

El control jurisdiccional sobre la inactividad de la Administración Pública y el derecho a una buena administración

Armando Rodríguez García

*Profesor de la Universidad Central de Venezuela
Director del Centro de Estudios de Postgrado
Coordinador del Postgrado en Derecho Administrativo.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV*

Resumen: *Se parte de la amplitud, variedad y dinamismo de los asuntos que maneja el Estado a través de la función administrativa, sujeta al principio de legalidad, lo que incorpora el control jurisdiccional mediante el instrumental procesal acorde con el objeto controlado, con lo cual, el control alcanza a la conducta de inactividad, en sus diferentes supuestos. El artículo destaca el vínculo de este control con el derecho a una buena administración.*

Palabras Clave: *Función administrativa, control jurisdiccional, inactividad, derecho a una buena administración, eficiencia.*

Abstract: *Public administrations must submit to judiciary control not only because of their legal acts, but also because of the inactivity. That means a different subject in which case the aim is guarantee the administrative function efficiency as well as maintain the law in order to respect the people's right for a good administration.*

Key words: *Control, law, behavior, inactivity, efficiency, good administration.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

- I. LA VÍA EXPANSIVA DEL CONTROL SOBRE LA ADMINISTRACIÓN
- II. SUPUESTOS DE INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN
- III. PECULIARIDADES PROCESALES DEL CONTROL SOBRE LA INACTIVIDAD
- IV. CONTROL DE LA INACTIVIDAD Y DERECHO UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

INTRODUCCIÓN

La cuestión del control jurisdiccional sobre las múltiples y variadas manifestaciones que comporta el ejercicio de la función administrativa del Estado se nos presenta como un tópico de necesaria atención para obtener una completa y adecuada comprensión de la dimensión que puede alcanzar el plexo integral del Derecho administrativo. Este asunto particular deja al descubierto que hacemos contacto con una disciplina del conocimiento científico que, a la par de la construcción, sistematización y explicación teórica de sus contenidos, se nos presenta como una herramienta práctica de singular utilidad e inexcusable empleo para el desenvolvimiento cotidiano del ciudadano común, y con ello, de la sociedad en su conjunto.

Partimos de considerar que la Administración pública –y junto a ella, toda la organización del Estado, en su condición aparato estructuralmente dispuesto para el ejercicio del poder público–, es una expresión avanzada de organización social, cuya existencia solo tiene sentido en función del servicio que le corresponde prestar a los individuos de la especie humana, a las personas, como parte esencial de la sociedad, lo que debe ocurrir dentro de parámetros de eficiencia en la gestión, al tiempo que también aparecen necesarios referentes de naturaleza jurídica, puesto que resultan involucradas situaciones, relaciones e intereses individuales y colectivos cuyo cauce natural de desenvolvimiento requiere el adecuado ambiente de interacción que el Derecho brinda para reducir los costos de las transacciones sociales y ofrecer el soporte institucional imprescindible para la práctica de la vida civilizada.

Por tales motivos conviene recordar que el Derecho administrativo se construye, se justifica, se sistematiza y, finalmente, se aplica en su integridad, a partir de la concepción de la administración pública como un fenómeno manifiestamente jurídico, con lo que sobrepasa sus perfiles técnicos, históricos y sociológicos, para quedar encajado en las categorías fundamentales que confluyen en la concepción del Estado de Derecho. En este sentido resulta orientador el enfoque que ofrece el profesor Massimo Severo Giannini, cuando precisa lo siguiente: “... La Revolución francesa y las revoluciones liberales sucesivas eliminaron de la escena los tipos estructurales del absolutismo puro y del absolutismo ilustrado, e introdujeron un nuevo tipo estructural que pronto se llamó de <<derecho administrativo>>. He aquí la esencia del acontecimiento, que fue importante porque dio lugar a la introducción de un nuevo tipo de Estado, que ha sufrido después grandes cambios constitucionales, pero que ha conservado su modelo estructural entonces adquirido, aunque cada vez más perfeccionado...”¹.

La nueva *juridificación* que arroja a la Administración pública a partir de la construcción de las concepciones filosóficas y políticas que cobran forma y adquieren difusión con una escala de amplitud determinante durante el siglo dieciocho, se pone en marcha con ocasión de las transformaciones operadas por la dinámica social, económica y política que registra la sociedad occidental a partir de los momentos revolucionarios que se manifiestan con la independencia de las trece colonias norteamericanas (1.776) en la que se inspira todo el proceso de independencia de las colonias españolas y portuguesas que tiene como escenario el resto del continente americano, al tiempo que influyó en el desencadenamiento de la revolución francesa (1.789) y sus consecuencias de todo orden.

La trascendencia de los acontecimientos que acompañan la puesta en escena de aquellas novedades conceptuales contribuye, sin lugar a dudas, al vigor con que se produce su implantación, sin que ello reste significado y potencia al peso específico y a la eficiencia práctica de tales concepciones, como ha demostrado sobradamente la proyección temporal que nos permite su observación desde la perspectiva del momento actual.

De este modo convergen las nuevas visiones filosóficas y propuestas prácticas sobre el sentido del poder político, para terminar, generando la efectiva producción de los cambios ocurridos en la forma de concebir, legitimar y poner en práctica el ejercicio estable, constante y sistemático de las facultades, potestades y responsabilidades que constituyen el núcleo duro del Poder público, a los efectos de alcanzar los fines antes aludidos.

Ello conduce, en definitiva, al surgimiento de un nuevo cuño para determinar la estructura y el funcionamiento de los centros de decisión del Estado que incluye, con alto relieve, la

¹ Massimo Severo Gianinni, *Premisas sociológicas e históricas del Derecho administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1980, p. 47.

figura del control jurídico sobre su aparato administrativo público, en particular, sobre sus decisiones (actos), pero también, sobre los cauces y maneras en que se manifiesta o debe manifestarse.

En ese contexto –marcado decisivamente por el dinamismo– cobra relevancia la fórmula del control jurídico sobre la administración pública como una pieza con peso específico dentro del sistema general derivado de esa nueva plataforma conceptual. La fórmula del control sobre la administración pública –en principio, sobre sus actos– cobra fuerza y se pone de manifiesto en momentos distintos a lo largo de una extensa trayectoria, con diversos grados de intensidad y alcance, pero manteniendo su presencia como una constante, tanto desde las expresiones que se ubican en un punto de vista funcional, es decir, en cuanto a los mecanismos adjetivos o las pautas y técnicas procedimentales del control, como también, desde la perspectiva del espectro organizativo, mediante la aparición de estructuras con diverso porte, que asumen la tarea de llevar adelante la aplicación de aquellos mecanismos.

En el fondo del asunto subyace, como se percibe sin dificultad, la percepción del ejercicio del poder, vinculándolo a la idea de la libertad y su efectiva garantía, como un valor digno de ser preservado, lo que conduce al empleo de las modulaciones de la Ley, en tanto constituye el referente común donde se encuentran, por una parte, la plataforma de los espacios de la libertad del individuo y, por la otra, la debida legitimación para el ejercicio del poder que opera, entonces, no solo como soporte de actuación, sino como un límite, como un punto de freno, como un parámetro de control, en definitiva.

Así, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se parte de proclamar como cualidades naturales (derechos) del hombre la *libertad* y la *igualdad* (artículo 1), en razón de lo cual, los límites a la libertad del hombre *solo pueden ser determinados por la Ley* (artículo 4), en *tanto la Ley es expresión de la voluntad general* (artículo 6) y, en consecuencia, es una manifestación de la libertad del individuo, quien concurre a la formación de esa voluntad general mediante sus representantes, con lo cual, únicamente cuando el ciudadano es requerido a obedecer *en virtud de la Ley, debe obedecer* (artículo 7).

De la concepción vertida en tales postulados formales se deriva la *legalización* del poder que, a decir de García de Enterría, viene a ser “...la revolución más importante probablemente de la historia humana. Todos los actos del poder deberán legitimarse en una ley de cuya aplicación se trate”, y agrega de seguidas, “...esto postula un control sobre la actuación de los agentes para controlar la legalidad de sus actos”², lo que también recoge la Declaración al indicar que *la Sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su gestión a cualquier agente público* (artículo 15).

Estrechamente asociado con este aspecto de la cuestión general, que comporta la construcción del Estado de Derecho se hace presente la doctrina de la división de poderes, con una importante carga de potencial teórico, que viene acompañado por efectos funcionales de consideración, tal como pone de relieve García-Pelayo, al advertir que el empleo de aquella doctrina “...respondía a una racionalidad axiológica unilateralmente orientada: el máximo valor era la libertad, a la que se trataba de garantizar formalmente mediante la limitación de la acción del Estado por el freno mutuo de sus potestades; en el Estado social, la libertad es un valor de primer rango, pero que solo puede hacerse valer articulado a otros (ante todo la seguridad económica) que han de ser garantizados materialmente por la intervención concer-

² Eduardo García de Enterría, *Problemas del Derecho Público a comienzo de siglo*. Civitas, Madrid, 2001, p. 66.

tada (y no separada) de los poderes del Estado. En segundo lugar, el modelo de la división de poderes respondía a una racionalidad organizativa, a una división de las tareas fundamentales del Estado con arreglo a la cual cada función debía estar a cargo de un órgano distinto, precisamente de aquel que por su estructura era el más apropiado para ello...³.

Ahora bien, en cualquier apunte que se intente sobre la materia, no hay posibilidad de evadir que uno de los signos distintivos del Derecho administrativo y sus instituciones está en su “inquieta esencia”, como lo ha calificado Meilán Gil⁴, lo que, a su vez, es una nota que viene impuesta por el dinamismo que encierra la esencia medular de la tarea de *administrar*, en general, y muy particularmente lo que comporta la *administración pública*, en tanto es una actividad funcional definitivamente marcada por su inseparable maridaje –que en cierta medida se configura como una real y efectiva dependencia– con las transformaciones que día a día ocurren en la forma de vida del ser humano y de la sociedad en su conjunto.

Desde luego, el tema del control jurídico sobre la función administrativa del Estado, en tanto expresión más inmediata de ejercicio del poder público no escapa al dinamismo indicado. En efecto, el Estado, en su integralidad orgánica y funcional, existe únicamente para cumplir la función de *actuar* en función de los intereses de la colectividad en la cual opera y sin la cual carece de sentido práctico y de cualidad existencial, y dentro del amplio elenco de manifestaciones funcionales que despliega el Estado aparece la administración como aparato y función que toca de manera directa e inmediata con otros sujetos de derecho que forman parte del andamiaje público y, sobre todo, con los que integran el espectro general de la sociedad, por lo que su campo de acción al igual que los ámbitos correlativos de control adquieren dimensiones de mayor extensión en cuanto a los asuntos que se hacen objeto de atención, al tiempo que presentan un ritmo más intenso en la aparición de esos nuevos asuntos como consecuencia directa de las transformaciones culturales y tecnológicas.

Todo ello, desde luego, imprime potencia al dinamismo transformador en el ámbito de las manifestaciones del control jurídico sobre la administración pública ampliando progresivamente su campo de acción. Desde ese enfoque encaja, precisamente, el control específico sobre las manifestaciones de inactividad, negativa, omisión o abstención, al entenderse que tales supuestos también configuran contrariedad a Derecho que afecta el debido funcionamiento de la administración y, consecuentemente, producen lesión ilegítima en el espacio de los derechos e intereses de aquellos destinatarios de la actuación debida, y no cumplida oportunamente.

De este modo, dentro de los múltiples enfoques que pueden darse al tema en comento, optamos por emplear la perspectiva que destaca la valoración de las manifestaciones del control jurisdiccional sobre la inactividad de la administración pública asociada al derecho a la buena administración y el buen gobierno que tienen los ciudadanos.

A tales efectos, primeramente, pasamos revista, de manera panorámica, a la progresiva ampliación que se ha venido observando en el campo específico de los controles jurídicos sobre el ejercicio del poder público, como un efecto natural de la vigencia del Estado de Derecho, y particularmente, por efecto directo del Principio de legalidad, que viene a ser reforzado en su vigor, frondosidad y jerarquía por el fenómeno de la *constitucionalización* del Derecho administrativo. Luego, pasamos a revisar las particularidades que detectamos en

³ Manuel García-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Fundación Manuel García-Pelayo. Colección Estudios, Caracas, 2009, p. 55.

⁴ Véase: José Luis Meilán Gil, *El proceso de definición del Derecho administrativo*. Escuela Nacional de Administración Pública. Centro de Formación de Funcionarios, Madrid, 1967.

esta concreta fórmula de control, mediante el contraste con las técnicas más depuradas, más usuales y, por ende, más desarrolladas, como sucede con el control de legalidad sobre los actos de la administración, a tal efecto destacamos las características de mayor singularidad que observamos en el control jurisdiccional sobre la inactividad, entendiéndolo que el mismo está dispuesto con el objetivo de dar adecuada respuesta, en términos de justicia, a una pretensión jurídica del administrado que debe ser asociada al derecho a una buena administración y, por tales motivos, se convierte en una expresión más de las transformaciones constantes del Derecho administrativo contemporáneo.

I. LA VÍA EXPANSIVA DEL CONTROL SOBRE LA ADMINISTRACIÓN

Un hecho que no amerita detenerse con mayor extensión es que la Administración pública, tanto en su estructura como en su funcionamiento está subordinada, por principio, a las categorías de eficacia y eficiencia, al igual que a los postulados del Derecho, que se erige como la plataforma que ofrece legitimidad a todas y cada una de sus expresiones, al tiempo que se comporta como frontera, como un límite formal y objetivo para sus manifestaciones, en tanto se entiende que las mismas son expresión de ejercicio del poder público.

Visto así, se trata de un sistema que trae consigo la existencia de parámetros referenciales para evaluar y establecer correctivos, para limitar y controlar el ejercicio del poder reconduciéndolo a la prosecución de los objetivos que tiene pautados y el respeto a los cauces que conducen su práctica, a los fines de dar adecuada satisfacción a los fines de interés colectivo que justifican su existencia, con lo que se persigue cubrir, en paralelo, el principio de respeto a la libertad de las personas, todo lo cual se condensa en la atinada expresión del profesor González Navarro, que define al Derecho administrativo como *el Derecho del poder para la libertad*.

Tal vez no reparamos usualmente en la trascendencia del esquema, aunque constituye la esencia del Derecho Público y, más específicamente, del Derecho administrativo. Así lo puso en alto relieve García de Enterría, al precisar que "...el Derecho administrativo es un hijo directo de la consagración del sistema revolucionario del *reino de la ley*, el cual supone la legalización completa de toda la acción del Estado sobre los ciudadanos a quienes únicamente en *virtud de la Ley* se puede exigir obediencia. En la concepción originaria la Ley no tendría otro objeto (Art. 4 de la Declaración de Derechos de 1789) que asegurar la coexistencia de las libertades de los ciudadanos entre sí, garantizar, en definitiva, la libertad y la igualdad. Es sobre esta técnica de la legalización del poder sobre la que se forma todo el Derecho Público moderno, desde las turbulencias iniciales de la Revolución, Derecho Público que Napoleón consolida y que pasa, seguidamente, a todas las Monarquías europeas, aún a las más reacias a los principios liberales, y desde luego, nada propicias, o muy poco, al principio democrático. Desde Napoleón el Derecho Administrativo se articula sobre las enormes posibilidades que abría una legalización general de las competencias, tanto como técnica de ordenación y control del cada vez más complejo aparato administrativo, como para establecer un sistema de *libertad de los modernos* en el sentido en que este concepto básico fue teorizado por Benjamín Constant, esto es, como un sistema de seguridad jurídica que garantizaba a los ciudadanos por medio de las Leyes un espacio de libre desenvolvimiento y de predictibilidad y certeza de la acción del Estado..."⁵

⁵ Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Tercera Edición, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 40

De esta forma se destaca el papel de los mecanismos de control jurídico sobre las manifestaciones del poder a través de la administración pública, particularmente los mecanismos integrantes del sistema de control jurisdiccional que identificamos como Contencioso administrativo, en tanto resultan una técnica de garantía de las relaciones jurídicas que se traban entre diversos sujetos de derecho con el Estado, y más concretamente, con la Administración pública, en razón de la función que le corresponde cumplir, lo que, en definitiva, permite sistematizar el control jurisdiccional de la Administración como en el elemento esencial de la relación jurídico administrativa, consistente en la *garantía* de esa singular relación, por medio de la cual se define el perfil conceptual del Derecho administrativo.

Así lo considera Marcello Caetano en la sencilla pero muy clara y precisa sistematización que emplea para explicar el contenido del Derecho administrativo, montada en torno a la categoría de la relación jurídico administrativa.

En esa aproximación el catedrático portugués expresa, entre otras ideas, lo siguiente: "...El elemento específico de la relación jurídica es la garantía de que los poderes y deberes en que consiste se harán efectivos, mediante el empleo de la coacción, si fuere necesario...De este modo el titular del poder sabe que su libertad de obrar no encontrará ninguna resistencia legítima: las resistencias que se le opongan serán ilegítimas y deben apartarse con la fuerza. El titular de un deber sabe que está obligado a cumplirlo bajo pena de verse compelido, en el caso de no hacerlo, a comportarse de acuerdo con su obligación...No debemos olvidar que la garantía de la relación no reside propiamente en el hecho de la coacción, sino en la *posibilidad de utilizarla*...", y más adelante el autor añade: "...La organización de la garantía de los derechos de los administrados es, en definitiva, el punto esencial del Derecho administrativo: sin ella no existirían relaciones jurídicas, porque no habrá posibilidad de obligar a la Administración a cumplir las obligaciones que legalmente contrae..."⁶.

En consecuencia, se entiende que la técnica del control jurisdiccional sobre la Administración pública –en su condición de sujeto imprescindible para la existencia de la relación jurídico-administrativa que, a su vez, es la categoría que aporta sentido y contenido al Derecho administrativo– resulta un elemento esencial para la totalidad de la construcción doctrinaria de la disciplina, además de ser herramienta primordial para su aplicación en la práctica forense.

Ahora bien, al lado de los soportes teóricos que se hacen presentes en las construcciones funcionales del control jurídico sobre la Administración, entendiendo que el respeto al valor fundamental de la libertad como derecho y garantía del individuo conduce a poner en brete el ejercicio del poder del Estado que se manifiesta por medio de esta función, es oportuno recoger alguna breve referencia a la trayectoria que se registra en la práctica como proceso de esa construcción que, en buena medida, se asocia también con la construcción misma del Derecho administrativo como disciplina, lo que habla de su importancia sustancial.

En este aspecto de la cuestión es suficientemente conocido el carácter de pieza clave que ostenta la figura del Consejo de Estado francés; así lo califica, dentro de una línea de pensamiento compartida pacíficamente por la doctrina del Derecho administrativo, en el amplio espectro comparado latinoamericano, el profesor Farías Mata, al indicar que: "...Sin su propia existencia y sin la obra jurisprudencial y doctrinaria en sí misma considerada del Consejo de Estado Francés, es casi seguro que los principios de derecho –ya universales y de

⁶ Marcello Caetano, *Tratado Elemental de Derecho Administrativo* (Teoría General). (Traducción Laureano López Rodó). Editorial Sucesores de Gali, Santiago de Compostela 1946.

los cuales somos usufructuarios— cuya consagración se debe a la Revolución Francesa, o no hubiera tenido permanencia en el tiempo, o hubieran sido desvirtuados por los cambios políticos que en forma cíclica se sucedieron a partir de 1789...”⁷.

A los efectos del interés inmediato sobre el asunto concreto que concierne a estas líneas, destacan dos notas dentro de esa ya prolongada trayectoria. Estas son, por una parte, la evolución creciente de los medios de impugnación que se acumulan a partir del inicial recurso por *exceso de poder* como pretensión frente a los actos de la Administración, y luego, la ampliación del título que legitima el ejercicio del control sobre el aparato administrativo público, mediante el paso de la justicia retenida a la justicia delegada, instalándose así una verdadera jurisdicción especializada, distinta de la ordinaria.

De esa manera, se ensancha el espectro de los recursos o medios de acción procesal de diferente factura formal, para concurrir a demandar justicia como consecuencia de actuaciones y conductas la Administración pública, lo que obedece a la detección progresiva de supuestos diferentes que ameritan protección jurisdiccional a favor de los sujetos de derecho vinculados con ella, en razón de las múltiples manifestaciones que comprende esa función. Pero, además, y en paralelo, se va haciendo cada vez más independiente la función del control jurídico sobre el poder de la administración, así como las técnicas y oportunidades que se ponen a disposición de los sujetos (administrados) para su expresión, y con ello, se hace más amplio el espacio de las facultades y los poderes del juez, a los efectos de asegurar la eficiencia del control.

En nuestro criterio es obvio que tal evolución, marcada por la tendencia clara y sostenida hacia la ampliación de los supuestos de control y las técnicas para su aplicación, no puede entenderse como un guion preestablecido de forma anticipativa con determinación de sus fases o etapas, como se programa un proyecto sobre el cual se ejerce un dominio absoluto o, cuando menos, suficiente como para conducirlo hacia la obtención de determinados resultados.

Antes bien, consideramos que, en buena medida, todas estas proyecciones obedecen a una direccionalidad impuesta desde fuera, como resultado de la evolución de la sociedad, tal como hemos dicho antes, por el efecto del incremento cuantitativo y los cambios cualitativos de las relaciones entre los distintos sujetos actuantes, particularmente entre los individuos, las personas naturales, y el Estado, lo que conduce directamente a la multiplicación de los requerimientos de protección para las situaciones involucradas, por ser susceptibles de lesión o, sencillamente, por ser situaciones que legitiman al sujeto que las ostenta para adelantar iniciativas de control. Es así como se perfilan mecanismos de protección de corte profiláctico y terapéutico, para preservar los intereses colectivos, así como los derechos e intereses jurídicos individuales, objeto de garantía jurídica.

De allí la trayectoria que dibuja el ensanchamiento y la diversificación progresiva que se presenta, en forma sostenida, sobre los instrumentos y modalidades de control jurisdiccional que se incorporan al sistema contencioso administrativo. En efecto, se pasa de un núcleo reducido, representado por el *recurso por exceso de poder* como instrumento disponible en el esquema inicial que se construye en sede del Consejo de Estado, a la amplia gama de medios de impugnación, generadores en algunos casos de diversos cauces procesales para atender las particularidades de las pretensiones deducidas, que de manera general y prácticamente universal reconoce el sistema contencioso administrativo del momento actual.

⁷ Luis Henrique Farías Mata, “El Consejo de Estado Francés: Juez de la Administración Pública y garante de la continuidad revolucionaria”. En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 78. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1991, p. 13.

Para entender cabalmente la magnitud de esa trayectoria es conveniente advertir su relación con la igualmente progresiva y sostenida expansión que experimenta la administración pública en cuanto a la variación en campos de atención e intensidad de intervención que atienden las unidades de decisión que la conforman, lo que apunta a la multiplicación de posibles supuestos de infracción al ordenamiento jurídico y eventuales lesiones a sujetos de derecho, con lo cual, ante la realidad de un aparato estatal que crece decisivamente en el campo de sus manifestaciones y responsabilidades, con la significativa incorporación del elenco de modalidades prestacionales a sus tradicionales expresiones de actuación, resultaba insuficiente e ineficaz un sistema de control jurídico –en particular el control de corte jurisdiccional– reducido a la posibilidad de revisión de los actos jurídico formales provenientes de la función administrativa.

Ya hemos aludido a esta cuestión, en otra oportunidad, advirtiendo que “... Ante el nuevo panorama, se abre el espectro del control, no solo en cuanto a la variedad de motivos de impugnación del acto, o de la diversidad de actos susceptibles de ser sometidos a control, sino lo que más directamente nos interesa en esta oportunidad, se incluye el control de otras formas de manifestarse la Administración, que pueden resultar contrarias al ordenamiento y lesivas a las situaciones jurídicas individuales o colectivas. Se incorpora así el *control de la conducta* de los órganos del Poder Público, principalmente por lo que se refiere a supuestos de *inactividad*, al reconocerse como supuesto de pretensión procesal la posibilidad de solicitar pronunciamiento judicial, en protección de una situación jurídica individual o colectiva, omisiva o de inactividad, o contra una negativa indebida del Poder Público, y particularmente de la administración pública, por el papel proactivo, gerencial, de interlocutor directo con los ciudadanos que le corresponde cumplir...”⁸, con lo cual, se pone de manifiesto que con este nuevo umbral de control se busca ofrecer una fórmula utilitaria mediante la cual, además de preservar el orden jurídico, se apunta a la realización efectiva de los objetivos de interés general que se persiguen, pues administrar no se puede reducir a actuar a ciegas, cumpliendo y aplicando reglas en forma mecánica, sino conseguir objetivos de eficacia, lo que no se logra con la inactividad.

Por ello, estos supuestos de abstención o inactividad, se convierten en omisiones del cumplimiento de un deber jurídico que recae en el decisor público, en el órgano que está dotado de potestades y competencias, precisamente, para *actuar*, para hacerlas efectivas en decisiones o acciones, de acuerdo a los postulados legales aplicables y no simplemente para aumentar de manera virtual su caudal de facultades jurídicas; de modo tal que, existiendo tal previsión legal que pauta la conducta activa como un deber, la falta de actuación se traduce en una contrariedad a derecho, esto es, en una infracción susceptible de ser controlada, a fin de garantizar la prevalencia del orden jurídico establecido, y con ello, proteger las situaciones e intereses jurídicos que pudieran resultar ilegítimamente lesionados como consecuencia de la situación de inactividad.

El dato a destacar desde el punto de mira empleado en esta aproximación, consiste en poner de relieve que el hecho de que el control jurisdiccional sobre la administración ya no se circunscribe a la verificación del grado de sintonía de sus actos formales con el ordenamiento jurídico, puesto que también alcanza a sus *conductas*, con lo cual, se incorporan al ámbito del control, las omisiones o inactividades, por ser estas también infracciones al ordenamiento que igualmente lesionan los derechos e intereses subjetivos singulares o colectivos.

⁸ Cfr. Armando Rodríguez García, “La inactividad del Estado como objeto de la pretensión procesal del administrado”. En *Ensayos de Derecho Administrativo*. (VVAA). Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 13, Caracas, 2004, p. 468.

En conclusión, se destaca una clara expansión en el contenido y el alcance del control jurisdiccional sobre las instancias del Poder Público, en particular, sobre la administración, con todo lo que ello implica como concepción filosófica del Derecho administrativo, y con ello, en lo que hace a su impacto sobre el espectro de las categorías sustantivas y adjetivas que le son propias.

En efecto, la proyección del control jurisdiccional más allá de los actos, como una de las múltiples formas de expresión de la función administrativa del Estado, habla de la progresiva ampliación del alcance de la justicia como valor de orden primordial, tanto en el plexo teórico como en el espacio de las realizaciones prácticas, regulares o cotidianas del Derecho administrativo, que se inscriben en la decisiva tendencia para reducir las inmunidades del Poder público mediante la fórmula del absoluto respeto a los derechos de los ciudadanos, a efectos de garantizar el debido equilibrio entre los sujetos que se vinculan a través de las relaciones jurídico administrativas.

Adicionalmente, la ampliación de los supuestos de control impulsa la redefinición, la nueva interpretación, o la adaptación de algunas de las categorías, técnicas y modalidades instrumentales propias de esta disciplina jurídica para, de esa manera, facilitar el cumplimiento de los objetivos del control jurisdiccional, lo que trae consigo la adaptación de los moldes y pautas procesales así como la revisión de las concepciones sustantivas asociadas al tema de la conducta (actividad e inactividad) de la Administración pública, con lo que cobra vigencia práctica el postulado lógico según el cual cada Derecho sustantivo genera su propio Derecho adjetivo, es decir, el sistema procesal que le sirve de complemento para hacer eficientes las categorías sustantivas que le sirven de sustento básico o conceptual, sin lo cual, todo proceso carece de sentido y función real.

De allí que la comprensión de las modalidades procesales así como su adecuado manejo requieran por igual del conocimiento específico y la interpretación pertinente de los conceptos sustantivos o materiales a los cuales aquellas deben su existencia, pues no es dable un cauce procesal en abstracto, vacío de referente sustantivo, sin relación directa con una institución o categoría jurídica que arrope una relación, una situación, un derecho subjetivo, o un interés individual o colectivo para cuya efectiva realización o protección deba su empleo ese proceso, como instrumento dispuesto para procurar la realización de la justicia como fin último del Derecho. Ello invita a pasar revista, al menos brevemente, a lo que podemos entender cómo inactividad de la administración, para luego entrar a la revisión de su control.

II. SUPUESTOS DE INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.

La compleja y muy amplia variedad de contenidos que cumple el Estado a través de la función administrativa es una realidad incuestionable. Para constatarlo, basta revisar el espacio que ocupan los temas propios de la administración en la edición diaria de cualquier Gaceta o Boletín Oficial del Estado, por solo hacer mención a las decisiones o asuntos que ameritan aparecer en esa publicación. Este elemental dato referencial aumenta exponencialmente si se considera que el registro de tales tipos de asuntos y decisiones también aparece en los medios de publicación oficial de las distintas administraciones o gobiernos territoriales (intermedios y locales) que se integran el Estado nacional en función de la forma que este adopte, con lo cual se hace—cuantitativa, y sobre todo, cualitativamente—mucho más extenso y variado, lo que se expande aún más cuando se incorporan las decisiones provenientes de estructuras de la Administración pública funcionalmente descentralizada.

