

Disquisiciones sobre el Decreto Ley para la defensa de las personas en el acceso a bienes y servicios

José Gregorio Silva

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Cuando reviso los Decretos Leyes producto de la habilitante concedida, pienso en lo titánico que sería aplicar cualquier análisis en la brevedad exigida al presente trabajo; en especial, cuando vemos la cantidad asombrosa de hechos que constituyen faltas y los procedimientos establecidos en dichas leyes, lo cual nos recuerda lo señalado por Alejandro Nieto¹ cuando refiriéndose a los “sarcasmos y paradojas” del derecho administrativo sancionador indica que el sarcasmo comienza con la arbitrariedad en la persecución, poniendo como ejemplo cuando se persigue una pretendida ilegalidad de un sujeto que se encuentra en igualdad de condiciones de los otros a su alrededor y prosigue indicando:

“El sarcasmo continúa en la inmensidad de las infracciones. El repertorio de ilícitos comunitarios, estatales, autonómicos, municipales y corporativos ocupa bibliotecas enteras. No ya un ciudadano cualquiera, ni el jurista más estudioso ni el profesional más experimentado son capaces de conocer las infracciones que cada día pueden cometer. En estas condiciones, el requisito de la reserva legal y el de la publicidad de las normas sancionadoras son una burla, dado que ni físicamente hay tiempo de leerlas ni, leídas, son inteligibles para el potencial infractor de cultura media.

El resultado de esta innumerabilidad es la imposibilidad de evitar las conductas ilícitas: las infracciones se ignoran y, si se conocen, es imposible no tropezar en ellas. Nadie, por muy escrupuloso que sea, puede alardear de no haber cometido alguna infracción administrativa. Nadie -cuando es detenido en la carretera por la policía de tráfico o visitado en su casa o empresa por los inspectores- puede estar seguro de salir ileso. En estos supuestos a lo único a lo que puede aspirarse es a que el acta se refiera a infracciones menos graves. Porque es sabido que, si la administración quiere, encuentra infracciones e infractores sin dificultad alguna”.

Ahora, si lo anterior lo expresamos teniendo en consideración que se ha dictado la norma tomando en cuenta todos los principios del Derecho Administrativo Sancionador, en especial el de tipicidad y exhaustividad de la norma sancionadora y el de la ausencia o limitada actividad discrecional del operador, aplicador o intérprete de la norma, qué pasa en aquellos casos en los cuales las normas puedan ser vagas, imprecisas; o donde el funcionario llamado a intervenir goza de un amplio margen de discrecionalidad para iniciar el procedimiento o aplicar la sanción.

Por ello me llamó la atención el trabajo publicado en el Diario “El Nacional” del domingo 13 de septiembre de 2008, que en su página 13 del primer cuerpo, titulado “denuncian que la Ley de Acceso a los Bienes perjudica al consumidor”, en el cual la periodista reseña lo señalado por Eduardo Samán, Presidente de INDEPABIS; Fernán Frías, director de la Junta Directiva de ARS; Juan Rafalli, asesor jurídico de la Asociación Nacional de Anunciantes; y, Nadiolys Mora, a quien identifican como “Directora del Departamento” que evaluará las

1 *Derecho Administrativo Sancionador*. Segunda Edición, 2000 Editorial Tecnos, p. 25.

promociones. Me resulta interesante el trabajo periodístico no por presentar visiones encontradas de la referida Ley², sino por el hecho que tanto la representación de los administrados como la de la Administración reconocen hechos jurídicos que implican la difícil aplicación de la norma, así como la interpretación de lo que puede considerarse como discriminatorio y los hechos propios de la publicidad, debiendo dejar claro que no soy publicista ni experto en publicidad, sino un abogado administrativista que debe tratar de conocer la Ley y la interpretación de las normas.

En el trabajo refiere especialmente el miembro de la empresa ARS la imprecisión del artículo 57, que estableciendo las circunstancias por las cuales puede considerarse publicidad falsa o engañosa agrega una cláusula vaga o imprecisa. Así, el referido artículo señala que una publicidad se considerará falsa o engañosa cuando pueda inducir al engaño, error o confusión de las personas con respecto a elementos precisos, tales como el origen geográfico, comercial o de otra índole del bien, beneficios o implicaciones de su uso o contratación del servicio, características básicas del producto o servicio, fecha de elaboración o vida útil, términos de la garantía ofrecida, reconocimientos, aprobaciones o distinciones, precio del bien, forma de pago, costos del crédito o “Cualquier otro dato sobre el producto o servicio”.

