

Sección IV: Un nuevo concepto de descentralización

Reflexiones sobre el nuevo régimen para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y otras Atribuciones

José Ignacio Hernández G.

*Profesor de Derecho Administrativo
en la Universidad Central de Venezuela*

Resumen: *El artículo analiza el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y otras Atribuciones, en el marco del “nuevo” concepto de descentralización bajo el Poder Popular.*

Palabras claves: *Descentralización, Poder Popular.*

Abstract: *The article analyzed the Decree with range, value and for of Organic Law for the Community Management of Competences, Services and other Duties, within the framework of the "new" concept of decentralization under the Popular Power.*

Key words: *Decentralization, Popular Power.*

INTRODUCCIÓN

En la *Gaceta Oficial* N° 6.079 extraordinario, correspondiente al 15 de junio de 2012, se publicó el Decreto N° 9.043, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y otras Atribuciones.

El Decreto-Ley, de acuerdo con su artículo 1, regula la “transferencia de la gestión y administración de servicios, actividades, bienes y recursos, del Poder Público Nacional y de las entidades político territoriales, al pueblo organizado”.

El Decreto-Ley es de inmediata aplicación, aun cuando se contempla un lapso de 90 días para su adecuación, dentro del cual, incluso, deberá dictarse su Reglamento (disposiciones transitorias).

Como se verá, este Decreto-Ley se adecúa al “nuevo” concepto de descentralización que se ha formado en el marco de las Leyes del Poder Popular y la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno. La descentralización no se concibe aquí como la transferencia de competencias a favor de Estados y Municipios para democratizar el Poder acercándolo al ciudadano. Antes por el contrario, como hemos señalado, la descentralización es la transferencia de competencias del Poder Nacional, Estatal y Municipal –así como por parte de los Distritos– a favor de las instancias del Poder Popular. Con ello, se desnaturaliza el concepto constitucional de descentralización, pues el Poder Popular, como quedó regulado en las Leyes del Poder Popular, es en realidad el conjunto de instancias reguladas y controladas por el Poder Ejecutivo Nacional cuyo objetivo único, exclusivo y excluyente es el socialismo, que pasa a

ser así doctrina de Estado (véase al respecto lo que, junto a otros autores, exponemos en la obra coordinada por Allan R. Brewer-Carías *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011).

La “transferencia” de competencias regulada en el Decreto-Ley, por ello, es totalmente distinta a la transferencia que regula el artículo 184 de la Constitución. Esa transferencia se basa en la decisión autónoma de Estados y Municipios y opera a favor de la comunidad libremente organizada, a partir del derecho a la libre participación ciudadana. Pero en el Decreto-Ley (como ya sucedía con las Leyes del Poder Popular y la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno), esa transferencia es coactiva (eventualmente puede ser ordenada por el Presidente de la República) y además, sólo opera a favor de las instancias del Poder Popular, que en los términos en los cuales fueron reguladas, son la negación del derecho de participación ciudadana.

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN

De acuerdo con el artículo 1, el Decreto-Ley tiene por objeto regular la transferencia de “servicios, actividades, bienes y recursos”, del Poder Público al “pueblo organizado”. En realidad, la expresión “pueblo organizado” alude a las instancias del Poder Popular, como éstas son definidas en la Ley Orgánica del Poder Popular.

Por ello, esa transferencia pareciera basarse en el artículo 184 de la Constitución, que permite a Estados y Municipios, de acuerdo con sus respectivas Leyes, transferir a la “comunidad libremente organizada” servicios asumidos por sus respectivas Administraciones. Así lo entendió la Sala Constitucional al declarar la constitucionalidad del carácter orgánico de ese Decreto-Ley:

“Por último, dado el espíritu de transformación que subyace en el “Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y Otras Asignaciones”, el cual modifica los paradigmas sobre la gestión del ejercicio de las competencias, servicios y atribuciones por parte de los distintos entes político territoriales y de la comunidad organizada, y por cuanto parte de los cuerpos normativos de rango inferior a las Leyes Orgánicas que rigen a dichos entes deben adecuarse al mismo, esta Sala advierte que el Decreto Ley en cuestión obedece a las características de un instrumento normativo marco que sirve de base para otras disposiciones legales nacionales, estatales o municipales en la materia que se regula” (sentencia de 18 de junio de 2012).

