LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR ANTONIO MOLES CAUBET

TOMOI

UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS

CARACAS 1981



Intorio Moles

,			- —-

LIBRO-HOMENAJE

Al Profesor

Antonio Moles Caubet

TOMO I

UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS CARACAS / 1981

UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

Dr. Carlos Alberto Moros Ghersi Rector

Dr. Angel Hernández
Vicerrector Académico

Dr. Carmelo Chillida Vicerrector Administrativo

Dr. Idelfonso Pla Sentís Secretario

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS

Dr. Luis Herrera Marcano Decano

Dra. Magdalena Salomón de Padrón Directora de la Escuela de Derecho

Dra. Maruja Delfino
Directora de la Escuela de Estudios
Políticos y Administrativos

Dra. Hanna Binstock Directora de Coordinación

Dr. Oscar Palacios Herrera Coordinador de Estudios para Graduados

Dra. Ximena Rodriguez de Canestri Jefe de la Oficina de Investigaciones

INSTITUTO DE DERECHO PUBLICO

Dr. Allan R. Brewer-Carías

INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO

Dr. Benito Sansó

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES
Y CRIMINOLOGICAS

Dr. Alberto Arteaga Sánchez

INSTITUTO DE ESTUDIOS POLITICOS

Dr. Juan Carlos Rey

MIEMBROS DEL CONSEJO
DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y POLITICAS

Dr. Luis Herrera Marcano
Dra. Magdalena Salomón de Padrón
Dra. Maruja Delfino
Dr. Ailan R. Brewer-Carías
Dr. Benito Sansó
Dr. Oscar Palacios Herrera
Dr. Juan Carlos Rey
Dr. Eleazar Martineau
Dr. Víctor Pulido Méndez
Dr. Alberto Arteaga
Dr. Enrique Lagrange
Dr. Armando Rodríguez G.
Dr. Juan de Stéfano
Dr. Aifredo Arismendi
Dra. Amarilis García de A.

Dr. Andrés Stambouli Dr. Fernando Parra Br. Diego García Br. Julio Barazarte

Dr. Orlando Tovar

Dra. Hanna Binstok H.
Secretaria del Consejo
de Facultad

PRESENTACION

El desarrollo de los estudios de derecho administrativo en nuestro país, puede decirse que comenzó con la incorporación a nuestra Facultad del profesor Antonio Moles Caubet. En la década de los cuarenta, en efecto, Venezuela contaba con un incipiente derecho administrativo: escasas sentencias emanaban de la entonces Corte Federal y de Casación, en juicios en los cuales estuviera involucrada la Administración Pública; el Estado intervenía poco en el campo económico y social, y sólo es después de la Guerra Mundial, cuando también, en Venezuela, comienza a asumir empresas, servicios y tareas económicas; y una larga tradición autocrática, había impedido la consolidación efectiva del Estado de Derecho, y la misma Junta Revolucionaria de Gobierno, en 1945, había declarado sus actos inmunes a cualquier control jurisdiccional. Ante esa realidad, sin jurisprudencia y prácticas administrativas consolidadas, la misma doctrina era casi inexistente, excepción hecha de la obra del entonces profesor de la Cátedra J. M. Hernández Ron, quien además de múltiples trabajos en revistas, había publicado su Tratado Elemental de Derecho Administrativo.

El panorama de nuestro derecho administrativo en 1947, fecha en la cual llega a nuestro país Antonio Moles Caubet, podía decirse que era francamente desolador, lo cual se reflejaba en la enseñanza de la asignatura, agravado por la jubilación del profesor Hernández Ron. En todo caso, programas universitarios calcados de indices de manuales franceses de décadas anteriores, constituían la guía de estudio.

La incorporación de Antonio Moles al personal docente de nuestra Facultad fue un hecho afortunado y coincidió con la incorporación, a la Cátedra de Derecho Administrativo, del profesor Eloy Lares Martínez, debido a la división de la misma en dos cursos. El profesor Lares asistiría en esa época al primer cursillo sobre Actos Administrativos que impartió el profesor Moles, iniciándose su influencia en el pensamiento de los profesores venezolanos.

Desde su incorporación a la Facultad, el profesor Moles asumió la dirección del Seminario de Derecho Público, y allí trabajaron con él mis profesores Tomás Polanco Alcántara y Gonzalo Pérez Luciani, quienes se iniciaron como estudiantes en el estudio de esta disciplina.

La labor del profesor Moles y de estos tres destacados profesores: Lares, Polanco y Pérez Luciani, provocó un vuelco total a la enseñanza del derecho administrativo venezolano. El profesor Moles se incorporó con mayor dedicación a la Universidad, y desde el Seminario de Derecho Público y luego, desde el Instituto, pudo irradiar una influencia más allá de sus alumnos.

En los años cincuenta, la labor intelectual de Moles daría sus primeros frutos en sus alumnos, los actuales profesores de la cátedra: Luis Torrealba Narváez, Enrique Pérez Olivares y Luis Henrique Farías Mata. A este primer grupo, deberíamos agregar a la profesora Hildegard Rondón de Sansó, quien también fue alumna del profesor Moles en un seminario de la Facultad; y al profesor Juan D'Stéfano su colaborador, siempre, en el Seminario de Derecho Público y luego en el Instituto. El profesor Moles dejó la enseñanza cotidiana a finales de los años cincuenta, y en las dos décadas siguientes continuó su labor de investigación y difusión del derecho administrativo, del derecho constitucional, del derecho internacional público y del derecho financiero desde el Instituto de Derecho Público.

Tuve el privilegio de ingresar al Instituto de Derecho Público en 1960, siendo estudiante, como auxiliar de investigación, y a la cátedra en 1963, y tuve la suerte de poder acompañar al profesor Moles, como Jefe de la Sección de Derecho Administrativo, desde mitades de los años sesenta, después de haber sido el tutor de mi tesis doctoral, y permanecer vinculado al Instituto hasta la actualidad. He sido así testigo directo de la labor de Moles en la transformación del derecho administrativo y en el desarrollo de las facetas especiales de esta disciplina de mayor interés contemporáneo, como son el derecho municipal y el derecho urbanístico.

Desde el Instituto, Moles ha influenciado a casi todos los profesores de Derecho Administrativo miembros de nuestra Cátedra, quienes aun cuando no fueron sus alumnos, trabajaron en alguna forma vinculados al Instituto: Ezra Mizrachi. Manuel Rachadell, Nelson Socorro, Magdalena Salomón de Padrón, Judith Rieber de Bentata, Nelson Rodríguez García, Jesús Caballero Ortiz, Armando Rodríguez García, Ana Elvira Araujo García, Gustavo Urdaneta, Ana María Ruggeri de Rodríguez, Salvano Briceño y Cecilia Sosa. El Profesor Henrique Meier, de la Universidad Católica Andrés Bello también estuvo vinculado al Instituto como auxiliar.

La labor de formación que ha desarrollado el Instituto, por supuesto, bajo la dirección del Profesor Moles, abarcó, además del Derecho Administrativo, el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional Público y el Derecho Financiero.

PRESENTACION 7

En cuanto a la Cátedra de Derecho Constitucional, el profesor José Guillermo Andueza elaboró su tesis doctoral en el Instituto y los profesores Orlando Tovar Tamayo y Alfredo Arismendi han estado vinculados al mismo desde inicios de los años sesenta. Por lo que respecta a la Cátedra de Derecho Internacional Público, los profesores Boris Bunimov Parra, Gonzalo García Bustillos, Luis Herrera Marcano y Emilio Figueredo trabajaron como ayudantes en el Instituto, y los profesores Gustavo González Erazo y Fermín Toro elaboraron sus tesis de grado en el mismo. Finalmente, en cuanto a la Cátedra de Finanzas Públicas, los profesores: Jaime Parra Pérez, Manuel Rachadell y Leopoldo Ustáriz trabajaron como auxiliares en el Instituto, y el profesor Florencio Contreras Quintero elaboró su tesis en el mismo.

Casi todos los citados, discípulos directos o indirectos de Moles, forman buena parte de los colaboradores de este volumen. No dudo en interpretar el sentir de ellos, y de todos los demás, que por una razón u otra no pudieron estar presentes en este Libro Homenaje, al estimar que esta obra es el mejor reconocimiento a la labor de Moles en Venezuela, país que hizo suyo y donde se le quiere y respeta.

En cuanto a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, cuyo Consejo decidió la preparación de este libro, su edición constituye el reconocimiento a la extraordinaria labor del profesor Moles en el campo del Derecho Público venezolano, y como Director-Fundador del Instituto de Derecho Público, desde 1947 hasta su jubilación en 1979.

ALLAN R. BEWER-CARÍAS

.

CURRICULUM VITAE ACADEMICO DEL PROFESOR DOCTOR ANTONIO MOLES CAUBET

- Nacido en Puigcerdá (Gerona), España, el 8 de octubre de 1900.
- Estudios secundarios en los institutos de Palma de Mallorca y Alicante.
- Licenciatura y doctorado en Derecho en las Universidades de Valladolid y Central de Madrid.
- Cursos de Ampliación en la Universidad de París (Facultad de Derecho y de Letras) y Colegios de Francia.

I. Labor docente y de investigación

- Profesor agregado de la Universidad Autónoma de Barcelona, de cuyo Patronato Directivo fue Secretario adjunto (1932-1938).
- Profesor adscrito a l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Toulouse (Director, Decano Jacques Maury), 1939-1940.
- --- Profesor de la Universidad Nacional de Panamá (1941-1944, 1945 y 1947).
- Profesor de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Morelia. México (1944-1945).
- -- Profesor de la Universidad Interamericana de Panamá -- creada por Convenio Internacional--, de cuyo Instituto de Derecho Internacional y Comparado fue Director (1946-1947).
- Profesor titular de la Universidad Central de Venezuela (1947-1978).

II.. Actividades universitarias

- Director fundador del Instituto de Derecho Público.
- --- Miembro fundador del Consejo de Investigaciones Científicas y Humanísticas de la Universidad Central de Venezuela, en el que actúa durante ocho años.
- Miembro de la Comisión Organizadora de los Estudios de Doctorado de la Facultad de Derecho y de su Consejo Directivo.

10 CURRICULUM

III. Asesorias gubernamentales

- Miembro de la Comisión de Códigos de la República de Panamá (Codificación Administrativa).
- -- Asesorías en Venezuela (Ministerios de Justicia, Obras Públicas y Desarrollo Urbano).

Distinciones:

- Doctor *Honoris causa* en Ciencias Políticas por la Universidad Central de Venezuela (4 de julio de 1956).
- Orden Universitaria José María Vargas en su Primera Clase (28 junio, 1966).
- Orden 27 de Junio en su Primera Clase (28 de junio de 1968).
- -- Orden del Libertador (7 de septiembre de 1964).
- Orden Andrés Bello en la Primera Clase (Banda).
- -- Orden Francisco de Miranda en la Primera Clase (Banda).
- Miembro numerario de la "Société de Législation Comparée" (Paris).
- Profesor de la "Faculté Internationale pour l'Enseignemment du Droit Comparée" (Strasbourg).

PUBLICACIONES

- -- "Le Contentieux de la Légalité des Actes Administratifs", publicado en: Revue Internationale de Droit Comparé. París, julio-septiembre 1952, Nº 3, pp. 611 a 615.
- -- "La progresión del Derecho Administrativo", en: Revista de la Facultad de Derecho, Nº 3. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1955, pp. 17-38.
 - "La personalidad jurídica del Estado", en: Revista de la Facultad de Derecho, Nº 8, Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1956, pp. 21-55.
 - "Estado y Derecho. Configuración Jurídica del Estado", en: Studia Iurídica, Nº 1. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1957, pp. 257-338. (Reeditado por la Universidad Católica Andrés Bello, y la Escuela de Administración Pública).
- "Nación y Particularismo", en: Studia Iurídica. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1958, Nº 2, pp. 387-405.
- "La organización del Registro Inmobiliario en Venezuela", en: Revista de la Facultad de Derecho. Nº 16. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1958, pp. 256-291.

LIBRO-HOMENAJE 11

— "El arbitraje en la contratación administrativa", en: Revista de la Facultad de Derecho, Nº 20. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1960, pp. 9-34.

- Lecciones de Derecho Administrativo. Editorial Mohimgo. Caracas, 1963. (Varias reediciones).
- Los límites de la autonomía municipal", en: Revista de la Facultad de Derecho, Nº 26. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1963, pp. 9-34.
- "El Concepto de Autonomía Universitaria". Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal y Estado Miranda, Nº 140. Caracas, 1971, pp. 11-36.
- "El Principio de Legalidad y sus Implicaciones". Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Nº 3, UCV, Caracas, 1974, p. 80. El contenido de este trabajo fue publicado en dos partes en: Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, 1970-1971. Vol. II, Ediciones del Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1972, pp. 137-173; y "El Principio de la Legalidad y sus implicaciones", cn: Revista de la Facultad de Derecho, Nos. 50 y 51. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1971 y 1972, pp. 67-100; y pp. 85 a 124, respectivamente.
- ---- "Vicisitudes del procedimiento administrativo en Venezuela", en: Revista Internacional de Ciencias Administrativas, Nº 3, Bruselas, 1972, pp. 270-276.
- Dogmática de los Decretos-Lejes. Curso de Ampliación de Estudios en Derecho Público, Lección Inaugural. Curso 1974, Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1974, 26 p.
- "El Control contencioso-administrativo", en el libro: El control de los Poderes Públicos en Venezuela. Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1979.
- -- "Irrecurribilidad en vía contencioso-administrativa de las decisiones emitidas por las comisiones tripartitas creadas por la Ley Contra Despidos Injustificados", en: Revista de Derecho Público, Nº 2. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1980, pp. 184-188.
- -- "El sistema contencioso-administrativo venezolano en el Derecho Comparado", en el libro de Antonio Moles C. y otros, *Contencioso-administrativo en Venezuela*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1981, pp. 7-31.
- "Planificación y zonificación en el Area Metropolitana de Caracas", en: Revista de Derecho Público, Nº 5, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1981, pp. 27-36.
- "Introducción al Procedimiento Administrativo", en el libro: Los Procedimientos Administrativos en la Ley Venezolana. Editorial Jurídica Venezolana (en prensa).

12 CURRICULUM

Prólogos

— Prólogo al libro de Luis Torrealba Narváez: Aspectos Jurídicos del Urbanismo en Venezuela. Fondo Editorial Común. Caracas, 1970.

- Prólogo al libro de Hildegard Rondón de Sansó: El sistema contenciosoadministrativo en la Carrera Administrativa. Ediciones Magón. Caracas, 1970.
- Prólogo al libro de Allan-R. Brewer-Carías: Aspectos Institucionales del Transporte y Tránsito en el Area Metropolitana de Caracas. Fondo Editorial Común, Caracas, 1971.
- Prólogo al libro de Isidro Morales Paúl: Derecho Internacional Económico. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1980.

COLABORADORES

- Germán Acedo Payares. Profesor de Legislación Minera en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.
- Ana Elvira Araujo. Profesora de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Adscrita al Instituto de Derecho Público.
- Alfredo Arismendi. Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Adscrito al Instituto de Derecho Público.
- Allan-R. Brewer-Carias. Director del Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Profesor de Derecho Administrativo y de Fundamentos de la Administración Pública en la misma Facultad.
- Salvano Briceño Matute. Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.
- Jesús Caballero Ortiz. Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Adscrito al Instituto de Derecho Público.
- Rafael Caldera. Profesor Honorario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.
- Luis R. Casado Hidalgo. Profesor de Finanzas Públicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.
- Román J. Duque Corredor. Profesor de Legislación Minera en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.
- Luis H. Farias Mata. Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.
- Guillermo Fariñas. Profesor de Finanzas Públicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.
- Eloy Lares Martinez. Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.
- Ilans Joachim Leu. Profesor de Derecho Internacional Público en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

14 COLABORADORES

Antonio Linares. Profesor de Derecho Internacional Público en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Adscrito al Instituto de Desecho Público.

- Isidro Morales Paúl. Profesor de los Cursos de Doctorado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Adscrito al Instituto de Derecho Público.
- Jesús Noguera Mora. Profesor de Legislación Minera en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.
- Tomás Polanco Alcántara. Profesor jubilado de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.
- Manuel Rachadell. Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.
- Judith Rieber de Bentata. Profesora de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Adscrita al Instituto de Derecho Público.
- Hildegard Rondón de Sansó. Profesora de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.
- Magdalena Salomón de Padrón. Profesora de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Adscrita al Instituto de Derecho Público.
- Efraín Schacht Aristiguieta. Profesor jubilado de Derecho Internacional Público en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.
- Edu. Irdo Carlos Schaposnik. Profesor de Derecho de la Integración, adscrito a la Sección de Integración del Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.
- Gustavo Tarre Briceño. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Católica Andrés Bello y de Teoría Política en la Universidad Simón Bolívar.
- Luis Torrealba Narváez. Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.
- Leopoldo Ustáriz. Profesor de Finanzas Públicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.
- Juan Mario Vacchino. Profesor de Teoría de la Integración Económica, adscrito a la Sección de Integración del Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

DERECHO CONSTITUCIONAL



EL REGIMEN PRESIDENCIAL EN LA CONSTITUCION VENEZOLANA

RAFAEL CALDERA

Dos años duró la elaboración de la Carta Fundamental vigente en Venezuela. Una de las primeras decisiones del Congreso instalado el 19 de enero de 1959, fue la de designar una Comisión Bicameral encargada de redactar la nueva Constitución. Esta comisión fue presidida por los Presidentes de ambas Cámaras: el doctor Raúl Leoni, como Presidente del Senado, y el suscrito, como Presidente de la Cámara de Diputados. La Comisión trabajó sin demora, pero también sin precipitaciones. Estaba vigente el ordenamiento constitucional puesto en vigor por la dictadura en 1953; y, si bien, por su origen era írrito y por su contenido inconveniente, lo cierto es que para iniciar el nuevo experimento político no dejaba de presentar muchas ventajas. La Comisión Bicameral pudo realizar su trabajo, en consecuencia, mediante un análisis sereno de la realidad nacional, de la historia, de la experiencia política en la cual muchos de los redactores del proyecto habían sido actores, y de la necesidad de conjugar un claro ideal democrático, de vocación decididamente social, con la experiencia que indispensablemente debía guiarnos para evitar la recaída que tanto se temía y cuya referencia no era escasa en voces agoreras.

Como es lógico suponer, uno de los primeros aspectos que se consideraron, tanto de manera extraoficial en las numerosas conversaciones celebradas, como en las reuniones de la Comisión, fue el del régimen que debía dársele a Venezuela. No hubo vacilación en que el

18 RAFAEL CALDERA

Estado debía seguir, conforme a la tradición hemisférica y a las necesidades del país, con un gobierno presidencial. Un Presidente, con una autoridad sólida, con clara responsabilidad ante la Nación y seriamente controlado por los otros órganos del poder público: un Congreso que no sólo legislara sino que controlara y un Poder Judicial fortalecido en su origen y funcionamiento. No puede negarse que de todas las constituciones que ha tenido Venezuela, es la de 1961 la que le ha dado a las Cámaras Legislativas mayores atribuciones en materia de control de los actos del Ejecutivo; por otra parte, el artículo 211, a proposición mía, declaró expresamente a la Corte Suprema de Justicia como el más alto tribunal de la República y proclamó que "contra sus decisiones no se oirá ni admitirá recurso alguno".

El régimen parlamentario de gobierno es una institución nacida en Europa, por lo general en Estados monárquicos, en los cuales la conservación de la figura del rey se acompañó con la atribución del gobierno al Parlamento elegido por el pueblo. Los países que abolieron la monarquía y adoptaron el régimen republicano hicieron del Presidente de la República una especie de Rey parlamentario, de Jefe de Estado con atribuciones más formales que reales, pero elegido por tiempo limitado, a la inversa de los monarcas que ejercen su papel por herencia y en forma vitalicia. Al contrario, en América, tanto del Norte como del Sur, el Presidente de la República es elegido por el pueblo. En la mayoría de los países esa elección es directa mediante el sufragio universal (me refiero, por supuesto, a aquellos países que conservan un régimen constitucional). En consecuencia, el Presidente de la República no sólo es el Jefe del Estado, sino también el Jefe del Gobierno y esta atribución pone sobre sus hombros una responsabilidad muy directa. El artículo 181 de la Constitución vigente establece, en consecuencia: "El Presidente de la República es el Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional".

En más de una ocasión he formulado la observación de que el sistema de representación proporcional que da a las minorías una participación activa en los cuerpos deliberantes, en la práctica no facilita la marcha del sistema parlamentario, que requiere una mayoría estable en el Parlamento para gobernar. Por ello, la Gran Bretaña no ha querido incorporar dicho sistema de representación proporcional: tiene un régimen de mayoría y minoría, que permite a la fuerza política que esté en el Gobierno, así haya obtenido su triunfo por un número pequeño de votos, el ejercicio de la autoridad y el desarrollo de su programa. En cambio, en donde existe la representación proporcional, el

Parlamento tiende a representar un número ciertamente alto de parcialidades políticas, que reflejan diversas corrientes y sustentan diversos intereses. Los partidos más importantes, raras veces alcanzan la mayoría absoluta: obtienen una mayoría relativa, una primera pluralidad, que les da el derecho a gobernar, pero necesitan realizar negociaciones laboriosas para estructurar gobiernos con apoyo mayoritario en el Parlamento, lo que muchas veces impone la renuncia al cumplimiento de programas específicos, según los planteamientos que los aliados hagan y que, en general, revisten una cierta inestabilidad, que hace que cada vez que se constituya un nuevo gobierno se empiece a pensar en las negociaciones que tienen que cumplirse para el que le va a suceder. Algunos países, como Alemania, han establecido trabas específicas para impedir la frecuencia de los votos de censura, que en otros lugares hacen caer Ministerios con frecuencia como los que se vieron en Francia antes de la V República o como los que se suceden en Italia, donde la larga duración de un gobierno es considerado un hecho casi milagroso. También la Constitución española ha establecido que para que prospere un voto de censura que determine la caída de un gobierno hay que presentar la fórmula que debe sucederle, lo que constituye un freno a esta operación, de la que tanto se ha abusado en muchos gobiernos parlamentarios.

En América Latina, el sistema parlamentario de gobierno no ha tenido casi realización y muy poca fortuna. Nuestros pueblos no están acostumbrados a una especie de bicefalía que se produciría si al Presidente de la República, electo directamente por la voluntad popular después de una intensa campaña electoral, lo acompañara un Primer Ministro-Jefe del Gobierno, cuya fuerza derivara del Parlamento, lo que establecería en cierto modo una dualidad en cuanto al mecanismo trasmisor de la voluntad del pueblo, que es siempre la fuente del poder. En el Brasil se estableció el sistema parlamentario en la época del Imperio, pero después, en la República, sólo —que yo sepa— se introdujo a raíz de la renuncia del Presidente Janio Quadros, como una condición de hecho impuesta para poder aceptar la toma de posesión del Vicepresidente João Goulart. Goulart aceptó esta condición, asumió como Jefe del Estado con gobierno parlamentario, pero en cuanto se sintió medianamente fuerte emprendió una nueva modificación del régimen constitucional para volver al sistema presidencialista. Y si todo culminó en un fracaso, no fue por la institución misma, sino por los graves errores políticos que dieron al traste con el sistema democrático en aquel importante país hermano.

RAFAEL CALDERA

En Venezuela se ha estado hablando últimamente, por algunas voces, en forma esporádica, de la conveniencia del sistema parlamentario. Se ha invocado la experiencia del sistema gaullista en la República Francesa. No hay que olvidar que el General De Gaulle asumió el poder en momentos de una grave perturbación política, pero con sistema de gobierno parlamentario. Fue llamado a la Presidencia del Consejo de Ministros después del golpe de los paracaidistas y ratificado con el voto unánime de la Asamblea; pero una vez que pudo ejercer influencia decisiva para la modificación de las estructuras políticas, asumió la Presidencia de la República por el voto directo del pueblo e introdujo limitaciones al sistema parlamentario, pero conservándolo, por estimar que Francia no aceptaría en forma definitiva otra solución; es decir, por creer que si hubiera impuesto al régimen presidencial de acuerdo con el sistema americano, difícilmente habría sobrevivido el experimento a la existencia de su iniciador y propulsor.

De acuerdo con los principios expuestos, el Presidente de la República tiene atribuciones muy amplias en el texto constitucional. La primera de ellas, contenida en el ordinal 1º, del artículo 190, es la de hacer cumplir la Constitución y las leyes. De inmediato, los dos ordinales siguientes le atribuyen la facultad de nombrar y remover los Ministros y la de ejercer, en su carácter de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas Nacionales, la suprema autoridad jerárquica de las mismas.

Al final del artículo citado (190), se establece que los actos del Presidente los ejercerá por medio del Ministro o Ministros respectivos, quienes deben refrendarlos para su validez, y que algunas atribuciones deberá ejercerlas en Consejo de Ministros, pero que las referidas atribuciones contenidas en los ordinales 2º y 3º del artículo 190, no necesitan el refrendo de los respectivos Ministros: la del ordinal 2º, porque es evidente que el nombramiento de los Ministros es acto personal del Presidente; la del ordinal 3º, porque la primacía del Poder Civil y la experiencia de algunos momentos dolorosos en la historia de nuestra República, piden fortalecer ese papel que atribuye al Jefe del Estado de ser el Comandante en Jefe y como tal, la suprema autoridad jerárquica, de las Fuerzas Armadas Nacionales.

No se requiere la aprobación del órgano legislativo para el nombramiento de los Ministros. Esta intervención, o concretamente, la autorización del Senado, es exigida para el nombramiento del Procurador General de la República, de los Embajadores y Jefes de Misiones permanentes y para el ascenso de los oficiales de las Fuerzas Armadas desde Coronel o Capitán de Navío. El Senado tiene también intervención en algunos actos del Presidente, entre ellos para autorizar su salida del territorio nacional; y dentro de su propia función como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas Nacionales, también interviene el Senado para autorizar el empleo de misiones militares venezolanas en el exterior o extranjeras en el país.

Repito, el nombramiento de los Ministros del Despacho ejecutivo no requiere ninguna intervención legislativa. Más aún, el senador o diputado que sea nombrado Ministro del Despacho, así como también Embajador o Presidente de Instituto Autónomo, ha de separarse de la Cámara respectiva. La formalidad del permiso, generalmente se adopta después de que el funcionario ha sido nombrado y aun a veces, después de que ha tomado posesión. Una cierta concesión al régimen parlamentario existe, no obstante, en lo relativo al voto de censura. La Cámara de Diputados, de acuerdo con el artículo 153, de la Constitución, ordinal 2º, puede dar voto de censura a los Ministros. Este voto de censura, sin embargo, está confinado a parámetros muy limitados. La Constitución dice: "La moción de censura sólo podrá ser discutida dos días después de presentada a la Cámara, la cual podrá decidir, por las dos terceras partes de los diputados presentes, que el voto de censura acarrea la remoción del Ministro. Podrá, además, ordenar su enjuiciamiento". Se requiere, como se ve, una mayoría muy calificada para que el voto de censura pueda surtir el efecto de la destitución del Ministro censurado, lo que será en general muy difícil de obtener.

El sistema presidencialista establecido en Venezuela se refleja extensamente en el antes mencionado artículo 190 de la Constitución. Al Presidente le compete dirigir las relaciones exteriores de la República y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales, si bien éstos han de ser autorizados por el Congreso, ya mediante una ley, o ya mediante acuerdo del Senado, según el caso de que se trate. Le compete declarar el estado de emergencia y decretar la restricción o suspensión de garantías, pendiente de la ratificación del órgano legislativo, de acuerdo con los lapsos y condiciones que la misma Constitución establece. Puede convocar al Congreso a sesiones extraordinarias. Tiene una amplia función al reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito o razón; puede decretar, en casos de urgencia comprobada (antes podía hacerlo en forma ilimitada), durante el receso del Congreso, la creación y dotación de nuevos servicios públicos o la modificación o supresión de los

22 RAFAEL CALDERA

existentes, previa autorización de la Comisión Delegada; le compete la iniciativa en los actos administrativos, la negociación de los empréstitos y la autorización de los gastos. Una disposición importante dentro del régimen presidencialista venezolano, para evitar los abusos que en algunos lugares se cometen al autorizar gastos no programados, es la de reservar a la iniciativa del Gobierno la limitación en el gasto fiscal. El Congreso puede modificar el Presupuesto y alterar las partidas, pero no autorizar gastos que excedan al monto de las estimaciones de ingresos hechas por el Gobierno; y fuera de las erogaciones previstas en el Presupuesto no puede hacerse ninguna otra sino en forma de créditos adicionales, cuya iniciativa ha de partir del Presidente, con el voto favorable del Consejo de Ministros, para solicitar la autorización de las Cámaras reunidas en sesión conjunta (artículos 228 y 227 de la Constitución).

Una amplia atribución que ejerce el Presidente de Venezuela es la de conceder indultos. La interpretación constante sostiene que esta atribución no puede sujetarse a límites. El Presidente puede indultar a cualquier procesado, en cualquier estado del juicio, y sin que tenga que justificar su determinación.

Pero, por otra parte, el Presidente de la República es responsable de sus actos de acuerdo con la Constitución y las leyes, no solamente por traición a la patria y delitos comunes —como algunas constituciones establecían, considerándolo más como Jefe de Estado que como Jefe de Gobierno—, sino por todos los actos que le sean imputables.

Por otra parte, la responsabilidad del Presidente se traduce en la presentación de un mensaje anual, que no es un documento como los llamados "Mensajes del Trono", indicando la política que la mayoría parlamentaria va a seguir, sino que constituye fundamentalmente una rendición de cuentas ante los titulares de la soberanía nacional. Los Ministros acompañan al Presidente en el acto de presentación del Mensaje y consignan ante la Presidencia del Congreso sus Memorias correspondientes al año a que se refiere el Mensaje, que deben servir de base para el examen por el Parlamento de los actos de la Administración.

La Constitución de 1961 prevé la atribución al Presidente de "dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ello por ley especial" (inciso 8º del artículo 190). La lectura de esta disposición define claramente sus límites. Se trata de una atribución que puede conferirse por ley y que debe reducirse a materias económicas

y financieras. Se ha interpretado esta norma, en algunos casos, en un sentido que me ofrece serias dudas: se ha pretendido convertir esta autorización para dictar medidas extraordinarias en una delegación de la potestad legislativa del Congreso y en ejercicio de ella se ha modificado en forma permanente una serie de leyes, siendo así que la atribución es por un tiempo limitado. A mi entender, a lo que la Constitución autoriza es a que el Presidente dicte por decreto o por otros actos ejecutivos medidas extraordinarias que pueden estar por encima del texto mismo de la ley, pero al concluir el lapso de las facultades extraordinarias, la situación vuelve a quedar en plena normalidad y si se quiere modificar las leyes tiene que seguirse el procedimiento pautado para el órgano legislativo por la Carta Fundamental de la República.

En el año 1958, después del 23 de enero, hubo un movimiento de opinión para que se estableciera un ejecutivo colegiado, compuesto de cinco personas, que de hecho serían: el Contralmirante que presidía la Junta de Gobierno, los líderes de los tres principales partidos políticos y un representante de los sectores económicos, con carácter de independiente. Esta opinión tomó cierto calor, y se llegó a invocar el precedente del Uruguay, para entonces "la Suiza de América del Sur". Lo cierto era que el Uruguay estaba en camino de abandonar este sistema para establecer la presidencia unipersonal. Yo opiné entonces, en forma categórica, que el país necesitaba una cabeza visible en el gobierno, que asumiera la responsabilidad de dirigir la marcha de los asuntos políticos y administrativos del Estado, y que pudiera enfrentar las situaciones que lógicamente habrían de surgir después de la transición. La experiencia histórica ha demostrado que este criterio era justo. El Ejecutivo colegiado habría traído graves trastornos. Asimismo, tengo la profunda convicción de que dividir las atribuciones que actualmente competen al Presidente de la República, para limitarlo a las funciones de Jefe de Estado y designar un Jefe de Gobierno, aprobado por el Parlamento, traería más inconvenientes que ventajas y se mostraría inarmónico con la manera de ser y la tradición de nuestro país.

El régimen de gobierno en Venezuela, como en los demás países de América, reposa sobre un Presidente, que a la vez que con carácter honorífico es Jefe del Estado, tiene la plena atribución de dirigir el Gobierno y la Administración y de responder por ellos ante el pueblo que lo eligió. Que se pongan controles y límites a su actuación, corresponde al mejor pensamiento bolivariano: un Ejecutivo fuerte, un Legislativo fuerte y una Administración de Justicia fuerte. El Legislativo,

24 RAFAEL CALDERA

para hacer las leyes y controlar la acción del Ejecutivo; el Judicial para asegurar la aplicación de las leyes y evitar la impunidad en las infracciones. Pero el Ejecutivo en unas solas manos, escogidas por el pueblo. Esta fue la orientación seguida por el Constituyente de 1961. Cada cinco años, la comunidad nacional decide quién ha de gobernarla. Y en los hombros del Presidente coloca la tarea de dirigir la marcha del país.

TEORIA DEL ORGANO Y ORGANO REPRESENTATIVO

GUSTAVO TARRE BRICEÑO

Del estudio y del análisis de las personas colectivas en general, el autor alemán Otto Gierke produjo la teoría del órgano.¹ Esta teoría fue desarrollada en Alemania principalmente por Georg Jellinek² y Paul Labaud³ y en Francia por León Michoud, Raymond Carré de Malberg, Nicolas Saripolos y Bigne de Villeneuve.⁴

Todas las teorías del órgano tienen el siguiente punto de partida: dado que las personas colectivas no tienen la posibilidad de expresar voluntad, se hace necesario que una o varias personas naturales sean autorizadas a hacerlo por ellas.

Una colectividad se vuelve persona jurídica cuando se ve constituida y organizada de manera tal que se asegura en ella unidad de voluntad, de poder y de actividad. La unidad de voluntad se produce en el momento en el que la colectividad está organizada de manera a producir formalmente una voluntad colectiva. Esta organización viene dada por su constitución, que determina cuáles serían las personas encargadas de querer por la colectividad. Estas personas son los órganos, sea individualmente, sea como cuerpos. Su voluntad será la voluntad legal de la colectividad. Sus actos presentan un aspecto doble: "En

^{1.} System der Subjectiven offentl. Recht.

^{2.} Algemeine Staatlebre, traducida al español como Teoria General del Estado, y al francés como L'Etat Moderne et son droit.

^{3.} Le Droit Public de l'Empire Allemand.

^{4.} Michoud, León: Théorie de la pers me lité morale. Carré de Malberg, Raymond; Contribution à la théorie générale de l'Etat. Saripolos, Nicolas: La démocratie et l'élection moportionnelle.

^{5.} Carré de Malberg, Raymond: op. cit., pp. 285 y 286, T. II.

GUSTAVO TARRE BRICEÑO

el mundo físico, son actos de voluntad de individuos; en el mundo jurídico, son meramente actos de voluntad de la comunidad".6

Del análisis que terminamos de hacer, resulta que en el terreno de las ciencias sociales la palabra órgano se desprende de todo contenido biológico para volver a su sentido etimológico: órgano equivale a instrumento o medio activo a través del cual la persona colectiva quiere, actúa y entra en relación con otros sujetos de derecho.⁷ Los órganos del Estado, nos recuerda Hauriou, están unidos a la persona moral, no como lo están los órganos del cuerpo físico al cuerpo, sino por intermedio de representaciones mentales, por la idea que ellos se hacen de los objetivos del Estado.⁸

La primera pregunta que puede formularse se refiere al carácter de la voluntad expresada por el órgano.

Para Gierke, y para la escuela sociológica alemana, el órgano se limita a expresar una voluntad colectiva e inmanente en la persona moral. Es decir, que hay una voluntad preexistente. Jellinek y Carré de Malberg consideran que esta afirmación no está demostrada. Carré de Malberg dice que el órgano conduce a la unidad de voluntades "divergentes, inciertas y oscuras". Michoud nos recuerda que el órgano forma la voluntad colectiva. Nada prueba que exista de manera latente. La constanta de manera latente.

Una segunda pregunta podría ser: ¿Cuál es la personalidad del órgano? Michoud contesta que "el individuo órgano no tiene, como tal, personalidad propia. Esta personalidad se absorbe en el ser colectivo, quien sólo es titular de los derechos para cuyo ejercicio se requiere la intermediación del órgano. En consecuencia, el órgano sólo tiene una competencia, un poder ejercido por él por cuenta de la colectividad, no tiene derecho propio ni poder propio". Para ello es necesario distinguir entre los órganos y los hombres que desempeñan la función. Pues no hay distinción entre el órgano y la persona colectiva. Esta sólo existe por medio del órgano, desaparecido el órgano nada queda.

^{6.} Jellinek, Georg: op. cn., p. 30, citado por Carré de Malberg, Raymond: op. cit., p. 296 del T. II.

^{7.} Xifra Heras, Jorge: Tratado de Derecho Constitucional, Tomo II, p. 107.

^{8.} Hauriou, Maurice: Précis de droit constitutionnel, p. 211.

^{9.} Vid. Roels, Jean: La notion de représentation chez Carré de Malberg, p. 136; Jellinek, Georg: op. cit., y Sariori, Giovanni: A teoria da Representação no estado representativo moderno, pp. 58 y ss.

¹⁰ Roels, Jean: *οp. cit.*, pp. 136 y ss.

^{11.} Michoud, León: Théorie de la personnalité morale.

^{12.} Michoud, León: op. cit., citado por Gidel, Gilbert: Le régime représentatif, p. 189.

Parece innecesario insistir en relación a la importancia de esta teoría aplicada a la persona colectiva Estado. "De la mera naturaleza del Estado —dice Jellinek—, unidad, grupo organizado, se desprende necesariamente la existencia de órganos del Estado. Un Estado sin órganos es una concepción irrealizable, sinónimo de anarquía, una contradictio in objeto.¹³ De allí que Gierke pudiese decir que: "el derecho constitucional tiene por objeto el establecer las condiciones mediante las cuales un acto de voluntad consumado por ciertos individuos debe ser considerado no como una simple manifestación de la actividad de esos individuos, sino como una manifestación de la vida del ser colectivo de quien son órganos".¹⁴

En resumen, llegamos a la constatación que formando los órganos una unidad con el Estado, la personalidad de los individuos que ejercen las funciones se encuentra fundida en el Estado del que son instrumentos. Esta personalidad existe sólo en la medida en que no actúen como órganos. Ello porque el poder ejercido no es de los individuos sino del Estado. Por otra parte, los diputados no son órganos, es la cámara, actuando por mayoría, quien reúne esta cualidad. Las personas físicas, como tales, no disponen de ningún poder, se limitan a querer en nombre del Estado y solamente cuando están autorizadas por la Constitución y es el Texto Fundamental el que hace que esta voluntad sea tomada como voluntad del Estado. Consecuencialmente, las competencias políticas del órgano no podrían nunca ser tomadas como derechos pertenecientes a la persona que desempeña la función. Pero un individuo puede tener derecho a ocupar la posición de órgano. Es el caso de los reyes o de los presidentes, una vez elegidos. 15

Vemos, en consecuencia, que la teoría del órgano se convierte, por así decirlo, en indispensable para quien estudia y trata de comprender la organización jurídica del Estado. Pero allí no queda limitado su papel, pues, como lo recuerda Giovanni Sartori, la teoría del órgano permite a las doctrinas francesas y alemanas del Derecho Público, evitar obstáculos que habían encontrado a la hora de explicar el problema de la representación. Gracias a la teoría del órgano, la doctrina francesa puede mantener el principio de la Nación y consecuencialmente, el de la soberanía nacional. Carré de Malberg dice: "puesto

^{13.} L'Etat moderne et son droit, T. II p., 225.

^{14.} Gierke, Otto von: Théories des personnes morales, citado por Gidel, Gilbert: op. cit., p. 189.

^{15.} Vid. Burdeau, Georges. Traité de Science Politique, T. IV, pp. 168-175, y Jellinek, Georg: op. cit., T. II, pp. 248-255.

^{16.} Op. cit., p. 159.

GUSTAVO TARRE BRICEÑO

que el representante representa al representado, la representación supone una persona representable". Ton la teoría del órgano, los representantes no representan a la Nación, son sus órganos. El Parlamento es uno de los órganos que permite a la Nación expresar voluntad. De allí que la autoridad del órgano sea la de la propia Nación.

En cuanto a la doctrina alemana, la Nación no se identifica con el Estado. El Estado no puede concebirse sin la Nación, pero ésta es sólo parte de aquél. Los conceptos de Nación y de representación, entendida como delegación de poder del pueblo soberano, no son alemanes, fueron importados de Francia. Germánico es el principio de la Fursten-souveranitat —soberanía del príncipe—. El pueblo alemán no tiene una personalidad distinta a la del imperio.

Estos dos problemas: representación y soberanía del príncipe, se ven resueltos por la teoría del órgano. Según Laband,¹8 desde el punto de vista jurídico —no político—, los miembros del Reichstag no representan a nadie. Sus atribuciones no provienen de un sujeto de derecho sino de la Constitución. La posición jurídica del Parlamento es tan autónoma como la del Emperador. Ambos órganos se diferencian en lo relativo al proceso de designación. El nombramiento del Káiser es independiente de toda voluntad humana, mientras que los representantes se ven designados por actos individuales de voluntad de los ciudadanos.

En resumidas cuentas, dice el profesor Burdeau, "de la legalidad y de la legitimidad con que han sido investidos por la Constitución, los gobernantes obtienen la autoridad que los caracteriza y que sólo pertenece a ellos. Esta autoridad brinda a sus decisiones el valor jurídico de decisiones estatales; sus actos tendrán por consecuencia el comprometer al Estado; podrán exigir en su nombre el sometimiento de los gobernados y utilizar para este fin el poder del Estado. Es precisamente para explicar esta situación, creada por la Constitución en beneficio de los gobernantes, que fue elaborada la teoría del órgano estatal". 19

El hecho de que nadie niegue la utilidad de la teoría del órgano no permite afirmar que carezca de críticas.

^{17.} Contribution à la théorie générale . Etat, T. II, p. 229.

^{18.} Laband, Paul: Il Diritto Publico deil' Impero Germanico, traducción italiana citada por Sartori, Giovanni: op. cit., p. 60.

^{19.} Traité de Science Politique, T. IV, p. 160.

La teoría que examinamos afirma que los órganos han sido creados por la Constitución. Esta, a su vez, emana del órgano constituyente. Pero lo que no queda claro es el origen del órgano constituyente, pues la teoría del órgano encuentra su fundamento en el hecho de que la voluntad existe sólo cuando la Nación se encuentra organizada. Entonces: ¿de dónde surge la voluntad de crear el órgano constituyente?²⁰ Para crear el órgano, ya hace falta una voluntad.

Principal sostén de esta crítica fue el decano León Duguit, quien decía: "Aceptemos que los órganos derivan directamente de la Constitución. Esta Constitución dimana del Estado, es una manifestación de la voluntad del Estado; ahora bien, para expresar su voluntad, el Estado —persona colectiva— requiere de por lo menos un órgano". En consecuencia, los órganos que se originan directamente de la organización constitutiva del Estado "son creados por el órgano estatal competente para hacer la Constitución. Pero, el propio órgano constituyente, ¿de dónde viene?".²¹

El problema reside en encontrar el primer órgano de creación.

La primera respuesta a esta crítica viene dada por Michoud, quien polemizando afirma: "El señor Duguit dice: para crear el órgano no hace falta una voluntad previa... el reparo no tiene fundamento. El órgano se considera como parte esencial de la persona moral; no es creado por ella, sino al mismo tiempo que ella, por las fuerzas sociales que le dieron origen y al mismo tiempo determinaron su constitución. La persona moral sólo existe jurídicamente cuando tiene órganos.²² Respuesta de Duguit: admite la existencia y la importancia de las fuerzas sociales, que son fuerzas humanas. Pero se pregunta: ¿cómo esas voluntades individuales pueden crear el órgano del Estado?

El profesor Burdeau introduce una ligera modificación a la formulación clásica de la teoría del órgano y, de esta manera, escapa a las críticas de Duguit. Mantiene el aporte teórico en lo concerniente al fundamento de la autoridad de los gobernantes. Pero los gobernantes no son los órganos de la Nación, ni del Estado identificado con la Nación, sino los órganos del poder estatal. El Estado pasa a ser una forma del poder, y en consecuencia, el problema de la unidad de voluntad no se plantea. "La Constitución —dice Burdeau—, en caso de

^{20.} Burdeau, Georges: op. cst., T. IV, pp. 163-164.

^{21.} Traité de droit constitutionnel, T. II, p. 5-1-575.

^{22.} Théorie de la personnalité morale, p. 131 y ss., citado por Duguit, Leon: op. cit., T. II, pp. 574-575.

^{23.} Op. cit., pp. 575-576.

GUSTAVO TARRE BRICEÑO

actuación del poder constituyente originario, no es obra de un órgano del Estado, sino del soberano. Hablar «de órgano constituyente» es introducir una seria confusión en la teoría política y en la terminología constitucional. Sólo hay órganos del poder estatal; ahora bien, cuando se elabora una Constitución originaria, ya no hay o no hay todavía Estado. Sin duda subsiste el Estado bajo las apariencias externas de un aparato de servicios públicos, pero no existe en su naturaleza profunda de sostén de un poder institucionalizado".²⁴

CLASIFICACION DE LOS ORGANOS

Aceptada la teoría del órgano, es bueno decir algunas palabras en relación a los diferentes tipos de órgano. Para ello recurriremos a la clasificación de Georg Jellinek.²⁵ Pero limitándonos a los elementos de esa clasificación que puedan interesar para este trabajo.

Hay, en todos los Estados, órganos cuya existencia determina la forma de la persona colectiva y cuya extinción significa la desaparición del Estado. Son los órganos inmediatos, así llamados porque son consecuencia inmediata de la Constitución. Puede tratarse, a manera de ejemplo, de un solo órgano cuya función se ve desempeñada por una sola persona. Nos encontramos entonces en presencia de una monarquía absoluta. Si además del monarca hay un Parlamento —órgano inmediato colegiado—, se trataría de una monarquía constitucional.

Los órganos inmediatos tienen dos orígenes distintos: bien el orden jurídico establece un vínculo entre la cualidad de órgano y ciertos hechos: el Rey debe ser descendiente de una persona determinada; estar colocado en un lugar privilegiado en el orden de sucesión y se requiere además la desaparición física de quien lo procedió en el trono. Bien el derecho ordena el cumplimiento de un acto particular para la generación del órgano. Tal es el caso de la elección de un Parlamento. Quienes realizan los actos de creación, son llamados órganos creadores. Sucede con frecuencia que estos órganos creadores adquieren cierta preeminencia en relación a los órganos creados, aun cuando la actividad de los órganos de creación esté jurídicamente limitada al acto de creación. Esto es particularmente evidente en lo concerniente a los electores y los parlamentarios.

