiedad, debemos atender a la circunstancia de que luego de cesada la violencia o clandestinidad que inicialmente pudieran rodear dichas invasiones, y con el transcurso del tiempo legalmente establecido, aquella posesión originalmente ilícita y de mala fe, puede devenir en legítima y con ello servir de instrumento para adquirir el mismo defendido derecho de propiedad, esta vez a favor de quien, por obra del instituto de la prescripción adquisitiva, alcanza de forma originaria el derecho de propiedad sobre el terreno, que con ánimo de dueño, ha venido inequívocamente poseyendo de manera continua, ininterrumpida, pacífica y pública.

8 Podemos citar como ejemplo extremo e inaceptable de esta situación de “inejecutabilidad”, decisión proferida en fecha 31 de mayo de 2007, por el Juzgado Superior Cuarto Agrario Regional del Estado Barinas (Exp. 2003-654), según la cual, se declaró “inejecutable” una sentencia definitiva de Amparo Constitucional dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, so pretexto de que en las oportunidades en que se intentó ejecutar el desalojo de los invasores, sucedieron circunstancias tales como: que el número de los invasores en calidad de manifestantes, superaba a la fuerza pública; que para al momento fijado por el Tribunal ejecutor no concurrieron funcionarios de la policía requeridos al efecto; y que, al no haberse podido ejecutar la decisión durante más de tres (3) años, la misma resulta ineluctable por haber cambiado la situación jurídica infringida. ([www.http://barinas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/mayo/801-31-2003-654-.html](http://barinas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/mayo/801-31-2003-654-.html))

9 Publicado en *G.O.* N° 5.768 Extraordinaria de fecha 13 de Abril del 2005.

Observamos también, que además de la invocada institución del derecho civil –usucapión- existen y deben existir iniciativas legislativas y ejecutivas, tendentes a la regularización de la tenencia y titularización de los terrenos urbanos en los cuales se han asentado enormes cantidades de personas, construyendo, ampliando y mejorando cada día esas viviendas y sedes de sus hogares. Todo, en acatamiento y consolidación del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que promueve nuestra carta fundamental, y sus valores de igualdad, solidaridad, responsabilidad social, preeminencia de los derechos humanos, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo, y específicos derechos de propiedad y a una vivienda.

Según lo expuesto y conforme al ordenamiento jurídico vigente, los propietarios de construcciones y bienhechurías edificadas sobre suelo ajeno- público o privado- en los asentamientos urbanos populares, pueden acceder a la titularidad de la propiedad de la tierra sobre la cual están edificadas sus viviendas, a través de sendas fórmulas jurídicas: 1º) la usucapión o prescripción adquisitiva, manera originaria de adquirir la propiedad¹⁰, regulada principalmente por normas de derecho privado; y 2º) la adjudicación, modo de adquisición derivativo¹¹, que se verifica a través de la cesión del derecho a título gratuito¹² por parte de los entes públicos, y consecuentemente regida por normas de derecho público.

Nos proponemos seguidamente, revisar esquemáticamente el marco jurídico que actualmente regula estas situaciones, con especial referencia al régimen de los terrenos públicos, en atención a los cambios instituidos por la Constitución de 1999¹³ en materia de tierras baldías urbanas, las regulaciones contempladas en la Ley de Regulación Integral de la Tenencia de la Tierra de los Asentamientos Urbanos Populares¹⁴, la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat del año 2005¹⁵ y los cambios producidos en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat de 2008¹⁶.

II. LA USUCAPIÓN DE LOS TERRENOS OCUPADOS POR VIVIENDAS EN LOS ASENTAMIENTOS URBANOS POPULARES

1. *Las normas y principios generales*

La prescripción adquisitiva se encuentra regulada por el Código Civil¹⁷, que la define como un modo de adquirir la propiedad u otros derechos, “*por el tiempo y bajo las demás*

10 “El modo originario se da cuando el titular adquiere el derecho independientemente de cualquier titularidad anterior” Luis Eduardo Aveledo Morasso. *Las cosas y el derecho de las cosas. Derecho Civil II*, Ediciones Paredes, Caracas-Venezuela, 2006, p. 168.

11 “El modo derivativo es cuando el derecho se establece a través de otra persona que los transfiere”. *Ibidem*, p. 168.

12 A pesar de la ambigüedad de algunas normas legales aplicables, consideramos que el espíritu imperante en la ley especial que rige la materia, conlleva a entender que la adjudicación de tierras públicas, debe realizarse de manera gratuita, según se desarrolla más adelante.

13 Reimpresión por error material del ente emisor en *G.O.* N° 5.453 Extraordinario de fecha 24 de marzo de 2000.

14 Publicada en *G.O.* N° 38.480 del 17 de julio de 2006.

15 Publicada en *G.O.* N° 38.204 del 8 de junio de 2005.

16 Publicado en *G.O.* N° 5.889 del 31 de julio de 2008.

17 Publicada su reforma en *G.O.* N° 2.990 de fecha 26 de julio de 1982.

condiciones determinadas por la Ley"¹⁸. Para la adquisición del derecho real de propiedad, el derecho común exige la posesión legítima del bien respectivo por el plazo de veinte (20) años¹⁹, en lo que se conoce como "prescripción ordinaria o ventenal". Igualmente, el legislador civil, reconoce la posibilidad de usucapión por un plazo más corto -10 años- a favor de los adquirentes de buena fe de un inmueble, a pesar de que su título pudiese o fuere declarado nulo por defectos de fondos²⁰, siempre que hayan poseído por el señalado plazo, y cuenten con un título debidamente registrado y que no sea nulo por defecto de forma, en lo que se conoce como "prescripción decenal o de buena fe". La nota común de ambos tipos de prescripción adquisitiva, viene representada por el mantenimiento de la posesión en el transcurso del tiempo respectivo y el ánimo de dueño – *animus rem sibi habendi*- con el cual se ejerce dicha posesión, requisito fundamental y constitutivo de la exigida posesión legítima, y que inequívocamente debe mantenerse, reforzándose y conformándose a través de la verificación de los elementos de publicidad, pacificidad, continuidad y no interrupción, exigidos por la definitoria norma legal del artículo 772 del Código Civil.

Consecuentemente, resulta jurídicamente factible que los otrora "invasores" de terrenos públicos o privados, constructores y/o ocupantes de viviendas en sectores urbanos populares, una vez cesada la violencia o clandestinidad –si hubieren existido inicialmente- con el transcurrir del tiempo legalmente necesario, y el ejercicio permanente de la referida posesión legítima²¹, pudieran obtener la titularidad del derecho de propiedad del suelo sobre el cual se encuentran edificadas sus bienhechurías e incluso sobre suelos no edificados, siempre que los mismos resulten delimitables y exista prueba de la efectiva posesión en exclusión de terceros (por ejemplo, terrazas, patios, jardines, etc.).

2. La Usucapión de terrenos privados

La usucapión de terrenos propiedad de terceras personas naturales o jurídicas, distintas de los entes públicos territoriales, se rige fundamentalmente por las señaladas normas del derecho común, y permiten a los constructores y/o habitantes de viviendas, adquirir originariamente el derecho de propiedad del suelo por vía de esta institución, pudiendo oponer dicha prescripción una vez consumada, como excepción o defensa en caso de ser atacados en sede judicial a través de pretensiones reivindicatorias incoadas por los titulares del derecho de propiedad sobre el terreno, ó exigir su reconocimiento por vía judicial, a los fines de obtener un título registrable y oponible *erga omnes*, por medio de la interposición y seguimiento de la pretensión declarativa de prescripción conforme al procedimiento especial –Juicio Declarativo de Prescripción- incluido legislativamente en nuestro ordenamiento jurídico en el Código de Procedimiento Civil de 1986²².

18 Art. 1.952 Código Civil.

19 Art. 1.977 Código Civil.

20 Se trata de un título que formalmente puede ser capaz de transmitir el dominio, pero que, sustancialmente no resulta suficiente para ello, siendo susceptible de anulación. Por ejemplo, por no tener el vendedor o transmisor a título particular la cualidad de propietario.

21 Cuya calificación, además goza de presunción legal *-iuris tantum-* conforme a la norma del artículo 773 del Código Civil que dispone "Se presume siempre que una persona posee por sí misma y a título de propiedad, cuando no se prueba que ha empezado a poseer en nombre de otra".