Entonces, se confirma la existencia de una amplia gama de presupuestos fácticos que reclaman la presencia de la función administrativa, acompañando así—en términos simétricos— a la variada expresión de manifestaciones de la actividad humana que, por su alcance

colectivo, escapan a la posibilidad práctica de resolución individual y, en consecuencia, requieren ser atendidos desde la perspectiva del interés general o colectivo, cuya gestión se asigna a las agencias de las Administraciones públicas, como estructuras dispuestas a tal efecto.

De igual manera, la respuesta institucional frente a tan amplia y variada gama de supuestos se expresa mediante modalidades diversas (actos concretos –expresos o tácitos–, actos normativos, medidas y actuaciones técnicas o materiales, etc.) que tienen, como común denominador, su cualidad jurídica, el hecho de ser actuaciones o decisiones relevantes para el Derecho.

Igualmente, se aprecia como rasgo común, el requerimiento de su existencia, es decir, la exigencia o necesidad de que las respuestas se produzcan efectivamente, la demanda práctica eficiente por la manifestación activa de la administración, de donde resulta factible que también ocurra la expresión correlativa de ausencia de decisión o actuación, esto es, de la inactividad u omisión, en cuyo caso, de igual modo, se producirá algún efecto jurídico, pues esa circunstancia debe tener interés para el Derecho.

La sistematización de las posibles manifestaciones que comprende la administración pública permite disponer de un cuadro general de sus contenidos. Al efecto, por su sencillez y precisión, empleamos la que ofrece Moles Caubet, al distinguir entre las *funciones administrativas*, que se resuelven en *actos normativos (reglamentos)* y *actos administrativos* generales o singulares; y los *cometidos administrativos*, que a su vez se descomponen en *servicios públicos*, que dan lugar a *prestaciones* obligatorias, permanentes y estables, regidas por la administración, y *empresas administrativas*, que se expresan en *negociaciones* de carácter industrial o comercial, todo lo cual queda sujeto al régimen jurídico administrativo, es decir, al Derecho administrativo⁹ que, de igual manera, recoge regulaciones dirigidas a establecer y preservar efectivamente las garantías y derechos de los destinatarios de todas y cada una de las manifestaciones de la administración, según sea el caso, mediante los mecanismos de control que alcanzan por igual, tanto la presencia como la ausencia de tales manifestaciones, es decir, controles jurisdiccionales que tienen como objeto revisar y pronunciarse sobre la validez y consecuencias jurídicas que derivan de la actividad y de la inactividad de la administración pública.

Desde luego, hay una clara simetría entre los supuestos de actividad y los supuestos de inactividad, en el sentido de que la hipótesis de inactividad es simplemente la ausencia de la actividad esperada, debida o prevista por la norma, como la pauta de actuación del agente administrativo.

Entendemos que, términos generales, dentro del acápite genérico de denominamos *inactividad* se pueden distinguir, según el caso, una diversidad de supuestos específicos, como son los casos de silencio, omisión, negativa y abstención, cada uno de los cuales presenta características particulares en su configuración, lo que puede llevar, en consecuencia, a la presencia de particularidades diferenciales en lo que se refiere a las pautas procesales del correlativo control, para de ese modo guardar la debida coherencia entre el objeto de control y su resultado, como vamos a ser más adelante.

Como resulta lógico entender, los alcances, y más aún, los efectos jurídicos de la inactividad, así como el perfil que dibujan esos supuestos desde el punto de vista de la manera en que

⁹ Antonio Moles Caubet, “Lecciones de Derecho Administrativo”. En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Número 84. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1992, p. 133 y ss.

se expresa la omisión de la administración, serán diferentes según se presente de cada uno de los supuestos antes enunciados; del mismo modo, su proyección será distinta en función de que sus efectos afecten a un interés colectivo o una situación subjetiva singular o individual.

Ciertamente, no tienen el mismo perfil ni generan igual alcance en cuanto a sus efectos prácticos y jurídicos, la inactividad de la administración para la construcción de una obra o la instalación y puesta en marcha de un determinado servicio público previsto en un plan urbano que la falta de prestación de un servicio existente a un suscriptor o usuario determinado, como tampoco son iguales, desde la perspectiva que permite el enfoque empleado, la falta de atención médica oportuna a un determinado paciente recluido en una institución hospitalaria pública, que la omisión o inactividad para cubrir la dotación de equipos e insumos a esa misma institución hospitalaria, una vez que tal dotación ha sido debidamente evaluada, prevista y presupuestada; son diferentes los supuestos de negativa ilegítima del funcionario ante la solicitud de inscripción a registro de un determinado documento y la falta de respuesta frente a la solicitud de otorgamiento de una determinada constancia a la cual se tiene derecho (por ejemplo, un título universitario, una solvencia fiscal, una licencia o una certificación), como también lo son sus efectos; en fin, en cada supuesto de inactividad es posible descubrir una situación jurídica con características propias en cuanto a su envergadura y alcance, por lo que, de igual modo, pueden perfilarse modalidades específicas en cuanto al control de su juridicidad, para hacerlo más coherente con el objeto controlado, con lo cual, se apunta a un mejor nivel de eficiencia en la finalidad perseguida.

Todo ello lleva a entender que, al igual que sucede con el espectro sustantivo de actuación de la administración, el espacio que abarca su control, a través de la jurisdicción contencioso administrativa es mucho más extenso y variado que el delimitado por el que se ocupa de la legalidad de los actos y las demandas contra los entes públicos.

Sobre este tema afirmamos anteriormente que el sistema de control jurisdiccional propio de lo contencioso administrativo no se agota con el recurso de anulación sobre actos de la administración, aun cuando, por su origen remoto montado en el *recurso por exceso de poder*, ese ha sido su figura emblemática, a tal punto, que ha servido de arquetipo para el diseño de buena parte de los componentes procesales que se emplean para el trámite de las pretensiones deducidas en su ámbito¹⁰. La inclusión de las pretensiones procesales planteadas con motivo de la inactividad de la administración, esto es, con el reverso del supuesto que aporta la figura del acto, su construcción y sus efectos como objeto del control, abona en favor de la indicada tendencia hacia la ampliación y variedad de pretensiones, con lo cual se dibuja un mapa más extenso y complejo del sistema de control jurisdiccional sobre la administración del Estado mediante el control diferenciado sobre el adecuado cumplimiento de la conducta debida.

A los efectos del objetivo primordial que ocupa nuestra atención inmediata, la nota de mayor trascendencia que derivamos de esta realidad viene dada por la progresiva disminución de los espacios de inmunidad en el que ejercicio del poder público mediante la ampliación de los mecanismos jurisdiccionales para su efectivo control, lo que a su vez, habla de la progresión del Derecho administrativo, en tanto se acredita como un Derecho regulador del poder para garantizar la libertad del ciudadano, en todas y cada una de sus expresiones.

¹⁰ Véase, Armando Rodríguez García, "Medios de impugnación". En *VVAA: "Avances jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela. XVIII Jornadas J.M. Domínguez Escobar"*. Tomo III, Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto, 1993.

En consecuencia, se distinguen diferentes supuestos sustantivos de inactividad que conducen a la aplicación del mecanismo de control jurisdiccional, para cuya tramitación procesal se adoptan particularidades diferenciales con la finalidad de mantener, para su desarrollo y decisión, la debida coherencia con el supuesto concreto que los motivan. De este modo entran en juego, primeramente, el supuesto sustantivo, luego, el recurso, como medio de activación del control jurisdiccional y, finalmente, el trámite procesal y la decisión que resuelve sobre la pretensión, todo lo cual comporta una secuencia que debe guardar coherencia entre sus componentes, a fin de que el sistema de control funcione adecuadamente, atendiendo al objetivo de justicia que lo inspira.

Tal como hemos indicado antes, dentro del panorama general que abarca la inactividad colocamos el supuesto del silencio administrativo; sin embargo, no todo caso de silencio administrativo conduce, necesariamente, a la posibilidad y oportunidad de poner en marcha los mecanismos de control jurisdiccional como fórmula correctiva específica contra la inactividad de la administración.

En efecto, el silencio administrativo no es más que la falta de pronunciamiento de la administración, en cuanto a la producción de un acto administrativo, como figura jurídica que expresa la respuesta requerida en aquellos casos en que, de conformidad con la normativa aplicable, aquella tenga el deber de producirlo. Ahora bien, dependiendo de los efectos jurídicos que se asignen normativamente, la ocurrencia del supuesto de silencio tendrá o no la posibilidad de ser controlado mediante los mecanismos procesales que se agrupan bajo el acápite del control jurisdiccional sobre la inactividad de la administración.

Así tenemos que –aun tratándose de un mismo asunto o tema de interés– no es igual el efecto jurídico que produce la ausencia de respuesta oportuna por parte de la administración, ante la solicitud del administrado que da inicio a un procedimiento de primer grado –cuando se intenta generar una primera decisión del órgano administrativo– que el efecto jurídico derivado del silencio administrativo producido ante la interposición de un recurso de reconsideración o un recurso jerárquico.

En efecto, el ordenamiento jurídico positivo suele dar soluciones diferentes según el caso, asignando un determinado valor al silencio administrativo, que puede ser positivo, con lo cual se entiende resuelta favorablemente la petición y, en consecuencia, no habría razón para esperar una reacción de control; en el caso de que se asigne un valor de efecto negativo, se abre la opción de contrariedad por parte del destinatario, con lo cual, usualmente se permite acudir a la vía del control interno (en sede administrativa) o externo (jurisdiccional), como una fórmula de superar la inactividad amparando la garantía del derecho a la defensa, al permitir la oportunidad de evitar el congelamiento del procedimiento sin resolución.

Ahora bien, cuando el silencio con efecto negativo opera frente a la solicitud inicial conducente al procedimiento de primer grado no existe un acto que pueda ser objeto de un eventual recurso en el cual se aleguen vicios por contrariedad al ordenamiento, lo que se hace presente es una conducta (inactividad por vía de silencio), que como tal, puede ser objeto de control, con diferentes efectos o consecuencias prácticas, determinadas por el ordenamiento aplicable. Desde un punto de vista práctico, carece de sentido limitarse a solicitar la nulidad del silencio, pues lo que se requiere es que se produzca una decisión, con lo cual, el sentido práctico del control frente a la inactividad será lograr las consecuencias derivadas de la decisión debida y no producida en favor del destinatario legitimado, en caso de ser estas procedentes en derecho, o en su defecto, obtener alguna forma de restitución de la situación jurídica lesionada por la inactividad.

Desde luego, desde la perspectiva de considerar supuestos teóricos, se destaca una abultada diferencia entre el supuesto del silencio administrativo que ocurre en cuanto a la emisión de un acto (procedimiento de primer grado) o la resolución de un recurso, como se viene de mencionar, con el supuesto que pudiera resultar de la inactividad consistente en la falta de instalación u operación efectiva de un servicio público formalmente programado y presupuestado, por ejemplo. De esa manera, es evidente la pluralidad de posibilidades que aparecen bajo el denominador genérico que abarca la inactividad administrativa como categoría propia del Derecho administrativo.

Junto a esto, es necesario tener presente que la inactividad es, en sí misma, una contradicción a derecho, de donde deriva en buena medida la sujeción al control jurisdiccional, pero, además, al producirse puede venir acompañada de vicios que atacan la voluntad del sujeto infractor, como puede ser la desviación de poder, lo que será un tema de interés probatorio en el trámite procesal de la correspondiente acción de control.

Ello conduce a detectar –cuando menos en los alcances que permite una aproximación teórica– una pluralidad de particularidades, o inclusive, de formatos procesales distintos, para dar trámite adecuado a las pretensiones que, en virtud de tales supuestos, se pudieran presentar en sede contencioso administrativa.

III. PECULIARIDADES PROCESALES DEL CONTROL SOBRE LA INACTIVIDAD

Son diversos los aspectos que se presentan como particularidades en el control jurisdiccional sobre la inactividad de la administración, lo que desde el punto de vista metodológico se suele sistematiza por vía de contraste con el mecanismo de control sobre la legalidad de los actos, es decir, con el recurso de anulación, el cual, por las razones históricas y prácticas antes mencionadas se erige como arquetipo procesal en el contenido del contencioso administrativo.

Las limitantes que impone el esquema planteado para este análisis, solo permiten hacer una revisión general sobre algunas de esas peculiaridades, para lo cual pondremos particular atención al dato relativo a la coherencia necesaria entre los factores presentes en los procesos jurisdiccionales, los supuestos que los ponen en marcha, y los objetivos prácticos o efectivos que se persiguen con cada la modalidad de control, dentro del patrón general de la justicia como soporte fundamental y justificación esencial del contencioso administrativo, todo lo cual va unido al sentido garantista y a la progresividad que impregnan cómo valora principales al Derecho administrativo, tal y como lo hemos reiterado en oportunidades diversas.

Desde luego, el alcance del sistema de control jurisdiccional sobre la administración, viene delimitado por el perfil normativo y la evolución de su tratamiento que recoge la jurisprudencia de cada país, con lo cual se definen y se destacan sus particularidades, lo que puede ser útil como un referente para el análisis conceptual.

En este sentido tomamos como referencia el caso venezolano, en el cual se debe empezar por destacar que es temprana la aparición del control jurisdiccional sobre la inactividad de la administración, pues, se recoge como una competencia del más alto tribunal del país (“...conocer de la negativa de los funcionarios federales a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes federales, cuyo conocimiento no esté atribuido a otro Tribunal...”) en la Ley Orgánica de la Corte Federal y de Casación de 1925, lo que da lugar a un medio de impugnación similar al “recurso por carencia” que varios años después aparece en Europa, dentro del proceso de integración económica, mediante los acuerdos del carbón y el acero.

A pesar del relativo escaso nivel de empleo que ha tenido este recurso jurisdiccional en la práctica forense venezolana, no sólo se mantiene su previsión en la normativa legal, sino que se hace más amplio el espectro de los supuestos de procedencia, lo que genera una mayor diversidad de manifestaciones de *inactividad* que permiten instar la tarea de control jurisdiccional sobre la conducta de la administración por esta vía (silencio, negativa, abstención, acto tácito o presunto), lo que nos lleva a reafirmar el carácter singular y diferenciado del medio de impugnación correspondiente, sobre todo, en cuanto a sus diferencias sustanciales con los recursos y acciones dispuestos para ejercer el control sobre la validez de los actos de la administración y deducir la satisfacción de las pretensiones derivadas de sus eventuales efectos lesivos a los derechos e intereses de quien resultare ilegítimamente afectado.

En todo caso, la figura del recurso contra la inactividad de la administración, en tanto mecanismo dispuesto para la activación del correspondiente ejercicio de control jurisdiccional, a través del proceso respectivo, encaja dentro del alcance general del contencioso administrativo que se definió en el texto constitucional venezolano de 1961, indicando que compete a esa Jurisdicción, de manera global (art. 206), *disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones subjetivas lesionadas por la actividad administrativa*, lo que mantiene sin alteración la Constitución de 1999. De la mano con alcance del control jurisdiccional aparece la consagración constitucional del *derecho* de petición (art. 51), como un derecho de *todo* ciudadano frente a *cualquier* autoridad, cuyo *deber* correlativo es ofrecer *oportuna y adecuada respuesta*, lo que lleva a entender que la inactividad como presupuesto de control, alcanza a todas las manifestaciones del poder público y no solamente a aquellas de naturaleza administrativa. Esto queda puntualizado, a través del mismo texto constitucional, al atribuirle directamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la competencia para *declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo, y de ser necesario los lineamientos de su corrección* (art. 336, 7).

Haciendo abstracción de las distorsiones que puede traer consigo esa disposición constitucional, unidas al inadecuado manejo que sobre sus atribuciones han tenido en los últimos años los órganos jurisdiccionales¹¹ –desplegando una vulgar e indigna conducta de sumisión al gobierno, con lo cual deslucen y descalifican su función, por someter sus actuaciones al fanatismo político–, es lo cierto que se cuenta con un conjunto normativo que dibuja el sistema de control jurisdiccional sobre la inactividad de la administración, tanto en el rango constitucional como en diversos cuerpos legales, determinando pautas que conducen a resaltar las particularidades antes mencionadas.

Así, en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa venezolana se consagra la *universalidad* del control (art. 8), al indicar que este alcanza a los *actos de efectos generales y particulares, actuaciones bilaterales, vías de hecho, silencio administrativo, prestación de servicios públicos, omisión de cumplimiento de obligaciones y, en general, cualquier situación que pueda afectar los derechos o intereses públicos o privados*, para precisar además, que la competencia de los tribunales de esa jurisdicción comporta conocer *de la abstención o negativa de las autoridades a producir un acto al cual estén obligados por la ley* (art. 9, 2).

Al respecto procede advertir que la abstención o negativa, como formas de manifestarse la inactividad de la administración, no se reducen al supuesto de falta de producción de un

¹¹ Véase: Armando Rodríguez García, *La inactividad del Estado*..., cit., p. 479 y ss.

acto, sino al cumplimiento de la conducta debida en cualquiera de sus manifestaciones, sean actos, hechos, medidas, actuaciones, o cualquier otra forma de hacer presencia, ello, en virtud del principio de eficiencia que vincula en su totalidad a la función administrativa del Estado.

Para ilustrar lo dicho puede indicarse, por vía de ejemplo, lo que sucede cuando la autoridad académica de una Universidad pública se resiste a hacer la entrega de un título o certificado ya emitido (es decir, una vez producido el acto administrativo), o cuando ocurre la falta de suministro efectivo de un tratamiento médico prescrito para un paciente recluido en un hospital del Estado, o cuando se niega la prestación del servicio de transporte o de educación por parte de dependencias públicas. Todas estas son situaciones en las cuales la administración se encuentra en una posición de deber frente a un sujeto colocado en una situación de poder exigir el cumplimiento, en razón del vínculo generado por una relación jurídico-administrativa, cuya garantía final y eficiente será la posibilidad de acudir al órgano jurisdiccional para obtener el debido cumplimiento, o en su defecto, la restitución de la situación jurídica lesionada, o incluso, la indemnización que fuere procedente.

Todo ello, porque la administración pública no se reduce a una rutina mecánica de producir decisiones formales. Se pretende alcanzar objetivos de eficacia, por lo cual tiene sentido, en este punto, la referencia al concepto de buena administración y buen gobierno, como razón de ser de la función y como un derecho del ciudadano.

Siendo así, las características del control deben corresponderse con el objetivo que se pretende alcanzar, de donde se reafirma la necesaria diferenciación con el protocolo empleado para controlar la legalidad de los actos, cuando menos en alguno de sus aspectos, lo que se pasa a revisar de seguidas.

En primer término, atendiendo a la naturaleza del control, se aprecia un alto grado de coincidencia en cuanto a las condiciones determinantes de la legitimación activa para recurrir entre el proceso para la nulidad de actos de la administración, y la hipótesis del control sobre su inactividad.

En efecto, en ambos supuestos resultan aplicables los criterios que determinan la exigencia de un interés actual para recurrir; una legitimación *ad causam* que puede expresarse a través de una gradación de intensidad que va desde la situación que presenta el titular de un derecho subjetivo, hasta la posición de quién solo ostenta un simple interés en que se cumpla el deber de actuación de la administración, lo que, a su vez, le causa algún perjuicio directo o individualizable.

En segundo término, tenemos el tema de la caducidad del recurso o acción que tiene por motivo la inactividad de la administración. Este es uno de los puntos en que, al menos en Venezuela, se ha aplicado el criterio de asimilación por analogía, al trámite del recurso de nulidad contra actos concretos, lo que ocurre, en una primera etapa, por vía de interpretación jurisprudencial, y luego, mediante la consagración normativa de tal criterio en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Administrativa (art. 32,3), al contemplar expresamente la caducidad de la acción por vías de hecho y recurso por abstención, *en el lapso de ciento ochenta días, contados a partir de la materialización de aquellas o desde el momento en el cual la administración incurrió en abstención, según el caso.*

Sobre este punto mantengo discrepancia, atendiendo a la incoherencia que deriva de aplicar la sanción de caducidad en el supuesto que arroja la inactividad como motivo del recurso y fundamento de la pretensión. En efecto, a nuestro entender, resulta obvio que existen diferencias sustantivas insalvables entre el supuesto que ofrece la presencia de un acto de la administración y la situación derivada de la inactividad administrativa, por lo que no son

supuestos asimilables o susceptibles de homologación. De hecho, son realidades opuestas, que se excluyen entre sí, por lo que demandan un tratamiento diferente para su consideración como tema de control jurídico.

En tal sentido, por cuanto el control sobre la inactividad de la administración pretende incidir sobre la conducta de la administración para corregirla y restituir las situaciones jurídicas lesionadas por el comportamiento de omisión, y no actúa sobre una manifestación de voluntad determinada, sobre un acto jurídico, para revisar su conformidad con el Derecho y deducir las consecuencias de esa situación, resulta a todas luces inadecuado e incoherente, impedir la aplicación de los mecanismos de control, cuando aún persiste, y se hace contumaz, la actitud de inactividad que se prescribe como indebida por el ordenamiento jurídico.

En el caso del control jurisdiccional de legalidad de los actos administrativos, la caducidad de la acción viene asociada con los postulados de certeza y seguridad jurídica, que operan conjuntamente con el principio de la diligencia debida para la protección de los derechos subjetivos y las situaciones jurídicas personales.

Ciertamente, la existencia de una decisión formal de la administración trae consigo la producción de sus efectos, es decir, la obtención de las consecuencias jurídicas que derivan de ese acto, con lo cual, debe precisarse de alguna manera su firmeza, a los fines de garantizar estabilidad y confianza. Tal objetivo se alcanza, entre otros medios, limitando en el tiempo la posibilidad de poner en juego la eficacia de la decisión administrativa, mediante la determinación de la caducidad de la acción de nulidad.

Ahora bien, cuando lo antijurídico y lesivo no es una decisión expresada a través de un acto formal, sino un comportamiento de la Administración, la situación es diferente, en particular, a los fines del control jurisdiccional de tal comportamiento, por cuanto la contrariedad a derecho no se concreta en un momento y una actuación específica susceptible de ser aislada y considerada singularmente, sino que, por el contrario, es una conducta continuada en el tiempo, con lo cual, la infracción al ordenamiento se mantiene mientras persiste el comportamiento de omisión proscrito por la norma como supuesto hipotético para poner en práctica los mecanismos de control jurisdiccional.

En este sentido la situación generada por la inactividad administrativa se asimila más al supuesto de la contrariedad a derecho por efecto de un acto normativo, de una disposición reglamentaria, cuya perturbación al principio de legalidad administrativa es continuada en el tiempo como consecuencia de su naturaleza, pues se trata aquí de un acto abstracto que se integra al ordenamiento jurídico y produce efectos indefinidamente en el tiempo; no es un acto concreto, como el acto administrativo, que se consume y se agota con la producción de sus efectos. Por ello, la lógica de su control sobre el acto normativo conduce a no limitar su empleo mediante la caducidad de la acción, pues esto resulta incoherente y, en consecuencia, débil como concepción, eficacia y alcance impedir el control sobre el ejercicio indebido del poder, precisamente cuando la infracción está presente.

Por ello, estimamos que el principio general en el caso del control jurisdiccional sobre la inactividad de la administración debe ser la no caducidad de la acción, pues en la medida que se mantenga la conducta, está presente la contrariedad a derecho y la posibilidad de lesión a las situaciones jurídicas que resultan directamente afectadas; de otra parte, esta aproximación mantiene mayor nivel de sintonía con el principio de eficiencia de la administración y la progresividad del Derecho administrativo.

De igual modo se presenta el tema relativo a la procedencia de decretar medidas cautelares en el curso del proceso judicial por inactividad. Atendiendo al objetivo de alcanzar los postulados de una justicia eficiente mediante la protección de las situaciones jurídicas que resultan lesionadas por la omisión en la actuación o decisión debida por parte de la administración, consideramos que, dentro de las potestades del juez contencioso y dentro del elenco de los medios procesales propios de las acciones de control debe tener cabida, con carácter de regla general, la posibilidad de emplear tales medidas que pueden manifestarse a través de múltiples opciones, en concordancia con las características que rodeen el supuesto concreto de inactividad, como podría ser la dispensa al administrado en el cumplimiento del trámite obstaculizado por la omisión. También aquí se hace presente como respaldo teórico el principio de eficiencia de la administración, unido al respeto a las situaciones jurídicas subjetivas que resultan lesionadas por la conducta ilegal sometida control jurisdiccional.

Finalmente encontramos la posibilidad de acumulación de pretensiones conjuntamente con la acción por inactividad de la administración. Al respecto mantenemos el enfoque que enfatiza la finalidad del control, mediante la prosecución de los objetivos de justicia – mediante la disposición de todo lo que conduzca al restablecimiento de las situaciones jurídicas lesionadas por la reprochable conducta de omisión administrativa–, unido al efecto correctivo sobre la eficiencia de la administración y con ello, la preservación del principio de respeto a la condición del administrado, de donde pueden derivar alcances restitutorios o indemnizatorios como consecuencia de la ilegítima inactividad administrativa. Por ello, en una perspectiva de elemental lógica no podría haber objeción a la coexistencia o acumulación de pretensiones conducentes a tales resultados, y aun cuando su trámite reclamara modulaciones de diferente factura en términos adjetivos, tal circunstancia debe ceder a la obtención efectiva de los objetivos principales, para lo cual proceden los ajustes adjetivos que precisamente, por ser de tal entidad, se deben subordinar a lo substancial.

En conclusión, el control jurisdiccional sobre inactividad de la administración presenta particularidades que derivan directamente de su naturaleza y entidad como supuesto jurídico, por lo que van más allá de los aspectos meramente formales, con lo que la adecuada revisión del significado y la trascendencia de tal supuesto es un ejercicio necesario y útil para su cabal comprensión y el manejo eficiente de perspectivas de interpretación normativa tanto doctrinaria como jurisprudencial, o incluso, el eventual diseño de regulaciones legales sobre el tema.

IV. CONTROL DE LA INACTIVIDAD Y DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

A modo de apunte final válido para ampliar el cuadro de los datos relativos al control jurisdiccional sobre la inactividad de la administración, cabe comentar, al menos brevemente, el papel que juega el *derecho a un buen gobierno y una buena administración* en el contexto general del contencioso-administrativo, con especial incidencia esta particular expresión del control sobre la inactividad de la administración.

Una noción primaria de *buena administración* puede obtenerse mediante el contraste con lo que percibimos como administración *deficiente*, de lo que se obtienen, al menos, dos notas de diferenciación. Una nota, de corte más general, nos advierte que la administración es “deficiente” cuando en su desempeño no alcanza a cumplir con los objetivos o metas que definen en su esencia; apelando a la expresión gramatical se puede decir que el adjetivo (deficiente) la califica por su *defecto, falta o imperfección*, esto es, porque no logra el umbral considerado como *normal*. Luego, en términos más concreto, la administración “deficiente” se identifica por una conducta violatoria de los principios y reglas que la sujetan; esto es así porque, en buena medida, los principios y reglas son determinantes, en igual medida, de su

legitimación, de su fundamento y de sus fines. En consecuencia, un objetivo esencial a la idea misma de administración –y más aún, de *buena administración*– consiste en el respeto a las reglas, de otro modo, podrá ser arrogancia, arbitrariedad o capricho, pero no *administración*. Por el contrario, una *buena administración* incorpora como eje de su conducta habitual, el cumplimiento de los requerimientos legales para la totalidad de sus manifestaciones y relaciones con todo posible sujeto de derecho.

Pero la construcción de una categoría de tal envergadura no aparece de una sola vez, antes bien, resulta de un proceso sostenido de avances sucesivos que van añadiendo elementos en una trayectoria que determina la experiencia misma como un mecanismo de retroalimentación, todo lo cual ocurre dentro de un escenario de amplia dimensión temporal y creciente complejidad, dado por las relaciones entre el individuo y el Poder público, para intentar disminuir la arbitrariedad del segundo en beneficio de la libertad del primero.

En el espectro del Derecho público –particularmente en el Derecho administrativo–, la jurisprudencia y la doctrina académica han jugado un papel relevante para la construcción del *derecho a una buena administración* hasta lograr su consagración normativa. El espacio del Derecho Comunitario europeo es un claro ejemplo de ello, con la tarea del Defensor del Pueblo a través del ejercicio de acciones y requerimientos de los ciudadanos sobre el derecho a la protección de datos y el acceso a documentos, el derecho a dirigir peticiones a los órganos públicos y obtener oportuna y debida respuesta, el derecho a la protección o tutela judicial efectiva, etc., todo lo cual derivó en la aparición de un derecho fundamental de los ciudadanos a una *buena administración*, orientada a la prestación de los servicios públicos, eficiente, responsable, abierta y transparente.