Otra distinción establecida por Jellinek es igualmente objeto de nuestro interés: órganos primarios y órganos secundarios. Siendo éstos

^{24.} Burdeau, Georges: op. cit., T. IV, p. 167.

^{25.} Teoría General del Estado, Cap. 16, pp. 142 y ss.

representantes de aquéllos. El órgano primario representado, sólo manifiesta su voluntad a través del órgano secundario y la voluntad de este último debe tomarse como voluntad inmediata del órgano primario. La concepción clásica francesa sobre la representación queda así planteada.²⁶ El Parlamento es un órgano creado, inmediato y secundario.

Ultima distinción entre órganos inmediatos: órganos independientes y órganos dependientes. Independientes son aquellos cuya voluntad obliga directamente al Estado. Los órganos dependientes no gozan de tal poder. Ejemplo: una Cámara en particular en relación al Congreso.

Cuando en un Estado hay varios órganos inmediatos e independientes hay que establecer límites recíprocos entre los órganos. Así se explica desde el punto de vista de la teoría del órgano, la separación de poderes.

Frente a los órganos inmediatos, Jellinek coloca los órganos mediatos, que no emanan directamente de la Constitución. Responden y están subordinados a un órgano inmediato. Dado el tema que nos ocupa, los órganos mediatos no serán objeto de análisis.

TEORIA DEL ORGANO Y CONCEPCION CLASICA FRANCESA ACERCA DE LA REPRESENTACION

Carré de Malberg trata de demostrar que no hay contradicción entre la teoría del órgano y la noción clásica de representación política producto de la Revolución Francesa. Más aún, considera que la primera estaba latente bajo la segunda y que sólo faltaba despejarla. La noción de representación que aparece a partir de 1789 en Francia es muy diferente a la que existía anteriormente. Podría decirse que sólo la palabra queda, y ello debido a su carga histórica y tradicional.²⁷

Para el pensamiento que inspira a la Revolución Francesa, el representante no representa a quienes lo eligen sino a la Nación entera. Y esta representación no la ejerce individualmente cada diputado sino la Cámara en su totalidad. "Le député uent pour la Nation", decía Sieyés y para este acto volitivo no requiere en forma alguna conocer lo que piensan sus electores.

Dos consecuencias son obvias al aceptarse esta concepción:

a) Prohibición absoluta del mandato imperativo. Los electores no pueden dar instrucciones a los diputados que han elegido.

^{26.} Vid. infra.

^{27.} Roels, Jean: La notion de représentation chez Carré de Malberg, p. 133.

GUSTAVO TARRE BRICEÑO

b) La forma de elección de los parlamentarios no tiene por qué qué ser democrática. Puede un sector reducido de la ciudadanía28 ejercer la "función de elegir²⁹ lo que condujo al sufragio censitario".

Decía Carré de Malberg, frase que ya hemos citado, "puesto que el representante representa al representado, la representación supone una persona representable", 30 lo que no sucede en la reoria revolucionaria. En efecto, no se sabe a quién se representa, pues la Nación es una abstracción y las abstracciones no son susceptibles de verse representadas. Además ; Ante quién los representantes representan a la Nación? 31 Este problema lo resuelve el maestro de Nancy, afirmando que cuando la Constitución francesa de 1791 utiliza la palabra "representante", lo hace en el mismo sentido con el que se emplea hoy la palabra "órgano". En este régimen los presuntos representantes son, no los intérpretes de una voluntad nacional que pueda formarse fuera de ellos, sino los órganos por los cuales se forma esa voluntad.32

En consecuencia, para Carré de Malberg la ciencia del derecho alemana se limitó a dar una nueva denominación a una construcción jurídica elaborada por los constituyentes franceses de 1789, y a la que erróneamente habían llamado representación.33

EL ORGANO REPRESENTATIVO

El vínculo entre la concepción clásica francesa acerca de la representación y la teoría del órgano permite a Carré de Malberg precisar el estudio de la representación y del Parlamento, desde el punto de vista del Derecho Público.

Los órganos del Estado actúan en nombre de la Nación. El régimen representativo encuentra así su fundamento en la teoría de la soberanía nacional, y ésta conduce necesariamente al régimen representativo, ya que la Nación, a diferencia del pueblo, no puede expresar voluntad de manera directa. La Nación delega el ejercicio, no la propiedad o el goce, a los individuos o asambleas que, a cuenta de ella, serán los titulares. La idea de delegación lleva consigo la idea de representación nacional, pues los delegados de la Nación son sus representantes y su voluntad será la voluntad de la Nación.34 El "representante" en este

^{28.} Ciudadanos "actovos" en la Constitución francesa de 1791.
29. De allí la oposición entre "electorado derecho" y "electorado función".
30. Op. cit., T. II, p. 229.
31. Ibidem, T. II, pp. 281-285.
32. Carré de Malberg, Raymond: op. cit., T. II, p. 377.
33. Gidel, Gilbert: Le régime représentatif, p. 190.
34. Carré de Malberg, Raymond: op. cit., T. II, pp. 199-203.

sentido, no representa a una voluntad preexistente, pues que el derecho positivo le autoriza a "querer" por la Nación. Ahora bien, la Nación no tiene voluntad preexistente. Además, la personalidad de la Nación no puede constatarse y para que haya representación tiene que haber dos personas. Los diputados no representan la voluntad nacional: ellos son el órgano de formación de una voluntad. No hay representación ni de la persona "nación" ni de la voluntad nacional, hay un sistema de organización de esa persona y un mecanismo de formación de esa voluntad. Los diputados son los órganos de la nación. Lo propio de un régimen representativo es la ausencia de representación. 36 La utilización del título de "representante", decía el abate Sieyés, es un abuso, pues sólo hay un representante que es "el cuerpo de la convención", es decir, el cuerpo legislativo. 36 Se califica al diputado como representante en el sentido de que es miembro del órgano en quien reside el poder representativo. Consecuencialmente "la cualidad representativa no viene dada al representante por su origen electivo sino por la naturaleza de los poderes que la Constitución otorga a la función para la que fue investido".87

Dado lo anterior, puede afirmarse que para Carré de Malberg, la elección es un medio de designación de los representantes, pero sin que se establezca ningún vínculo entre el elector y el elegido. En este sentido el autor que comentamos ha retomado la esencia de la noción clásica revolucionaria francesa acerca de la representación, adaptándola a la teoría del órgano. A lo más, admite Carré de Malberg, que los electores y las cámaras forman un órgano único, y en consecuencia complejo, "en el sentido de que la voluntad del Parlamento, es enfocada por la Constitución como conforme a la voluntad, supuesta o expresa de los ciudadanos".³⁸

Del cuerpo electoral se extrae "un inicio de voluntad, directrices que habrán de ser aplicadas por los elegidos". Es esta la mayor concesión a la realidad admitida por el esquema doctrinario de Carré de Malberg. Este ejemplo permite percibir la inmensa distancia que hay entre una ciencia jurídica, fundamentalmente normativa y que trabajó usando conceptos, y la ciencia política —que debería ayudarla—, que trabaja con los hechos.

^{35.} Ibidem.

Sieyés, Emmanuel: Moniteur Universel, 7 Thermidor, Año III, citado por Carré de Malberg, Raymond: op. cit., T. II p. 313.

^{37.} Carré de Malberg, Raymond: op. cit., T. II, p. 315.

^{38.} Op. cit., T. II, pp. 417-420.

^{39.} Ibidem.

GUSTAVO TARRE BRICEÑO

La teoría del órgano, entendida como la entiende Carré de Malberg, es incapaz de abarcar y comprender fenómenos de la vida política y que tiene que ver con el intrincado tejido que existe entre el elegido y sus electores. Es de hacer notar que la relación real entre el representante y el representado no escapó a Carré de Malberg, como lo evidencia su explicación de la evolución hacia lo que los autores franceses llaman el "régimen semirrepresentativo". Queda entonces la noción que se ha expuesto de la representación como una categoría ideal.40

Partiendo de un punto de vista similar, Jellinek llega a condiciones más realistas. Según este autor, "se entiende por representación la relación entre una persona y otra u otras, en virtud de la cual la voluntad de la primera es considerada de manera inmediata como voluntad de la segunda. De manera tal que las dos personas, jurídicamente, forman un solo ente". 41 Los órganos representativos son órganos secundarios. Es decir, que son los órganos de otro órgano (primario). La voluntad de ese órgano primario se expresa a través del órgano secundario, salvo cuando esta facultad le ha sido atribuida expresamente. Esto ocurre fundamentalmente cuando se trata de designar las personas naturales que asumirán las funciones de órganos secundarios. 42

Jellinek es contrario a la teoría de la delegación que según su parecer, lleva consigo el mandato imperativo. Afirma que la voluntad del Parlamento es, de manera inmediata, la voluntad del pueblo y que entre ambos términos de esta relación no existe vínculo jurídico alguno. El acto de creación no confiere ningún derecho al ente creador sobre el ente creado, pues la fuente de los derechos de este último se encuentra sólo en la Constitución. Pero el punto más importante de su concepción del sistema representativo consiste en que los electores no se limitan a designar los representantes, sino que ejercen sobre ellos influencia política. Hecho que escapa al ámbito jurídico y que, más aún, es inexplicable desde el punto de vista jurídico.48

Para Jellinek, la existencia de partidos políticos en nada afecta al hecho de que cada miembro de la cámara representa al pueblo entero y que ella constituye con el pueblo una unidad. Esto se explica por el hecho de que el enfrentamiento partidista tiene lugar en la etapa preparatoria de la elaboración de la decisión. Una vez que se llega a la decisión sólo hay una voluntad.44 A pesar de la que sostienen otros au-

^{40.} Warlomont: La notion de représentation publique, pp. 308-309.
41. Jellinek, Georg: L'Etat moderne et son droit, pp. 308-309, T. II.
42. Ibidem, T. II, pp. 256-257.
43. Ibidem, T. II, pp. 273-278.
44. Ibidem, T. II, pp. 273-274.

tores, la decisión del Parlamento es decisión del Estado. No se trata de querer sumar diferentes grupos sociales que integran la asamblea. En la unidad de la decisión ya no se encuentran las opiniones divergentes de partidas y grupos.⁴⁵

"La idea de representación —prosigue Jellinek— es un concepto exclusivamente jurídico. Con los conceptos técnicos que estamos usando, las realidades que sirven de base a esta idea de representación no manifiestan su carácter propio de orden psicológico y social, esas realidades no son objeto de regulación racional, dan más bien lugar a normas que permiten apreciar los hechos reales en relación a ciertos objetivos jurídicos determinados que se procura alcanzar. Es por ello que el sistema representativo se ve expuesto a grandes ataques y que muchas veces se le imputan engaños y mentiras. Esos reproches sólo podría justificarse si se olvida por completo la diferencia profunda entre el mundo de los conceptos jurídicos y la realidad".46

Aquí hemos visto planteado el punto más flaco del planteamiento de Jellinek, que podríamos calificarlo como inaceptable: se trata de esa "diferencia profunda entre el mundo de los conceptos jurídicos y la realidad". No escapó a Carré de Malberg la debilidad del planteamiento de Jellinek: "Así, en primer lugar, Jellinek se ve obligado a aceptar que las constituciones que adoptan el régimen representativo no brindan, en absoluto, al pueblo la garantía de que las decisiones de los diputados serán la traducción de su voluntad real. En este lugar se limita solamente a anotar que un Parlamento elegido no estaría en condiciones, en forma duradera, de ir en contra de lo que piensan sus electores. En estas condiciones el supuesto vínculo representativo que Jellinek cree encontrar entre el pueblo y el cuerpo de diputados se transforma en algo más tenue aún. Pero Jellinek lo hace más tenue todavía cuando agrega que por representación hay que entender una relación de carácter meramente jurídico y no de orden psicológico. En otras palabras, hay representación en Derecho Público por el mero hecho de que, según la Constitución, un órgano cualquiera fue instituido y debe funcionar como órgano del pueblo. En consecuencia, si la Constitución contempla que dando al pueblo el poder de ejercer por vía electoral cierta influencia sobre sus diputados, hace de ellos un órgano popular, ello basta para que sean jurídicamente sus representantes, aun cuando en realidad, la Constitución no garantice que las decisio-

^{45.} Jellinek, Georg: op. cit., T. II, pp. 273-278.

^{46.} Ibidem, T. II, p. 257.

GUSTAVO TARRE BRICEÑO

nes de la asamblea de diputados sean, desde un punto de vista psicológico, una representación efectiva de la voluntad del pueblo". 47

Esta larga cita de Carré de Malberg pone en evidencia las fallas evidentes del planteamiento de Jellinek, pero no subsana las carencias de las tesis del propio tratadista francés.

El profesor Georges Burdeau anota con acierto que estas teorías se ven afectadas por el hecho de haber sido elaboradas por juristas. Por ser demasiado sistemáticas, no abarcan la totalidad de las situaciones de hecho que deberían explicar. Por deseo de simplicidad, de claridad y de coherencia lógica, se encierra la representación dentro del estrecho marco de la relación jurídica; se le reduce a una relación de consolidad, en vez de ver en ella un fenómeno de concomitancia. Es lo que Hanna Pitkin llama una concepción formal de la representación: un representante es simplemente una persona que, dentro de ciertos límites, ha sido autorizada para actuar. Todo lo que haga dentro de esos límites será representación. No se puede calificar la representación, no hay buena representación o mala representación, hay simplemente representación. Po mala representación, hay simplemente representación. Po mala representación de representación, el representante es un "señor" investido por sus electores y no un servidor de ellos. Por sus electores y no un servidor de ellos.

Es indudable que la explicación formal no basta. Hay que recordar que la representación hoy en día está intimamente vinculada con la democracia y que no puede concebirse, en una visión comprensiva del fenómeno, al elegido aislado totalmente del elector.

No queda duda que el Parlamento puede jurídicamente actuar con plena validez dando la espalda a la opinión pública. Los actos del Parlamento sólo están subordinados, desde el punto de vista del Derecho, a la Constitución. Es allí donde reside el valor de la teoría del órgano. Pero la ciencia política nos enseña que entre elector y elegido existen múltiples vínculos e intermediarios que conforman una relación que va mucho más allá del derecho.

Las teorías del órgano representativo no deben descartarse por el carácter unilateral del enfoque, sencillamente deben completarse con los datos que las otras ciencias sociales nos brindan, pues no deben

^{47.} Carré de Malberg, Raymond: Contribution à la théorie générale de l'Etat, T. II, p. 338.

^{48.} Burdeau, Georges: Traité de Science politique, T. IV, p. 323.

^{49.} Pitkin, Hanna F.: The concept of Representation, p. 39.

^{50.} Economia y Sociedad, T. I, p. 236.

olvidarse los aportes esenciales que supone para comprender la actividad del Estado.

Puede sin embargo afirmarse, que la noción de "órgano representativo" no ha sido suficientemente elaborada desde un punto de vista global y que a las construcciones lógicas del primer cuarto de siglo no han seguido explicaciones que integren el aporte que hemos estudiado con lo que nos ofrece la ciencia política.

DERECHO ADMINISTRATIVO



LA EVOLUCION DEL CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO *

ALLAN-R. BREWER-CARIAS

SUMARIO

I. Introducción. 1. La importancia del tema de los contra-tos administrativos. 2. El problema de la autonomía del de-recho administrativo y la sustantividad del contrato administrativo. II. Las diversas formas contractuales del actuar administrativo. 1. Los contratos interadministrativos. A. Los contratos entre entidades político-territoriales. B. Los contratos entre entes del derecho público territoriales y no territoriales. C. Los contratos entre personas jurídicas estatales de derecho público y de derecho privado. 2. Los contratos Administración-Administrados. A. Las diversas formas contractuales. B. Los contratos de contenido patrimonial. C. Los nuevos contratos no patrimoniales como técnica de administración. a. El arreglo amigable expropiatorio; b. Los convenios fiscales; c. Los convenios de ejecución de planes de desarrollo. D. La figura ampliada de los contratos de interés nacional. III. El sentido actual de la distinción entre los contratos administrativos y los contratos de Derecho Privado de la Administración. 1. El origen de la distinción. 2. El concepto del contrato administra-tivo y la autonomía del derecho administrativo. 3. El régimen común de derecho público de todos los contratos de la Administración. 4. El régimen preponderante de derecho público en la ejecución de ciertos contratos de la Administración. A. Algunos contratos con régimen preponderante de derecho público y sus consecuencias. B. Las llamadas cláusulas exorbitantes. a. Las decisiones unilaterales de la Administración en la ejecución de los contratos. b. Los poderes de modificación unila-teral de los contratos. c. Las reglas contractuales que afectan a terceros. C. La ausencia de un régimen jurídico unitario para los contratos de la Administración con régimen preponderante de derecho público. IV. Conclusión.

^{*} Este trabajo, preparado para el libro Homenaje al Profesor Moles Caubet, fue expuesto en la conferencia que dicté en Bogotá, en el Curso Internacional de Derecho Administrativo en América Latina, en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1978. No ha sido publicado en Venezuela; en cambio, versiones menos completas han aparecido, en El Derecho Administrativo en América Latina. Curso Internacional, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1978, pp. 143 a 167, y en Jurisprudencia Argentina, Nº 5.076, Buenos

I. INTRODUCCION

1. La importancia del tema de los contratos administrativos

El tema de los contratos administrativos, no parece necesario insistir en ello, es uno de los temas medulares del derecho administrativo. De allí que todos los que hemos tenido que estudiar y escribir sobre esta rama del derecho, alguna vez nos hayamos tenido que enfrentar con su análisis, y con las dificultades que entraña.¹ En nuestra disciplina, en efecto, si hay un tema difícil de asir, es precisamente este: aparentemente sencillo, implica una toma de posición general sobre ella.

Por ello, Liet-Veaux lo ha calificado, con razón, como uno de los capítulos más desesperantes del derecho administrativo;² y si esto lo indica un autor francés, en cuyo país nació y se desarrolló la teoría de los contratos administrativos, con mayor razón tenemos que afirmarlo los autores latinoamericanos, influidos por el derecho francés.

Sin embargo, el problema, en nuestro caso, es que el concepto de los contratos administrativos, como categoría jurídica contrapuesta a los contratos de derecho privado de la Administración, ha sido tributario, solamente, de las concepciones teóricas y de los criterios de la doctrina y jurisprudencia francesas, pero no de las justificaciones prácticas y pragmáticas de aquella distinción.

La repartición de competencias jurisdiccionales en Francia, ha sido factor clave en el nacimiento y desarrollo del derecho administrativo y en la concepción misma del contrato administrativo; en definitiva,

Aires, 13-12-78, pp. 1 a 12. El haber pensado en este tema de los contratos administrativos para este libro Homenaje al Profesor Moles Caubet, tiene una razón sentimental: sobre este tema preparé mi primer trabajo de investigación como auxiliar de investigación en el Instituto de Derecho Público, en 1960, fecha en la cual ingresé al personal del mismo, y a través de ese trabajo se produjo mi primera relación intelectual con el profesor Moles.

Véanse mis trabajos sobre el tema: "La formación de la voluntad de la Administración Pública Nacional en la contratación administrativa", en Revista de la Facultad de Derecho, UCV, Nº 28, Caracas, 1964, pp. 61 a 112; "La facultad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos", en libro Homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt. Caracas, 1967, pp. 755 a 778; "Algunas reflexiones sobre el equilibrio financiero en los contratos administrativos y la aplicabilidad en Venezuela de la concepción amplia de la teoría del hecho del príncipe", en Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa, Año XIII, Nº 65, Caracas, 1972, pp. 86 a 93; "Consideraciones sobre la ruptura de la ecuación económica de un contrato administrativo por una ley declarada nula por inconstitucional", en Cuadernos de Derecho Público, ULA, Nº 2, Mérida, 1976, pp. 5 a 26.

^{2.} Véase el comentario de Liet Veaux, en Revue Administrative, 1956, p. 498, cit. por E. García de Enterría, "La figura del contrato administrativo", en Revista de Administración Pública, Nº 41, Madrid, 1963, p. 110.

ha sido la justificación del propio derecho administrativo. En nuestros países y en la gran mayoría de los que han sido tributarios del derecho francés, ello no ha ocurrido, ni es así. De allí la tendencia observada, una vez lograda la necesaria madurez doctrinal, por abandonar tantas teorías y concepciones basadas en una situación de origen adjetivo, circunstancial por lo demás, y por estructurar nuestras propias concepciones. No se trata de innovar por innovar, sino de sustantivizar el propio derecho administrativo conforme a las peculiaridades de nuestros países para dejar de importar por importar. Allí está la labor de los últimos veinte años de la doctrina española la cual, sin desconocer los aportes de las concepciones francesas, ha desarrollado una formidable labor doctrinal cuyas influencias se comienzan a hacer sentir en nuestros países.3 Dentro de esta tendencia a sustantivizar nuestro propio derecho administrativo es que se encuadra la orientación que se presiente, de abandonar toda idea de un pretendido contrato administrativo por oposición a contratos de derecho privado de la Administración.

A nosotros nos corresponde plantear, en estas notas, algunas ideas sobre la evolución del concepto de contrato administrativo, y ello nos llevará a la conclusión de que, en la actualidad, en realidad, la noción de contrato administrativo sólo puede aceptarse para identificar un tipo de contrato de la Administración el cual, por la finalidad perseguida por el Estado al contratar, está sometido a un régimen preponderante de derecho público, pero no porque tenga un régimen de derecho público por contraposición a otros contratos de la Administración que estarían sometidos a un régimen de derecho privado. La preponderancia de uno u otro y su utilización regular, es lo que adquiere ahora importancia.

Pero antes de insistir en las conclusiones, vayamos a la médula del razonamiento, lo cual haremos en dos partes: en una primera parte, analizaremos las diversas formas contractuales del actuar administrativo, mucho más variadas, ahora, respecto de las simplificadas que a comienzos de siglo dieron origen a la distinción señalada; y en una segunda parte, estudiaremos el sentido actual de la distinción entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la Administración, para tratar de desentrañar la situación contemporánea. Antes, sin embargo, quiero insistir en un aspecto señalado anteriormen-

^{3.} Respecto de la labor de la doctrina española, debe destacarse la realizada a través de las páginas de la Revista de Administración Pública (RAP), editada desde 1950, inicialmente por el Instituto de Estudios Políticos, transformado recientemente en Centro de Estudios Constitucionales, Madrid; y de la Revista Española de Derecho Administrativo (REDA), editada desde 1974 por la Editorial Civitas, Madrid.

te: el problema de la autonomía del derecho administrativo y la sustantividad del contrato administrativo.

2. El problema de la autonomía del Derecho Administrativo y la sustantividad del contrato administrativo

En efecto, además de desesperante, el tema de los contratos administrativos es un tema polémico o, como dice E. García de Enterría, tiene una sustancia polémica.⁴ Obliga, aunque no se quiera, a tomar una posición, generalmente contradictoria o conflictiva con otras, inclusive con posiciones que uno mismo ha sostenido en otras épocas.⁵

Lo polémico del tema, en todo caso, surge de su carácter medular para el derecho administrativo: en su estudio están implicadas las cuestiones básicas del derecho administrativo; el "problema" del contrato administrativo es, por tanto, el "problema" del derecho administrativo, y en no pocas ocasiones, la sustantividad del propio derecho administrativo y de su autonomía.

En efecto, en el mundo jurídico, en la relación derecho administrativo-derecho civil, nos encontramos con una evolución modular: el derecho civil ha prestado instituciones al derecho administrativo, y éstas, al resultar comunes, han exigido e impuesto, primero, su diferenciación, y luego, la fijación de su propia sustantividad.⁶ Por eso, frente a todas sus instituciones, al derecho administrativo se le ha presentado la exigencia de ir afirmando su autonomía dentro de esa tarea diferenciadora y sustantivizadora. Como lo señala S. Martín Retortillo, determinar cuándo esas instituciones, incorporadas ya al tronco común del derecho administrativo, son realmente algo distinto, constituye ni más ni menos que la comprobación de su propia sustantividad dentro de dicho ámbito.⁷

Pero esta tarea de reafirmar su autonomía, como rama del derecho, frente a cada institución y con motivo de su estudio, ya parece injustificada. Nuestra disciplina ya no necesita justificar su autonomía: la tiene, la realidad jurídica nos lo demuestra. Nuestro esfuerzo, como

^{4.} Véase Eduardo García de Enterría: "La figura del contrato administrativo", loc. cit., p. 100.

^{5.} En contraste con lo que sostenemos en estas notas, véase lo expuesto en el Capítulo I del Título Tercero, "La Teoría de los Contratos Administrativos", de nuestro libro: Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana, Caracas, 1964, pp. 157 y ss.

^{6.} Véase Sebastián Martín-Retortillo Bacquer: El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones, Sevilla, 1960, p. 7.

^{7.} Idem, p. 8.

especialistas, debe estar guiado por la necesidad de superar ese "triste signo del derecho administrativo" del que hablaba el propio S. Martín Retortillo en su magistral estudio sobre: El Derecho Civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones, que parece que paradójicamente ha de comenzar, en cada una de sus figuras, por plantear y justificar la misma existencia de unos hechos, y de unas instituciones que ya son vivas y existen.8

La institución contractual en el campo de la actuación de la Administración ya no se puede poner en duda. No existe ya aquella famosa contradicción que se destacó a fines del siglo pasado y aun a comienzos del presente, que resultaba de insertar, en el derecho público, la figura par excellence del derecho privado, el contrato; figura en la cual, apatentemente, no estaban presentes las notas características del actuar público: superioridad de la Administración y ausencia de igualdad frente a los particulares, y la titularidad, por aquélla, de potestades públicas y prerrogativas que le permitían imponer su voluntad unilateralmente. Por ello, Otto Mayer señalaba que la figura del contrato, al exigir posiciones igualitarias, era extraña al derecho administrativo, pues la Administración siempre mandaba unilateralmente.

Sin embargo, queda claro que la misma igualdad, tan preconizada como base de la institución contractual del derecho privado, no es de la esencia de los contratos. ¹⁰ Allí están los contratos de adhesión en el propio derecho privado para desmentir tal afirmación.

En todo caso, por supuesto, esta posición jurídica quedó en la historia. La institución contractual es tan propia del actuar administrativo como la decisión unilateral, y sobre ello ya no tenemos dudas, afortunadamente. Esto no es lo que se discute; el centro de discusión está ahora, en la diferenciación de los diversos tipos de contratos que celebra la Administración.

II. LAS DIVERSAS FORMAS CONTRACTUALES DEL ACTUAR ADMINISTRATIVO

En efecto, si observamos la realidad administrativa de cualquiera de nuestros países, es evidente la conclusión de que la actividad de la Administración no proviene, ni se realiza, mediante la sola actuación

^{8.} Ibidem, pp. 131 y 132.

^{9.} Véase Otto Mayer: Derecho Administrativo Alemán. Buenos Aires, 1949, Tomo I, pp. 27 y ss.

^{10.} Véase Sebastián Martín-Retortillo Bacquer: οp. cit., p. 177.

de su voluntad unilateralmente formulada. Es cada vez más frecuente que la Administración establezca vínculos jurídicos con otros sujetos y acuda al concurso de otras voluntades para sus diversas actividades.

Estos actos jurídicos formados conjuntamente por la intervención de dos o más sujetos de derecho y que establecen entre ellos un vínculo jurídico, configuran lo que se denomina la actividad contractual de la Administración. Una primera distinción de formas contractuales en el actuar administrativo se nos aparece de inmediato, y ella proviene de la consideración de los sujetos de derecho que intervienen en la relación: si ambos contratantes son personas jurídicas estatales, la realidad jurídica será distinta a la que se presenta si uno de los contratantes es un particular. Se distinguen, por tanto, los contratos interadministrativos de los contratos Administración-Administrados. Veámoslos separadamente.

1. Los contratos interadministrativos

La proliferación de sujetos de derecho, y por tanto, con personalidad jurídica, que han ido configurando el universo de los entes públicos y estatales en el derecho administrativo, ha dado origen a que, con frecuencia, las Administraciones Públicas, para actuar, celebren entre sí diversos convenios y acuerdos que configuran típicos actos contractuales. Estas figuras, nuevas y posteriores al nacimiento de la distinción entre el contrato administrativo y el contrato de derecho privado de la Administración, han sido la consecuencia del proceso de descentralización administrativa que ha caracterizado a la Administración contemporánea de los últimos cincuenta años. En ese proceso descentralizador han aparecido, como entes estatales, tanto entes de derecho público como entes de derecho privado, y entre todos ellos, diversas figuras contractuales se celebran, incluso, con previsión expresa y general en las leyes.

A. Los contratos entre entidades político-territoriales

En primer lugar, se destacan los contratos celebrados entre Administraciones territoriales, es decir, entre personas político-territoriales los cuales, si bien, en general no tienen como contenido prestaciones de carácter patrimonial, por ello no dejan de tener naturaleza contractual. En Venezuela, por ejemplo, se destacan los convenios o acuerdos entre la República y los Estados que conforman la Federación. Un típico ejemplo de estos contratos está regulado en la Ley Orgánica de coordinación de la inversión del situado constitucional con planes adminis-

trativos desarrollados por el Poder Nacional, 11 y que da origen a acuerdos de coordinación que resultan indispensables para que pueda ser invertido el cincuenta por ciento de lo que los Estados federados reciben del presupuesto nacional como aporte financiero, denominado situado constitucional. Estos convenios, suscritos entre el Ministerio de Relaciones Interiores y los Gobernadores respectivos, configuran auténticas formas contractuales.12

Entre entes territoriales también se destacan otras figuras contractuales: convenios entre la República, Estados y Municipalidades, como por ejemplo, el convenio para el establecimiento de la Policía Metropolitana de Caracas;¹³ convenios entre Estados como los relativos a cesiones de su territorio, 14 convenios entre Municipios como los convenios de mancomunidad previstos también en la Constitución, 15 y cuyo ejemplo más característico es el convenio de mancomunidad en materia de ordenación urbanística del Area Metropolitana de Caracas, que originó el establecimiento de una autoridad pública común para el área, así como de una Ordenanza sobre ordenación urbanística común, aprobada en las dos Municipalidades que integran el Area Metropolitana. 16 Todas estas figuras son típicas figuras contractuales administrativas.

B. Los contratos entre entes de derecho público territoriales y no territoriales

En segundo lugar, se destacan los contratos suscritos entre entes territoriales y entes de derecho público no territoriales, como los insti-

^{11.} Véase, en: Gaceta Oficial, Nº 2715 Extr. de 30-12-80.

^{12.} El artículo 4º de la Ley Orgánica, establece que una vez aprobados los diferentes programas de los Estados que deban ser coordinados con los planes administrativos nacionales, "se celebrarán convenios entre el Ejecutivo Nacional, por órgano de los Ministerios competentes en razón de la materia, y de los gobernadores de las entidades federales en las cuales se vayan a realizar las obras o a prestar los servicios. Podrán igualmente participar en la celebración de estos convenios otras personas jurídicas de carácter público.

El Convenio para el establecimiento de la Policía Metropolitana de Caracas, de diciembre de 1969, fue suscrito entre la República, a través del Ministerio de Relaciones Interiores; el Distrito Federal, a través del Gobernador del mismo y al Estado Miranda, a través de su Cobernador.

y al Estado Miranda, a través de su Gobernador.

^{15.} Artículo 28. Conforme al artículo 26 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, de 18 de agosto de 1978 (G. O. Nº 2.297 Extr.), "Las mancomunidades son entidades formadas mediante acuerdo entre dos o más Municipios o Distritos Metropolitanos, o entre éstos y uno o más Municipios, para la realización de determinados fines municipales o metropolitanos"

El Convenio de fecha 27 de enero de 1972, se suscribió entre las Municipalidades del Distrito Federal y del Distrito Sucre del Estado Miranda, y en base a la Cláusula Tercera del Convenio, ambas Municipalidades sancionaron y promulgaron la Ordenanza sobre ordenación urbana del Area Metropolitana de Caracas y su zona de influencia. La Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978 regula, ahora,

tutos autónomos. Estos convenios pueden o no tener contenido patrimonial, y el mundo de la Administración conoce innumerables tipos. Por ejemplo, en el campo de los convenios sin contenido patrimonial, se destacan los acuerdos celebrados entre la República y el Banco Central de Venezuela para el establecimiento del tipo de cambio para las divisas, con modalidades diferenciales en relación a las divisas provenientes de la exportación del mineral de hierro y del petróleo; 17 en el campo de los convenios de contenido patrimonial, están los múltiples supuestos de contratos de sociedad, suscritos entre la República y los Institutos autónomos, para la constitución de empresas públicas con forma societaria.18 No son infrecuentes, por otra parte, los contratos de obras o servicios, y aun las concesiones de servicios públicos celebradas entre entes territoriales y personas de derecho público: allí están los convenios para la prestación del servicio público de alcantarillado y distribución de agua potable suscritos entre las Municipalidades y el Instituto Nacional de Obras Sanitarias.19

C. Los contratos entre personas jurídicas estatales de derecho público y de derecho privado

En tercer lugar, se destacan los convenios suscritos entre entes de derecho público, territoriales o no territoriales y personas jurídicas estatales de derecho privado, particularmente las empresas del Estado con forma societaria mercantil, los cuales, por la forma jurídica adoptada por éstas, se aproximan a los contratos suscritos entre la Administración v los particulares.

en sus artículos 26 y siguientes los acuerdos de Mancomunidades entre Municipios G. O. Nº 2.297 Extr. de 18-8-78).

Nacional, Tomo 4, Caracas, 1980, p. 166.

19. Véanse los comentarios al anteproyecto de contrato de concesión del servicio de abastecimiento de agua y alcantarillado del Area Metropolitana de Caracas, en Allan-R. Brewer-Carias: Derecho y Administración de las Aguas y otros Recursos Naturales Renovables. Caracas, 1976, pp. 211 y ss.

G. O. N° 2.297 Extr. de 18-8-78).

Conforme a lo establecido en el artículo 92 de la Ley del Banco Central de Venezuela Decreto Ley N° 507, de 30-10-74, en G.O. 1.711 Extr., de 30-12-74): "En el convenio que celebre el Banco Central de Venezuela con el Ejecutivo Nacional para fijar el o los tipos de cambio de bolívar, se establecerán los márgenes de utilidad que podrán obtener tanto el Banco Central de Venezuela como los bancos comerciales que intervengan en la compraventa de divisas". Estos convenios son suscritos entre la República de Venezuela, representada por el Ministro de Hacienda, y el Banco Central de Venezuela, representado por su Presidente. Véase, por ejemplo, el convenio de 18-2-73. (G.O. N° 30.039, de 21-2-73) y los convenios de modificación, de 8-1-75 (G.O. N° 30.596, de 13-1-75), y de 10-9-75 (G.O. N° 30.792, de 11-9-75).

Véase, por ejemplo, el acta constitutiva de la C. A. Nacional de Reforestación (CONARE), en la cual aparecen como accionistas la República, el Instituto Agrario Nacional, el Instituto Nacional de Obras Sanitarias y las Corporaciones de Desarrollo Regional de los Andes, Centro-Occidente, Nor-Oriente y el Zulia. Véase en Cordiplán: Resumen Informativo de Entidades de la Administración Pública Nacional, Tomo 4, Caracas, 1980, p. 166.

Todo este universo de figuras contractuales interadministrativas forman, sin duda, una categoría peculiar en el mundo de la actividad contractual de la Administración, que no debe dejarse de lado a la hora de trazar la evolución del concepto de contrato administrativo. Ellas, que no existían en el momento en que surge este concepto, son ahora, quizás, los contratos públicos por excelencia.

2. Los contratos Administración-Administrados

A. Las diversas formas contractuales

Pero la figura contractual administrativa, sin duda, está montada sobre el acuerdo para establecer un vínculo jurídico celebrado entre una Administración y un particular. En base a esta modalidad fue que se construyó toda la teoría del contrato administrativo frente al contrato de derecho privado de la Administración: en unos convenios, que siempre tenían como cocontratante a un particular, la Administración aparccía en situación de superioridad, como autoridad, y en los otros, en el mismo plano jurídico que su cocontratante.

Sin embargo, también con posterioridad a esta construcción doctrinal, fueron apareciendo, en el actuar administrativo, nuevas figuras contractuales que nada tenían que ver con las que dieron origen a aquella teoría y a aquella distinción, porque no establecían, *stricto sensu*, relaciones patrimoniales entre los contratantes.

En efecto, en el universo de las relaciones contractuales que se celebran entre la Administración y los particulares, no sólo aparecen aquéllas que suponen la utilización, por la Administración, de instrumentos contractuales dentro del ámbito de relaciones patrimoniales, sino que hoy es cada vez más frecuente la existencia de figuras contractuales que se limitan a fijar la medida de una obligación o ventaja jurídico-pública previamente establecida legalmente, y sin que aparezca colaboración patrimonial alguna. Se distinguen, por tanto, dos tipos de contratos Administración-Administrados.

B. Los contratos de contenido patrimonial

En primer lugar, los contratos de contenido y relación patrimonial, en los cuales, como lo dice E. García de Enterría, la Administración actúa como "cliente" de los empresarios privados, esto es, en un terreno de simple colaboración o intercambio patrimonial: paga dinero o transfiere posibilidades de actuación frente al público a ella reservadas, a

cambio de bienes y servicios que busca o recibe.²⁰ Este es el universo de figuras contractuales propias del tradicional contrato de la Administración, tanto del denominado contrato administrativo como del denominado contrato de derecho privado.

C. Los nuevos contratos no patrimoniales como técnica de Administración

Pero, en segundo lugar, frente a esas figuras contractuales tradicionales, en las relaciones Administración-Administrados comienzan a aparecer nuevas formas contractuales denominadas Acuerdos, Convenios o conciertos y las cuales, en general, no encuentran paralelo en el derecho contractual privado, porque el vínculo jurídico que establecen y regulan no supone colaboración patrimonial entre partes, sino, en realidad, un acuerdo para fijar la medida de una sujeción jurídico-pública o de una ventaja también jurídico-pública, establecidas legalmente.²¹

La Administración, en efecto, a pesar de sus poderes públicos de acción unilateral, en muchos casos, por incapacidad o por política predeterminada, busca establecer las modalidades de su acción respecto de los particulares, acudiendo a la vía negocial. No se trata de que en estos contratos se establezcan los poderes de la Administración; éstos preexisten, pero por la debilidad de la acción unilateral en el cumplimiento de ciertos cometidos en el campo económico, o, al contrario, por el esfuerzo de la Administración de promover la participación de los particulares en las tareas comunes, los entes públicos han recurrido a estos acuerdos con los particulares, como una técnica de Administración: la Administración mediante convenios. Varios ejemplos nos muestra el orden jurídico contemporáneo.

a. El arreglo amigable expropiatorio

En primer lugar, los arreglos amigables en la expropiación. En cíecto, aun cuando no se acuda a la vía judicial, la expropiación nunca es una compraventa. Decretada la expropiación, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en Venezuela, la expropiación procede por las buenas o por las malas.²² Por tanto, aun mediando el convenio expro-

Véase Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: Curso de Derecho Administrativo, Tomo I. Madrid, 1974, p. 484.

^{21.} Idem, p. 485.

^{22.} Véase la sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación, de 14-3-52, en Gaceta Forense Nº 10, Caracas, 1952, p. 148, y en Allan-R. Brewer-Carías: Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo VI, Caracas, 1980, p. 298.

piatorio o arreglo amigable, este no es una compraventa, sino en realidad, una adhesión a la expropiación, que implica, además, un convenio para fijar el monto de la indemnización a través de los peritos. El convenio, en realidad, es un acuerdo para designar peritos, lo que implica allanarse frente a la potestad expropiatoria.²³

b. Los convenios fiscales

En segundo lugar, los convenios o conciertos fiscales que tienen por objeto el establecimiento de la base imponible a través de la determinación contractual de precios. Por ejemplo, en esta figura encuadraban los convenios para el establecimiento de precios de referencia para la determinación de la base imponible del impuesto sobre la renta a las empresas petroleras, suscritos conforme a la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1970, entre la República y las empresas contribuyentes.²⁴

c. Los convenios de ejecución de planes de desarrollo

En tercer lugar, están todas las figuras contractuales que giran en torno a la idea contemporánea de la "Administración concertada", 25 propia del orden económico, y mediante la cual, la Administración tiende a renunciar al ejercicio imperativo y unilateral de sus poderes, buscando convenir con los administrados la aplicación concreta de los mismos, ganándose la colaboración y participación de los empresarios en las tareas comunes de desarrollo económico y social. Mediante estos conciertos o acuerdos, los particulares aceptan como vinculante un plan que, per se, era indicativo, a cambio de la obtención de determinados beneficios o incentivos, que la Administración renuncia a manejar discrecionalmente Sin embargo, al igual que las otras figuras señaladas, estos convenios requieren de habilitación legal expresa. 26

^{23.} Véase la misma sentencia citada en la nota anterior, en Gaceta Forense, Nº 10, cit., pp. 146 y 147; y en Allan-R. Brewer-Carías: Jurisprudencia... cit., Tomo VI, p. 345.

^{24.} Conforme al artículo 41 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, de 16-12-66. (G.O. 1.069 Extr., de 23-12-66), se autorizó al Ejecutivo Nacional para "celebrar convenio previo con el contribuyente hasta por un plazo de cinco años para establecer las bases con arreglo a las cuales se hará la determinación de los valores de los artículos o mercancías exportados en el puerto venezolano de embarque". Esta modalidad de convenios para fijar los valores de referencia se aplicó hasta la reforma de la ley, en diciembre de 1970, mediante la cual se convirtió en una facultad unilateral del Estado la fijación de los valores de exportación (Art. 40). Véase en: G.O. Nº 29.397, de 18-12-70.

^{25.} Véase: E. García de Enterria y Tomás Ramón Fernández, op. cit., Tomo I, p. 485.

Conforme a lo dispuesto en la Decisión 24 del Acuerdo de Cartagena sobre Régimen común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes,

Por supuesto, en estas figuras negociales, la Administración, evidentemente, no procura proveerse de bienes y servicios, es decir, no establece una relación patrimonial, pero no por ello dejan de tener carácter contractual. Son auténticos contratos de la Administración, ciertamente nuevos, que al estudiar la evolución del concepto de contrato administrativo, no podemos ignorar.

D. La figura ampliada de los contratos de interés nacional

Pero dentro de los contratos Administración-Administrados, y concretándonos a aquellos que tienen contenido estrictamente patrimonial en el vínculo jurídico que establecen, debe destacarse que, en la actualidad, comienza a configurarse una categoría específica de contratos de interés nacional, sometidos a ciertas condiciones de control parlamentario, aun cuando la entidad que contrate con el particular no sea, stricto sensu, una Administración Pública.²⁷

En efecto, la Constitución venezolana, en su artículo 126, establece que los contratos de interés nacional deberán someterse, previamente, a la aprobación del Congreso, salvo aquellos que sean normales en el funcionamiento de la Administración. Es decir, se regula una categoría específica de contrato que, aun cuando no tenga como contratante, del lado público, a una Administración Pública tradicional (ente de derecho público territorial o no territorial, como los institutos autónomos) sí tiene a una entidad estatal, aun cuando con forma jurídica de derecho privado.

En efecto, en el universo de los sujetos que actúan en el campo del derecho administrativo, se destacan las personas jurídicas estatales,

Licencias y Regalías (G.O. 1.620 Extr., de 1-11-73) las empresas extranjeras que existiesen en los países del Acuerdo que deseasen gozar de las ventajas del programa de liberación, debían "convenir con el organismo competente del país receptor... su transformación en empresas nacionales o mixtas, en forma gradual y progresiva..." (Art. 28). De acuerdo a ello, el Decreto Nº 63, de 29-4-74 (G.O. Nº 30.412, de 51-5-74), mediante el cual se dictó el Reglamento de la Decisión 24, precisó: que "los convenios destinados a la transformación de las empresas extranjeras en nacionales o mixtas, serán celebrados entre aquéllas, actuando en representación de sus inversionistas, y el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Fomento" (Art. 47).

^{27.} Sobre la noción de contratos de interés nacional y la intervención parlamentaria para su aprobación, véase Carlos Tinoco Rodil: "Contratos de Interés Nacional", en Revista de Derecho y Legislación, Tomo XXIX, Caracas, 1940, pp. 135 y ss.; A. Rodríguez Cirimele, E. Provenzali Heredia y J. M. Casal Montbrun: Procedimiento parlamentario para la aprobación de contratos de interés nacional. Caracas, 1973; y Luis Britto García: "Régimen Constitucional de los Contratos de Interés Público", separata de la revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa. Véase, además, Eloy Lares Martínez: "Contratos de interés nacional", en este mismo libro: Homenaje al Profesor Moles Caubet, pp. 117 y ss.

en las cuales se ubican, no sólo los sujetos de derecho con forma jurídica de derecho público, sino también, los entes jurídicos con forma de derecho privado que forman parte, sin embargo, de la organización general del Estado.28 No hay duda que, por ejemplo, los contratos que exceden de la normal administración y que suscriban las empresas del Estado con forma societaria, son auténticos contratos de interés nacional, no sólo sometidos a la aprobación previa del Congreso, sino también al régimen jurídico propio de los que tradicionalmente se califican como contratos administrativos. Por ejemplo, dentro de los contratos de obra pública celebrados en Venezuela, ¿cuál más importante por su magnitud económica e incidencia en el proceso de desarrollo económico, que el contrato para la tercera etapa de la Represa Raúl Leoni, o Represa de El Guri, de las más importantes en producción de energía hidroeléctrica de América Latina? ¿Qué sentido tiene decir que es un contrato administrativo el que suscribe la República para la construcción de un camino de penetración agrícola cualquiera, y que el de la 3ª etapa de la Represa de El Guri, por ser suscrito por una empresa del Estado con forma societaria (Electricidad del Caroní S. A.), no es contrato administrativo?

En realidad, la figura de los contratos de interés nacional ha venido a ampliar la categoría de contratos administrativos, al comprender, como tales, muchos contratos que aun cuando no sean suscritos por un ente de derecho público, sin embargo, se consideran como de interés nacional y por tanto, sometidos al mismo régimen, preponderante de derecho público, que los contratos tradicionalmente calificados como administrativos. Por supuesto, para ello se requiere de una normativa legal que lo especifique, lo que ha ocurrido con los contratos de empréstito público regulados en la Ley Orgánica de Crédito Público: de acuerdo a esta normativa, tan contrato administrativo de crédito público es el que celebra la República como el que celebra una empresa del Estado con forma societaria. Ambos están sometidos a la normativa especial de dicha ley.²⁹

De todo lo anteriormente señalado, no hay duda, puede concluirse en que la Administración Pública, además de su actividad unilateral,

^{28.} Véase: Allan-R. Brewer-Carías: "La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho", en Revista Argentina de Derecho Administrativo, N° 17, Buenos Aires, 1977, pp. 19 y ss., y 28 y ss.; y en Revista de la Facultad de Derecho, UCV, N° 57, Caracas, 1976, pp. 115-135.