22 Publicada su última reforma en *G.O.* N° 4.209 Extraordinaria de fecha 18 de septiembre de 1990.

Escapa de los objetivos del presente trabajo, la revisión pormenorizada de la institución en su aplicación entre particulares, bastando con remitirnos a los textos de derecho civil, pero advirtiendo sobre dos importantes y fundamentales cambios instituidos por la Ley Especial de Regulación Integral de la Tenencia de la Tierra de los Asentamientos Urbanos Populares:

En primer lugar, en el orden sustantivo, la ley en su artículo 50, en lo concerniente a la usucapación para la adquisición de la propiedad de tierras privadas en asentamientos urbanos populares, exige un lapso de posesión de diez (10) años, reduciendo el término ordinario de conformidad con el espíritu de la referida ley. Vale decir, aún cuando el ocupante no posea justo título, e incluso haya comenzado a poseer de mala fe (en conciencia de que el terreno no le pertenece), el tiempo necesario y suficiente para adquirir la propiedad se disminuye a diez (10) años. Destacamos que a pesar que dicha norma no lo exige expresamente, consideramos que a la posesión a que se refiere, debe ser “legítima”, en cuanto, conforme a las normas de derecho civil, ésta es la única capaz de conllevar a la prescripción.

Esta disposición, claramente colide con la del artículo 1.977 del Código Civil, en cuanto reduce ostensiblemente el lapso de prescripción ordinaria, sin embargo, tratándose de una norma sustantiva, contenida en ley posterior y “especial” en cuanto a la materia que regula²³, consideramos que no existe duda sobre la vigencia y preferente aplicación del lapso de prescripción de 10 años en ella previsto, debiendo aclararse que dicha norma aplica exclusivamente para la usucapación de “tierras” que se encuentren dentro de las poligonales determinadas por las autoridades competentes como correspondientes a asentamientos urbanos populares en los términos de la ley especial, y en ningún caso para la prescripción de “edificaciones” o “construcciones”, por no estar éstas comprendidas dentro del supuesto de hecho de la norma²⁴.

En segundo lugar, en materia procesal, la misma norma del artículo 50²⁵, invocando la previsión del artículo 881 del Código de Procedimiento Civil, la especialidad de la propia ley y su interés social, prevé que los juicios de usucapación que se verifiquen en razón de dicha ley, es decir, los que versen sobre la propiedad de terrenos en asentamientos urbanos populares, se harán de acuerdo con el procedimiento breve que se señala en el Título XII del Libro IV del Código de Procedimiento Civil.

23 Conforme al postulado de la propia ley, en su artículo 1º, la misma tiene por objeto “ordenar y regularizar el proceso de la tenencia de la tierra, ocupada por la población en los asentamientos urbanos populares, y contribuir a la satisfacción progresiva del derecho a la vivienda y el hábitat, dando prioridad a la familia, especialmente a aquéllas en condición de vulnerabilidad social, y así consolidar los asentamientos urbanos populares ya existentes, de manera digna, equitativa y sostenible, mediante un proceso de cogestión integral con el Estado”

24 Así se ha declarado jurisdiccionalmente en sentencia de fecha 17 de septiembre de 2007 dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, Mercantil, Agrario y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, en la cual se negó la admisión de la demanda, declarando *in limine litis* la improponibilidad de la pretensión, con base en la improcedencia de la prescripción prevista en la ley especial, en relación a edificaciones o construcciones. (<http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2007/septiembre/721-17-53.715.html>).

25 Artículo 50: “En lo concerniente a la usucapación para la adquisición de la propiedad de tierras privadas se fija un lapso de diez años de posesión, de conformidad con el espíritu de esta Ley. Por lo que respecta al procedimiento, se acoge a lo dispuesto en el artículo 881 del Código de Procedimiento Civil, dada la especialidad y el interés social de la misma”. En tal sentido, los juicios de usucapación que estén amparados por esta Ley se harán de acuerdo con el procedimiento breve que se señala en el Título XII del Libro IV del Código de Procedimiento Civil.

La norma en comentario, resulta cuestionable por la implementación del trámite del juicio breve para el tratamiento de un tema tan complejo²⁶, ello, a pesar de la existencia de un procedimiento especial previsto en el Código de Procedimiento Civil, que en nuestro criterio resulta más garantista de los derechos del propietario titular (demandado) y especialmente de los terceros que puedan ostentar derechos sobre el mismo terreno, quienes -conforme al procedimiento especial del código adjetivo- deberán ser llamados a la causa a través de “edictos publicados en dos periódicos de los de mayor circulación por lo menos durante sesenta días, dos veces por semana”²⁷. Asimismo, debe tomarse en cuenta que la limitación de los lapsos y recursos en el juicio o procedimiento breve, pueden resultar insuficientes, ante las excesivas cargas probatorias y procesales que obrarían en contra del propietario de la tierra (demandado) o de los terceros interesados, habida cuenta de las noveles disposiciones de los artículos 21 y 22 de la misma ley especial, que respectivamente, establecen la presunción *–iuris tantum–* de posesión “*desde el inicio del asentamiento*”, y la **no interrupción de la prescripción** “*por el hecho de intentarse una acción administrativa o judicial contra la misma*”²⁸.

Extrañamente, la ley especial nada indica sobre la prescripción de tierras públicas, por lo que cabría preguntarse, si se desconoce legalmente la posibilidad de tal prescripción, o si por el contrario, es decir, de aceptarse aunque no esté expresamente regulado en esta ley, podría aplicarse a dicha prescripción de tierras públicas, las normas legales sustantivas y procesales antes mencionadas. Sobre lo cual nos pronunciaremos seguidamente

3. *La Usucapión de bienes del dominio público*

Tanto las normas del derecho común –fuente directa del tema que abordamos- como las de derecho público, reconocen la posibilidad de adquirir por prescripción los bienes pertenecientes a los entes públicos territoriales. En tal sentido, el artículo 1.960 del Código Civil dispone: “*El Estado por sus bienes patrimoniales, y todas las personas jurídicas, están sujetos a la prescripción, como los particulares*”. De su parte, la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional²⁹, prevé en su artículo 28 que “*La propiedad y derechos reales sobre los bienes nacionales pueden ser adquiridos por prescripción, salvo, por lo que respecta a los extranjeros, los situados en la zona de cincuenta kilómetros de ancho paralela a las costas fronterizas*”. La misma norma amplía o extiende, respecto de dichos bienes nacionales (pertenecientes a la República), el plazo para su prescripción, a veinte (20) años “*cuando existen justo título y buena fe*” y a cincuenta (50) años cuando sólo exista posesión legítima.

26 En la actualidad cursa ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, demanda contentiva de acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la referida norma del artículo 50, incoada por los abogados Edgar Núñez Alcántara y Jorge Carlos Rodríguez en octubre de 2006, y admitida en fecha 13 de febrero de 2007 (Expediente N° 06-1584). En dicha demanda se denuncia que el artículo 50, referente al lapso y al procedimiento para declarar que un terreno privado ha dejado de serlo y que por lo tanto puede ser entregado a quienes lo venían ocupando ilegalmente, viola el debido proceso, los derechos a la defensa y a la propiedad.

27 Ex artículo 692 del Código de Procedimiento Civil en concordancia al artículo 231 *eiusdem*.

28 Consideramos que a pesar de la claridad de la disposición legal, la misma puede constituir letra muerta, pues aún cuando el legislador puede modificar la institución, eliminando las causales de interrupción, la naturaleza misma de la prescripción adquisitiva, implica la pérdida del derecho por la presentación formal y notificación o citación de acciones judiciales o administrativas contra el poseedor, toda vez que la existencia o pendencia de tales procedimientos, en si mismos, podrían implicar la eliminación del elemento de “*pacificidad*” que conforma uno de los requisitos de la posesión legítima, siendo que, pérdida ésta, por vía de consecuencia, también desaparecería el principal supuesto de hecho para que se consume la usucapión.

29 Publicada en *G.O.* N° 1.160 de fecha 21 de junio de 1974.

De la exégesis de la primera norma citada y su concordancia con la de los artículos 778 y 1.959 del mismo Código Civil, que disponen la ineficacia de la posesión sobre las cosas cuya propiedad no puede adquirirse y la imprescriptibilidad respecto de las cosas que no están en el comercio, la doctrina³⁰ ha concluido la posibilidad de prescripción de los bienes públicos “patrimoniales” o de “dominio privado”, y por su interpretación a *contrario sensu*, se ha negado tal posibilidad respecto de los bienes del “dominio público”, también llamados dominiales o demaniales, a los que se atribuye los caracteres de inalienables e imprescriptibles. Partiendo de la referida diferenciación, generalmente las discusiones se circunscriben a la determinación del carácter patrimonial o dominial del bien público de que se trate.