Sin embargo, como vimos, de acuerdo con su concepción en la Ley Orgánica del Poder Popular, la transferencia no opera a favor de la “comunidad libremente organizada”, sino a favor de las instancias del Poder Popular. Como establece el artículo 27 de la Ley Orgánica del Poder Popular:

“La República, los estados y municipios, de acuerdo con la ley que rige el proceso de transferencia y descentralización de competencias y atribuciones, transferirán a las comunidades organizadas, a las comunas y a los sistemas de agregación que de éstas surjan; funciones de gestión, administración, control de servicios y ejecución de obras atribuidos a aquéllos por la Constitución de la República, para mejorar la eficiencia y los resultados en beneficio del colectivo”.

En el mismo sentido, dispone el artículo 7 de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno:

“La transferencia de competencias es la vía para lograr el fortalecimiento de las organizaciones de base del Poder Popular y el desarrollo armónico de los Distritos Motores de Desarrollo y regiones del país, en el marco del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación”

Así lo ratifica el artículo 2 del Decreto-Ley, de acuerdo con el cual la transferencia se orientará a desarrollar mecanismos de garanticen la participación de los Consejos Comunales, Comunidades, Organizaciones Socioproductivas bajo el régimen de propiedad social, comunas y demás formas de organización del Poder Popular, para la gestión comunitaria y comunal de servicios en materia de salud, deporte, cultura y otros. Por ello, como modo de gestión de esas actividades se contempla a las “empresas comunales de propiedad social” y otras organizaciones de base del poder popular o de propiedad social, reguladas en la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal. La transferencia quedará regida por principios generales, cónsonos con aquellos tratados en la Ley Orgánica del Poder Popular, como es la “ética socialista” (artículo 4).

La transferencia es regulada para todos los Poderes Públicos, incluyendo a la República, Estados y Municipios (artículo 3). Asimismo, como se indicó, la transferencia opera únicamente respecto a organizaciones o instancias del Poder Popular, incluyendo a los consejos comunales y las comunas (artículo 6), regulados por sus Leyes especiales.

Al condicionar la transferencia sólo a las instancias del Poder Popular, el Decreto-Ley viola el artículo 184 de la Constitución, pues se aparta del principio de acuerdo con el cual la transferencia procede a favor de la comunidad libremente organizada, siendo que en las instancias del Poder Popular la comunidad no es libre de decidir cómo y para qué participa.

II. LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS

El Decreto-Ley regula la transferencia de actividades y bienes del Poder Público a las instancias del Poder Popular, como mecanismo para “restituir al pueblo soberano” tales actividades, de acuerdo además con lo pautado en la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno (artículos 5.3 y 20).

Si bien el Decreto-Ley alude en general a la transferencia de servicios, actividades, bienes y recursos, pareciera que en realidad está regulando competencias propias de las Administraciones Públicas, es decir, competencias ejercidas por el Poder Ejecutivo de los Poderes Públicos territoriales previstos en la Constitución. Además, debe tratarse de actividades cuya gestión pueda ser asumida por la comunidad organizada bajo las instancias del Poder Popular.

Por ello, deben quedar fuera de esa transferencia competencias ejercidas por el Poder Ejecutivo que implican el ejercicio de potestades administrativas, en materias de orden público que no admiten su gestión directa por la comunidad. Propiamente, el Decreto-Ley debe limitarse a la transferencia de competencias relativas a la gestión de actividades económicas, incluyendo servicios y actividades prestacionales, tal y como precisa el artículo 184 constitucional. De allí precisamente que como forma de gestión se prevea a las empresas de propiedad social, que son sujetos encargados de gestionar actividades económicas y sociales (numerales 2, 4, 5 y 6 del artículo 5, y numeral 4 del artículo 6, en concordancia con los artículos 28 y siguientes).