Tal mención que ciertamente no puede considerarse precisa, quizás podría tener poca significación, si no consideramos que su incumplimiento constituye una falta que de acuerdo con el artículo 130 de la misma Ley, acarrea una sanción de 100 a 5.000 Unidades Tributarias, lo que traducido a bolívares fuertes va de 4.600,00 a 230.000,00 Bs., ante lo cual, su gravedad y sus consecuencias, en aplicación del principio de tipicidad de la norma conlleva a la conclusión que la falta no se encuentra debidamente tipificada y precisada en la norma.

Posteriormente en el trabajo publicado en prensa, continúa la autora refiriéndose a lo señalado por los distintos sujetos intervinientes, relacionado con los anunciantes y la publicidad, reconociendo el jerarca del Ente que efectivamente existen imprecisiones en la Ley y que hay que esperar al reglamento.

Aparte de otros aspectos que se desarrollan en el referido reportaje, llama la atención los “ejemplos” que dieron los representantes del Instituto de lo que puede considerarse como publicidad engañosa y especialmente el elemento de “publicidad discriminatoria”, en cuyo segundo ejemplo, el Presidente del Ente considera como publicidad engañosa:

“Hay promociones en las que solamente pueden participar personas de un solo sexo, o de una determinada edad. Eso es discriminatorio”.

En la misma tónica podría agregar que igualmente sería discriminatorio aquéllas en las que participan personas de una misma talla. El caso es que la publicidad dependerá no sólo del giro comercial de la empresa, sino de las necesidades de inventario, depósito, nuevas colecciones, y un largo etcétera. Si el caso es que, en una gran tienda por departamentos existe un inventario mayor de ropa de damas por una menor demanda, puede resultar lógico que esa sea la mercancía que habrá de ofertarse a los fines de dar paso a las nuevas colecciones o envíos de mercancía, mientras los otros rubros de la tienda han tenido un desarrollo comercial aceptable; siendo así, no debe existir necesidad ni interés de publicitar ofertas en esos otros rubros; sin embargo, bajo la lupa expuesta, la publicidad de ropa de dama puede considerarse discriminatorio.

2 Decreto 6.092 del 27 de mayo de 2008 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de la persona en el acceso a los bienes y servicios. *G.O.* N° 5.889 del 31 de julio de 2008.

Puede ser que la consideración de discriminatorio por tales motivos, sólo sea producto del criterio personal o discrecional del funcionario, toda vez que la redacción de la Ley no permite ahondar en mayores consideraciones. De allí que el problema no estriba en la interpretación que una persona puede dar al texto legislativo, sino que esa interpretación, por devenir del funcionario que ha de aplicarla, acarreará una sanción que bien puede implicar un costo en el arte y el producto publicitario, o a través de la multa que ha imponerse y eventualmente la clausura temporal (hasta por 90 días); o bien el cierre definitivo del comercio, lo cual implica un considerable daño al particular que depende del criterio de interpretación de una persona.

Tales disquisiciones me lleva a la conclusión que un término -que en un principio puede considerarse como de lenguaje ordinario, del uso frecuente en el vocabulario normal-, pueda en un momento determinado convertirse en un vocablo técnico que amerita una definición si no legal, por lo menos normativa de manera que el administrado entienda y conozca en qué casos se encuentra bajo el cobijo de la norma y en qué casos la aplicación de esa misma norma pueda convertirse en su verdugo o pesadilla. De ser así y retomando lo señalado por el Presidente de INDEPABIS, buena parte del Decreto ha de esperar la publicación del Reglamento para ser efectivo y aplicarse, "...porque el requisito de tipicidad -inherente al principio de legalidad de las infracciones- obliga a que la conducta sancionable sea determinada previamente, en forma clara, por instrumentos normativos y no mediante actos particulares; y en segundo término, porque tratándose de una prohibición *ex lege*, su aplicación exige que el administrado conozca anticipadamente el hecho prohibido y, consecuentemente, pueda evitarlo, circunstancia que sólo podría lograrse mediante una clara definición de los elementos típicos de la conducta prohibida, a través de actos de efectos generales (reglamentos) y no mediante el análisis de casos concretos."³

La anterior sentencia -pese a que podemos disentir en su principal conclusión- constituye una pieza del derecho administrativo sancionador venezolano, que en su oportunidad encontró un positivo eco en el foro jurídico, incluso internacional, y que recoge el *quid* del problema a que nos referimos: la precisión, inteligencia, claridad de la norma no sólo sirve para dar cumplimiento al principio de tipicidad y legalidad de la falta que pregona la Constitución en su artículo 49, lo cual sería argumento suficiente para ser enarbolado como bandera, sino que pese a la maraña sancionadora que señala Alejandro Nieto, por lo menos permite confianza en un Estado de Derecho y por ende, Seguridad Jurídica.

3 Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 6 de marzo de 1997, caso: "Cif, S.A. Consorcios Inversionista Fabril". Magistrado Ponente: María Amparo Grau.