De esta tesis aparentemente mayoritaria, disiente Turuhpial Cariello³¹, quien concluye en la posibilidad de usucapion sobre los bienes del dominio público, para lo cual destaca que la norma del artículo 28 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional hace referencia a los bienes nacionales, sin excluir ni limitar a los demaniales, al tiempo que invoca la ya establecida y aceptada diferenciación entre inalienabilidad e imprescriptibilidad³², con lo cual rechaza que el carácter extra-comercio de los bienes demaniales prevista en el 543 del Código Civil, sirva como causa o fuente legal que justifique su supuesta imprescriptibilidad. Sin embargo nada expresa en relación a la antes aludida interpretación en contrario del artículo 1.960 del Código Civil, que exclusiva y expresamente declara la prescriptibilidad de los bienes públicos “patrimoniales”, sin incluir en su previsión a los del “dominio público”, expresamente distinguidos de aquellos por el artículo 539 del mismo código³³.

También en la doctrina patria, el Profesor Lagrange³⁴, citando a García De Enterría, destaca, “*la posibilidad de usucapir la propiedad de un bien de dominio público mediante una posesión que conduzca a la ‘desafectación tácita’ del mismo, al ser apartado el bien de su destino a un fin público por la actuación misma del particular que los destine a sus propios fines, a despecho del interés público*”.

-
- 30 En tal sentido, entre otros: Gert, Kummerow, *Bienes y Derechos Reales*, Quinta Edición, Mc Graw Hill, Caracas, 2002; Luis Eduardo Avelledo Moraso, *Ob. Cit.*; José Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo*, Parte General, 1ª Reimpresión, Ediciones Paredes, Caracas-Venezuela, 2008; Eloy Larres Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, Décima Segunda Edición, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV, Caracas 2001; Édgar Darío Núñez Alcantara, *La Prescripción Adquisitiva de la Propiedad*, 2ª Edición, Vadel Hermanos Editores, Valencia 2006.
- 31 Hector Turuhpial Cariello, *Teoría General y Régimen Jurídico del Dominio Público en Venezuela*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2008, p. 395.
- 32 Para esta diferencia, excepcional trabajo: Enrique Lagrange, *Notas sobre Enajenación y Usucapion de Tierras Baldías*, Ediciones y Distribuciones Magon, Caracas.
- 33 Este mismo autor propone -erradamente en nuestro criterio- que conforme a dicha norma (1.960 CC) a los bienes del dominio privado de la República podría aplicarse el plazo ordinario de prescripción previsto en el Código Civil (10 y 20 años, según el tipo de prescripción de que se trate), “mientras que para los bienes demaniales se aplicarían los plazos especiales más largos previstos en el artículo 28” de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional. Conclusión que nos parece equívoca pues, si como lo señala el mismo autor, la norma del artículo 28 no distingue entre bienes demaniales y patrimoniales para establece el lapso de prescripción especial y más extenso aplicable a los bienes de la Nación, tampoco puede distinguirse entre estas dos categoría para aplicar el plazo allí previsto. En relación a la propuesta posibilidad de prescripción de los bienes demaniales, coincidimos en mucho con este autor, en los términos que se exponen seguidamente.
- 34 Enrique Lagrange, *Ob. Cit.* p. 247.

De su parte, Brewer Carías³⁵, si bien coincide en la imprescriptibilidad de los bienes del dominio público, concluye que éstos:

“se califican como tales como por su afectación a un uso público o a un uso privado de un ente público o persona estatal (Art. 540 CC), y esa afectación es la que provoca la consecuencia fundamental de su calificación como tales bienes del dominio público, que es su inalienabilidad (Art.543 CC). Por su afectación al uso público o al uso privado de personas estatales, los bienes del dominio público pueden considerarse que están fuera del comercio, por lo que puede enajenarse y además, por ello, también serían imprescriptibles (Art. 1.959 CC), mientras dura tal afectación” (Subrayado nuestro).

En nuestro criterio, la prescriptibilidad o no de los bienes del dominio público, viene determinada por su naturaleza jurídica, que más allá de su consagración legal e incluso constitucional, resulta indesligable de su naturaleza material y teleológica. Veamos.

La norma del artículo 539 del Código Civil dispone: “Los bienes de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades, son del dominio público o del dominio privado. Son bienes del dominio público: los caminos, los lagos, los ríos, las murallas, fosos, puentes de las plazas de guerra y demás bienes semejantes (...)”. Así, el derecho común obsequia al derecho público (administrativo) la separación y delimitación original y positiva entre ambas categorías de bienes, enunciando algunos bienes como conformadores del referido dominio público a título de ejemplo, para la determinación por vía legal o incluso administrativa o judicial de otros bienes “semejantes” que conformen la misma categoría, resaltando del texto legal, por intermedio de dichos prototipos, el elemento de uso o utilidad pública que precisamente le diferencian de aquellos bienes que aunque propiedad del ente público, se consideran de su dominio privado.

Indiscutiblemente el estudio del dominio público corresponde al Derecho Administrativo³⁶, quien ha desarrollado las teorías pertinentes, resultando relevante destacar que todas ellas coinciden y circundan en torno a la inicialmente mencionada naturaleza material y teleológica del bien, identificada con su utilización común o pública y/o su utilidad pública. Se entiende entonces, por dominio público, “*la categoría de bienes no pertenecientes individualmente a los administrados o particulares, destinada al uso público, directo o indirecto, y sometida a un régimen jurídico especial*”³⁷

Para la teoría clásica, según la cual el Estado no ejerce sobre los bienes dominiales un derecho de propiedad por no estar presentes sus atributos de uso, goce y disposición, “*el carácter que convierte los bienes insusceptibles de propiedad privada puede tener dos orígenes: los que por su naturaleza física no son susceptibles de propiedad privada (ríos); y también aquellos que por destinación particular que les desnaturaliza y excluye de la apropiación (carreteras)*”³⁸. Para la doctrina moderna, lo fundamental en la calificación del bien como de dominio público, está en el destino dado al bien, “Se consagra así la concepción objetiva de la institución; poder de regir y administrar los bienes que están destinados por las leyes al uso de todos y cuya propiedad no es de nadie”, con lo cual además no sólo compren-

35 Allan Brewer-Carías. *Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, p. 332.

36 Pero sustentado en el Derecho Común, en tanto, en materia de propiedad y prescripción las normas y principios de derecho administrativo, se constituyen en especiales pero no, en normas de excepción, según se verá infra.

37 José Araujo-Juárez, *Ob. Cit.* p. 726.

38 *Ibidem.* p. 728. Paréntesis de la cita.

de los bienes de uso directo del público o inmediato *–uti singuéis–* o uso general o directo de la población, sino que incluye, el uso indirecto o mediato *–uti universis–*, o utilización indirecta o mediata, *“a través de la afectación directa que se hace del bien –bien final o bien de uso– para la prestación de un servicio público, cuando dicho servicio es prestado directamente por el Estado”*³⁹.

No nos corresponde aquí el estudio pormenorizado de la concepción de dominio público, ni mucho menos extendernos a la revisión de las teorías sobre servicios públicos que bien podrían incidir sobre la calificación dominial de los bienes asignados o utilizados en la prestación de dichos servicios. Empero, si dejamos establecido, que desde cualquier punto de vista, la dominialidad de los bienes, no se limita ni deriva de su sola calificación legal -elemento formal o normativo-, el cual podría ni siquiera existir⁴⁰, sino que resulta inmanente a su verdadera afectación material al uso público directo o indirecto, sin lo cual el bien, no adquirirá sus exorbitantes atributos de inalienabilidad e imprescriptibilidad⁴¹. Cobra entonces fundamental relevancia, para el tema de la posibilidad de usucapión de los bienes demaniales, atender a los conceptos correlativos de afectación y desafectación, y en especial este último, en cuanto representa la posibilidad efectiva de que por ley, acto administrativo o por hecho de los particulares (ante la actuación omisiva, negligente o permisiva de la administración y del colectivo), el bien pierda su uso o utilidad pública, y en consecuencia se desprenda de las referidas características exorbitantes.