Ciertamente, la individualización de una posición jurídica subjetiva calificable como un *derecho*, con un titular ubicado en una posición de poder –capacidad de exigir a otro sujeto en posición de deber (*deudor u obligado*)–, impone considerar la abstracción, extensión y complejidad del objeto de tal *derecho*, para extraer como consecuencia, las posibles pretensiones para practicar su exigibilidad. De allí, su especial significado, como compendio de objetos jurídicos susceptibles de tutela por el reclamo de su cumplimiento.

En síntesis, el derecho a una buena administración es un modo de agrupar compactadamente el conjunto de principios que comprenden los postulados básicos sobre la calidad gerencial requerida para el funcionamiento satisfactorio de los poderes públicos.

En el trayecto hacia la consagración normativa del derecho a una buena administración en el entorno comunitario europeo, destaca la aparición del artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 7 de diciembre de 2.000)¹², que poste-

¹² “Artículo 41: Derecho a una buena administración:

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente dentro de un plazo razonable.
2. Este derecho incluye en particular:
 - el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente.
 - el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos, de la confidencialidad y de secreto profesional.
 - la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.
3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

riormente se asume en el Tratado que instituye una Constitución para Europa (Artículo II-101). Ese texto recoge un conjunto de derechos que se consagrados en forma singularizada, por diversos ordenamientos positivos, dándoles la cualidad unitaria que lo caracteriza, mediante el empleo de la denominación que lo identifica.

En de un escenario de mayor amplitud geográfica, aunque menos compacto en su alcance institucional, se reafirma la presencia del derecho a una buena administración, con la “Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública”, aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en reunión presencial-virtual celebrada en Caracas (10/10/13) y adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, en Ciudad de Panamá (18/10/13).

Haciendo abstracción del carácter que, como regla de derecho positivo, se pueda asignar a cada uno de estos documentos, destaca la progresión sostenida en el registro del derecho a una buena administración con el perfil integrador que se da a su contenido. Se hace notar que en la Carta Iberoamericana se amplía notablemente el elenco de derechos que se arropan bajo el derecho a una buena administración

Así, el punto 1 del cuerpo dispositivo de la Carta señala que la misma *tiene como finalidad el reconocimiento del derecho fundamental de la persona a la buena Administración Pública y de sus derechos y deberes componentes*, lo que confiere a ese derecho, no solo la cualidad de derecho *fundamental* a favor de los ciudadanos, también adquiere rango fundamental o preeminente en la estructura y en la justificación misma del documento, pues ubica el reconocimiento de ese derecho como su objetivo o finalidad. De su parte, en el Capítulo Tercero de la Carta (“El derecho fundamental a la buena administración pública y sus derechos derivados”) se ofrece un extenso listado de disposiciones que discriminan los diversos supuestos o derechos específicos que se integran bajo la denominación global indicada, iniciando con el artículo 25, que dispone:

“Los ciudadanos son titulares del derecho fundamental a la buena Administración Pública, que consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana.

En concreto, el derecho fundamental a la buena Administración Pública se compone, entre otros, de los derechos señalados en los artículos siguientes, que se podrán ejercer de acuerdo a lo previsto por la legislación de cada país.”

A partir de este enunciado podemos extraer diversas derivaciones de interés, tales como la amplitud sustantiva de los derechos que se compendian en el derecho a una buena administración, la centralidad del ser humano como eje articulador del concepto, y la remisión al derecho positivo de cada país, con lo cual se incorporan los mecanismos de control, todo lo cual se amalgama en el sentido utilitario de ese derecho y su efectiva aplicación.

La descripción contenida en la Carta evidencia la amplitud de contenido del derecho fundamental a una buena administración, cuya especificidad se pone de manifiesto a través de múltiples derechos subjetivos administrativos y, en paralelo, se correlaciona con los principios básicos de la función administrativa del Estado, reconocidos con esa jerarquía y de manera generalizada como una manifestación natural del Derecho administrativo.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.”

Ese extenso elenco comprende en forma expresa, entre otros, los derechos a: la motivación de las actuaciones de las Administraciones públicas (26); la tutela administrativa efectiva durante la sustanciación del procedimiento administrativo (27); la resolución administrativa equitativa y justa, acorde con lo solicitado y dictada en los plazos y términos que el procedimiento señale (28); dirigir o presentar peticiones ante los órganos de la Administración (29); servicios públicos y servicios de interés general de calidad, y derecho a conocer y opinar sobre la calidad de tales servicios (33, 34); conocer las evaluaciones de la gestión administrativa y proponer medidas (37); conocer la identidad de los funcionarios responsables por la tramitación del procedimiento y el estado en el que se encuentra la tramitación (42, 43); ser notificado por escrito de los plazos y términos de las resoluciones que les afecten (44); exigir el cumplimiento de responsabilidades de parte de la Administración y de los funcionarios.

Es preciso advertir que este repertorio no agota el arsenal de derechos del ciudadano que arroja el acápite del derecho a una buena administración, es decir, de los derechos que operan de cara al correcto y eficiente diseño y desempeño de la Administración pública y de la institucionalidad estatal, en general. También hay que recordar que los derechos concretos contenidos en ese listado no son una novedad derivada de la Carta; muchos de ellos han sido reconocidos y consagrados por los ordenamientos positivos de distintos países iberoamericanos, incluso como derechos fundamentales, con rango constitucional.

Entonces, lo más destacable de esta construcción, primeramente teórica, luego jurisprudencial, y finalmente, normativa, está en la perspectiva que ofrece la confluencia de lo que significa la noción de *buena administración* desde su triple funcionalidad, esto es, como *principio de actuación*, como *obligación* y además, como *derecho fundamental del ciudadano*; lo que se traduce en exigencias propias de la estructura y funcionamiento de las Administraciones públicas en todas sus escalas y ámbitos de responsabilidad operativa, para responder más eficientemente frente a la posición jurídica del ser humano, de las personas, de los ciudadanos, que adquieren así su real dimensión de centralidad, su cualidad de origen y fin del poder público, en especial, de la Administración pública.

La ilustrativa y atinada expresión que acostumbra emplear el Profesor Carlos Delpiazzo, cuando dice que *la Administración pública existe solamente para servir, y si no, no sirve*, sintetiza el sentido, carácter y naturaleza *servicial* de la función administrativa del Estado. Es, desde luego, una expresión contundente y acertada por todo lo que abarca en su compacta composición, lo que abona decisivamente en favor de su tino: la razón de ser y el destino único de la Administración está en su *esencia servicial*, en la tarea única, constante y permanente de *servir* a la colectividad, lo que es, en definitiva, responder a los intereses colectivos de la persona humana como centro de su quehacer, y de no hacerlo así, estamos en presencia de una Administración *deficiente*.

En el contexto en que se inserta el Derecho administrativo actual, el principio básico de la administración pública se ancla en la consideración central de la persona humana, unida a una concepción abierta y complementaria del interés general que, de esta manera, pasa de ser un concepto que define unilateralmente a la Administración, a convertirse en expresión del Estado social y democrático de Derecho.

De esa manera se supera una plataforma conceptual construida con categorías tales como *poderes, prerrogativas y privilegios* como atributos que ostenta la Administración en sus relaciones con los administrados, para dar paso a la concepción de *servicio*, con una función administrativa limitada, responsable y eficiente, dispuesta jurídicamente como tal, en favor del destinatario de la misma (administrado, ciudadano, usuario). Dicha función se despliega a

través de un mandatario o agente que cumple su tarea (*servir*) mediante la aplicación o ejercicio, de un *poder* que le es *ajeno*, del cual no es *titular*; en fin, un poder que no le pertenece en términos jurídicos de titularidad, como sucede con un derecho subjetivo.

Aquí donde aparece la fórmula *vicarial*, para completar la ecuación jurídica definitiva de la Administración pública que no ejerce poderes propios, sino aquellos que pone en práctica a favor de su único y legítimo titular: la población, la ciudadanía, la comunidad, el interés general al cual debe servir de manera eficiente y objetiva.

En este entorno se entiende clara y contundentemente que el ciudadano pasa a ocupar el lugar estelar y protagónico –como fuente generadora de legitimidad, además de ser destinatario– de la acción administrativa pública. En tal virtud se reconoce un elemental derecho –que por elemental pasa a ser un *derecho fundamental*– a que la Administración actúe con pleno y absoluto apego al orden jurídico y gestione adecuadamente los asuntos públicos que, por ser tales, pertenecen a todos y no son apropiables por nadie en particular, y en consecuencia, no pueden encontrar resolución eficaz en la respuesta singular de los individuos.¹³

Destaca así la preponderancia del ser humano en la configuración del Estado social y democrático de Derecho, pues, como destaca Cassagne, “...la persona humana es el centro de todos los derechos. Más aún, el fundamento y la razón de ser del Derecho radica en la persona cuya humanidad no deriva de ser una creación formal del hombre...”¹⁴.

En el espacio del Derecho administrativo contemporáneo tal realización antropocéntrica es absoluta y esencial, pues en su concepción convergen diversos aspectos como son su diversidad temática, su dinamismo y su ineludible vínculo con el orden político, lo que abre paso a su inevitable contacto con la permanente tensión que se genera entre el ejercicio del poder y la libertad del individuo; es, en fin, el “...Derecho administrativo que no puede ser comprendido si no se toma en consideración esas dos vertientes hacia las que mira: *el poder y la libertad*...”¹⁵.

Ahora bien, como trasfondo del enfoque netamente jurídico –centrado en las reglas de derecho positivo, los principios, técnicas y categorías de la ciencia jurídica–, debe considerarse que los *derechos fundamentales* –entre ellos, desde luego, el *derecho fundamental a una buena administración*–, evocan un conjunto de valores reconocidos por la Sociedad contemporánea de manera generalizada, como una categorización asociada a *niveles de calidad de vida*, a umbrales de confort vital del ser humano, por lo cual, adquieren la categoría de derechos universales del hombre, de donde se concluye que “...el concepto de los derechos universales del hombre ejerce la función de una idea *unificadora o integradora*, que se despliega en dos aportaciones que, a su vez, terminan siendo complementarias: a) por una parte viene a aportar un elemento que convierte a todas las personas humanas en seres que son objeto de una cierta distinción o desconocimiento de rango o dignidad como tales seres humanos (prescindiendo del lugar de residencia, o del país del que sean nacionales), b) y por otra parte ofrece un atributo que toda persona humana comparte con el

¹³ Al respecto, véase: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *El derecho a una buena administración para los ciudadanos*. NETBIBLO / INAP, Madrid, 2013.

¹⁴ Juan Carlos Cassagne, *Proyección de los principios generales al acto administrativo*. La Ley. N° 113, año LXXXVI, Buenos Aires, 2012, p. 6.

¹⁵ Francisco González Navarro, *Derecho Administrativo Español*. Ed. ENUSA. Tomo I, Pamplona, 1987, p. 123.

resto de las personas humanas; propiedad compartida que trasciende a la notoria diversidad que, de hecho, presentan los distintos sistemas jurídicos positivos de nuestros países...¹⁶.

De su parte, la universalización del objeto resguardado por el derecho fundamental a una buena administración conduce a su tratamiento con carácter de tema común en ordenamientos jurídicos diversos, lo que lo incorpora al elenco de asuntos propios del Derecho administrativo global. De su parte, la amplitud sustantiva de su contenido conceptual y la alusión a umbrales de calidad de vida, hacen que la expresión del plexo normativo sobre el *derecho fundamental a una buena administración* deba ser entendido, necesariamente, con carácter enunciativo, por lo que deriva en un verdadero *régimen jurídico* –más que un *derecho* subjetivo, aislado o singular–, que vincula a la administración, en atención a su cualidad de función vicarial y servicial.

En efecto, la noción de *buena administración* está inevitablemente asociada al alcance y realización de un objetivo de superación, por lo que deriva en una suerte de paradigma que será siempre creciente en sus expectativas, así como en sus expresiones y contenidos; en consecuencia, tanto el nivel de exigencia como la capacidad objetiva de respuesta, ascenderán progresiva y sostenidamente en extensión, rango y condiciones, con lo que se eleva permanentemente el listón de comportamiento para la administración pública, en una competencia constante por la superación de su propia marca, apelando a todos los mecanismos disponibles para alcanzar los rangos de eficiencia requeridos. En palabras de Gregorio Montero, Secretario General del CLAD, "...la Administración Pública debe ser expresión fiel de los intereses de la gente, solo así puede constituirse en lo que debe ser, el instrumento de satisfacción de sus necesidades y la impulsora del desarrollo efectivo, y cuando sus capacidades internas no son suficientes para ello debe buscar el concurso del sector privado, generando fórmulas que le permitan distribuir la carga, entre ellas los mecanismos de cooperación público-privada."¹⁷

Lo dicho desemboca en la indiscutible valoración que puede tener el empleo del derecho a una buena administración como cauce orientador del control sobre la inactividad de la administración pública, partiendo del sentido finalista de la función, correlacionado con la facultad para exigir su cumplimiento en condiciones de excelencia, por parte del ciudadano.

De este modo, se concluye que no basta con una administración que se refugia en el cumplimiento automático de regulaciones como una de la rutina ciega y estática. El dinamismo y nivel de intercambio social que identifica la forma de vida contemporánea impone mayores rangos de iniciativa y control de calidad en la función administrativa pública para ajustarse a los estándares requeridos, por lo que la perspectiva eficiente desde el Derecho administrativo invita a retomar la importancia que en términos de eficiencia comportan las categorías de gerencia, las ciencias de la administración como ingrediente indispensable para lograr resultados óptimos en el diseño y manejo de las instituciones jurídicas, en particular, las atinentes al control jurisdiccional de la administración.

¹⁶ Amartya Kumar Sen, *Democracia y Desarrollo. Derechos del hombre y diferencias culturales. Anuario de Derechos Humanos*. Universidad Complutense de Madrid. Nueva época, Vol. I (2000). Madrid 2014, p. 369.

¹⁷ Gregorio Montero, "Principios Fundamentales del Contencioso Administrativo". En *Actualidad del Contencioso Administrativo y otros Mecanismos de Control del Poder Público*. V Congreso Internacional de Derecho Administrativo Margarita 2013. VVAA, Coordinador, Alejandro Canónico Sarabia. Editorial Jurídica Venezolana (EJV) / Centro de Adiestramiento Jurídico (CAJO). Caracas, 2013, p. 90.

Estado actual del sistema económico socialista contrario a la Constitución Económica vigente de 1999. (Limitaciones desde abril de 2013)

Juan Domingo Alfonso Paradisi

*Profesor de Pre y Postgrado en Derecho Administrativo UCV-UCAB
Profesor en Maestría de Derecho Constitucional UCAB*

Resumen: *El artículo señala y analiza las diversas limitaciones legales que se han previsto desde abril de 2013 en violación a la Constitución Económica con fundamento en la Declaratoria de Estado de Excepción y Emergencia Económica derivada del Plan de la Patria 2013-2019 que han ido constituyendo la “legalidad socialista”.*

Palabras Clave: *Constitución Económica, Legalidad Socialista, Estado de Excepción, Emergencia Económica, Nulidad e Invalidez de los proyectos de Ley de la Asamblea Nacional.*

Abstract: *The article indicates and analyses the several legal limitations since April, 2013 in violation of Economic Constitution based on the State of Economic Emergency Declaration due to the Plan of the Motherland 2013-2019 (“Plan de la Patria”) that has been building the “socialist legalization”.*

Key words: *Economic Constitution, Socialist Legalization, State of Emergency, Nullity and Voidness of Proposed Law of the National Assembly.*

SUMARIO

- I. CONTROL DE CAMBIO
- II. CONTROL DE PRECIOS
- III. REZAGO DE LOS CONTROLES DE PRECIOS Y NO REVISIÓN DE FIJACIONES DE PRECIOS
- IV. DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN DE EMERGENCIA ECONÓMICA
1. *Sobre el control político y jurídico del Estado de Excepción.* 2. *Primacía del control jurídico sobre el control político y vaciamiento de contenido del control de la Asamblea Nacional previsto en el artículo 339 de la constitución vigente.*
- V. SENTENCIAS MEDIANTE LAS CUALES SE DECLARA NULO EL ACUERDO DE LA ASAMBLEA NACIONAL EN RECHAZO AL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA Y NULAS LAS DECISIONES DE LA ASAMBLEA MIENTRAS ÉSTA PERMANEZCA EN DESACATO
- VI. AUTORIZACIÓN AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE PRESENTAR EL PRESUPUESTO NACIONAL POR ANTE TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA E IMPLICACIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO
- VII. SENTENCIA N° 259 DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE FECHA 31 DE MARZO DE 2016 MEDIANTE LA CUAL SE DECLARA INCONSTITUCIONAL LA LEY DE REFORMA PARCIAL DE LA LEY DEL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA SANCIONADA POR LA ASAMBLEA NACIONAL
- VIII. LIMITACIONES A LA PRODUCCIÓN
- IX. LIMITACIONES O REGULACIONES EN CUANTO A LA DISTRIBUCIÓN

1. *Acceso a productos por números de cédula de identidad.* 2. *Creación y características de los CLAP.* 3. *Inscripción de oficio en Registro Nacional de Contratistas.* 4. *Direccionalidad de rubros.* 5. *Venta obligatoria del 50% de la producción a los CLAP.*
- X. CIERRE DE FRONTERAS
- XI. CONTROL DE LA MOVILIZACIÓN DE LOS PRODUCTOS A TRAVÉS DE LAS DENOMINADAS “GUÍAS DE MOVILIZACIÓN”
1. *Guías sobre movilización y control de medicamentos.* 2. *Guías de movilización alimentos de origen animal y vegetal.* 3. *Guías de Movilización emitidas por la Superintendencia Nacional de Gestión Agroalimentaria (SUNAGRO).* 4. *Guías de Movilización Sanitaria de Alimentos emitidas por el Servicio Autónomo de Contraloría Sanitaria.*
- XII. RÉGIMEN LABORAL
1. *Régimen de inamovilidad laboral. Decretos y extensiones o prórrogas de dicha inamovilidad.* 2. *Prohibición de tercerización o “outsourcing” en materia laboral.* 3. *Alzas recurrentes y sucesivas del salario mínimo lo cual afecta la vida económica de las empresas Aumentos de Salario Mínimo, 2016.* 4. *Decreto 1.414 de fecha 13 de noviembre de 2014 publicado en Gaceta Oficial N° 6.155 Extraordinario de fecha 19 de noviembre de 2014 mediante el cual se dicta Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista.* 5. *Norma Técnica del Servicio de Seguridad y Salud del Trabajo.*
- XIII. RÉGIMEN SOBRE LA PROPIEDAD URBANA
- XIV. RÉGIMEN SOBRE LA PROPIEDAD RURAL
- XV. RÉGIMEN INQUILINARIO
1. *El Decreto Ley N° 427 de Arrendamientos Inmobiliarios (LAI).* 2. *Ley para la Regularización y Control de Arrendamientos de vivienda.* 3. *Decreto N° 929 de fecha 24 de abril de 2014 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial publicado en la Gaceta Oficial N° 40.418 del 23 de mayo de 2014.*
- XVI. RÉGIMEN SOBRE LA BANCA, LA ELIMINACIÓN, EL AJUSTE POR INFLACIÓN Y LOS APORTES PARA FISCALES
- XVII. ESTABLECIMIENTO DE CONTRIBUCIÓN DEL 5% PARA LOS BANCOS SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS PARA LOS CONSEJOS COMUNALES
- XVIII. RÉGIMEN SOBRE INVERSIÓN EXTRANJERA
- XIX. SITUACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS (SIEX)
- XX. REFORMA DEL CÓDIGO ORGÁNICO TRIBUTARIO MEDIANTE DECRETO CON RANGO VALOR Y FUERZA DE LEY PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL N° 6.152 EXTRAORDINARIO DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2014

La Constitución Económica está integrada por el conjunto de normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica¹, no estando destinada a garantizar la existencia de un determinado orden econó-

¹ Manuel García Pelayo: *Consideraciones sobre las Clausulas Económicas de la Constitución*, Obras Completas, volumen 3, Tomo III, Madrid, 1991 p. 2.581. Allan R. Brewer-Carías: *La Constitución de 1999 Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo II, 4^a Edición, p. 820: La Constitución Económica tiene por objeto establecer los principios del régimen de las relaciones económicas y el papel que, en las mismas, corresponde a la iniciativa privada y al propio Estado. Por su parte, Hildegard, Rondón de Sansó, *Ad Imis Fundamentis Análisis de la Constitución Venezolana de 1999, Parte Orgánica y Sistemas*, Editorial 3Xlibris, Caracas 2000, p. 236: en cuanto a la definición de la Constitución Económica señala: “En el caso específico de la Constitución de 1999, las normas que comprenden no sólo las reglas dogmáticas relativas a los derechos de los sujetos que le son reconocidos y las potestades que el Estado detenta en tales materias, sino que también aborda la mayoría de los aspectos que conforman el régimen económico rector de la sociedad”. Consultese también Claudia Nikken y Ana Cristina Núñez Machado: *Vadell Hermanos, Editores*, Caracas 2000, p. 179 y ss. Aspectos Económicos de la Nueva Constitución en Comentarios a la

mico, salvo en las constituciones de modelo soviético. En Venezuela se ha pretendido imponer desde el año 2006 –a pesar del rechazo popular y mayoritario del pueblo venezolano demostrado en el referéndum constitucional de 2 de diciembre de 2007 en relación con la pretendida Reforma Constitucional–² un modelo de economía socialista que no está previsto en la Constitución vigente de 1999, contrariando el modelo de Economía Social de Mercado³.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: “La Constitución Económica comprende el conjunto de normas constitucionales destinadas a delinear el Régimen Económico fundamental del Estado, la consagración de los derechos económicos y la delimitación de la participación del Estado en la economía del país”. Véase, “Ana Cristina, Núñez Machado” “Los Principios Económicos de la Constitución de 1999” en *Revista de Derecho Constitucional* N° 6. Así mismo, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil en Sentencia del 17 de noviembre de 1999 definió a la Constitución Económica como: “El marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica (o para el orden del proceso económico, en palabras del profesor Luis Díez Picazo) en el cual se define el orden económico en sus funciones esenciales y se establecen normas que sirven de parámetros para la acción de los operadores económicos”. Véase también en Derecho comparado Sebastián Martín-Retortillo, Baquer, *Derecho Administrativo Económico I, La Ley*, Madrid, 1988, p. 29: Quien define a la Constitución Económica como “El conjunto de principios y normas que, a nivel Constitucional, establecen el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica”.

² https://es.wikipedia.org/wiki/Refer%C3%A9ndum_constitucional_de_Venezuela_de_2007#cite_note-7:

Resultados Parciales con el 94% de las actas escrutadas			
Opción Sí	SI	Opción No	NO
4.404.626 votos	49,34%	4.521.494 votos	50,65%
4.360.014 votos	48,99%	4.539.707 votos	51,01%

³ La propuesta de Reforma Constitucional sometida a referéndum el 2 de diciembre de 2007 contenía un proyecto de Constitución y economía socialista, que vaciaba de contenido el derecho a la libertad económica, entre otros, mediante la modificación del artículo 112 de la Constitución vigente, así como de la pretendida aprobación de la disposición transitoria 9ª de la Reforma, que implicaba que el Ejecutivo Nacional podía regular la transición mediante decretos al modelo de economía socialista, incurriéndose en una deslegalización prohibida por la Constitución del 99 y vulnerándose de manera permanente el principio de división de poderes característico de un sistema democrático y de derecho. El haberse improbadado o rechazado por el soberano, mediante referéndum popular, la pretendida reforma constitucional implicó un rechazo al establecimiento de una Constitución Económica Socialista, lo cual es relevante para rechazar todas aquellas normas legales, decretos leyes o sublegales que pretendan con posterioridad la imposición de un sistema económico que fue improbadado por el pueblo venezolano mediante referéndum popular y que colide o viola la Constitución vigente de 1999 aprobada de igual manera por la vía de referéndum popular. Así ha sucedido con *el Decreto Ley Orgánica de Precios Justos* que vulnera la Constitución Económica, sus principios (artículo 299 de la Constitución vigente), constituye una nueva reducción al ámbito y contenido del derecho libertad Económica (artículo 112 de la Constitución vigente), reduce el ámbito de la autonomía privada empresarial, limita la competencia y pretende limitar las ganancias en proporción a los costos. En el voto salvado en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, de fecha 2 de noviembre de 2007, el magistrado Jesús Eduardo Cabrera expuso que: un cambio como el pretendido en la pretendida Reforma Constitucional conduciría no a una reforma sino a una nueva Constitución la cual debería ser votada por el poder Constituyente Originario. En efecto, el magistrado Cabrera expuso: “En criterio de quien disiente, un sistema de organización social o económico basado en la propiedad y administración colectiva o estatal de los medios de producción, como lo es básicamente el socialista, en sus distintas concepciones, cual es el propuesto en el Proyecto de Reforma, chocaría con lo que quien suscribe, y la propia Sala, era considerado Estado Social, y ello –en criterio del disidente– puede afectar toda la

Dicho modelo de economía socialista, posteriormente, ha venido imponiéndose a través de leyes dictadas por la anterior Asamblea Nacional (2005-2010; 2010-2015) y a través de Decretos Leyes dictados por el presidente de la República basado en anteriores leyes habilitantes. Así mismo, la economía socialista desde enero de 2016 se ha fundamentado en la Declaratoria de Estado de Excepción y Emergencia Económica basado en la “guerra económica”, la cual sólo existe en la narrativa y en el “imaginarium” del gobierno y sobre la cual se ha montado toda la *legalidad socialista* que choca con la Constitución vigente y deriva del Plan de La Patria 2013-2019. Dicha política errada es la verdadera causa de muchos de los males que sufre la Venezuela de hoy caracterizada por una planificación centralizada y marxistaleninista que ataca el sector empresarial y productivo venezolano y que ha conllevado a una elevada inflación⁴, falta de producción, la desindustrialización del país, desincentivos a la inversión extranjera y nacional, fuga de capitales, a una escasez y a una falta de abastecimiento de productos e insumos básicos para la población.

Mediante el presente trabajo vamos a señalar la regulación que recientemente (desde el 19 de abril de 2013 en adelante, fecha de la toma de posesión de Nicolás Maduro como Presidente de la República), ha seguido estableciendo el *sistema económico socialista* que, vulnerando las normas constitucionales, se ha impuesto en Venezuela. Debemos señalar que el objeto de investigación y análisis de este trabajo es la regulación reciente, con el marco temporal que se ha señalado y advirtiendo que esta *legalidad socialista* se ha venido construyendo peldaño a peldaño desde hace por lo menos diez (10) años con el hito relevante de las leyes comunales del 2010⁵ y sin olvidar que todo este andamiaje, desde el

estructura y los principios fundamentales del Texto Constitucional, hasta el punto que un nuevo ordenamiento jurídico tendría que ser creado para desarrollar la construcción del socialismo.

No es que Venezuela no puede convertirse en un Estado Socialista. Si ello lo decide el pueblo, es posible; pero a juicio del voto salvante, tal logro sería distinto al que la Sala ha sostenido en el fallo de 24 de enero de 2002 (Caso: *Créditos Indexados*) y ello conduciría no a una reforma de la Constitución sino a una nueva Constitución, la cual debería ser votada por el Poder Constituyente Originario. Al menos, en nuestro criterio esto es la consecuencia del fallo N° 85 de 24 de enero de 2002. Consúltese en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2042-021107-07-1374.htm>. En este sentido, ya el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional en sentencia 2042 de fecha 24 de enero de 2002 “había sostenido”: no es que el Estado Social de Derecho propenda un Estado Socialista, o no respete la libertad de empresa o el derecho de propiedad, sino que es un estado que protege a los habitantes del país de la explotación desproporcionada, lo que se logra impidiendo o mitigando prácticas que atentan contra la justa distribución de la riqueza, y que conforme a las metas contenidas en el Preámbulo de la Constitución, tiende en toda forma a evitar la actividad monopólica, los abusos de la posición de dominio, la demanda concentrada (Art. 113 constitucional); los ilícitos económicos, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización (Art. 114 eiusdem); la adquisición de bienes y servicios de baja calidad, o que se ofrezcan sin la información adecuada o engañosa sobre el contenido y características de los servicios y productos de consumo, así como que se atente contra la libertad de elección de los mismos (Art. 117 constitucional)”.

⁴ Según lo publicado por el “Banco Central de Venezuela (BCV)” en su informe Resultados del índice nacional de precios al consumidor, producto interno bruto y balanza de pagos Cuarto trimestre de 2015 – cierre del año 2015, publicado el 18 de febrero de 2016, se ha establecido que **la variación acumulada del INPC durante todo el año 2015 se ubicó en 180,9**, <http://ecoanalitica.com/noticias/ecodice-perspectivas-2017-colapso-o-transicion>. Para ecoanalítica el índice de inflación para 2016 fue de 525.1% y la proyección para el 2017 es de 850%.