^{29.} Véase la Ley Orgánica de Crédito Público, de 19-12-80 en G. O. Extr. Nº 2.714 de 13-12-80.

realiza con normalidad una actividad contractual, cuya naturaleza corresponde a verdaderos contratos administrativos. Esto ya no se discute en la doctrina

Frente a todas esas figuras, sin embargo, la carga dogmática del derecho administrativo tradicional lo que ha conducido es a la discusión respecto de la naturaleza jurídica de dichos contratos ¿se trata, siempre, de contratos administrativos o algunos de ellos son contratos de derecho privado suscritos por la Administración?

Esto nos conduce a precisar el sentido actual de esta distinción.

III. EL SENTIDO ACTUAL DE LA DISTINCION ENTRE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LOS CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION

1. El origen de la distinción

La idea misma del contrato administrativo, como categoría propia del derecho administrativo erigida frente a la figura del contrato de derecho privado, aun el suscrito por la propia Administración, proviene de la doctrina francesa, tan influyente en el derecho público contemporáneo. En el nacimiento de esa noción y en la justificación original de la distinción, está la partición de competencias entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción judicial. Por ello se ha dicho, con razón, que la única justificación de la noción del contrato administrativo estuvo en la atribución de competencias al órgano jurisdiccional contencioso-administrativo, o en pocas palabras, en esa época, la única singularidad de los contratos administrativos era una singularidad de régimen jurisdiccional, que no afectaba, en ningún caso, ni a su naturaleza ni a su regulación de fondo, que seguirían siendo las propias de toda cuestión civil.³⁰

Pero, por supuesto, esta es una distinción que surge durante la primera década de este siglo. Durante el siglo pasado, a pesar de la dualidad de jurisdicciones, la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado suscritos por la Administración no existía, ni hubiera tenido razón de ser, en virtud de la unidad de jurisdicción que había en favor de la Administración.

En efecto, en su origen, la repartición de competencias entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción judicial estaba basada en un criterio orgánico: la jurisdicción administrativa era competente en

Véase Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: Curso..., cit., Tomo I, p. 492.

todas las relaciones jurídicas en las que interviniera la Administración, por lo que todos los contratos en los cuales ella fuera parte caían bajo su jurisdicción, ³¹ la jurisdicción judicial, por su parte, sólo era competente para conocer de los actos entre particulares. Aun en la época del predominio de la tesis de los actos de autoridad y actos de gestión como criterio del derecho administrativo, es de destacar que a pesar de considerarse a la actividad contractual como de gestión, su conocimiento continuaba correspondiendo a la jurisdicción administrativa en virtud del criterio orgánico. Por ello, durante todo el siglo pasado, en Francia, no había distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado, pues no sólo no había necesidad de distinguirlos por su régimen jurídico, sino que tampoco había un motivo jurisdiccional para ello.

Es a comienzos del presente siglo, con la aparición del criterio de servicio público, cuando comienza a formularse la idea de un contrato administrativo, sometido a un régimen de derecho administrativo, como contrapuesto al contrato de derecho privado, sometido a las regulaciones del derecho civil, con sus razones jurisdiccionales: los primeros quedaban sometidos a la jurisdicción administrativa, en cambio que los últimos caían bajo la competencia de la jurisdicción judicial. En el inicio de esta distinción jurisdiccional está la célebre decisión contenida en el *arrêt* Terrier, de 1903, en el cual el Consejo de Estado francés señaló que todo lo que concernía a la organización y funcionamiento de los servicios públicos, fuera que la Administración actuase por vía de contrato o de autoridad, constituía una operación administrativa, que por su naturaleza, era del dominio de la jurisdicción administrativa.³²

La noción del servicio público, por tanto, fue la que dio origen a la distinción y corresponde a Jéze como ductor de la escuela de Burdeos o del servicio público, desarrollar la teoría de los contratos administrativos.³⁸

La justificación posterior de estos contratos administrativos, sometidos, como los servicios públicos, a un régimen jurídico especial, estuvo en la noción de las cláusulas exorbitantes del derecho común,

^{31.} Véase José Ramón Parada Vázquez: Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español. Sevilla, 1963, pp. 32 y ss.

^{32.} Véase la decisión del Consejo de Estado Francés, de 6-2-1903, conocida como arrêt Terrier, en M. Long, P. Weil y G. Braibant: Les grands arrêts de la juris-prudence administrative. Paris, 1978, pp. 53 y ss.

^{33.} En la obra de Gaston Jéze: Principios generales del Derecho Administrativo, 6 tomos. Buenos Aires, 1949 - 1950, los tres últimos están destinados a la: "Teoría general de los contratos administrativos".

que les daban una sustantividad propia. Por ello, el derrumbamiento del criterio del Servicio Público, como noción clave del derecho administrativo francés y de la partición de competencias entre las jurisdicciones administrativa y judicial, no produjo consigo el derrumbamiento de la distinción entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado suscritos por la Administración. La distinción ya había adquirido sustantividad y perdido su base adjetiva, en base a la idea clave de las cláusulas exorbitantes del derecho común, las cuales siempre estaban presentes en los primeros y no se encontraban en los segundos.³⁴

Por supuesto, paralelamente a la idea de las cláusulas exorbitantes del derecho común, que más que la causa de la distinción era su consecuencia, la doctrina del derecho administrativo, en las últimas décadas, ha venido elaborando los más variados criterios de distinción entre las dos categorías de contratos.³⁵ La imposibilidad real de lograr una neta distinción entre ambas figuras contractuales es lo que ha provocado el desespero de los autores y que la propia teoría de los contratos administrativos siga siendo, como lo dice, E. García de Enterría: "notoriamente insatisfactoria".³⁶

2. El concepto del contrato administrativo y la autonomía del derecho administrativo

Como se dijo anteriormente, la autonomía del derecho administrativo, incuestionable por supuesto, se ha pretendido vincular, inconscientemente, a la sustantividad propia de todas las instituciones de esta rama del derecho, particularmente respecto de las que provienen del tronco común del derecho privado, y a la aplicabilidad, a la Administración, de un régimen jurídico especial y propio, distinto del derecho civil. Allí está el origen de la insatisfacción, del desespero y de las posiciones polémicas que caracterizan a la teoría del contrato administrativo.

Ante todo, como lo ha puntualizado Dromi,³⁷ debe quedar claro que la mayoría de las figuras jurídicas son comunes a las distintas ra-

^{34.} Véase Eduardo García de Enterría: "La figura del contrato administrativo", loc. cit., pp. 108-109.

^{35.} Véase, por ejemplo, Miguel Angel Bercaitz: Teoria General de los Contratos Administrativos. Buenos Aires, 1952, pp. 169 y ss.

^{36.} Véase Eduardo García de Enterría: "La figura del contrato administrativo", loc. cit., p. 110.

^{37.} Véase José Roberto Dromi: "Contratos de la Administración: Régimen Jurídico Unitario", Rassegna dei Lavori Pubblici, Estratto dal Nº 11. Noviembre, 1977, pp. 4 y 5.

mas del derecho. Por ello, el contrato, tal como lo afirma E. García de Enterría,38 es una institución general a todo el Derecho, por lo que no es una figura propia de una rama jurídica específica; es común al derecho civil, al derecho mercantil, al derecho laboral y al derecho administrativo; y se lo califica de civil, mercantil, del trabajo o administrativo, cuando se le suman, a sus características básicas y genéricas. las notas peculiares y específicas del régimen regulado en esas ramas del derecho. El hecho histórico de que el contrato, como institución, haya tenido su origen sustantivo en el derecho privado, y que allí haya encontrado su aplicación y regulación más depurada, no puede conducir a la conclusión de que sea una figura exclusiva del derecho civil, y de que a las instituciones contractuales similares que tienen vida en otros âmbitos jurídicos, haya que construirles, a toda costa, una sustantividad propia. El derecho administrativo, para justificar su autonomía, no necesita ya del esfuerzo encomiable y quizás fundamental, por sustantivizar sus propias instituciones. Por otra parte, si bien el derecho administrativo es el que regula a la Administración Pública, la ecuación Administración-Derecho Administrativo no es válida en la actualidad, por la evidente interaplicación del derecho público y del derecho privado, tanto a los sujetos del derecho administrativo como a los particulares.39

La Administración, por tanto, si bien preponderantemente regulada por el derecho administrativo, en la actualidad está sometida, tanto al derecho público como al derecho privado, y su actividad, regida por ambas ramas del derecho, será siempre una actividad administrativa. No hay, en realidad, actividad privada de la Administración: así como no existen actos privados de la Administración, tampoco existen, en puridad, contratos de derecho privado de la Administración. La actividad de la Administración y en general, de todos los sujetos de derecho administrativo, está sometida a un régimen preponderante de derecho administrativo o preponderante de derecho privado, pero ello no autoriza a concluir que, en el primer supuesto, la actividad sea administrativa y en segundo, sea privada.

^{38.} Véase Eduardo García de Enterría: "La figura del contrato administrativo", loc. cit., p. 115.

^{39.} Véase Allan-R. Brewer-Carías: "La distinción entre las personas públicas y las personas privadas...", loc. cit.

^{40.} Aun en los supuestos de la denominada "administración del derecho privado", esta está regida por el derecho público. Véase Allan-R. Brewer-Carías: "La impugnación de los Actos Administrativos de Registro ante la jurisdicción contencioso-administrativa", en Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez Covisa. Caracas, 1975, p. 460.

^{41.} Cfr., José Roberto Dromi, loc. cit., p. 10.

En materia de contratos de la Administración, entonces, habrá contratos con un régimen preponderante de derecho administrativo o preponderante de derecho civil, ¹² o si se quiere, habrá contratos en los cuales la modulación administrativa de los mismos alcanza una mayor o menor intensidad. ⁴³

Por tanto, en nuestro criterio, en la actualidad, y en países como Venezuela, en los cuales la jurisdicción contencioso-administrativa ha sido tradicionalmente competente para conocer de todos los litigios concernientes a los contratos de cualquier naturaleza en que sea parte la Administración, la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado, parece no tener el interés jurídico que ha tenido en otros países, o que pudo tener hace algunas décadas,⁴⁴ derivado del interés en sustantivizar nuestro propio derecho administrativo. Nosotros mismos, en un libro escrito hace quince años, al escribir sobre la teoría del contrato administrativo como una de las instituciones fundamentales del derecho administrativo venezolano, establecimos la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado basados en la finalidad perseguida por la Administración al contratar.¹⁵

En todo caso, hay unos contratos de la Administración —esto ya no parece necesario reafirmarlo— que tienen siempre, como lo señala J. R. Parada Vázquez, un régimen mixto,⁴⁶ el cual según su finalidad, será un régimen preponderante de derecho público o preponderante de derecho privado, de acuerdo al interés público envuelto en el vínculo jurídico que se establezca. Por ello, puede decirse que no sólo la presencia de una Administración Pública en la relación contractual, sino la fina-

^{42.} Idem, p. 11.

^{43.} Véase Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: "Curso...", cit. p. 497.

^{44.} En 1964 sostuvimos el interés de la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración en base a la competencia jurisdiccional, en nuestro libro: Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana, cit., p. 158. Esta distinción parece ahora recogerla la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (G.O. Nº 1.893 Extr., de 30-7-76), en cuyo artículo 42, ord. 14, se atribuye competencia a la Corte Suprema de Justicia, para "conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades". La interpretación de esta expresión, por supuesto, está por hacerse en vía jurisprudencial. En todo caso, la competencia de la Corte y de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa en conflictos que puedan tener origen contractual, parecería que fuera total cuando los entes públicos sean demandados, y se distribuye sólo por la cuantía (arts. 42, ord. 15; 181, ord. 2º y art. 185, ord. 6º).

Véase Allan-R. Brewer-Carías: Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana, cit., pp. 160 y ss.

^{46.} Véase José Ramón Parada Vázquez: op. cit., p. 11.

lidad perseguida por esa Administración, más o menos vinculada al servicio público, como noción genérica, es lo que provocará la preponderancia y las modalidades específicas de dicha relación.

Esto, sin embargo, no excluye el hecho de que todos los contratos de la Administración estén sometidos a un conjunto de regulaciones comunes de derecho público, y la posible preponderancia del derecho público o del derecho privado a que hemos hecho referencia, se reduzca, en realidad, a las modalidades de ejecución y cumplimiento del contrato. Aquí es donde adquieren sentido las denominadas cláusulas exorbitantes del derecho común, las cuales, en realidad, y en general, no son tales cláusulas contractuales, sino que resultan de los propios poderes de acción unilateral de la Administración, como gestora del interés público. Su utilización no está proscrita en ninguna de las relaciones contractuales de la Administración, ni siquiera en aquellas tradicionalmente calificadas como de derecho privado, por lo que en ellas podrán ser usadas según la apreciación del interés general envuelto en la relación contractual que haga la propia Administración.

Por otra parte, y aun en aquellos contratos tradicionalmente calificados como administrativos, debe recordarse que respecto de ellos, a pesar de que predomine el régimen de derecho público, no ha existido nunca un régimen jurídico uniforme sino que, en general, se han admitido tantos regímenes como relaciones contractuales celebra la Administración para el cumplimiento de sus fines públicos.

He aquí tres cuestiones básicas que tenemos que analizar a continuación.

3. El régimen común de derecho público de todos los contratos de la Administración

En efecto, señalamos, en primer lugar, que todos los contratos de la Administración, es decir, toda la actividad contractual de la Administración, cualquiera sea su forma, está siempre sometida a un régimen común y uniforme de derecho público. Bajo ese ángulo, no tiene interés jurídico plantear distinción alguna entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración. Este régimen unitario y común a todos los contratos de la Administración, se refiere al proceso de formación de la voluntad administrativa en la actividad contractual.⁴⁷

^{47.} Cfr., Eduardo García de Enterría: "La figura del contrato administrativo", loc. cit., p. 113; José Roberto Dromi: loc. cit., p. 11; José Ramón Parada Vázquez: op. cit., pp. 12 y 13.

En este campo, donde la aplicación del derecho público es evidente, no hay duda que estamos en presencia de un régimen común a los denominados contratos administrativos y a los contratos de derecho privado. Veamos.

En primer lugar, las reglas de competencia. Estas se aplican y son de orden público, sea cual sea la Administración que actúe y sea cual sea la finalidad que la Administración persiga al actuar. No hay aquí distingos: siempre, la Administración contratante debe ser la competente en los términos prescritos por el derecho administrativo, sin que quepa hablar de que tratándose de contratos de derecho privado se aplicarían las reglas civiles de la capacidad.⁴⁸

En segundo lugar, las reglas del procedimiento administrativo. En todos aquellos supuestos en que exista formalmente prescrito un procedimiento para contratar, la Administración debe sujetarse al mismo, sea cual sea la posible naturaleza de la relación contractual. Como ejemplo de ello deben citarse, en Venezuela, las normas sobre formalidades en la tramitación de contratos establecidas uniformemente para todos los contratos de la Administración Ministerial en el Reglamento del Estatuto Orgánico de Ministerios de 1971.⁴⁹

En tercer lugar, las reglas relativas a las formalidades previas previstas en ciertas relaciones contractuales: opinión previa del Senado o de la Contraloría General de la República en las relaciones contractuales en las cuales se enajenen bienes inmuebles o muebles, respectivamente, por ejemplo;⁵⁰ opinión previa del Consejo de Ministros o de la Contraloría en los contratos que impliquen transacciones.⁵¹

En cuarto lugar, las reglas relativas a las previsiones presupuestarias y al control fiscal externo. Todos los contratos celebrados por la Administración, cuando implican compromisos financieros, y por tanto, gastos, para poder ser celebrados, debe haberse previsto dichos gastos en el presupuesto anual. La previsión constitucional venezolana de que no se hará del Tesoro gasto alguno no previsto en la Ley de Presupuesto, ⁵² se aplica a cualquier gasto originado en cualquier actividad administrativa, incluso su actividad contractual.

^{48.} Véase Allan-R. Brewer-Carías: Introducción al Estudio de la Organización Administrativa Venezolana. Caracas, 1978, pp. 62 y ss.

^{49.} Véase Decreto Nº 539, de 10-2-71, en Gaceta Oficial Nº 29.438, de 11-2-71.

Véase el artículo 150. ord. 2º de la Constitución, y artículos 23 y 24 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

^{51.} Véase art. 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

^{52.} Art. 227.

Por otra parte, todos los contratos de la Administración, sea cual fuere la finalidad perseguida y su naturaleza, y salvo las excepciones de base cuantitativa o de urgencia previstas en la ley, están sometidos a las modalidades de control fiscal previo por parte de la Contraloría General de la República. 53 Este organismo, respecto de cada contrato que implique compromiso financiero, deberá verificar la correcta imputación del gasto programado al crédito presupuestario establecido; la disponibilidad de las respectivas partidas presupuestarias; la previsión de precios justos y razonables; y la existencia de las debidas garantías constituidas por el cocontratante a favor de la Administración. 54 Este régimen de derecho público, es común a todos los contratos celebrados por la Administración.

En quinto lugar, están las reglas de selección de contratistas. Cuando éstas están legal o reglamentariamente prescritas, las mismas se aplican a todos los contratos de la Administración, estableciéndose, en general, excepciones, en base a la cuantía y no en base a la naturaleza de la relación que se establece entre la Administración y el Administrado. Por tanto, la licitación, el concurso y todas las formas de selección se aplican, indistintamente, en todos los contratos de la Administración.⁵⁵

4. El régimen preponderante de derecho público en la ejecución de ciertos contratos de la Administración

A. Algunos contratos con régimen preponderante de derecho público y sus consecuencias

Hemos señalado que aparte del régimen común y uniforme de derecho público de todos los contratos de la Administración, sin duda, ciertos contratos que ésta celebra, por su vinculación al interés general o por su finalidad de servicio público, tienen un régimen preponderante de derecho público aplicable a las modalidades de ejecución, cumplimiento y extinción del contrato.

Ciertamente, por su carácter reiterativo y de utilización permanente, a ciertos contratos se los ubica, en forma fija, dentro de esta

^{53.} Arts. 18 y ss., de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. (G.O. Nº 1.756 Extr., de 30-6-75).

^{54.} Art. 18 idem.

^{55.} Véase arts. 427 y ss. de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y el Instructivo Presidencial Nº 24, de 26-1-77, sobre las normas de licitación para la contratación de obras y adquisición de bienes muebles. (G.O. Nº 31.161, de 26-1-77).

categoría con régimen de preponderancia de derecho público, por ejemplo, los contratos de obra pública o las concesiones de servicio público. Sin embargo, ello no implica que en un momento determinado, no pueda la Administración juzgar que, en una relación contractual cualquiera, aparentemente similar a las de derecho privado, no se haga presente un interés general que exija aplicar las modalidades propias del derecho público.

Ese carácter normal y reiterativo de aquellos contratos, por otra parte, ha llevado, por ejemplo, a la Administración, a la elaboración unilateral de cláusulas de condiciones generales y específicas, como las previstas en los contratos de obra pública, y a la elaboración, inclusive, del texto de los contratos por la sola Administración, configurándose, para los cocontratantes, en cabales contratos de adhesión. ⁵⁶ Además, esas cláusulas de condiciones generales, por el interés público envuelto en la ejecución del contrato, inclusive llegan a regular situaciones jurídicas no previstas normalmente en contratos suscritos entre particulares, por ejemplo, en el campo de variación y revisión de precios y tarifas, que resultan ser más favorables a éstos. ⁵⁷

Sin embargo, insistimos, este régimen preponderante de derecho público, manifestado en los aspectos señalados, si bien es normal en ciertos contratos tradicionalmente calificados como administrativos, ello no implica que haya otros contratos de la Administración, con pretendido régimen de derecho privado, en los cuales estén proscritas las modulaciones de derecho público. Esto resulta evidente en lo que concierne a las reglas de derecho público que afectan la ejecución, el cumplimiento y la extinción de los contratos llamados administrativos, y que dan origen a las denominadas cláusulas exorbitantes del derecho común.

B. Las llamadas cláusulas exorbitantes

Dos cuestiones deben quedar claras en torno a estas llamadas cláusulas exorbitantes: en primer lugar, como se dijo, en general no son cláusulas en el sentido de que no son estipulaciones contractuales, sino que, en realidad, son manifestaciones del poder de acción unilateral propio de la Administración Pública; y en segundo lugar, no son exorbitantes del derecho común, pues la Administración, por lo señalado anteriormente, puede utilizarlas aun en aquellas relaciones contractua-

^{56.} Véase la Resolución Nº 388, de 26-8-75, del Ministerio de Obras Públicas sobre condiciones generales de contratación para la ejecución de obras, en G.O. Nº 30.786, de 4-9-75.

^{57.} Por ejemplo, las cláusulas 09-01 y ss., en idem.

les en las cuales exista una preponderancia de régimen de derecho privado. Además, como lo ha dicho G. Vedel, la tal exorbitancia, en realidad no implica que las mismas pudieran ser ilícitas en contratos privados, sino que son desacostumbradas y poco verosímiles.⁵⁸ De allí que no sirvan como criterio para fundamentar una distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración.

Pero ¿cuáles son, en realidad, estas famosas cláusulas exorbitantes que sólo podrían darse en el campo del contrato administrativo? Eduardo García de Enterría ha hecho un magistral análisis de las mismas, ⁵⁹ que conviene repasar.

a. Las decisiones unilaterales de la Administración en la ejecución de los contratos

En primer lugar, están todas aquellas decisiones unilaterales de la Administración Pública en materia contractual, y que se refieren, como lo ha señalado la jurisprudencia venezolana, a la dirección, interpretación, incumplimiento, sanción, y extinción de la relación contractual.60 Sin embargo, como lo señala E. García de Enterría, estas cláusulas, en realidad son extracontractuales, y provienen de los poderes propios de acción unilateral de la Administración como gestora del interés público. Por ello, con razón, la jurisprudencia venezolana ha establecido que estas cláusulas no necesitan estar previstas en el texto contractual;61 por supuesto que no, pues como se dijo, no son realmente estipulaciones contractuales, ni podrían serlo. En todo caso, conforme a ello, la Administración, unilateralmente, puede decidir sobre la dirección en la ejecución del contrato, sobre la interpretación de sus cláusulas, sobre las situaciones que originan incumplimiento del contrato, sobre la aplicación de las sanciones legalmente previstas y sobre las situaciones que permiten decidir la rescisión unilateral. Estas decisiones son actos administrativos unilaterales, que gozan tanto de ejecutividad como de ejecutoriedad, y que deben ser impugnados previamente, como tales actos administrativos, antes de procederse a acudir a la vía contenciosoadministrativa de plena jurisdicción en materia contractual, salvo que

^{58.} Véase Georges Vedel: "Remarques sun la notion de clause exorbitante", en Etudes en l'honneur d' A. Mestre. Paris, 1956, pp. 545 y ss., cit. por Eduardo García de Enterria: "La figura del contrato administrativo", loc. cit., p. 122. Cfr. André de Laubadère: Traité des Contrats Administratifs. Paris, 1956, p. 99.

^{59.} Véase Eduardo García de Enterría: "La figura...", loc. cit., pp. 122 y ss.

^{60.} Véase Allan-R. Brewer-Carías: Las Instituciones Fundamentales... cit., pp. 196 y sigts.

^{61.} Idem, p. 196.

las pretensiones de condena planteadas en esta última vayan acompañadas de las respectivas pretensiones de anulación.

Estas decisiones unilaterales de la Administración, como se dijo, en general, no son cláusulas contractuales y resultan del propio poder de acción unilateral de la Administración previsto en el ordenamiento jurídico. Por supuesto, esta decisión unilateral no puede afectar elementos que sean de la esencia del vínculo jurídico contractual:⁶² por ejemplo, los daños y perjuicios por incumplimiento, si no existe cláusula penal expresa, no pueden estimarse unilateralmente, y la Administración tendrá que probarlos en vía judicial.⁶³

En todo caso, estos poderes de decisión unilateral se pueden utilizar frente a cualquier relación contractual de la Administración, sea de las que tienen un régimen preponderante de derecho público o de derecho privado; dependerá su utilización de la apreciación del interés general envuelto en la relación contractual que haga la Administración. Por ello, al no ser cláusulas contractuales, no pueden servir para distinguir unos contratos de otros.

b. Los poderes de modificación unilateral de los contratos

En segundo lugar, están todos los poderes o prerrogativas de la Administración que pueden conducir a la modificación de las cláusulas contractuales. Esto sucede, no sólo cuando es la propia administración contratante la que modifica el contrato unilateralmente, sino cuando lo hace otra autoridad pública, mediante el denominado "hecho del príncipe". De nuevo, aquí nos encontramos con el poder de acción unilateral de la Administración, que no tiene su fuente en el contrato, y que no afecta la esencia de la relación contractual.

En efecto, en caso de modificación e incluso, de rescisión unilateral del contrato por la Administración cocontratante por razón de interés público, la Administración debe indemnizar al cocontratante, por lo que la equivalencia de prestaciones, cuyo equilibrio puede ser roto por la decisión unilateral, se restablece con el derecho a indemnización. La rescisión o modificación unilateral no afectan, realmente, la esencia del contrato, y lo que no puede el cocontratante, es alegar

^{62.} Cfr., Eduardo García de Enterría: "La figura...", loc. cit., pp. 123 y 124.

^{63.} Véase Allan-R. Brewer-Carías: Las Instituciones Fundamentales... cit., p. 199.

^{64.} Véase, Eduardo García de Enterría: "La figura...", loc. cit., p. 126.

ilicitud en el poder de modificación unilateral y demandar a la Administración el cumplimiento. El incumplimiento siempre es posible en las obligaciones de hacer, y la incoercibilidad del cumplimiento específico de éstas se sustituye con la equivalencia indemnizatoria. La legalidad de la decisión unilateral que modifique o extinga un contrato, está vinculada al interés público envuelto y sus límites son los límites de la discrecionalidad, por lo que no puede ser arbitraria. 66

Por otra parte, las modificaciones contractuales derivadas del hecho del príncipe, y que también dan derecho a indemnización, de nuevo derivan de los propios poderes de acción unilateral del Estado y la Administración, con los cuales no sólo se pueden afectar contratos suscritos entre la Administración y un particular, sino contratos suscritos entre particulares: piénsese sólo, por vía de ejemplo, en los efectos de la expropiación sobre contratos interpartes.

En todo caso, la modificación unilateral de los contratos de la Administración y que proviene de decisiones unilaterales de ésta, es una facultad que ella tiene respecto de todos los contratos que suscriba, sean de régimen preponderante de derecho público o de derecho privado, es decir, sean contratos administrativos o de derecho privado. Su aplicación a las relaciones contractuales siempre será posible y dependerá de la apreciación del interés general envuelto en la situación jurídica concreta. No debe dejar de mencionarse, por ejemplo, que la decisión más importante de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela en materia de contratos administrativos, dictada en 1954,67 fue producida con motivo de un contrato suscrito entre la República y un particular para el suministro de conejos con fines de investigación y experimentación por parte del Ministerio de Agricultura y Cría. Un contrato de suministros de conejos con esos fines, realmente, no parecía, a primera vista, como un contrato de los denominados administrativos; sin embargo, por una epidemia observada en los conejos, la Administración decidió rescindirlo unilateralmente, y con ello "descubrió" que su régimen era uno preponderante de derecho público, dada la apreciación que del interés general envuelto realizó la Administración.

^{65.} Véase José Ramón Parada Vázquez: op. cit., pp. 216 y ss.

^{66.} Véase Allan-R. Brewer-Carías: "Los límites al poder discrecional de las autoridades administrativas", en Revista de la Facultad de Derecho, UCAB, Nº 2, Caracas, 1965-1966, pp. 9 y ss.

^{67.} Véase en Allan-R. Brewer-Carcías: Jurisprudencia de la Corte Suprema, 1930-1971. y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo III, Vol. 2, Caracas, 1977, pp. 661, 729, 732, 767, 804, 828 y 893.

c. Los efectos de los contratos respecto de terceros

En tercer lugar, como parte de las llamadas cláusulas exorbitantes, están todos aquellos efectos de los contratos respecto de terceros extraños a la relación contractual Administración-Administrado. En efecto, como consecuencia de ciertos contratos administrativos, particularmente de las concesiones, resulta que los terceros pueden quedar afectados por cargas específicas. 68 Por ejemplo, en las concesiones mineras y en las antiguas concesiones de hidrocarburos, el concesionario podía, por subrogación de la potestad estatal, ejercer la potestad expropiatoria respecto de inmuebles de propiedad particular necesarios para la explotación o exploración del objeto de la concesión;69 en los contratos de obra pública, el cocontratante de la Administración puede ocupar temporalmente propiedades ajenas a los efectos de la construcción contratada; 70 en las concesiones ferrocarrileras, el concesionario tiene derecho a extraer materiales de propiedades privadas cercanas a la línea del ferrocarril, a los efectos de la construcción de la misma;⁷¹ en fin, en las concesiones de servicio público, los concesionarios tienen derecho a percibir las tasas por la prestación del servicio, y a ejercer potestades de policía del servicio público.72 En ellas mismas, además, los bienes del concesionario afectados al servicio público, no son embargables de inmediato por vía judicial.73

La doctrina francesa ha visto en estas cargas o efectos respecto de terceros, una ruptura del principio de la relatividad de los efectos de los contratos, limitados a las partes. Sin embargo, es necesario destacar, como lo ha hecho André de Laubadère, que lo que se califica como efectos respecto de terceros no provienen, en realidad, del contrato Administración-Administrado, sino directamente de la ley.⁷⁴ En Venezuela, por ejemplo, son las Leyes de Minas, de Hidrocarburos, de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, de Ferrocarriles, de la Procuraduría General de la República y los cuerpos normativos lo-

^{68.} Véase Eduardo García de Enterría: "La figura...", loc. cit., pp. 126 y 127.

^{69.} Véase el artículo 9 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social. y artículo 52 de la Ley de Hidrocarburos.

^{70.} Artículos 47 y ss. de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social.

^{71.} Artículo 17 de la Ley de Ferrocarriles, del 25-7-57. (G.O. Nº 25.425, de 7-8-57).

^{72.} Por ejemplo, los artículos 32 y ss. de la vieja Ley de Concesiones Ferrocarrileras de 1918, derogada por la ley de 1957.

Véase art. 46 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, de 20-12-65 (G.O. Nº 27.921, de 22-12-65).

^{74.} Véase André de Laubadère: Traité des Contrats Administratifs. Cit., Tomo II, pp. 86 y ss.

cales de servicios públicos, los que prevén estos efectos respecto de terceros. Por tanto, no son los contratos los que tienen efectos respecto de terceros, sino las previsiones legales respectivas, actualizadas y concretizadas mediante una relación contractual.

Estas "cláusulas exorbitantes", en todo caso, además de no ser, exclusivamente, tales cláusulas, su posibilidad está regulada por ley, y es ésta la que establece, al preverlas, en definitiva, una preponderancia de régimen de derecho público, al que hemos hecho referencia.

C. La ausencia de un régimen jurídico unitario para los contratos de la Administración con régimen preponderante de derecho público

Tal como hemos señalado, en el universo de las figuras contractuales del actuar administrativo, pueden identificarse algunos contratos que, por su utilización frecuente para fines públicos o por la finalidad concreta de servicio público perseguida, están sometidos a un régimen mixto público y privado, pero preponderante público en cuanto a la ejecución, cumplimiento y extinción de los contratos. Estos contratos, normalmente, se los denomina administrativos.

Ahora bien, en esta categoría de contratos, es necesario puntualizar que los mismos no tienen, en absoluto, un régimen uniforme de preponderancia de derecho público. No encontramos en todos ellos las mismas cláusulas exorbitantes ni las mismas normas de derecho público. Basta recordar, de nuevo, los ejemplos citados anteriormente respecto de los efectos de los contratos con relación a terceros. Las normas de derecho público variarán, según la mayor o menor regulación legal positiva de que haya sido objeto la figura contractual. Por tanto, frente a los contratos administrativos, ni siquiera podemos hablar de un régimen unitario preponderante de derecho público.

IV. CONCLUSION

Nuestro tema consistía en exponer la evolución del concepto de contrato administrativo. Creo que los planteamientos formulados han cumplido su cometido.

En todo caso, la evolución que nosotros observamos en grandes líneas, se puede resumir en los siguientes trazos:

1) En Francia, durante el siglo pasado, no se planteaba la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado

68 ALLAN-R. BREWER CARL...

de la Administración: los contratos de la Administración tenían un solo régimen jurídico y su conocimiento correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa en virtud de su competencia con fundamento orgánico. Cuando se formula el criterio diferenciador de actos de autoridad y actos de gestión, a pesar de que a los contratos se los ubicaba en esta última categoría, su control jurisdiccional, por vía de excepción, continuaba bajo la competencia de la jurisdicción administrativa.

- 2) Con la aparición del criterio de servicio público, a principios del presente siglo, como criterio del derecho administrativo, no sólo se consolida la autonomía de esta disciplina, sino que se comienzan a sustantivizar las diversas instituciones utilizadas en el actuar administrativo. Los contratos administrativos quedaron vinculados a la noción de servicio público, y los mismos caían bajo la competencia de la jurisdicción administrativa. Los otros contratos que celebraba la Administración, caían bajo la competencia de la jurisdicción judicial, con lo que se rompió la unidad adjetiva y jurisdiccional en materia contractual. Se diferenció, entonces, al contrato administrativo del contrato de derecho privado de la Administración, y se sustantivizó el primero, como un contrato típico del derecho administrativo, por oposición al de derecho civil, identificable jurídicamente por la presencia en elios de cláusulas exorbitantes del derecho común.
- 3) Ante el abandono del criterio del servicio público, ya la teoría del contrato administrativo había desarrollado una sustantividad tal que, básicamente, estaba fundamentada en la presencia de las cláusulas exorbitantes. Ello era suficiente para seguir sosteniendo la distinción, a los solos efectos jurisdiccionales, como criterio de repartición de competencias.
- 4) Esta teoría del contrato administrativo, materialmente fue la que se recibió en los países como los nuestros, cuyos sistemas jurídicos han sido tributarios del derecho francés. Importamos, en general, la distinción teórica, pero sin la justificación jurisdiccional práctica. Por ello, la doctrina universal trató de justificar la distinción, formulando los más variados y diversos criterios.
- 5) En la actualidad, consolidada y madurada la doctrina administrativa en los países latinoamericanos, se comienza a observar, al igual que en la doctrina española, un proceso de revisión y crítica a la distinción importada y trabajada. No existiendo, en general, una repartición de jurisdicciones a la usanza francesa, y no necesitando actualmente el derecho administrativo de sustantivizar sus instituciones por

oposición al derecho civil, de donde provienen la mayoría, el problema de los contratos administrativos se plantea en otros términos.

- 6) En realidad, toda la actividad contractual de la Administración es de carácter administrativo. No hay contratos privados de la Administración. Todos los contratos de la Administración tienen un régimen mixto de derecho público y de derecho privado. Una parte sustancial de dicho régimen es común a todos los contratos, y es de derecho público. Se trata de las normas relativas a la formación del contrato. En materia de ejecución, cumplimiento y extinción del contrato, el régimen será preponderante de derecho público o preponderante de derecho privado, según la finalidad de servicio público perseguida por la Administración. Pero ello no autoriza a plantear una distinción y régimen estático. La gestión del interés general puede hacer variar las condiciones de ejecución, según la apreciación de la Administración, y por tanto, la preponderancia del régimen.
- 7) En todo caso, esta preponderancia de régimen de derecho público proviene, en general, de poderes propios de acción unilateral de la Administración y no tienen su fuente en el contrato. Por otra parte, no se presenta este régimen como uniforme en los llamados contratos administrativos, pues varía según los cuerpos normativos que regulan cada figura contractual.
- 8) En definitiva, la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración está en la actualidad superada, y ya no tiene interés jurídico. Insistimos, toda la actividad contractual de la Administración es administrativa, y habrá, en ciertos contratos, según la finalidad de servicio público perseguida, una preponderancia de régimen de derecho público. Si a estos contratos los queremos llamar contratos administrativos, ello será por puro convencionalismo y tradición terminológica legítima, pero no porque sean opuestos a los contratos de derecho privado que celebre la Administración.

EL FUNCIONARIO PUBLICO Y LA LEGISLACION LABORAL*

JESUS CABALLERO ORTIZ

SUMARIO

Introducción. I. La exclusión de los funcionarios públicos del campo de aplicación de la legislación laboral. 1. Fundamentos de la exclusión. A. La previsión legal. B. Las razones de orden estatutario. 2. Principales consecuencias de la exclusión. A. Fijación unilateral de la remuneración. B. Derecho de sindicación sui generis. C. La jurisdicción administrativa. D. El condicionamiento del derecho de huelga. II. Influencias ejercidas por el derecho del trabajo en el campo de la función pública. 1. La aceptación del Derecho del Trabajo. A. Aceptación del Derecho del Trabajo. B. Aceptación del Derecho del Trabajo. C. Aplicación genérica del Derecho del Trabajo. 2. Las resistencias del Derecho y la aceptación en los hechos: la contratación colectiva. A. Razones de la contratación colectiva. B. Problemas derivados del contenido del contrato colectivo con respecto al Derecho de la Función Pública. C. Posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la validez de los contratos colectivos suscritos por la Administración con sus funcionarios. D. Nuestra opinión. Conclusión

INTRODUCCION

Diversas razones explican la exclusión de los funcionarios públicos de la legislación laboral y, a su vez, justifican la existencia del Derecho de la Función Pública, sector importante del Derecho Administrativo (I). Sin embargo, las influencias ejercidas por el Derecho del Trabajo en el campo de la función pública son de tal magnitud, que necesa-

^{*} En el presente artículo no nos referiremos a los funcionarios mencionados en los ordinales 1º al 5º del artículo 5º de la Ley de Carrera Administrativa (funcionarios al servicio del Poder Legislativo, del Poder Judicial, del Consejo Supremo Electoral, del Ministerio Público, etc.).

riamente deben ser objeto de atención (II). Ellas son la consecuencia de hechos sociales en plena mutación, que no han permitido trazar un camino definitivo al Derecho de la Función Pública en nuestro país.

I. LA EXCLUSION DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS DEL CAMPO DE APLICACION DE LA LEGISLACION LABORAL**

La ideología liberal, en una forma simple, en éste como en otros campos del Derecho, ha dejado sentir su influencia para distinguir entre actividades públicas y actividades privadas. A dos mundos fundamentalmente distintos por sus fines deben corresponder dos órdenes jurídicos diferentes: el Derecho de la Función Pública y el Derecho del Trabajo.¹

En las notas se ha utilizado las siguientes abreviaturas: AJDA: L'Actualit's Juridique, Droit Administratif, Revista mensual, París; CAP: Comisión de Administración Pública. Caracas; CGR: Contraloría General de la República; CJ: Consultoría Jurídica; CJEG: Cabiers Juridiques de l'electricité et du gaz, Revista mensual editada por Electricité de France y Gaz de France, París; CMA: Corporación de Mercadeo Agricola: CSI: Corte Suprema de Justicia; CVP: Corporación Venezolana de Petróleo; D: Decreto; DDCD: Diario de Debates de la Cámara de Diputados; DDS: Diario de Debates del Senado, Caracas; DF: Distrito Federal; DPGR: Doctrina de la Procuraduria General de la República, Caracas; FGR: Fiscalía General de la República; FIV: Fondo de Inversiones de Venezuela; GO: Gaceta Oficial, número ordinario, Caracas; GOE: Gaceta Oficial, número Extraordinario, Caracas; IAAFE: Instituto Autónomo Administración de Ferrocarriles del Estado; IAN: Instituto Agrario Nacional; ICAP: Instituto de Crédito Agrícola y Pecuario; IVSS: Instituto Venezolano de los Seguros Sociales; JTR: Jurisprudencia de los Tribunales de la Re-pública, publicación del Ministerio de Justicia, Caracas; LAV: Línea Aeropostal Venezolana; LGDJ: Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence, París; LORP: Lev Orgánica de Régimen Presumuestario; OCP: Oficina Central de Personal, adscrita a la Presidencia de la República, Caracas; OIT: Organización Internacional del Trabajo; PGR: Procuraduría General de la República; PUF: Presses Universitaires de France, Paris: RCF: Revissa de Control Fiscal, publicación trimestrel de la Contraloría General de la República, Caracas; RDC: Revista de Derecho Contemporáneo, editada por la Asociación Internacional de Juristas Democráticos, Bruselas (edición española), y Revue de Drois Contemporán, editada por la Asociación Internacional de Juristas Democráticos, Bruselas (edición francesa); RDL: Revista de Derecho y Legislación, dirigida por el doctor Alejandro Pietri, Caracas; RDP: Revista de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas; RFD: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas; RFD-UCAB: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas; RFD-UZ: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad del Zulia, Maracaibo; RIVDS: Revista del Instituto Venezolano de Derecho Social, Caracas; RT: Revista del Trabajo, publicada por el Ministerio del Trabajo, Caracas; SCCMT: Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo; SPA: Sala Político Administrativa; TCA: Tribunal de la Carrera Administrativa; UCV: Universidad Central de Venezuela.

^{1.} V. entre otros, Rivero, Jean: Vers la fin du Droit de la fonction publique, Recueil Dalloz, Chronique, 1947, p. 37. Este postulado, así sencillamente formulado—obviamente—, es objeto de comentarios por el propio autor; además, como se sabe, desde hace ya algunos años se viene hablando sobre la necesidad de un derecho común que cancele la dicotomía jurídica de lo público y lo privado. V. por ejemplo, Bullinger, Martín: Derecho Público y Derecho Privado, IEA, Madrid, 1976, pp. 13 y ss.

1. Fundamentos de la exclusión

La exclusión de los funcionarios públicos de la legislación laboral ha sido consagrada especialmente en nuestro ordenamiento jurídico. Además, subyacente en dicho ordenamiento se encuentran las razones doctrinales que derivan del carácter estatutario de la vinculación que une al funcionario público con la Administración.

A. La previsión legal

Los funcionarios públicos han quedado excluidos del campo de aplicación de la legislación laboral, de conformidad con lo previsto en el artículo 6º de la Ley del Trabajo.² Tal disposición, originalmente prevista en el Reglamento de la Ley del Trabajo del 30 de noviembre de 1938,³ pasó a formar parte del texto de la ley desde 1945.⁴

Ahora bien, en virtud de que la ley no aportaba definición alguna de la noción de funcionario público, la jurisprudencia, a objeto de delimitar con precisión las fronteras del Derecho del Trabajo, se vio en la necesidad de determinar un concepto de dicha noción. Los principales criterios que sostuvo fueron los siguientes:

- a) El criterio de los actos de autoridad, según el cual sólo serían considerados funcionarios públicos aquellos que realizaren actos de autoridad y no de gestión; estos últimos se encontrarían regidos por el Derecho del Trabajo; tal punto de vista fue prontamente desestimado.⁵
- b) El criterio del nombramiento, lo cual fue decisivo para la jurisprudencia durante un determinado período. Hoy la Ley de Carrera Administrativa, en la definición que aporta del funcionario público de carrera, lo incluye como un elemento de la noción. Sin embargo, desde hace ya tiempo la jurisdicción laboral abandonó tal criterio, ya que la Administración tendió a ampararse en el cumplimiento de tal formali-

enezola-

 [&]quot;No estarán sometidos a las disposiciones de esta ley y de su reglamentación, los miembros de cuerpos armados ni los funcionarios o empleados públicos...".

^{3.} Aunque con distinta redacción, v. Art. 2º.

^{4.} V. Art. 6° de la ley del 4 de mayo de 1945.

^{5.} V. Afonzo Guzmán, Rafael I.: Estudio Analítico de la Ley del Trabaio Venezolana, Cursos de Derecho, UCV; Caracas, 1967, Tomo I, p. 165, y Marín Quijada, Enrique: La Delimitación conceptual de la noción de Funcionario Público en la Ley de Carrera Administrativa, Cuadernos Colección Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UCV, Instituto de Derecho Privado, Caracas, 1974, p. 32.

^{6.} V. a título de ejemplo, la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia En lo Civil y Mercantil del Estado Apure, en fecha 27 de junio de 1952, en JTR, Vol. II, Año 1952, p. 563.

^{7.} V. Art. 3 de la Ley de Carrera Administrativa.

dad, a los fines de negar los derechos acordados por la Ley del Trabajo a los obreros que por error ingresaban por nombramiento.⁸ Acertadamente la jurisprudencia contencioso-administrativa, a los fines de la aplicación del estatuto protector del funcionario público, tampoco considera la formalidad del nombramiento como un elemento esencial de la noción. Así, ha admitido que el personal contratado debe ser considerado como funcionario público cuando realiza funciones idénticas, con la misma responsabilidad, el mismo horario y la misma remuneración de un funcionario que haya ingresado por nombramiento.⁹ Se adopta así la tesis de Sayagués Laso, conforme a la cual el nombramiento no es indispensable para el ingreso a la función pública y obtener la calificación de funcionario público.¹⁰

- c) El criterio del servicio público, acogido por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, en sentencia de fecha 30 de julio de 1963. En dicha decisión la Corte considera que los empleados del Instituto de la Ciudad Universitaria, por constituir éste un servicio público, quedaban semetidos al derecho público, adoptando así, como lo hará en otras oportunidades, la noción orgánica de servicio público. Diversas críticas pueden ser formuladas al criterio de la Corte; baste sólo señalar, para demostrar el peligro de recurrir a una noción tan vaga como la del servicio público en nuestro ordenamiento jurídico, aun situándonos sólo bajo el punto de vista orgánico, que la Corte ha tomado como fundamento la noción orgánica del servicio público para justificar el hecho de que una empresa del Estado, como la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela, quede excluida de la competencia fiscal municipal, empresa donde todos sus trabajadores —cmpleados y obreros— se rigen por el Derecho del Trabajo.
- d) Por último, el criterio de la actividad no económica, acogido originalmente en el dictamen de la Oficina Nacional del Trabajo, de fecha 1º de febrero de 1937, en los siguientes términos:

8. V. los interesantes comentarios de Caldera, Rafael, en Derecho del Trabajo, 2º ed., Edit. El Ateneo, Tomo I, Buenos Aires, 1960. p. 248.