Se entiende por afectación *“el acto jurídico emanado del Estado o de las personas jurídico- públicas titulares del demanio, o de un hecho jurídico material, que le reconoce o le da a un bien o categoría de ellos un destino de uso público o de utilidad pública”*⁴², en correlación, *“la desafectación es la consecuencia fundamental de un acto jurídico o de un hecho jurídico en virtud del cual un bien o conjunto de ellos dejan de estar destinados a un uso público a la utilidad pública, e ingresan a la categoría de los bienes privados, sea de los bienes patrimoniales de la propia administración titular del dominio sobre el bien, sea de los particulares”*⁴³. Asimismo, la doctrina administrativa, ya para mediados del siglo XX⁴⁴, reconocía la posibilidad de desafectación tácita, es decir, sin mandato expreso legal o administrativo, producida precisamente por la pérdida de la aptitud o idoneidad para la utilidad pública⁴⁵.

39 *Ibidem.* p. 734.

40 En la actualidad se concibe las posibilidades de afectación sin existencia de norma legal u acto expreso de la administración, en lo que se conoce como afectación tácita o implícita y afectación presunta. Entre otros: Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, Tercera Edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 2002, p. 527.

41 Miguel Marienhoff, citado por Araujo-Juares (*Ob. Cit.* p.738), enseña que: “no debe confundirse la asignación del carácter público a un bien, que sólo designa establecer que dicho bien tendrá calidad dominial, como integrante o dependiente del dominio público, de la afectación del mismo al dominio público, que significa que un bien declarado dominial queda efectivamente incorporado al uso o servicio público”.

42 Hector Turuhpial Cariello, *Ob. Cit.* p. 299.

43 *Ibidem.* p. 311.

44 Eduardo García De Enterría, *Dos Estudios sobre la Usucapión en Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, pp. 124-125.

45 “Nunca un Derecho ha podido exigir el empleo de fórmulas sacramentales para entender cumplidos los presupuestos esenciales de la afectación o la desafectación, en consecuencia de lo cual ha

En nuestro ordenamiento y a despecho de quienes consideran que el régimen del dominio público es exclusivo del derecho público y más concretamente del Derecho administrativo, llegando incluso radicalmente a sostener que “*es totalmente de Derecho Público, y el Código Civil no se aplica ni siquiera a título supletorio*”⁴⁶, la institución de la desafectación pertenece, cuando menos en su fuente formal, al derecho común y se encuentra positivizada en el artículo 541 del Código Civil, según el cual: “*Los terrenos de las fortificaciones o de las murallas de las plazas de guerra que no tengan ya ese destino, y todos los demás bienes que dejen de estar destinados al uso público y a la defensa nacional, pasan del dominio público al dominio privado*” (Subrayado y negritas nuestras). En palabras del maestro García De Enterría, “Una cosa en cuanto pierde la *publicatio* o afectación ingresa automáticamente en el patrimonio privado de la Administración y es susceptible, en consecuencia, de una comerciabilidad ordinaria, y por ende, de ser objeto de una prescripción en los términos comunes”.

Así, en nuestro criterio, el derecho común, regulador por antonomasia del instituto de la prescripción y de la separación de las categorías patrimoniales y demaniales de bienes públicos, cierra en impecable lógica jurídica y en perfecta hermenéutica el tema de la prescriptibilidad de los bienes del dominio público, con lo cual a pesar de que la correcta interpretación del artículo 1.960 del Código Civil, efectivamente implica su imprescriptibilidad, la norma del 541 *eiusdem*, prevé el cambio de su naturaleza jurídica, cuando los bienes han perdido su destino público, es decir cuando se ha producido su desafectación.

Insistimos con el maestro Lagrange:

No es cierto –según creemos haber demostrado–, ni siquiera respecto de los bienes del dominio público, que la inalienabilidad determine su inusucapibilidad, que ésta se derive de aquélla. En el caso de aquellos bienes, tanto la imposibilidad jurídica de enajenarlos como la de usucapirlos son consecuencias de la destinación de las cosas al cumplimiento de un fin público: duran tanto cuanto dura la correspondiente afectación y no más; no es que los bienes del dominio público sean inusucapibles por ser inalienables⁴⁷.

Simplificando, podríamos resumirlo así:

Afectación = Dominio Público = Imprescriptibilidad;

Desafectación = Dominio Privado = Prescriptibilidad.

No obstante, debe advertirse que la complejidad deviene del establecimiento o determinación de la forma y el momento en la cual se verifica la desafectación y en consecuencia, desde cuándo se puede comenzar a ejercer posesión legítima con vocación prescriptiva. La problemática no resulta nada sencilla, y ya fue abordada por el maestro García De Enterría⁴⁸, en trabajo sobre el tema, en el cual precisamente se plantea “*el supuesto de una posesión abusiva que comience por apartar la cosa del uso común, haciéndola apta, por consiguiente,*

debido remitir en mayor o menor medida su cumplimiento a la interpretación de los *facta concludentia*” *Ibidem*, p. 116.

46 Ana María Ruggeri; citada por Araujo-Suárez, *Ob. Cit.* p. 727. En similar posición el propio Araujo-Suárez, aunque posteriormente reconoce la génesis del tema en el Derecho civil (*Ob. Cit.* p. 730); y Allan Brewer-Carías, citado por Hector Turuhpial Cariello, (*Ob. Cit.* p. 295).

47 Enrique Lagrange, *Ob. Cit.* p. 245.

48 Eduardo García De Enterría, *Ob. Cit.*

para el ejercicio de un señorío individual”, preguntándose entonces: “¿Equivale esto sin más a una desafectación y juega por tanto, a continuación la regla general de prescriptibilidad de las cosas patrimoniales?”⁴⁹.

Es en esta parte del problema, en donde existen pocas explicaciones de la doctrina, por lo que consideramos que lo atinado es atender a la posibilidad o no de desafectación tácita, general pero tímidamente aceptada, incluso por quienes propugnan por la posibilidad de prescripción de los bienes demaniales, y al obtener una respuesta afirmativa, concluir que tan pronto como se individualice la posesión del bien en cabeza de un particular, de manera que se excluya inequívocamente la posesión o utilización pública, o del ente público administrador o prestador del servicio, se está verificando –como ocurre en el derecho privado– un acto capaz de dar inicio al plazo de prescripción, generándose paralelamente lo que podríamos denominar el “inicio” de la desafectación. En palabras de García De Enterría: “*Quiere decir que el efecto ‘desafectación tácita’ no podría producirse de suyo aisladamente, sino que su calificación procederá sólo una vez que el efecto ‘usucapión’ haya sido a su vez consumado*”⁵⁰. Así el autor concluye en la posibilidad de prescripción-desafectación de los bienes del dominio público, y de *lege ferenda*, considera la necesidad de un lapso de prescripción más largo que el derecho civil, proponiendo el de sesenta (60) años, el cual por cierto, resultaría bastante similar a la *prescriptio longissime temporis* -50 años- adoptada por nuestro ordenamiento jurídico en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

De su parte Santamaria Pastor, conforme al derecho español, en atención a una norma reglamentaria que establece un plazo de 25 años para la afectación “presunta” de los bienes de los particulares adscritos a un servicio público, concluye, aunque dejando claro la falta de regulación legal, que también podría aplicarse la “desafectación presunta”, cuando “*un bien demanial hubiera dejado de estar utilizado, de hecho, durante más de veinticinco años, al fin de uso o servicio público que justificó su afectación*”⁵¹. Ahora bien, no existiendo un lapso expreso que determine el tiempo que debe transcurrir para concluir que la desincorporación del bien a su uso o finalidad pública se constituya en desafectación, nuevamente debemos coincidir con García De Enterría, en que la única fórmula jurídica aceptable, es que paralelamente corren, la desafectación y la prescripción, circunscribiéndose en cuanto a plazos, al que ésta última tenga legalmente establecido, que como se ha dicho por tratarse de bienes dominiales, deberían ser más amplios, precisamente en protección de la naturaleza e importancia pública inicialmente atribuida al bien, y en especial protección del patrimonio público.

Dentro de este contexto de concurrencia de eventos fácticos, por supuesto debe tenerse en consideración la posibilidad y exigencia –legal– de actuación de la administración, pues la situación de terminación de la utilidad pública o la exclusión del uso colectivo, conjuntamente a la detentación por el particular, darán lugar desde luego a los mecanismos legales para su protección, los cuales no se limitan a los que corresponderían a los particulares (acciones interdictales y reivindicatorias), sino que –por tratarse de un bien del dominio público, aún no desafectado– puede dar lugar a actos de policía que la administración puede y debe ejercer para defender dichos bienes, como manifestación típica del régimen jurídico exorbitante por el cual se rigen esta categoría de bienes, respondiendo al principio de la recuperabilidad de oficio de los bienes del dominio público.