⁵ “Ley Orgánica de los Consejos Comunales” publicada en la *Gaceta Oficial N° 39.335 de fecha 28 de diciembre de 2009* y “La Ley Orgánica del Poder Popular”; “Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular Ley Orgánica de las Comunas”, “Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal”

punto de vista económico, tiene entre otros dos pilares muy importantes el control de cambios y el control de precios previstos desde el año 2003⁶.

Cabe destacar que la encuesta sobre condiciones de vida en Venezuela (ENCOVI) publicada el 17 de febrero 2017 y realizada sobre 6.500 familias por las principales universidades del país (Universidad Católica Andrés Bello UCAB, Universidad Simón Bolívar USB y UCV Universidad Central de Venezuela) reveló que el 81.8% de los hogares venezolanos viven en pobreza y que Venezuela se ha convertido en el país más pobre de América Latina. Según Ángel Oropeza, profesor de la UCAB, “Hay 52% de pobreza extrema, es decir, más de la mitad de las familias venezolanas, de hogares venezolanos, en pobreza extrema” y apenas tenemos un 8% de hogares no pobres⁷. Así mismo, la Academia Nacional de Ciencias Económicas ha realizado en fecha reciente dos pronunciamientos importantes con los cuales estamos de acuerdo y que atacan el fondo del problema que referimos de seguidas: el primero, en fecha 21 de octubre de 2016 en el cual expresó:

“La Academia Nacional de Ciencias Económicas considera su deber pronunciarse sobre las causas y consecuencias de tan lamentable situación, en beneficio de contribuir con su comprensión y con la formulación de políticas que puedan sacar al país de tal extravío. Sus causas anteceden a la caída en los precios de exportación del petróleo. Encuentran sus raíces en el proyecto económico implantado por ambos gobiernos, el cual ha despilfarrado los enormes recursos percibidos, destruido la capacidad productiva doméstica, alimentado la inflación y aumentado nuestra dependencia del ingreso petrolero y de proveedores foráneos. Las largas colas de venezolanos observadas por doquier buscando alimentos, medicamentos y otros productos incrementan la tragedia representada por un alza desmedida de precios, que podría superar este año el 180%. Esta realidad no se corrige con medidas represivas ni cierres de fronteras.

y “Ley Orgánica de la Contraloría Social” todas ellas publicadas en la *Gaceta Oficial* N° 6.011 del 21 de diciembre de 2010 estableciendo un Estado de organización territorial del Estado Comunal paralelo al Estado Federal Descentralizado establecido en la Constitución vigente de 1999. Véase estudio sobre estas leyes Allan Brewer-Carías, y otros en: *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal*. Editorial Jurídica Venezolana, Colección Textos Legislativos N° 50, Caracas 2011. Véase en especial en la referida publicación Jesús María Alvarado Andrade: *La Constitución Económica y El Sistema Económico Comunal (Reflexiones Críticas a propósito de la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal)*. Consúltense así mismo, Leonardo Palacios Márquez: *La Tributación y la Ley de Costos y Precios Justos* en especial su capítulo a manera de “Introducción: La Ley De Costos y Precios Justos como Herramienta del Estado Comunal”. En *Ley De Costos y Precios Justos*, Coordinación Claudia Nikken y otros. Colección Textos Legislativos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, p. 321 y ss. Sobre el desmantelamiento del Estado Federal y la pretendida construcción de un Estado Comunal no previsto en la Constitución vigente véase el Enrique J. Sánchez Falcón: *Estado Comunal y Estado Federal en Venezuela ¿Son Constitucionalmente conciliables ambas formas de Estado*, Cuadernos de la Fundación Manuel García-Pelayo?, Caracas 2017.

⁶ “Convenio Cambiario N° 1” celebrado entre el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Finanzas y el Banco Central de Venezuela publicado en la *Gaceta Oficial* N° 37.625 de fecha 5 de febrero de 2003”. Véase igualmente *Decreto N° 2.304* de fecha 5 de febrero de 2003 publicado en la *Gaceta Oficial* N° 37. 626 de fecha 6 de febrero de 2003 mediante el cual se declararon los bienes y servicios que allí se señalan como de primera necesidad, siendo posteriormente fijados sus precios máximos por el Ministerio de Producción y Comercio. Desde ese año se han previsto una serie de convenios cambiarios (36) y diversos decretos y fijaciones de precios máximos por la Superintendencia Nacional de Derechos Socioeconómicos (SUNDDE), incluso algunos de estos últimos han sido publicados en la página web de la SUNDDE y no en la *Gaceta Oficial*.

⁷ www.el-nacional.com/noticias/crisis-humanitaria/encovi-loshogares-esta-pobreza_81460.

Tampoco puede aceptarse la actitud del Banco Central y de otros organismos, de ocultar la información sobre el acontecer económico, violando los artículos 311 y 319 de la Constitución, como si con ello la grave situación no existiese.

Es imperativa la liberación de las fuerzas productivas para aliviar la escasez, generar fuentes de ingreso adicionales y proveer empleo productivo y bien remunerado. Venezuela tiene los recursos con los cuales superar la presente situación. Corresponde al Ejecutivo instrumentar un ajuste que restablezca los equilibrios macroeconómicos requeridos para unificar el tipo de cambio en torno a sus valores de equilibrio, abatir la estanflación, generar expectativas favorables a la inversión y establecer condiciones financieras que promuevan el ingreso de los capitales necesarios para que estos cambios tengan viabilidad. Este esfuerzo requiere el restablecimiento pleno de los derechos de propiedad y el levantamiento del aparato punitivo de controles y regulaciones que está asfixiando a la economía. Un programa bien diseñado de apoyo a los sectores más vulnerables podrá reducir el impacto adverso de estas medidas de saneamiento en el corto plazo mientras se generen los empleos productivos bien remunerados que sustenten mejoras en el bienestar de los venezolanos⁸. (Subrayado nuestro).

Así mismo, en fecha reciente, 1 de marzo de 2017, la Academia Nacional de Ciencias Económicas se ha dirigido a la nación para emitir su opinión sobre los graves problemas económicos que aquejan a la sociedad venezolana y sobre las medidas para superarlos⁹. De

⁸ <http://www.ance.org.ve/documentos-conferencias-discursos-entrevistas-y-otros/propuestas-a-la-nacion/21-pronunciamiento.html>

⁹ En este segundo comunicado de la Academia Nacional de Ciencias Económicas se señaló: “Desde la Academia nos hemos pronunciado por la necesidad imperiosa de derrotar la espantosa inflación que empobrece a los venezolanos, la más alta del mundo durante los últimos tres años, para superar tan lamentable situación. Nos sentimos obligados a reiterar la urgencia de reducir drásticamente el déficit del Estado, eliminar su financiamiento monetario, unificar el tipo de cambio en torno a sus valores reales de equilibrio y liberar a las fuerzas productivas para que puedan responder a las necesidades del mercado doméstico. Es menester sanear las cuentas del sector público, eliminando el gasto improductivo y aumentando sus ingresos. Deben sincerarse los precios de los bienes y servicios que brinda el Estado, venderse empresas que hoy desangran las arcas públicas y combatir eficazmente las corruptelas que tantos recursos le han robado a los venezolanos.

Sincerar los precios de los combustibles internos y rescatar a la industria petrolera de los compromisos impuestos que le han impedido cumplir con su misión de producir competitivamente crudo, gas, mejoraría significativamente su situación financiera. Así podrá encarar exitosamente sus requerimientos de inversión, y de pago de deuda, de proveedores y de impuesto al fisco, y prescindir del dinero sin respaldo que le entrega el BCV, fuente principalísima de inflación. Si no se logra mejorar drásticamente la eficiencia de la industria, las finanzas públicas se verán seriamente constreñidas.

Asociado a lo anterior está la unificación del tipo de cambio en torno a valores que equipararían el poder de compra interno y externo del bolívar y la creación de condiciones que permitan el libre acceso a la divisa. El actual control cambiario, con sus tasas tan dispares y distorsionadoras de los precios internos, ha acentuado la fuga de capitales, la devaluación incesante de nuestra moneda y la merma de las reservas internacionales del país. Su dismantelamiento es indispensable para superar los cuellos de botella externos que restringen la capacidad de importar insumos y equipos para las actividades productivas, así como los bienes de consumo final que requiere la población. La eliminación del déficit público y de su financiamiento monetario permitirán derrotar la inflación y estabilizar el precio del dólar a niveles varias veces inferior a su cotización en el mercado negro, en un régimen de libre competencia. Ello habrá de abaratar sustancialmente el precio de la inmensa mayoría de los bienes importados, como de aquellos que se fabrican con insumos comprados afuera, siempre que se promueva activamente la competencia en el mercado doméstico. Con ello se beneficiará el poder adquisitivo de la población.

La reactivación de la economía interna y la promoción de la competencia requieren levantar los controles y las regulaciones punitivas. Junto al racionamiento en el mercado de divisas, han pro-

tal manera la solución desde el punto de vista económico pasa por respetar los principios y derechos de contenido económicos previstos en la Constitución vigente, así como por liberar las fuerzas productivas a través de la reducción de controles de cambio y de precios, trabajar en la unificación cambiaria, consolidando el sector productivo nacional, y disminuir el déficit del Estado, así como prescindir de la emisión de dinero inorgánico para combatir la inflación, entre otros.

Reducción de precios del petróleo. Dificultad en la disponibilidad de divisas. Falta de pago a proveedores extranjeros.

De igual manera, con la reducción de los ingresos petroleros de 100\$ para el III trimestre del 2014, cerca de cuarenta dólares por barril para finales del 2015, un promedio de cerca de 40 dólares para la cesta petrolera venezolana durante el 2016, se ha impactado la economía venezolana que dado el ataque consistente al sector productivo nacional por parte del gobierno, se convirtió en una economía de puertos, importadora y que ahora ve disminuido su poder de compra y de pago a importaciones por parte del Estado, así como la dificultad igualmente de disponibilidad y otorgamiento de divisas para el pago de proveedores internacionales del sector privado, implicando esta situación la escasez de bienes y productos en el mercado venezolano. Así mismo, ha acontecido lo que se denomina el “encadenamiento productivo”, que consiste en que en ocasiones puede haber todo lo necesario para producir un bien, pero, por ejemplo, falta la tapa plástica o, al revés, que se tienen las tapas, pero, en ocasiones, no se tienen todos los insumos para producir el bien.

I. CONTROL DE CAMBIO

El Convenio Cambiario N° 35 publicado en la *Gaceta Oficial* N° 40.865 de 9 de marzo de 2016 se prevé el tipo de cambio protegido (DIPRO) en nueve bolívares con setenta y cinco céntimos (Bs. 9,75) por dólar de los Estados Unidos para la compra, y en diez bolívares (10,00 Bs) por dólar de los Estados Unidos para la venta. De igual manera, a partir de la entrada en vigencia del Convenio Cambiario N° 35, la liquidación de las operaciones de divisas para el pago de las importaciones de los bienes determinados en el listado de rubros pertenecientes a los sectores de alimentos y salud y de las materias primas e insumos asociados a la producción de estos sectores, por los Ministerios del Poder Popular para Industria y Comercio y para la Banca y Finanzas, previa opinión favorable de la Vicepresidencia Sectorial de Economía y del Banco Central de Venezuela, se efectuará al tipo de cambio de venta de diez bolívares (Bs. 10,00) por dólar.

vocado una severa subutilización de los recursos productivos de la Nación. Por tanto, es de esperar una respuesta inmediata de la economía al liberarse las fuerzas productivas domésticas de los controles que hoy las asfixian. Adicionalmente, deben tomarse las previsiones necesarias para fortalecer las instituciones financieras de manera que puedan proveer los créditos necesarios para la reactivación económica, y estimular la inversión productiva y emprendimiento. De otra manera no se podrán generar empleos bien remunerados, capaces de restablecer un poder de compra digno a la familia venezolana.

Lo anterior se hace aún más factible y provechoso de contar con un generoso financiamiento externo. Este contribuirá a estabilizar el precio del dólar y cumplir con nuestros compromisos externos, y coadyuvará con el saneamiento de las cuentas públicas y la reforma del Estado. La estabilización macroeconómica y la eliminación de los controles habrá de abrirnos las puertas a fuentes de financiamiento diversas, hoy negadas por el altísimo riesgo con que somos percibidos en los mercados internacionales.

De tomarse las medidas aquí expuestas, el Estado dispondrá de recursos para compensar a aquellos sectores vulnerables que pudiesen resultar afectados por algunas de ellas.

Así mismo, el Convenio N° 35 establece las operaciones de divisas con tipo de cambio complementario flotante de mercado (DICOM) para las operaciones de divisas efectuadas a las instituciones internacionales con las cuales la República haya suscrito acuerdos o convenios internacionales; las operaciones de venta de divisas efectuadas a representaciones Diplomáticas, Consulares sus funcionarios, así como de funcionarios extranjeros de los organismos internacionales; a las operaciones de venta de Divisas por parte de Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) y sus empresas filiales, así como las empresas mixtas a las que se refiere la Ley Orgánica de Hidrocarburos, la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos y la Ley de Desarrollo de Actividades Petroquímicas, en estos casos se hará a cualesquiera de los tipos de cambio previstos en el convenio cambiario, reducido en 0,25%. La liquidación de las operaciones de venta de divisas destinadas al pago de consumos y avances de efectivo realizados con tarjeta de crédito con ocasión de viajes al exterior, se hará al tipo de cambio complementario de mercado vigente para el momento de la operación. Todas aquellas operaciones de liquidación de divisas no previstas expresamente en el Convenio N° 35 se tramitarán a través de mercados alternativos de divisas regulados en la normativa cambiaria, al tipo de cambio complementario flotante en el mercado. De conformidad con el artículo 17 del Convenio Cambiario N° 35 en comentario, los mercados alternativos de divisas a los que se contrae el Convenio Cambiario N° 33 de 10 de febrero de 2015, continuarán en funcionamiento hasta tanto sean sustituidos dentro de un plazo máximo de treinta (30) días; mientras esto último ocurra, éste, el tipo de cambio complementario flotante de mercado será aquel al que se refiere el artículo 24 del Convenio N° 33 del 10 de febrero de 2015. Así las cosas, como los referidos mercados alternativos no han sido sustituidos ni se ha dictado la normativa especial, se sigue aplicando lo previsto en el artículo 24 del Convenio Cambiario N° 33, según el cual, diariamente, el Banco Central de Venezuela publicará, en su página web, el tipo de cambio promedio ponderado de las operaciones transadas durante cada día en los mercados a los que refieren los capítulos II y IV del Convenio Cambiario N° 33.¹⁰ Esto es, sigue el Sistema Marginal de Divisas (SIMADI) hasta que sean dictadas las normas especiales que lo sustituyan.

Por tanto, tenemos una economía con un control cambiario desde el año 2003 en la cual no rige la libre convertibilidad de la moneda y la libertad de cambio, no se sigue por las reglas del mercado de oferta y de demanda para determinar el tipo de cambio. Así mismo, al existir dos tipos de cambios y con tanta diferencia entre el DIPRO y el DICOM donde no se presentan mercados transparentes para el otorgamiento de divisas, se presta a tratamientos preferenciales y centralizados para su otorgamiento a sectores cercanos a los órganos regulatorios y financieros, especialmente en lo referido al tipo de cambio protegido. El 27 de marzo de 2017 el Presidente de la República anunció un nuevo sistema de cambio con subastas semanales y un nuevo DICOM en cuanto al acceso de las divisas que habrá que ver su alcance una vez sea publicado en *Gaceta Oficial*¹¹.

Adicionalmente a los tipos de cambio previstos en el señalado y vigente convenio cambiario N° 35, en el mes de enero se crearon casas de cambio en la frontera venezolana con Colombia el 17 de enero de 2017 que según la página web del Banco Central de Venezuela

¹⁰ A la fecha 24 de enero de 2016 el tipo de cambio SIMADI (Sistema Marginal de Divisas) publicado por el BCV es de 684,00 Bs. por dólar para la compra y 686,00 Bs. por dólar para la venta.

¹¹ <http://www.panorama.com.ve/politicayeconomia/Maduro-en-cierre-de-la-Expo-Venezuela-Potencia-2017-Importantes-anuncios-vamos-a-hacer-20170327-0090.html>.

tiene un dólar implícito calculado a 736,25 bolívares por dólar¹². Así se iniciaron operaciones con una paridad de 4 pesos por bolívar. “Si dividimos los 2.945 pesos que cuesta un dólar entre cuatro, nos da el precio del implícito que estamos estableciendo, y con el que arrancamos a trabajar”, explicó Carlos Dorado de Italcambio al diario El Universal, lo cual da un cambio implícito de 736,25 bs por dólar. “El gobernador del Estado Táchira, José Gregorio Vielma Mora, informó que en las casas de cambio que comenzaron a operar ayer en la frontera con Colombia se fijó una tasa de cambio de cuatro pesos por bolívar...por día solo se puede comprar hasta un máximo de 200 dólares en efectivo y 300 dólares por transferencia, en su equivalencia en pesos...”¹³

En fecha 18 de marzo 2017, Carlos Dorado expresó en el diario El Universal:

Alrededor de 4 millones 552 mil dólares y 13.284 millones de pesos han canjeado 15.520 personas en las casas de cambio activadas en la frontera con Colombia desde hace dos meses, según información suministrada por Carlos Dorado, presidente de Italcambio.

“Atendemos a diario 50 personas por agencia, lo que es igual a 500 usuarios entre Táchira y Zulia, por lo que se venden diariamente 150.000 dólares. Buena parte de las divisas que transamos, las compramos a dólar DICOM a turistas en las oficinas que tenemos en los aeropuertos internacionales. Divisa que adquirimos, dólar que vendemos sin falta.

(...)

Según la data estadística expuesta, en enero se vendieron casi 1.8 millones de dólares a una tasa de venta de 732,37 Bs/\$; en febrero la tasa bajó a 719,99 Bs/dólar y se transó una cifra superior al millón 844 mil dólares. Explicó Dorado, que a pesar de que es legal realizar operaciones en dólares a través de transferencias, la empresa que maneja no acostumbra realizarlas por el alto riesgo que representan las estrategias de lavado de dinero que se buscan erradicar, aseguró.

(...)

A juicio de Dorado, por otra parte, la nación tiene la posibilidad de engrosar el ingreso de divisas a las arcas de las reservas internacionales, con la liberación de la tasa de compra del dólar aplicada a las remesas que el 20% del millón 200 mil venezolanos que están fuera de las fronteras envían a sus familiares en el país.¹⁴

II. CONTROL DE PRECIOS

1 En materia del régimen de Precios se ha dictado recientemente el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos publicado en la *Gaceta Oficial* 40.787 del 12-11-2015 que establece que ningún margen de ganancia superará el treinta por ciento (30%) de la estructura de costos del bien producido o servicio prestado en el territorio nacional.

Este Decreto Ley prevé que cuando en la determinación del precio resultare excedido el margen máximo de ganancia, la Superintendencia podrá efectuar el ajuste correspondiente, notificando al sujeto de aplicación la fijación del nuevo precio.

¹² <http://www.eluniversal.com/noticias/economia/casas-cambio-utilizaran-dolar-implicito-73625635457>.

¹³ http://www.el-nacional.com/noticias/regimen-cambiario/bcv-fijo-tasa-cambio-frontera-pesos-por-bolivar_75875

¹⁴ http://www.eluniversal.com/noticias/economia/supera-los-millones-monto-transado-las-casas-cambio_644246

2. Así mismo, la Providencia Administrativa N° 070/2015 dictada por la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE) publicada en la *Gaceta Oficial* N° 40.775 del 27-10-2015 expresa lo siguiente:

- a.- Se establece un margen máximo de ganancia a los productores nacionales y prestadores de servicio de 30% para el caso de los productores sobre su estructura de costos.
- b.- Se establece un margen máximo de ganancia a los importadores de bienes de hasta veinte por ciento (20%) sobre su estructura de costos.
- c.- Limita el margen de intermediación hasta un sesenta por ciento (60%) para toda la cadena.

Este Decreto Ley Orgánica de Precios Justos y la Providencia N° 070 de la SUNDDE han establecido en la economía venezolana importantes limitaciones a la libertad económica y han vaciado de contenido los derechos económicos previstos en la Constitución vigente, previendo además una limitación –efectuado por vez primera en Venezuela– en relación a los márgenes de ganancia con base en las estructuras de costos y previendo límites en cuanto a los márgenes de ganancias en la cadena de comercialización. Así las cosas, se han previsto relevantes. Limitaciones a la libertad empresarial, se limitan los niveles de ganancias de los productores, importadores, así como los márgenes de comercialización¹⁵. Se ha pretendido con esta política, además, reducir los eslabones de la cadena de comercialización.

Las fiscalizaciones realizadas durante el mes de diciembre de 2016 en el sector juguetes, tiendas de ropa y materiales para el hogar, constituyeron en muchos de los casos vías de hecho, sin procedimiento administrativo alguno y ordenando de manera inmediata, inaudita parte, ajustes o reducciones de precios¹⁶, lo cual atenta contra los derechos al debido proceso, defensa y presunción de inocencia. Situación jurídica distinta sería, que luego de una investigación, abierto un procedimiento administrativo, efectuado una audiencia al interesado y realizado el respectivo contradictorio durante el procedimiento administrativo, se tomasen medidas en relación a los precios, lo cual no ha sido la forma de proceder de parte de las autoridades administrativas competentes¹⁷.

¹⁵ Juan Domingo Alfonso Paradisi: *El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, La Limitación del Margen de Ganancias sobre la estructura de Costos en Análisis Jurídico Económico y Financiero de la Ley Orgánica de Precios Justos y de la Normativa Complementaria*. Juan Domingo Alfonso Paradisi y otros. Fundación Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA, Caracas 2014, p. 11 y ss. Anabella Abadí M. y Carlos García Soto: “El Control de Precios en Venezuela” (1939-2015): De la Segunda Guerra Mundial a la “Guerra Económica”. Universidad Monte Ávila, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) y CEDICE. Caracas 2016. Claudia Nikken y otros: *Ley de Costos y Precios Justos*. Colección de Textos Legislativos N° 53, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012.

¹⁶ Véase caso *Juguetes Kresel*: <http://www.finanzasdigital.com/2016/12/sundde-kresel/> “William Contreras, informó del decomiso de más de tres millones 821 mil juguetes almacenados en los depósitos de la empresa, los cuales serán distribuidos por los Comité Locales de abastecimiento (CLAP), por acaparamiento, boicot en la venta, abuso de posición de dominio por parte de la compañía entre otros delitos.” Caso *EPK*: véase: <http://www.2001.com.ve/con-la-gente/148048/sundde-ordena-reduccion-inmediata-en-precios-de-la-tienda-epk---video-.html>. “El superintendente William Contreras, anunció este miércoles que tras una fiscalización en los galpones de las tiendas EPK (El Principito) se ordenó la reducción inmediata en los precios de la mercancía y la venta supervisada en las 31 tiendas del país, que se llevará a cabo a partir del jueves 22 de diciembre y estima que se reduzcan el costo de la mercancía hasta en un 70%”.

¹⁷ Véase lo irritado de estas fiscalizaciones en relación con la falta o ausencia de debido proceso y de procedimiento administrativo en <https://youtu.be/iXzmbuQH8PM>.

III. REZAGO DE LOS CONTROLES DE PRECIOS Y NO REVISIÓN DE FIJACIONES DE PRECIOS

Otro tema importante en cuanto al control de precios ha consistido en la no actualización de las regulaciones de precios o la no revisión de precios fijados por las autoridades competentes de manera oportuna que han implicado dificultades económicas para las empresas y ha conllevado a la venta de esos productos con márgenes de pérdida, lo cual es contrario al ejercicio del derecho a la libertad económica. Ello trae como consecuencia la venta perdida en algunos productos y el no poder obtener el valor de reposición indispensable para el ejercicio de la actividad industrial o comercial. Es importante señalar que, contrario a la Constitución y a los derechos económicos, la regulación que implique la venta o comercialización a pérdida y toda regulación que esté por debajo de los costos de producción es violatoria de los referidos derechos económicos y de la constitución económica y, por consiguiente, es un desincentivo para muchas empresas que han o pueden salir del mercado por vía de consecuencia o tengan que reducir su portafolio de productos.

IV. DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN DE EMERGENCIA ECONÓMICA

Una vez cambiada la fuerza mayoritaria en la Asamblea Nacional, y obteniendo el sector opositor la mayoría –dada la elección popular de sus representantes celebrada en el mes de diciembre de 2015– desde enero del 2016 el Presidente de la República ha dictado cuatro (4) Decretos Declarando el Estado de Excepción y Declarando el Estado de Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional, ello obviamente, para buscar mecanismos para dictar actos con rango y fuerza de ley y así tratar de desplazar o minimizar la labor propia de la Asamblea Nacional, todo ello en conjunción y con la aprobación del Tribunal Supremo de Justicia, como se verá más adelante en este trabajo. En efecto, el 14 de enero de 2016 se dictó el **primer** Decreto, el Decreto N° 2.184 publicado en la *Gaceta Oficial* N° 6.214 Extraordinario declarando “el Estado de Emergencia Económica en todo el territorio nacional por un lapso de sesenta (60) días. Fue prorrogado mediante Decreto N° 2.270 de fecha 11 de marzo de 2016, publicado en *Gaceta Oficial* N° 6.219 Extraordinario de fecha 11 de marzo de 2016. Posteriormente, en fecha 13 de mayo de 2016 se dictó un **segundo** Decreto N° 2.323 publicado en la *Gaceta Oficial* N° 6.227 Extraordinario de la misma fecha, mediante el cual se declara el Estado de Excepción y de Emergencia Económica dadas las circunstancias extraordinarias que afectan gravemente la Economía Nacional. Meses después, se dicta el Decreto N° 2.371 del 12 de julio de 2016, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 40.942 mediante el cual se prorroga, por sesenta (60) días, el plazo establecido en el Decreto N° 2.323 de fecha 13 de mayo de 2016. En fecha 13 de septiembre de 2016 se dicta el **tercer** Decreto, N° 2.452, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 6.256 de la referida fecha mediante el cual se decreta el Estado de Excepción y Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional, por sesenta (60) días prorrogables por sesenta (60) días más, dadas las circunstancias extraordinarias en el ámbito social, económico y político que afectan el orden constitucional, la paz social, la seguridad de la Nación, las instituciones públicas y a los ciudadanos y ciudadanas habitantes de la República, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, contundentes, excepcionales y necesarias, para asegurar a la población el disfrute pleno de sus Derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, alimentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida. Fue prorrogado, a su vez, mediante Decreto N° 2.548 de fecha 13 de noviembre de 2016 publicado en *Gaceta Oficial* N° 6.272 de fecha 13 de noviembre de 2016. En fecha 13 de enero de 2017 se ha dictado el **cuarto** Decreto, Decreto N° 2.667 publicado en la *Gaceta Oficial* N° 41.074 de la misma fecha, mediante el cual se declara el Estado de Excepción y Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional, con vigencia de sesenta (60) días prorrogables por sesenta (60) días más, dadas las circunstancias

extraordinarias en el ámbito social económico y político que afectan el orden constitucional, la paz social, la seguridad de la Nación, las instituciones públicas y a los ciudadanos y ciudadanas habitantes de la República, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, contundentes, excepcionales y necesarias, para asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, alimentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida.

Recientemente se ha dictado el Decreto N° 2.742 de fecha 13 de marzo de 2017 publicado en *Gaceta Oficial* N° 41.112 de la misma fecha, en cuyo artículo primero se prorroga por sesenta (60) días, el plazo establecido en el Decreto N 2.667 de fecha 13 de enero de 2017 sobre el Estado de Excepción.

De tal manera, el Estado de Excepción de Emergencia Económica que permite al presidente de la República dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley se ha venido extendiendo en el tiempo de manera desproporcionada e inconstitucional cada ciento veinte (120) días. En efecto, la Constitución prevé en casos excepcionales la Declaratoria de Excepción por Emergencia Económica por sesenta (60) días prorrogable, *una sola vez*, por sesenta (60) días más, pero no convertir dicho Estado de Excepción “*en la normalidad*”, para así permitir al presidente de la República dictar decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en materia económica contrariando así las disposiciones constitucionales, concentrando el poder, evadiendo el sistema de pesos y contrapesos, dejando vacía a la Asamblea Nacional de sus funciones propias y fundamentales en un Estado de Derecho y reduciendo, por consiguiente, los derechos fundamentales de los ciudadanos.