 V. Sayagués Laso Enrique: Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, 1959, Tomo I, pp. 263 y 293; cf. Lares Martínez, Eloy: Manual de Derecho Administrativo, 4º edic., UCV, Caracas, 1978, p. 379.

11. V. GO 27219, del 14-08-1963.

^{9.} V. la sentencia del TCA, de fecha 28 de septiembre de 1975, la de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo. del 27-5-80. en RDP. Nº 3, p. 189, y Marín Quijada, Enrique: "Funcionarios Públicos y Carrera Administrativa", en Libro Homenaje a Rafael Pizani, UCV, Caracas, 1979, pp. 179 y ss.

^{12.} V. la sentencia del 5 de octubre de 1970, en GOE, Nº 1447, del 15-12-1970.

"Las personas jurídicas de carácter público son patronos respecto de sus empresas, explotaciones, establecimientos o faenas relativas al régimen económico; es decir, respecto de sus empresas, etc., que si pertenecieran a una persona natural, o a una persona jurídica de carácter privado, tendría por función u objeto propios y característicos los de concurrir de modo directo y exclusivo a la producción y a la circulación de la riqueza..."; en cambio, "aquellas personas jurídicas de carácter público no son patronos respecto de sus oficinas, establecimientos, obras o servicios concernientes a la vida o régimen político o administrativo".13

En base a tal criterio, la citada Oficina consideró que los empleados de un servicio municipal "cuya actividad pueda asimilarse a una actividad económica..." eran trabajadores sometidos a la Ley del Trabajo.¹⁴

Hemos señalado ya que el Reglamento de la Ley del Trabajo de 1938 excluyó a los funcionarios públicos, sin ninguna distinción, del campo de aplicación de la legislación laboral, por lo cual, tratándose de una opinión sustentada antes de la entrada en vigencia de dicho Reglamento, la misma carecería de mayor interés. Sin embargo, el mismo criterio fue sustentado por la jurisprudencia con posterioridad al Reglamento de 1938; así, en sentencia dictada el 14 de agosto de 1942, el Juzgado Segundo de Primera Instancia del Trabajo del Distrito Federal sostuvo que el Instituto Autónomo Ganadera Industrial Venezolana, no obstante su carácter de entidad de carácter público, pero dada su actividad mercantil, quedaba sometido al Derecho del Trabajo, tanto por la que respecta a los empleados como a los obreros.¹⁵

A la misma conclusión arribó el citado tribunal con respecto al Banco Agrícola y Pecuario, aun cuando se utilizaron razonamientos distintos, en sentencia del 27 de junio de 1944, al considerar que dicha entidad no era una persona de carácter público sino de carácter privado, por ejercer una actividad de índole mercantil.¹6 Como era de suponer, no obstante el interés que presentaban estas decisiones, el Tribunal de Alzada se manifestó categóricamente por las tesis de que los institutos

^{13.} V. Resumen de la jurisprudencia de la Oficina Nacional del Trabajo en los años de 1936 y 1937, Tomo I, Ministerio del Trabajo y de Comunicaciones, Ed. Bolívar, Caracas, 1940, p. 5.

^{14.} Ibidem, pp. 11 y 12.

V. Parisca Mendoza, Carlos: Jurisprudencia del Trabajo, 1941-1944, Edic. Librería Caracas, 1944, p. 71.

V. Parisca Mendoza, Carlos: Jurisprudencia del Trabajo, 1944-1946, Tipografía Garrido, Caracas, 1947, p. 100.

autónomos eran personas morales de carácter público.¹⁷ Sin embargo, aun sin tomar en cuenta la naturaleza pública o privada del organismo, algunos tribunales continuaron pronunciándose, durante un cierto tiempo, en el sentido de considerar a las personas que realizasen "una labor de carácter económico", como trabajadores sometidos a la Ley del Trabajo.¹⁸

El criterio contenido en las decisiones que hemos comentado, aun cuando históricamente puede considerarse superado, pues ya hoy ningún tribunal podría correctamente decidir que el carácter no económico de la función realizada constituye un elemento de la noción del funcionario público, tenía el mérito de tomar en cuenta fundamentalmente la naturaleza de la actividad y no el carácter del organismo al cual se le prestan servicios. Además, otros países (Francia, por ejemplo) parten del carácter económico de la actividad realizada para considerar al personal de los servicios públicos industriales y comerciales como sometido al derecho privado, 19 sin que tal criterio sufra modificación por ser a un establecimiento público a quien se le prestan los servicios.

Por otra parte, los postulados contenidos en las decisiones jurisprudenciales citadas trataban de abrir nuevas vías con el objeto de resolver las desigualdades existentes entre el personal sometido al Derecho de la Función Pública y el sometido al Derecho del Trabajo, lo que era aún más evidente antes de la entrada en vigencia de la Ley de Carrera Administrativa. Sin embargo, todo ello significaba establecer una

17. V. la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Trabajo, en fecha 28 de marzo de 1945, con motivo de un juicio seguido contra LAV, en op. cit., en la nota anterior, p. 109.

^{18.} V. la sentencia del Tribunal Superior Segundo del Trabajo, de fecha 13 de abril de 1950, en Febres Cordero, Carlos: Legislación y Doctrina Judicial del Trabajo, Tomo I, Caracas, 1955, p. 409. Nótese que en este caso concreto el tribunal no se refiere a la actividad económica del organismo, sino a la actividad de la persona física que la realiza: "...E.S., al desempeñar en la Lotería de Beneficencia Pública del Estado As. el cargo de sellador de billetes, realizó una labor de carácter económico no exclusiva ni propia de un empleado público, ni privativa del Estado, por lo cual debe ser considerada como una trabajadora sometida a las disposiciones de la Ley del Trabajo...".

^{19.} Con la sola excepción del agente encargado ed la administración general de los servicios y del jefe de la contabilidad (si tiene la condición de contador público), V el fallo del Consejo de Estado, de 26 de enero de 1923, "Robert Lefregeyre", en Long, M., Weil, P. y Braibant, G.: Les grand arrêts de la jurisprudence administrative, Sirey, París, 1974, p. 175, y el fallo del 8 de marzo de 1957 del mismo Consejo de Estado, "Jalenques de Labeau", en AJDA, 1957, p. 195. Tal excepción no significa que deba reconocerse a los agentes de dirección la categoría de funcionario público por el solo hecho de ejercer funciones de autoridad. Ello significa simplemente que estos dos agentes están regidos por las reglas del derecho público y por la jurisdicción administrativa. V. Duprilot. Jean Pierre: "Les modifications de statut des établissements publics et leurs consequences sur le régime juridique de leurs personnels", en AJDA, diciembre 1972, p. 604.

distinción que la ley no permitía. Es ésta la razón por lo que en la actualidad, para determinar el carácter de funcionario público, basta con precisar si se trata de un empleado u obrero y la naturaleza jurídica del organismo donde presta sus servicios; si prevalece la actividad intelectual sobre la física y, a su vez, los servicios son prestados en un ente estatal de derecho público,²⁰ nos encontramos en presencia de un funcionario. Como antes hemos señalado, el nombramiento no es considerado por la jurisprudencia como un elemento indispensable.

Reseñados así los principales criterios que la jurisprudencia se vio en la necesidad de desarrollar, a los fines de aplicar cabalmente el artículo 6° de la Ley del Trabajo, veamos ahora las razones doctrinales que justifican la exclusión de los funcionarios públicos de la legislación laboral.

B. Las razones de orden estatutario

Una disposición similar a la contenida en el artículo 5º del Estatuto General francés de la función pública de 1959, conforme a la cual el funcionario se encuentra en una situación legal y reglamentaria, no existe en Venezuela. No obstante, la ausencia de una norma expresa como la señalada, no impide que la naturaleza jurídica de la relación que se establece entre el ente público y el funcionario sea estatutaria, es decir, reglamentada en forma unilateral por el Estado. En efecto, el estatuto del funcionario público ha sido dictado por la Ley de Carrera Administrativa ²¹ y sus reglamentos de aplicación, es decir, por vía general e impersonal. El Estado puede modificarlo unilateralmente, según los intereses de la colectividad. ²² En base a esta naturaleza estatutaria, nuestra jurisprudencia ha reconocido la imposibilidad de establecer, por vía contractual, un régimen distinto que reemplace al previsto en los textos normativos. ²³

^{20.} Esta última consideración admite algunas excepciones, como en el caso del Instituto Postal Telegráfico y de algunas sociedades creadas por ley.

^{21.} Valga en este punto señalar que no obstante su denominación de Ley de Carrera Administrativa, dicha ley no regula ese solo aspecto de la función públic.a V. el prólogo de Moles Caubet, Antonio, al libro de Rondón de Sansó, Hildegard: El Sistema contencioso-administrativo en la Ley de Carrera Administrativa. Edic. Magon, Caracas. 1974, p. 19.

^{22.} V. sobre el particular Brewer-Carías, Allan R.: El Estatuto del funcionario público en la Ley de Carrera Administrativa, CAP. Caracas, 1971, p. 6, y Marín Quijada, Enrique: La delimitación..., op. cit., p. 36.

^{23.} V. la sentencia de la CSJ en SPA, de fecha 3 de mayo de 1977, en Pierre Tapia, Oscar R.: *Jurisprudencia de la Corte Suprema*, mayo 1977, N° 5, p. 33. Más adelante volveremos sobre este punto.

La relación estatutaria que se establece entre el ente público y el funcionario es, además, de naturaleza pública, sometida al Derecho Público. Añadimos esta última característica porque, aunque ella pueda parecer obvia, existen ordenamientos en los cuales, no obstante el carácter estatutario de la relación, los servidores de algunos organismos se encuentran sometidos en principio al derecho privado,²⁴ por ejemplo, en Francia, por lo que respecta al personal de ciertos establecimientos públicos como "Gas de Francia" y "Electricidad de Francia".²⁵

2. Principales consecuencias de la exclusión

De la situación estatutaria en la que se encuentra un funcionario público derivan diversas consecuencias a las cuales nos referiremos de seguidas.

A. Fijación unilateral de la remuneración

La fijación unilateral de la remuneración por el Estado constituye un elemento de la situación legal y reglamentaria en que se encuentra el funcionario público.²⁶ En principio, tal sistema no puede dar lugar a modificaciones derivadas de la libre discusión, tanto en el plano individual como en el colectivo, de las condiciones de trabajo.

Sin embargo, como veremos más adelante, algunos organismos públicos han celebrado, bajo diversas denominaciones, contratos colectivos que prevén remuneraciones distintas a las establecidas en el Reglamento respectivo.

^{24.} Aunque exceptuades del régimen de la contratación co'ectiva.

^{25.} La intervención del Estado, a través del Estatuto, no modifica la naturaleza jurídica de la relación, la cual mantiene su carácter privado. Sobre el particular ha dicho Dufan: "En virtud de que en las empresas públicas cuyos agentes se encuentran regidos por un estatuto no hay lugar para la contratación colectiva ni para el contrato de trabajo, diremos simplemente que tales agentes se encuentran en una situación reglamentaria de derecho privado". V. Dufau, Jean: Les entreprires publiques. Edition de l'Actualité Juridique, París, 1973, p. 167. Sin embargo, en tales empresas existen "convenciones sociales" al margen de la ley. V. igualmente Auby, Jean Marie y Ducos Ader, Robert: Droit Administratif (la fonction publique, les biens publics, les travaux publics), Précis Dalloz, París, 1979, p. 36.

^{26.} El sistema mensual de remuneración incluye el sueldo y las compensaciones (artículo 42 de la Ley de Carreta Administrativa), es decir, los incrementos por concepto de capacitación, antigüedad y servicio eficiente (Art. 21 del Reglamento Parcial sobre los Sistemas de Clasificación de Cargos y de Remuneraciones, de 31 de enero de 1980, en GOE 2556, del 1º de febrero de 1980). Este sistema se fundamenta en una escala de sueldos dividida en grados con montos mínimos intermedios y máximos. Cada cargo debe ser a ignado al grado correspondiente según el sistema de c'asificación y numeración, de acuerdo a las tarifas previstas en la escala. Las tarifas han sido estructuradas de manera que el funcionario pueda obtener aumentos de sueldo por servicio eficiente y antigüedad dentro de la escala.

Por otra parte, al darse cuenta de los problemas derivados de la aplicación rígida del Reglamento sobre los Sistemas de Clasificación de Cargos y de Remuneraciones en ciertos organismos, el legislador previó que los institutos autónomos pudiesen modificarlos, previa autorización del Ejecutivo Nacional.²⁷ Haciendo uso de esta facultad, el Ejecutivo ha autorizado a la Corporación Venezolana de Guayana para modificar su sistema de clasificación y de remuneración de cargos, con la finalidad de facilitar el reclutamiento de personal de alta calificación técnica, y lograr así una política adecuada de desarrollo de recursos humanos, necesaria para la cabal ejecución de los planes previstos.²⁸ De la misma manera, el Instituto Nacional de Deportes tiene establecido un sistema especial de clasificación de cargos y remuneraciones para los entrenadores deportivos ²⁹ y el Fondo Nacional de Investigaciones Agropecuarias para los investigadores y técnicos asociados a la investigación.³⁰

Si el procedimiento empleado con respecto a los institutos autónomos mencionados no abriga dudas en cuanto a su legalidad, las resoluciones dictadas por el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social con respecto a ciertas formas remunerativas de los médicos, enfermeras, radiólogos y odontólogos tienen en cambio una sustentación legal bastante deleznable. En efecto, la "Resolución reglamentaria para el cálculo de las compensaciones y asignaciones para los médicos al servicio del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social por concepto de antigüedad, eficiencia y capacitación"; 31 la que fija las remuneraciones de las enfermeras 32 y las que establecen primas para los radiólogos 33 y odontólogos,34 se han fundamentado en el artículo 10 de la Ley de Sanidad Nacional, disposición esta que en forma genérica faculta al Ejecutivo para dictar los reglamentos y resoluciones que fueren necesarios para la mejor organización y funcionamiento del servicio de sanidad, pero que en ningún caso puede comprender materias para las cuales una ley posterior ha fijado el mecanismo normativo correspondiente.35

V. Art. 58 de la LORP, en GOE 2712, del 30-12-1980. Se trataba del Art. 57 de la Ley derogada publicada en la GOE 1893, del 30-7-76.

^{28.} V. D. 2517, del 27 de diciembre de 1977, en GO 31393, del 29-12-1977.

^{29.} V. D. 2543, de 10-1-78, en GO 31428, del 15-2-1978.

^{30.} V. D. 686, del 17 de julio de 1980, en GOE 2631, del 21-7-1980.

^{31.} GO 31788, del 31-7-79.

^{32.} GO 31927, del 20-2-1980.

^{33.} GO 32014, del 27-6-1980.

^{34.} GO 32024, del 11-7-1980.

^{35.} Art. 43 de la Ley de Carrera Administrativa.

B. Derecho de sindicación sui generis

La Ley de Carrera Administrativa ha reconocido expresamente a los funcionarios la facultad de organizarse sindicalmente para la defensa y protección de sus derechos. A tales fines, en cada organismo público dos directivos sindicales tienen derecho a que se les conceda permiso remunerado para el cumplimiento de sus funciones.³⁶

El derecho de sindicación obedece sin embargo a reglas totalmente diferentes de las que rigen el sindicalismo en la legislación laboral, ya que tal derecho no conlleva la contratación colectiva ni la huelga.³⁷ Por otra parte, las normas sobre organización y funcionamiento son diferentes: deben constituirse con el diez por ciento por lo menos del total de los funcionarios del organismo, sin que en ningún caso el número pueda ser inferior a 100.³⁸

La misma observación que hemos formulado con respecto a la remuneración fijada por contratos colectivos es válida por lo que respecta a los sindicatos de funcionarios públicos. La existencia, en ciertos organismos públicos (antes de la promulgación de la Ley de Carrera Administrativa), de verdaderos sindicatos organizados conforme al derecho del trabajo, ha hecho inevitable la contratación colectiva.

C. La jurisdicción administrativa

Otra consecuencia de la situación legal y reglamentaria de derecho público en que se encuentra el funcionario, es la sumisión a la jurisdicción administrativa de los litigios a los cuales pudiera dar lugar la relación funcionario-ente público.

En base a estos postulados, la Ley de Carrera Administrativa ha previsto que todos los actos administrativos dictados en ejecución de la Ley son recurribles por ante la jurisdicción contencioso-administrati-

^{36.} V. Art. 23 de la Ley de Carrera Administrativa. En algunos países el derecho de sindicación de los funcionarios públicos ha sido consagrado constitucionalmente. V. Art. 103, ordinal 3º de la Constitución española, del 27 de diciembre de 1978. Se trata también de un derecho de sindicación sur generis: "La ley regulará... las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación".

^{37.} Esta es la razón por la cual Parada Vásquez califica al sindicalismo funcionarial de "anómalo". V. Parada Vásquez, J. Ramón: Sindicatos y asociaciones de funcionarios públicos, Ed. Tecnos, Madrid, 1960, pp. 22 y 23; Cf. Brewer-Carías, Allan R.: E. Estauto de Funcionario Público en la Ley de Carrera Administrativa, op. cit., pp. 91 y 193, y la sentencia del TCA de fecha 19 de febrero de 1973, en Conceptos jurisprudenciales del Tribunal de la Carrera Administrativa, publicación de la OCP, Caracas, 1975, p. 141.

^{38.} V. Art. 8 del Reglamento sobre los Sindicatos de Funcionarios Públicos, del 28 de abril de 1971, en GO 29497, del 30-4-71.

va,³⁹ la cual es competente para anular los actos administrativos contrarios a derecho y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.⁴⁰ A tal fin, la ley ha creado un tribunal especial denominado Tribunal de la Carrera Administrativa, competente para conocer en primera instancia de las reclamaciones que formulen los funcionarios sujetos a la citada ley.⁴¹

Tenemos entonces en Venezuela una jurisdicción administrativa especial por lo que respecta a la función pública. En Francia, una fórmula similar constituyó una da las opciones que fueron estudiadas con motivo de la reforma del contencioso-administrativo en 1953; por la misma muchos demostraron su conformidad; sin embargo, no fue adoptada.⁴²

De la apelación de las decisiones del Tribunal de la Carrera Administrativa conocía la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, pero, entre otras razones, en vista del volumen considerable alcanzado por el contencioso de la función pública —especialmente por lo que respecta a la estabilidad de los funcionarios de carrera—, la nueva Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia creó un tribunal denominado Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, ⁴³ competente para conocer —entre otros recursos— de las apelaciones que se interpongan contra las decisiones dictadas en primera instancia por los tribunales que deciden los recursos especiales contencioso-administrativos, uno de los cuales es el recurso relacionado con la situación del funcionario público. ⁴⁴

D. El condicionamiento del derecho de huelga

De conformidad con la Constitución, los trabajadores tienen el derecho de huelga dentro de las condiciones que fije la ley. En los servicios públicos —dice el constituyente— este derecho se ejercerá en los

^{39.} Art. 64 de la Ley de Carrera Administrativa.

^{40.} Art. 206 de la Constitución

^{41.} Art. 71 y siguientes de la Ley de Carrera Administrativa. Antes de la promulgación de la Ley de Carrera Administrativa, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia tenía competencia en única instancia para conocer de los litigios relacionados con la situación de los funcionarios públicos.

^{42.} V. de Laubadere, André: Traité de Droit Administratif, París, LGDJ, Tomo II, 6º edic., 1975, p. 112.

^{43.} V. Art. 184 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, de 30 de julio de 1976, en GOE 1893, del 30-7-1976.

V. Art. 185, Nº 4, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en GOE cit.

casos en que dicha ley lo determine.⁴⁵ Sin embargo, no existe en Venezuela una ley especial que regule las condiciones bajo las cuales los trabajadores podrán ejercer tal derecho y que determine los casos en que el mismo podrá ejercerse en los servicios públicos.⁴⁶

Situación bastante similar se presenta en Francia e Italia. En el primero de los países nombrados la Constitución ha previsto que "el derecho de huelga se ejerce dentro del marco de las leyes que lo reglamenten". Ahora bien, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, en ausencia de ley citada, la Administración dispone del poder de reglamentar el derecho de huelga, así como de aportar determinadas limitaciones con el fin de evitar un uso abusivo de la misma, o contrario a las necesidades del orden público, iurisprudencia que se aplica por igual a funcionarios y no funcionarios de los servicios públicos.

Por otra parte, la ley del 31 de julio de 1963, sobre ciertas modalidades de huelga en los servicios públicos, no ha cambiado la jurisprudencia a la que antes hemos hecho referencia ya que, tal como señala la exposición de motivos de la misma, ella no reglamenta todas las condiciones de ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos,⁵⁰ limitándose fundamentalmente a prohibir las llamadas huelgas "turnantes" y a imponer un preaviso de cinco días a la autoridad jerárquica, antes de la iniciación de la huelga.⁵¹

En Italia, la Constitución, en su artículo 40, ha proclamado que "el derecho de huelga se ejercerá respetando las leyes que lo reglamen-

^{45.} Art. 92 de la Constitución. Con este último señalamiento puede en Venezuela considerarse como superada la tesis conforme a la cual huelga y servicio público son términos inconciliables, y nociones antinómicas, calificativos empleados por Alfonzo Mejía, en 1956. V. "La huelga de los servicios públicos", en RDL, Año XLV, Nº 545, octubre 1956, pp. 240 y 241.

La Ley de Carrera Administrativa no contiene disposición alguna sobre el particular.
 V. preámbulo de la Constitución de 1946, vigente por mandato de la Constitución de 1958, y Morange, Georges: Les Gréves et l'Etat, Recueil Dalloz, Chronique, 1947, p. 117.

^{48.} V. el fallo del Consejo de Estado del 7 de julio de 1950, "DEHAENE", en Long, M. Weil, P., y Braibant, G.: Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, op. cit., p. 339, el fallo del mismo Consejo del 18 de enero de 1980, "Syndicat CFDT des PTT du Haut Rhin", en AJDA, febrero de 1980, p. 99 y la decisión del Consejo Constitucional del 25 de julio de 1979, en CJEG, N° 346, junio 1980, p. 84.

V. la sentencia de la Sala Civil de Casación del 27 de enero de 1956, en Dalloz, 1956, p. 81, y Camerlynck, G. H., y Lyón-Caen, Gérard: Droit du Travail, Précis Dalloz, 8* ed., 1976, p. 681.

^{50.} V. Long, M.; Weil, P., y Braibant, G.: Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, op. cit., p. 350.

V. Rivero, Jean: Droit Administratif, Précis Dalloz, 9° ed., París, 1980, p. 446, y Despax, Michel: Le Droit du Travail, P.U.F., París, 1977, p. 74.

ten". En ausencia del texto legislativo, la doctrina unánime reconoce el derecho de huelga a los agentes de los servicios públicos económicos.⁵² Por el contrario, se encuentra dividida en lo que atañe a los agentes del Estado y otros servicios públicos no económicos.⁵³

La situación, tal como se presenta en Venezuela, debe ser analizada a la luz de la interpretación que se le dé a la expresión "servicio público", es decir, corresponde determinar si el constituyente utilizó dichos términos en un sentido orgánico, o por el contrario, en un sentido material. En la primera hipótesis, la ley limitativa del derecho de huelga se referiría exclusivamente a la organización administrativa y en el segundo su ámbito de aplicación comprendería también las actividades de interés general realizadas por los particulares bajo el control del Estado, excluyéndose, en este último caso, las actividades realizadas por la Administración que no constituyen servicio público.

La distinción entre uno y otro punto de vista reviste gran importancia, ya que de colocarnos en la segunda hipótesis, la ley anunciada, por la Constitución no podría limitar el derecho de huelga en los organismos públicos que no realizan una actividad de servicio público; a su vez, desde el primer punto de vista, no podría pensarse que la ley pudiese cercenar el derecho de huelga a los trabajadores de los servicios públicos presentados por particulares.

Nos inclinaríamos más bien por la adopción del criterio material si la tradición jurídica venezolana no le diese tanta importancia al criterio orgánico. Sin embargo, la adopción del criterio orgánico exclusivamente conllevaría —como hemos dicho— la no posibilidad de limitar el ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos prestados por particulares, y ello no podría haber sido la intención del constituyente, ya que las reglas que rigen a los servicios públicos —especialmente la de la continuidad— y que han inspirado la reglamentación del derecho de huelga, no guardan relación directa con el organismo encargado de prestarlos.

En consecuencia, creemos que ambos criterios deben ser tomados en consideración a los fines de interpretar cabalmente la norma constitucional. En todo caso, estimamos como no cónsono con la referida disposición constitucional el artículo 209 del Código Penal, conforme al

^{52.} V. Di Nubila, Vicenzo: "El derecho de huelga según la jurisprudencia italiana", en RDC, Año 9, dic. 1962 a marzo 1963, p. 49.

^{53.} V. Simi: Il diritto di sciopero, Milán, 1956, pp. 192 y ss., cit. por Di Nubila, Vicenzo: loc. cit., en la nota anterior.

cual, "los funcionarios públicos que en número de tres o más y previo acuerdo, abandonen indebidamente sus funciones, serán castigados con multa de doscientos a mil bolívares y con suspensión del empleo por tiempo de uno a dos años", ya que mientras la Constitución, implícitamente, permite la huelga en los servicios públicos en aquellos casos en que la ley lo determine, el Código Penal la prohíbe radicalmente para todos los funcionarios públicos, sin ninguna excepción. Tan anacrónica disposición debe ser derogada por la ley anunciada por la Constitución, ya que no traduce el deseo del constituyente, ni siquiera en el caso de que al formular el artículo 92 se hubiese colocado sólo bajo el punto de vista orgánico. La has

Por otra parte, al prohibir la huelga para todos los funcionarios públicos, el Código Penal no tomó en cuenta las funciones realizadas por el organismo público; al contrario, englobó actividades de muy diversa índole, desde la actividad de policía o fomento realizada por un ministerio, hasta la crediticia realizada por algún ente público, o la de distribución de agua, a cargo del Instituto Nacional de Obras Sanitarias.

No obstante lo anterior, debemos reconocer que la norma penal no ha sido derogada, y, por el contrario, el Ejecutivo se ha fundamentado en ella para dictar el Instructivo N° 35, de fecha 1° de noviembre de 1977,55 en el que se le comunica a los superiores jerárquicos la obligación en que se encuentran de imponer a los funcionarios públicos que incurrieren en huelga, la medida de suspensión sin goce de sueldo, así como intentar las acciones penales con el objeto de obtener la aplicación del citado artículo 209 del Código Penal. De igual manera, en la reforma del Reglamento sobre el Régimen Disciplinario para los funcionarios públicos nacionales, del 4 de mayo de 1976,56 se incluyó un artículo conforme al cual la sanción disciplinaria de suspensión sin goce de sueldo sería igualmente aplicada a los funcionarios que incurrieren en huelga. Por último, y por lo que atañe a la jurisprudencia, el Tribunal

^{54.} Estimamos que es por la existencia de esta disposición del Código Penal por lo que Brewer ha dicho: "...la interpretación racional de esta norma de la Constitución es que no se refiere a la huelga en la Administración Pública Nacional, sino a la huelga en los servicios públicos prestados por particulares mediante concesión..".

V. Brewer-Carías, Allan R.: El Estatuto del funcionario público en la Ley de Carrera Administrativa, op. cit., pp. 44 y 45.

⁵⁴bis. En efecto, aun en el supuesto de que los términos servicios públicos se refieran a organismos públicos, la intención que refleja el artículo 92 de la Constitución no es la de que deba prohibirse la huelga en todos esos organismos, sin ninguna excepción.

^{55.} V. GO 31351, del 1-11-1977.

^{56.} V. GO 31049, del 19-8-1976.

de la Carrera Administrativa, en sentencia del 19 de febrero de 1973, había ya señalado que en ausencia del ordenamiento legal previsto en la Constitución, la norma del Código Penal podía dar lugar al procedimiento disciplinario contra el funcionario.⁵⁷

En consecuencia, los lineamientos seguidos por el Ejectuivo Nacional distan mucho de lo que creemos son los postulados constitucionales, por lo cual se hace necesario llenar el vacío legislativo que en la actualidad existe. Además, a través de disposiciones reglamentarias, la administración juega el doble papel de autoridad y de parte interesada, todo lo cual no ha impedido, sin embargo, la práctica de huelgas, aun en organismos prestatarios de un servicio público, ya que se trata de cuestiones que dependen fundamentalmente de condiciones de hecho y relaciones de fuerza en las que las disposiciones legales estrictas, en multitud de ocasiones, no juegan un papel decisivo.

II. INFLUENCIAS EJERCIDAS POR EL DERECHO DEL TRABAJO EN EL CAMPO DE LA FUNCION PUBLICA

Hemos señalado una serie de principios que conforman una base sólida al Derecho de la Función Pública y que justifican la independencia de esa rama del Derecho con respecto al Derecho del Trabajo. Sin embargo, tal como lo ha destacado Marín Quijada, una realidad idéntica se encuentra presente en los dos tipos de relaciones (estatutaria o contractual): la prestación subordinada de servicios.⁵⁹

Por tal motivo, la dualidad de regímenes jurídicos ha sido objeto frecuente de críticas; así, Alfonzo Guzmán ha señalado que las razones en que se fundamenta pierden día a día su importancia, por efectodel desarrollo evolutivo del Derecho Social, que tiende a aplicar su estatuto protector, sin distinción alguna, a toda relación de trabajo. 60 En

^{57.} V. Conceptos jurisprudenciales del Tribunal de la Carrera Administrativa, op. cit., pp. 147 y 148. La Ley para garantizar el orden público y el ejercicio de los derechos individuales, dictada en 1936 y derogada en 1947, prohibía también la huelga de funcionarios "en cualquier ramo de la Administración". Para los profesores Caldera y Rodríguez en un artículo publicado en 1951, basta la disposición de la Ley del Trabajo que excluye a los funcionarios de la aplicación de la legislación laboral, para que a su vez no les sea aplicable el derecho a la huelga. V. Caldera, Rafael y Rodríguez Navarro, Reinaldo: "La huelga en la legislación y en la vida laboral venezolana", en Extractos de la Revista del Trabajo, Tomo II, Ministerio del Trabajo, Caracas, diciembre 1959, pp. 269 y 270.

^{58.} Por ejemplo, la huelga de líneas aéreas en el mes de septiembre de 1976, época en la cual la Línea Aeropostal Venezolana era aún un instituto autónomo (V. Resumen, Nº 151, del 26 de septiembre de 1976, pp. 2 y 3, y Nº 152, del 3 de octubre de 1976, p. 14).

V. "El régimen de trabajo de los funcionarios públicos", en Estudios de Derecho laboral en homenaje a Rafael Caldera, ed. Sucre, Tomo I, Caracas, 1977, p. 348.
 V. Alfonzo Guzmán, Rafael J.: Estudio Analítico de la Ley del Trabajo Venezolana,

igual sentido se ha pronunciado Marín Quijada, quien toma partido en forma categórica por una regulación común, a través de textos legales únicos referidos por igual al trabajo de cualquier naturaleza y en cualquier sector de la actividad nacional, con disposiciones especiales que contemplen las exigencias, no sólo de la Administración Pública, sino también las de cada sector de la producción. For último, las más recientes tendencias del Derecho del Trabajo se han manifestado por esta regulación común; así, en las conclusiones de la Comisión Nº 1 ("Situación laboral de los servidores públicos") del VI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Caracas del 6 al 10 de noviembre de 1977, se señaló en forma expresa que al servidor público se le deben hacer extensivos todos los derechos y conquistas que se les hubieren reconocido a los demás trabajadores, ya que resultaba discriminatorio marginarlos de las mejoras y beneficios obtenidos por éstos. Es

Aun algunos autores que en un momento determinado han considerado tales argumentos como de "orden sentimental", pues conllevan "soluciones acomodaticias, pero eminentemente anticientíficas", 63 han calificado con posterioridad de "irritante situación de contraste" la que se presenta entre un trabajador de la empresa privada y un funcionario público. 64

Vemos entonces cómo doctrinalmente existe una corriente de opinión que directa o indirectamente ha reaccionado contra la diferencia de estatutos para el personal de las empresas privadas y los funcionarios,

op. cit., p. 159. V. igualmente Mujica Rodríguez, Rafael: I as Obligaciones en el contrato de Trabajo, 1º ed., Madrid, 1961, p. 83, y 2º ed., Caracas, 1968, pp. 144 y 149.

^{61.} V. la nota 16 de la obra del autor, La delimitación conceptual de la noción de funcionario público en la Ley de Carrera Administrativa, op. cit., pp. 19 y 20, y "El Régimen de trabajo de los funcionarios públicos", loc. cit., p. 347.

^{62.} V. Conclusiones, Comisión I, "Situación laboral de los servidores públicos", en Documento Final del VI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, policopiado, p. 1, y en RIVDS, Nº 46, 1978, p. 9. Ya desde 1947 Rivero observaba, en Francia, la evolución del Derecho de la Función Pública hacia el Derecho del Trabajo como un fenómeno inevitable, pues para tareas análogas parecia difícil mantener estatutos diferentes: "Si la legislación social colocaba con frecuencia al funcionario en estado de inferioridad con respecto al asalariado, aquél debería reclamar y obtener una homogeneidad de estatutos, ya que la tendencia igualitaria es característica inherente a oda sociede democrática V. Rivero, Jean: "Vers la fin du droit de la fonction publique" loc. cit., pp. 150 y 152.

^{63.} V. Tinoco Rodil, Carlos: "Los funcionarios públicos y la legislación del trabajo", en RT, Nº 14, enero-marzo de 1954, p. 22.

Tinoco Rodil, Carlos: "Los servidores del Estado en el Derecho del Trabajo", en RIVDS Nº 24, 15-12-1966, Caracas, p. 112.

antes y después de la promulgación de la Ley de Carrera Administrativa. Han sido, sin embargo, las organizaciones de trabajadores las que han jugado un papel decisivo en las influencias que el Derecho del Trabajo ha ejercido en el campo de la Función Pública. En forma reiterada, la Federación Unitaria Nacional de Empleados Públicos ha hecho público su reclamo al derecho de contratar colectivamente con el Estado 65 y de hecho, los funcionarios han celebrado convenios colectivos de diversa índole.

En algunos casos el Derecho de la Función Pública ha sido receptivo a las influencias que sobre él ha ejercido el Derecho del Trabajo, mientras que en otros se han producido resistencias, por demás normales, a la aceptación de instituciones propias de ese Derecho. Sin embargo, tales resistencias no han sido capaces de contener ciertas realidades fácticas. El derecho se ha visto entonces marginado por los hechos.

1. La aceptación del Derecho del Trabajo

La aceptación del Derecho del Trabajo en el campo de la Función Pública se ha producido de diversas maneras. En algunas ocasiones se han adoptado —parcialmente— instituciones propias de ese derecho; en otras, el Derecho del Trabajo constituye un régimen supletorio. Por último, el Derecho del Trabajo ha llegado a suplantar al Derecho de la Función Pública.

A. Aceptación de instituciones propias del Derecho del Trabajo

Se trata fundamentalmente del pago de prestaciones sociales, y, en forma aislada, del reparto de utilidades.

a. El pago de prestaciones sociales

El artículo 26 de la Ley de Carrera Administrativa consagra el derecho de los funcionarios de carrera a percibir las prestaciones sociales de antigüedad y auxilio de cesantía "...que contempla la Ley del Trabajo...".66 Ahora bien, antes de la promulgación de la Ley de Carrera Administrativa en 1970, los funcionarios públicos no tenían derecho,

V. El Nacional, del 25-8-1979, p. D-16; El Universal, del 30-4-1980, p. 1-15, y Monagas. José Rafael: "La Contratación Colectiva de los empleados públicos", en Revista UNEP, ed. especial, oct.-dic. 1979, p. 27.
 Por lo que respecta ai carácter referencial de la remisión que hace el artículo 26

⁶⁶ Por lo que respecta ai carácter referencial de la remisión que hace el artículo 26 de la Ley de Carrera Administrativa a la Ley del Trabajo, V. Rodríguez Falcôn, Joaquín: Los Derechos Econômicos de los Funcionarios Públicos, colec. Monografías Jurídicas, Nº 9, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 1978, p. 44; Quintana Matos, Armida: "La Carrera Administrativa", en Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera, UCV, Caracas, 1979, Tomo III, pp. 1505 y ss. y la sentencia de la CSJ en Pleno, del 29 de abril de 1980, en GOE 2611, del 7 de mayo de 1980.

como se sabe, al pago de prestaciones sociales. Con la promulgación de la Ley de Carrera Administrativa el 3 de septiembre de 1970,67 tal derecho fue acordado sólo en casos muy excepcionales, por ejemplo, cuando un funcionario de carrera era retirado por reducción de personal.68 En cambio, con la modificación del artículo 26 de la citada ley en 1975,69 el derecho al pago de prestaciones sociales fue acordado a los funcionarios de carrera, tanto en los casos en que fueren retirados por cualquier causa, como en caso de renuncia.

En la actualidad, por tanto, los funcionarios de carrera gozan de los mismos derechos legales (pero no contractuales) previstos para los trabajadores del sector privado, por lo que respecta a las prestaciones sociales de antigüedad y auxilio de cesantía.

En ciertos institutos autónomos, sin embargo, sus leyes reguladoras preveían el pago de prestaciones sociales para sus empleados, con anterioridad a la reforma de la Ley de Carrera Administrativa en abril de 1975; así, por ejemplo, el antes denominado Banco Agrícola y Pecuario, ⁷⁰ la Corporación de los Andes, ⁷¹ la Corporación de Mercadeo Agrícola, ⁷² el Instituto Agrario Nacional ⁷³ y el Instituto Nacional de Hipódromos. ⁷⁴

74. Art. 21 del D. 357, del 3-9-50 (GO 25750, del 3-9-58): "Los empleados del Ins-

^{67.} V. GOE 1428, del 4-9-70.

^{68.} V. Art. 26 y ord 2° del Art. 52.

^{69.} V. GOE 1734 del 25-4-75, reformada nuevamente por D-Ley 914, del 13-5-75 (GOE 1745, del 23-5-75).

^{70.} Art. 30, Parágrafo Segundo ("El Presidente, el Vicepresidente, el Secretario y el Consultor Juridico son funcionarios públicos El Ejecutivo fijará las remuneraciones que les correspondan y el Reglamento determinará cuáles otros empleados del Banco estarán investidos del carácter antedicho") y Art. 40 ("Los funcionarios y empleados del Banco serán nombrados y removidos por el Presidente, previa información a los demás miembros de la Junta Administradora y, salvo aquellos que tuvieran la condición de funcionarios públicos, gozarán de los derechos acordados por la Ley de Trabajo, en cuanto a preaviso, antigüedad, auxilio de cesantía y vacaciones") de la derogada Ley del Banco Agrícola y Pecuario, del 20-1-1970, GOE 1373, del 22-1-1970.

^{71.} Art. 17 de la Ley de la Corporación de los Andes, del 29-9-71 (GO 29623, del 29-9-71): "Los miembros del Directorio de la Corporación se considerarán funcionarios públicos. Los integrantes del personal subalterno, gozarán de las prestaciones sociales previstas en la Ley del Trabajo".

^{72.} Art. 25 de la Ley de Mercadeo Agrícola del 21-8-1970 (GO 29298, del 21-8-70):

Los miembros de la Junta Administradora se considerarán empiesados públicos.

Los trabajadores de la Corporación de Mercadeo Agrícola gozarán de los beneficios de la Ley del Trabajo".

^{73.} Art. 207 de la Ley de Reforma Agraria, del 5-3-1960 (GOE 611, del 19-3-60): "Los miembros del Directorio del Instituto se considerarán funcionarios públicos. Los integrantes de personal suba terno dei Instituto gozarán de las prestaciones previstas en la Ley del Trabajo, excepto la de participación en las utilidades". Cfr. sentencia de la CSJ en SCCMT, del 28-5-1963, en Acedo Toro, Carlos: Casación Civil, Jurisprudencia de 1959 a 1964, Caracas, p. 47.

Tales disposiciones se justificaban, antes de la reforma de la Ley de Carrera Administrativa que tuvo lugar el 15 de abril de 1975, por la necesidad de otorgar a los funcionarios de esos institutos las prestaciones sociales previstas en la legislación laboral. Sin embargo, aunque en el presente resulte innecesaria una norma en la ley de creación del instituto autónomo con el objeto de acordar a sus funcionarios las citadas prestaciones, la existencia de disposiciones como las comentadas presentan un interés particular, ya que ponían de manifiesto la influencia del Derecho del Trabajo en un sector importante de la Administración Pública.

Por otra parte —y ello es válido en la actualidad—, sin la existencia de tales normas que remitan al Derecho del Trabajo, los funcionarios de libre nombramiento y remoción de los institutos autónomos citados, distintos de su personal directivo, no tendrían derecho al pago de las citadas prestaciones, ya que la Ley de Carrera Administrativa no consagra ese derecho sino para los funcionarios de carrera. En efecto, de acuerdo a las leyes de creación de la Corporación de los Andes, de la Corporación de Mercadeo Agrícola y del Instituto Agrario Nacional, sólo quedan excluidos del derecho a percibir las prestaciones sociales los miembros del directorio 75 y en el Instituto de Crédito Agrícola y Pecuario, sólo el Director Gerente. 76

En otros casos se ha querido interpretar que los empleados no caliticados como funcionarios públicos podrían disfrutar de las prestaciones sociales laborales, pero sin que existiese una remisión directa al Derecho del Trabajo con respecto a ellos. Así, por ejemplo, el Decreto

tituto se considerarán funcionarios públicos. No obstante, gozarán de las prestaciones sociales previstas en la Ley del Trabajo, con excepción de las utilidades".

^{75.} El método empleado por las leyes que regulan a estos tres organismos para excluir del beneficio a los miembros del directorio, puede considerarse como criticable. Este método consiste en declararlos previamente como funcionarios públicos, cuando en realidad todos los trabajadores que desempeñan una actividad en la que predomine el esfuerzo intelectual sobre el manual (y cumplan con los demás requisitos legales) deben ser considerados funcionarios públicos, salvo disposición expresa de la ley (como ocurre por ejemplo en la ley de creación del Instituto Postal Telegráfico de Venezuela). No obstante considerar dicho mecanismo como criticable, tales funcionarios deben tenerse como excluidos del derecho a percibir prestaciones socia es, ya que se evidencia claramente que tal fue la intención del legislador. No puede pasarse por alto, además, que la disposición que los excluye (a través de su calificación como funcionarios) es la misma que consagra el derecho al pago de prestaciones sociales para el resto del personal

^{76.} En este caso la exclusión sí se previó en forma precisa. V. Art. 45 de la vigente Ley del Instituto de Crédito Agrícola y Pecuario, del 13-5-1975 (GO 30705, del 29-5-75): "Los funcionarios y empleados del Instituto serán nombrados y removidos por el Director Gerente, previa información a la Junta Directiva y salvo el Director Gerente, gozarán de los derechos acordados por la Ley del Trabajo, en cuanto a preaviso, antigüedad auxilio de cesantía y vacaciones".

creador del Instituto Autónomo Administración de Ferrocarriles del Estado, al expresar que el abogado consultor no tiene carácter de funcionario público 77 y el derogado decreto que regulaba a la Línea Aeropostal Venezolana, el cual señalaba concretamente que el Presidente de la junta directiva se consideraba empleado público, 78 guardando silencio sobre la calificación del resto del personal.

En nuestro criterio, tal mecanismo es totalmente inadecuado para someter al personal al régimen de prestaciones sociales del Derecho del Trabajo, en ausencia de una disposición expresa que remita tal cuestión al citado derecho. Por tanto, sólo la primera hipótesis es válida (Corporación de Mercadeo Agrícola, Instituto de Crédito Agrícola y Pecuario, Corporación de los Andes, Instituto Agrario Nacional e Instituto Nacional de Hipódromos, por ejemplo). Ella encuentra su fundamento en la propia Ley de Carrera Administrativa, la cual "...deja a salvo los beneficios que en la Administración Pública Nacional correspondan por ley a sus funcionarios", 79 así como en el principio conforme al cual una disposición legal especial priva sobre una general.

Tales planteamientos han sido parcialmente acogidos por el Tribunal de la Carrera Administrativa, el cual, en sentencia dictada el 19 de julio de 1972,80 dejó sentado que el artículo 40 de la derogada ley que regía al Banco Agrícola y Pecuario,81 que remitía la materia relacionada con el pago de prestaciones sociales al Derecho del Trabajo, era perfectamente válido. La Procuraduría General de la República se pronunció en el mismo sentido en dictamen de fecha 27 de enero de 1972, al considerar que los empleados del Banco Agrícola y Pecuario estaban sometidos a un régimen mixto, constituido por dos textos diferentes, la Ley de Carrera Administrativa y la Ley del Trabajo.82

^{77.} V. Art. 5°, primer aparte del D. 154, del 20-1-46, en GO 21922, del 29-1-46.

^{78.} V. Art. 7°, último aparte del D. 65, del 1-3-58 (GO 25599, del 1-3-58).

^{79.} V. Art. 26, último aparte de la Ley de Carrora Administrativa

^{80.} V. Conceptos Jurisprudenciales del Tribunal de la Carrera Administrativa, op. cit., p. 59.

V. Art. 40 de la derogada Ley del Banco Agrícola y Pecuario, de 20-1-1970, en GOE 1373, del 22-1-70.

^{82.} C. DPGR, 1972, p. 85. En reciente dictamen de fecha 14-4-77, la PGR consideró igualmente como válida la remisión al derecho laboral prevista en la ley que creó la Corporación de Mercadeo Agrícola. V. DPGR, 1977, pp. 96 y ss. Debe quedar claramente señalado que ello no implica que ciertas situaciones de hecho que dan lugar al pago de prestaciones sociales en el Derecho del Trabajo puedan ser aplicadas en el Derecho de la Función Pública. Así, bajo pretexto de pago de indemnizaciones, la Administración Pública no podrá destituir a un funcionario sin motivo justo, ya que goza de estabilidad.