Así lo reitera el artículo 27 del Decreto-Ley, que al enunciar las actividades que podrán ser transferidas, señala como ejemplos los servicios de salud; educación; vivienda; instalaciones deportivas; recolección de desechos sólidos; construcción de obras; prestación de servicios públicos y distribución de alimentos, entre otros. Como ello, se ha acotado el alcance de esa transferencia, según ella fue inicialmente prevista en la Ley Orgánica del Poder Popular.

III. MODALIDADES DE TRANSFERENCIA

El procedimiento para la transferencia de estas competencias puede iniciarse a solicitud de las instancias del Poder Popular o “sujetos de transferencia”, o a solicitud de los Poderes Públicos. La transferencia es concebida como un proceso que implica el *diagnóstico* de aquellas competencias que pueden transferirse, en especial, mediante la participación de la comunidad; el *plan de transferencia*, que norma cómo se llevará a cabo esa transferencia, y que como tal ha de ser aceptado por las instancias los sujetos de transferencia; el *presupuesto*, o sea, la estimación de los recursos necesarios para materializar la transferencia; la *ejecución*, que implica la concreción de la transferencia y la *contraloría social* sobre todas las fases anteriores (artículo 21).

1. *Transferencia de competencias a solicitud de los sujetos de transferencia*

Los “sujetos de transferencia” son las instancias del Poder Popular a las cuales aluden los artículos 5, 7 y 6 del Decreto-Ley. Corresponde a esos sujetos solicitar la transferencia de competencias a los Poderes Públicos “cuando estén en capacidad disposición de asumirlos autogestionariamente o corresponsablemente con el gobierno local o estatal, previo cumplimiento de las condiciones a ser acordadas entre el sujeto de la transferencia y el ente responsable de transferir el servicio”, para lo cual la República, Estados y Municipios “instrumentarán las medidas conducentes” (artículo 8).

La capacidad de los sujetos de transferencia queda regulada en el artículo 7, el cual alude a requisitos de honestidad y responsabilidad; organización; capacidad técnica y profesional, incluyendo el diseño y ejecución de los planes de gestión.

Los “voceros” de los sujetos de transferencia tendrán la iniciativa de solicitar la transferencia (artículo 12), de acuerdo con lo que establezca el Reglamento del Decreto-Ley (artículo 13).

De acuerdo con el artículo 10, el Consejo Federal de Gobierno, a través de su Secretaría, es el órgano encargado de resolver los conflictos que se presenten entre los sujetos de transferencia y los órganos del Poder Público, a consecuencia de una solicitud de transferencia. El Decreto-Ley, sin embargo, no aclara cómo el Consejo Federal de Gobierno puede resolver ese conflicto.

Para ello, hay que recordar que de acuerdo con el numeral 1 del artículo 14 de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno, corresponde a ese Consejo “proponer al Presidente o Presidenta de la República las transferencias de competencias y servicios a los Poderes Públicos Territoriales y a las organizaciones de base del Poder Popular”. De acuerdo con el Reglamento de esa Ley, la transferencia de competencia es consecuencia del Decreto dictado por el Presidente (artículo 3).

Por ello, si bien el Decreto-Ley no señala cómo se resuelve ese conflicto, de acuerdo con la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno y su Reglamento pareciera que ese conflicto lo resolverá el Presidente de la República quien podría “decretar” la transferencia de competencias. Ello resulta inconstitucional pues en los términos del artículo 184 del Texto de 1999, la transferencia sólo puede ser autónomamente acordada por Estados y Municipios, a través de mecanismos abiertos y flexibles y de acuerdo con sus respectivas legislaciones. No puede el Poder Nacional ordenar a Estados y Municipios la transferencia de competencias.

2. *Transferencia por iniciativa del Poder Público*

Los órganos del Poder Público Nacional, de los Estados y de los Municipios podrán también transferir competencias de manera “directa y progresiva” sin necesidad de requeri-

miento por parte de los sujetos de transferencia. A tal fin, deberán presentar al Consejo Federal de Gobierno el Plan anual de transferencia, para revisión y aprobación del Consejo. Además, la Secretaría del Consejo Federal de Gobierno podrá solicitar la formulación de planes de transferencia (artículos 11 12 y 13), lo que estaba ya contemplado en el artículo 9 del Reglamento de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno. El primer Plan será presentado dentro de los noventa siguientes días de la entrada en vigencia del Decreto-Ley (disposición transitoria tercera).