1. *Sobre el control político y jurídico del Estado de Excepción*

Cabe señalar que la Declaratoria de Estado de Excepción tiene, conforme a la Constitución, artículo 339, un control político¹⁸ y un control jurídico. El control político versa sobre la oportunidad y los fundamentos del Decreto mientras que el control jurídico se refiere a su constitucionalidad. Desde el primer Decreto N° 2.184 dictado el 14 de enero de 2016 mediante el cual se declaró el Estado de Emergencia Económica, la Asamblea Nacional trató ejercer el control, conforme al artículo 339 constitucional, sosteniendo desde su perspectiva, mediante el informe de la Comisión Especial de fecha 22 de enero de 2016 y aprobado por el pleno de la Asamblea, que no estaban dadas las condiciones para declarar un Estado de Emergencia Económica, ya que la situación deplorable que existe en Venezuela desde el punto de vista económico no se debe en modo alguno a la denominada “*guerra económica*” sino a la errada política que ha seguido el Ejecutivo Nacional y, es a ello, que se debe el deterioro económico que está atravesando Venezuela en estos tiempos. Así, la Comisión Especial sostuvo que el Ejecutivo Nacional parte de un diagnóstico insatisfactorio de las causas de la crisis económica atribuyéndolo exclusivamente a una *guerra económica* iniciada supuestamente por factores externos e internos contra el pueblo venezolano en detrimento de las actividades económicas, no reconociendo el Ejecutivo Nacional ningún efecto a las políticas fiscal, monetaria,

¹⁸ En cuanto al control político previsto en el artículo 339 de la Constitución véase Allan R. Brewer-Carías, *Dictadura Judicial y perversión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, 2^{da} Edición, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas-New York 2016, p. 203. “La Constitución le atribuyó en esta forma al órgano parlamentario la potestad de control político sobre los decretos de estado de excepción, asignándole el poder de aprobarlos, y por supuesto de improbarlos. Cuando la Constitución dispone que el decreto se remita a la Asamblea ‘para su consideración y aprobación’ es por supuesto para su consideración, y como derivado de ello, para su aprobación o improbación. De lo contrario no sería control alguno, sino una simple rúbrica”.

cambiaría y de precio que actualmente aplica. Así mismo, señaló la Comisión Especial que las decisiones del Ejecutivo Nacional entre 2003 y 2012 en años de bonanza económica, agravaron la fragilidad de la economía venezolana y que en ningún momento se aplicó el Fondo de Estabilización Macroeconómica dado los precios altos del petróleo durante todos esos años para así lograr tener una reserva para el momento en que ocurriese una baja en los precios del petróleo¹⁹. Adicionalmente, la Comisión Especial señaló en su informe que a estas razones debe sumarse los efectos de un sistema de precios rígidos que impide cubrir los costos de producción; que el actual régimen de cambios múltiples genera oportunidades a la corrupción reconocida por el propio Presidente Nicolás Maduro²⁰; que al no reconocer estos problemas ni proponer soluciones el aplicar el Decreto agravaría la actual crisis en lugar de resolverla.

Así mismo, el Decreto de Estado de Emergencia Económica en ningún momento justificó satisfactoriamente –desde el punto de vista de la técnica constitucional de los Estados de Excepción– que los “medios ordinarios” de los que dispone el presidente de la República sean insuficientes para atender la crisis²¹. De igual manera, sostuvo la Comisión Especial que, de aprobarse el Decreto de Emergencia Económica, la Asamblea no sólo se ausentaría de sus responsabilidades sino también reduciría espacios de participación a universidades, gremios, sindicatos, empresarios, comunidades, partidos políticos y movimientos sociales. Por último, el informe señaló en el numeral 19 que el Decreto propone dispensar de todo tipo de controles a las puertas de una crisis económica y concentrar todo el Poder en el Ejecutivo Nacional, desconociendo así la importancia de la división de poderes y de la rendición de cuentas propias de los sistemas democráticos, aumentando así las oportunidades para el despilfarro, la desviación y la apropiación indebida de fondos públicos y bienes privados sin control alguno.

La Comisión Especial señaló en la última parte de su informe (numerales 27 y 28) una serie de sugerencias encaminadas a enfrentar y resolver la crisis económica y social que sufre Venezuela.

Ahora bien, ese informe de la Comisión Especial fue aprobado; sin embargo, en fecha 3 de febrero de 2016 diversos representantes de Consejos Comunales y miembros de Comunas interpusieron por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia un recurso de interpretación de naturaleza Constitucional sobre el alcance, particulares y consecuencias del

¹⁹ Véase informe de la Comisión Especial de la Asamblea Nacional de fecha 22 de enero de 2016 consultado en original.

²⁰ Cuando el propio Presidente Maduro solicitó a la anterior Asamblea Nacional “Poderes habilitantes especiales para 12 meses y lanzar una lucha temprana para combatir” entre otras cosas “una colección de dificultades que bien podríamos bautizar con el nombre de *Cadivismo*” informe de la Comisión Especial numeral 15 emanado en fecha 22 de enero 2006.

²¹ El informe de la Comisión Especial de fecha 22 de enero de 2016 en su página 9 y ss. señala el listado de Leyes y regulaciones vigentes que permiten al gobierno adoptar las medidas enumeradas en el Decreto que declaró el Estado de Excepción en este sentido la doctrina ha señalado los requisitos o elementos para dictar un Estado de Excepción, entre los cuales se encuentra que los hechos que determinan el Estado Excepcional no pueden combatirse con las facultades de que normalmente dispone el Poder Público sino que se requieren de otros recursos especiales o extraordinarios para poder enfrentar la situación. Véase en ese sentido, Hildegard Rondón De Sansó: *La Constitución de 1999 Cuatro Temas Álgidos de la Constitución Venezolana de 1999*, Editorial Exlibris 2005, p. 193 y ss. Quien ha planteado: “los estados de excepción son como ha quedado expresado, las circunstancias extraordinarias dotadas de las características de la irresistibilidad de los fenómenos y la lesividad de sus efectos, que se plantean en un régimen constitucional afectando o amenazando con hacerlo a sus instituciones fundamentales, impidiendo el normal desarrollo de la vida ciudadana y alterando la organización y funcionamiento de los poderes públicos”.

artículo 339 en concatenación con el artículo 136 de la Constitución, además de los artículos 27 y 33 de la Ley Sobre Estados de Excepción.

Así, en sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional N° 7, de fecha 11 de febrero de 2016 se sentó que:

“3.3 En lo que concierne al control político, el Decreto declarando el Estado de Excepción deberá ser “aprobado por la mayoría absoluta de los diputados y diputadas en sesión especial que se realizará sin previa convocatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas de haberse hecho público el decreto” (artículo 27, parágrafo primero, Ley Orgánica de Estados de Excepción); norma que, por notoriedad comunicacional, advierte esta Sala, no fue cumplida por la Asamblea Nacional, circunstancia que vulneró la legalidad procesal, la seguridad jurídica y el debido proceso consagrado en el artículo 49 Constitucional, pilares fundamentales del Estado Constitucional de Derecho (*vid.* 2, 7, 137, 334, 335, y 336 del Texto Fundamental), viciando de nulidad por Inconstitucionalidad el proceso que culminó con el constitucionalmente irrito acuerdo dictado por la máxima representación del Poder Legislativo Nacional el 22 de enero de 2016.

3.4 El lapso máximo para su decisión es de ocho (8) días, pero para que la Asamblea pueda pronunciarse con posterioridad a las 48 horas indicadas en el párrafo inicial del artículo 27, debe cumplirse la realización de la sesión especial, que además sólo puede tratar ese único objeto –artículo 59 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional– y de ser necesario, acordar una prórroga debidamente justificada para considerar el decreto con posterioridad al aludido lapso, pero dentro de los ocho (8) días, salvo caso fortuito o fuerza mayor (artículo 27 *in fine*).

3.5 La Asamblea Nacional no cumplió oportunamente y, en fin, dentro de los límites constitucionales y legales, con el control del referido decreto; al haber realizado la Sala Constitucional el control jurisdiccional dentro del lapso contemplado en el título II, capítulo IV de la Ley Orgánica sobre Estado de Excepción, es decir, dentro de los ocho (8) días continuos siguientes a aquel en que se haya dictado (artículo 31, Ley Orgánica sobre Estados de Excepción), previo agotamiento del lapso de cinco (5) días para que los interesados consignaran ante la Sala alegatos y elementos de convicción para demostrar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del decreto, en cuyo caso estaba obligada a tramitarlos (artículo 33 y 36 Ley Orgánica sobre Estados de Excepción).

4.- DESAPLICA, en ejercicio del control difuso de la Constitucionalidad, conforme a lo ordenado en el artículo 334 del Texto Fundamental, la disposición contenida en el artículo 33 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción Bolivariana de Venezuela N° 37.261 del 15 de agosto de 2001²².

2. *Primacía del control jurídico sobre el control político y vaciamiento de contenido del control de la Asamblea Nacional previsto en el artículo 339 de la constitución vigente*

De tal manera que, la Sala Constitucional resolviendo un supuesto recurso de interpretación del referido artículo 339 Constitucional en concordancia con el artículo 136 de la Constitución vigente y del artículo 33 de la Ley Sobre Estados de Excepción, le da primacía al control jurídico constitucional sobre el control político del Decreto²³; deja sin contenido el

²² <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/184885-07-11216-2016-16-0117.HTML>

²³ Véase la posición de Gabriel Sira Santana, *Del estado de excepción a partir de la Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana, Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas 2017, p. 120, sobre el sentido de la duplicidad del control político y el control jurídico criticando la sentencia del TSJ de la Sala Constitucional N° 7 de 11 de febrero 2016 “la duplicidad de control tiene un *sentido* claro: la actividad desplegada por el Poder Legislativo y el Poder Judicial, si bien pueden llegar a una misma consecuencia (que se mantenga o no la vigencia del estado de excep-

control político realizado por la Asamblea Nacional haciendo prelar la forma sobre el fondo en cuanto al no haber efectuado el supuesto inicio del procedimiento mediante sesión especial dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de haberse hecho público el referido Decreto, en vez de preservar el control político y el análisis sobre los fundamentos de si hay o no razones para declarar un Estado de Excepción de Emergencia Económica e, igualmente grave, ordena la referida sentencia, la desaplicación del artículo 33 de la Ley sobre Estados de Excepción convirtiendo al recurso de interpretación en una acción de nulidad²⁴. *En efecto, el artículo 33 de la Ley Sobre Estados de Excepción establece que:*

“La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia omitirá todo pronunciamiento, si la Asamblea Nacional o la Comisión Delegada desaprobare el Decreto de Estado de Excepción o denegare su prórroga, declarando extinguida la instancia”.

Así las cosas, dado que mediante sesión especial de fecha 22 de enero de 2017, la Asamblea Nacional había aprobado el informe de la Comisión y desaprobó el Decreto del Presidente de la República declarando el Estado de Excepción, ya que difiere que haya una guerra económica y sostiene además que las causas que han llevado a la situación deplorable desde el punto de vista económico del país se deben a las políticas seguidas por el Ejecutivo Nacional; ahora la Sala Constitucional desaplica el artículo 33 de la Ley sobre Estado de Excepción, dándole así un apoyo o espaldarazo al Ejecutivo Nacional, desconociendo el artículo 339 de la Constitución y permitiendo entonces que el argumento de la supuesta “*guerra económica*” continúe y permita la declaración de Estado de Excepción limitando y restringiendo las garantías constitucionales y autorizando a que el Ejecutivo siga “*legislando en materia económica*”, labor que le corresponde fundamentalmente al Poder Legislativo Nacional.

ción) evalúan presupuestos diferentes. Así, a la Asamblea Nacional le corresponde pronunciarse sobre la oportunidad política de las medidas mientras que la SC/TSJ sobre su constitucionalidad. Ello, dado que pueden haber estados de excepción que sean constitucionales pero inoportunos y estados de excepción que sean oportunos pero inconstitucionales pero inconstitucionales”.

²⁴ Cabe destacar que ya la doctrina había señalado algunas críticas sobre el artículo 33 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, consúltese Allan R. Brewer-Carías: “La Potestades Normativas del Presidente de la República: Los Actos Ejecutivos de Orden Normativo” en *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*. Tomo I, UCAB, Caracas 2007, p. 505-539, quien señaló: “puede considerarse como inconstitucional pues establece una limitación al ejercicio de sus poderes de revisión por la Sala, no autorizada en la Constitución. La revisión, aún de oficio, del decreto de estado de excepción puede realizarse por la Sala Constitucional, independientemente de que la Asamblea Nacional haya negado su aprobación”, lo que llevó a la Sala a afirmar en el año 2016 que “el artículo 33 (...) es, en efecto, inconstitucional, pues establece una limitación al ejercicio de sus poderes de revisión por la Sala, no autorizada en la Constitución y que quebranta la propia supremacía y protección última del Texto Fundamental” y, en consecuencia, lo desaplicó por control difuso de constitucionalidad. Recientemente Gabriel Sira Santana, *Op. Cit.*, ha señalado “Sin embargo, somos de la opinión que el artículo 33 de la LOEE, aunque podría traducirse en una limitación al ejercicio de los poderes de revisión de la SC/TSJ, es una disposición racional en el sentido que tiende a la economía y celeridad procesal, evitando que el Poder Judicial emita un pronunciamiento que carezca de sentido y valor por versar sobre un decreto cuyos efectos cesaron con motivo de la decisión del Parlamento de improbar el mismo”.

V. SENTENCIAS MEDIANTE LAS CUALES SE DECLARA NULO EL ACUERDO DE LA ASAMBLEA NACIONAL EN RECHAZO AL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA Y NULAS LAS DECISIONES DE LA ASAMBLEA MIENTRAS ÉSTA PERMANEZCA EN DESACATO

Mediante sentencia N° 810 del 21 de septiembre de 2016 se declara nulo el acuerdo de la Asamblea Nacional en rechazo al Decreto de Estado de Excepción y de Emergencia Económica y se reitera que serán nulas todas las decisiones, incluso las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional mientras ésta permanezca en **Desacato a la Sala Electoral del TSJ**.

En efecto, en sentencia N° 260 del 31-12 de 2015, la Sala Electoral declaró procedente solicitud de amparo cautelar ordenando de forma provisional la suspensión de efectos de los actos de totalización, adjudicación y proclamación emanados de los órganos subordinados del Consejo Nacional Electoral respecto de los candidatos electos por voto uninominal, voto lista y representación indígena en el proceso electoral realizado el 6 de diciembre de 2015 en el Estado Amazonas para elección de diputados y diputadas de la Asamblea Nacional. Posteriormente, la Sala Electoral mediante diversas sentencias²⁵ ha declarado que la Asamblea Nacional ha incurrido en desacato de la referida sentencia N° 260 de fecha 30 de diciembre de 2015 y la número 1 del 11 de enero de 2016, ya que los ciudadanos Nirma Guarulla, Julio Haron Ygarza y Romel Guzamana fueron juramentados en el cargo de Diputados de la Asamblea Nacional por el circuito 1 del estado Amazonas los dos primeros y, por la representación indígena sur, el último de los nombrados, con el objeto de su incorporación a las actividades parlamentarias de dicho órgano lo cual la Sala apreció como un hecho notorio y comunicacional.

El hecho de declarar nulo el acuerdo de la Asamblea Nacional en rechazo al Decreto de Estado de Excepción y de Emergencia Económica, declarar el permanente desacato de la Asamblea Nacional, así como declarar absolutamente nulos los actos de la Asamblea que se hayan dictado o se dictaren mientras se mantenga incorporados los ciudadanos sujetos de la decisión N° 260 de la Sala Electoral, implica un vaciamiento de competencia de la Asamblea Nacional y de sus funciones propias que ha permitido al Ejecutivo Nacional dictar una serie de Decretos fundamentados en El Estado de Excepción en relación a materia económica.

VI. AUTORIZACIÓN AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE PRESENTAR EL PRESUPUESTO NACIONAL POR ANTE TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA E IMPLICACIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO

En sentencia N° 814 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 11-10-2016, se reitera lo declarado por la Sentencia N° 808 en el sentido que se declaran nulos los actos de la Asamblea Nacional mientras se mantenga el **desacato** a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia Sala Electoral N° 108 del 1 de agosto de 2016; Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia Sala Electoral de fecha 11 de enero de 2016 expediente AA70-X-2016-000001 mediante la cual se declara procedente el Desacato de la Sentencia de la Sala Electoral N° 260 del 30 de diciembre de 2015; se ordena así mismo a la Junta Directiva de la Asamblea Nacional dejar sin efecto la juramentación y proceda con la Desincorporación inmediata de los ciudadanos Nirma Guarulla, Julio Haron y Romel Guzman y se declaran nulos absolutamente los actos de la Asamblea Nacional que se hayan dictado o dictaren mientras se mantenga la incorporación de los ciudadanos sujetos de la decisión N° 260 del 30 de diciembre de 2015 y de éste fallo.

Así mismo, se permite la presentación del Presupuesto bajo la forma de Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley por ante el Tribunal Supremo de Justicia y no por ante la Asamblea Nacional, lo cual implica prescindir del control por parte de los representantes del pueblo conforme a la Constitución que es una de las funciones propias del Poder Legislativo Nacional²⁶.

Así mismo, declara la sentencia 814 de la SC-TSJ que ese decreto de Presupuesto Nacional tendrá vigencia para el ejercicio fiscal 2017 y que, en el presente caso, “no procede la

²⁶ No es necesario recalcar que a partir de que cambio la mayoría parlamentaria en virtud del voto del pueblo soberano a favor de los partidos de oposición y miembros de la mesa de unidad democrática, el gobierno conjuntamente con el Tribunal Supremo de Justicia a buscado la manera de neutralizar y paralizar la actividad de la Asamblea Nacional anulando la sala constitucional del tribunal supremo de justicia todos los proyectos de ley emitidos por la Asamblea Nacional.

Una prueba de ello es la limitación mediante sentencia de las labores propias de la Asamblea Nacional previstas en los Artículos 187.3, 222, 223 y 224 en cuanto a la investigación y control del Poder Ejecutivo Nacional a través de lo ordenado en la sentencia del TSJ-SC de fecha 01-03-2016 en efecto dicha sentencia estableció: “3.5: Que para impedir que ese control afecte el adecuado funcionamiento, debe observarse la debida coordinación de la Asamblea Nacional con el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, tal como lo impone el artículo 239.5 Constitucional, para encausar la pretensión de ejercicio del referido control (canalización de comunicaciones, elaboración de cronograma de comparecencias, etc.), respecto de cualquier funcionario del Gobierno y la Administración Pública Nacional, a los efectos de que, conforme a la referida previsión constitucional, la Vicepresidencia Ejecutiva de la República centralice y coordine todo lo relacionado con las comunicaciones que emita la Asamblea Nacional con el objeto de desplegar la atribución contenida en el artículo 187.3 Constitucional, desarrolladas en los artículos 222 al 224 *eiusdem*. 3.6: Que las convocatorias que efectúe el Poder Legislativo Nacional, en ejercicio de las labores de control parlamentario previstas en los artículos 222 y 223, con el objeto de ceñirse a la juridicidad y evitar entorpecer el normal funcionamiento de los Poderes Públicos, deben estar sustentadas en todo caso en el orden constitucional y jurídico en general; por lo que las mismas deben estar dirigidas exclusivamente a los funcionarios sometidos a ese control, indicar la clasificación y base jurídica que la sustenta, el motivo y alcance preciso y racional de la misma (para garantizar a su vez un proceso con todas las garantías constitucionales), y en fin, orientarse por los principios de utilidad, necesidad, razonabilidad, proporcionalidad y colaboración entre poderes públicos (sin pretender subrogarse en el diseño e implementación de las políticas inherentes al ámbito competencial al Poder Ejecutivo Nacional), permitiendo a los funcionarios que comparecen, solicitar y contestar, de ser posible, por escrito, las inquietudes que formule la Asamblea Nacional o sus comisiones, e inclusive, también si así lo solicitaren, ser oídos en la plenaria de la Asamblea Nacional, en la oportunidad que ella disponga (parte de lo cual se reconoce, por ejemplo, en el referido artículo 245 Constitucional), para que el control en cuestión sea expresión de las mayorías y minorías a lo interno de ese órgano del Poder Público, las cuales han de representar a todas las ciudadanas y a todos los ciudadanos, y no únicamente a un solo sector, todo ello para dar legitimidad y validez a tales actuaciones; y, además, para cumplir con lo dispuesto en el artículo 224 de la Constitución, según el cual el ejercicio de la facultad de investigación de la Asamblea Nacional no afecta [y, por ende, no ha de afectar] las atribuciones de los demás poderes públicos, pues obviamente la Constitución no avala ni el abuso ni la desviación de poder, sino que, por el contrario, plantea un uso racional y equilibrado del Poder Público, compatible con la autonomía de cada órgano del mismo, con la debida comprensión de la cardinal reserva de informaciones que pudieran afectar la estabilidad y la seguridad de la República y, en fin, compatible con los fines del Estado.”

De tal manera que con estos mandatos se minimiza y condiciona la labor de control de la Asamblea Nacional sobre el Ejecutivo Nacional quedando subordinada a la coordinación del Ejecutivo Nacional, lo cual incide sobre la canalización de comunicaciones y cronogramas de comparecencia y que pudiese incidir sobre el control del ejercicio de la función administrativa de naturaleza económica de los funcionarios públicos y del gobierno.

reconducción presupuestaria y, por ende, no podrá la Asamblea Nacional alterar en ningún momento las partidas presupuestarias ni pretender obstruir ni incidir en la integridad de las disposiciones establecidas en el correspondiente decreto de presupuesto nacional”, con lo cual la Asamblea pierde su función de control presupuestario, propia del Poder Legislativo, en relación con lo propuesto, desde la perspectiva económica del Ejecutivo Nacional.

Por tanto, se suprime por esta decisión otra de las funciones constitucionales fundamentales que tiene el Poder Legislativo por órgano de la Asamblea Nacional como lo es el control que tiene ésta sobre el Poder Ejecutivo, en concreto el control financiero. En efecto, el control financiero de la Asamblea Nacional, que abarca el control sobre el presupuesto público conforme a la constitución vigente comprende los siguientes aspectos²⁷:

- a. Aprobar el presupuesto nacional de conformidad con el artículo 313 de la constitución.
- b. Alterar las partidas presupuestarias (artículo 313 de la constitución).
- c. Autorizar créditos adicionales al presupuesto (artículo 314 y 187.7 de la constitución).
- d. Autorizar la reducción o modificación de la partida anual variable del presupuesto ordinario nacional asignada al sistema de justicia (artículo 254 de la constitución).
- e. Discutir y aprobar el presupuesto de gastos operativos del Banco Central de Venezuela (artículo 319 de la constitución).

Según un estudio realizado por el Dr. José Guillermo Andueza sobre el Congreso en relación con la constitución de 1961, el control parlamentario sobre la actividad financiera “se ejerce a través de la aprobación de la ley de presupuesto, del control del plan económico y social y del control de los ingresos, gastos y bienes nacionales”²⁸.

En cuanto a la aprobación de la ley de presupuesto, se ha señalado que toda política económica implica un gasto y, por ello, la función del Poder Legislativo mediante la aprobación de la ley de presupuesto es ejercer un control previo sobre la política a ser desarrollado o planteada por el Ejecutivo Nacional. Así se puede ejercer un control previo sobre la política de vivienda o sobre la política de infraestructura o de salud planteada por el ejecutivo nacional²⁹. Lo ideal es que mediante el control financiero previo se controle la “política económica” y que ésta sea racional, apropiada y eficiente para lo cual siempre se ha sostenido que se requiere un equipo técnico en la Asamblea bien formado y, como ejemplo, en el pasado existió la oficina económica de la Asamblea.

De acuerdo con el esquema constitucional, la política financiera del estado es el resultado de la colaboración entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo siendo el primero el que prepara y presenta el presupuesto y, el segundo, es el competente para su aprobación, es por ello que la Asamblea puede constitucionalmente aumentar o disminuir los gastos, puede autorizar otros no incluidos en la ley de presupuesto y puede suprimir los previstos en el proyecto. Sin embargo, la Asamblea no puede autorizar gastos que superen el monto de las estimaciones del ingreso previsto en el proyecto de ley.

²⁷ Carlos García Soto. *La Asamblea Nacional: Lugar en el Sistema Constitucional y Funciones*, Colección de Estudios Constitucionales y Parlamentarios N° 4, Caracas, p. 75, quien clasifica dentro de la función contralora de la Asamblea Nacional y como control sobre el Poder Ejecutivo la aprobación de las líneas generales del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación conforme al artículo 187 numeral 8 y 236 numeral 18.

²⁸ José Guillermo Andueza. *El Congreso*, Estudio Jurídico, Ediciones del Congreso de la República, Caracas-Venezuela 1971, p. 70.

²⁹ Andueza, *Ídem*, p. 71.

De allí pues, la función de la Asamblea es muy importante para el control previo por parte del Poder Legislativo, la política económica, así como para el control de los gastos presupuestados por el ejecutivo nacional.

No obstante, en virtud de la sentencia N° 814 del 11 de octubre 2016 del Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Constitucional, la Asamblea no podrá alterar en ningún momento las partidas presupuestarias ni incidir en la integridad en las disposiciones establecidas en el decreto de presupuesto nacional, quebrándose así el control previo propio del Poder Legislativo previsto en la constitución como función constitucional, rompiéndose el principio de colaboración entre el Poder Legislativo y Poder Ejecutivo previsto en la constitución vigente en sus artículos 136, 236 y 187, y no pudiéndose controlar la política económica del Ejecutivo Nacional de manera previa, así como tampoco los gastos previstos en el decreto contenido del presupuesto nacional 2017 por un supuesto desacato que deja vacía de funciones constitucionales a la Asamblea Nacional.

Aunado a lo anterior la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a través de sentencia de fecha 11 de enero de 2017 declaró la inconstitucionalidad por omisión del Poder Legislativo Nacional al no haber dictado las medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución referidas al acatamiento de las decisiones dictadas por el Máximo Tribunal de la República y, en consecuencia, anuló el acto parlamentario celebrado el 5 de enero de 2017, así como el acto celebrado el 9 de enero de 2017 por la Asamblea Nacional con ocasión del nombramiento de la nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional y todos los actos parlamentarios subsecuentes que se generen por contrariar las órdenes de acatamiento a las decisiones del Máximo Tribunal. Ello implica, en consecuencia, la desnaturalización de las funciones constitucionales del Poder Legislativo Nacional y la posibilidad de anulación de todas las leyes sancionadas o que se sancionen, así como los actos parlamentarios que sancione o dicte en materia económica, entre otras materias; y de igual manera implica la concentración de todas esas funciones en el Poder Ejecutivo Nacional, lo cual es contrario a un sistema democrático con división y control de los poderes públicos.

VII. SENTENCIA N° 259 DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE FECHA 31 DE MARZO DE 2016 MEDIANTE LA CUAL SE DECLARA INCONSTITUCIONAL LA LEY DE REFORMA PARCIAL DE LA LEY DEL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA SANCIONADA POR LA ASAMBLEA NACIONAL

De acuerdo con la disposición transitoria cuarta de la Constitución en su cardinal octavo, la Asamblea Nacional tiene competencia para dictar la Ley del Banco Central de Venezuela y, conforme a dicha disposición, al Poder Ejecutivo le corresponde la designación del Presidente del Instituto, así como la designación de al menos la mitad de los directores. De igual manera prevé que la referida ley establecerá los términos de participación del Poder Legislativo Nacional en la designación y ratificación de dichas autoridades. La disposición transitoria cuarta cardinal octavo establece:

Cuarta. Dentro del primer año, contado a partir de su instalación, la Asamblea Nacional aprobará:

8 La ley a la cual se ajustará el Banco Central de Venezuela. Dicha ley fijará, entre otros aspectos, el alcance de las funciones y forma de organización del instituto, el funcionamiento, período, forma de elección, remoción, régimen de incompatibilidades y requisitos para la designación de su Presidente o Presidenta y Directores o Directoras; las reglas contables para la constitución de sus reservas y el destino de sus utilidades; la auditoría externa anual de las cuentas y balances, a cargo de firmas especializadas, seleccionadas por el Ejecutivo Nacio-

nal; y el control posterior por parte de la Contraloría General de la República en lo que se refiere a la legalidad, sinceridad, oportunidad, eficacia y eficiencia de la gestión administrativa del Banco Central de Venezuela. La ley establecerá que el Presidente o Presidenta y demás integrantes del Directorio del Banco Central de Venezuela representarán exclusivamente el interés de la Nación, a cuyo efecto fijará un procedimiento público de evaluación de los méritos y credenciales de las personas postuladas a dichos cargos. La ley establecerá que al Poder Ejecutivo corresponderá la designación del Presidente o Presidenta del Banco Central de Venezuela y, al menos, de la mitad de sus Directores o Directoras; y establecerá los términos de participación del Poder Legislativo Nacional en la designación y ratificación de estas autoridades. (subrayado nuestro)

Conforme a dicha disposición, la Asamblea sancionó la Ley de Reforma del Banco Central de Venezuela previendo en su artículo 9 la ratificación de la designación del Presidente del Instituto por la mayoría de los miembros de la Asamblea Nacional y estableciendo en su artículo 16 la designación de dos Directores mediante el voto de la mayoría de sus miembros. No obstante, la Sala Constitucional, sostiene que la modificación planteada supone la participación del Órgano Legislativo Nacional en el proceso de designación del Presidente del Banco Central a efectos de ejercer control político sobre la misma, a través de la figura de la ratificación, situación que desde la perspectiva de la Sala Constitucional resulta contraria a lo previsto en el cardinal octavo de la disposición transitoria Cuarta de la Constitución. En efecto, la Sala Constitucional señaló:

“...conferirle a la Asamblea Nacional atribución para designar las autoridades del Banco Central de Venezuela, excede la exigencia establecida en el cardinal octavo de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que el referido precepto constitucional no señala que el Órgano Legislativo Nacional deba designar a una parte del Directorio del Instituto Emisor, ni tener la competencia para evaluar los méritos y credenciales de los candidatos, sino que sólo debe participar en dicha designación, la cual debe ser realizada por el Ejecutivo Nacional.”