Sin embargo, tales posiciones no han sido compartidas por la Oficina Central de Personal al considerar, en dictamen de su Consultoría Jurídica, de fecha 14 de octubre de 1974, que la Ley de Carrera Administrativa constituye el estatuto específicamente destinado a regular las relaciones del Banco Agrícola y Pecuario con sus empleados, y al calificarla como excluyente de cualquier otro instrumento legal.⁸³ En el mismo sentido se había pronunciado ya con respecto al personal de la Corporación de Mercadeo Agrícola en dictamen de su Consultoría Jurídica, de fecha 23 de enero de 1974,⁸¹ al considerar que la remisión que el texto regulador de dicho instituto hace a la Ley del Trabajo colide con la Ley de Carrera Administrativa, debiendo aplicarse ésta por dos razones: por ser la ley especial en relación a la materia que regula,⁸⁵ y por ser ley posterior. Concluye, además, calificando a la Ley de Carrera Administrativa de instrumento destinado a regular, en forma exclusiva la relación que surge entre el funcionario y la Administración.⁸⁶

A nuestro juicio, considerar que la Ley de Carrera Administrativa representa el texto único destinado a reglamentar en forma exclusiva la relación que surge entre el funcionario y la Administración, constituye un punto de vista demasiado restringido, lo cual se evidencia aún más en el caso de los empleados de los institutos autónomos. En sentido general han opinado como nosotros Luis Beltrán Guerra, al comentar el artículo 122 de la Constitución, ⁸⁷ e Hildegard Rondón de Sansó, en

^{83.} V. Oficina Central de Personal: Doctrina Administrativa de la Consultoría Jurídica, Caracas, 1975, pp. 279-282. Como es lógico suponer, por las razones antes expuestas, no compartimos tal criterio.

^{84.} Ibidem, pp. 246 y ss.

^{85.} En dictamen del 7-5-73 de la misma Oficina, se califica a la Ley de Carrera Administrativa de "especialísima". *Ibidem*, pp. 176 y 177.

^{86.} Tal criterio ha sido sustentado por la CJ de la OCP en forma reiterada; así, en dictamen del 44-77, estimó que la LCA constituía el régimen único aplicable a todos los funcionarios públicos (V. Consultoría Jurídica de la OCP: Doctrina Administrativa 1975-77, Caracas, 1978, p. 53) y que el Art. 45 de la Ley del ICAP colidía con la Ley de Carrera Administrativa (ibidem, p. 54). En igual sentido, en dictamen del 29-8-75, y por las mismas razones, consideró como inconstitucional el Art. 37 del Decreto-Ley que rige al FIV, conforme al cual éste goza de un estatuto de personal propio, ibidem pp. 211 y ss.).

87. La intención del constituyente venezolano puede ser objeto de dos interpretaciones:

^{87. &#}x27;La intención del constituyente venezolano puede ser obieto de dos interpretaciones: En primer lugar, que el régimen de carrera administrativa establecido por el legislador es aplicable a todas las categorías de empleados públicos, únicamente con las excepciones previstas en el texto legal dictado a este respecto. La segunda interpretación sería que el constituyente no quiso referirse a un solo texto legal que estableciera un único régimen, sino que al utilizar la palabra ley se refería a legislación. En tal virtud, el régimen de los empleados públicos puede encontrarse en diferentes textos legales. En nuestra modesta opinión, esta última interpretación es la que más se adapta a la realidad de nuestro derecho positivo y a los principios doctrinales que rigen la función pública". V. Guerra, Luis Beltrán: "La Contratación Colectiva de los Funcionarios Públicos", en RFD-UCAB, Nº 14, año lectivo 1971-1972, p. 66.

el voto salvado a la sentencia del Tribunal de la Carrera Administrativa del 19 de febrero de 1973.88

Además, no puede sostenerse que la Ley de Carrera Administrativa sea especial con respecto a la ley de creación de un instituto autónomo, ya que la especialidad y la generalidad son notas que corresponden esencialmente a la "ley proposición" y no a la "ley-texto". En otras palabras, no es la ley en su conjunto la que es especial frente a otra, sino una determinada disposición legal frente a otra. Para determinar el carácter especial de una norma dada -- enseña Sánchez Covisa-, bastará comparar los supuestos de hecho de las dos "leyes proposiciones" (no de las dos "leyes texto"). Será ley general aquella cuyo supuesto de hecho incluya, como un caso específico, el supuesto de hecho de la otra.89 Aplicando lo anterior, podemos constatar que el artículo 26 de la Ley de Carrera Administrativa se refiere al derecho que tienen todos los funcionarios de carrera a las prestaciones sociales (se trata por tanto de un supuesto amplio), mientras que los artículos 25 de la Ley de Mercadeo Agrícola y 45 de la Ley del Instituto de Crédito Agrícola y Pecuario tratan concretamente del mismo derecho que les corresponde a un determinado grupo de funcionarios que les presta sus servicios.90

Por último, por lo que respecta al argumento según el cual la Ley de Carrera Administrativa es posterior a la ley que creó a la Corporación de Mercadeo Agrícola, el mismo es irrelevante, ya que remisiones a la Ley del Trabajo se han formulado también con posterioridad a la vigencia de la Ley de Carrera Administrativa.⁹¹

b. El reparto de las utilidades

Los funcionarios públicos no tienen derecho a participar en las utilidades líquidas que pudiesen obtener algunos entes públicos de carácter empresarial, ya que tal derecho no ha sido consagrado en la ley.

^{88. &}quot;Las legislaciones más modernas en la materia y con mayor sentido de las necesidades del trabajador público, han superado estos intentos de unificación, por considerar que las variadas modalidades que reviste el ejercicio de la función pública las hacen irreductibles a unidad". V. Rondón de Sansó. Hildegard: El Sistema Contencioso-Administrativo de la Carrera Administrativa, op. cit., p. 539.

^{89.} V. Sánchez-Covisa Hernando, Joaquín: La vigencia temporal de la ley en el ordenamiento jurídico venezolano, UCV, Facultad de Derecho, Caracas, 1956, p. 36.

^{90. &}quot;Para juzgar, entre dos proposiciones jurídicas, cuál es general y cuál es especial, debe compararse la extensión de los respectivos supuestos de hecho", ibidem, p. 39.

^{91.} Por ejemplo, la remisión contenida en el Art. 45 de la Ley del ICAP, de fecha 13-5-75 (GO cit.); nótese que el citado precepto no es una repetición textual del contenido en la ley derogada del 20-01-70. Por otra parte dicha norma es posterior también a la fecha en que las prestaciones sociales fueron consagradas como derechos adquiridos de los funcionarios públicos (D. del 15-4-75, GOE 1734, del 25-4-75).

Sin embargo, durante un determinado período, nuestra jurisprudencia se inclinó por la aplicación del Derecho del Trabajo en los institutos autónomos empresariales, sin distinguir entre funcionarios y obreros, por lo que consideraba procedente el pago de un porcentaje de los beneficios del instituto, así, por ejemplo, en el caso de la Línea Aeropostal Venezolana.⁹²

A partir de la reforma de la Ley del Trabajo de 1945, que incorporó un artículo conforme al cual los servicios prestados en institutos autónomos se consideraban prestados directamente a la Nación, a los efectos de percibir utilidades (artículo 102 de la actual Ley del Trabajo), ⁹³ dejó de tener validez el argumento conforme al cual los institutos autónomos empresariales debían repartir un porcentaje de sus utilidades, por regirse por el Derecho del Trabajo.

Debemos manifestar nuestro desacuerdo con la citada disposición de la Ley del Trabajo, pues un instituto autónomo que obtenga beneficios podría repartir un porcentaje de los mismos a sus servidores. Es precisamente por ello que la institución del reparto de utilidades ha sido trasladada del Derecho del Trabajo e incorporada en el Estatuto del Fondo de Inversiones de Venezuela, aunque debemos de reconocer el carácter excepcional del dispositivo que la consagra: los empleados del Fondo de Inversiones de Venezuela tienen derecho a percibir anualmente una participación en las utilidades, en el porcentaje fijado por el Directorio Ejecutivo, sin que en ningún caso el pago por dicho concepto pueda exceder al equivalente de cuatro meses de sueldo.⁹⁴

Ciertos sectores han manifestado su desacuerdo, no sólo con la previsión legal sobre reparto de utilidades, sino con la norma general que faculta al Ejecutivo para dictar el Estatuto de Personal del Fondo.⁹⁵

^{92.} V. la sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia del Trabajo del D.F., de fecha 26-9-44, en Parisca Mendoza, Catlos: Jurisprudencia del Trabajo, 1944-1946, op. cit., p. 105. Dicha decisión se fundamentaba en que el instituto autónomo LAV era una persona moral de carácter privado, por lo cual fue revocada por el Tribunal Superior del Trabajo en sentencia del 28-3-45 (V. Parisca Mendoza, Carlos: op. cit., pp. 109-115). V. además, Tinoco Rodil, Carlos: Los servidores del Estado en el Derecho del Trabajo, op. cit., p. 109, y Alfonzo Guzmán, Rafael: Estudio analítico de la ley del trabajo venezolana, op. cit., pp. 919 y ss.

^{93.} V. Art. 92 de la Ley de reforma parcial de la Ley del Trabajo, de fecha 4-5-1945, con igual redacción a la ley vigente.

^{94.} V. Art. 37, letra b, del Estatuto del FIV, en GO 30636, del 3-3-75. El Estatuto del FIV fue reformado por Ley del 30-12-1980 (GOE 2709 del 30-12-1980), sin que sufriera modificación el artículo 37. V. además los Arts. 61 y 62 del Estatuto de Personal del FIV, del 7-2-1978, en GOE 2183, del 7-3-1978.

^{95.} V. el dictamen de la CJ de la OCP, del 29-8-1975, que considera dicha norma como inconstitucional. El dictamen parte de la premisa de que cuando la Constitu-

Para nosotros, el legislador bien puede disponer de un régimen especial para determinados institutos autónomos, ya que la unidad de régimen que algunos organismos consideran deseable choca contra ciertas realidades, entre ellas, el carácter de la actividad encomendada a un ente. Aun aquellos que han manifestado su desacuerdo con la adopción de instituciones propias del Derecho laboral en el campo del Derecho de la Función Pública, reconocen sin embargo que la naturaleza especial de cada servicio descentralizado podrá aconsejar, para el mayor éxito de su gestión, el establecimiento de reglas especiales para sus funcionarios.⁹⁶

B. Aceptación del Derecho del Trabajo como régimen supletorio

En este segundo caso el Derecho del Trabajo se aplica en ausencia de disposiciones concretas de un determinado estatuto que rija para un grupo de funcionarios. Un ejemplo de ello nos lo ofrece la Ley Orgánica de Educación del 26 de julio de 1980,97 que en su artículo 86 prevé en forma expresa que "los miembros del personal docente se regirán en sus relaciones de trabajo por las disposiciones de esta ley y por la Ley del Trabajo". La Ley Orgánica de Educación contiene, en efecto, una serie de normas que regulan la profesión docente en sus diversos aspectos: condiciones de trabajo, estabilidad, perfeccionamiento, jubilación y régimen disciplinario. Sólo en ausencia de disposición expresa y siempre que ello no colida con la Ley Orgánica, será aplicable la legislación laboral.

C. Aplicación genérica del Derecho del Trabajo

Un caso más peculiar se encuentra previsto en la "Ley que crea el Instituto Postal Telegráfico de Venezuela", del 27 de enero de 1978.98

ción en su Art. 122 señaló: "La ley establecerá la carrera administrativa", quiso que fuese una sola ley la que contendría las normas relativas a la misma. V. Oficina Central de Personal, Consultoría Jurídica: Doctrina Administrativa 1975-1977, op. cit., pp. 212 y 213. En nuestro juicio, el problema de la constitucionalidad del artículo 37 del Estatuto del FIV debe ser abordado, no a partir de la premisa según la cual todos los funcionarios públicos deben estar sujetos a una ley única (ya nos hemos manifestado antes contra tal criterio), sino más bien a partir del estudio de la validez de la "delegación" hecha por el legislador en el poder ejecutivo para dictar el Estatuto de personal por vía reglamentaria, cuando la Constitución previó que dicha materia debía quedar regulada por ley. En todo caso, la disposición sobre pago de utilidades no podría considerarse como inconstitucional, ya que fue establecida por ley. En efecto, al precisar que "en ningún caso el pago por concepto de utilidades excederá de cuatro meses", se consagró el derecho por ley y sólo la fijación del monto quedó bajo la determinación del Ejecutivo.

^{96.} V. Tinoco Rodil, Carlos: "Los funcionarios públicos y la legislación del Trabajo", 101. cn., p. 76.

^{97.} V. GOE 2635, del 28-7-80.

^{98.} V. GOE 2146, del 28-1-78.

En principio, tal como ocurre en el resto de los institutos autónomos, sus empleados se considerarían funcionarios públicos, sujetos a la Ley de Carrera Administrativa. Sin embargo, el artículo 37 de la Ley que regula al Instituto ha establecido que sus trabajadores "no serán considerados como empleados públicos y al efecto se regirán por la Ley del Trabajo y su Reglamento". Es indudable, por tanto, que dicho precepto ha excluido a los empleados del Instituto del campo de aplicación de la Ley de Carrera Administrativa. Además, otros artículos han previsto expresamente que los empleados del Organismo no podrán ser destituidos sino en la forma y por las causales establecidas en la Ley del Trabajo, 90 sin que en ningún caso las normas reglamentarias que se dicten puedan menoscabar los derechos legales y contractuales de los empleados de la rama postal telegráfica. 100

En el proyecto original sometido por el Ejecutivo al Senado el 30 de junio de 1975, no se preveían tales disposiciones; por el contrario, el artículo 37 reconocía el carácter de funcionario a los empleados del Instituto 101 y así fue aprobado por el Senado. 102 Las disposiciones citadas fueron el resultado de la reformulación de que fue objeto el proyecto en la Comisión de Administración y Servicios de la Cámara de Diputados, previa consulta con organismos especializados y con el Ministerio de Transporte y Comunicaciones. 103 No obstante su novedad, tales disposiciones no fueron objeto de debate en las Cámaras. 104

Es evidente, por tanto, que el sometimiento de los empleados de un instituto autónomo a la Ley del Trabajo constituye una norma de excepción que, por su especialidad, es de aplicación preferente a la Ley de Carrera Administrativa. Sería ilógico pensar que sólo la Ley de Carrera Administrativa pudiese señalar los servidores de la Administración excluidos de su campo de aplicación 105 y que tal señalamiento no pudiese ser hecho por otra ley. Distinto sería el caso de que la exclusión se formula-

^{99.} V. Art. 34.

^{100.} V. Art. 35.

^{101.} V. el Proyecto, en DDS, Tomo V, Vol. II, oct.-dic. 1975, p. 775.

^{102.} V. DDS, Tomo VI, Vol. I, marzo-julio 1976, pp. 312 y 313. El diputado Dagoberto González hizo constar su voto negativo.

^{103.} V. el Informe de dicha Comisión del 5-5-1977, en DDCD, Tomo VII, Vol. II, oct.-dic. 1977, p. 989, y la intervención del diputado Eloy Torres, en *ibidem*, p. 997.

^{104.} V. la aprobación en primera y segunda discusión en la Cámara de Diputados en ibidem, pp. 1003 y 1435, y su nueva consideración por el Senado en DDS, Tomo VII, Vol. II, julio-diciembre 1977, p. 1007.

^{105.} V. Art. 5º de la Ley de Carrera Administrativa.

se por vía reglamentaria, como ocurre con el artículo 41 del Reglamento General de la Ley del Seguro Social, del 27 de diciembre de 1979, 106 al expresar que los médicos, odontólogos, farmacéuticos y bioanalistas que presten servicios en una actividad distinta a la administrativa no se considerarán empleados públicos, ya que en tal caso dicha norma colide con una de rango superior. Es precisamente por esta razón por la que la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia ha desaplicado —en un caso concreto— la citada norma reglamentaria. 107

En todo caso, la disposición que somete a los empleados del Instituto Postal Telegráfico de Venezuela a la Ley del Trabajo tiene una significación muy especial: ella demuestra que no es necesario recurrir a la figura de la sociedad mercantil para que los empleados de un instituto autónomo puedan quedar regidos por el Derecho del Trabajo, 108 lo cual no es del todo novedoso si se recuerda que en el anteproyecto de Ley de Carrera Administrativa que fue objeto de consideración por el Consejo de Ministros en el mes de enero de 1960 (posteriormente enviado al Congreso), se excluía de su campo de aplicación a un sector importante de institutos autónomos. 109

2. Las resistencias del Derecho y la aceptación en los hechos. La contratación colectiva

Hemos visto ya los casos en que el ordenamiento jurídico permite la entrada del Derecho del Trabajo en el campo de la función pública. Tales casos van desde la aceptación parcial hasta la suplantación del régimen normal de los funcionarios públicos por el régimen previsto en la legislación laboral. Sin embargo, existen otros supuestos en los cuales el Derecho no ha sido permeable a los embates del Derecho del Trabajo, lo que ha producido, en los hechos, una situación muy peculiar. Se trata de la contratación colectiva de los funcionarios públicos. La posibilidad de que los funcionarios públicos puedan celebrar contratos colectivos constituye en la hora actual uno de los principales temas de discusión, tanto para laboralistas como para administrativistas. Naturalmente, dejamos aquí de lado los casos en que la remisión global al Derecho del Trabajo ha

^{106.} V. GOE 2527, del 28-12-79.

^{107.} V. la sentencia del 3 de mayo de 1977, en Pierre Tapia, Oscar: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, op. cit., mayo 1977, N° 5, p. 33.

^{108.} V. nuestro artículo "Comentarios a la Ley del Instituto Nacional de Canalizaciones y al cambio de política en relación a la forma de las entidades descentralizadas", en RDP Nº 1, eneromarzo, 1980, p. 83.

V. el Art. 3°, ordinal 9° del Anteproyecto, en "La Carrera Administrativa", RFD-UZ, N° 11, mayo-agosto 1964, p. 107.

legalizado la contratación colectiva, como ocurre en los casos ya comentados de los empleados del Instituto Postal Telegráfico de Venezuela.¹¹⁰

Hemos señalado precedentemente que la situación estatutaria en que se encuentra el funcionario conlleva la imposibilidad de establecer, por vía contractual, un régimen diferente al previsto en la ley.

Ahora bien, en la práctica, ciertos organismos han celebrado contratos colectivos con sus funcionarios. Tenemos así, por ejemplo, el Instituto Autónomo Administración de Ferrocarriles del Estado, el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo, la Corporación de Mercadeo Agrícola, el Instituto Agrario Nacional y el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, por una parte, y por la otra, en el pasado, la Línea Aeropostal Venezolana, el Instituto Venezolano de Petroquímica y la Corporación Venezolana de Petróleo, todos ellos, antes de que hubiesen sido transformados en sociedades anónimas, hecho éste que ha venido a regularizar tal contratación.¹¹¹

A continuación estudiaremos las razones de hecho o de derecho con las cuales se ha pretendido justificar la celebración de contratos colectivos en algunos de esos institutos, los problemas derivados del contenido del contrato colectivo con respecto al Derecho de la Función Pública y, finalmente, las posiciones doctrinales y jurisprudenciales con respecto a tales contrataciones.

A. Razones de la contratación colectiva

Las razones de la contratación colectiva son variables, así:

a) En la Corporación Venezolana del Petróleo —antes de que fuese transformada en sociedad—, la aplicación de la contratación colectiva obedecía al hecho de ejercer una actividad en un sector competitivo. Un organismo cuya función se encuentra orientada hacia la productividad y el rendimiento le es difícil amoldarse a los lineamientos generales del Derecho de la Función Pública, especialmente por lo que respecta a las reglas del reclutamiento y la remuneración. En efecto, sería siempre más compleja la selección de personal para un instituto autónomo sometido a este último derecho que para una empresa so-

^{110.} V. Arts. 33, 34, 35 y 37 de la Ley que crea el Instituto Postal Telegráfico de Venezuela, en GOE cit.

^{111.} En la Corporación Venezolana de Fomento, el Sindicato de Empleados Públicos introdujo ante el Directorio un anteproyecto de Acta-Convenio, considerado como ilegal por la OCP en dictamen Nº 8268, de fecha 3 de setiembre de 1973.

metida al Derecho del Trabajo, y por tanto, a la contratación colectiva: en este supuesto las condiciones de trabajo serán mejores, en la gran mayoría de los casos.

La aplicación del Derecho del Trabajo constituye así uno de los elementos de los criterios de rentabilidad y eficacia bajo los cuales deben operar las empresas públicas en general, y, más especialmente, las que operan en sectores competitivos. Sin embargo, este criterio choca con las disposiciones de la Ley de Carrera Administrativa, a cuyo régimen se encuentran sometidos los funcionarios de los institutos autónomos, sin previsión alguna con respecto a aquellos que ejercen una actividad de naturaleza industrial o comercial.

En la Primera Conferencia Venezolana de Empresas Estatales de Servicio Público, celebrada en Caracas del 15 al 19 de septiembre de 1970, la Corporación Venezolana del Petróleo sostuvo que no obstante su forma de constitución, su carácter industrial y comercial implicaba un régimen distinto al de los demás entes públicos, lo que conflevaba la aplicación al personal de las disposiciones de la Ley del Trabajo y de los beneficios del contrato colectivo. 112 No obstante, este argumento no resiste el menor análisis jurídico, ya que ni la ley ni la jurisprudencia han consagrado ese régimen especial. En realidad, el informe aspiraba trasladar al derecho venezolano el régimen francés de los establecimientos públicos industriales y comerciales, pero ello no era posible ni siquiera antes de la promulgación de la Ley de Carrera Administrativa, en virtud de que los empleados de los institutos autónomos son funcionarios excluidos de la Ley del Trabajo por mandato del artículo 6º de la misma.¹¹³ No dejamos de reconocer, a pesar de lo expuesto, el interés del criterio desde el punto de vista meramente doctrinal, así como a los fines de una posible reforma del derecho positivo, reforma ésta que adoptara postulados distintos a los meramente formales a través de los cuales el legislador ha resuelto el problema de la legalidad de la contratación colectiva, transformando los institutos autónomos en sociedades mercantiles.114

b) En la Línea Aeropostal Venezolana —antes de que fuese trans-ansformada en sociedad—, la razón de la contratación colectiva parece ha-

^{112.} V. el documento Primera Conferencia Venezolana de Empresas Estatales de Servicio Público, publicación de la CVP, Tema 9, pp. 9-5, 9-7 y 9-8 (policopiado).

^{113.} Disposición esta no contrariada por ninguna otra del estatuto de creación de la CVP.

^{114.} Esta solución puede ya considerarse como tradicional, al haber sido igualmente adoptada en los casos de los institutos autónomos Dique y Astilleros Nacionales, Instituto Venezolano de Petroquímica y LAV.

Ilarse en el mismo hecho de realizar una actividad en un sector competitivo, con empresas privadas regidas por el derecho privado. De allí la necesidad de conferir a su personal las mismas ventajas acordadas por las empresas privadas del mismo género, y de disponer de reglas flexibles en cuanto al reclutamiento de sus agentes.¹¹⁵

Un argumento en favor de la contratación colectiva ha sido la disposición contenida en el artículo 7 del Estatuto Orgánico de la Línea Aeropostal Venezolana (hoy derogado), el cual en su último aparte señalaba que el Presidente de la Junta Directiva era considerado empleado público. Si el legislador guardó silencio respecto al resto del personal, se estimaba que el Presidente era funcionario público y los demás no, por lo cual regía con respecto a éstos las disposiciones del Derecho del Trabajo que admite la posibilidad de celebrar contratos colectivos. A nuestro juicio, tal interpretación es errónea, ya que, por una parte, la afirmación conforme a la cual determinados empleados de un instituto autónomo son funcionarios es innecesaria, tal como lo ha señalado el Tribunal de la Carrera Administrativa, 116 y por la otra, para consagrar la aplicación del Derecho laboral para el resto de los funcionarios, habría sido necesaria una disposición en tal sentido.

c) En el Instituto Autónomo Corporación de Mercadeo Agrícola existe igualmente un contrato colectivo que beneficia por igual a empleados y obreros, con excepción de los miembros de la junta administradora. El argumento sostenido en defensa de la contratación colectiva ha sido la disposición contenida en el artículo 25 de la Ley de Mercadeo Agrícola, conforme a la cual "los miembros de la Junta Administradora se considerarán empleados públicos. Los trabajadores de la Corporación de Mercadeo Agrícola gozará de los beneficios de la Ley del Trabajo". Como hemos visto con anterioridad, al examinar el estatuto derogado de la Línea Aeropostal Venezolana, el señalamiento del legislador conforme al cual determinados funcionarios de un instituto autónomo se considerarán funcionarios públicos, es innecesaria, ya que basta el hecho de ejercer funciones primordialmente intelectuales, además de las notas

^{115.} Tres tipos de contratos colectivos son tradicionalmente firmados por la Línea Aeropostal Venezolana:

[—]Con el Sindicato Unico de Trabajadores de la Aviación Comercial, por lo que respecta al personal denominado de "tierra".

Con la Asociación Nacional de Pilotos.
 Con la Asociación de Aeromozas y Mayordomos de Aviación de Venezuela.

^{116.} V. la sentencia dictada por el TCA en fecha 29 de abril de 1977; aun cuando no se trataba de la Línea Aeropostal Venezolana, la situación palnteada era muy similar, pues se refería a la calificación de funcionario público que la Ley de Mercadeo Agrícola acordaba a los miembros de la Junta Administradora de la CMA.

que caracterizan a un funcionario público, para ser considerado como tal; no obstante, la disposición contiene una regla de interés muy peculiar, pues añade que los trabajadores de dicha empresa gozarán de los beneficios de la Ley del Trabajo, lo cual pudiera inducir a pensar que dicha regla autoriza la contratación colectiva. Sin embargo, la Procuraduría General de la República ha sostenido que es erróneo considerar a la contratación colectiva como un beneficio: "La contratación colectiva —señala el dictamen del 14 de abril de 1977—, es un instrumento para obtener beneficios, pero no un beneficio en sí". "117

d) En el Instituto Autónomo Administración de Ferrocarriles del Estado, el contrato colectivo celebrado el 13 de diciembre de 1976 con la Federación de Trabajadores del Transporte de Venezuela dispone que sus beneficios son aplicables indistintamente a todos sus trabajadores, en lugar de la Ley de Carrera Administrativa, basándose para ello en el parágrafo único del artículo 26 de dicha ley.¹¹⁸

Como puede observarse, tal fundamentación es errónea, ya que la norma legal citada tiene por finalidad dejar a salvo los beneficios que en la Administración Pública pudiera corresponder por ley a sus funcionarios, pero no a través de contratos colectivos.

e) En el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales se encuentran en vigor cinco contratos colectivos suscritos con los representantes de los médicos, odontólogos, bioanalistas, farmacéuticos y demás empleados.

En favor de la contratación colectiva se ha invocado el artículo 41 del Reglamento General de la Ley del Seguro Social, al cual ya hemos hecho referencia, 119 norma de rango sublegal que no puede por tanto aplicarse con preferencia a la Ley de Carrera Administrativa. En la sentencia ya citada del 3 de mayo de 1977, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia tuvo ocasión de pronunciarse sobre la vali-

^{117.} V. DPGR 1977, Caracas, 1978, pp. 96 a 98. La renovación del contrato colectivo no había sido posible por tales razones. En efecto, mediante oficio 6680, del 8 de agosto de 1978, la PGR se abstuvo de iniciar la discusión del proyecto de contrato colectivo que aspiraba negociar conciliatoriamente el Sindicato de Trabajadores de la Corporación de Mercadeo Agrícola, Aunque sin entrar a la interpretación del término "beneficios", tal como lo hace la PGR, la CGR también se ha opuesto a la contratación colectiva en la Corporación de Mercadeo Agrícola, fundamentada en la inexistencia de facultades legales expresas por parte de las máximas autoridades del organismo. V. el oficio Nº 30, del 16 de abril de 1974, del Departamento Jurídico de la CGR.

^{118.} V. Cláusula 16.

^{119.} V. supra: aplicación genérica del Derecho del Trabajo.

dez del contrato colectivo suscrito entre la Federación Médica Venezolana y el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales. En esa ocasión puso de manifiesto "la imposibilidad jurídica de establecer por vía contractual un régimen sustitutivo del régimen legal para regular las condiciones de trabajo" de los médicos.¹²⁰

- f) For último, en el Instituto Agrario Nacional existe también un contrato colectivo que beneficia por igual a sus obreros y empleados. Con respecto a dicho contrato se pronunció también la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 21 de junio de 1979, en los siguientes términos:
 - "...el contrato colectivo firmado entre el Instituto Agrario Nacional y sus empleados para la regulación de sus relaciones de trabajo, no tiene ni puede tener aplicación, por ser manifiestamente ilegal, quedando dichas relaciones sujetas, en su reglamentación, a la Ley de Carrera Administrativa y así se declara". 120 bis

En efecto, añadiríamos nosotros, la disposición de la Ley de Reforma Agraria que remite a la Ley del Trabajo 121 lo hace únicamente a los efectos del pago de prestaciones sociales. 122

B. Problemas derivados del contenido del contrato colectivo con respecto al Derecho de la Función Pública

Hemos mencionado algunos institutos autónomos cuyos funcionarios se encuentran sometidos a la Ley de Carrera Administrativa y en los cuales, sin embargo, existen contratos colectivos. Esta oposición estatutocontrato ha dado lugar a diversos problemas, ya que en algunas convenciones pueden observarse cláusulas contrarias al estatuto de la función pública; así, por ejemplo, la existencia de las llamadas comisiones tripartitas, integradas por un representante del organismo, un representante del sindicato y un tercer miembro escogido, ya bien por las partes, de mutuo acuerdo, o por el Ministro del Trabajo. Su misión consiste —en-

^{120.} V. la sentencia citada en la nota 23. En una más reciente decisión, del 8-5-1980, la CSJSPA, se pronunció en términos más o menos similares con respecto a otro contrato colectivo de funcionarios en el IVSS. V. el fragmento de la sentencia en RDP Nº 3, p. 175.

¹²⁰ bis Carecemos de los datos relativos a la publicación de dicha sentencia.

^{121.} Art. 207.

^{122.} V. supra: aceptación de instituciones propias del Derecho del Trabajo. El pago de prestaciones sociales.

^{123.} V. cláusula 11 del contrato colectivo del IAAFE con sus empleados (1976-1978); cláusula 24 del contrato celebrado entre el IVSS y la Federación Médica Venezolana (1979-1982); cláusula 83 del contrato colectivo del IVSS con sus trabajadores (em-

tre otras— en calificar si la remoción de un trabajador es o no procedente. El funcionario destituido tiene el derecho de acudir a dichas comisiones para solicitar su reincorporación en el cargo, de considerar que su destitución ha sido injustificada. Si la Comisión decide que el funcionario ha sido destituido injustificadamente, el ente público podrá optar por reincorporarlo en su cargo con el pago de los sueldos dejados de percibir, o cancelarle doble las indemnizaciones que pudieren corresponderle. 123 bis

Ahora bien, tal procedimiento constituye un sistema paralelo y a su vez distinto al establecido en la Ley de Carrera Administrativa, texto este que ha previsto órganos administrativos de conciliación a los cuales deben dirigirse los funcionarios de considerar lesionados sus derechos. Sobre el particular le ha correspondido pronunciarse a nuestro máximo organismo jurisdiccional; así, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, en sentencia dictada el 18 de diciembre de 1974, consideró que la tramitación cumplida por ante la Comisión Tripartita de Arbitraje del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales carecía de efectos legales capaces de suplir el procedimiento conciliatorio previsto en la Ley de Carrera Administrativa, ya que "no cabe admitir que los interesados puedan alterar las normas y procedimientos establecidos por el legislador y elegir sus propios jueces...".

Por otra parte, la posibilidad que le es ofrecida al instituto autónomo en dichos contratos de no reincorporar al funcionario, a cambio de pagarle doble las prestaciones sociales, aun cuando circunstancialmente pueda resultar beneficioso para el trabajador, cercena, sin embargo, su derecho a la estabilidad.

En otros casos se han previsto cláusulas no solamente contrarias a disposiciones concretas de la Ley de Carrera Administrativa, sino también a principios elementales de la persona. Así, una cláusula del contrato colectivo del Instituto Autónomo Línea Aeropostal Venezolana (antes de ser transformado en sociedad) con la Asociación de Aeromozas, preveía que éstas no disfrutarían del beneficio de pago de permiso y del 50 por ciento del sueldo, si en los tres primeros años de servicio apare-

pleados y obreros) (1980-83), y cláusula 36 del contrato firmado por el IAN con sus empleados (1976-1978).

^{123.}bis En algunos casos no existe esta última opción, por ejemplo, en el contrato firmado entre el IVSS y la Federación Médica Venezolana.

^{124.} V. la sentencia, en GO Nº 30661, del 5 de abril de 1975, reproducida parcialmente en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de función pública, publicación de la OCP, Caracas, 1977, p. 76.

cieren en estado de gravidez. Si cumplidos tres años aparecieren en estado de gravidez sería necesario un lapso de dos años para concebir nuevamente. El incumplimiento de esta última estipulación daría lugar al despido con pago de prestaciones simples.

Como puede bien observarse, una destitución fundamentada en esa cláusula hubiese sido declarada ilegal por la jurisdicción administrativa, ya que el estatuto del funcionario público, como hemos dicho, contiene normas particulares sobre estabilidad, así como sobre causales de destitución.

Todos estos problemas forman parte, sin embargo, de uno de mayor importancia, cual es la validez misma de los contratos colectivos suscritos por la Administración. Veremos a continuación qué —sobre el punto— diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales han sido adoptadas.

C. Posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la validez de los contratos colectivos suscritos por la Administración con sus funcionarios

Sobre el particular, tres posiciones fundamentales han sido sostenidas. Luego de exponerlas, presentaremos nuestro criterio.

a) Posición que rechaza la contratación colectiva

Para rechazar la contratación colectiva se han esgrimido diversas razones:

- 1) La identificación de los intereses de la función pública con el interés general, ya que la Administración es el instrumento de ese interés general, el cual gozaría así de prioridad, mientras que los intereses de los funcionarios se encontrarían en un segundo plano.¹²⁵ Desde este punto de vista, como ya lo señaláramos, el derecho de la función pública adopta una escala de valores totalmente distinta a la que precedió el desarrollo del Derecho del Trabajo.¹²⁶
- 2) El carácter estatutario y no contractual de la situación del funcionario, al cual ya hemos hecho mención. Tal carácter conlleva la prohibición de contratar colectivamente, ya que por el hecho mismo de cele-

^{125.} Se trata de ideas que han pasado a ser verdaderos mitos, según Marín Quijada. V. La negociación colectiva en la Función Pública (Estudio sobre la participación de los agentes públicos del Estado en la determinación de sus condiciones de empleo), Caracas, 1966, policopiado, pp. 31 y ss.

^{126.} Tal posición, como señala Marín Quijada, sacrifica los intereses legítimos de los funcionarios. Ibidem, pp. 33 y 34.

brarse un contrato colectivo de trabajo, se está reconociendo la existencia de un contrato individual entre el ente público y cada uno de los trabajadores que le prestan sus servicios.¹²⁷ Por este motivo, Brewer ha sugerido eliminar la base contractual de los mismos y dotarlos de una base estatutaria.¹²⁸

- 3) También se han señalado razones de orden constitucional para rechazar la contratación colectiva de los funcionarios, ya que al Parlamento toca, en última instancia, determinar la cuantía de los gastos públicos, en especial, los gastos corrientes de personal. Si la Administración pudiese fijar contractualmente las condiciones económicas de los funcionarios, se lesionaría la soberanía del Parlamento, que no podría en última instancia modificar las partidas correspondientes.¹²⁹
- 4) Al interior de la Administración Pública, la Oficina Central de Personal se ha opuesto categóricamente a la contratación col. ctiva de los funcionarios públicos. La Consultoría Jurídica de este organismo ha insistido en que la Ley de Carrera Administrativa no ha consagrado la posibilidad de que los funcionarios públicos puedan celebrar contratos colectivos; ¹³⁰ al contrario, señala la Consultoría Jurídica de la Oficina Central de Personal, el artículo 124 de la Constitución prohíbe a los funcionarios celebrar contrato alguno con los entes públicos, salvo las excepciones legales, norma que se repite en el artículo 29, numeral 1º, de la Ley de Carrera Administrativa. No estando autorizada la Administración Pública para celebrar contratos colectivos, ésta violaría el principio de la legalidad establecido en la Constitución, conforme al cual las atribuciones del Poder Público deben encontrarse previstas en el mismo Texto Constitucional, o en las leyes. ¹³¹

^{127.} V. el dictamen de la PGR, de fecha 9 de julio de 1958, en Brewer-Carías, Allan R.: "Los Contratos de la Administración en la Doctrina de la Procuraduría General de la Repúb'ica" (2* parte). RFD, UCV, N. 31, 1965, p. 297.

^{128.} V. Brewer-Carías, Allan R.: El Estatuto del Funcionario Público en la Ley de Carrera Administrativa, op. cit., p. 30. El autor se refería concretamente a la fijación de las remuneraciones por vía contractual.

^{129.} V. Brewer-Carías, Allan R.: El Estatuto del Funcionario Público en la Ley de Carrera Administrativa, op. cit., pp. 43-88.

^{130.} El proyecto original sometido en abril de 1970 a las Cámaras Legislativas contenía normas expresas que prohibían la contratación colectiva y la huelga. Estas disposiciones fueron suprimidas al haberse considerado innecesarias. El tiempo y los hechos demostraron el error de esta apreciación. V. Brewer-Carías, Allan R.: *ibidem*, p. 44, y las declaraciones rendidas por el mismo autor en *El Nacional* del 15 de junio de 1977, p. D-9.

^{131.} V. Art. 117 de la Construcción y el dictamen de la OCP, de fecha 2 de octubre de 1974, en OCP: Docrtina Administrativa de la Consultoria Jurídica, op. cit., p. 212. En el mismo sentido se propunció la PGR, en dictamen de fecha 3 de mayo de 1971. V. DPGR, 1971, p. 206, V. además, Corsi, Luis: "La Contratación Colectiva en la Administración Pública", RCF, Nº 78, p. 109.

b) Posición que admite en ciertos casos la contratación colectiva

Esta segunda posición considera que la contratación colectiva es posible sólo en los institutos autónomos cuya ley así los autorice expresamente, pero dejando a salvo ciertas imposibilidades técnicas, financieras y económicas. Tal es la posición sostenida por el Tribunal de la Carrera Administrativa en la sentencia del 19 de febrero de 1973. En principio, de acuerdo a esta posición, la contratación colectiva no es posible en virtud de la prohibición constitucional que tienen los funcionarios de contratar con los entes públicos. Sin embargo, en vista de que el propio Texto Constitucional deja abierta la posibilidad de que por ley puedan ser establecidas excepciones a ese principio, si aquélla lo autoriza expresamente, en tal caso podrá el instituto autónomo proceder a la celebración de contratos colectivos. 123

Puede entonces notarse que la diferencia entre la primera posición, que niega la posibilidad de la contratación colectiva para los funcionarios, y la segunda, que la admite en ciertos casos, radica en que, de acuerdo a la primera, los textos legales que creen institutos autónomos no podrán jamás autorizar la celebración de contratos colectivos, ya que tal disposición sería contraria a la Ley de Carrera Administrativa que es especial, por lo que respecta a la materia que regula, con respecto a una ley de creación de un instituto autónomo.¹³⁴

^{132.} V. la sentencia de fecha 19-2-73, que decidió el recurso de interpretación interpuesto por varios ciudadanos, en Rondón de Sansó, Hildegard: El sistema contencioso-administrativo de la Carrera Administrativa, op. cit., pp. 463 y ss., especialmente, p. 515; DPGR, 1973, pp. 353 y ss., y especialmente, la p. 392, y Conceptos Jurisprudenciales del Tribunal de la Carrera Administrativa, op. cit., pp. 123 y ss., especialmente, la p. 148. Esta decisión fue dictada con el voto salvado de Hildegard Rondón de Sansó. De acuerdo con este voto salvado, la contratación colectiva es siempre posible entre la Administración Central y Descentralizada y sus funcionarios, posición esta que será analizada más adelante. V. Rondón de Sansó, Hildegard: op. cit., p. 516. Lamentablemente, el voto salvado, tan importante como la decisión misma, no ha tenido la misma difusión.

^{133.} V. esta parte de la sentencia, en Rondón de Sansó, Hildegard: op. cit., pp. 474 y 497. Existe sin embargo una contradicción en la decisión, pues por una parte se dice que la contratación colectiva será posible cuando el texto regulador del instituto autónomo expresamente lo autorice (V. pp. 497 y 515) y por la otra se habla de la posibilidad de contratar cuando el ordenamiento creador del instituto autónomo remite a la Lej del Trabajo (V. p. 497). Como puede notarse, ambos presupuestos son diferentes.

^{134.} Nos referimos concretamente dentro de la primera posición, a la CJ de la OCP, ya que ésta ha sostenido que la Ley de Carrera Administrativa constituye el régimen único aplicable a todos los funcionarios públicos al servicio de la Administración Pública nacional (dictamen del 4-4-77, en Consultoría Jurídica, Doctrina Administrativa, 1975-1977, op. cit., p. 53), y que el artículo 122 de la Constitución "quiso indudablemente establecer que era una sola y especial Ley, la que contendría las

Como antes lo manifestáramos, no compartimos tal opinión, pues la ley de creación de un instituto autónomo puede contener normas especiales en materia de personal.

c) Posición que admite en todo caso la contratación colectiva

Esta tercera corriente estima que la contratación colectiva en la Administración Pública es siempre posible.

c.1. La posición de Hildegard Rondón de Sansó

Su criterio ha quedado expuesto detalladamente en el voto salvado a la sentencia del Tribunal de la Carrera Administrativa, del 19 de febrero de 1973, a la cual antes hemos aludido. Sus argumentos pueden resumirse de la manera siguiente:

- c.1.1. A la tesis conforme a la cual la contratación colectiva no es posible, dado el carácter institucional de la organización administrativa, responde que dicha organización no podría quedar afectada por un contrato colectivo, ya que éste no podría en ningún caso variar la estructura de los órganos administrativos.¹³⁵
- c.1.2. Al argumento según el cual la contratación colectiva pone en juego el ejercicio de la potestad administrativa, ya que la Administración dejaría de ejercer las atribuciones que le han sido asignadas, responde el voto salvado señalando que lo que se discute en un contrato colectivo, y por tanto, lo que está en juego, no es el ejercicio de la potestad administrativa, sino las condiciones de trabajo de los agentes de la Administración, ya que ésta podrá siempre aplicar las sanciones disciplinarias del caso, por ejemplo.¹³⁶
- c.1.3. Por lo que respecta a la situación estatutaria del funcionario público, se ha sostenido que la negociación colectiva podría concebirse no ya como un contrato, "sino como una etapa del procedimiento administrativo de regulación de las condiciones de empleo público". 137

na-

normas relativas a la misma ...sin que fuere admisible la producción de textos diferentes..." (dictamen del 29-8-75, en ibidem, pp. 212 y 213). Subrayado nuestro.

^{135.} V. Rondón de Sansó, Hildegard: op. cit., p. 518.

^{136.} V. Rondon de Sansó, Hildegard: op. cit., pp. 518 y 519.

^{137.} La tesis estatutaria es, en la actualidad, una ferma de explicar la relación, no un principio general que sirva como base de interpretación de todas las figuras en las cuales están presentes las Administraciones públicas y sus dependientes", señala el voto salvado. V. Rondón de Sansó, Hildegard: op. cir., p. 522.

hο

En esta forma, podrían celebrarse acuerdos previos entre los sindicatos y la Administración en el campo de los beneficios no sometidos a la reserva legal.¹³⁸

c.1.4. A juicio del voto disidente, el reconocimiento del derecho de sindicación implica el reconocimiento de la posibilidad de celebrar contratos colectivos. En caso contrario, la ley hubiese previsto asociaciones o grupos de empleados, pero no sindicatos.¹³⁹

c.2. La posición de los laboralistas

En segundo término, gran parte de los especialistas en Derecho del Trabajo están acordes en reconocer a los agentes públicos la posibilidad de celebrar contratos colectivos con la Administración. Para no alargarnos mucho en el punto, señalemos concretamente que en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que tuvo lugar en Caracas del 6 al 10 de noviembre de 1977, la Comisión Nº 1 sobre la situación laboral de los servidores públicos concluyó manifestando que la contratación colectiva constituía un derecho inherente a la sindicación.¹⁴⁰

D. Nuestra opinión

a) La prohibición constitucional y legal impuesta a los funcionarios públicos de celebrar contratos con la administración

A nuestro juicio, es preciso de antemano descartar la primera posición que excluye toda posibilidad de contratación colectiva para los funcionarios públicos. En efecto, la disposición contenida en el artículo 124 de la Constitución, así como la prevista en el numeral 1º del artículo 29 de la Ley de Carrera Administrativa, no pueden ser interpretadas como restrictivas del derecho a la contratación colectiva por parte de los funcionarios públicos. En realidad, tales disposiciones han obedecido a la necesidad de evitar que el funcionario público pueda prevalerse de su condición de tal para obtener un provecho contratando con el organismo

^{138.} Por ejemplo, por lo que respecta al régimen de permisos y licencias, horarios pago de sobreticmpo, gastos de transporte, viáticos, etc. V. Rondón de Sansó, Hildegard: op. cit., pp. 538 y 539.

^{139.} V. Rondón de Sansó, Hildegard: op. cit., pp. 540-542.

^{140.} V. Documento Final del VI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Conclusiones de la Comisión Nº 1: op. cit., punto 8, p. 3, y la exposición de Sarthou, Helics: Fundamentos de la aplicabilidad del Derecho laboral a la relación de Trabajo con el Estado, en el mismo Congreso, p. 9.

108 JESUS CABALLERO ORTIZ

público, lo cual no es el caso de la contratación colectiva.¹¹¹ Tal posición es compartida por Luis Beltrán Guerra, quien señala que la norma constitucional debe interpretarse en forma restringida, ya que entenderla en otra forma conduciría a negar la validez de los contratos celebrados entre los funcionarios públicos y los servicios públicos de transporte y de dotación de viviendas.¹¹² Rafael Alfonzo Guzmán se ha expresado en términos más o menos similares ¹¹³ al igual que Hildegard Rondón de Sansó en el voto salvado al cual hemos hecho referencia,¹¹⁴ Enrique Marín Quijada ¹¹⁵ y la Subcomisión Especial designada por la Comisión de Política Interior de la Cámara de Diputados, en el Informe de fecha 23 de mayo de 1975.¹¹⁶

Descartada la posibilidad de que las disposiciones constitucional y legal comentadas pudiesen constituir un obstáculo a la celebración de contratos colectivos por parte de los funcionarios públicos, pasaremos a estudiar si el carácter estatutario de la relación funcionario-Administración Pública sí pudiese impedirlo.

b) El carácter estatutario de la relación funcionario-Administración Pública y la contratación colectiva

El funcionario público se encuentra efectivamente en una situación estutaria, como hemos dicho desde el comienzo. Sin embargo, ello no es óbice para la existencia de mecanismos previos de concertación entre las partes interesadas.