49 *Ibidem.* p. 121.

50 *Ibidem.* p. 128.

51 Juan Alfonso Santamaria Pastor, *Ob. Cit.* p. 529.

Al igual que ocurre en el derecho civil, no toda desposesión da lugar a posesión legítima, por lo que deben atenderse a la existencia o no de los requisitos que la conforman y su permanencia en el tiempo exigido por la ley, por lo cual vale aquí recordar algunas normas o cuando menos algunos principios del derecho común que rigen la materia de prescripción, y que entendemos perfectamente aplicables al tema que nos ocupa:

1° El “hecho” de que las cosas que están efectivamente en el uso público no son susceptibles de posesión individual, lo que las convierte en imprescriptibles⁵², no por disposición de la ley, ni por estar fuera del comercio, sino por la circunstancia que la posesión individual y excluyente es requisito para la existencia de la posesión legítima, sin la cual no puede alcanzarse la prescripción;

2° La sola circunstancia de que cese la utilidad o el uso público del bien, puede implicar su desafectación y traslado al dominio privado, pero no implica *per se*, la pérdida o extinción del derecho de propiedad sobre el bien por parte del ente público titular, lo cual sólo ocurriría cuando paralelamente se consume la prescripción a favor de un particular.

3° Conforme a las normas de los artículos 1.961 y 1.963 del Código Civil, se ha negado la posibilidad de prescripción entre comuneros, por considerarse que puede existir equívocidad en el ánimo con que se posee, salvo que se produzca la interversión del título, por medio de actos que claramente demuestren que el comunero posee sólo para sí, en exclusión de los otros comuneros. *Mutatis mutandi*, mientras una persona usa de los bienes destinados al dominio público, en igualdad de condiciones que los demás particulares, o aún cuando la utilice privativamente pero por medio de una concesión o autorización, no podría alegar y probar el *animus domini* necesario para prescribir, empero, si se alza inequívocamente en desconocimiento de la autoridad y/o en exclusión de los otros particulares con derecho al uso del bien o al disfrute de la utilidad pública de que se trate, entonces comenzaría la desafectación del bien, que posteriormente podría transformarse en prescripción.

4° El abandono de la posesión por parte del “invasor” por cualquier causa, o la retoma de posesión del mismo bien por parte de la autoridad o de otros particulares, implica la pérdida de los requisitos de continuidad y no interrupción, afectando la posesión legítima.

5° Mientras exista oposición, controversia, conflictos, quejas, manifestaciones, etc., por parte de la comunidad afectada, de otros particulares usuarios del bien o beneficiarios de los servicios, y/o actuaciones de las autoridades competentes, la posesión no alcanzará la calificación de “pacífica”, exigida para ser determinada como legítima. Al tiempo que la norma del artículo 28 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional dispone. “*La prescripción se interrumpe con el requerimiento de cualquier autoridad*”.

6° La posesión útil para prescribir debe ejercerse públicamente –notoriamente-, es decir frente a las autoridades y frente a los demás particulares, sin que puedan servir de sustento para la posesión legítima, “*los actos violentos ni los clandestinos; sin embargo, ella puede comenzar cuando ha cesado la violencia o la clandestinidad*”⁵³. Tampoco sirven de fundamento para la adquisición de posesión legítima, los actos meramente facultativos ni los de simple tolerancia. Como ocurría con los actos autorizatorios o la simple negligencia de la autoridad en permitir que indigentes o buhoneros⁵⁴ ocupen temporalmente las calles.

52 Eduardo García De Enterría, *Ob. Cit.* p. 120.

53 Art. 777 Código Civil.

54 Denominación popular que se asigna a los también llamados “trabajadores de la economía informal”, aunque este término es más amplio, constituyen el género y aquél la especie.

En conclusión, atendiendo a las previsiones del derecho común y las citadas teorías administrativas que estudian los bienes demaniales, consideramos que resulta factible tanto la prescripción de los bienes del dominio público como la de los bienes patrimoniales, pertenecientes a los entes públicos territoriales.

4. *La usucapión de tierras públicas urbanas en la Constitución de 1999*

Antes de la vigencia de la Constitución de 1999, el tratamiento del tema de la usucapión de las tierras públicas urbanas sobre las cuales están asentados los barrios, podía resultar relativamente sencillo, en especial si se atiende a la circunstancia de que la mayoría de las construcciones se verifican en terrenos que no aparecen inscritos en los registros subalternos –hoy inmobiliarios- y en consecuencia su titularidad no puede atribuirse a ninguna persona, por lo que se ajustarían a la categoría de “tierras baldías”, consideradas como de dominio privado o patrimonial de la República, y en consecuencia usucapibles, conforme a las normas y principios antes expuestos⁵⁵.

Por mandato del artículo 27 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, se consideraban bienes nacionales “*Los bienes muebles o inmuebles que se encuentren en el territorio de la República y que no tengan dueño*”. De su parte el artículo 542 del Código Civil, establece, “*Todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño, pertenecen al dominio privado de la Nación, si su ubicación fuere en el Distrito Federal o en Territorios o Dependencias Federales, y al dominio privado de los Estados si fuere en éstos*”. Mientras que conforme al artículo 1° de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos de 1936⁵⁶, se consideran “*...baldíos todos los terrenos que, estando dentro de los límites de la República, no sean ejidos ni propiedad particular ni pertenezcan legítimamente a corporaciones o personas jurídicas*”. De manera que, tratándose de la ocupación o invasión de tierras generalmente ociosas y cuya propiedad registralmente no estaba atribuida a otra persona, resulta obvio que se trata de bienes nacionales patrimoniales y no de bienes demaniales, que incluso son atribuidos al patrimonio o titularidad pública nacional –si se quiere- por residualidad⁵⁷. En consecuencia se puede reafirmar que dichos terrenos resultan susceptibles de usucapión por los particulares, por supuesto, conforme a los plazos - *longissime temporis*- previstos en el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública

Ahora bien, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, instituyó un importantísimo cambio en esta materia, toda vez que en su artículo 181, dispone: “*Los terrenos situados dentro del área urbana de las poblaciones del Municipio, carentes de dueño o dueña, son ejidos, sin menoscabo de legítimos derechos de terceros, válidamente constituidos. Igualmente, se constituyen en ejidos las tierras baldías ubicadas en el área urbana.*” (Subrayado nuestro). Con esta disposición el constituyente, transformó los otrora terrenos baldíos ubicados en áreas urbanas, en terrenos “ejidos”, bienes que por mandato de la misma norma constitucional tienen atribuida las características demaniales de “inalienables e

55 Aún cuando en algún momento se consideró a los Baldíos como imprescriptibles, luego del trabajo del profesor Lagrange, tantas veces citado y de sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia del año 1986, se ha aceptado pacíficamente su prescriptibilidad. En tal sentido Brewer-Carías señala: “... las tierras baldías siempre fueron consideradas como bienes patrimoniales o del dominio privado de los Estados, susceptibles por tanto de enajenación y, en general, también susceptibles de ser adquiridos por prescripción con diversas excepciones”. Allan Brewer-Carías, *Ob. Cit.* p. 328.

56 Publicada en *G.O.* del 03 de septiembre de 1936.

57 Aunque las razones históricas y de soberanía nacional justifiquen tal atribución.

imprescriptibles”⁵⁸. Nos enfrentamos así una previsión constitucional de obvia trascendencia jurídica, pues ahora, han sido calificadas constitucionalmente como “ejidos” las tierras urbanas cuya titularidad no esté registralmente atribuida a favor de un particular o de un ente público. Siendo objeto de una declaratoria general como bienes del dominio público, adquiriendo a partir del 30 de diciembre de 1999, la categoría de bienes inalienables e imprescriptibles. Entonces, para determinar la prescriptibilidad de los terrenos –ahora ejidos– que desde hace muchos años se encuentra ocupados por habitantes de los barrios, consideramos que debe atenderse a los distintos momentos y circunstancias jurídicas que de seguidas se analizan.