“...se reitera que, de conformidad con el mandato establecido en el cardinal octavo de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, corresponde al Ejecutivo Nacional la designación de Directores del Banco y, pudiendo inclusive designarlos todos”.

Diferimos de lo sentado por la Sala Constitucional, ya que, la disposición transitoria señalada permite a la ley determinar los términos de “participación *del Poder Legislativo en la designación y ratificación de sus autoridades*” como de hecho fue la ratificación prevista en el artículo 9 de la ley sancionada por la Asamblea Nacional del Presidente del Banco Central de Venezuela. Así mismo, es apegado a la Constitución Económica de acuerdo a lo previsto en el artículo 319 que el presupuesto de gastos operativos del Banco Central de Venezuela requerirá la discusión y aprobación de la Asamblea Nacional. De tal manera que, la Asamblea tiene control sobre el presupuesto de gastos del Banco Central de Venezuela y ello constituye una limitación a su autonomía prevista en la Constitución.

De igual manera, el último párrafo del cardinal 8 de la disposición transitoria cuarta prevé:

“al Poder Ejecutivo corresponderá la designación del Presidente o Presidenta del Banco Central de Venezuela y, al menos, de la mitad de sus Directores o Directora y establecerá los términos de participación del Poder Legislativo Nacional en la designación y ratificación de estas autoridades”;

De tal manera que, conforme a la señalada disposición, la Asamblea Nacional puede determinar en la Ley que rija al BCV los términos de participación del Poder Legislativo Nacional en la designación de estas autoridades, como en efecto lo hizo en el artículo 16 de la

ley sancionada. Esto es, el Ejecutivo Nacional designa cuatro de los seis Directores y la Asamblea Nacional designa los dos restantes directores. De allí, no hay violación de la disposición constitucional, sino que, en nuestro criterio, conforme a las normas que integran la constitución económica, la Asamblea está determinando los términos de su participación de la designación de los directores. No obstante, como se ha destacado, la Sala Constitucional declaró inconstitucional la reforma parcial de la ley del BCV sancionada en la sesión del 3 de marzo de 2016.

VIII. LIMITACIONES A LA PRODUCCIÓN

Como se ha señalado, la producción ha sido limitada y afectada a través de controles de cambio y de precios, así como a la lentitud o no suministro de divisas para adquirir insumos o bienes necesarios para la producción de productos terminados.

El Decreto N° 17 en el marco de Estado de Excepción y Emergencia Económica: establece la creación del Consejo Productivo de los Trabajadores Decreto N° 2.535 de 8-11-16 *Gaceta Oficial* N° 41.026 de 8-11-16.

“Los consejos Productivos de los Trabajadores serán la instancia encargada de realizar la revisión, aprobación, control y seguimiento de los programas y proyectos fundamentales del proceso productivo de las entidades del trabajo” (Art. 3 del Decreto Ley).

De tal manera, se prevé a los consejos productivos de los trabajadores como instancias para revisar, aprobar y controlar los programas y proyectos productivos de las empresas, lo cual constituye otro elemento relevante limitativo de las decisiones de los agentes económicos. Así las cosas, se prevé la revisión, control y aprobación por parte de los trabajadores en cuanto a los programas y proyectos de los procesos productivos de las empresas.

IX. LIMITACIONES O REGULACIONES EN CUANTO A LA DISTRIBUCIÓN

Este sistema socialista contrario a la Constitución Económica, ha venido creciendo, restringiendo libertades a los agentes económicos y/o empresas, reduciendo las libertades de los ciudadanos y consumidores en cuanto a la escogencia y acceso a productos, limitando a tener acceso sólo “a lo que hay en los establecimientos y anaqueles” y estableciendo un sistema destinado a la dependencia del Estado de la mayoría de la población.

1. *Acceso a productos por números de cédula de identidad*

Previéndose inicialmente las limitaciones para el acceso a productos básicos o de primera necesidad, se basaron inicialmente en base al número de cédula de identidad y, más recientemente, a través de bolsas distribuidas por los CLAP con un sistema populista y discriminatorio dado su tinte político de acceso a través de los denominados “carnets de la patria”³⁰. En

³⁰ 27. “El Carnet de la Patria se ha definido como un **instrumento de impulso de la gestión de Gobierno**: El presidente de la República, Nicolás Maduro, ha indicado que este carnet contribuirá a idear estrategias para profundizar la protección social que brindan las misiones y grandes misiones (por ejemplo, permitirá saber quién recibe atención médica, en qué condiciones, si hay consultorios de Barrio Adentro cerca de su residencia, si requiere alguno más cerca, qué distancia debe recorrer para llegar a uno, cuántos médicos atienden a su sector, cuál es la necesidad real de personal médico)”. <http://www.entornointeligente.com/articulo/9614765/VENEZUELA-Carnet-de-la-Patria-Mecanismo-pionero-e-innovador-para-reimpulsar-la-revolucion-social>; así mismo se ha señalado que los CLAP SE PODRÁN PAGAR CON EL CARNET DE LA PATRIA “El presidente de la República, Nicolás Maduro, anunció este miércoles que los **artículos distribuidos por los Comités Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP) se podrán pagar a través del codi-**

Venezuela, ya prácticamente no hay variedad de productos en los anaqueles por el ataque al sector productivo nacional que ha existido en los últimos años, el cerco al sector privado, la política de expropiaciones, invasiones y confiscaciones, la política de importaciones y el abandono de la producción nacional y la dificultad para tener acceso a divisas. Ante la ausencia de productos básicos y de aseo personal, el gobierno ha ideado la creación de los CLAP como un “nuevo” modelo, centralizado, para la distribución y producción de productos que aumentará el sistema de dominación del aparato administrativo sobre los ciudadanos ante la escasez y desabastecimiento que hay en el país.

2. Creación y características de los CLAP

La creación de los Comités Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP) fue realizada por televisión nacional y no se encuentra publicada en *Gaceta Oficial*, exceptuando las atribuciones que le fueron asignadas en el artículo 2, numeral 3 y 9 del Decreto 2.323 de fecha 13 de mayo de 2016 publicado en la *Gaceta Oficial* N° 6.227 Extraordinario de la misma fecha, mediante el cual se declara el Estado de Excepción y de la Emergencia Económica. En efecto, El 3 de abril de 2016, el Presidente de la República anunció por televisión la creación de los **Comités Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP)**, describiéndola como una nueva forma de organización popular destinada a vencer la llamada “guerra económica”³¹ para combatir el contrabando de extracción de productos prioritarios como harina de maíz, aceite comestible, arroz, pasta, leche en polvo, caraoas, azúcar y café³². Según Aristóbulo Izturiz son tres las características de los CLAP: “Por eso el Presidente ha dicho que la primera tarea... es la construcción de un modelo popular de distribución y producción de alimentos, y esos... son los CLAP; son los comités locales de un sitio determinado donde vive la gente... para abastecernos, por una parte, para producir los alimentos, y en tercer lugar, para defender la revolución en esa localidad”³³. En este sentido, el Decreto N° 2.323 mediante el cual se declara el Estado de Excepción y de Emergencia Económica establece en su artículo 2 numeral 9 que el Ejecutivo Nacional puede atribuir funciones de vigilancia y organización a los Comités Locales de Abastecimiento y Distribución (CLAP), así como a los consejos comunales y demás organizaciones de base del Poder Popular conjuntamente

go QR de las Tarjetas de la Patria o de pago biométrico. “<http://www.elmundo.com.ve/noticias/economia/politicas-publicas/clap-se-podran-pagar-con-el-carnet-de-la-patria.aspx>. Así mismo, ha señalado el Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información: “El 82% de las personas registradas en el Carnet de la Patria han sido incorporados a los Comités Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP), iniciativa que ha beneficiado, desde marzo de 2016, a seis millones de personas”. <http://minci.gob.ve/2017/03/82-registrados-carnet-la-patria-estan-incorporados-los-clap/>

³¹ <http://www.accesoalajusticia.org/wp/infojusticia/noticias/los-clap-ciudadanos-contra-ciudadanos/>

³² “Los Comités Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP) en Venezuela constituyen la nueva forma de organización encargada, junto al Ministerio de Alimentación, de la Distribución casa por casa de los productos regulados de primera necesidad. Casa por casa los representantes de las comunidades organizadas, llevan bolsas repletas de alimentos compuestas por diversos productos. La nueva implementación que ha servido a 504 mil familias de todo el país, consolida el trabajo mancomunado del poder popular y el Gobierno Nacional en pro de garantizar la alimentación del pueblo véase www.telesurt.net publicado en fecha 3 de abril de 2016. Adicionalmente el presidente Maduro informó “el 12 de mayo de 2016 que los CLAP distribuirán bienes de tres tipos alimentos, productos de higiene y medicamentos así mismo de acuerdo a una nota de Telesur se asignó un total de 8400 millones de Bolívares para impulsar el sistema popular de Distribución de alimentos al que pertenecen los CLAP, www.prodavinci.com.”

³³ <http://www.noticierodigital.com/2016/06/isturiz-con-los-clap-no-nos-volvera-a-ocurrir-lo-del-6d/>.

con la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, Policía Nacional Bolivariana, Cuerpos de Policías Estatal y Municipal, para mantener el orden público y garantizar la seguridad y soberanía en el país.

Así se idean los CLAP como: *i)* un modelo popular de distribución y producción de alimentos; *ii)* integrados a través de comités locales de sitios o asentamientos determinados donde vive la gente y *iii)* para defender la revolución en esa localidad. De tal manera que los CLAP tienen un tinte y cariz político para la defensa de la revolución. Ahora bien, a pesar de no tener previsión expresa ni en la Constitución ni en la ley Orgánica de la Administración Pública, el artículo 2.9 del referido Decreto de Estado de Excepción N° 2.323 les otorga, sin base constitucional ni legal, funciones administrativas de vigilancia y organización para mantener el orden público y garantizar la seguridad y soberanía en el país semejantes a las de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, a la Policía Nacional Bolivariana y cuerpos de policía Estatal y Municipal. Se trata, así mismo, de un modelo de organización popular que pretende reemplazar o complementar a los sistemas anteriores MERCAL, PDVAL y Abastos Bicentenarios que no han sido eficientes y pareciera ser otro intento de establecer un sistema de producción y distribución dentro de la legalidad socialista que choca, además, con el pluralismo político previsto en nuestra Constitución vigente en su artículo 2. En efecto, de las declaraciones de diversos voceros del gobierno, los CLAP son Comités Locales *para defender la revolución*; así las cosas, constituyen Comités que, en cuanto a su objeto y finalidad, vulneran el artículo 2 de la Constitución vigente en cuanto al pluralismo político. Así mismo, si son empleados para la distribución de alimentos básicos para la población y sus integrantes o beneficiarios sólo son afectados a la revolución –de ser éste el caso– serían discriminatorios y contrario a las normas constitucionales señaladas.

Los CLAP están organizados en Asambleas o Consejos Estadales por cada uno de los 24 Estados del país³⁴ y están integrados, dada una información del Ministerio para las Comunas³⁵, entre otros, por un representante de la Unión Nacional de Mujeres (UNAMUJER), de la Unidad de Batalla Bolívar Chávez (UBCH), del Frente Francisco de Miranda, de los Consejos Comunales, de los Jefes de Comunidades del Sistema Popular de Distribución de Alimentos, de los Jefes de calle (o similar) del Sistema Popular de Distribución de Alimentos y donde los haya, de un Representante de la Red de pequeños y medianos productores, del Bodeguero o Integrantes de la Red de Distribución del Ministerio del Poder Popular para la Alimentación y de otras expresiones organizadas de la comunidad (que el CLAP decida incorporar). Además, deben ser certificados por el Ministerio para las Comunas y Movimientos Sociales.

La finalidad de los CLAP no está del todo delimitada ni clasificada, sin embargo, hasta ahora no han sido organizaciones para la producción, a pesar de su denominación, sino para la distribución de alimentos básicos o de primera necesidad entre la población. Esta distribución se ha iniciado mediante bolsas repartidas en un sector de la población a través del partido PSUV o mediante consejos comunales o representantes de la UBCH o del frente Francisco de Miranda. En principio, las bolsas empezaron con productos nacionales obligando a las empresas a vender parte de su producción a los CLAP, como se señala en este trabajo, pero dada la falta de producción a nivel nacional se ha acudido a completar las bolsas o cajas de los CLAP con la importación de productos.

³⁴ www.minci.gob.ve/2016/04.

³⁵ <http://www.accesoalajusticia.org/wp/infojusticia/noticias/los-clap-ciudadanos-contra-ciudadanos/>

Se ha señalado que estas cajas son pagadas con dólares protegidos (DIPRO) de 10 Bs por dólar y que cada caja tiene un costo aproximado –dependiendo de su contenido– de 30\$ a 60\$, siendo vendidas a Bs 10.000,00 cada caja, que calculado a 10 Bs por dólar equivale a \$1000 por caja.³⁶ De allí pues, que a través del otorgamiento de dólares de PDVSA al BCV y éste último al gobierno, se emplea el dólar DIPRO para financiar esta distribución de alimentos la cual tiene problemas en virtud de la gran discrecionalidad en cuanto a su eficiencia en relación a la llegada de productos a la población, así como en cuanto a su costo inicial y lo que éste se eleva hasta llegar a sus destinatarios finales. En efecto, dados los problemas en la producción de alimentos y la gran demanda existente, puede segmentarse la población en: aquel sector de la población que recibe estos alimentos subsidiados –en principio– y que son distribuidos por los CLAP, luego hay un sector de la población que los recibe de manera intermitente y luego hay un importante sector que no le llegan estos alimentos y que los debe pagar a precios internacionales.

Posteriormente, se dictó el Decreto N° 11 en el Marco del Estado de Excepción y Emergencia Económica: Decreto N° 2.367 del 7-07-2016 publicado en *G.O.* N° 40.949 del 21 de julio de 2016, mediante el cual se creó la Gran Misión Abastecimiento Soberano para el impulso de los motores agroalimentario, de producción y distribución de fármacos, y de la industria de productos para la higiene personal y aseo del hogar. La Gran Misión Abastecimiento Soberano tiene dentro de sus objetivos: 2.- “favorecer *la transformación del modelo productivo y distributivo de alimentos, sus materias primas e insumos, así como de los productos, materias primas e insumos del sector agroproductivo e industrial nacional agroalimentario, de producción y distribución de fármacos y de la industria de productos, para la higiene personal y del aseo del hogar*” (art 2.2 del Decreto 2.367).

3. *Inscripción de oficio en Registro Nacional de Contratistas*

Mediante la Resolución N° 006 del Comando Superior para el Abastecimiento Soberano *G.O.* 40.994 del 22-09-16, se establece que El Servicio Nacional de Contratistas, de oficio, procederá a la inscripción y habilitación en el Registro Nacional de Contratistas de las empresas con domicilio en la República Bolivariana de Venezuela, consejos comunales u organizaciones socioproductivas que produzcan, comercialicen o distribuyan alimentos, sus materias primas e insumos: productos, materias primas e insumos del sector agroproductivo e industrial nacional, agroalimentario, fármacos, insumos y equipos médicos; productos para la higiene personal y aseo del hogar; así como cualesquiera otros productos e insumos necesarios para la ejecución de la Gran Misión de Abastecimiento Soberano en procura del abastecimiento a través de los Comités Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP). Los productos o insumos cuya adquisición es susceptible de la aplicación de lo dispuesto en esta Resolución están listados en la *Gaceta Oficial* N° 40.994 del 22 de septiembre de 2016, la cual puede consultarse en el enlace que aquí se cita³⁷.

4. *Direccionalidad de rubros*

Resolución N° 010 emanada del Comando para el Abastecimiento Soberano del 4 de octubre de 2016 publicada en la *Gaceta Oficial* N° 41.005 del 7 de octubre de 2016, la cual tiene por objeto establecer las normas para regular los mecanismos, términos y condiciones de venta a empresas u otros entes públicos, de un determinado porcentaje del total de produc-

³⁶ Véase declaraciones del Diputado José Guerra: <http://www.elimpulso.com/noticias/economia/joseguerra-una-caja-del-clap-no-puede-costar-1-000>

³⁷ https://es.scribd.com/document/325650450/2016-go-40994#from_embed.

ción de una empresa pública o privada, o de un sector productivo, a los fines de estabilizar el abastecimiento oportuno a los Comités Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP). Según los considerandos de esta resolución se hace necesaria “**la direccionalidad de los rubros**” en el marco de la Construcción y Consolidación de un nuevo Sistema de Distribución y Comercialización para, supuestamente, garantizar al pueblo venezolano el acceso y el aprovisionamiento oportuno de rubros alimenticios y bienes esenciales de primera necesidad y consumo masivo.

5. *Venta obligatoria del 50% de la producción a los CLAP*

En efecto, mediante esta resolución se establece la obligación para las empresas públicas y privadas dedicadas a la producción de insumos o bienes de los sectores agroalimentarios, de higiene personal y aseo del hogar, **de vender hasta un 50% de su producción a los entes públicos que indique el responsable del Vértice Construcción y Consolidación de un Nuevo Sistema de Distribución y Comercialización de la Gran Misión de Abastecimiento Soberano, atendiendo a los requerimientos de rubros específicos en determinadas regiones del país.**

Quedan sometidos a la aplicación de lo previsto en esta Resolución, los establecimientos de carácter público o privado de los sectores agroalimentario de higiene personal y aseo del hogar indicados a continuación:

1. Las unidades productivas, sociedades mercantiles, ingenios, factorías, agroindustrias, granjas, plantas productoras, procesadoras, beneficiadoras o mataderos industriales.
2. Los establecimientos importadores, distribuidores o de venta al mayor o al detal (art. 3 de la mencionada Resolución).

Son bienes susceptibles de venta priorizada en los términos aquí dispuestos, los señalados en la Resolución N° 006 de fecha 16 de septiembre de 2016, publicada en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.994 de fecha 22 de septiembre de 2016 (art. 4 de la Resolución 010).

X. CIERRE DE FRONTERAS

Otro elemento limitativo de los derechos económicos y de la constitución económica es el cierre de frontera. La constitución vigente establece y subraya el derecho a la integración en el artículo N° 153. Venezuela tradicionalmente ha sido un país abierto a los inmigrantes europeos y latinoamericanos, por su posición geográfica es propicio para importaciones y exportaciones. Sin embargo, el gobierno ha colocado barreras al libre tránsito de personas, de bienes y servicios, especialmente con Colombia, frontera ésta habitualmente viva de intercambio comercial natural para Venezuela y de importante tránsito e intercambio de bienes y servicios durante los últimos 50 años. No obstante, el Ejecutivo Nacional ha dictado estado de excepción en los estados fronterizos para, supuestamente, atacar delitos económicos como el contrabando de extracción y por ello ha establecido un cierre fronterizo, acabando con el libre intercambio de bienes y servicios, limitando el tránsito de personas y restringiendo así los derechos económicos de los venezolanos, principalmente de aquellos que hacen vida en la frontera.

XI. CONTROL DE LA MOVILIZACIÓN DE LOS PRODUCTOS A TRAVÉS DE LAS DENOMINADAS “GUÍAS DE MOVILIZACIÓN”

Esta legalidad socialista de planificación centralizada ha previsto también un control exhaustivo sobre los medicamentos y alimentos controlando la importación de materias pri-

mas, la fabricación de productos, sus inventarios, así como su distribución y comercialización a través de guías de movilización. Por tanto, el gobierno central tiene perfecto conocimiento de qué se produce, cuánto se produce, qué se distribuye y cuánto se comercializa.

1. *Guías sobre movilización y control de medicamentos*

Por resolución conjunta de los Ministerios del Poder Popular para la Salud, para el Comercio, para Ciencia, Tecnología e Innovación y para la Alimentación de fecha 22 de mayo de 2012, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 39.928 de fecha 23 de mayo de 2012, se instrumenta el Sistema Integral de Control de Medicamentos (SICM) y de la guía única de movilización, seguimiento y control de medicamentos, destinados a la comercialización como a la distribución en todo el territorio nacional. En dicha resolución se prevén los lineamientos y criterios que rigen lo concerniente a requisitos, condiciones, trámite, formato, emisión y registro de la Guía Única para la movilización, seguimiento y control de medicamentos y otros productos farmacéuticos.

Posteriormente, mediante Resolución conjunta del Ministerio de Poder Popular para la Salud DM/N° 414, Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social del Trabajo DM /N° 8887 y del Ministerio del Poder Popular para el Comercio DM/ S de fecha 1 de octubre de 2014, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 40509 de la misma fecha, se establece la implementación de la Guía Única de Movilización, seguimiento y control de medicamentos prevista en el Sistema Integral de Control de Medicamentos (SICM) a los fines de controlar y hacer seguimiento de la importación de materia prima para la fabricación de medicamentos, productos terminados, los inventarios y la recepción y despacho en toda la cadena de comercialización o distribución de medicamentos y otros productos farmacéuticos registrados ante el Ministerio del Poder Popular para la Salud y cualquier otra actividad vinculada a la materia en todo el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, incluso los regímenes fronterizos especiales. Así mismo, se prevé que el Ministerio del Poder Popular para la Salud dictará las políticas públicas, planes y lineamientos para la organización, implementación y control del SICM que es operado por la empresa FARMAPATRIA C.A. y se crea, así mismo, “el observatorio nacional de información sobre Distribución y Uso de Medicamentos” que analizará la información generada por el Sistema Integrado de Control y Administración de Medicamentos (SICM). Los Ministerios para el Poder Popular para la Salud, El Comercio y el Proceso Social del Trabajo, a través de la Empresa FARMAPATRIA C.A., velarán por la integridad de los datos suministrados a través de las guías de movilización con la finalidad de asegurar la veracidad de los datos suministrados.

2. *Guías de movilización alimentos de origen animal y vegetal*

Mediante Decreto N° 6.129 de fecha 03 de junio de 2008 publicado en *Gaceta Oficial* N° 5.890 Extraordinario de fecha 31 de julio de 2008 se establece autorización sanitaria para la movilización de animales y vegetales, y/o productos y subproductos de ambos orígenes. En efecto el art. 36 de dicho Decreto prevé:

“Artículo 36. El Ejecutivo Nacional, a través de sus órganos y entes competentes, regulará y emitirá las **autorizaciones sanitarias para la movilización de animales y vegetales, productos y subproductos de ambos orígenes**, a los fines de:

1. Minimizar el riesgo de propagación de agentes ecológicos de las enfermedades y plagas.
2. Apoyar los programas zoonosarios y fitosanitarios, de epidemiología y vigilancia fitosanitaria.
3. Coadyuvar el fomento de la producción, la productividad, la soberanía alimentaria, la salud agrícola integral y la calidad de los alimentos.

4. Apoyar la creación de áreas libres de enfermedades y plagas.
5. Complementar las medidas para impedir las movilizaciones ilegales de productos y subproductos de origen animal y vegetal.
6. Respalda la información relativa a la propiedad de los animales y vegetales, productos y subproductos de ambos orígenes.
7. Promover el intercambio en las cadenas agro productivas.”

En la página web del INSAI se encuentra publicado un “**Manual de Usuario para el Sistema Integrado de Gestión para la Movilización Animal y Vegetal (SIGMAV) dirigido a Productores/as**” la cual constituye una presentación de 12 páginas en las que se indica el procedimiento para obtener el Permiso para la Movilización de los productos de origen animal y vegetal.³⁸

3. *Guías de Movilización emitidas por la Superintendencia Nacional de Gestión Agroalimentaria (SUNAGRO)*

En fecha 13 de noviembre de 2014 se dictó el Decreto N° 1.405 con Rango, Valor y Fuerza de Ley publicado en *Gaceta Oficial* N° 6.150 Extraordinario del 18 de noviembre de 2014 mediante el cual se establece el Sistema Nacional Integral Agroalimentario y en el cual se prevé la Guía Única de movilización como Documento Obligatorio emitido por la Superintendencia Nacional de Gestión Agroalimentaria (SUNAGRO) para el Traslado de Productos Agroalimentarios desde y hacia los destinos establecidos (art 8.12 del Decreto en comentario). La movilización de productos agroalimentarios, acondicionados, transformados y terminados, está sujeta a la previa obtención de la Guía única de Movilización, Seguimiento y Control, cuya regulación será establecida en la Resolución dictada al efecto por el Ministerio o Ministerios competentes.

La Guía única de Movilización, Seguimiento y Control debe ser conservada por sus titulares por un periodo de tiempo y condiciones iguales a las establecidas en el Código Orgánico Tributario para la prescripción de las obligaciones tributarias.

4. *Guías de Movilización Sanitaria de Alimentos emitidas por el Servicio Autónomo de Contraloría Sanitaria*

Mediante Providencia Administrativa N° 122-2016 de 20 de abril de 2016, el Servicio Autónomo de Contraloría Sanitaria estableció los productos que allí se indican como sujetos a guía de movilización sanitaria de alimentos³⁹. Esta guía sanitaria es un instrumento que garantiza que los productos sean transportados en las condiciones adecuadas que garanticen la inocuidad de los mismos al llegar para el consumo humano. De acuerdo al párrafo único del artículo 2 de esta providencia, el resto de los productos no señalados expresamente quedan excluidos de solicitar la guía sanitaria de movilización de alimentos y, por consiguiente, puede ser transportada en todo el territorio nacional sin este documento

³⁸ www.insai.gob.ve

³⁹ Destacamos que no hemos encontrado esta providencia en *Gaceta Oficial* sin embargo si se encuentra en la página del SERVICIO AUTÓNOMO DE CONTRALORÍA SANITARIA <http://www.sacs.gob.ve/site/index.php/2016-10-07-01-58-40/providencias> y concretamente la providencia 122- 2016 en comentario esta publicada en Link http://www.sacs.gob.ve/site/images/normativa/providencias/Providencia_122_2016_GUIAS_DE_MOVILIZACION.pdf

XII. RÉGIMEN LABORAL

1. *Régimen de inamovilidad laboral. Decretos y extensiones o prórrogas de dicha inamovilidad*

A partir del Decreto N° 1.752 de fecha 28 de abril de 2002 publicado en *Gaceta Oficial* N° 5.585 Extraordinario de fecha 28 de abril de 2002, se empiezan a dictar continuamente decretos estableciendo la inamovilidad laboral, traduciéndose así en 16 años de inamovilidad laboral ininterrumpida. El más reciente decreto de inamovilidad laboral publicado en *Gaceta Oficial*, que tiene vigencia hasta el año 2018 lo constituye el Decreto N° 2.158 de fecha 28 de diciembre de 2015 publicado en la *Gaceta Oficial* N° 6.207 Extraordinario de fecha 28 de diciembre de 2015. El artículo 2 de dicho Decreto prevé: “Artículo 2: Se ordena la inamovilidad de los trabajadores y trabajadoras **por un lapso de tres (3) años** contados a partir de la entrada en vigencia de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley”. Este Decreto tiene por objeto proteger la estabilidad en el proceso social del trabajo y el libre ejercicio de participaciones de los trabajadores desde las entidades del trabajo tanto públicas como privadas, tratando de erradicar así los despidos injustificados. El patrono que despida o traslade a un trabajador sin haber solicitado previamente la calificación de la inspectoría del trabajo será sancionada de conformidad con el artículo 531 de la Ley Orgánica del Trabajo.⁴⁰

De tal manera que se crea y se ha establecido una importante obligación para el sector empresarial y una vez contratado un trabajador es difícil prescindir de sus servicios, lo cual crea rigidez en las relaciones laborales aunado a lo lento y engorroso de las calificaciones de despido por ante las inspectorías del trabajo.

2. *Prohibición de tercerización o “outsourcing” en materia laboral*

Mediante el Decreto N° 8.938 de fecha 30 de abril de 2012 publicado en *Gaceta Oficial* N° 6.076 Extraordinario de fecha 7 de mayo de 2012, se dictó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras. Mediante el artículo 47 se define como tercerización:

Artículo 47. A los efectos de esta Ley, se entiende por tercerización la simulación o fraude cometido por patronos o patronas en general, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral. Los órganos administrativos o judiciales con competencia en materia laboral establecerán la responsabilidad que corresponda a los patronos o patronas en caso de simulación o fraude laboral, conforme a esta Ley.

Dicho Decreto Ley prohibió la tercerización y, por tanto, de acuerdo con el artículo 48 no se permitirá:

1. La contratación de entidad de trabajo para ejecutar obras, servicios o actividades que sean de carácter permanente dentro de las instalaciones de la entidad de trabajo contratante, relacionadas de manera directa con el proceso productivo de la contratante y sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de la misma.
2. La contratación de trabajadores o trabajadoras a través de intermediarios o intermediarias, para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante.