Aquí se presenta otro conflicto constitucional, pues pareciera que el Consejo Federal de Gobierno puede, a través de estos Planes, ordenar la transferencia de competencias. Se insiste, esa decisión sólo puede ser tomada por los órganos de los Estados y Municipios de acuerdo con su respectiva legislación.

Para el Municipio, en todo caso, estimamos de aplicación especial los mecanismos de transferencia pautados en los artículos 278 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

3. *Vinculación al Plan de la Nación*

La transferencia deberá cumplir con el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación (artículos 1 y 12). Por ello, el propósito último de la transferencia regulada en el Decreto-Ley es la promoción de la “sociedad socialista”, como ésta es concebida en el actual Plan de Desarrollo 2007-2013 y en la Ley Orgánica del Poder Popular. De allí, precisamente, que el Decreto-Ley reitere la inconstitucionalidad de esa Ley Orgánica, al violar el pluralismo. La transferencia de competencias es, así, mecanismo que únicamente puede orientarse al socialismo, que es la política del Gobierno de turno erigida como doctrina de Estado, lo que niega el pluralismo y, con ello, la base del Estado democrático reconocido en la Constitución.

4. *Mecanismo de transferencia*

La transferencia se formalizará en un Convenio que deberá establecer el acompañamiento técnico y financiero por parte del Poder Público que transfiere la competencia (artículos 13 y 16). Ese Convenio se supedita a la verificación de los requisitos que deben cumplir los sujetos de transferencia (artículo 14).

La transferencia de competencias –referida a actividades económicas y sociales– ha de ir acompañada de la transferencia de los recursos para la “gestión, administración o prestación de los servicios o actividades objeto de transferencia”, hasta la terminación del ejercicio económico correspondiente. Pero para ejercicios sucesivos, la “entidad transfiriente” debe efectuar las previsiones presupuestarias para “garantizar la continuidad del servicio, la ejecución de la actividad o la provisión de bienes”, sin perjuicio de los apartados especiales creados por el Consejo Federal de Gobierno (artículo 15).

Asimismo, la “entidad transfiriente” asume la obligación de “corresponsabilidad”, es decir, el deber de auxiliar a las sujetos de transferencia en el ejercicio de la actividad (artículos 18 y 19). Como consecuencia de ello, el artículo 34 del Decreto-Ley prevé las ayudas fiscales que la “entidad transfiriente” puede otorgar.

5. *La gestión de las competencias transferidas*

Al tratarse de competencias materiales, de gestión de actividades económicas y sociales, los mecanismos de ejecución de las competencias transferidas aluden principalmente a la creación de empresas comunales o EC (artículo 30), materia tratada en la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal (artículo 31).

Esas empresas se basan en la “propiedad social directa”, y podrán incluso asociarse con otras empresas (artículo 28). A todo evento, el Ministerio del área dictará la regulación aplicable, incluyendo su registro (artículo 29).

Por ello, y de acuerdo con el artículo 31, en estas empresas no hay como tal un capital social ni por ende cuotas de participación. De acuerdo con el numeral 1 de ese artículo, quienes participen en esas empresas “no tienen derecho o participación” sobre su patrimonio, y el excedente –si lo hubiere– se orientará a la “reversión social”. En cuanto a sus órganos de deliberación y administración, deberá asegurarse el respeto a la “participación protagónica” de la comunidad organizada (numerales 3 y 4). Además, la base de esas empresas es el trabajo comunitario (artículos 35 y 36). Las EC son, así, sociedades distintas a las sociedades civiles y mercantiles reguladas en el Código Civil y el Código de Comercio.