A. *Prescripciones consumadas antes del 30 de diciembre de 1999*

No guardamos ninguna duda respecto de la validez y posibilidad de declaración judicial de las prescripciones adquisitivas consumadas antes de la entrada en vigencia de la Constitución, pues hasta ese entonces, los bienes en referencia debían considerarse como baldíos, y en consecuencia, quienes los hubieren poseído a título de dueño y con los demás elementos característicos de la posesión legítima, por el plazo de 50 años o de 20 años si se trata de posesión de buena fe amparada en justo título, ya habrían “consumado” la adquisición de la propiedad, indistintamente que dicha usucapación no se hubiere declarado judicialmente. La usucapación se verifica por el transcurso del plazo establecido, y por ello, el juicio de prescripción contiene una pretensión “declarativa” y no constitutiva, limitándose al reconocimiento jurisdiccionales de la prescripción previamente consumada por haberse cumplido el plazo previsto en la ley, contado desde el momento en que el poseedor comenzó a poseer con *animus domini*, en forma pública y pacífica. La sentencia de prescripción declara y reconoce la propiedad ya adquirida por el otrora poseedor legítimo, ahora dueño.

Por otra parte, la misma norma constitucional, deja a salvo los “*legítimos derechos de terceros*”, con lo cual se entiende que deben respectarse los derechos legalmente adquiridos, entre ellos por supuesto el derecho de propiedad previamente constituido *ope lege* a causa de la usucapación, aunque ésta no se hubiere declarado previamente⁵⁹.

58 Artículo 181. Los ejidos son inalienables e imprescriptibles. Sólo podrán enajenarse previo cumplimiento de las formalidades previstas en las ordenanzas municipales y en los supuestos que las mismas señalen, conforme a esta Constitución y la legislación que se dicte para desarrollar sus principios. Los terrenos situados dentro del área urbana de las poblaciones del Municipio, carentes de dueño o dueña, son ejidos, sin menoscabo de legítimos derechos de terceros, válidamente constituidos. Igualmente, se constituyen en ejidos las tierras baldías ubicadas en el área urbana. Quedarán exceptuadas las tierras correspondientes a las comunidades y pueblos indígenas. La ley establecerá la conversión en ejidos de otras tierras públicas.

59 “las prescripciones consumadas a favor de poseedores legítimos de baldíos urbanos en un período de tiempo que no exceda del 30 de diciembre de 1999, son plenamente válidas”. Héctor turuhpial carriello, *Ob. cit.* p. 231. En igual sentido, pero refiriéndose a la imprescriptibilidad de los baldíos rurales prevista en la Ley de Tierras y desarrollo Agrario, se ha dicho: “Esta nueva condición de imprescriptibles de los terrenos baldíos rurales no tiene efecto retroactivo, y en consecuencia quien haya adquirido terrenos baldíos rurales por prescripción adquisitiva, en lapsos efectivos hasta el día 9 de diciembre de 2001, puede intentar –en tiempos actuales– la acción de prescripción adquisitiva con fundamento a que el derecho prescriptivo ingresó a su patrimonio jurídico en una fecha donde (*sic*) en la cual era posible prescribir tales terrenos baldío”. Edgar Dario Núñez Alcantra, *Ob. Cit.* p. 107. “Tal regulación, como es obvio, no se puede aplicar respecto de las tierras que habiendo podido haber sido en el pasado tierras baldías, hubieran dejado de serlo antes de la entrada en vigencia de la Ley por haber sido adquirido por personas jurídicas mediante cualquiera de

B. *Situaciones creadas a partir de la entrada en vigencia de la Constitución*

Respecto de la posesión y ocupación de terrenos urbanos, ahora convertidos en ejidos, cuyos poseedores para el 30 de diciembre de 1999 no hubieren alcanzado el tiempo suficiente para prescribir, y/o aquellos ocupados o que se ocupen luego de la referida puesta en vigencia de la Constitución, pueden adoptarse dos distintas posiciones y soluciones jurídicas; la primera representada por la simple y literal interpretación del texto constitucional, que culminaría con la contundente negativa de posibilidad de prescripción, y otra, que recogiendo los análisis precedentemente expuestos, concluya en la revisión fáctica de cada caso concreto, para verificar si efectivamente se está o no en presencia de un bien demanial, que goza del referido carácter exorbitante.

Obviamente nos asimos a la segunda postura, no sin prevenir la férrea oposición que seguramente se sustentará en la primacía constitucional, que en nuestro criterio para nada se ve afectada por esta posición, en tanto que las normas constitucionales también están hechas para ser interpretadas conforme a los principios generales de las instituciones que regulan y más aún, conforme a la naturaleza real o material de las situaciones sobre las cuales deben aplicarse.

La Constitución como cualquier texto legal, puede declarar la imprescriptibilidad de alguna categoría de bienes por considerarlos del dominio público, tal como es el caso de los terrenos ejidos, que por su naturaleza de bienes “comunales”, históricamente han revestido la característica de imprescriptibles, incluso desde antes del nacimiento de la República.⁶⁰ Sin embargo, como hemos expuesto precedentemente, la naturaleza demanial del bien no proviene de su designación legal, sino de su efectiva afectación al dominio público a través del uso público o de utilidad pública que se le asigne, en lo cual coinciden los autores antes citados, por lo que a nuestro entender, tal designación legal lo que da al bien es “vocación dominial”, alcanzando tal carácter de dominio público cuando se verifiquen los otros requisitos de la afectación, en especial el referido a su elemento objetivo o teleológico, según hemos analizado *supra*. “No debe confundirse la asignación del carácter público a un bien, que sólo designa establecer que dicho bien tendrá calidad dominial, como integrante o dependiente del dominio público, de la afectación del mismo al dominio público, que significa que un bien declarado dominial queda efectivamente incorporado al uso o servicio público”.⁶¹ Premisas lógicas, que en nada pueden ni deben cambiar, por el hecho de que la calificación jurídica la realice el constituyente o el legislador.

Consideramos relevante destacar que precisamente García De Enterría, comienza la obra tantas veces citada sobre la usucapción de bienes demaniales, partiendo de la observación crítica de la tendencia administrativista de imponer por vía legislativa la configuración de propiedades como pertenecientes al dominio público y disponer expresamente su imprescriptibilidad, formulando el maestro *ab initio*, serias dudas sobre la posibilidad de imponer prácticamente, e incluso instrumentar técnicamente, la imprescriptibilidad como una cualidad propia de una cosa. Como se ha expuesto, dicho autor concluye atendiendo a la afectación y desafectación del bien, como presupuestos para determinar su usucapibilidad.

los modos de adquirir la propiedad regulados en el Código Civil o en la Ley, incluso prescripción”. Allan Brewer-Carías, *Ob. Cit.* p. 328.

60 Para el tema: Hector, Turuhpial Cariello, *Ob. Cit.*

61 Miguel, Marienhoff, citado por Araujo-Juares (*Ob. Cit.* p. 738).

La Constitución aunque suprema, es ley al fin, y como tal, no es suficiente para modificar la realidad material, constituida en nuestro caso por la circunstancia que los terrenos urbanos ahora calificados como ejidos, en su mayoría se encuentran ocupados por legítimos poseedores, en evidente exclusión de cualquier otra posesión particular y aún más, en oposición e impedimento de cualquier forma de uso o utilidad pública, por lo que más allá de la vocación o calidad dominial, aquellos bienes en posesión efectiva de terceros no alcanzan -ni han tenido nunca- la categoría de bienes demaniales, siendo susceptibles de posesión legítima por los particulares como en efecto ocurre en la realidad. Más aún, en tales supuestos ni siquiera puede hablarse de desafectación, pues mal podría desafectarse lo que nunca ha sido afectado a la utilidad o uso público. No se trata de desatender el texto constitucional, se trata de establecer el alcance exacto de la norma que se analiza, que en este caso, sólo puede circunscribirse -como se ha dicho- ha establecer la vocación o la calidad dominial del bien, pero sin que puedan extenderse sus efectos de imprescriptibilidad, por no encontrarse dicho bien objetiva y materialmente afectado a un uso o destino público.

Por último, sin pretender oponer un texto legal a la norma constitucional, debemos referir que la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Habitat de 2005, expresamente reconocía a los propietarios de bienhechurías en asentamientos urbanos populares, el derecho de adquirir sin costo alguno el derecho de propiedad de los terrenos ocupados, incluido los ejidos, siempre que concurren los requisitos de posesión legítima por el plazo de 20 años. Con lo cual, la propia ley -hoy modificada- reconocía la realidad material y jurídica delatada.