⁴⁰ El artículo 531 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras establece: “El patrono o patrona que incurra en el despido, traslado o desmejora de un trabajador amparado o trabajadora amparada por inamovilidad laboral sin haber solicitado previamente la calificación de despido correspondiente se le impondrá una multa no menor del equivalente de sesenta unidades tributarias, ni mayor del equivalente a ciento veinte unidades tributarias”.

3. Las entidades de trabajo creadas por el patrono o patrona para evadir las obligaciones con los trabajadores y trabajadoras.
4. Los contratos o convenios fraudulentos destinados a simular la relación laboral mediante la utilización de formas jurídicas propias del derecho civil o mercantil.
5. Cualquier otra forma de simulación o fraude laboral.

En los casos anteriores, los patronos o patronas cumplirán con los trabajadores y trabajadoras todas las obligaciones derivadas de la relación laboral conforme a esta Ley, e incorporarán a la nómina de la entidad de trabajo contratante principal a los trabajadores y trabajadoras tercerizados o tercerizadas, que gozarán de inamovilidad laboral hasta tanto sean incorporados efectivamente a la entidad de trabajo. Esto implica un aumento en la estructura de costos de las empresas que absorban estos trabajadores, calificados como costos directos conforme a la providencia N° 003 de la SUNDDE.

3. *Alzas recurrentes y sucesivas del salario mínimo lo cual afecta la vida económica de las empresas Aumentos de Salario Mínimo, 2016*

Decreto N° 2.243 de fecha 19 de febrero de 2016 mediante el cual se aumentó el 20% del salario mínimo publicado en *Gaceta Oficial* N° 40.852 de la misma fecha. Decreto N° 2.307 de fecha 29 de abril de 2016 mediante el cual se aumentó el treinta por ciento 30% del salario mínimo publicado en la *Gaceta Oficial* N° 40.893 de igual fecha.

Aumento del 50% del salario mínimo mediante Decreto N 2.429, de fecha 12 de agosto de 2016 publicado en la *Gaceta Oficial* N° 40.965 de la misma fecha.

Aumento del 20% del salario mínimo mediante Decreto N° 2.504, 27 de octubre de 2016 publicado en la *Gaceta Oficial* N° 6.269 Extraordinario de 28 de octubre de 2016.

Aumento de Salario Mínimo, 2017

Aumento del 50% del salario mínimo mediante Decreto N° 2.660 de 9 de enero de 2017 publicado en la *Gaceta Oficial* N° 41.070 de la misma fecha.

Estos sucesivos incrementos de salarios aumentan igualmente la estructura de costos de las compañías y no resuelven ni atacan uno de los problemas macroeconómicos como lo constituye la inflación en virtud de la emisión de dinero inorgánico y el aumento del gasto público y la reducción del aparato del Estado. Así mismo, la inamovilidad laboral, las prohibiciones, el outsourcing y los sucesivos aumentos de salarios mínimos inciden sobre la estructura de costos de las empresas restándoles flexibilidad y competitividad.

4. *Decreto 1.414 de fecha 13 de noviembre de 2014 publicado en Gaceta Oficial N° 6.155 Extraordinario de fecha 19 de noviembre de 2014 mediante el cual se dicta Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista*

La exposición de motivos de este decreto Ley establece:

“En Venezuela el proceso de transformación educativa a partir de la promulgación de nuestra Constitución del año 1999, bajo la premisa inalienable de que la educación es un derecho humano y un deber social fundamental, democrática y gratuita hasta el nivel universitario, marcó las pautas de orientación para la humanización de nuestra educación, dejó la huella en donde signa la relevancia de ese importante proceso en el crecimiento humano y social para la conformación de un pueblo libre. La educación ha de ser integral para todos y todas, pública y obligatoria y tiene como finalidad desarrollar el potencial creativo de cada ser humano en articulación con el proceso social del trabajo.

Es así como educación y trabajo impulsan la construcción de una sociedad donde el ser humano pasa a ser sujeto protagónico al crear su propia historia”. (subrayado nuestro).

Así mismo el artículo 2 de este Decreto Ley prevé:

El Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista, es el ente mediante el cual, el Estado democrático y social de derecho y de justicia, forma integralmente a los trabajadores y a las trabajadoras para su incorporación consciente al proceso social del trabajo, en función de la construcción de relaciones de trabajo justas e igualitarias, la producción de bienes y la prestación de servicios que satisfagan las necesidades del pueblo, la consolidación de la independencia y el fortalecimiento de la soberanía económica del país. (subrayado nuestro)

Así las cosas, se establece por parte de un instituto de capacitación y educación socialista de acuerdo al Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social la formación de trabajadores para su incorporación en el proceso social del trabajo. En efecto, se establece en el artículo 32 del Decreto ley, así como en el artículo 304 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, la obligación, en cabeza de los patronos, de contratar aprendices, siempre que “cuenten con quince o más trabajadores” en su entidad de trabajo, refiriéndose el artículo 2 de tal Decreto y los considerandos del mismo, al proceso *educativo socialista* que debe ser insertado en los agentes económicos a través del proceso social del trabajo.

5. *Norma Técnica del Servicio de Seguridad y Salud del Trabajo*

El Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL) dictó recientemente una Norma Técnica NT-03-2016 Resolución 9588 del Ministerio del Poder Popular para El Proceso Social de Trabajo de fecha 18 de enero de 2016 publicada en *Gaceta Oficial* Número 40.973 de fecha 24 de agosto de 2016 a los efectos establecer “los lineamientos que debe cumplir toda entidad de trabajo para la organización, conformación, registro y funcionamiento del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo propio o mancomunado, para garantizar la protección de los trabajadores y las trabajadoras contra toda condición que perjudique su salud física y mental, producto de la actividad laboral y de las condiciones en que esta se efectuó, la prevención de accidentes de trabajo y de enfermedades ocupacionales (...)” (artículo 1 de la Norma Técnica en comentario).

Esta Norma Técnica remite de forma expresa al Plan de la Patria 2013-2019 (Segundo Plan Socialista 2013-2019) en los términos siguientes: “ (...) en cumplimiento del Plan de la Patria, específicamente en el gran objetivo histórico N° 2, y con el fin de seguir avanzando hacia una nueva estructura social incluyente, un nuevo modelo productivo y humanista que persigue que todos vivamos en similares condiciones, siendo la salud y seguridad de los trabajadores y las trabajadoras primordial para lograrlo, desarrolló la presente Norma Técnica con el fin de regular la organización, conformación, clasificación, registro y funciones de los Servicios de Seguridad y Salud en el Trabajo, elemento fundamental de la gestión en materia de seguridad y salud en el trabajo en las entidades de trabajo (...)”.

En efecto, como objetivo nacional en el Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación, se establece como objetivo nacional construir una sociedad igualitaria y justa, y como objetivo estratégico 2.2.1 superar las formas de explotación capitalistas presentes en el *proceso social del trabajo*, a través del despliegue de relaciones socialistas entre trabajadores con este proceso. De allí, pues, se denota claramente la intencionalidad de, a través de esta Norma Técnica, insertar las ideas socialistas y la formación colectivista en las empresas y centros de trabajo.

XIII. RÉGIMEN SOBRE LA PROPIEDAD URBANA

En cuanto al régimen de tierras urbanas y anteriores al ámbito temporal que se estableció para el presente trabajo, se dictaron limitaciones importantes al derecho de propiedad que por ello se citan a continuación.

El 21 de octubre de 2009 fue publicada en *Gaceta Oficial* N° 5.933 Extraordinario la Ley de Tierras Urbanas.

El objeto de dicha Ley fue regular la tenencia de tierras urbanas sin uso para el desarrollo de programas sociales de vivienda y hábitat a los fines de establecer las bases del desarrollo urbano y satisfacción progresiva del derecho a las viviendas dignas en las zonas urbanas (art. 1 de la Ley en comentario).

En el artículo 2 se establece que la propiedad de las tierras urbanas tiene una función social y sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones previstas en la ley, reglamentos, planes y normas reglamentarias que al efecto se dicten, lo cual es atentatorio contra el derecho de propiedad que como derecho constitucional su núcleo duro sólo puede ser limitado mediante ley, dada la reserva legal prevista en la constitución vigente. En el artículo 3 se declaran de utilidad pública e interés social las tierras urbanas sin uso. A los efectos de esta Ley, se entiende por tierras urbanas sin uso aptas para el desarrollo de programas sociales de viviendas y hábitat, aquellas extensiones ubicadas en áreas de las ciudades equipadas de servicios públicos, entre ellas:

- 1.- Tierras urbanas abandonadas por sus propietarios.
- 2.- Tierras urbanas sin edificar.
- 3.- Cualquier otra que así determine el Ejecutivo Nacional.

De allí pues, se prevé, conforme a la ley una gran discrecionalidad administrativa en cuanto a la consideración de tierras urbanas, tal es el caso: ¿Qué se considera una tierra urbana abandonada? ¿Cuáles son los requerimientos para tal determinación? ¿Cuál es el tiempo necesario a los efectos de determinar una tierra sin uso en cuanto a no haber construido o edificado en ella? Y más aún, hay una gran discrecionalidad en cuanto a cualquier otra que así determine el Poder Ejecutivo Nacional, vaciando de contenido el principio de Reserva Legal en cuanto a la determinación de una tierra sin uso y a la mera determinación por parte del Ejecutivo Nacional.

Se prevé por otra parte, por la Ley de Tierras Urbanas, un procedimiento de Declaratoria de Tierras Urbana sin uso. El órgano o ente con competencia técnica nacional para la regularización de la tenencia de la tierra urbana, podrá, de oficio o por denuncia, ordenar la apertura del procedimiento de declaratoria de tierras urbana sin uso (art. 21). Ordenada la apertura del procedimiento, el órgano o ente con competencia en materia de obras públicas y vivienda podrá dictar las medidas de ocupación previa mediante acto que justifique las razones para llevarla a cabo. Si el procedimiento concluye con la declaratoria de tierra urbana sin uso. El Ejecutivo nacional a través del órgano con Competencia técnica nacional iniciará los trámites para la transmisión de propiedad, pudiendo ocupar previamente la tierra con la finalidad de efectuar estudios de suelos o cualquier otra actividad relacionada con la ejecución de las obras que se hayan proyectado.

Mediante el Decreto N° 8.005 de fecha 18 de enero de 2011 publicado en *Gaceta Oficial* N° 6.018 Extraordinario de fecha 29 de enero de 2011, se dictó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Emergencia para Terrenos y Vivienda, el cual estableció en su artículo primero, dentro de esta *legalidad socialista*, que dicha Ley tiene como objeto:

“establecer un conjunto de mecanismos extraordinarios a cargo del Ejecutivo Nacional, en coordinación con otros entes públicos y privados, nacionales e internacionales, destinados a hacerle frente con éxito y rapidez a la crisis de vivienda que ha afectado a nuestro pueblo como consecuencia del modelo capitalista, explotador y excluyente y que se ha agudizado por los efectos del cambio climático, generador de devastaciones en amplias zonas del territorio nacional” (art. 1 del Decreto en comentario) (subrayado nuestro).

No compartimos, obviamente, este artículo primero de la Ley en comentario ya que la crisis de vivienda no se debe a un modelo capitalista, sino que se debe a una falta de política pública que haya atendido a la construcción de viviendas. En efecto, desde 1998 la política de construcción de vivienda fue muy poco atendida por el gobierno y es solo con la Misión Vivienda que en el año 2012 se efectúa de forma acelerada y poco estructurada; con la cercanía de las elecciones es que se le puso atención a la construcción de viviendas. En efecto, en 14 años del gobierno socialista se calcula por la Cámara Inmobiliaria de Venezuela que “el déficit de viviendas en el país ha llegado a los 3 millones, lo que significa un aumento de un millón en los últimos años”⁴¹

El artículo 3° establece que, para alcanzar el objetivo de la presente Ley, el Ejecutivo Nacional queda facultado para:

“3. Dictar decretos de creación de Áreas Vitales de Viviendas y Residencias (AVIVIR), en las cuales el Estado procederá a reordenar integralmente la distribución y uso del espacio, sea éste urbano o rural, para destinarlo en prioridad y con urgencia, a la construcción de viviendas unifamiliares o multifamiliares de micro comunidades, pequeños barrios, grandes barrios o nuevas ciudades. En las áreas decretadas Áreas Vitales de Viviendas y Residencias (AVIVIR), el Estado no permitirá la existencia de inmuebles no residenciales o terrenos abandonados, ociosos, subutilizados o de uso inadecuado que presentan condiciones y potencial para cumplir con el objeto de esta Ley.

La competencia para establecer las categorías antes señaladas, será exclusiva del organismo debidamente calificado y con carácter nacional, que el Ejecutivo cree mediante Decreto”.

Así mismo, el artículo 4 del Decreto define como áreas vitales de vivienda y residencias (AVIVIR):

“Aquellas creadas mediante Decreto por el presidente de la República en Consejo de Ministros, en las cuales el Estado procederá a reordenar integralmente el territorio, para destinarlo con prioridad y con urgencia a la construcción de viviendas.

En el marco de esta redistribución y uso del espacio, será efectuada la calificación de los terrenos aptos para la construcción de viviendas e inmuebles no residenciales, que se encuentren ociosos, abandonados o de uso inadecuado a los fines del poblamiento y habitabilidad.

En estas áreas, el Ejecutivo Nacional podrá establecer un régimen específico contentivo de condiciones especiales en el ámbito del reordenamiento territorial, laboral, de seguridad, de orden público, de servicios, simplificación de trámites administrativos, incentivos, regulaciones y cualquier otro tipo de medidas, que coadyuven al cumplimiento expedito de los objetivos de la presente Ley”.

Con fundamento en el marco creado en el Decreto Ley Orgánica de Emergencia para terrenos y viviendas se han dictado los siguientes decretos creando áreas vitales de vivienda y de residencia:

⁴¹ <http://www.camarainmobiliaria.org.ve/carlos-gonzalez-deficit-de-viviendas-alcanza-los-3-millones-en-el-pais/>

I. Decreto N° 8.301 de fecha 07 de julio de 2011 publicado en *Gaceta Oficial* N° 39.708 de fecha 7 de julio de 2011.

Se crean Áreas Vitales de Vivienda y de Residencia (AVIVIR) con una superficie total de aproximadamente 1.952,09ha, destinadas a la construcción de viviendas en el Estado Aragua y Miranda.

II. Decreto N° 8.302 de fecha 07 de julio de 2011 publicado en *Gaceta Oficial* N° 39.708 de fecha 7 de julio de 2011.

Se crean las Áreas Vitales de Vivienda y de Residencia (AVIVIR) con una superficie total de aproximadamente 500, 12ha, destinadas a la construcción de viviendas en el Estado Sucre, Anzoátegui, Zulia, Táchira, Trujillo, Carabobo, Aragua, Lara, Falcón, Apure y Distrito Capital.

III. Decreto N° 8.886 de fecha 29 de marzo de 2012 publicado en *Gaceta Oficial* N° 39.896 de fecha 2 de abril de 2012.

Se crean las Áreas Vitales de Vivienda y de Residencia (AVIVIR) con una superficie total de aproximadamente 3,23ha, destinadas a la construcción de viviendas en el Estado Lara.

IV. Decreto N° 8.888 de fecha 29 de marzo de 2012 publicado en *Gaceta Oficial* N° 39.896 de fecha 2 de abril de 2012.

Se crean las Áreas Vitales de Vivienda y de Residencia (AVIVIR) con una superficie total de aproximadamente 16,16 ha, destinadas a la construcción de viviendas en el Estado Miranda.

V. Decreto N° 8.889 de fecha 29 de marzo de 2012 publicado en *Gaceta Oficial* N° 39.896 de fecha 2 de abril de 2012.

Se crean las Áreas Vitales de Vivienda y de Residencia (AVIVIR) con una superficie total de aproximadamente 1.022,1ha, destinadas a la construcción de viviendas en el Estado Anzoátegui, Bolívar, Aragua, Carabobo, Lara, Miranda, Nueva Esparta, Táchira, Yaracuy y Zulia.

VI. Decreto N° 8.890 de fecha 29 de marzo de 2012 publicado en *Gaceta Oficial* N° 39.896 de fecha 2 de abril de 2012.

Se crean las Áreas Vitales de Vivienda y de Residencia (AVIVIR) con una superficie total de aproximadamente 30,13ha, destinadas a la construcción de viviendas en el Estado Vargas y Distrito Capital.

VII. Decreto N° 8.891 de fecha 29 de marzo de 2012 publicado en *Gaceta Oficial* N° 39.896 de fecha 2 de abril de 2012.

Se crean las Áreas Vitales de Vivienda y de Residencia (AVIVIR) con una superficie total de aproximadamente 184,02ha, destinadas a la construcción de viviendas en Distrito Capital.

VIII. Decreto N° 8.892 de fecha 29 de marzo de 2012 publicado en *Gaceta Oficial* N° 39.896 de fecha 2 de abril de 2012.

Se crean las Áreas Vitales de Vivienda y de Residencia (AVIVIR) con una superficie total de aproximadamente 13,44ha, destinadas a la construcción de viviendas en Distrito Capital.

IX. Decreto N° 8.894 de fecha 29 de marzo de 2012 publicado en *Gaceta Oficial* N° 39.896 de fecha 2 de abril de 2012.

Se crean las Áreas Vitales de Vivienda y de Residencia (AVIVIR) con una superficie total de aproximadamente 1,38ha, destinadas a la construcción de viviendas en el Estado Miranda.

X. Decreto N° 8.895 de fecha 29 de marzo de 2012 publicado en *Gaceta Oficial* N° 39.896 de fecha 2 de abril de 2012.

Se crean las Áreas Vitales de Vivienda y de Residencia (AVIVIR) con una superficie total de aproximadamente 14,59ha, destinadas a la construcción de viviendas en el Estado Miranda.

Según cifras de la cámara inmobiliaria, hay un déficit de 3.000.000 de viviendas en Venezuela⁴².

En fecha 15 de junio de 2012 fue publicado en *Gaceta Oficial* N° 39.945 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la determinación del justiprecio de bienes inmuebles en los casos de expropiaciones de emergencia con fines de población y habitabilidad. Este Decreto es dictado, entre otras finalidades, de acuerdo con su considerando, con “el fin supremo y voluntad de lograr la mayor eficacia política y calidad revolucionaria en la construcción del socialismo” y tiene por objeto establecer el procedimiento para determinar el justiprecio de los inmuebles a ser adquiridos por el Estado venezolano, a los fines del poblamiento y habitabilidad, en los casos de expropiación de emergencia previsto en la ley que regula la materia de Emergencia para Terrenos y Viviendas.

Tenemos dos comentarios en cuanto al Decreto bajo análisis: El primero relativo a la determinación de la base de cálculo para el justiprecio, según el cual el justiprecio del inmueble se determinará utilizando como base de cálculo el último valor de compra de dicho inmueble indicado en el respectivo documento de propiedad debidamente protocolizado. Sin embargo, se prevé que en el supuesto que el documento tenga data inferior a un año para el momento de inicio del procedimiento de expropiación de emergencia, se considerará como base de cálculo la penúltima transacción registrada, lo cual es irregular y sólo tiene por finalidad reducir o bajar el valor a pagar por el inmueble.

En segundo lugar, el Decreto en cuanto a la determinación del justiprecio del inmueble prohíbe tomar en consideración el precio del mercado o el valor del mercado, lo cual atenta contra los principios de valoración de los bienes y, en este caso, de los inmuebles, desconociendo así por completo las leyes de la oferta y de la demanda que determinan el valor de los inmuebles, insertando valores ficticios o regulados. Igualmente, el Decreto prevé que en ningún caso podrá considerarse para el cálculo del justiprecio del inmueble cualquier influencia o impacto generado por inversiones públicas o privadas realizadas en el entorno inmediato, ni las expectativas de rentabilidad derivada de los usos establecidos por la ordenación territorial o urbanística.

XIV. RÉGIMEN SOBRE LA PROPIEDAD RURAL

El régimen de la propiedad rural en virtud de que su regulación es muy anterior al ámbito temporal del presente escrito no es trabajado aquí. Sin embargo, debe destacarse que la propiedad sobre tierras rurales ha sido severamente atacada por las leyes dictadas luego del año de 1999. Nos referimos fundamentalmente a las previsiones establecidas en el Decreto Ley N° 1.546 publicado en la *Gaceta Oficial* N° 37.323 del 13 de noviembre de 2001 mediante la cual se estableció la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario reformada mediante Ley publicada en *Gaceta Oficial* N° 5.771 del 18 de mayo 2005 y en *Gaceta Oficial* N° 5.091 Extraordinario del 29 de julio de 2010 previéndose en esta última la figura del “rescate administrativo” de tierras agrícolas de propiedad privada violando la Constitución Económica de 1999 así como las disposiciones del Código Civil vigente y de la Ley de Registros y del Notariado⁴³. Esto aunado a las distintas fases y políticas en cuanto a expropiaciones, expoliaciones, invasiones y ocupaciones de tierras de propiedad privada rural.

⁴² <http://www.camarainmobiliaria.org.ve/carlos-gonzalez-deficit-de-viviendas-alcanza-los-3-millones-en-el-pais/>

⁴³ Véase Allan R. Brewer-Carías “La figura del rescate administrativo de tierras agrícolas de propiedad privada regulada en la reforma de ley de tierras y desarrollo agrícola del 2010, su inconstitu-

XV. RÉGIMEN INQUILINARIO

En materia inquilinaria, las limitaciones han sido diversas en la legalidad socialista. Pero fundamentalmente el marco legal está constituido por: A.- El Decreto con Rango y Fuerza de Ley N° 427 de Arrendamientos Inmobiliarios. B.- La Ley para la Regularización y Control de Arrendamiento de Vivienda (Publicado en la *Gaceta Oficial* N° 6053 de 12 de noviembre de 2011), C.- El Decreto N° 8.190 mediante el cual se dicta el Decreto publicado en *Gaceta Oficial* N° 39.668 de fecha 6 de mayo de 2011, Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas publicado en *Gaceta Oficial* N° 39.668 de fecha 6 de mayo de 2011 y D.- El Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial publicado en la *Gaceta Oficial* N° 40.418 del 23 de mayo de 2014.

1. *El Decreto Ley N° 427 de Arrendamientos Inmobiliarios (LAI)*

Ya no es aplicable para los arrendamientos de inmuebles destinados a vivienda porque ahora lo regula la Ley para la Regularización y Control de Los Arrendamientos de Vivienda, pero sigue aplicando para los demás inmuebles mencionados en el artículo.

2. *Ley para la Regularización y Control de Arrendamientos de vivienda*

En relación con el arrendamiento de viviendas dadas las regulaciones previstas en el Decreto Ley Contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas y de la Ley de Regularización y Control de Arrendamientos, con el afán de proteger a los débiles económicos y jurídicos como son los arrendatarios, comodatarios o poseedores legítimos, se han previsto demasiados privilegios en dicha relación arrendaticia para una de las partes como lo constituyen los arrendatarios o comodatarios implicando desincentivos para arrendar inmuebles para vivienda y afectando severamente este mercado⁴⁴.

En efecto, en el Decreto Ley de Desalojo y Desocupación se establecen varias normas que reducen en gran medida el incentivo a arrendar inmuebles para vivienda:

1. Se prevé que previo al ejercicio de cualquier acción judicial y administrativa que pudiera comportar la pérdida de la posición o tenencia de un inmueble destinado a vivienda principal, deberá tramitarse por ante el Ministerio con competencia en materia de hábitat y vivienda el procedimiento administrativo previsto en el Decreto Ley en comentario (Artículo 5 del Decreto Ley).

cionalidad, y el tema de la acreditación de la titularidad de la propiedad sobre tierras rurales” en *La propiedad privada en Venezuela situación y perspectivas. Acceso a la Justicia*. Universidad Metropolitana, CEDICE y FUNEDA, Caracas 2016, p. 115 y ss.

⁴⁴ Dentro de esta legalidad socialista el artículo primero de la Ley Para la Regularización y control de los Arrendamientos de Vivienda establece: “Artículo 1. La presente Ley, tiene por objeto establecer el régimen jurídico especial de arrendamiento de inmuebles urbanos y suburbanos destinados a vivienda, ya sean arrendados o subarrendados total o parcialmente; en el marco de la novedosa legislación y Política Nacional de Vivienda y Hábitat, como un sistema integrado dirigido a enfrentar la crisis de vivienda que ha afectado a nuestro pueblo como consecuencia del modelo capitalista explotador y excluyente; con el fin supremo de proteger el valor social de la vivienda como derecho humano; y promoviendo relaciones arrendaticias justas conforme a los principios del Estado democrático y social, de derecho y de justicia, cumpliendo el mandato de refundación de la República, establecido en la Carta Magna.”

2. Se establece como condición para la ejecución del desalojo que el funcionario judicial debe remitir al Ministerio de Hábitat y Vivienda una solicitud mediante la cual dicho órgano del Ejecutivo Nacional disponga de refugio temporal o solución habitacional definitiva para el sujeto afectado por el desalojo y su grupo familiar, si éste manifestare no tener lugar donde habitar.

En todo caso, no se procederá a la ejecución forzosa, según el artículo 13 del Decreto en comentario, sin que se garantice el destino habitacional de la parte afectada.

Por tanto, con la finalidad de proteger a arrendatarios, comodatarios u ocupantes de inmuebles para vivienda, se establecen normas y regulaciones que constituyen eficaces desincentivos e inhibidores a que exista un mercado de arrendamientos inmuebles para vivienda (con oferta y demanda), ya que se colocan muchos obstáculos o trabas jurídicas para los arrendadores, creándoles inseguridad en cuanto a la disponibilidad de su inmueble una vez concluido el contrato.⁴⁵

3. *Decreto N° 929 de fecha 24 de abril de 2014 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial publicado en la Gaceta Oficial N° 40.418 del 23 de mayo de 2014*

Este decreto rige las condiciones y procedimientos para regular y controlar la relación entre arrendadores y arrendatarios, para el arrendamiento de inmuebles destinados al uso comercial. A los fines de la aplicación e interpretación del presente Decreto Ley, se entenderá por “inmuebles destinados al uso comercial”, aquellos en los cuales se desempeñen actividades comerciales o de prestación de servicios como parte del giro ordinario del establecimiento que allí funciona, independientemente de que dicho inmueble constituya una unidad inmobiliaria por sí solo, forme parte de un inmueble de mayor magnitud, o se encuentre anexo a éste (art. 2 del Decreto Ley en comentario).

Quedan excluidos de la aplicación de este Decreto Ley, los inmuebles no destinados al uso comercial, tales como: viviendas, oficinas, industrias, pensiones, habitaciones, residencias estudiantiles, inmuebles destinados a alojamiento turístico o de temporadas vacacionales, fincas rurales y terrenos no edificados.

La fijación del canon de arrendamiento de los inmuebles sujetos a regulación de conformidad con el presente Decreto Ley, según el decreto ley la determinarán el arrendador y el arrendatario, aplicando uno de los siguientes métodos, seleccionado de común acuerdo:

“**1. Canon de arrendamiento fijo (CAF)**, según el cual se toma como base el valor actualizado del inmueble (VI), de acuerdo a lo establecido en el artículo anterior, dividido entre doce (12) meses y entre el área arrendable (M2A), obteniendo el canon por metro cuadrado, luego se multiplica este valor por el área a arrendar (M2a) y por el porcentaje de rentabilidad anual (%RA), establecido en 12% para el primer año de la relación arrendaticia.

Cuando se trate de centros comerciales y/o locales comerciales completamente nuevos, el porcentaje de rentabilidad anual (%RA) establecido, podrá ser como máximo de 20% sólo para el primer año.

Se aplicará la siguiente formula: $CAF = (VI/12/M2A) \times M2a \times \%RA$.

Donde:

⁴⁵ <http://www.camara-inmobiliaria.org.ve/camara-inmobiliaria-denuncia-deficit-de-3-millones-de-viviendas/>: “El presidente de la Cámara Inmobiliaria Aquiles Martino recalcó que la Ley de Arrendamiento acabó con el alquiler de inmuebles.”

CAF: valor del canon de arrendamiento fijo mensual;

VI: valor del inmueble;

M2A: metros cuadrados arrendables;

M2a: metros cuadrados a arrendar;

%RA: porcentaje de rentabilidad anual.

2. Canon de arrendamiento variable (CAV) con base en porcentaje de ventas: Se establecerá como referencia el Monto Bruto de Ventas realizadas (MBV) por el arrendatario, expresadas en la Declaración Regular del Impuesto al Valor Agregado (IVA) correspondiente al mes inmediatamente anterior. Si hubiere una Declaración Sustitutiva, el porcentaje del monto allí reflejado será sumado al porcentaje de ventas correspondiente al mes siguiente. El porcentaje a aplicar sobre el monto de ventas realizadas será definido por las partes y oscilará entre 1% y 8%, quedando esto claramente establecido en el respectivo contrato. Para casos de operaciones comerciales cuya actividad principal sea entretenimiento, las partes podrán convenir porcentajes entre 8% y 15%.