6. *Controles*

Tanto el proceso de transferencia como la ejecución de las competencias transferidas se sujetan, de acuerdo al Decreto-Ley, a distintos controles. Hay, así, el control llevado a cabo por las instancias del Poder Popular de manera interna (artículo 22), así como la contraloría social que la comunidad ejerce sobre la transferencia y su ejecución (artículos 21 y 32). Adicionalmente, aplicarán las normas sobre control fiscal, en tanto la transferencia implica el uso de recursos públicos (artículos 23 y 24). Adicionalmente, los sujetos de transferencia deberán rendir cuenta al Consejo Federal de Gobierno de manera semestral (artículo 26).

7. *Reversión*

El artículo 25 del Decreto-Ley regula la reversión de la competencia, o sea, el proceso inverso a la transferencia. La reversión procederá ante la incapacidad de los sujetos de transferencia de gestionar adecuadamente la actividad, de acuerdo con los resultados de los mecanismos de control aplicados, y vencido como sea al plazo de subsanación otorgado a tales efectos. A tal fin la “entidad transfiriente” solicitará la opinión del Consejo Federal de Gobierno, quien de estar de acuerdo, “habilitará” el inicio del proceso de reversión, según el Reglamento.

Ya esta materia había quedado genéricamente tratada en el Reglamento de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno, cuyos artículos 43 y 44 prevén que el Consejo Federal de Gobierno podrá solicitar al Presidente de la República Bolivariana de Venezuela “la activación del proceso de reversión de transferencia de competencias conforme a la normativa aplicable, cuando se estime que no se han cumplido los objetivos que motivaron dicha transferencia o existan razones estratégicas de interés nacional que así lo ameriten”.

VI. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DECRETO-LEY

El Decreto-Ley comentado, salvando los vicios de su procedimiento de formación –pues no conocemos de la consulta pública sustanciada a tal fin– así como los vicios de la Ley Habilitante bajo la cual fue dictado, resulta contrario a la Constitución por desnaturalizar la figura prevista en el artículo 184 del Texto de 1999. La transferencia que la Constitución prevé en esa norma es aquella que autónomamente promueven Estados y Municipios, para incentivar la participación libre de los ciudadanos en la gestión de la *actividade prestacionale*, como consecuencia del principio de subsidiariedad sobre el cual descansa esa actividad. Por ello, esa norma se relaciona con el artículo 141 constitucional, de acuerdo con el cual la Administración está al servicio de los ciudadanos.

Tan es así que la Administración debe promover la transferencia de servicios a favor de la comunidad libremente organizada, lo que –nótese bien– supone un caso de privatización, en tanto la comunidad es parte del sector privado. El artículo 184, en resume, promueve la participación libre de los ciudadanos en actividades asumidas por la Administración, que pasarán a así al sector privado.

Pero el Decreto-Ley aborda esa transferencia desde la concepción estatista y socialista del Poder Popular. Es decir, la transferencia sólo procede a favor de instancias controladas por el Poder Ejecutivo Nacional cuyo objeto único, exclusivo y excluyente es el socialismo. Los ciudadanos han quedado privados de participar a través de otros medios y para otros fines, en contra del derecho de participación ciudadana contemplado en los artículos 62 y 70 de la Constitución.

No cabe hablar, entonces, de transferencia de competencias en los términos del artículo 184, ni mucho menos de descentralización. La descentralización, en la Constitución, sólo se concibe a favor de la democracia y por ende, a favor de la libertad. Pero en el Decreto-Ley, como sucede en las Leyes del Poder Popular, no hay libertad, ante la imposición del socialismo como doctrina de Estado.

Hasta tanto el Decreto-Ley no sea anulado o derogado, por ello, será necesario promover su interpretación constitucional. Por ello, la transferencia de competencias referidas a servicios sólo procederá por decisión autónoma de Estados y Municipios, y no por Decreto Presidencial. Además, corresponderá Estados y Municipios definir los términos del Convenio de transferencia, siempre promoviendo la participación ciudadana libre, abierta y plural. De allí que la transferencia procederá respecto a cualquier forma de participación ciudadana, y no de manera privativa a favor de las instancias del Poder Popular.