III. LA ADJUDICACIÓN DE TIERRAS URBANAS

Otro mecanismo legal para la adquisición de los terrenos urbanos por parte de los constructores u ocupantes de viviendas edificadas en los barrios urbanos, lo constituye la Adjudicación de dicho derecho de propiedad a través de cesión gratuita por parte del ente público territorial correspondiente. Con antecedentes inmediatos en la citada Ley de Tierras Baldías y Ejidos, la adjudicación se constituye en un mecanismo legal de eminente carácter social, a través del cual el estado cumple con el reconocimiento de la realidad de los asentamientos urbanos populares y regulariza la titularidad de la tenencia de la tierra en reconocimiento precisamente de la posesión *animus domini* ejercida y atendiendo a las garantías constitucionales de seguridad jurídica, derecho de propiedad y derecho de vivienda. Por tal carácter social, la adjudicación debe ser un mecanismo más económico y ágil que los procesos judiciales de prescripción, que en esencia resultan más costosos y hasta inaccesibles para personas de escasos recursos. Observemos las tres (3) etapas en que se ha desenvuelto este derecho, durante la vigencia de la Constitución de 1999.

1. *Primera Etapa. Consagración absoluta del derecho.*

Precedida de un decreto presidencial del año 2002⁶², en la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat de 2005, se incluyeron dos normas sustantivas que reconocían como “derecho” la adjudicación de la propiedad de los terrenos urbanos. Tales normas disponían:

“*Artículo 153.* De la accesibilidad a créditos y préstamos nacionales e internacionales. El Estado establecerá un sistema para garantizar a los habitantes de asentamientos humanos populares la accesibilidad a los beneficios de los créditos y préstamos nacionales e internacionales para financiar políticas, programas, planes, proyectos y acciones en el área de vivienda y hábitat, al cual se integrarán los siguientes elementos:

62 Publicado en G.O. N° 37.378 de fecha 4 de febrero de 2002.

1. El derecho real de propiedad o enfiteusis a perpetuidad que dispongan los particulares sobre terrenos aptos para el desarrollo de la vivienda y el hábitat; que conforme a lo dispuesto en esta Ley y su Reglamento, se otorgue a los particulares sobre terrenos en los cuales habiten y cuya propiedad sea de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos, de los municipios o de cualquiera de sus entes descentralizados funcionalmente, o que fueren tierras baldías, ejidos u otros bienes del dominio público, excepto sobre aquellos terrenos de afectación ambiental, inestabilidad geomorfológica o que fueren de carácter estratégico para la Nación.
2. El derecho real de propiedad que tengan los particulares sobre las bienhechurías construidas, previo avalúo realizado por el ente con competencia, sobre tierras de su propiedad o de las cuales sean poseedores de buena fe, sean públicas o privadas, el cual deberá formalizarse mediante la inscripción del correspondiente Título Supletorio ante el Registro Subalterno correspondiente a la ubicación del inmueble de conformidad con la ley.
3. El derecho de las personas que se encuentren en el supuesto señalado en el numeral anterior a adquirir sin costo alguno la propiedad de los terrenos, aún aquellos de origen privado, sobre los cuales tengan bienhechurías, siempre y cuando, sean poseedores legítimos del derecho correspondiente unido al transcurso del tiempo de veinte años habitando el mismo, a menos que este lapso de prescripción haya sido interrumpido conforme a las disposiciones establecidas en el Código Civil. (...)” (Negritas y subrayado nuestro).

“**Artículo 154.** Concesión en propiedad real o enfiteusis a perpetuidad de terrenos, bienes inmuebles, ejidos, tierras baldías o bienes de dominio público. Con el objeto de facilitar el financiamiento necesario para la adquisición, construcción, liberación de hipoteca, sustitución, restitución, reparación, remodelación, servicios básicos esenciales, urbanismo y habitabilidad de sus viviendas, la República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios y sus entes descentralizados funcionalmente, concederán en propiedad o enfiteusis a perpetuidad, mediante contrato inscrito en el Registro Subalterno correspondiente, sus terrenos, bienes inmuebles, ejidos, tierras baldías o bienes del dominio público, sobre los cuales los particulares habiten a la entrada en vigencia de la presente Ley, en los términos y condiciones que señale el Reglamento de esta Ley, siempre y cuando se demuestre la posesión legítima y que no exista proceso de litigio”. (Negritas y subrayado nuestro).

Como se observa, la normativa legal creó efectivos derechos exigibles a los entes públicos territoriales, quienes en su condición de sujetos pasivos de la relación jurídica dimanada de las referidas normas, estarían “obligados” al reconocimiento del derecho de propiedad o traslación gratuita de los terrenos públicos, incluidos los del dominio público, a favor de los habitantes y poseedores de bienhechurías, exigiendo fundamentalmente el requisito de la posesión legítima. Aún cuando la norma del artículo 154, remite para su ejecución a “*los términos y condiciones que señale el Reglamento*”, la falta de éste, no desdice de la existencia efectiva del derecho legalmente consagrado y reconocido, máxime que por mandato constitucional no podría el reglamento imponer condiciones que desvirtúen el espíritu, propósito y razón de la ley, que no es otro que el reconocimiento del derecho de propiedad, sobre las tierras urbanas en cuestión.

No obstante la contundencia del mandato legal citado, entendemos que no se dictó el respectivo reglamento, sino que, se produjo una nueva ley, que por su contenido resulta especial en la materia que regula, específicamente la Ley de Regulación Integral de la Tenencia de la Tierra de los Asentamientos Urbanos Populares, en vigencia desde 17 de julio de 2006, en la cual se pretende precisamente la regularización, establecimiento y reglamentación del proceso de adjudicaciones⁶³.

63 Artículo 1. Objeto. La presente Ley tiene por objeto ordenar y regularizar el proceso de la tenencia de la tierra, ocupada por la población en los asentamientos urbanos populares, y contribuir a la sa-

2. Segunda Etapa. Enrevesamiento del derecho de adjudicación

No corresponde aquí el análisis pormenorizado de la mencionada ley especial, pero si juzgamos pertinente resaltar que en general contiene un subyacente contenido político enmarcado dentro de la tendencia a desconocer las iniciativas y derechos individuales, sustituyéndolas por asociaciones colectivas obligatorias, en este caso, los “Comités de Tierra Urbana”. La ley si bien reconoce el derecho de adjudicación, para su satisfacción no prevé un proceso individual a través del cual una persona por si sola y en ejercicio del derecho reconocido pueda exigir la adjudicación, sino que crea un enrevesado proceso colectivo o comunal, que además de inoperante en la mayoría de los casos, seguramente propende a la manipulación u obligatoria identificación de cada individuo con los “comités” de carácter políticos que efectiva y eficazmente podrían tener acceso a la venía de los entes públicos nacionales o municipales de que se trate. Asimismo, en este extraño marco regulatorio, se insiste en la propiedad colectiva e incluso se crea la figura de comisiones de conciliación o arbitraje, a las cuales deben someterse “irrevocablemente” quienes pretendan adquirir la condición de beneficiarios⁶⁴, en claro desconocimiento del constitucional derecho a la jurisdicción.

No encontramos en el texto de la ley un derecho individual subjetivo de propiedad, ni siquiera un derecho de petición individual, pues se circunscribe el procedimiento administrativo a la actividad comunal de la población interesada, que pasa por la creación de la “carta del barrio”, cuya formulación es colectiva y progresiva⁶⁵, y debe incluir entre otras múltiples informaciones, la “*Descripción socio-cultural, económica y política de la comunidad*”.

Una vez formulada esta “carta del barrio”, de iniciativa popular o colectiva y de muy dudosa calidad democrática⁶⁶, debe seguirse el procedimiento de adjudicación, el cual puede “*iniciarse de oficio o a instancia de la comunidad organizada*”, por ante la Oficina Técnica Nacional o Municipal para la Regularización de la Tenencia de la Tierra Urbana, silenciando y censurando nuevamente la ley la posibilidad de iniciativa individual. En definitiva el carácter comunal que predomina en la ley, a nuestro entender, minimiza la efectiva posibilidad de acceder a la propiedad, quedando reducida e injustificadamente limitada a la potestad y voluntad política de los entes públicos nacionales o municipales involucrados.