En efecto, la celebración de convenios colectivos no atentaría contra el principio de la naturaleza estatutaria si los mismos no alteraran las

^{141.} Los contratos colectivos firmados por algunos institutos autónomos con ses funcionarios han demostrado que en el procedimiento seguido a los fines de su celebración, el funcionario no se ha prevalido de su condición de tal para obtener mayores beneficios. Ha sido más bien la pertenencia a un sindicato suficientemente importante lo que ha permitido obtener mejores condiciones de trabajo, fenómeno común en la Administración Pública y en el sector privado.

Guerra, Luis Beltrán: "La contratación colectiva de los funcionarios públicos", loc. cit., p. 67.

^{113.} V. Alfonzo Guzmán, Rafael: Didáctica del Derecho del Trabajo, op. cit., p. 236. en Estudio Analítico de la Ley del Trabajo venezolana, el mismo autor señala que el contrato colectivo de trabajo no es propiamente un contrato en la rigurosa acepción de la palabra, entre otras razones, porque la relación va a afectar a personas que no hao intervenido en la deliberación previa. La moderna doctrina ubica al contrato colectivo entre los actos de naturaleza mixa, op. cit., pp. 566 y ss.

^{144.} V El set rea contendoso-almin struito de la cariere administrativa, epecta per 526

^{145.} V. La negociación colectiva en la función pública, op. cit., pp. 239 y ss.

V. la referencia en el dictamen de la FGR del 22-1-1977, en Recopilación del Ministerio Público. Temo I, Caracas, 1978, p. 525.

condiciones de trabajo fijadas en la ley.¹⁴⁷ Así, las cláusulas existentes en los contratos de algunos institutos autónomos, en las cuales se han previsto comisiones tripartitas de arbitraje para resolver los litigios relacionados con el personal,¹⁴⁸ deben ser considerados como ilegales, por sustraer dichos litigios a los órganos de conciliación previstos en el estatuto del funcionario.

La relación estatutaria continuaría preservada si tales acuerdos fuesen adoptados o aprobados por vía reglamentaria, tal como lo han sugerido Brewer ¹¹⁰ e Hildegard Rondón de Sansó. ¹⁵⁰ En cambio, Enrique Marín Quijada considera que acuerdo colectivo y estatuto son complementarios. ¹⁵¹ En todo caso, los procedimientos de concertación permitirían la evolución del Derecho de la Función Pública, haciéndolo más dinámico, y a su vez, tomar en cuenta la realidad. En efecto, la experiencia nos demuestra que es imposible mantener una reglamentación uniforme para todos los cuerpos profesionales, ya que cada uno de ellos se encuentra frente a problemas propios. ¹⁵² Sin embargo, aun cuando estemos de acuerdo con la fórmula recomendada para mantener la apariencia de la rela-

^{147.} V. Rondón de Sansó, Hildegard: El sistema contencioso-administrativo de la Carrera Administrativa, op. cit., pp. 538 y 539.

^{148.} Ya hemos hecho referencia a este tipo de cláusulas como contrarias al principio de estabilidad consagrado en la ley.

^{149.} En 1970, Brewer seña laba que las remuneraciones derivadas de un hecho contractual "habrán de ser objeto de un proceso de adaptación para eliminar la base contractual que los originó y dotarlos de una base estatutaria o reglamentaria, derivada del Decreto que determine el sistema de remuneración". V. Brewer-Carías, Allan R.: El Estatuto del funcionario público en la Ley de Carrera Administrativa, op. cit., p. 30. V. igualmente las declaraciones del autor en El Nacional del 15 de junio de 1977, p. D-9.

^{150.} Ya hemos dicho que Hildegard Rondón de Sansó, señalaba que la negociación colectiva podía concebirse como una etapa del procedimiento administrativo de regulación de las condiciones del empleo público. V. El sistema contencioso-administrativo de la Carrera Administrativa, op. cit., p. 522. Estos procedimientos de consulta previos a la vigencia del acto administrativo han tenido gran acogida en Gran Bretaña y Estados Unidos de América. En dichos países, un procedimiento contencioso precede al acto administrativo con la finalidad de proteger las garantías individuales, mecanismos que han sido muy extendidos en vista de su eficacia.

^{151. &}quot;Contrariamente a lo que ha podido afirmarse, nada se opone técnicamente a que la fórmula estatutaria sea mantenida en la función pública, debidamente enriquecida por acuerdos colectivos cuya naturaleza y efectos habría que precisar. Habiendo mostrado su eficacia en la práctica, parece razonable la fórmula de un estatuto legal y reglamentario cuya orientación y cuyo contenido estarían llamados a evolucionar mediante el influjo de negociaciones colectivas". V. Marín Quijada, Enrique: La negociación colectiva en la Función Pública, op. cit., p. 233.

^{152.} Nuestro legislador, aunque sin referirse directamente a los cuerpos profesionales, no ha ignorado el problema al permitir que determinados institutos autónomos pudiesen modificar sus sistemas de remuneración, dejando así de lado el previsto en la reglamentación general (Art. 58 LORP), previa autorización del Ejecutivo Nacional. V. supra: fijación unilateral de la remuneración.

110 JESUS CABALLERO ORTIZ

ción estatutaria, es decir, la aprobación del contrato colectivo a través de un reglamento, o la transformación del contrato colectivo en reglamento, no podemos dejar de reconocer que dicha fórmula no es totalmente satisfactoria, pues en realidad, por su contenido, dicho acto será un contrato y no un acto administrativo unilateral. Por tanto, debemos pensar si la creación de apariencias constituye el mejor método para permitir la evolución del Derecho y determinar el contenido preciso de sus instituciones.

c) Necesidad de la remisión al Derecho del Trabajo

A pesar de que la disposición constitucional (Art. 124 de la Constitución) y legal (Art. 29, Nº 1, Ley de Carrera Administrativa) no pueden servir de fundamento a la prohibición de la contratación colectiva en la Administración Pública, 163 consideramos sin embargo que para que la misma sea posible es necesaria una norma de rango legal que la autorice, o que remita la materia concerniente al régimen del funcionario al Derecho Laboral. 154 En el primer caso, el legislador podría limitar la contratación a materias determinadas, sin que la misma pudiere versar sobre materias objeto de reserva legal. En el segundo, la remisión al Derecho del Trabajo dejaría sin efecto -en el sector donde se pretende establecer la contratación— el artículo 6º de la Ley del Trabajo, que excluye a los funcionarios públicos de su campo de aplicación, así como las disposiciones contenidas en la Ley de Carrera Administrativa. 154bis En este último supuesto, una norma expresa autorizando la contratación colectiva no es absolutamente necesaria, pues la remisión global al Derecho del Trabajo implica la contratación colectiva. 155

En Francia, los acuerdos celebrados por algunos establecimientos públicos como Electricidad de Francia y Gas de Francia, así como por otras empresas cuyo personal se encuentra en una situación estatutaria, 156 han sido objeto de serios cuestionamientos de carácter legal, pero por razones diferentes: aun cuando los agentes de las empresas públicas some-

^{153.} V. supra.

^{154.} Ello, en virtud de la existencia del Art. 6º de la Ley del Trabajo.

¹⁵⁴bis. En todo caso, deberán respetarse las materias de reserva legal previstas en el Art. 122 de la Constitución.

^{155.} V. el criterio contrario, en Lares Martínez. Eloy: Manual de Derecho Administrativo, op. cit., p. 415, al interpretar la sentencia del TCA del 19 de febrero de 1973, varias veces citada.

^{156.} A través de los denominados "contrats de progrès", celebrados entre esas empresas y su personal, se aseguran los aumentos de salario en base a dos principies fundamentales: el aumento del ingreso nacional y la situación financiera de la empresa. Sin embargo, a través de la política de "redressement" de empresas públicas, puesta en vigencia en 1977, el Estado ha intervenido con el objeto de moderar dichos aumentos (V. Dufau, Jean: Les entreprises publiques, op. cit., p. 175, y Les Notes bleus de Service de l'Information du Ministre de l'Economie et des finances, del 3 de agosto de 1978, p. 2.

tidas a un estatuto particular ¹⁵⁷ se encuentran regidos por el derecho privado e incluso se habla de una situación jurídica de derecho privado, ¹⁵⁸ el Código del Trabajo excluye a las empresas regidas por un estatuto del campo de aplicación de la contratación colectiva. ¹⁵⁹ Por esta razón, en la sentencia dictada el 3 de abril de 1968 y la cual se refería a un documento calificado de "protocolo de acuerdo", firmado el 16 de septiembre de 1958 entre la dirección de la Compañía Air France y los sindicatos correspondientes, el Tribunal Administrativo de París estimó que el referido protocolo no podía conferir derechos de naturaleza contractual en provecho de los miembros del personal interesado, pero que, sin embargo, constituía una decisión que la empresa podía tomar en los límites legales de sus prerrogativas estatutarias, para lo cual se requería la aprobación del Ministro de tutela. ¹⁶⁰

Encontramos entonces en Francia una situación de hecho muy parecida a la existente en nuestro país, por lo que respecta a los institutos autónomos cuya ley de creación no ha previsto la remisión al Derecho del Trabajo. En los dos países los acuerdos celebrados se sitúan en un campo donde las consideraciones de oportunidad prevalecen sobre los principios jurídicos. Sin embargo, desde el punto de vista estrictamente jurídico, deben ser tenidas como ilegales las convenciones colectivas celebradas por la Corporación Venezolana de Petróleo, el Instituto Venezolano de Petroquímica y la Línea Aeropostal Venezolana, a título de ejemplo, antes de que fuesen transformadas en sociedad.

Por lo que a estos organismos respecta, consideramos innecesaria su transformación en sociedad si el móvil hubiese sido únicamente la legalización de la contratación colectiva, pues para ello hubiese bastado

^{157.} La sumisión de una empresa pública a un estatuto particular es un hecho independiente de la forma jurídica adoptada. Así, se encuentran sometidas a un estatuto particular algunos establecimientos públicos como E'ectricidad de Francia, Gas de Francia y "Charbonages" de Francia y sociedades como la Société Nationale des chemins de fer français y la Compagnie Nationale Air France. La lista de tales empresas puede verse en el Decreto del 1º de junio de 1950.

^{158.} V. Dufau, Jean: Les entreprises publiques, op. cit., p. 165, y Auby, Jean-Marie y Ducos-Ader, Robert: Droit Administratif, op. cit., p. 36.

^{159.} V. artículo L-134-1 del Código del Trabajo y los comentarios de Camerlynck, G.H., y Lyon-Caen, Gérard, en Droit du Travail, op. cit., p. 579.

^{160.} Sentencia citada por Dufau, Jean: Les Entreprises Publiques, op. cit., p. 176.

^{161.} La existencia en Francia de un estatuto de carácter administrativo, y los protocolos negociados con los sindicatos, ha creado una situación oscura por lo que respecta a la jurisdicción aplicable (judicial o administrativa). A este respecto, Camerlynck y Ludor-Caen han señalado que la contradicción entre la naturaleza estatutaria y la naturaleza contractual "se tornará un día insoportable". V. Droit du Travail, op. cst., p. 637.

JESUS CABALLERO ORTIZ

una disposición en la ley que los regulaba que remitiera la materia relacionada con el personal al Derecho del Trabajo.

De igual modo deben ser consideradas como ilegales, por ejemplo, las convenciones celebradas por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales y el Instituto Agrario Nacional.

Por el contrario, consideramos ajustada a derecho la contratación que celebra el Instituto Postal Telegráfico con sus empleados, en virtud de la remisión al Derecho del Trabajo que consagra el Art. 37 de su ley de creación.

d) La convención colectiva en el marco del convenio 98

En el convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo en su trigésima segunda reunión en 1949, 162 se previó que los estados signatarios debían adoptar, cuando ello fuere necesario, medidas adecuadas para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de trabajadores, el pleno desarrollo de procedimientos de negociación voluntaria, con el objeto de regular, mediante contratos colectivos, las condiciones de empleo. 163

De conformidad con el artículo 6º, el convenio no se aplica a los "funcionarios públicos en la administración del Estado". Ahora bien, en virtud de las dudas a que daba lugar el término "funcionarios públicos en la administración del Estado", la Organización Internacional del Trabajo preparó un informe para la reunión de la Comisión Paritaria del Servicio Público, celebrada en Ginebra durante los meses de marzo y abril de 1971, en el cual se señalaba que los funcionarios excluidos eran aquellos que por la índole de sus funciones se encontraban directamente vinculados con la administración del Estado, así como los de menor categoría que actuasen como auxiliares en esas actividades, pero no los demás empleados del gobierno, de las empresas públicas y de las instituciones públicas autónomas.¹⁶¹

No obstante lo anterior, debe señalarse que las normas contenidas en el convenio 98 tienen un carácter programático. Deben, por tanto, ser desarrolladas mediante leyes internas, y hasta tanto ello no ocurra,

112

Comúnmente denominado convenio 98, aprobado por Ley del 6 de agosto de 1968.
 V. GO 28709, del 22-8-1968.

^{163.} V. Art. 49.

V. el informe en Alfonzo Guzmán Rafael: Didáctica del Derecho del Trabajo, op. cit., pp. 227 y 228.

no causan en favor de los funcionarios públicos el derecho a contratar colectivamente. Ello se desprende claramente del texto del artículo 4°, conforme al cual "deberán adoptarse medidas adecuadas...".

Ahora bien, dada la circunstancia de que las normas del convenio deben ser reglamentadas por leyes internas, 166 las disposiciones legales que remiten al Derecho Laboral la materia relacionada con las condiciones de trabajo de un sector del funcionariado público, deben ser consideradas conformes a los postulados del citado convenio, manifestando, en una forma clara, la voluntad del legislador de aplicar procedimientos de negociación colectiva en la Administración Pública. 187

CONCLUSION

165.

Si los funcionarios públicos se encuentran excluidos del campo de aplicación del Derecho del Trabajo, éste, sin embargo, no ha permanecido inerme y, por diversas vías, ha penetrado en el mundo de la función pública. Tal penetración del Derecho del Trabajo en el campo de la función pública ha generado una serie de transformaciones que inciden en los postulados originales e imponen, en los casos en que esa transformación no es aceptada por el Derecho, una adaptación de éste, o una corrección de los hechos que distorsionan los principios jurídicos.

Alfonzo Guzmán, Rafael: Didáctica del Derecho del Trabajo, op. cit., pp. 232-234.

^{166. &}quot;Aunque se acepte la necesidad de una ley reglamentaria que ejecute el compromiso del Estado venezolano de desarrollar el derecho del funcionario público de negociar y contratar colectivamente, es preciso admitir igualmente que las guías o postulados del convenio, objeto de la acción futura del legislador, tienen también eficacia en el derecho nacional, desde luego que ellos constituyen el enunciado de principios que la República comparte en el presente, no susceptibles, por tanto, de

principios que la República comparte en el presente, no susceptibles, por tanto, de ser contrariados mediante reglas o interpretaciones que restrinjan el alcance de las normas legales existentes o deroguen los difundidos usos administrativos". V. Alfonzo Guzmán, Rafael: Didáctica del Derecho del Trabajo, op. cit., pp. 234 y 235.

^{67.} El proyecto presentado por la Organización Internacional del Trabajo para la 64º Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en junio de 1978, se refiere concretamente a los procedimientos de negociación colectiva con los empleados públicos. Dicho proyecto aclara las confusiones que se habían planteado en torno a la interpretación del Convenio 98. En efecto, de acuerdo a los Arts. 1º y 2º, dicho instrumento deberá aplicarse a tedas las personas empleadas por la Administración Pública, en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo. La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto los derechos consagrados en el convenio se aplicarán a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se consideran que poseen poder decisorio, desempeñan cargos directivos, o sus obligaciones son de naturaleza altamente confidencial. Sin embargo, dicho instrumento sigue teniendo un carácter programático. V. Conferencia Internacional del Trabajo, 64º Reunión, 1978. Libertad Sindical y procedimientos para determinar las condiciones de Empleo en el Scrvicio Público, OIT, Ginebra, 1º ed., 1977, p. 45. V. igualmente El Nacional del 12 de agosto de 1978, p. D-16.

114 JESUS CABALLERO ORTIZ

¿Cuál es la vía que en el momento actual debe tomar el Derecho venezolano, adaptación o corrección? La contratación colectiva, sin consagración legal, es una realidad en diversos organismos públicos; las Comisiones de Arbitraje existen y los beneficios socioeconómicos le son reconocidos a los funcionarios de acuerdo al contrato. La Corte Suprema de Justicia, sin embargo, ha cuestionado contratos colectivos suscritos por la Administración Pública con sus funcionarios: así, por ejemplo, el celebrado por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales con la Federación Médica Venezolana 168 y el firmado por el Instituto Agrario Nacional con sus empleados. 169 Ante la decisión dictada el 3 de mayo de 1977, con respecto al contrato citado en primer término, se produjeron reacciones a diversos niveles que fueron ampliamente recogidas por la prensa nacional.¹⁷⁰ Ahora bien, ni la sentencia de la Corte puede rechazarse con argumentos de hecho exclusivamente, ni las reacciones gremiales con solo argumentos jurídicos. Estamos en presencia de una realidad cuya aceptación debe ser producto de una evolución, evolución que estará marcada por el grado de participación que alcancen los sindicatos de funcionarios públicos. Mientras tanto, no puede decirse que la contratación colectiva de funcionarios -en la actualidad- constituya una situación arraigada, ya que escasamente existe a nivel de la Administración Central y, en los institutos autónomos, sólo en un reducido número de ellos.

Sin embargo, no por eso el fenómeno debe dejar de ser objeto de atención, ya que a la aspiración ampliamente manifestada por las organizaciones de trabajadores deben añadirse ciertas posiciones adoptadas por el legislador, en las cuales el papel decisivo lo han jugado esas mismas organizaciones: la reciente "Ley General de aumentos de sueldos, salarios, salario mínimo, jubilación y pensiones de vejez, invalidez y

^{168.} V. la sentencia de la CSJ-SPA, del 3 de mayo de 1977, cit-

^{169.} V. la sentencia de la CSJ-SPA del 21 de junio de 1979, cit. Más recientemente ha igualmente cuestionado el celebrado por el IVSS con los empleados llamados "administrativos". V. sentencia del 8-5-1980, en RDP Nº 3, p. 175.

^{170.} Haremos una síntesis de los principales titulares de prensa: "Sindicalistas de oposición expresaron desacuerdo con la decisión de la Corte Suprema (Copei y MAS)" (El Nacional del 15-6-1977); 'Para la Federación Médica, la Corte Suprema liquida y cercena la revindicación más iuchada" (El Nacional del 15-6-77, p. D-22); "Coincidencia en CTV para rechazar decisión de la Corte Suprema de Justicia" (El Universal del 18-6-77, pp. 2-23); "Declarados en emergencia profesionales de la salud" (El Nacional del 18-6-77, p. C-4); "Llamado al magisterio para enfrentar dictamen de la Corte" (El Nacional del 20-6-77); "Para José Vargas la sentencia de la Corte no puede pretender negar convenios del Estado que están vigentes" (El Universal del 21-6-77, pp. 1-15); "Para el MEP, los funcionarios públicos sí pueden contratar con el Estado". (El Nacional del 26-6-77).

muerte"¹⁷¹ se refiere concretamente a los "empleados públicos amparados por convenios colectivos"¹⁷² y a los empleados al servicio del Estado "amparados por contratación distinta a la Ley de Carrera Administrativa",¹⁷³ como si esta última hubiese colocado a los funcionarios públicos en una situación contractual. Existe por tanto hoy una referencia *legislativa* genérica a los convenios colectivos de empleados. Todo ello confirma que nuestro sistema jurídico, en esta materia, se encuentra en una etapa de transición que, de acuerdo a las futuras posiciones que adopte el legislador, podría conducir a la legalización del derecho de contratar para los funcionarios públicos.¹⁷⁴ Mientras tanto, la Administración siempre confrontará dificultades para oponer el principio de la relación estatutaria a organizaciones sindicales unificadas, ya que —como señalara un autor— ni los gobiernos más autoritarios pueden impedir el surgimiento de conflictos sociales, aun en el interior del aparato del Estado.¹⁷⁶

^{171.} V. GOE 2518, del 3-12-79.

^{172.} V. Art. 1°, parágrafo segundo.

^{173.} V. Art. 1°, parágrafo tercero.

^{174.} En un dictamen de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Educación, del 1-9-71, se dice: "...el legislador venezolano, que ya abrió las puertas en el campo de la carrera administrativa a las organizaciones gremiales con todas sus prerrogativas, debe continuar el camino que ha iniciado y completar la estructura del régimen del sindicato de funcionarios. Esta labor debe hacerla regulando en forma expresa los contratos colectivos de la Administración con sus empleados, limitándolos de acuerdo con sus propias exigencias y adecuándolos a las necesidades del desarrollo...". V. Ministerio de Educación, Consultoría Jurídica, Doctrina Administrativa (Dictámenes 1971-1972), Caracas, 1974, p. 49.

^{175.} V. G.B.: "Droit sindical et fonction publique en France", en RDC Nº 1, junio 1962, p. 27.



CONTRATOS DE INTERES NACIONAL

ELOY LARES MARTINEZ

1. La expresión "contratos de interés nacional", usada en la Constitución venezolana desde 1864, ha provocado dudas e incertidumbres. Ha sido objeto de una interpretación generalmente admitida por la jurisprudencia y la doctrina nacionales, pero que no ha resultado plenamente satisfactoria ni resuelto en su totalidad los problemas originados por el empleo de la referida expresión.

Dentro del orden de ideas dominante en el país, afirmamos en nuestro Manual de Derecho Administrativo¹ que los contratos de interés nacional son los contratos administrativos celebrados por la Administración Pública Nacional. Añadimos que del análisis de las distintas reglas contenidas en el artículo 126 de la Constitución, se deduce que existe una expresión genérica —la de contratos de interés público—, que consideramos asimilable a la de contrato administrativo y expresiones específicas, que son: contratos de interés nacional, contratos de interés estadal y contratos de interés municipal, ya que el interés público puede ser: nacional, estadal y municipal. Llegamos, pues, a la conclusión de que los contratos de interés nacional forman parte de la categoría de contratos administrativos.

Dada la circunstancia de que la noción del "contrato administrativo" ha sido vivamente controvertida, y es materia de revisión en nuestros días, conviene, antes de entrar en el estudio de los preceptos constitucionales sobre "contratos de interés nacional", examinar la figura del "contrato administrativo", su aparición en la escena del derecho público y su posterior evolución.

^{1.} Cuarta edición, p. 295.

2. La Administración Pública, para dar cumplimiento a su cometido de atender a la satisfacción de las necesidades colectivas, al mismo tiempo que adopta decisiones unilaterales —actos administrativos— celebra contratos con otras personas —públicas o privadas—creadores de obligaciones, o encaminados a regular, transferir, modificar o extinguir vínculos de derecho.

Entre los contratos o acuerdos de voluntades que celebra la Administración, la doctrina dominante en Francia, Bélgica, España y países americanos de origen español y también sostenida por algunos autores alemanes, italianos y suizos, distingue dos categorías, a saber: los unos son contratos de derecho privado, similares a los que celebran los particulares entre sí; los otros son contratos administrativos, cuya ejecución está regida por principios de derecho público, y que se caracterizan por rasgos particulares, ya por su objeto o finalidad, o bien por la naturaleza de ciertas cláusulas que pueden contener, desacostumbradas en los contratos que celebran los particulares entre sí.

Tales conceptos no han sido en ningún momento aceptados en forma unánime por la doctrina.

En Italia, algunos juristas (D'Alessio entre ellos) sostienen que la Administración no celebra contratos de ninguna especie. Otra corriente de la doctrina italiana (Vita, Presutti, Ranelletti, Cammeo), admite que la Administración celebra contratos regidos por el derecho privado, entre los cuales se incluyen los contratos de obra pública, de suministros y de empréstito. Zanobini opina que la cuestión parece resolverse únicamente en base a los principios del derecho positivo. En principio, el nombrado maestro es opuesto a la idea del contrato administrativo; pero añade: "Esta regla general no obsta a una conclusión distinta respecto de actos que el derecho público regula de otra manera. Hay realmente muchas concesiones que se hacen en forma contractual y como contratos están regulados en las respectivas leyes".²

Entre los autores alemanes, Otto Mayer rechazaba la idea de los contratos que pudiera celebrar la Administración, pues ésta —según el mencionado autor— actúa sólo por vía de autoridad.

Entre los autores alemanes, Otto Mayer rechazaba, pues ésta —según el mencionado autor— actúa sólo por vía de autoridad.

3. La distinción entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado que celebra la Administración vino a sustituir

^{2.} Zanobini, Guido: Corso di Diritto Amministrativo, T. I., p. 215.

en Francia la teoría que oponía los actos de autoridad a los actos de gestión.

Bajo el signo de la teoría mencionada, todos los contratos celebrados por las personas públicas eran actos de gestión, pues conforme a esa doctrina, la Administración, al contratar, no actúa como depositaria del poder. En consecuencia, todos los contratos celebrados por la Administración formaban parte de una misma categoría jurídica, y las controversias derivadas de ellos se hallaban en Francia sujetas a la competencia de los tribunales judiciales, y sus efectos, regulados por el derecho privado.

Abandonada la teoría que distinguía los actos de autoridad de los de gestión, la jurisprudencia consagró en Francia el criterio general de la competencia administrativa derivada de la noción del servicio público, lo que se inició en el arrêt Blanco, dictado por el Tribunal de los Conflictos el 8 de septiembre de 1873, y se confirmó por el arrêt Terrier, dictado por el Consejo de Estado, el 6 de febrero de 1903, conforme al cual "todo lo que concierne a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, sea que la Administración actúe por vía de contrato, sea que proceda por vía de autoridad, constituye una operación administrativa que es por su naturaleza, del dominio de la jurisdicción administrativa".

La Escuela de Burdeos, principalmente por obra de uno de sus promotores, el brillante administrativista Gaston Jèze, desarrolló en las décadas segunda y tercera del presente siglo, la teoría de los contratos administrativos, que no tardó en ser acogida por la doctrina, la cátedra y los tribunales, en gran número de países.

4. Surgió, desde el comienzo, la dificultad para determinar el criterio definidor de la figura del contrato administrativo. Ha habido, en efecto, diversidad de criterios para el establecimiento de la distinción entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado que celebra la Administración.

No existe, en realidad, criterio preciso para reconocer el contrato administrativo.

En Francia algunos contratos han recibido de la ley la calificación de "contratos administrativos", no en forma directa, sino mediante la atribución de competencia a los tribunales administrativos para conocer de los conflictos provenientes de aquéllos. Así, pues, en dicho país se consideran contratos administrativos por determinación de la ley, entre

otros: el contrato de obra pública, los contratos relativos a la ocupación del dominio público por particulares y las ventas de inmuebles del Estado. En Venezuela no existen contratos administrativos por determinación de la ley.

En general, en la propia Francia y en la generalidad de los países, ha sido obra de la doctrina y la jurisprudencia señalar los criterios que han de servir de base para la determinación de los contratos administrativos.

Durante muchos años el criterio dominante ha sido el que atiende al objeto o fin que persigue la Administración al celebrar el contrato. Para la Escuela de Burdeos, la vinculación del contrato con una actividad de servicio público ha sido considerada como una condición de su carácter administrativo. Este criterio ofrece muchas modalidades. Se ha sostenido que la expresada vinculación debe traducirse por un minimum de participación en el servicio. Se ha afirmado también que para que un contrato sea administrativo, su relación con el servicio público ha de ser de cierto grado. Generalmente se excluyen de esta clasificación los contratos relacionados con los servicios públicos industriales o comerciales.

Ahora bien, el criterio fundado en la noción de servicio público ha venido a sufrir con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, las consecuencias de la notable decadencia de esta noción. La doctrina actual está de acuerdo de la vaguedad e imprecisión del concepto de servicio público, por lo cual resulta no aconsejable edificar sobre ella, como lo hizo la Escuela de Burdeos, todas las concepciones del derecho administrativo.

Por eso, se ha llegado a sustituir la idea de servicio público por nociones más amplias: las de utilidad pública o interés general, por ejemplo. Serían, pues, contratos administrativos los que tuvieran por objeto o fin, la utilidad pública o el interés general. Es preciso reconocer, sin embargo, que tales nociones adolecen también de vaguedad.

Otro criterio empleado para el establecimiento de la distinción comentada ha sido el que se funda en el distinto régimen jurídico de los vínculos contractuales. Lo característico del contrato administrativo sería, conforme a este criterio, la existencia en él, de cláusulas exorbitantes, es decir, cláusulas que están fuera de la órbita del derecho común. Esta noción de "cláusula exorbitante" corresponde frecuentemente —según expone André de Laubadere— a la prerrogativa exorbitante. La cláusula exorbitante no es necesariamente —según el nom-

brado autor— una cláusula que sería ilícita en los contratos entre particulares, sino una cláusula simplemente inhabitual en estos contratos.

Sayagués Laso observa que la diversidad de criterios expuestos y las objeciones que pueden hacerse a todos ellos "revelan a las claras que no ha podido encontrarse una solución satisfactoria para distinguir los contratos administrativos de los contratos de derecho privado". El mismo expositor afirma que el concepto de servicio público "carece de precisión", y que la noción de utilidad pública o colectiva es "demasiado vaga"; y en fin, que "no es posible establecer una línea de demarcación neta entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado".³

5. Si bien Sayagués Laso niega la existencia de una clara diferenciación entre las dos categorías de contratos, es decir, la posibilidad de trazar una línea divisoria entre unos y otros, observa un conjunto de situaciones posibles, al examinar los vínculos contractuales que contrae la Administración.

En algunos casos, advierte, el vínculo jurídico es de derecho público, ya que no aparece ni puede aparecer en el derecho privado, por tratarse de figuras jurídicas no susceptibles de ser utilizadas por los particulares. El mencionado autor ofrece el ejemplo de la concesión de servicio público. Sólo puede ser concedente de un servicio público la Administración. En uno y otro caso es lógico que el vínculo jurídico se rija principalmente por el derecho público.

El nombrado expositor contempla casos en que el contrato celebrado por la Administración presenta cierta analogía con alguna figura contractual de derecho privado, pero ofrece características diferenciales en razón de la forma como habitualmente se celebra y ejecuta, en razón de circunstancias propias de la actividad de las entidades públicas. Son ejemplos los contratos de obras y los de suministros.

Hay finalmente, según el maestro uruguayo, "contratos típicos de derecho privado" que la Administración puede celebrar. En estos casos se aplicarán principalmente las normas civiles y mercantiles, aun cuando las reglas de derecho público no quedan totalmente descartadas. Sayagués Laso da como ejemplo de esta tercera situación los contratos de préstamo hipotecario concedidos por un banco que constituya una entidad pública estatal. En Venezuela podrían servir de ejemplos los

^{3.} Sayagués Laso: Tratado de Derecho Administrativo, vol. I, número 352.

^{4.} Ibid, vol. I, Nº 354.

préstamos concedidos por el Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI) y el Instituto Nacional de Crédito Agrícola y Pecuario (INCAP).

6. Ha habido indudablemente énfasis excesivo en quienes han han proclamado una nítida diferenciación entre los contratos de derecho administrativo y los contratos de derecho privado celebrados por la Administración.

Igualmente hay que reconocer exagerado énfasis dogmático en quienes niegan la existencia del contrato administrativo. Así, el distinguido jurista venezolano Gonzalo Pérez Luciani, profiere los siguientes conceptos: "la distinción entre los contratos que pudieran ser administrativos y los que no lo fueran carece totalmente de sentido. No pasaría de ser una cuestión meramente académica, o mejor, bizantina...". "Pensar en un régimen distinto, de un pretendido derecho público, para regular las relaciones contractuales de los entes públicos, nace solamente de erróneas concepciones relativas al verdadero alcance y sentido del derecho público. Además, en Venezuela los errores se deben al traslado injustificado de teorías extranjeras, francesas en el caso, sin ninguna justificación y a una falta absoluta de espíritu crítico en nuestros escritores jurídicos". 5

En realidad, se trata de una materia sumamente delicada, en la cual caben las consideraciones matizadas, y no las afirmaciones rotundas. No es posible rechazar en términos absolutos la aplicación del derecho público a los vínculos nacidos de los contratos celebrados por la Administración. No puede sostenerse con seriedad que la ejecución de todos los contratos celebrados por la Administración esté exclusivamente regida por el Código Civil y el Código de Comercio, como pretende hacerlo el apreciado profesor nombrado. Sería pretender desconocer las prerrogativas de la Administración. No es válido tampoco, en un afán de autoctonía, rechazar los aportes de la doctrina francesa, en tanto se acogen ampliamente a las aportaciones provenientes de otros países de Europa. Se observa, además, que el rechazo terminante a la aplicación del derecho público a los contratos que celebran las autoridades, y la inadmisión severa de las doctrinas del Consejo de Estado francés, conducen lógicamente a la negación misma del derecho administrativo.

Claro está que la noción del contrato nace, crece y madura en el derecho privado. Sería incorrecto excluir la aplicación del derecho

Pérez Luciani, Gonzalo: Dictamen rendido a la C. A. Centro Simón Bolívar, mimeo, Caracas, 1973.

público de los contratos celebrados por la Administración. El solo hecho de participar la Administración en un contrato, cualquiera que éste sea, basta para imprimir ciertas modalidades a los efectos de la operación celebrada.

7. Es bien sabido que no existe diferencia alguna en las reglas relativas a la formación de los distintos contratos que pueda celebrar la Administración.

El más ilustre y radical de los defensores de la distinción entre las dos categorías de contratos de la Administración enseñaba que "todos los contratos celebrados por la administración están regidos por un cierto número de reglas comunes concernientes a la Administración": y agregaba que esas reglas comunes concernientes a la Administración son relativas: 1°) A la competencia, ya que para que un contrato celebrado por la Administración sea jurídicamente válido, es preciso que sea concluido por una autoridad competente; 2°) Al libre consentimiento, ya que las reglas sobre vicios del consentimiento (el error, la violencia y el dolo) son comunes a todos los contratos y a todos los contratantes; son, en principio, las mismas reglas que rigen las relaciones entre particulares en derecho privado; 3º) Al objeto: el objeto debe ser posible y lícito, y la regla es común a todos los contratantes; 4º) A los motivos determinantes, ya que ningún contrato de la Administración puede ser celebrado sino por interés general; 5°) A las formalidades, que deben ser cumplidas, bajo sanciones variadas.6

Los sostenedores de la distinción entre los dos tipos de contratos que celebra la Administración han señalado que las consecuencias de esa diferenciación son dos, a saber: a) que los contratos administrativos están sujetos a la jurisdicción administrativa, en los países en que esa jurisdicción existe, en tanto que los contratos de derecho privado se hallan bajo el control de la jurisdicción ordinaria, o de los tribunales judiciales, como se dice en Francia; b) que la ejecución de los contratos administrativos está regida por normas especiales de derecho público, particularmente en cuanto a supremacía de la Administración, su derecho de imponer sanciones, de declarar la caducidad del contrato, de disponer la modificación unilateral y de poner al contrato, aun sin falta del otro contratante.

Un autor francés, Lamarque, observa en 1960 el "valor relativo" de la expresada distinción, pues estima que "la diferencia entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la Ad-

^{6.} Gaston Jèze: Cours de droit public. Paris, 1935, pp. 3 y 4.

ministración es ciertamente mucho menos grande que la que existe entre estos últimos y los contratos particulares", es decir, los que celebran los particulares entre sí.⁷

8. En Venezuela no ha sido materia de controversia la aptitud de la Administración para contratar, pues nuestro derecho positivo ha consagrado desde épocas lejanas, de modo expreso, la competencia de las autoridades para contratar.

En efecto, el ordinal 8°, artículo 72 de la Constitución Nacional sancionada el 28 de marzo de 1864, confería al Presidente de los Estados Unidos de Venezuela, la atribución de "celebrar los contratos de interés nacional con arreglo a la ley, y sometidos a la Legislatura". De entonces hasta hoy, todos los textos constitucionales han conferido facultad expresa al Jefe del Poder Ejecutivo para contratar.

La Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, desde hace muchos años, impuso al Poder Ejecutivo la obligación de remitir a la Contraloría General los proyectos de contratos que se propusiere celebrar, relativos a la adquisición de bienes o servicios o de otros que impliquen compromisos financieros para la República. La Contraloría, previas determinadas verificaciones, debería dar o negar su aprobación. Estas disposiciones figuran hoy en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, de fecha 4 de enero de 1975.

La Ley Forestal de Suelos y Aguas (art. 65) contempla la posibilidad de celebración de contratos entre el Ejecutivo Nacional y los particulares para que éstos ejecuten el aprovechamiento de productos forestales en terrenos baldíos u otros del dominio privado de la Nación.

La Ley Orgánica del Distrito Federal autoriza al Gobernador de esta ciudad para la celebración de contratos, que con anterioridad a su ejecución, deberán ser sometidos a la aprobación del Concejo Municipal.

Las constituciones de los Estados confieren facultad a los Gobernadores de los mismos, para la celebración de contratos, que antes de ponerse en ejecución, deberán ser aprobados por las Asambleas Legislativas.

La Ley Orgánica de Régimen Municipal atribuye a los Concejos Municipales la función de "aprobar los contratos administrativos o de interés municipal", y el artículo 65, numeral 13 ejusdem incluye, entre

^{7.} Lamarque: Recherches sur l'aplication du Droit Privé aux services publies administratifs. Paris, 1960, pp. 502 y ss.

las atribuciones del Administrador Municipal, la de "celebrar contratos, con aprobación del Concejo Municipal, sin la cual el acto carecerá de toda validez". En los Concejos Municipales en los cuales no exista el Administrador Municipal, el otorgamiento de los contratos corresponde al Presidente del Ayuntamiento.

No existe, pues, en la actualidad, ni en tiempos anteriores ha existido en Venezuela, discrepancia alguna en cuanto al reconocimiento de la capacidad de la Administración para contratar, pues todo el derecho positivo en nuestro país formalmente la admite.

9. La noción del contrato administrativo aparece por vez primera en la jurisprudencia nacional, en la sentencia dictada el 5 de diciembre de 1944, por la Corte Federal y de Casación (denominación, para esa época, del primer tribunal de la República) en el juicio intentado por el Procurador General de la Nación, en representación del Estado, contra la compañía holandesa con la cual se había contratado la ejecución de las obras del puerto de La Guaira.

La mencionada sentencia reconoce "una distinción fundamental entre los contratos administrativos que interesan a los servicios públicos y los contratos de derecho privado...". Agrega la Corte: "No quiere decir esto que no tengan ya aplicación en los contratos administrativos los preceptos del derecho privado. Este sigue siendo el derecho común en todo aquello que en dichos contratos no ofrezca una naturaleza especial, un concepto nuevo de justicia, inconciliable con los preceptos civiles y mercantiles que rigen los contratos entre simples particulares". Continúan los sentenciadores: "Se considera como regla esencial en la ejecución de los contratos administrativos que el interés general del funcionamiento regular del servicio público en relación con el contrato no debe ser comprometido por el interés privado del otro contratante. Y lo que se dice en este punto con respecto al concesionario de un servicio público se aplica también a los contratistas de obras públicas en las cuales está interesado un servicio público, como lo es en el caso de autos de construcción de obras portuarias, y una de las razones de esta regla es que el contratista ha aceptado ser en cierto modo un colaborador del servicio público, un coagente, que al menos ha aceptado una subordinación de su actividad al interés general colectivo en la buena y rápida ejecución de las obras destinadas al servicio, caso muy distinto del de los contratantes particulares". También expone la sentencia: "Se enseña igualmente que debido a estas diferencias, la regla de intangibilidad de los contratos particulares, salvo por nuevo acuerdo de las partes, no rige de manera rigurosa en los contratos de

la Administración. Ese rigor de intangibilidad sería perjudicial para los intereses colectivos, pues fácilmente se comprende los perjuicios que habría, si la Administración necesitase de acuerdos previos con el contratista para introducir modificaciones en contratos que por su naturaleza y finalidad deben estar en todo momento sometidos a rectificaciones y mejoras que el mismo interés público aconseja, así sea en los planos, como en los trabajos, o en los medios de ejecución. Salvo naturalmente que los cambios o rectificaciones sean de tal magnitud que desnaturalicen o cambien sustancialmente la obra o el servicio contratados, porque en estos casos, aunque siempre se trate del ejercicio de un derecho, no de incumplimiento culpable de la Administración Pública, se reconoce al contratista el derecho de solicitar prórrogas y compensaciones y aun la resiliación del contrato". Añade la Corte que la Administración tiene el derecho de introducir estos cambios "sin que sea necesario que se hayan previsto esas facultades en cláusulas expresas del contrato". Con relación a las sanciones imponibles por la Administración, expresa la sentencia: "Es principio fundamental que el silencio del contrato sobre las sanciones de la obligación del contratista, de ejecutar dentro de los plazos estipulados, no implica que no existan sanciones... Entre las sanciones normales ordinarias está el derecho de la Administración Pública, de tomar de oficio a riesgo del contratista, las medidas indispensables al buen funcionamiento del servicio público, así como también la resiliación bajo la responsabilidad por falta (aux torts) del concesionario, del empresario de obras o del proveedor".8

La doctrina contenida en la referida sentencia ha sido ratificada en numerosas decisiones del más alto tribunal. Por ejemplo, en el fallo dictado el 12 de noviembre de 1954, expuso la Corte Federal: "Cuando la Administración Pública, pues, obrando como tal, celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica, un contrato que tiene por objeto una prestación de utilidad pública, nos encontramos sin duda frente a un contrato administrativo. Así, la especialidad de dichos contratos radica en el objeto y en el interés general que envuelven, y tal interés general puede ser el de la Nación o Estado, de las Provincias o de las Municipalidades". En su decisión de fecha 13 de agosto de 1964, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, dijo: "No existe duda alguna en cuanto al carácter administrativo de un contrato de explotación de madera en terrenos baldíos. El carácter de concesión, de un contrato de esta naturaleza, así como su objeto

^{8.} Memoria de la Corte Federal y de Casación, 1945.

y la noción de servicio público que lo informa, además del contenido de sus cláusulas, determinan suficientemente su calidad de contrato administrativo". En igual sentido se ha pronunciado la Corte en ulteriores decisiones.

En síntesis: la jurisprudencia del más alto tribunal venezolano en el curso de las cuatro décadas más recientes ha mantenido invariablemente la figura del contrato administrativo por antítesis al contrato de derecho privado celebrado por la Administración, caracterizado aquél por su finalidad u objeto, encaminados a la realización de actividades de servicio público o vinculadas con el interés general o utilidad pública y cuya principal consecuencia es la sujeción a un régimen de derecho público, o sea, de subordinación del particular o empresa privada contratista, a las prerrogativas de la Administración.

- 10. El artículo 42, numeral 14 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, mandada a cumplir el 30 de julio de 1976, y la cual entró en vigor el 1º de enero de 1977, dispone que la referida Corte conocerá de las cuestiones que surjan en relación con los contratos administrativos en los cuales sean parte la República, un Estado o un Municipio. El ejercicio de esta atribución compete, conforme al artículo 43, ejusdem, a la Sala Político-Administrativa de la referida Corte. Ahora bien, como hemos visto, al indicar esta atribución, la ley menciona los contratos administrativos, lo que significa que no corresponde a la competencia de la Corte resolver las cuestiones surgidas de los contratos de derecho privado celebrados por las entidades públicas territoriales, salvo que por razón de la cuantía deba conocer del asunto, de acuerdo con otra disposición de esa misma ley.
- 11. El profesor español Eduardo García de Enterría es opuesto en principio a la teoría del contrato administrativo, pues rechaza la idea de que el "contrato objeto del derecho administrativo sea algo irreductible al cuadro contractual general del derecho civil, y que por consiguiente, tenga que tratarse de una institución totalmente singular e independiente". Admite sin embargo, que la doctrina general del contrato "se especifica o modula de una manera peculiar en el derecho administrativo". Sostiene, además, que, "tal modulación es el resultado de una doble vigencia: las peculiaridades de la Administración como organización colectiva característica, y su giro o tráfico peculiar y propio". Que lo primero explica casi todas las reglas comunes de formación de la totalidad de los contratos en que la Administración interviene, y no sólo estrictamente administrativos; y lo segundo explica, el que determinadas exigencias del giro o tráfico propio y peculiar de

la Administración, es decir, del ámbito de actuación que la Administración tiene como propio de sus funciones peculiares, es justamente lo propio de los llamados strictu sensu contratos administrativos, y se manifiesta sobre todo en las reglas de ejecución, cumplimiento y extinción de los contratos. Agrega el profesor nombrado que las exigencias del "giro o tráfico" administrativo se manifiestan normalmente sólo en los contratos de tracto sucesivo o de cumplimiento prolongado, y que los contratos de tracto instantáneo no presentan ese carácter administrativo.

Añade el nombrado profesor que las prerrogativas del poder público, o sean, las cláusulas exorbitantes no serían, en general, ilícitas en un contrato de derecho privado celebrado por la Administración.

Acepta el distinguido expositor hispano que existen cláusulas exorbitantes extremas que sólo pueden darse en el derecho administrativo, tal como el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa el conocimiento judicial; pero explica que este poder formidable no resulta del contrato mismo, sino de la posición jurídica de la Administración, de modo que es en sí mismo extracontractual, y añade que hoy la verdadera razón de fondo que justifica esta prerrogativa está en la relación inmediata del contrato con las necesidades públicas.

Igualmente, en lo tocante a la prerrogativa del jus variandi, que permite a la Administración modificar unilateralmente el contrato, el referido autor expresa que se trata en realidad de una potestad administrativa que la actividad contractual nunca ha podido interferir o limitar, y que puede romper no sólo los contratos de la Administración, sino también los contratos celebrados entre particulares.

En síntesis, el profesor García de Enterría sostiene que las características propias de los contratos de la Administración no alteran el esquema contractual, es decir, mantienen incólume la noción del contrato, común a todas las ramas del derecho. Admite que puede hablarse de una teoría iusadministrativa del contrato, pero no de una rígida división dual entre los contratos que celebra la Administración. Afirma, en fin, que la presencia de la Administración introduce en el mecanismo del contrato una modulación, sin que ello implique que en tal caso el derecho administrativo "deba absorber la totalidad de las reglas de fondo de los contratos civiles aplicables a los contratos administrativos".9

^{9.} García de Enterría, Eduardo: "La Figura del Contrato Administrativo", en Revista de Administración Pública, Nº 41, mayo-agosto de 1963.