3. Canon de arrendamiento mixto (CAM) compuesto por porción fija más porcentaje de ventas:

La porción fija en ningún caso será superior a 50% de lo que correspondería a un canon de arrendamiento fijo, según lo establecido en el numeral 1.

El % de ventas en ningún caso será superior a 8%, según lo establecido en el numeral 2.

Cuando el porcentaje de ventas supere el doble de la porción fija, el canon mensual será el que resulte de aplicar lo establecido en el numeral 2, suprimiéndose la porción fija, quedando todo esto claramente establecido en el respectivo contrato.”

Así mismo el decreto establece que en caso de no poder acordar arrendatarios y arrendadores conjuntamente el canon o de tener dudas en cuanto a su cálculo, deberán solicitar a la SUNDDE su determinación.

No obstante, se establece que la SUNDDE podrá modificar mediante providencia administrativa los porcentajes de rentabilidad anual (%RA) establecidos en este artículo, cuando así lo determinen razones de interés público o social.

XVI. RÉGIMEN SOBRE LA BANCA, LA ELIMINACIÓN, EL AJUSTE POR INFLACIÓN Y LOS APORTES PARA FISCALES

Mediante Decreto N° 2.163 de fecha 29 de diciembre de 2015 publicado en *Gaceta Oficial* N° 6.210 Extraordinario de fecha 30 de diciembre de 2015, se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Impuesto sobre la Renta en cuyo artículo 8 se modifica el artículo 173 que pasa a ser el 171, en los siguientes términos:

“Artículo 171. A los solos efectos tributarios, los contribuyentes a que se refiere el artículo 7° de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, que iniciaron sus operaciones a partir del 1° de enero del año 1993, y realicen actividades comerciales, industriales, explotación de minas e hidrocarburos y actividades conexas, que estén obligados a llevar libros de contabilidad, deberán al cierre de su primer ejercicio gravable, realizar una actualización Inicial de sus activos y pasivos no monetarios, según las normas previstas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, la cual traerá como consecuencia una variación en el monto del patrimonio neto para esa fecha.

Los contribuyentes que realicen actividades bancarias, financieras, de seguros, reaseguros y los sujetos pasivos calificados como especiales por la Administración Aduanera y Tributaria, quedarán excluidos del sistema de ajustes por inflación previsto en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.

Una vez practicada la actualización inicial de los activos y pasivos no monetarios, el Balance General Fiscal Actualizado servirá como punto inicial de referencia al sistema de reajuste regular por inflación previsto en el Capítulo II del Título IX de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. Los contribuyentes que cierren su ejercicio después del 31 de diciembre de 1992 y estén sujetos al sistema de ajuste por inflación, realizarán el ajuste inicial a que se contrae este artículo, el día de cierre de ese ejercicio.

Parágrafo Primero. Los contribuyentes que habitualmente realicen actividades empresariales no mercantiles y lleven libros de contabilidad, podrán acogerse al sistema de ajuste por inflación en las mismas condiciones establecidas para los obligados a someterse al mismo. Una vez que el contribuyente se haya acogido al sistema integral de ajuste a que se contrae este Título, no podrá sustraerse de él, cualquiera que sea su actividad empresarial.

Parágrafo Segundo. Se consideran como activos y pasivos no monetarios, aquellas partidas del Balance General Histórico del Contribuyente que por su naturaleza o características son susceptibles de protegerse de la inflación, tales como: los inventarios, mercancías en tránsito, activos fijos, edificios, terrenos, maquinarias, mobiliarios, equipos.”

Así las cosas, en un país cuyos niveles de inflación son altísimos y que han sido calculados sus índices según Ecoanalítica para 2016 en 525.1% y con proyección de 850% para el 2017, paradójicamente, mediante ley se excluye a las actividades bancarias, financieras, de seguros, reaseguros, así como a los sujetos pasivos calificados como especiales del sistema de ajuste por inflación. Obviamente, ello efectuado por una política fiscalista, para aumentar la recaudación, pero afectando severamente el desempeño económico, en esta *economía socialista*, de las compañías que efectúan dichas actividades, así como también a los contribuyentes calificados como especiales.

XVII. ESTABLECIMIENTO DE CONTRIBUCIÓN DEL 5% PARA LOS BANCOS SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS PARA LOS CONSEJOS COMUNALES

Decreto N° 1.402 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario de fecha 13 de noviembre de 2014 publicado en *Gaceta Oficial* N° 6.154 Extraordinario de fecha 19 de noviembre de 2014, mediante el cual se establece aporte social para financiamiento de consejos comunales. En efecto se prevé en el artículo 46 de este Decreto:

Artículo 46. “Las instituciones bancarias destinarán el cinco por ciento 5% del “Resultado Bruto Antes de Impuesto” al cumplimiento de la responsabilidad social que financiará proyectos de Consejos Comunales u otras formas de organización social de las previstas en el marco jurídico vigente.

La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, previa opinión vinculante del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de la Comunas, establecerá mediante normativa prudencial los mecanismos de asignación, ejecución y distribución de estos recursos entre las regiones del territorio nacional.

Las instituciones bancarias del sector público no estarán obligadas al pago del aporte previsto en este artículo”.

XVIII. RÉGIMEN SOBRE INVERSIÓN EXTRANJERA

Mediante el Decreto N° 1.438 se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Inversiones Extranjeras publicado en la *Gaceta Oficial* N° 6.152 Extraordinario. El Decreto contempla limitaciones y altos mecanismos de control a los inversionistas extranjeros más que una normativa para incentivar las Inversiones Extranjeras.

Se ha previsto una normativa para regular y limitar dichas inversiones derogando normativas que formalmente constituían un marco normativo que favorecía y protegía las inver-

siones extranjeras y establecían un marco de respeto a las mismas⁴⁶. Al analizarse el Decreto N° 1.438, se puede realizar un mayor énfasis en los artículos 5, 21, 23, 29, 31, 32, 33, 38, 44, 45, 46 y 47.

El considerando del Decreto Ley de Inversiones Extranjeras fue dictado por el Presidente de la República “con el Supremo Compromiso y voluntad de lograr la eficacia política y calidad revolucionaria en la construcción del socialismo y el engrandecimiento del país”. Ahora bien, el engrandecimiento del país se logra en el marco de la Constitución Económica vigente con un tratamiento igual entre inversionistas nacionales y extranjeros, incentivando y estimulando la inversión extranjera que derivará en un mayor ofrecimiento de bienes y servicios para los venezolanos y no previendo una regulación reguladora y limitante de la inversión extranjera como lo realiza el Decreto Ley 1.438⁴⁷.

De acuerdo con la Constitución vigente en su artículo 301, no se podrá otorgar a personas, empresas u organismos extranjeros regímenes más beneficiosos que los establecidos para los nacionales. Así mismo, se prevé que “*la inversión extranjera está sujeta a las mismas condiciones que la inversión nacional*”. No obstante, este Decreto N° 1.438 establece relevantes diferencias entre las inversiones extranjeras y las inversiones nacionales en vulneración con lo dispuesto en las normas que conforman nuestra Constitución Económica.

Entre tales diferencias se pueden destacar, como desarrollaremos más adelante, la restricción para el pago de dividendos y su repatriación, la exigencia de permanencia del capital de la inversión extranjera por un lapso mínimo de cinco (5) años para poder realizar remesas al extranjero, el carácter constitutivo otorgado al registro de la inversión extranjera, entre otros.

Por otra parte, dentro de la política económica del gobierno insertada en Plan de la Patria Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2013-2019, en su punto 4.4 Se señala “Desmontar el Sistema neocolonial de dominación imperial” y en el 4.4.1, “Deslindar a Venezuela de los Mecanismos Internacionales” y, en el 4.4.1.1, “Denunciar los tratados multilaterales, así como también los tratados y acuerdos bilaterales que limiten la soberanía nacional frente a los intereses de las potencias neocoloniales, tales como tratados de promoción y protección de inversiones”. (Subrayado nuestro)

De tal manera que conforme al Plan de la Patria se establece la denuncia de los tratados Bilaterales de Inversión que constituyen un mecanismo para “los nacionales” o los inversionistas extranjeros de protección por esos tratados y, obviamente, dicha protección abarcará hasta el lapso de supervivencia una vez denunciado el respectivo tratado por el gobierno

⁴⁶ Véase José Gregorio Torrealba: “Comentarios al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Inversiones Extranjeras” en *Revista de Derecho Público* N° 140/2014, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, p. 112 y ss.; Andrea García Rondón: “Nueva Regulación de Inversiones Extranjeras en Venezuela”, CEDICE, Observatorio Económico-Legislativo. Análisis Costos Beneficio ACB, Caracas, abril 2015. Así mismo mediante el decreto N° 1438 tal como lo establecen en sus disposiciones derogatorias quedó derogado: El Decreto N° 356 con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones, de fecha 03 de octubre de 1999, publicado en *Gaceta Oficial* N° 5.390 de fecha 22 de octubre de 1999; así como el Decreto N° 2.095 que contenía el Reglamento del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías publicado en la *Gaceta Oficial* N° 34.930 de fecha 25 de marzo de 1992; y, entre otros, el Decreto N° 1.103 el cual contiene el Reglamento Parcial del Régimen común de Tratamiento de Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías publicado en la *Gaceta Oficial* N° 34.548 de fecha 7 de septiembre de 1990.

⁴⁷ Consúltense Andrea García Rondón: *Nueva Regulación de Inversiones Extranjeras en Venezuela*, CEDICE, Observatorio Económico-Legislativo, p. 5.

venezolano. El problema radica que de acuerdo a este escenario se reduce el incentivo para inversiones extranjeras provenientes de supuestas “potencias neocoloniales” agravando la situación económica venezolana dependiente de las importaciones y con un sector productivo nacional muy disminuido.

El artículo 23 y el 29 se traducen en **altos costos que inversionistas deben tener en cuenta al momento de invertir**, lo cual disminuye el atractivo de invertir en Venezuela que podrán percibir inversionistas extranjeros.

El artículo 23 menciona la forma en que debe realizarse la Constitución de la Inversión, estableciendo que “el valor constitutivo de la inversión extranjera, deberá estar representado en activos que se encuentren en el país compuestos por equipos, insumos u otros bienes o activos tangibles requeridos para el inicio de operaciones productivas en al menos setenta y cinco por ciento (75%) del monto total de la inversión”; y el artículo 29, relacionado a la Permanencia del capital de la inversión, **exige que la inversión extranjera haya permanecido cinco años en el país para que inversionistas tengan derecho a realizar remesas al exterior:**

“La inversión extranjera deberá permanecer en el territorio de la República por un lapso mínimo de cinco (5) años, contados a partir de la fecha en que haya sido otorgado el Registro. Cumplido este período, los Inversionistas podrán, previo pago de los tributos y otros pasivos a los que haya lugar, realizar remesas al extranjero por concepto del capital originalmente invertido, registrado y actualizado.”

Por otra parte, el artículo 24 del Decreto Ley prevé que, a los fines de obtener el registro de una inversión extranjera, los aportes deberán estar constituidos a la tasa de cambio oficial vigente, por un monto mínimo de un millón de dólares (\$1.000.000) de los Estados Unidos de América o su equivalente en divisa. El Centro Nacional de Comercio Exterior (CENCOEX) podrá establecer un monto mínimo para la constitución de una inversión extranjera para pequeñas y medianas industrias, pero en ningún caso puede ser inferior al 10%, es decir, cien mil dólares (\$100.000) de los Estados Unidos de América.

El artículo 31 contempla nuevas Condiciones **generales a la inversión extranjera**. Ejemplos de *algunas* que pueden ser discutibles por considerarse desmesuradas o por su alta discrecionalidad son:

3. Participar en las políticas dictadas por el Ejecutivo Nacional destinadas al desarrollo de proveedores locales que garanticen los encadenamientos necesarios, con el fin de que las empresas nacionales incorporen las tecnologías, conocimientos, talento humano y capacidades de innovación, adecuados para proveer la calidad y demás especificaciones requeridas por la Empresa Receptora de la inversión extranjera.
4. Establecer relaciones bajo la tutela del organismo rector con las universidades, institutos de investigación y demás entes con capacidades de investigación, desarrollo e innovación del país.
7. Canalizar los recursos monetarios provenientes de la inversión extranjera que se realice en el territorio venezolano, a través del sistema financiero nacional.
11. Responder a los objetivos de la política económica nacional.

Limitaciones para distribución de utilidades netas y dividendos:

- a.- Distribución de utilidades netas en moneda de curso legal.

El artículo 32 establece: “Salvo lo dispuesto en los tratados legítimamente suscritos y ratificados por la República, las empresas receptoras de inversión extranjera **podrán distribuir y pagar a sus inversionistas extranjeros, en el territorio de la Republica y en mo-**

neda de curso legal, la totalidad o parte de las utilidades netas distribuidas al cierre de cada ejercicio económico, de conformidad con las acciones o cuotas que el o los inversionistas posean.” En caso de que dichas utilidades netas no sean pagadas, podrán ser direccionadas a una cuenta afectada a reinversión, únicamente en la misma empresa que las haya generado.”

Hasta antes de este Decreto Ley de noviembre de 2014 y con fundamento en el artículo 307 del Código de Comercio se establecía expresamente: “No pueden pagarse dividendos a los accionistas sino por utilidades líquidas y recaudadas”. En virtud del Decreto Ley N° 1.438 se establece que salvo los tratados legítimamente ratificados por la República, las empresas receptoras de inversión extranjera podrán distribuir y pagar a sus inversionistas extranjeros, en el territorio de la República y en moneda de curso legal (Bs.) la totalidad o parte de las utilidades netas al cierre de cada ejercicio económico, de conformidad con las acciones o cuotas de participación que los inversionistas posean. Esta ha constituido una importante traba para la repatriación de dividendos y de utilidades líquidas a las casas matrices y un desincentivo importante a los efectos de inversiones para Venezuela impuesto mediante Decreto Ley afectando los derechos económicos de las compañías previstos en los artículos 115 y 112 de la Constitución vigente.

b.- Límites para la remisión de utilidades o dividendos:

Así mismo, se prevé la limitación a los inversionistas extranjeros para remitir al exterior anualmente hasta el ochenta por ciento (80%) de las utilidades o dividendos que provengan de su inversión extranjera, registrada y actualizada en divisas libremente convertibles siempre que se demuestre previamente el cumplimiento del objeto de la inversión; en supuestos de remisión parcial la diferencia sólo podrá ser acumulada con las utilidades que se obtengan únicamente en el siguiente ejercicio anual a los fines de ser remitido al extranjero (art 33 del Decreto Ley N° 1.438).

c.- Remesas al extranjero:

Es reconocido el derecho a los inversionistas extranjeros a remesar al país de origen, total o parcialmente, los ingresos monetarios que obtengan producto de la venta dentro del territorio nacional de sus acciones o inversión, así como los montos provenientes de reducción de capital, previo pago de los tributos correspondientes y del cumplimiento mínimo de la inversión que de conformidad con el artículo 29 de dicho Decreto Ley es de 5 años contados a partir de la fecha del otorgamiento del registro de la inversión. Aquí, además del lapso que constituye una nueva limitación, una restricción adicional la constituye que dicho lapso se cuenta a partir del otorgamiento; veremos luego los problemas que se presentan en cuanto a los registros y la calificación de la inversión extranjera por parte de las autoridades administrativas competentes.

d.- Remisión en caso de liquidación de empresas extranjeras:

Sólo se podrá remesar al extranjero hasta el 85% sobre el monto total de la inversión extranjera (art. 35 único aparte del Decreto 1.438). Sin embargo, conforme al artículo 37 del Decreto Ley se podrá remesar la totalidad de la inversión al país de origen siempre que dicha liquidación se produzca a consecuencia de la venta de la empresa directamente a inversionistas nacionales y se compruebe, igualmente por parte del Centro Nacional de Comercio Exterior, el funcionamiento pleno de las operaciones productivas y comerciales de la empresa receptora, con la permanencia de los bienes y los conocimientos tecnológicos que implicaron la inversión. En todo caso, hay que revisar el origen de la inversión extranjera y si existe tratado bilateral de inversión que prevea el derecho de transferencia o repatriación de capitales.

e.- Medidas especiales ante circunstancias extraordinarias de carácter económico y financiero:

Adicionalmente, el artículo 38 del Decreto Ley prevé eventuales restricciones en casos de circunstancias económicas extraordinarias, que establece la posibilidad de que las remesas al extranjero sean limitadas por el Ejecutivo Nacional, así como limitar la repatriación de capitales, lo cual puede desembocar en mayores limitaciones a la inversión extranjera.

“Artículo 38: El Ejecutivo Nacional podrá aplicar medidas especiales en relación a la inversión y/o transferencia tecnológica, así como también limitar las remesas al extranjero por concepto de capital invertido y dividendos generados producto de la inversión extranjera, cuando se susciten circunstancias extraordinarias de carácter económico y financiero que afecten gravemente la balanza de pagos o las reservas internacionales del país, o que en definitiva, se vea afectada la seguridad económica de la Nación, conforme a lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás leyes aplicables”.

- Limitaciones en cuanto a la resolución de conflictos Sobre el arbitraje internacional:

Otra de las consecuencias que se derivan de la disposición del Decreto Ley N° 1.438 es la previsión restrictiva que establece en cuanto a la posibilidad de procedimientos de arbitraje internacional. El artículo 5 establece que “las inversiones extranjeras quedarán sometidas a la jurisdicción de los tribunales de la República, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás leyes. La República Bolivariana de Venezuela podrá participar y hacer uso de otros mecanismos de solución de controversias construidos en el marco de la integración de América Latina y El Caribe.” Esta disposición, sin duda, constituye un retroceso en el ámbito de la regulación sobre inversiones extranjeras en Venezuela, sin embargo, se encuentran vigentes los Tratados Bilaterales de Inversión Extranjera, que son leyes especiales entre las partes, y de preverse en dichos tratados mecanismos de resolución de conflictos, como lo constituye el arbitraje, debe darse preeminencia a lo previsto en dicho tratado.⁴⁸

XIX. SITUACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS (SIEEX)

Decreto N° 1.438 Con Rango Valor y Fuerza de Ley de Inversiones Extranjeras de fecha 17 de noviembre de 2014, publicado en *Gaceta Oficial* Extraordinario N° 6.152 Extraordinario de fecha 18 de noviembre de 2014. El cual en sus disposiciones transitorias establece:

“Cuarta. **Se ordena la supresión de la Superintendencia de Inversiones Extranjeras (SIEEX)**, proceso que será regulado por el Presidente o Presidenta de la República, mediante Decreto. El régimen de la supresión a que se refiere el presente artículo deberá asegurar la **transferencia progresiva y ordenada de atribuciones, bienes, derechos y obligaciones de la Superintendencia al Centro Nacional de Comercio Exterior**, en observancia del principio de continuidad administrativa.

⁴⁸ La República Bolivariana de Venezuela ha suscrito y están vigentes 27 Tratados Bilaterales de Inversión (BTIs) los cuales son con: Alemania, Argentina, Barbados, Bielorrusia, Canadá, Chile, Costa Rica, Cuba, Dinamarca, Ecuador, España, Francia, Irán, Lituania, Paraguay, Perú, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Reino de los Países Bajos, República Checa, Rusia, Suecia, Suiza, Uruguay, Unión Belgo Luxemburguesa, y Vietnam. Cabe destacar que el Tratado bilateral de Inversiones con el Reino de los Países Bajos fue denunciado por Venezuela el año 2008, y ya no protege inversiones realizadas en Venezuela por nacionales de esa jurisdicción, con posterioridad a esa fecha, pero si protege y mantiene su vigencia hasta el 2023 para las inversiones realizadas con anterioridad.

De manera transitoria, la Superintendencia de Inversiones Extranjeras (SIEX) ejercerá las funciones de la unidad administrativa encargada del tratamiento de las inversiones extranjeras productivas, conforme al artículo 10 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, publicado en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.116 Extraordinario, de fecha viernes 29 de noviembre de 2013, bajo la dirección y supervisión del Centro Nacional de Comercio Exterior”.

Ha constituido un claro indicador de la falta de incentivo y protección a las inversiones extranjeras la supresión de la Superintendencia de Inversiones Extranjeras, pasando ahora a formar parte de las funciones y competencias del órgano administrativo que se encarga de la administración cambiaria (CENCOEX). Sin embargo, en la práctica –hasta la redacción de este trabajo– en la sede de la SIEX se sigue supuestamente trabajando, con lentitud, en cuanto a las competencias de registro y calificación de las inversiones extranjeras.

Se ha criticado igualmente que según el artículo 11 se prevén como competencias adicionales del Centro Nacional de Comercio Exterior (CENCOEX) las que establece el referido artículo 11 Del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Inversiones Extranjeras pero que en numeral 14 de dicho artículo se permite que los ministerios con competencia en comercio exterior o finanzas le atribuyan otras competencias, lo cual constituye una violación al principio de legalidad administrativa previsto en el artículo 137 de la constitución vigente ya que solo la ley puede prever o atribuir competencias lo cual es distinto al mecanismo de delegación administrativa⁴⁹.

El 27 de marzo de 2017 el Presidente de la República anuncio nuevo Decreto de “estímulo y aceleración de la inversión extranjera”, habrá que ver su alcance una vez que sea publicado en *Gaceta Oficial*.

XX. REFORMA DEL CÓDIGO ORGÁNICO TRIBUTARIO MEDIANTE DECRETO CON RANGO VALOR Y FUERZA DE LEY PUBLICADO EN LA *GACETA OFICIAL* N° 6.152 EXTRAORDINARIO DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2014

Otra de las violaciones comprendidas en la legalidad socialista la constituye la Reforma del Código Orgánico Tributario la cual con un propósito y finalidad fiscalista ha restringido los derechos económicos de los contribuyentes y ha constituido un importante retroceso en lo que concierne a los principios constitucionales de la tributación y a la relación jurídica entre el Poder Tributario y los contribuyentes. Son diversos los retrocesos previstos en la reforma del Código Orgánico Tributario en comentario, constituyendo la primera de ellas el establecer la modificación de dicho Código mediante un Decreto Ley y no mediante una ley formal emanada de la Asamblea Nacional que constituye el cuerpo u órgano representativo del pueblo venezolano. Así las cosas, el afectar elementos de la obligación tributaria constituye una violación a las normas que integran la Constitución Económica. En este sentido la reforma al Código Orgánico Tributario en su artículo 3 parágrafo segundo desconoce el principio de la legalidad⁵⁰ tributaria al autorizar “*al Ejecutivo Nacional para que proceda a modificar la*

⁴⁹ José Gregorio Torrealba: *op cit.* p. 219.

⁵⁰ Véase Leonardo Palacios Márquez: en el prólogo titulado “La Reforma del Código Orgánico Tributario de 2014”, *Derechos Humanos y Descodificación en la Reforma del Código Orgánico Tributario de 2014 Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT)*, Editorial Legis, Caracas 2015, p. XI y ss. Quien sostiene que: “Las últimas reformas experimentadas en el Código Orgánico Tributario han derivado en la erosión y derrumbe de la codificación tributaria en Venezuela, caracterizándose por: 1. Desconocer la esencia garantista del principio de la legalidad, al facul-

alicuota del impuesto, en los límites que ella establezca". De igual manera, la Ley de Impuesto sobre la Renta⁵¹ en su última reforma dictada también en el marco de la ley habilitante en su artículo 197 establece: "El Ejecutivo Nacional podrá modificar establecer alicuotas distintas para determinados sujetos pasivos o sectores económicos, pero las mismas no podrán exceder los límites previstos en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley".

Una segunda limitación la constituye la supresión de la suspensión automática de los efectos de los actos administrativos de contenido tributario con la interposición del recurso jerárquico en virtud de lo previsto en el artículo 257 de la Reforma del Código Orgánico Tributario.

La tercera limitación violatoria de los principios de la Constitución Económica la constituye el establecimiento en la reforma del Código Orgánico Tributario de 2014 del procedimiento del cobro ejecutivo previsto en los artículos 290 y siguientes de dicha ley de reforma. Ello consiste en una acción ejecutiva por parte de la propia Administración Tributaria de cobro de tributos, multas e intereses sin que medie la acción del Poder Judicial "de tal manera que el sujeto que pretende que se le pague la deuda que el mismo determinó es quien practica el embargo sobre los bienes que él decida y hace el avalúo de los mismos para luego rematarlos y cobrarse las sumas que dice se le adeudan"⁵². Se trata de un procedimiento, como lo ha señalado la doctrina especializada: "que la propia administración ha creado a su medida, pues no debemos olvidar que el Código Orgánico Tributario proviene de un Decreto-Ley emanado de la Presidencia de la República, de modo que en su redacción participó uno de los sujetos activos que pueden llevar adelante este procedimiento para el cobro de deudas tributarias"⁵³. De tal manera que, habiendo el contribuyente interpuesto un recurso contencioso tributario, si en virtud del procedimiento de cobro ejecutivo previsto en la reforma del Código le son embargados y rematados sus bienes para el pago de créditos fiscales, se hace nugatorio o vacío de contenido el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 26 de la Constitución vigente ya que es de la esencia de un Estado de Derecho y de Justicia el que se garantice una justicia imparcial, transparente, e independiente.

Una cuarta limitación la constituye la previsión de medidas cautelares por la Administración Tributaria en los casos de existencia de riesgo para la percepción de los créditos por tributos sin la intervención del Poder Judicial. En este sentido, la comentada Reforma del Código Orgánico Tributario de noviembre 2014 faculta a la Administración Tributaria en dictar medidas cautelares sin la intervención de los jueces, lo cual implica la vulneración de Derechos Constitucionales como lo constituyen el derecho al Debido Proceso (Artículo 49 de la constitución vigente), y el Derecho a la Tutela Judicial efectiva (Artículo 26 de la constitución vigente) siendo que a partir de dicha reforma, en este procedimiento, la Administración Tributaria se constituye en juez y parte, limitando los derechos económicos de los contribuyentes como lo constituye el derecho de propiedad, pudiéndose practicar entre otras medidas cautelares: embargo preventivo de bienes muebles y derechos, retención de bienes muebles,

tar al Ejecutivo Nacional" para que proceda a modificar la alicuota del impuesto, en los límites que ella establezca".

⁵¹ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Impuesto Sobre la Renta publicado en la *Gaceta Oficial* N° 6.610 del 30 de diciembre de 2015.

⁵² Consúltase José Rafael Belisario Rincón: "El procedimiento de cobro ejecutivo previsto en Código Orgánico Tributario de 2014" en la *Reforma del Código Orgánico Tributario 2014*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT), Editorial Legis, Caracas, octubre 2015, p. 186.

⁵³ *Ídem*, p. 187.

prohibición de enajenar y gravar, suspensión de devoluciones tributarias y suspensión del disfrute de incentivos fiscales otorgados. Por tanto, se prevé en esta última reforma del COT, a diferencia de las reformas anteriores, que dichas medidas cautelares pueden ser dictadas por la propia Administración Tributaria, en contraste, con la situación anterior, que implicaba que dicho procedimiento debía tramitarse por ante los tribunales y que eran los jueces los que podían, previo el cumplimiento de los presupuestos procesales, declarar procedente o no las mismas, analizando en dicho casos el humo de buen derecho y el peligro en el retardo en la ejecución del fallo y establecer si efectivamente existía un riesgo en la percepción del tributo y sus accesorios. Con esta reforma el Código Orgánico Tributario (COT), la administración puede directamente dictar dichas medidas garantizando así la percepción del tributo y sus accesorios pudiendo no existir riesgo en la percepción de los mismos.⁵⁴

Una quinta limitación la constituye el aumento de las sanciones y el incremento de su cuantía constituyendo una violación del principio de proporcionalidad.⁵⁵

En efecto, dichas limitaciones introducen importantes cambios en la relación jurídico tributaria entre los contribuyentes y el poder tributario restringiendo los derechos económicos de los ciudadanos y facilitando la percepción de créditos por tributos o incluso su cobro ejecutivo mejorando el flujo de caja del gobierno, vulnerando los derechos de propiedad de los contribuyentes, así como el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 26 de la Constitución vigente, así como el derecho al debido proceso previsto en la constitución vigente de 1999. Muchas de estas modificaciones, sin duda, tienen por objetivo una política de carácter fiscalista para aumentar la recaudación de los tributos en detrimento de los ciudadanos o contribuyente implicando el establecimiento de una relación jurídica de carácter vertical o con excesivos poderes para una de las partes de la referida relación.

⁵⁴ Manuel Iturbe Alarcón, “Las medidas cautelares y su reforma en el Código Orgánico Tributario de 2014” en la *Reforma del Código Orgánico Tributario de 2014*. Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT), Editorial Legis, Caracas, octubre 2015, p. 207 y ss.

⁵⁵ Véase el trabajo de Nel David Espina Matute, “Apuntes sobre el principio de proporcionalidad en algunas de las sanciones previstas en el Código Orgánico Tributario” en la *Reforma del Código Orgánico Tributario de 2014*. Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT), Editorial Legis, Caracas, octubre 2015, p. 71 y ss.