La adjudicación en cuestión, aunque compleja en su procedimiento, cuando menos cumple con la característica social de gratuidad, a pesar que el artículo 18 *eiusdem*, dispone un precio de adjudicación de un bolívar por metro cuadrado, el cual consideramos simplemente instrumental, posiblemente a los efectos registrales o fiscales, aún cuando la propia ley exonera de aranceles las operaciones de adjudicación.

tisfacción progresiva del derecho a la vivienda y el hábitat, dando prioridad a la familia, especialmente a aquéllas en condición de vulnerabilidad social, y así consolidar los asentamientos urbanos populares ya existentes, de manera digna, equitativa y sostenible, mediante un proceso de cogestión integral con el Estado.

64 Artículo 33.

65 Artículo 58.

66 El mismo artículo 58, dispone: “La toma de decisiones que comprometan el destino, transformación físico-espacial y la estabilidad del asentamiento urbano popular exigirá la presencia de al menos el cincuenta y uno por ciento de los o las representantes de las familias de la comunidad y la aprobación se hará mínimo por mayoría simple de los presentes en asamblea de ciudadanos y ciudadanas”.

En definitiva, esta ley vigente, regula pero de manera poco efectiva y si se quiere retorcida, el derecho que ella misma dispone, que no es otro que el de propiedad sobre los terrenos públicos poseídos legítimamente por los constructores o propietarios de viviendas (bienhechurías) en los referidos sectores urbanos populares.

3. *Tercera Etapa. La práctica desaparición del derecho de adjudicación*

Dentro del marco de la más resiente y polémica Ley Habilitante concedida por la Asamblea Nacional al Presidente de la República, y dentro de las también polémicos, 26 Decretos Leyes aprobados en el último día del plazo habilitante, se incluyó en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, sendas disposiciones que irrumpen solapada pero contundentemente sobre el tema que nos ocupa.

Este decreto-ley, además de atribuir al Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (Banavih), competencias para la inspección y establecimientos de sanciones, antes atribuidas a la Superintendencia de Seguridad Social y ejercidas hasta ahora ilegítimamente por Banavih, y además de la publicitada posibilidad legal –y exclusivamente teórica– de financiamiento del cien por ciento (100%) del valor de las viviendas, también contiene normas, que si bien no derogan expresamente el contenido de la ley especial anteriormente revisada, podrían conllevar prácticamente a la desaparición de la Adjudicación como derecho subjetivo, convirtiéndolo en una mera discrecionalidad del Ejecutivo Nacional.

Las normas en referencia disponen:

Artículo 76. El Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de vivienda y hábitat procurará la regularización de la tenencia de la tierra en los asentamientos humanos populares, bajo criterios de justicia y equidad, con la participación activa y protagónica de la comunidad organizada, de acuerdo con la ley especial que rija la materia, con la finalidad de facilitar el acceso a los beneficios del Sistema Nacional de Vivienda y Hábitat. En tal sentido, tendrá la competencia correspondiente para el otorgamiento de los títulos de adjudicación de tierras públicas nacionales.

Artículo 79. Con el objeto de facilitar el acceso a los beneficios del Sistema, los entes públicos, previa coordinación y aprobación por parte del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de vivienda y hábitat, podrán dictar los actos o celebrar los acuerdos que sean necesarios, de conformidad con las normas aplicables, para transmitir la propiedad a otros derechos reales sobre sus terrenos o edificaciones, en el caso de que hayan venido siendo ocupados de manera pacífica, en condición de posesión legítima.

Si ya resultan cuestionables las disposiciones de la ley especial que pretende la regulación de la tenencia de las tierras urbanas a través de complejos mecanismos comunales, las normas transcritas vienen a acabar con toda expectativa seria de adjudicación. Obsérvese que ya no existe un derecho al reconocimiento del derecho de propiedad, como lo consagraba la ley original en el año 2005, ni un derecho de adjudicación como se infiere de la ley especial del año 2006. Ahora, sólo se prevé la instrucción al Ministro competente para que “procure” la regulación de la tenencia, lo cual además, queda al discrecional criterio de “justicia y equidad”. Así, de un auténtico derecho consagrado en la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat de 2005, se pasó a un complejo proceso de tipo colectivo, pero en el cual de alguna forma se continúa reconociendo el derecho de adjudicación, para culminar ahora con normas que no contienen un mandato expreso de asignar la propiedad de las tierras a sus ocupantes, ni mucho menos reconocen un derecho subjetivo, limitándose a crear una potestad discrecional.

La misma norma del artículo 78 arrebata la competencia de adjudicación de bienes públicos nacionales, originalmente concedida a la Oficina Técnica Nacional para la Regularización de la Tenencia de la Tierra Urbana, y la centraliza en cabeza del Ministro, lo que

implica que al trámite ya complejo de adjudicación previsto en la ley especial, debe agregarse la circunstancia de que ya no es la oficina técnica creada al efecto quien detenta la competencia para otorgar el respectivo título de adjudicación de tierras, sino que las nuevas normas, sin mayor explicación, se la atribuyen al Ministro con competencia en materia de vivienda y hábitat. En este aspecto, podría pensarse que por tratarse de un Decreto-ley y no de una Ley dictada por la Asamblea Nacional, la situación quizás obedezca a una inadvertencia del seudolegisador, sin embargo, la lectura íntegra de las dos normas transcritas, develan una clara vocación centralista, que no deja dudas respecto de la intención expresa de modificar el régimen de adjudicación.

Por otra parte, e igualmente grave, la norma del artículo 79, en violación de los principios constitucionales de descentralización y de autonomía municipal, somete –ahora- a la aprobación del Ministerio con competencia en materia de vivienda y hábitat (Ejecutivo Nacional), los actos o acuerdos necesarios para que los otros entes públicos territoriales, puedan transmitir la propiedad de los terrenos bajo su control. Lo cual reforma y deforma las competencias atribuidas por la ley especial a las Oficinas Técnicas Municipales para la Regularización de la Tenencia de la Tierra Urbana, y en forma indebida somete a la aprobación de un órgano del Ejecutivo Nacional, la gestión y disposición de sus bienes por parte del Municipio, en flagrante violación de las normas de los artículos 168 y 178 Constitucionales. Recuérdese que por mandato constitucional, las tierras carentes de dueño ubicadas en áreas urbanas, pertenecen a los Municipios en carácter de ejidos, por lo que, son los Municipios quienes tendrían su titularidad y la potestad y obligación de adjudicarlas, para lo cual bastaría con el mandato legal contenido en la dos leyes anteriores, sin que en ningún caso, se requiera la aprobación del Ejecutivo Nacional.

Obviamente, una interpretación sistemática de estas normas, adaptándolas a los principios que deben regir la institución de la adjudicación propuestos en la ley especial, deberían llevar a la conclusión de que las mismas no resultan aplicables y que debe propenderse a la descentralización, individualización y agilización de los procedimientos. Sin embargo, proviniendo la norma del Presidente de la República, y siendo los ejecutantes órganos subordinados, dudamos que se dé una interpretación más allá de la exegética, que sólo podría ser corregida por vía jurisdiccional, trámite que para los administrados beneficiarios –por lo general de escasos recursos- podría resultar más engorroso que el propio juicio de declarativo de prescripción.

Si se considera que la Adjudicación es un mecanismo de eminente carácter social que debería permitir de una forma sencilla y directa la regularización de la tenencia de la tierra, resulta claro que las disposiciones en comentario han desnaturalizado el fin perseguido, imponiendo la práctica aniquilación del derecho de adjudicación, reducido a una mera potestad del Ejecutivo Nacional.

IV. CONCLUSIONES

La realidad actual es que los habitantes de los asentamientos urbanos populares continúan sin contar con mecanismos idóneos para la regulación de su situación jurídico-patrimonial respecto de las tierras públicas que ocupan y sobre las cuales están edificadas sus viviendas. Sólo cuentan, por una parte, con el mecanismo de la prescripción, institución que en la mayoría de los casos probablemente ya se ha consumado convirtiéndoles en propietarios, pero cuya declaración es necesaria a través de un proceso judicial al cual por razones de índole económico, generalmente no recurren las personas de escasos recursos. Poca accesibilidad, a la cual deben sumarse las dudas que pudieran surgir respecto de la posibilidad o no de usucapión de los terrenos urbanos ahora convertidos en ejidos y declarados imprescriptibles por la Constitución Nacional.

Por otra parte, la Adjudicación como mecanismo idóneo, por su carácter administrativo, gratuito y social, no ha recibido de parte de la ley un tratamiento que haga honor a los fines que persigue o debería perseguir, pues por el contrario, cada vez se constituye menos en un derecho y más en una dádiva sujeta al exclusivo criterio del Ejecutivo Nacional, que bien podría servir como instrumento de clientelismo.