Las ideas precedentes las acoge el autor en la obra: Curso de Derecho Administrativo, escrita en colaboración con el profesor Tomás Ramón Fernández, publicada en Madrid.¹⁰

- 12. En reciente estudio del profesor venezolano Allan R. Brewer-Carías, analiza la evolución del concepto de contrato administrativo, revisa opiniones anteriormente emitidas por él y arriba a la conclusión de que en la actualidad "la noción de contrato administrativo sólo puede aceptarse para identificar un tipo de contrato de la Administración el cual, por la finalidad perseguida por la Administración al contratar, está sometido a un régimen preponderante de derecho público, pero no porque tenga un régimen de derecho público por contraposición a otros contratos de la Administración que estarían sometidos a un régimen de derecho privado. Estos últimos no existen; toda la actividad contractual de la Administración es administrativa, y está sometida a un régimen mixto de derecho público y derecho privado. La preponderancia de uno u otro y su utilización regular es lo que adquiere ahora importancia". 11
- 13. La noción del contrato, tal como aparece en la definición del Código Civil, es la misma en el dominio del derecho privado y del derecho público. El contrato es, por lo tanto, una institución general a todo el derecho, aun cuando haya nacido y alcanzado un desarrollo mayor en el derecho civil.

Como antes expusimos, está fuera de duda, en el derecho venezolano, la aptitud de la Administración para contratar.

La distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho común celebrados por la Administración tuvo su origen en Francia, al ser atribuido a los tribunales administrativos el conocimiento de los conflictos provenientes de la ejecución de los primeros, y a los tribunales judiciales, todo lo concerniente a las cuestiones surgidas de los segundos. Los tribunales administrativos aplicaron principios de derecho público a la solución de los problemas derivados de los contratos administrativos, en tanto que los tribunales judiciales aplicaron en los asuntos de su competencia, reglas de derecho privado. De allí que, aun en países como Venezuela, donde siempre el Poder Judicial ha ejercido en todas sus áreas la función jurisdiccional, ha tenido interés la distinción expresada.

^{10.} Segunda edición, pp. 460 y ss.

^{11.} Brewer-Carías, Allan-R.: "La evolución del concepto de contrato administrativo", Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires, diciembre 13 de 1978, Nº 5.076. Véase en pp. 41 a 69 de este libro.

El criterio de distinción entre una y otra categorías de contrato, fundado en la noción de servicio público en sentido específico, ha sido casi completamente abandonado, por la notoria decadencia de dicha noción. El criterio de la distinción basado en la sola existencia de cláusulas exorbitantes tampoco puede sostenerse, pues dejaría a la libre voluntad de las partes determinar la naturaleza del contrato, ya que la mayoría de las estipulaciones así calificadas podrían ser insertadas en cualquier contrato de la administración, aunque fuere de mera gestión mercantil. Es preciso confesar la dificultad extrema de hallar un acertado criterio de distinción.

Con mucha razón el profesor García de Enterría dijo en su estudio anteriormente indicado que el concepto de contrato administrativo es un "concepto polémico"; y expresa gran verdad el autor francés Liet Veaux, citado por aquél, cuando afirma que este tema es "uno de los capítulos más desesperantes del derecho público".

La verdad es que no puede hablarse de contratos exclusivamente regidos por el derecho administrativo y de contratos exclusivamente regulados por el derecho civil y mercantil. Es lo cierto que en todos los contratos de la Administración se aplican a un tiempo principios de derecho público, y preceptos de derecho privado, en proporción mayor o menor.

Anteriormente dijimos que las reglas de formación de los contratos de la Administración son comunes a todos los contratos celebrados por ésta.

En cuanto a las normas que rigen la ejecución de esos contratos, conviene establecer algunos distingos.

En aquellos contratos que tienen por finalidad atender de inmediato a satisfacer necesidades públicas, a la realización de obras o actividades estrechamente vinculadas al interés general, a la utilidad pública o bien común, nociones estas que expresan una amplitud mayor que la del "servicio público", y que sean de tracto o cumplimiento sucesivo, serán aplicados principios de derecho público, en razón de la posición jurídica que ocupa la Administración. Así, pues, no en razón de cláusulas contractuales expresas o implícitas, sino en virtud de potestades propias del poder público, en esos contratos la Administración ejercerá los poderes de dirección, de imponer sanciones al contratista, de modificar por decisión unilateral el objeto del contrato, e inclusive, de poner fin anticipadamente al contrato, sin falta del contratista, sino en vista de los requerimientos del interés público.

Pero no cabe establecer una división clara y tajante entre contratos de derecho administrativo y contratos de derecho privado celebrados por la Administración. Hay, entre los contratos de la Administración, algunos en los cuales la finalidad de interés general es particularmente intensa. En otros, esa finalidad se percibe con menor intensidad. Finalmente, en algunos contratos se trata sólo de gestiones relativas a la administración de bienes patrimoniales de la entidad pública contratante. En todos esos contratos de la Administración se aplicarán en medida variable, principios de derecho público y de derecho privado.

En las consideraciones precedentes se rectifican o aclaran conceptos expuestos sobre los contratos administrativos en nuestro Manual de Derecho Administrativo.

14. En dos oportunidades la Constitución se refiere a "los contratos del interés nacional".

La primera, en el artículo 126, que expresa: "Sin la aprobación del Congreso, no podrá celebrarse ningún contrato de interés nacional, salvo los que fueren necesarios para el normal desarrollo de la administración pública o los que permita la ley. No podrá en ningún caso procederse al otorgamiento de nuevas concesiones de hidrocarburos ni de otros recursos naturales que determine la ley, sin que las Cámaras en sesión conjunta, debidamente informadas por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes lo autoricen, dentro de las condiciones que fijen y sin que ello dispense del cumplimiento de las formalidades legales.

"Tampoco podrá celebrarse ningún contrato de interés público nacional, estadal o municipal con Estados o entidades oficiales extranjeros, ni con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación del Congreso.

"La ley puede exigir determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías, en los contratos de interés público".

La segunda oportunidad en que la Constitución emplea la referida expresión es en el ordinal 15 del artículo 190, que confiere al Presidente de la República la atribución de "celebrar los contratos de interés nacional permitidos por esta Constitución y las leyes".

15. Como antes dijimos, los "contratos de interés nacional" se mencionan por primera vez en la Constitución federalista, sancionada

por la Asamblea Constituyente el 28 de marzo de 1864. El artículo 72, atribución octava, disponía que correspondía al Presidente de los Estados Unidos de Venezuela, "celebrar los contratos de interés nacional con arreglo a la ley, y someterlos a la Legislatura". El artículo 43, numeral 17, incluía entre las atribuciones de la Legislatura Nacional, la de "aprobar o negar los contratos que sobre obras públicas nacionales haga el Presidente de la Unión, sin cuyo requisito no se llevarán a efecto". Se advierte que en la atribución de la Legislatura no se habla de "contratos de interés nacional", sino de contratos sobre obras públicas nacionales. Esas disposiciones en lo fundamental se mantienen sin variación a través de las reformas sufridas por la Constitución en los años 1874, 1881 y 1891. Podría afirmarse que durante esas décadas, se entendía por contratos de interés nacional, los contratos celebrados por el Ejecutivo Federal sobre obras públicas nacionales.

En e 3 de la Constitución sancionada con posterioridad al triunfo ue 12 mamada "Revolución Legalista" por la Asamblea Nacional Constituyente, el 12 de junio de 1893, el artículo 78, atribución tercera, faculta al Presidente de la República para celebrar los contratos de interés nacional con arreglo a las leyes, y someterlos al Congreso para su aprobación o improbación, sin cuyo requisito no podrán ponerse en ejecución. Y en esa misma Constitución, el ordinal 16 del artículo 44, encomienda al Congreso aprobar o negar los contratos de interés nacional que celebrare el Presidente de la Unión, los cuales no podrán llevarse a efecto sin su aprobación. No se hace mención alguna de los contratos sobre obras públicas nacionales, como se hacía en las constituciones de 1864, 1874, 1881 y 1891. Las disposiciones contenidas en las Constituciones de 1901, 1904 y 1909 son en el fondo iguales a las normas ya citadas de la Carta Fundamental de 1893.

En las constituciones sancionadas el 13 de junio de 1914 y el 19 de junio de 1922, al indicar las atribuciones de las Cámaras como cuerpos colegisladores, se les encomienda aprobar o negar los títulos y concesiones de minas, las enajenaciones de tierras baldías y de cualesquiera bienes inmuebles de la Nación, las concesiones para construir vías de comunicación y los demás contratos de interés nacional, autorizados por la Constitución o las leyes, que celebre o prorrogue el Ejecutivo Nacional. Al enumerar las atribuciones del Presidente, en las dos constituciones últimamente mencionadas, como en las anteriores, se habla sólo de celebrar contratos de interés nacional, sin indicar en forma alguna el objeto, materia o características de tales contratos. Pero es evidente que bajo el imperio de las dos constituciones cita-

das, se debían considerar contratos de interés nacional: las concesiones mineras, las enajenaciones de tierras baldías y otros inmuebles de la Nación y las concesiones para construir vías de comunicación.

En la Constitución sancionada el 24 de junio de 1925, conforme a la atribución 6ª del artículo 78, corresponde a las Cámaras Legislativas como cuerpos colegisladores, aprobar o negar los contratos para la construcción de vías férreas, cables aéreos de tracción, establecimiento de comunicaciones telegráficas o inalámbricas y los demás de interés nacional, autorizados por la Constitución o las leyes, que celebre el Ejecutivo Federal. La atribución 21, artículo 100 de esa misma Constitución, facultaba al Presidente para celebrar, por órgano del Ministro o Ministros a quienes competa y con aprobación del Consejo de Ministros, los contratos de interés nacional permitidos por la Constitución y las leyes y someterlos al Congreso. Es claro que conforme a esta Constitución quedan calificados como contratos de interés nacional: los relativos a la construcción de vías férreas, cables aéreos de tracción y establecimiento de comunicaciones telegráficas o inalámbricas. De modo expreso dispone el ordinal 6°, artículo 78, que no están sujetos a la aprobación del Congreso, las concesiones mineras ni los títulos de tierras baldías.

Las disposiciones señaladas de la Constitución de 1925 se reproducen sin variación a través de las reformas sufridas por la Carta Magna en los años de 1928, 1929, 1931, 1936 y 1945.

En la Constitución sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente el 5 de julio de 1947, las disposiciones concernientes a la materia estudiada no indican de modo alguno el objeto o contenido ni las características de los contratos de interés nacional. En esto son similares a las constituciones dictadas en 1893, 1901, 1904 y 1909, antes citadas. En efecto, el ordinal 14, artículo 198, confiere al Presidente de la República la atribución de "celebrar por órgano del Ministro o Ministros respectivos y con aprobación del Consejo de Ministros respectivos los contratos de interés nacional permitidos por esta Constitución y las leyes, y someterlos a la consideración del Congreso Nacional o de la Comisión Permanente del mismo en casos urgentes...". Por otra parte, en la atribución 8ª, artículo 162, de esa misma Constitución, se dispone que corresponde a las Cámaras como cuerpos colegisladores "autorizar al Poder Ejecutivo Federal, so pena de nulidad, para enajenar bienes inmuebles del patrimonio privado de la Nación, y para celebrar contratos de interés nacional, los cuales no serán válidos ni entrarán en vigencia sino después que hayan sido aprobados por las Cámaras. Se exceptúan los contratos o títulos mineros o de

tierras baldías, y los demás que fueren necesarios para el normal desarrollo de la administración pública, salvo en los casos que determine la ley".

En la Constitución sancionada el 11 de abril de 1953 no se hace uso de la expresión "contratos de interés nacional" al conferir la atribución para contratar, al Presidente de la República, y para dar o negar su aprobación, a las Cámaras. En efecto, conforme al numeral 15, letra b), artículo 108, corresponde al Presidente de la República, por medio del ministro respectivo, "celebrar contratos con arreglo a las leyes"; y de acuerdo con la atribución 4ª, artículo 81 de esa misma Constitución, corresponde a las Cámaras como cuerpos colegisladores, aprobar o negar los contratos que celebre el Poder Ejecutivo Nacional y que conforme a la ley estén sujetos a este requisito. La aprobación legislativa, pues, puede ser requerida por la ley, y en este caso será necesaria, sin que sea preciso calificar el contrato. No obstante lo expuesto, se advierte que la Constitución de 1953, en su artículo 48, prohíbe que puedan ser celebrados con gobiernos extranjeros o traspasados a ellos, contratos de interés público nacional, estadal o municipal; y en su artículo 49 se refiere también a los contratos de interés público celebrados por el Gobierno Nacional, con los de los Estados o con los Municipios, en los cuales ordena el constituyente se considere incorporada la cláusula Calvo.

- 16. Como hemos visto, en algunas de las constituciones anteriores a la actual, entre otras la de 1947, se confería al Presidente de la República la atribución de celebrar, por órgano del Ministro o Ministros respectivos, contratos de interés nacional. La Constitución en vigor se limita a atribuir esa competencia al Presidente, sin indicación alguna de que deba actuar por órgano de los Ministros. Esto ha dado origen a que algunos abogados sostengan que esos contratos deberán ser firmados por el propio Jefe de Estado. Este parecer no es correcto. Conforme al artículo 193 de la Constitución, los Ministros son los órganos directos del Presidente de la República. Era, pues, redundante decir que la celebración de los contratos de interés nacional debía hacerse por órgano de los Ministros. Esta atribución debe ser ejercida en Consejo de Ministros, lo que significa que la decisión de celebrar el contrato debe ser adoptada por el Jefe de Estado en Consejo de Ministros.
- 17. No fue acertada la redacción del artículo 126 de la Constitución en vigor. Se prohíbe en él la celebración, sin aprobación del Congreso, de contratos de interés nacional. Según acuerdo unánime de la

doctrina, el acto de aprobación es posterior a la celebración del contrato, con el cual se expresa conformidad. La autorización, en cambio, es un acto anterior al otorgamiento del contrato al cual se refiere. Mientras que la autorización contempla un contrato proyectado, la aprobación implica conformidad con un contrato ya formado.

En la Constitución actual se reserva el requisito de la autorización para casos excepcionales, a saber: los empréstitos, que requerirán, para su validez, una ley especial que los autorice, conforme al aparte único del artículo 231 de la Constitución; y el otorgamiento de nuevas concesiones de hidrocarburos o de otros recursos naturales que determine la ley, al cual no podrá procederse, según el artículo 126 ejusdem, sin que las Cámaras en sesión conjunta, lo autoricen, dentro de las condiciones que fijen. Claro está, que, habiéndose reservado el Estado el ejercicio de la industria de los hidrocarburos, el segundo caso queda limitado al otorgamiento de concesiones de otros recursos naturales que determine la ley.

18. Como acaba de verse, la autorización para contratar un empréstito debe hacerse en forma de ley, y en cambio, la autorización para el otorgamiento de las aludidas concesiones, debe hacerse por las Cámaras en sesión conjunta, es decir, mediante acuerdo. La autorización para que el Ejecutivo Nacional pueda enajenar inmuebles del dominio privado de la Nación corresponde al Senado, según el ordinal 2º del artículo 150 de la Constitución, lo que significa que deberá hacerse mediante "acuerdo" del Senado.

No precisa la Constitución cuáles son los procedimientos a seguir, y de consiguiente, la forma que ha de revestir el acto aprobatorio del Congreso con relación a los contratos de interés nacional. Como hemos señalado en anteriores Constituciones, esta atribución correspondía a las Cámaras como cuerpos colegisladores, lo que significa que debía seguirse el procedimiento pautado para la formación de las leyes, y el acto revestía forma de ley.

La disposición transitoria decimotercera de la Constitución prescribe que "cuando la ley requiera para la validez de un acto la autorización, aprobación o sanción del Congreso, la decisión será tomada por las Cámaras en sesión conjunta, a menos que de la misma naturaleza del acto aparezca que debe seguirse el procedimiento para la formación de las leyes". Pero no creemos que en el caso examinado deba aplicarse esta disposición, porque la aprobación legislativa en relación con los contratos de interés no es requerida por la ley, sino por la Constitución.

A nuestro parecer, debe seguirse, conforme a la tradición constitucional venezolana, empleando la forma de ley, para los referidos actos aprobatorios.

19. Como todo acto aprobatorio, la aprobación legislativa de los contratos de interés nacional, incide sobre la eficacia de los mismos, no sobre su validez.

El contrato celebrado por el Ejecutivo Nacional, previo el cumplimiento de todos los trámites legales, y con arreglo a la Constitución y las leyes, tiene plena validez, pero no adquiere eficacia, es decir, no puede ser puesto en ejecución, mientras no haya recaído la aprobación legislativa.

20. Conviene determinar lo que debe entenderse por "contratos de interés nacional". El doctor Ambrosio Oropeza, en su libro La Nueva Constitución Venezolana 1961, expresa que "los contratos de interés nacional son aquellos que tienen por objeto la satisfacción de los servicios públicos que interesan directa o indirectamente a toda la colectividad venezolana o a gran parte de ella". Definición ésta que guarda estrecha relación con el concepto generalizado en Venezuela, expuesto al comienzo de este trabajo, y según el cual los contratos de interés nacional se hallan comprendidos dentro de la categoría de los contratos administrativos.

Se ha sostenido también en la doctrina venezolana que el contrato de interés nacional es aquel "que comprometa los altos intereses nacionales", que las denominaciones "contratos de interés nacional", "contratos de interés público", se refieren a "un solo tipo especial de contratos", por su importancia, por su magnitud económica, por sus consecuencias. I Igualmente se ha escrito —en el mismo orden de ideas— que la única posibilidad para establecer distinciones entre los contratos que pudiere celebrar la Administración es que "las notas diferenciales sean exclusivamente cuantitativas" (subrayado de E.L.M.). Esta tesis meramente cuantitativa del contrato de interés nacional no puede ser acogida. No podría estar fundada sino en el texto expreso de una norma jurídica determinativa de las cuantías de los contratos que merecieran tal calificación. Por otra parte, ¿cómo distinguir entre los "altos" y los pequeños intereses nacionales, entre los contratos importantes y los no importantes, entre los trascen-

^{12.} Oropeza, Dr. Ambrosio: La Nueva Constitución Venezolana 1961, p. 361.

Pérez Luciani, Gonzalo: "El Control Jurisdiccional de las Leyes no normativas aprobatorias de contratos", antes citado.

^{14.} Pérez Luciani, Gonzalo: Dictamen ya citado para la C. A. Centro Simón Bolívar.

dentes y los no trascendentes? Este criterio carece de toda base científica y es, por lo tanto, inadmisible.

Otra afirmación escrita en la doctrina nacional es aquella según la cual "la figura de los contratos de interés nacional ha venido a ampliar la categoría de los actos administrativos, al comprender, como tales, muchos contratos que aun cuando no sean suscritos por un ente de derecho público, sin embargo, se consideran como de interés nacional, y por tanto, sometidos al mismo régimen, preponderante de derecho público, que los contratos tradicionalmente calificados de administrativos". 15 Esta afirmación tiene por base la idea anteriormente rechazada, de que los contratos de interés nacional se caracterizan por su importancia, su magnitud económica y su trascendencia, es decir, su incidencia en el proceso de desarrollo económico se pretende, pues, que los contratos celebrados por empresas del Estado deban ser, en razón de su importancia, magnitud o trascendencia, incluidos entre los contratos de interés nacional. Debe observarse que la Constitución atribuye al Presidente de la República celebrar los contratos de interés nacional y añade que esta atribución debe ser ejercida en Consejo de Ministros (ordinal 15 y penúltimo aparte del artículo 190). Corresponde, pues, exclusivamente al Ejecutivo Nacional celebrar los contratos de interés nacional. Luego es necesario para que un contrato pueda recibir esa calificación, que una de las partes contratantes sea la República de Venezuela.

No existe duda para nosotros de que es absolutamente necesario para que un contrato sea considerado de interés nacional, que una de las partes sea la República de Venezuela. Cabe formular la pregunta de si ello será suficiente.

A nuestro modo de ver, ante la indefinición de la Constitución y de las leyes, podrían concebirse acerca de la figura del contrato de interés nacional, dos interpretaciones, a saber, *Primera*: Podría suponerse, para que un contrato pudiera ser calificado como de interés nacional, que sería necesario y suficiente que una de las partes contratantes fuera la República de Venezuela. En tal caso, recibirían esa calificación todos aquellos contratos en que tuviera interés la Nación, así las concesiones de servicios y obras públicas, como los empréstitos, y también, los contratos concernientes a la administración y disposición de bienes patrimoniales, tales como el arrendamiento o la venta de bienes pertenecientes al dominio privado de la Nación. *Segunda*: Po-

^{15.} Brewer-Carías, Allan-R.: Estudio anteriormente citado, publicado en la Revista Jurisprudencia Argentina, 1978. Véase ese texto en pp. 41 a 69 de este libro.

dría sostenerse también que para que un contrato pudiera ser calificado como de interés nacional sería necesario, pero no suficiente, que una de las partes en él fuera la República de Venezuela, pues se exigiría, además, que el contrato tuviera por finalidad atender de modo inmediato y directo requerimientos de interés general. Los contratos de interés nacional serían, pues, los contratos de interés público en que participara la Nación. A la luz de esta segunda concepción, quedarían excluidos de la noción de contratos de interés nacional, los contratos relativos a la administración y disposición de los bienes muebles o inmuebles, pertenecientes al dominio privado de la Nación.

Acogemos esta segunda concepción. Según ella, como hemos visto, son contratos de interés nacional todos los contratos en que participa la República de Venezuela, con excepción de los que se refieren a la administración y disposición de bienes del dominio privado de la Nación.

Aun cuando esta interpretación se aproxima mucho a la tesis antes sostenida por nosotros y por la doctrina dominante en nuestro país, ofrece la ventaja de eludir la mención de un concepto polémico, como lo es la figura del contrato administrativo. Lo que no parece admisible es la argumentación de un distinguido expositor venezolano, conforme a la cual, el encuadramiento de las expresiones "contratos de interés nacional" y "contratos de interés público" dentro de la categoría de los contratos administrativos "carece de sentido", por cuanto las referidas expresiones aparecieron en nuestros textos constitucionales la primera en 1864, y la segunda en 1893, épocas para las cuales no se había mencionado nunca al contrato administrativo. 16 Esta consideración histórica carece de valor para la hermenéutica jurídica. No podemos interpretar las normas de la Constitución con el criterio que guió a los redactores de las constituciones de 1864 y 1893. Las normas jurídicas tienen su vida propia con independencia de la intención de sus proyectistas y de los integrantes de las asambleas o congresos que las hayan sancionado. Es necesario interpretarlas con criterio actual.

21. No todos los contratos de interés nacional requieren para su ejecución aprobación legislativa. No se exige dicha aprobación: respecto a los contratos "que fueren necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública", ni en relación con aquellos "que permite la ley". La primera de las excepciones se ha justificado en razón de que "sin ella quedaría entrabado el diario funcionamiento de la Administración Pública respecto de los contratos necesarios para su

^{16.} Pérez Luciani, G.: Dictamen para el Centro Simón Bolívar, C. A., ya citado.

desarrollo". ¹⁷ No es fácil determinar cuáles son los contratos necesarios para el normal funcionamiento de la administración. Dentro de esa primera excepción pueden considerarse incluidos, si no la totalidad, la inmensa mayoría de los contratos que celebra el Ejecutivo Nacional, cualesquiera fueren su magnitud, importancia y trascendencia en el desarrollo nacional. La segunda de las excepciones indicadas exime de la aprobación legislativa los contratos "que permite la ley", esto es, aquellos que, en virtud de disposición legal, pueden celebrarse y ejecutarse sin necesidad de la referida aprobación. Esta excepción procede, no sólo cuando los preceptos legales referentes a determinados contratos los provean en todos sus trámites sin señalarles la necesidad de aprobación legislativa (sería en caso de permisión implícita), o cuando los eximan de manera expresa, de la necesidad de dicha aprobación (aprobación explícita). ¹⁸

- 22. El primer aparte del artículo 126 de la Constitución se refiere a los contratos de interés público, no sólo los de carácter nacional, sino también los de carácter estadal y municipal. Lo mismo que el encabezamiento, este aparte es confuso y defectuoso. Dispone el constituyente la necesidad de la aprobación del Congreso, respecto a los contratos de interés público allí mencionados, celebrados con Estados o entidades oficiales extranjeras, o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, y a los traspasos de aquéllos a una u otra de dichas entidades. Entendemos que en este aparte, como en el encabezamiento ya comentado del mismo artículo, la mente de la Constitución consiste en requerir la intervención posterior del Congreso, para que esos contratos y sus traspasos o cesiones puedan tener ejecución. Desde luego, los traspasos o cesiones tendrían que ser aprobados por el Ejecutivo Nacional, o del Estado, o del Concejo Municipal, según sea el caso, antes de ser solicitada la conformidad del Congreso.
- 23. El último aparte del artículo 126 dispone que "la ley puede exigir determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías, en los contratos de interés público". Algunas veces se ha interpretado que la ley a que alude el precepto transcrito es precisamente la ley aprobatoria del contrato. Es obvio que esa interpretación no es acertada. Siendo la aprobación legislativa del contrato posterior al otorgamiento del mismo, no es posible al Congreso establecer condiciones en el acto aprobatorio. La

^{17.} Farías Mata, Luis H.: La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolana, p. 54.

^{18.} Idem.

decisión del Congreso tiene que ser pura y simplemente aprobatoria o denegatoria del contrato celebrado. El constituyente alude evidentemente a una ley normativa en la cual puedan establecerse las aludidas condiciones, y requerirse garantías especiales.

El artículo 127 de la Constitución incorpora a los contratos de interés público, una cláusula encaminada a impedir que las divergencias que emanan del cumplimiento o de la interpretación de dichos contratos puedan ser consideradas como de naturaleza internacional. Es la famosa cláusula Calvo, inspirada en la doctrina del autor de este nombre, conforme a la cual las reclamaciones privadas de los extranieros no justifican la intervención armada. Conforme al citado artículo, en los contratos de interés público se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras. Si en el contrato no estuviere expresa esa cláusula, el efecto jurídico es el mismo, porque la Constitución dispone que en tal caso se considerará incorporada. Si en el contrato se incluyere una cláusula en sentido contrario, sería violatoria de la Constitución y por lo tanto, nula.

La disposición comentada se opone abiertamente a tres posibilidades: a que pueda ser atribuida jurisdicción a un tribunal extranjero, para conocer de los conflictos provenientes de la ejecución, retardo, inejecución o interpretación de contratos de interés público; a que pueda pretenderse la aplicación a tales litigios, de la legislación de países extranjeros; y en fin, a que en razón de las divergencias que surjan entre las partes en relación a dichos contratos, puedan intervenir gobiernos extranjeros, que formulen a nombre de sus nacionales, reclamaciones contra Venezuela.

Ciertamente el artículo 127 de la Constitución excluye de la incorporación de la citada cláusula los casos en que fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza del contrato, expresión sumamente vaga que en la práctica ha presentado problemas insolubles.

25. De toda la exposición precedente se desprende que no es satisfactoria la redacción de los artículos 126 y 127 de la Constitución, y que, en consecuencia, deberían efectuarse algunas enmiendas constitucionales, destinadas a impedir la incertidumbre actual en cuanto a la significación y alcance de esos dos preceptos.

Las enmiendas sugeridas podrían ser del tenor siguiente:

- a) Los contratos que celebre la Administración Pública Nacional, de los estados o de los municipios, y los traspasos de los mismos, sólo estarán sujetos a la aprobación del Congreso cuando una disposición legal así lo exija, y en este caso no podrán ponerse en ejecución sin haberse cumplido dicho requisito. La aprobación deberá ser expedida en forma de ley.
- b) En los contratos que celebre la Administración Pública Nacional, de los estados o de los municipios, siempre que una disposición legal así lo establezca, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, la cláusula prevista en el artículo 127 de la Constitución.

En la forma propuesta queda perfectamente claro: que la intervención del Congreso, en caso de ser necesaria, es posterior a la celebración del contrato, pues se trataría de un acto aprobatorio y no autorizatorio; que la aprobación del Congreso debería ser expedida en forma de ley, esto es, mediante el procedimiento especial establecido en la Constitución para la formación de las leyes; y finalmente, que tanto la aprobación legislativa respecto a la celebración y cesión de contratos, como la incorporación de la cláusula Calvo, sólo podrán ser requeridas cuando así lo ordene una disposición legal. Una vez que las enmiendas propuestas llegaren a entrar en vigor, podría la ley por vía general disponer la necesidad de la aprobación del Congreso para aquellos contratos cuya cuantía exceda de una suma determinada; y también podría el legislador exigir la aprobación legislativa para cierta clase de contratos, independientemente de su cuantía. En fin, el legislador puede ser casuista, y la norma legislativa es siempre más fácilmente variable que los preceptos constitucionales; por lo cual estimo ventajosas las enmiendas sugeridas, tanto en lo referente al requisito de la aprobación legislativa, como en lo concerniente a la incorporación de la cláusula Calvo.



NATURALEZA Y EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

MANUEL RACHADELL

SUMARIO

I. Aspectos jurídicos de las averiguaciones administrativas y de la declaratoria de responsabilidad administrativa. 1. El órgano investigador: la Contraloría General de la República. 2. Las averiguaciones administrativas. A. Los reparos a las cuentas de los funcionarios y las averiguaciones administrativas. B. El procedimiento de las averiguaciones administrativas. 3. La declaratoria de responsabilidad administrativa. A. Los sujetos pasivos de la declaratoria de responsabilidad administrativa. B. La naturaleza de la declaratoria de responsabilidad administrativa. C. Los efectos de la declaratoria de responsabilidad administrativa y las sanciones disciplinarias. b) La responsabilidad administrativa y las acciones penales. c) La responsabilidad civil. 4. La impugnación jurisdiccional de la declaratoria de responsabilidad administrativa. A. Recurribilidad del auto de responsabilidad administrativa. B. Organos jurisdiccionales competentes para conocer de los recursos. II. La declaratoria de responsabilidad administrativa. 1. Revisión de las instituciones de control. 2. Reorientación de la declaratoria de responsabilidad administrativa. B. La publicidad del auto de responsabilidad administrativa. B. La publicidad del auto de responsabilidad administrativa. B. La publicidad del Contralor General de la República a la figura del Ombudsman. A. El Ombudsman en la Administración Comparada. B. La búsqueda de un Ombudsman venezolano. C. La Contraloría y el Ombudsman.

INTRODUCCION

En la Administración Comparada existen formas y mecanismos muy diversos para controlar la correcta utilización de los dineros públicos. La teoría de los controles cubre una extensa gama de instituciones, internas o externas a la Administración, y de procedimientos, unos preventivos y otros correctivos, que persiguen salvaguardar la legalidad

y la moralidad en el manejo de los fondos públicos, o atender a la más eficiente inversión de los mismos, según los casos.¹

En Venezuela, el control de las finanzas públicas se efectúa, principalmente, a través de la Contraloría General de la República, órgano a quien la ley que la rige le confiere la facultad de efectuar investigaciones tendentes a determinar la responsabilidad de los funcionarios públicos que tienen a su cargo o intervienen en la Administración, manejo o custodia de bienes o fondos de las entidades públicas. Como resultado de esas investigaciones, y luego de cumplido un procedimiento previsto en la ley, el órgano contralor emite un auto en virtud del cual declara la responsabilidad o la absolución del investigado o el sobreseimiento de la averiguación.

El auto de responsabilidad administrativa es, desde el punto de vista jurídico, una simple declaración de que un funcionario público ha incumplido determinadas obligaciones inherentes al cargo que ejerce. En teoría, no constituye en sí mismo una sanción, aun cuando puede desencadenar la imposición de una sanción disciplinaria o penal al funcionario inculpado o puede suministrar los elementos para el ejercicio de una acción civil contra éste, según los casos. En la práctica, cuando el auto de responsabilidad administrativa se hace público, ello implica, además, una condenatoria moral para el funcionario, a quien de ordinario la opinión pública considera incurso en un acto de "corrupción administrativa", independientemente de que, en algún caso, la responsabilidad haya sido declarada por el simple incumplimiento de disposiciones procedimentales, sin que mediara dolo en la conducta del funcionario.

En tal virtud, el auto de responsabilidad administrativa emanado de la Contraloría General de la República, puede constituir un eficaz instrumento en la lucha por el saneamiento de nuestra Administración, a condición de que se le utilice con pleno conocimiento de su naturaleza, de sus efectos y sus implicaciones y que su imposición se haga con una finalidad moralizante sobre la Administración y no como un simple mecanismo de disciplina fiscal.

En las consideraciones que siguen analizaremos, en una primera parte, los aspectos jurídicos de las averiguaciones administrativas que

^{1.} Sobre la teoría general de los controles y sus instituciones y procedimientos en la Administración Comparada, vid. Guy Braibant, Nicole Questiaux, Celine Wiener: Le controle de l'administration et la protection des citoyens, publicación de la Biblioteque de l'Institut International d'Administration Publique, Nº 3. Ediciones Cujas, París, 1973.

realiza el órgano contralor y, en una segunda parte, la reorientación que debe imprimirse a este mecanismo para convertirlo en un instrumento de lucha contra la corrupción administrativa, teniendo presente a estos efectos, la experiencia de otros países, y particularmente la que se deriva de la institución del Ombudsman escandinavo.

I. ASPECTOS JURIDICOS DE LAS AVERIGUACIONES ADMINISTRATIVAS Y DE LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

En Venezuela, el manejo de las finanzas públicas es objeto de control bajo diversas formas, unas internas y otras externas a la Administración. Entre las primeras, cabe señalarse el control jerárquico, que tiene lugar con base en la relación de supra y subordinación que existe entre los órganos que integran la Administración, dentro de una misma persona jurídica; el control de tutela que corresponde a la Administración Central en relación a los órganos descentralizados de derecho público y el control accionario, que toca realizar a los órganos tenedores de acciones sobre las compañías anónimas de capital público.

En cuanto a las formas de control externo de la Administración, nuestro ordenamiento jurídico prevé el control parlamentario, a cargo de las cámaras legislativas; el control jurisdiccional, que se ejerce a través de la jurisdicción contencioso-administrativa, y el control fiscal, que se realiza por una entidad especializada, la Contraloría General de la República. En relación a esta última forma de control, analizaremos particularmente la actividad de la Contraloría desde el ángulo jurídico en cuanto se refiere a la utilización que hace este órgano del mecanismo de las averiguaciones administrativas sobre los funcionarios públicos y la naturaleza y efectos de la declaratoria de responsabilidad administrativa.

1. El órgano investigador: la Contraloría General de la República

Desde muy temprano en el discurrir de nuestra vida republicana se hizo presente la necesidad de contar con un mecanismo de control externo sobre las finanzas públicas. Conforme a la ley del 14 de octubre de 1830, sobre organización y gobierno de las oficinas de Hacienda, se creó el Tribunal de Cuentas, al cual se atribuyó, entre otras funciones, las de "examinar las cuentas de la Tesorería, Administraciones de Provincia y de Aduanas, hacer los cargos con arreglo a las leyes; oír la contestación de los reparos, o condenar al reintegro de los alcances

que resulten, haciéndolos efectivos dentro del tercer día, y dar finiquito después de desvanecidos éstos".2

La institución del Tribunal de Cuentas, inspirado en el modelo francés, se mantuvo con algunos cambios hasta que la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, del 4 de junio de 1918, atribuyó a la Contaduría General de Hacienda, dependiente del Ministerio de Hacienda, "la centralización de todas las cuentas de ingresos y egresos de todas las oficinas que manejan ramos de la Hacienda Nacional y la cuenta de bienes nacionales, y el examen de dichas cuentas" (art. 83); mientras que asignó al Tribunal Superior de Hacienda, entre otras competencias, la de conocer de los juicios de cuentas contra los funcionarios de Hacienda cuyas cuentas hubieran sido objeto de reparos y no convinieren en aceptar dichos reparos y pagar los alcances (arts. 353 a 377).

La Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, del 15 de julio de 1938, creó la Contraloría General de la Nación, a cuyo cargo estableció: "La fiscalización suprema de todos los ingresos y egresos del Tesoro Nacional, así como la centralización, el examen y el control de todas las cuentas y operaciones fiscales y de bienes nacionales, inclusive materiales y efectos adquiridos y administrados por oficinas nacionales" (Art. 149). La Contraloría, definida como un "organismo administrativo autónomo", absorbió las funciones de la Contaduría General de Hacienda, que se realizaban a través de las salas de Centralización y de Examen, y asumió nuevas competencias, particularmente las que se pusieron a cargo de la Sala de Control, creada en esta reforma legal de 1938.

El establecimiento de la Contraloría en Venezuela tuvo como modelo a la "Contraloría General de la República" de Chile, la cual había sido creada en 1927, por recomendación de una misión de expertos norteamericanos, quienes habían propuesto un sistema de control inspirado en el sistema del "General Audit" americano. La evolución de estas instituciones de control en América Latina se ha caracterizado, en primer lugar, por la consagración de su existencia y atribuciones en normas constitucionales (en 1943 en Chile, y en 1947 en Venezucla) y, en segundo lugar, por una tendencia al fortalecimiento de su autonomía y al incremento de sus atribuciones, todo lo cual otorga a este mecanismo de control un lugar particular en la Administración Comparada. En la actualidad, nuestra Contraloría General de la Re-

Cfr. en la colección de Leyes y Decretos Reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela, Tomo IX, pp. 185 y ss.; Capítulo IV de la ley mencionada.
 Vid., Guy Braibant y otros: op. cn., p. 227.

pública se rige por lo dispuesto en el Capítulo II del Título VIII de la Constitución y por una Ley Orgánica promulgada el 4 de enero de 1975, la cual entró en vigencia el 4 de julio del mismo año.

La Constitución establece que: "La Contraloría General de la República es órgano auxiliar del Congreso en su función de control sobre la Hacienda Pública" (art. 236), y que "corresponde a la Contraloría General de la República el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos" (art. 234).

Por supuesto que el control sobre la Administración Pública no se agota en la actuación de la Contraloría, ya que no podemos desdeñar la importancia del control interno, tanto jerárquico como de tutela o accionario, que se realiza en el seno de la Administración, o de otras formado de control externo, como lo son el control parlamentario y el control jurisdiccional. Sin embargo, en nuestro país, el control que corresponde a la Contraloría ha adquirido una importancia creciente por su extensión y por sus modalidades. Esta forma de control externo ha sido denominada tradicionalmente "control fiscal", es decir, control sobre el Fisco, en virtud de la antigua concepción de que el Fisco es la personificación jurídica de la Hacienda Pública, tal como aún aparece consagrado en el artículo 1º de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

En la actualidad, conforme a la normativa vigente, este control fiscal se extiende, en primer lugar, a la Administración central, entendida ésta en su acepción más amplia, en la cual se abarcan las diferentes ramas del Poder Público que conforman a la República como persona jurídica; en segundo lugar, a la administración descentralizada, a cuyo efecto se establecen modalidades de control diferentes en relación a los institutos autónomos, a las empresas en que la República, los institutos autónomos y otros entes públicos o empresas del Estado tengan participación y a las demás instituciones promovidas por entes públicos; y en tercer lugar, a las administraciones estadales y municipales, en los términos establecidos en el Título V de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

El control a cargo de este órgano comprende actividades de diversa naturaleza, que se traducen principalmente en actos de vigilancia y verificación de regularidad, actos de control de rentabilidad y de eficacia, actos normativos, de registro e información, de investigación y sancionatorios.

A. Los actos de vigilancia y verificación de regularidad en relación a la Administración central, se realizan sobre los ingresos, los gastos, la deuda y los bienes públicos, así como sobre las operaciones relativas a los mismos. Sobre los gastos de la Administración central, las modalidades de control son las más rigurosas, pues se refieren tanto a la autorización previa del compromiso y a la verificación previa de las órdenes de pago, como al examen de las cuentas o control posterior. Sobre los institutos autónomos, el control se ejerce, en principio a posteriori, aun cuando la Contraloría, en determinadas circunstancias, puede establecer modalidades de control previo sobre dichos institutos.

- B. Los actos de control de rentabilidad y de eficacia, se refieren particularmente a la gestión de las empresas del Estado, tal como se expresa en el artículo 64 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, con respecto a los cuales: "La Contraloría sólo podrá practicar auditorías y ejercer funciones de control de gestión, a fin de verificar si la actividad de las referidas empresas se adecúa a las decisiones adoptadas y a los planes y objetivos que le hubieren sido señalados".
- C. Los actos normativos de la Contraloría se refieren, en primer lugar, a su organización interna, y en segundo lugar a los sistemas y procedimientos contables a ser utilizados por los órganos y entes sujetos a su control. Además, el órgano contralor tiene facultades para exceptuar del control previo los compromisos que no excedan de cien mil bolívares, y establecer los casos y condiciones en que procede esta excepción y los requisitos que se deban cumplir.
- D. Los actos de registro e información permiten al órgano contralor dirigir la formación y vigilar la actualización de los inventarios de bienes de las dependencias de la Administración; preparar el balance general de la Hacienda Pública y los demás estados financieros que considere conveniente; llevar el registro de los funcionarios y empleados públicos; y por último, presentar anualmente al Congreso un informe sobre la actuación de la Contraloría o sobre la cuenta o cuentas que hayan presentado al Congreso los organismos y funcionarios obligados a ello, a tenor de lo dispuesto en el artículo 239 de la Constitución.
- E. Los actos sancionatorios se refieren, por una parte, a la potestad disciplinaria que tiene el Contralor con respecto al personal de la

Contraloría; y por la otra, a la facultad que tiene el Contralor de imponer multas hasta de cien mil bolívares a los funcionarios sometidos a su control, en los supuestos previstos en el artículo 93 de la Ley Orgánica que rige la institución. En relación a esta atribución de la Contraloría, ha sostenido el profesor Silva Cimma: "En principio, la potestad sancionadora debe radicarse en la administración activa, porque es una de las potestades de la esencia dentro del principio de la jerarquía administrativa. Sin embargo, y sin perjuicio de ello, ningún inconveniente existe y por el contrario es conveniente y necesario dotar a los órganos de control externo de potestad sancionadora para que ella sea aplicada en determinadas circunstancias, en particular como hemos dicho cuando se obstaculiza o coarta la gestión de control".4

En estrecha conexión con estas facultades, corresponde a la Contraloría el examen y calificación de las cuentas de los funcionarios, por una parte, y por la otra la realización de averiguaciones tendentes a declarar la responsabilidad de los funcionarios públicos frente a la Administración.

2. Las averiguaciones administrativas

Dispone la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República que: "La Contraloría podrá realizar investigaciones en todo caso en que surgieren indicios de que funcionarios públicos o particulares que tengan a su cargo o intervengan en cualquier forma en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos de las entidades sujetas a su control, hayan incurrido en errores, omisiones o negligencias. Esta averiguación procederá aun cuando dichas personas hubieren cesado en sus funciones" (Art. 81).

Las averiguaciones a que se refiere este artículo, son las mismas que preveía la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional en el artículo 172, numeral 7, como una de las atribuciones de la desaparecida Sala de Control de la Contraloría. En la nueva ley que rige la institución, así como en el Reglamento de la misma, se precisa, con un mayor grado de detalle, el procedimiento y los efectos de las averiguaciones.

Antes de considerar estos aspectos, conviene diferenciar este procedimiento y el de la formulación de los reparos a las cuentas de los funcionarios.

^{4.} Vid., Silva Cimma, Enrique: El Control Público, Publicaciones de la Contraloría General de la República. Caracas, 1976, p. 91.

A. Los reparos a las cuentas de los funcionarios y las averiguaciones administrativas 5

En la ley de 14 de octubre de 1830, sobre organización y gobierno de las Oficinas de Hacienda se establecieron, entre las atribuciones del Tribunal de Cuentas, las siguientes: "examinar las cuentas de la Tesorería, Administraciones de Provincia y de Aduanas; hacer los cargos con arreglo a las leyes; oír la contestación de los reparos, o condenar al reintegro de los alcances que resulte, haciéndolos efectivos dentro del tercer día, y dar finiquito después de desvanecidos éstos" (art. 34).

Por decreto de 18 de octubre de 1856, "relativo a los Juicios de Cuentas de la Hacienda Nacional y estableciendo el procedimiento que ha de seguirse en ellos", se regularon los aspectos procesales de los juicios que debían cumplirse ante el Tribunal de Cuentas. Esta situación se mantuvo hasta la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, del 4 de junio de 1918, en la cual, como antes se señaló, se atribuyó la centralización de las Cuentas a la Contaduría General de Hacienda y se dio competencia al Tribunal Superior de Hacienda para conocer de los juicios de cuentas. En la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, de fecha 15 de julio de 1938, se dispuso que, si del examen de una cuenta que realiza la Sala de Examen de la Contraloría General de la Nación, resultaren cargos contra los empleados que la llevaron, se pasará el pliego de reparos a la Sala de Control, la cual la notificará al empleado. Si éste acepta los reparos, el Ministerio de Hacienda expedirá la correspondiente planilla de liquidación, a los efectos de su recaudación por la respectiva oficina. Pero si el empleado contradice los reparos, la Sala de Control le pasará todos los recaudos del caso al abogado de la Contraloría, a fin de que éste inicie el juicio de cuentas correspondiente ante el Tribunal Superior de Hacienda.

El procedimiento antes mencionado se mantuvo vigente hasta la promulgación de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en la cual se suprime el juicio de cuentas y se dispone que la Contraloría, cuando fuere procedente, formulará los reparos a las cuentas de gastos y de ingresos de los funcionarios respectivos. Notificado el reparo al funcionario, comienza a correr un lapso de treinta (30) días continuos para contradecirlo. Si no se contesta el reparo, éste que-

^{5.} Vid. "Distinciones que operan entre el procedimiento para establecer la responsabilidad administrativa y el juicio de cuentas". Dictámenes del Departamento Jurídico de la Contraloría General de la República, en la Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa, Nº 44. Caracas, pp. 82-91.

dará firme. Si el interesado contradice el reparo, la Contraloría, por decisión razonada que agotará la vía administrativa, lo confirmará, reformará o revocará. La decisión de la Contraloría que confirme o reforme el reparo será recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Una vez firme un reparo, bien porque no fue recurrido, o porque habiéndolo sido se desestimó el recurso, la decisión de Contraloría constituye un título ejecutivo en el cual se declara la existencia de una obligación, a cargo del funcionario o del contribuyente, de pagar una suma de dinero líquida y exigible. En tal virtud, corresponde al Ejecutivo Nacional gestionar el cobro administrativa o judicialmente. Como puede observarse, la innovación introducida en la Ley Orgánica de la Contraloría, consiste en que este órgano no intenta un juicio contra el funcionario cuyas cuentas hubieran sido objeto de reparo, sino que pronuncia administrativamente el reparo, y corresponde al funcionario interesado impugnar el reparo ante los órganos de la jurisdicción contenciosoadministrativa

Este procedimiento, previsto en la nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, y que sustituye al juicio de cuentas, de tan vieja data en nuestra Administración, difiere de las averiguaciones administrativas, fundamentalmente, en que éstas, cuando concluyen con un auto de responsabilidad administrativa, tal declaratoria en sí misma no implica obligación alguna de pagar al Fisco sumas de dinero.

B. El procedimiento de las averiguaciones administrativas

Conforme a las normas que rigen esta materia, la Contraloría procederá de oficio, o por denuncia de particulares, o a solicitud de cualquier organismo o empleado público (art. 50, Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, del 27-12-77), a abrir una averiguación, "en todo caso en que surgieren indicios de que funcionarios públicos o particulares que tengan a su cargo o intervengan en cualquier forma en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos de las entidades sujetas a su control, hayan incurrido en errores, omisiones o negligencias" (art. 81 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República)... La apertura y sustanciación de la averiguación, así como la decisión sobre la misma, corresponde, en la estructura actual del organismo contralor, a sendas direcciones de Averiguaciones Administrativas, dependientes, respectivamente, de la Dirección General de Control de la Administración Central y de la Dirección General de Control de la Administración Descentralizada.

Abierta la averiguación, se procede a realizar las diligencias que se estimen indispensables: examen de documentos, citación de testigos, informes, experticias y cualquier otra. Si de los elementos de juicio examinados surgen indicios contra alguna persona, la Contraloría le ordena comparecer, en cuya oportunidad le toma declaración y le impone de los cargos en su contra. A partir de este momento, el expediente deja de ser sumario para el indiciado. Si éste así lo solicita, la Contraloría le concede un plazo no menor de quince días continuos ni mayor de cuarenta y cinco para contestar cargos, acompañar pruebas y producir los documentos que estime pertinentes para que sean agregados al expediente y apreciados en la decisión que recaiga sobre el asunto.

Conforme al artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, este organismo podrá abstenerse de seguir conociendo de investigaciones administrativas, "cuando el monto del presunto perjuicio causado no exceda de cien mil bolívares, caso en el cual remitirá las actuaciones practicadas a la autoridad competente para que sean proseguidas". Además, exige el Reglamento Interno de la Contraloría, del 30 de diciembre de 1977, que la suspensión de la averiguación, en estos casos, podrá acordarse cuando no hubiere mediado intención dolosa por parte del funcionario (art. 23, ord. 47, y art. 25, ord. 22). Es de hacer notar que en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, conjunto normativo que regulaba esta materia antes de la vigencia de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se disponía que "si la materia fuese de escasa importancia y no hubiera intervenido dolo, siempre que los perjuicios irrogados al Fisco no excedan de doscientos bolívares; y si el indiciado no fuera reincidente, podrá cortar el asunto en providencia amonestándolo, en todo caso" (art. 172, ord. 7°). Por otra parte, la Contraloría podrá declarar el sobreseimiento de la averiguación en los siguientes casos:

- a) Cuando al momento de iniciarse la averiguación, hayan prescrito las acciones que pudieran derivarse de los hechos que le dieron origen;
- b) Cuando haya fallecido el indiciado, y
- c) Cuando existan otros motivos legales que justifiquen no proseguir la averiguación (art. 60 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República).

Con respecto a la prescripción de la responsabilidad administrativa, cabe señalar que el órgano contralor ha sustentado el criterio de aplicar analógicamente lo dispuesto en el artículo 314 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, según el cual:

"La acción penal para perseguir las contravenciones y las penas que se impongan por éstas, prescribirán a los cinco años, salvo disposición especial. La prescripción se contará e interrumpirá con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal".

En tal virtud, se ha considerado que, desde el punto de vista de la declaratoria de responsabilidad administrativa, se establece una prescripción de cinco años cuando no se ha dado inicio a la investigación; y que este lapso se aumenta en la mitad en caso contrario. Fuera de estos casos, la decisión será de absolución o de responsabilidad administrativa. La decisión será en todo caso motivada y deberá contener: identificación del investigado; breve relación de los hechos que se le imputan y una síntesis del resultado de las pruebas evacuadas; las razones de hecho y de derecho en que se fundamente la decisión; y la declaración de responsabilidad administrativa o de absolución del investigado o la de sobreseimiento del asunto (art. 61, R.L.O.C.G.R.).

Si la decisión declara la responsabilidad administrativa de un funcionario público, éste podrá interponer un recurso jerárquico para ante el Contralor, dentro de los diez días continuos siguientes a la fecha de haber sido notificado de la decisión que se impugna (art. 77 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República). Sin embargo, no es necesaria la interposición del recurso jerárquico para entender agotada la vía administrativa (art. 78, R.L.O. de la Contraloría General de la República). Es decir, que una vez declarada la responsabilidad administrativa por la Dirección de Averiguaciones Administrativas de la correspondiente Dirección General de Control, el funcionario inculpado puede conformarse con tal declaratoria, o bien puede escoger entre recurrir ante el Contralor por vía de recurso jerárquico dentro de los diez (10) días continuos siguientes a la notificación, o intentar el correspondiente recurso contenciosoadministrativo dentro del lapso ordinario de seis (6) meses contados desde la notificación de la decisión. En caso de interponerse el recurso jerárquico ante el Contralor, será la decisión de éste la que agotará la vía administrativa y comenzaría a correr un nuevo lapso para intentar el recurso contencioso-administrativo, si el Contralor confirma el auto recurrido.

3. La declaratoria de responsabilidad administrativa

Cuando la averiguación administrativa concluye con una declaración de responsabilidad administrativa, los sujetos pasivos de la misma están sometidos a determinados efectos que se derivan de la naturaleza de tal declaración. Estudiaremos estos aspectos separadamente.

A. Los sujetos pasivos de la declaratoria de responsabilidad administrativa

El auto de responsabilidad administrativa se pronuncia siempre contra un funcionario público. Si bien los particulares pueden ser objeto de fiscalizaciones y averiguaciones por parte del organismo contralor, la declaratoria de responsabilidad administrativa sólo puede recaer sobre un funcionario público. Con respecto a los particulares, en el Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República se dispone que:

"Si en el curso de una averiguación se comprueba la actuación irregular de particulares en perjuicio de los intereses de la República, además de solicitar la imposición de las sanciones civiles y penales que sean pertinentes, la Contraloría alertará a los organismos públicos para que tomen las medidas de precaución que consideren pertinentes, en sus futuras o eventuales relaciones con aquéllos" (art. 61).

En cambio, la noción de funcionario público, y por tanto, pasible de la declaratoria de responsabilidad administrativa, se ha interpretado en un sentido muy amplio. En nuestra Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional se ha contemplado tradicionalmente la categoría de empleado de Hacienda, que en forma genérica el artículo 140 de esta ley define como: "los empleados encargados de la adquisición, custodia, administración, entrega o inversión de bienes nacionales de cualquier género, inclusive materiales, así como del manejo de fondos". Sin embargo, la noción de funcionario público, a los efectos que estamos analizando, es más amplia que la noción de empleado de Hacienda. En efecto, en nuestro país el concepto de funcionario público es más o menos amplio según el ángulo desde el cual se enfoque. Así, "para los efectos de la ley penal, se consideran funcionarios públicos:

 Todos los que estén investidos de funciones públicas, aunque sean transitorias, remuneradas o gratuitas, sean por elección popular o por nombramiento de autoridad competente, al servicio de la República, de algún Estado de la Unión, del Distrito Federal, Terri-

torio o Dependencia Federal, Distrito o Municipio, o de algún instituto o establecimiento público sometido por la ley a la tutela de cualquiera de estas entidades;

2. Los agentes de la fuerza pública. Asimílanse a los funcionarios públicos, desde el punto de vista de las consecuencias legales; los conjueces, asociados, jurados, árbitros, expertos, intérpretes, testigos y fiscales durante el ejercicio de sus funciones" (Código Penal, art. 236).

En cambio, para la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito, esta roción es aún más amplia. Así: "Para los efectos de esta ley, se consideran funcionarios o empleados públicos:

- Todos los que estén investidos de funciones públicas, aunque sean transitorias, remuneradas o gratuitas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente, al servicio de la República, de algún Estado de la Unión, Distrito Federal, Territorio o Dependencia Federal, Distrito o Municipio, o de algún instituto o establecimiento público sometido por la ley a la tutela de cualquiera de dichas entidades.
- 2º Los particulares que, sin encontrarse comprendidos en el número anterior, estén encargados de la administración de inmuebles pertenecientes al patrimonio de la Nación, al de los Estados o de las Municipalidades o al de los institutos o establecimientos sometidos por la ley a la tutela de cualquiera de dichas entidades" (art. 2º).

Ahora bien, a los efectos de la determinación de las personas que pueden ser declaradas responsables en lo administrativo por el organismo contralor, la noción de funcionario público debe fundamentarse por una parte, en el principio constitucional de que "el ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o por violación de la ley" (art. 121 de la Constitución), y por otra, en la obligación de rendir cuentas establecidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en los siguientes términos:

"Las oficinas y empleados de Hacienda, así como las entidades o personas sometidas al control establecido en la presente ley, que administren, manejen o custodien fondos y otros bienes públicos, están obligados a rendir cuentas de su gestión, en la forma y oportunidad que determine la Contraloría" (art. 6°).

Por otra parte, cabe hacer una distinción entre los órganos o entes sujetos a ser investigados por la Contraloría, y las personas susceptibles

de ser declaradas responsables en lo administrativo. En cuanto a los primeros, la Contraloría puede realizar averiguaciones en cualquier organismo público, tenga éste la forma jurídica de derecho público (personas territoriales y establecimientos públicos) o de derecho privado (fundaciones y asociaciones o sociedades civiles y mercantiles). En tal sentido, la redacción del artículo 81 de la Ley Orgánica de la Contraloría es sumamente amplio y, además, el artículo 65 ejusdem, incluye expresamente a las administraciones estadales o municipales entre los órganos sujetos a las funciones de inspección, fiscalización e investigación por el organismo contralor; funciones investigativas éstas que pueden incluso extenderse hasta los particulares (art. 81, ejusdem). Por estas razones, no compartimos el criterio de Enrique Sánchez Falcón, cuando señala que la Contraloría carece de competencia para realizar investigaciones en las empresas del Estado, basado en que, en el artículo 64 ejusdem, se establece que:

"En las empresas en que la República, los institutos autónomos y otros entes públicos tengan participación, la Contraloría sólo podrá practicar auditorías y ejercer funciones de control de gestión".6

Conforme a lo anterior, si bien la Contraloría tiene facultades para realizar investigaciones en relación a esta categoría tan amplia de personas, en las cuales se incluye a los particulares, sólo puede declarar la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos, y no de todos ellos, puesto que deben excluirse los que prestan sus servicios en las administraciones estadales y municipales, dado que, según la ley, la Contraloría debe limitarse a comunicar el resultado de sus actuaciones en los Estados y Municipios, según el caso, al Ejecutivo Nacional, a la Asamblea Legislativa o al Concejo correspondiente. En cambio, deben incluirse en la categoría de los funcionarios susceptibles de ser declarados responsables en lo administrativo, a los directivos y administradores de fundaciones, asociaciones y sociedades civiles y mercantiles que pertenezcan a la República o a un establecimiento público nacional, a donde éstos sean socios mayoritarios o tengan una participación decisiva. Ello en virtud de que la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional considera como empleados de Hacienda, a los que "tengan a su cargo la dirección de establecimientos industriales de la Nación" (art. 128). Esta opinión, por lo demás, está conforme con lo dispuesto en la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito,

^{6.} Sánchez Falcón, Enrique: "Contribución al estudio de la potestad investigativa de la Contraloría General de la República", en la Revista de Control Fiscal, Nº 77, Caracas, 1975, pp. 75 y 76.

según la cual se consideran funcionarios públicos a "los administradores de sociedades civiles o mercantiles cuando su elección o designación dependa del Gobierno de la Unión..." (art. 3).

En conclusión, la responsabilidad administrativa puede ser declarada con respecto a los funcionarios al servicio de la Administración Central, de los Institutos Autónomos y demás establecimientos públicos y a los directivos y administradores de las empresas del Estado, sociedades civiles y fundaciones de carácter público.

B. La naturaleza de la declaratoria de responsabilidad administrativa

Hemos señalado que las averiguaciones administrativas que realiza el organismo contralor pueden concluir en una declaratoria de responsabilidad administrativa en relación a un funcionario público. Es necesario precisar, qué significa la expresión "responsabilidad administrativa".

Del examen de las normas que rigen la materia se desprende que el pronunciamiento de la Contraloría determina, en primer lugar, que se ha producido una infracción en las normas que regulan el manejo de fondos o bienes nacionales y, en segundo lugar, que determinado funcionario público es el responsable de la infracción mencionada. En efecto, la declaratoria de responsabilidad administrativa no procede sino por el incumplimiento de deberes del funcionario relacionados con el manejo de fondos o bienes públicos, tal como lo estableció el Tribunal Superior Primero de Hacienda: "aunque si bien es verdad como se afirma, el que la esencia de la responsabilidad administrativa es la conducta que no se ajusta a las normas legales, en instrucciones de superiores jerárquicos, o como deberes propios de la condición de funcionarios, también lo es el que la norma señalada requiere que la falla de tal conducta sea con ocasión del manejo de fondos o bienes nacionales, lo que por razones obvias tiene que producir un daño al Fisco Nacional" 7

Aun cuando, de acuerdo a la Ley Orgánica de la Contraloría, la declaratoria de responsabilidad del funcionario pudiera pronunciarse sin que se hubieran causado perjuicios pecuniarios al Fisco, lo cierto es que, en todo caso, la infracción que declara el órgano investigador debe referirse al incumplimiento de deberes del funcionario relacionados con

^{7.} Sentencia del 22-5-74, citada por E. Sánchez Falcón, loc. cit., p. 79.

el manejo o custodia de bienes o fondos públicos y no en relación a la infracción de cualquier otro deber del funcionario.

A este respecto, cabe observar que no existe una tipicidad en relación a las faltas que puede generar la declaratoria de responsabilidad administrativa y que, por tanto, la facultad de apreciación que se concede al órgano contralor es de una discrecionalidad muy amplia, casi total.

En este contexto, la palabra "responsable" sirve para indicar al "culpable" de la infracción. Así, en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, en una norma hoy derogada, se establecía que las averiguaciones que abriera la Contraloría terminaría indispensablemente "por un acto de sobreseimiento, si se encontraba que no hay motivos fundados para proceder, o bien por una declaratoria de absolución o inlpabilidad" (art. 172, numeral 7, subrayado nuestro). En la Ley de Carrera Administrativa se conserva la expresión "auto de culpabilidad administrativa de la Contraloría General de la República" al referirse a una de las causales de destitución (art. 62, ordinal 5). Al aprobarse la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se sustituyó la expresión "culpabilidad" por la de "responsabilidad", probablemente porque esta última mención es más neutra, no implica un juicio de valor en relación a la conducta del funcionario que ha infringido las normas que rigen el manejo de los fondos o de los bienes públicos.

Antes de continuar es conveniente establecer algunas precisiones terminológicas en esta materia. En relación a los conceptos de responsabilidad penal y de responsabilidad civil no existen mayores dudas. Así, señala el profesor Lares Martínez que:

"Incurren en responsabilidad penal los agentes públicos que, en ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, realizan infracciones expresamente previstas por los leyes como delitos o faltas, y sancionadas por ellas con penas determinadas";

Mientras que incurren en responsabilidad civil:

"Los agentes públicos que, en el ejercicio de sus funciones, por acción y omisión, causan daños a los particulares o a la Administración. La falta del funcionario genera en este caso la obligación de indemnizar, o sea, reparar pecuniariamente los daños causados"."

Lares Martínez, Eloy: Manual de Derecho Administrativo, 4ª Edición, UCV. Caracas, 1978, p. 431.
 Ibidem, p. 434.

Ahora bien, con respecto a la noción de responsabilidad administrativa, existen opiniones divergentes. Así, para Lares Martínez y Brewer, responsabilidad administrativa y responsabilidad disciplinaria son sinónimos. En tal sentido afirma Lares Martínez:

"Incurren en responsabilidad administrativa el agente público que, en ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, afecta la disciplina o el buen funcionamiento del servicio. Se denomina igualmente responsabilidad disciplinaria. Las infracciones a los deberes del funcionario se sancionan con medidas disciplinarias, impuestas por el superior jerárquico, tales como la amonestación, la suspensión temporal del empleo, y la destitución". 10

Para Brewer:

"Los empleados y funcionarios públicos, por el ejercicio de sus funciones, pueden tener comprometida su responsabilidad administrativa, íntimamente relacionada con el concepto de jerarquía administrativa y de poder disciplinario. Los empleados públicos podrán ser sancionados cuando incurran en falta y de acuerdo con la gravedad de la misma, con las penas de amonestación, multa, suspensión del cargo sin derecho a sueldo, y destitución". 11

En cambio, para el profesor Tulio Chiossone debe distinguirse la sanción administrativa de la sanción disciplinaria, al señalar que:

"La sanción de esta última especie tiene por objeto mantener incólume la eficacia de los ordenamientos jurídicos, cuando éstos son afectados por la conducta de los funcionarios, a quienes compete su aplicación, siempre que tal conducta se refiera a omisiones materiales no dolosas ni culposas; en cambio, la sanción administrativa propiamente dicha se aplica, no a los funcionarios por la razón que acabamos de explicar, sino a los ciudadanos en general por la transgresión de sus deberes frente a la Administración Pública". 12

Luego, para el profesor Chiossone, lo característico de la sanción administrativa es que la misma es aplicada por la Administración, en contraste con la sanción penal, la cual es pronunciada por los tribunales. Ahora bien, la Administración puede sancionar a los administrados o a sus funcionarios. Por ello, propone Chiossone que se reserva el nombre de sanción administrativa para el primer caso, y sanción disciplinaria para el segundo. Sin embargo, para evitar confusiones en esta materia,

^{10.} Ibidem, p. 432.

^{11.} Brewer-Carías, Allan-Randolph: "Aspectos de la actividad contralora sobre los funcionarios públicos y sus consecuencias". Revista del Colegio de Abogados del Dtto. Federal, Nº 129. Caracas, enero a junio de 1965.

^{12.} Chiossone, Tulio: Sanciones en Derecho Administrativo. Facultad de Derecho, UCV, 1973, p. 39.

sugerimos que en lugar de hablarse de sanción administrativa, en el caso a que se refiere el profesor Chiossone, se diga "sanción administrativamente impuesta". Así la sanción disciplinaria sería siempre una sanción administrativamente impuesta, en tanto que las sanciones para los administrados podrían ser impuestas administrativa y judicialmente, según los casos.

En la Constitución de la República se menciona separadamente a la responsabilidad administrativa y a la responsabilidad disciplinaria, así:

"Son atribuciones del Ministerio Público: 5) Intentar las acciones a que hubiera lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios públicos con motivo del ejercicio de sus funciones" (art. 220).

Asimismo, en relación a los funcionarios que violen o menoscaben los derechos consagrados en la Constitución, se establece en ésta que:

"Incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusas órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes" (art. 46).

En el mismo sentido se establece en la Ley de Carrera Administrativa que:

"Los funcionarios públicos responden penal, civil, administrativa y disciplinariamente por los delitos, faltas, hechos ilícitos o irregularidades administrativas cometidas en el ejercicio de sus funciones" (art. 55).

Cabe preguntarse: ¿Cuál es el sentido de esta distinción? ¿Será que la ley entiende que la responsabilidad administrativa constituye una clase autónoma de responsabilidad? En nuestro criterio, existe bastante confusión en esta materia, ya que la expresión "responsabilidad administrativa" puede aludir, según el contexto, a una de estas dos ideas: o bien se la entiende como un sinónimo de responsabilidad disciplinaria, tal como lo expresan los autores Brewer y Lares Martínez, antes citados, y en tal caso, cuando las normas legales y constitucionales que hemos transcrito se refieren a "responsabilidad administrativa y disciplinaria", no hacen sino reiterar la misma idea, con el fin de enfatizar la responsabilidad de los funcionarios públicos, o bien podría sostenerse que se trata de un tipo especial de responsabilidad diferente de la disciplinaria y, por supuesto, de la civil y de la penal. Examinemos esta hipótesis.

Históricamente, podemos señalar como origen de esta confusión, la promulgación, por la Junta Revolucionaria de Gobierno, del Decreto Nº 64, del 27 de noviembre de 1945, por el cual se creó el jurado de Responsabilidad Civil y Administrativa, "que tenía como misión fundamental la de juzgar a las personas naturales o jurídicas, que por sí o por terceros hubieran cometido intencionalmente, por negligencia o por imprudencia, actos o hechos lesivos a la cosa pública o se hubieren enriquecido ilícitamente, en beneficio propio o ajeno, prevalidos de la influencia que les permitían sus funciones públicas". ¹³ En este caso, no se trataba de consagrar un tipo de responsabilidad diferente, sino que se refería a la responsabilidad civil que se derivaba del ejercicio de funciones administrativas. Sin embargo, esta expresión se ha venido repitiendo en diversas normas, incluso de rango constitucional, y así, en la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Fiscal de 1980, se dispone que "...el funcionario que viole esta disposición incurrirá en responsabilidad administrativa" (art. 10, in fine).

Del mismo modo, en el Proyecto de Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, se consagra en el Título V, "De la Responsabilidad Administrativa", que:

"El funcionario o empleado público responde administrativamente, no sólo por sus actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición legal o reglamentaria que produzcan un daño, perjuicio o despilfarro en el patrimonio público, sino también cuando ese resultado hubiese sido consecuencia directa de su negligencia, impericia o imprudencia en el manejo, administración, custodia, depósito, tenencia o uso de los caudales o bienes de dicho patrimonio. La responsabilidad administrativa a que se refiere el párrafo precedente es independiente de las responsabilidades civiles y penales" (art. 34).

Como vemos, ni en la disposición transcrita, ni tampoco en las subsiguientes, se define lo que se entiende por responsabilidad administrativa, aun cuando al no citarse allí a la responsabilidad disciplinaria, podría pensarse que se está refiriendo a este tipo de responsabilidad. Ello se confirma al considerar que, en el mismo título del proyecto que comentamos, se dispone que:

"...para la imposición de las sanciones disciplinarias previstas en esta ley, se tomará en cuenta, además de la gravedad de la infracción, la fortuna del contraventor (sic), la importancia de la función a él encomendadas y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar la multa (sic)" (art. 48, subrayado nuestro).

^{13.} Morillo Gilberto: Aspectos Jurídicos del Enriquecimiento Ilícito. Caracas, 1972, p. 14.

Por otra parte, en este proyecto se establece que:

"La Contraloría General de la República declarará la responsabilidad administrativa que en la inversión ilegal de fondos estadales y municipales pueda caberles a las autoridades o empleados respectivos, sin perjuicio de pasar los antecedentes al Tribunal de Salvaguarda del Patrimonio Público, para la persecución de las responsabilidades civiles y penales que procedieren" (art. 40).

De lo expuesto hasta aquí se infiere que, conforme a las normas en las cuales se consagra la expresión "responsabilidad administrativa", la misma se utiliza, o bien como sinónimo de responsabilidad disciplinaria, o bien para designar una declaratoria que realiza la Contraloría General de la República de que un funcionario público ha incumplido determinadas obligaciones de su cargo, o como muy bien lo expresa Sánchez Falcón:

"...una mera declaratoria del vínculo o relación de causalidad, entre el hecho incriminable y la conducta del sujeto inculpado". 14

Ahora bien, esta "responsabilidad administrativa", ¿es una verdadera responsabilidad? Si entendemos la palabra responsabilidad como "deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal", 15 no es una verdadera responsabilidad, al menos en el mismo sentido que se le da a la expresión "responsabilidad civil, penal o disciplinaria". Én efecto, la responsabilidad civil se traduce en una obligación de reparar pecuniariamente un daño causado; la responsabilidad penal acarrea una sanción penal y la disciplinaria una sanción disciplinaria. Cabría entonces preguntarse, ¿cómo se hace efectiva la responsabilidad administrativa así entendida? En principio, y como veremos luego, la declaratoria de responsabilidad administrativa debe generar alguna sanción disciplinaria para el funcionario inculpado, aun cuando sea una mera amonestación del superior jerárquico, y podría, además, desencadenar sanciones penales y civiles, si los hechos constatados fueren susceptibles de dar lugar a ellas.

De allí que la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional expresaba mejor el sentido de la declaratoria de la Contraloría, al denominarlo "auto de culpabilidad", puesto que culpable es "aquel a quien se

^{14.} Sánchez Falcón, Enrique: op. cit., p. 70.

^{15.} Diccionario de la Lengua Española, Décima Novena Edición, 1970.

puede echar o se echa la culpa",16 independientemente de la responsabilidad, que se hace efectiva por los medios que veremos en seguida.

C. Los efectos de la declaratoria de responsabilidad administrativa

En el curso de la averiguación administrativa, y aun antes de concluirse la misma, con la declaratoria correspondiente, el órgano contralor puede tomar algunas determinaciones: en primer lugar, "el Contralor podrá solicitar la destitución o la suspensión en el ejercicio del cargo, mientras dure la averiguación administrativa, cuando se trate de funcionarios o empleados reincidentes o cuando la gravedad de los hechos así lo amerite" (art. 94 de la L.O.C.G.R.). En segundo lugar, si aun antes de concluir el procedimiento administrativo el funcionario investigador tiene conocimiento de que, presuntamente, se ha cometido un hecho punible, está en el deber de ponerlo en conocimiento de las autoridades correspondientes a la mayor brevedad, pues de no hacerlo se expone a la sanción prevista en el artículo 208 del Código Penal. No obstante, interesa por el momento destacar, especialmente, los efectos que produce la conclusión del procedimiento de la averiguación con un auto de responsabilidad administrativa. Hemos indicado que, como mera declaración, el auto de responsabilidad administrativa no produce, en sí mismo, ninguna consecuencia jurídica. Sin embargo, esta declaración puede tener un efecto desencadenante de la responsabilidad disciplinaria y de la responsabilidad civil y penal.

a) La declaración de responsabilidad administrativa y las sanciones disciplinarias

Con anterioridad a la promulgación de la Ley de Carrera Administrativa, era claro que la declaratoria de "culpabilidad administrativa" prevista en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional no tenía como secuela necesaria la aplicación de una sanción disciplinaria para el funcionario inculpado; frente a esta situación, señalaba Brewer-Carías en 1965:

"Sería deseable, en este aspecto, la existencia de una mayor coordinación entre la función investigativa del organismo contralor y la actividad jerárquica disciplinaria, y, quizás, una mayor injerencia de las entidades fiscalizadoras en esta última función, con el objeto de hacer efectivas y

^{16.} Ibidem.

reales las consecuencias de la actuación negligente o de las omisiones de los funcionarios públicos, lo que contribuiría notablemente al mantenimiento de ese elevado nivel ético en la Administración Pública''.¹⁷

En este orden de preocupaciones, en el II Congreso Latinoamericano de Instituciones Fiscalizadoras, celebrado en Santiago de Chile en 1965, la delegación venezolana propuso y obtuvo que se aprobara un acuerdo en virtud del cual:

"Entre las potestades de las entidades fiscalizadoras debe hallarse la de aplicar directamente sanciones administrativas a aquellos agentes que incurran en irregularidades en la recaudación, custodia, administración e inversión de los fondos o bienes del Estado". 18

Producto de esta corriente de opinión, al discutirse en el Congreso de la República, en 1970, el proyecto de Ley de Carrera Administrativa, se aprobó incluir, entre las causales de destitución de los funcionarios públicos, la "condena penal que implique privación de libertad, o auto de culpabilidad administrativa de la Contraloría General de la República" (art. 62, ord. 5°).

Conforme a esta redacción, se ha sostenido que el auto de responsabilidad es una causal objetiva de destitución, y que la sanción disciplinarla debe ser aplicada inexorablemente por el superior jerárquico, una vez que ha quedado firme la declaratoria del organismo contralor. Ante esta opinión, se ha aducido el texto de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en la cual se dispone que:

"Una vez firme la decisión que determine administrativamente la responsabilidad, el auto respectivo y demás documentos, se pasarán al funcionario competente para que éste, en el término de treinta (30) días, aplique razonablemente la sanción administrativa que corresponda, de lo cual informará por escrito a la Contraloría" (art. 84).

En consecuencia, la opinión dominante, a la cual adherimos, es que el superior jerárquico tiene facultades para aplicar la sanción según la magnitud de la falta, la cual puede ir desde una amonestación verbal, hasta una destitución, acompañada de una inhabilitación para el ejercicio de la función pública, durante un período no mayor de tres (3) años "que fijará el funcionario competente de acuerdo con

^{17.} Brewer-Carías, Allan-Randolph: "Aspectos de la Actividad Contralora...", op. cit., p. 32.

^{18.} Cit. por Silva Cimma, Enrique: op. cit.

la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios causados" (art. 84, L.O.C.G.R.).

Esta interpretación es la más acorde con nuestra tradición administrativa, porque de lo contrario sería admitir que la Contraloría pudiera sustituirse al superior jerárquico para aplicar sanciones de destitución, lo cual sería una interferencia de un órgano de control en el funcionamiento de la administración activa.

Por último, cabe preguntarse si el superior jerárquico puede abstenerse de aplicar alguna sanción. A este respecto, se ha sostenido con mucha lógica que:

"...la forma en que están expresadas las reglas de derecho contenidas en el artículo anteriormente referido, no deja lugar a dudas de que el funcionario competente está obligado a sancionar al sujeto inculpado por la Contraloría; nótese que la norma de marras le impone un término al funcionario para que aplique la sanción y, además, lo obliga a informar de ello a la Contraloría. No cabría pensar que tal formulación legal pueda interpretarse en el sentido de que el funcionario competente está en libertad de imponer o no la sanción respectiva". 19

b) La responsabilidad administrativa y las acciones penales

Si como resultado de la investigación surgieren indicios de que determinados hechos pudieran estar tipificados como delito, se envía el expediente a la Fiscalía General de la República, órgano al que corresponde, conforme a la Constitución, intentar las acciones para hacer efectiva la responsabilidad penal de los funcionarios públicos (art. 220 de la Constitución).

A estos efectos, el Ministerio Público examina si efectivamente existen indicios de responsabilidad penal y, en caso afirmativo, el Fiscal General ordena que, por intermedio de uno o más fiscales del Ministerio Público, se intenten las acciones correspondientes.

En la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se dispone que:

"«Las diligencias ejecutadas por la Contraloría, incluida la prueba testimonial, tienen fuerza probatoria mientras no sean desvirtuadas en el debate judicial» y que en el caso de la prueba testimonial, si fuera pedida su ratificación y ésta no fuere hecha, «dicha prueba podrá ser apreciada en su conjunto, como indicio»" (art. 87).

^{19.} Sánchez Falcón, Enrique: op. cit., p. 72.

Por último, cabe señalar que, iniciada una averiguación administrativa, no es necesario que la misma culmine para que pueda iniciarse la acción penal. En tal sentido, expresa la Ley Orgánica de la Contraloría:

"El procedimiento pautado en este título no impide el ejercicio inmediato de las acciones civiles y penales correspondientes ante los tribunales ordinarios y los procesos seguirán su curso, sin que pueda alegarse excepción alguna por la falta de cumplimiento de requisitos o formalidades exigidos por esta ley" (art. 85).

A los fines del enjuiciamiento de los funcionarios públicos, debe tenerse presente lo dispuesto en el Capítulo III, del Título III, Libro Tercero, del Código de Enjuiciamiento Criminal, respecto del artículo 215, numerales 1º y 2º de la Constitución, en coordinación con lo prescrito en la Sección Sexta, Capítulo II, Título V, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en relación al Antejuicio de Mérito requerido para los funcionarios allí indicados, y en cuanto a los demás funcionarios, la necesidad de la averiguación de nudo hecho prevista en el Código de Enjuiciamiento Criminal, cuando el funcionario se encuentre en el ejercicio de su cargo (art. 374).

c) La responsabilidad civil

Si de la averiguación administrativa surgen indicios de responsabilidad civil, el órgano constitucionalmente responsable de hacer efectiva tal responsabilidad es la Fiscalía General de la República. A tales efectos, la acción civil puede intentarse conjuntamente con la acción penal, por ante un tribunal de la jurisdicción penal, o bien puede intentarse separadamente ante el tribunal civil competente por la cuantía y el territorio. En cualquier caso, las diligencias efectuadas por el organismo contralor tienen la fuerza probatoria a que antes se hizo referencia. Otra forma de hacer efectiva la responsabilidad civil del funcionario público, es por la vía del procedimiento del reparo, cuando se dan los supuestos para que sea procedente. En este sentido, se dispone en la Ley Orgánica de la Contraloría que:

"En los casos en que a través de la referida averiguación se determinaren irregularidades en el manejo de fondos y bienes, o en la rendición de cuentas, se lo participará al correspondiente departamento de la Contraloría para que inicie el procedimiento de reparo, si fuere el caso" (art. 85).

Por último, el organismo contralor puede disponer también, que los recaudos se pasen a la Comisión Investigadora Contra el Enrique-

cimiento Ilícito, a los fines de que este organismo ordene abrir la correspondiente investigación. Como resultado de la misma, puede determinarse que el funcionario se ha enriquecido ilícitamente y puede ser obligado a reintegrar a la República las sumas a que monta el referido enriquecimiento. Para este organismo, lo fundamental no es establecer la relación de causalidad entre la irregularidad administrativa que se imputa al funcionario y el presunto enriquecimiento derivado de la misma, sino examinar el incremento patrimonial del funcionario, en todo el período en que ha ejercido funciones públicas y determinar que, si el incremento patrimonial no puede ser justificado debidamente, se presume, sin que se acepte prueba en contrario, que el funcionario se ha enriquecido ilícitamente. En este supuesto la Comisión declara el enriquecimiento ilícito del funcionario, sin estar obligado a precisar en qué circunstancias se produjo el mismo, y remite los autos al Fiscal General de la República para que éste haga efectivo el reintegro a la Nación de las sumas objeto del enriquecimiento ilícito y la aplicación de las sanciones penales correspondientes.

Para que un funcionario público sea sometido a la acción de la Comisión Investigadora Contra el Enriquecimiento Ilícito, no se requiere que haya sido declarado previamente responsable en lo administrativo por la Contraloría General de la República.

4. La impugnación jurisdiccional de la declaratoria de responsabilidad administrativa

Bajo este título analizaremos, por una parte, la posibilidad de recurrir jurisdiccionalmente contra los actos declarativos de responsabilidad administrativa y, por la otra, los órganos competentes para conocer de los recursos.

A. Recurribilidad del auto de responsabilidad administrativa

En el pasado, se discutió si el auto de responsabilidad administrativa era susceptible de ser recurrido en vía contencioso-administrativa. Así, antes de la promulgación de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y de la Ley de Carrera Administrativa, Brewer sostenía:

"No siendo el acto de declaratoria de responsabilidad administrativa un acto definitivo que produce efectos directos sobre el funcionario público, sino preparatorio, pues en él no se impone sanción alguna, ese acto no es recurrible en vía contencioso-administrativa, aun cuando sea un acto que

causa estado, es decir, irrevisable en vía administrativa; será el acto administrativo de la Administración activa que imponga la sanción disciplinaria en base al acto de control, el acto administrativo que en este caso será recurrible".2º

Con anterioridad, el Departamento Jurídico de la Contraloría había opinado que:

"La averiguación administrativa prescrita en el numeral 7º del artículo 172 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, no es un procedimiento contencioso que deba rematarse con decisión que, al quedar firme, cause ejecutoria, sino previo o preparatorio, con el fin de proporcionarle a la Administración Pública la certeza de los elementos de que vaya a valerse para someter a juicio a los empleados de Hacienda que hubieren faltado a sus deberes, y de precaverla, en consecuencia, contra el riesgo de incurrir en tilde de ligereza o de temeridad al incoar tales procesos".21

Ahora bien, desde la promulgación de la Ley de Carrera Administrativa, en la cual se considera el auto de responsabilidad administrativa como causal de destitución, y desde la vigencia de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la cual regula el procedimiento de las averiguaciones administrativas, se acepta que la declaratoria de responsabilidad pronunciada por el órgano contralor no es un acto interno a la Administración y que su única función no es suministrar los elementos de juicio para la aplicación de una sanción disciplinaria, sino que es la decisión final de un procedimiento formalmente establecido, de carácter contradictorio, en el cual se consagra el derecho a la defensa del inculpado, con un lapso probatorio debidamente regulado y con mecanismos de notificación al interesado formalmente establecidos.

La decisión del procedimiento es recurrible en vía administrativa ante el Contralor, y la decisión final, aun cuando sea un acto merodeclarativo, produce consecuencias jurídicas: de un lado genera la aplicación de una sanción disciplinaria, a lo cual no puede negarse el superior jerárquico; del otro, las diligencias ejecutadas por la Contraloría
tienen fuerza probatoria en los juicios civiles o penales que se intenten
como secuela de la declaratoria de responsabilidad administrativa. En
consecuencia, esta declaratoria es un acto administrativo de carácter

^{20.} Brewer-Carías, Allan-Randolph: "Estudio sobre los actos recurribles en vía contencioso-administrativa, emanados de la Contraloría General de la República", en: Revista de Control Fiscal y Tecnificación Administrativa, Nº 37, Caracas, 1966, p. 61.

^{21.} Cfr. en: Dictámenes de la Consultoría. 1938-1963, Tomo II. Contraloría General de la República. Caracas, 1963, p. 249.

definitivo. Además, el auto de responsabilidad administrativa pronunciado por la Dirección de Averiguaciones Administrativas causa estado en sí mismo, puesto que "no es necesaria la interposición de los recursos de reconsideración y jerárquico para entender agotada la vía administrativa" (art. 78 del Reglamento de la Contraloría General de la República).

B. Organos jurisdiccionales competentes para conocer de los recursos contra los autos de responsabilidad administrativa

En la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se establecía que:

"Las decisiones del Contralor o de las Salas serán obligatorias para los empleados, funcionarios o particulares sobre quienes recaigan; pero los interesados podrán apelar de ellas dentro de los quince (15) días siguientes, contados a partir de la notificación por oficio de la providencia recaída, siempre que en la ley no esté previsto un procedimiento especial, así: de las dictadas por las Salas para ante el Tribunal Superior de Hacienda; y de las dictadas por el Contralor de la Nación para ante la Corte Federal o para ante los tribunales de lo contencioso-administrativo que puedan crearse en el futuro y a los cuales se les dé esta atribución" (art. 159).

Este mecanismo de impugnación a través del llamado por la doctrina "recurso jerárquico impropio", subsistió hasta la promulgación de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Si bien en esta ley no se regulan, en general, los recursos jurisdiccionales contra las decisiones del organismo contralor, en materia de reparos se establece que:

"Contra la decisión de la Contraloría que confirme o reforme el reparo, se podrá ejercer el recurso de plena jurisdicción (sic) por ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, dentro del término de cuarenta y cinco (45) días continuos, contados a partir de la fecha de la notificación" (art. 103).

Asimismo, se dispone en esta ley que:

"Mientras se crean los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, los tribunales superiores de Hacienda conocerán de los recursos contra los reparos; de las decisiones de éstos se oirá apelación por ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia y se las consultará en todo caso con dicha Sala cuando sean totalmente exoneratorias de responsabilidad" (art. 116).

Ahora bien, la Ley Orgánica que regula al organismo contralor, no contiene ningún señalamiento expreso, en relación a la impugnación jurisdiccional de los autos de responsabilidad administrativa. Sin embargo, conforme a la Constitución (art. 206), y tal como lo tiene decidido la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, el control de la legalidad sobre los actos del Poder Público existe aun cuando no aparezca consagrado en alguna norma positiva. Por nuestra parte, antes de la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia sostuvimos que "el órgano jurisdiccional encargado de velar por la legalidad de los actos de la Contraloría, a falta de señalamiento expreso, es el Tribunal Superior de Hacienda", a falta de señalamiento expreso, es el Tribunal Superior de Hacienda", a falta de señalamiento expreso, es el recurso contencioso-administrativo de anulación contra el acto que declara la responsabilidad administrativa de un funcionario público. Este criterio, que había sido aceptado por los jueces superiores de Hacienda, fue modificado por la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, dispuso esta ley que:

"Es de la competencia de la Corte como más alto tribunal de la República: 12. Declarar la nulidad, cuando sea procedente por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, de los actos administrativos generales o individuales del Consejo Supremo Electoral o de otros órganos del Estado de igual jerarquía a nivel nacional" (art. 42).

Se ha interpretado, con toda razón, que la Contraloría General de la República es un órgano del Estado de esta jerarquía, por lo cual los actos que de ella emanan son recurribles ante la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa.

Sin embargo, es necesario formular una observación a este respecto: el auto de responsabilidad administrativa puede emanar del Contralor General de la República, cuando el interesado ha interpuesto recurso jerárquico contra la decisión de la Dirección de Averiguaciones Administrativas. Pero no es requisito indispensable para agotar la vía administrativa la interposición del recurso jerárquico, conforme lo establece el artículo 78 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría. Por lo tanto, puede recurrirse directamente de la decisión de la Dirección de Averiguaciones Administrativas, para ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Ante esta situación, cabe preguntarse si el auto de responsabilidad administrativa es recurrible ante la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, aun en el caso

Rachadell, Manuel: "Impugnación jurisdiccional de los actos de la Contraloría General de la República", en Revista de Control Fiscal, Nº 81. Caracas, 1976, pp. 73 y ss.

de que dicho acto emane de la Dirección de Averiguaciones Administrativas de la Contraloría General de la República. Opinamos que debe hacerse la distinción, según el órgano de quien emana el acto. En efecto, tal como antes se indicó, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia dispone que la nulidad de los actos administrativos, generales o individuales, del Consejo Supremo Electoral o de otros órganos del Estado de igual jerarquía, a nivel nacional, se intentará ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. No cabe duda que la Contraloría General de la República, junto con la Fiscalía General de la República, la Procuraduría General de la República y el Consejo de la Judicatura, están en el nivel jerárquico a que se refiere la norma que comentamos, tal como lo ha asentado la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en su sentencia del 12 de julio de 1978, al declarar la nulidad de un acto de la Comisión Investigadora Contra el Enriquecimiento Ilícito.

Sin embargo, cuando decimos "Consejo Supremo Electoral" podemos referirnos a un conjunto orgánico dotado de autonomía funcional, con una estructura jerárquica en cuya cúspide se encuentra un órgano colegiado, o podemos referirnos, particularmente, a este órgano colegiado denominado Consejo Supremo Electoral, que es la máxima autoridad jerárquica dentro del conjunto orgánico. En el primer sentido, la expresión "Consejo Supremo Electoral" equivale a Contraloría General de la República; en el segundo, equivale a Contralor General de la República.

Ahora bien, entendemos que la ley de la Corte se refiere al segundo sentido, ya que la asignación de la competencia de la Corte se fundamenta en la jerarquía del órgano de quien emana el acto. Ante la posibilidad de entender la expresión "órgano" en una doble acepción: órgano-individuo y órgano-institución, consideramos que la ley se refiere en este caso al órgano-individuo, es decir, a "las personas físicas o conjunto de personas físicas por medio de las cuales las personas jurídicas manifiestan su voluntad".23 Por lo tanto, serán recurribles ante la Corte Suprema de Justicia, los actos emanados del Consejo Supremo Electoral, del Contralor General de la República, del Procurador General de la República, del Fiscal General de la República y del Consejo de la Judicatura. En igual sentido se ha pronunciado la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo al expresar: "...el criterio que sirvió de base a esta Corte para considerar que los otros órganos o autoridades del Estado a nivel nacional, no pueden ser otros

^{23.} Lares Martinez, Eloy:: op. cit., p. 364.

que el Consejo de la Judicatura, el Fiscal, el Contralor y el Procurador General de la República..." (Sentencia del 20-7-78, caso recurso contra CIEI. Vid. igualmente sentencia de la Corte Primera del 20-12-79, caso Pautas del C.N.U.).

Cabría preguntarse entonces, ¿ante cuál tribunal son recurribles los actos emanados de funcionarios al servicio de estos órganos, si tales funcionarios no son los máximos jerarcas de los mismos? Comenzaremos por advertir, que es necesario que los actos emanados de los funcionarios mencionados agoten la vía administrativa. Por lo general, los actos que agotan la vía administrativa son los que provienen de la máxima autoridad del órgano, por lo cual es excepcional un acto de este tipo que emane de un funcionario que no sea el superior jerárquico. Precisamente, este carácter excepcional lo tiene el acto que dicta el Director de Averiguaciones Administrativas de la Contraloría General de la República, por la circunstancia de que el interesado puede optar por interponer o no el recurso jerárquico, sin que ello sea requisito indispensable para agotar la vía administrativa.

En este supuesto, si lo que se recurre es el acto del Director de Averiguaciones Administrativas, este órgano no tiene la misma jerarquía que el Consejo Supremo Electoral, por lo cual no puede impugnarse el acto que de él emane ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. En nuestro criterio, tal impugnación debe intentarse, en este caso, ante la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, ya que conforme a la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, dicho tribunal es competente para conocer, en primera y única instancia: "De las acciones o recursos de nulidad que puedan intentarse por razones de ilegalidad contra los actos administrativos emanados de autoridades diferentes a las señaladas en los ordinales 9, 10, 11 y 12, del artículo 42 de esta ley, si su conocimiento no estuviere atribuido a otro tribunal" (art. 185, ord. 3°).

Ahora bien, hemos concluido que si el auto de responsabilidad emana del Contralor, el órgano jurisdiccional que conoce de su impugnación es la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, mientras que si emana del Director de Averiguaciones Administrativas, es recurrible ante la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo. Esta duplicidad no es en absoluto lógica ni conveniente, ya que se deja a la voluntad del interesado determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de la impugnación de un acto administrativo, según que intente o no el recurso jerárquico. El origen de esta situación proviene de la modificación que hizo el Presidente de la República

al Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, mediante Decreto Nº 2.520, de fecha 27 de diciembre de 1977, puesto que en el Reglamento anteriormente vigente, dictado mediante Decreto Nº 867, del 22 de abril de 1975, se consagraba que la decisión del recurso jerárquico agotaba la vía administrativa (art. 99).

En consecuencia, sería de desear que en una próxima modificación del Reglamento a que aludimos, se restituyera la exigencia de agotar la vía administrativa mediante el recurso jerárquico ante el Contralor General de la República, cuando el acto no emana de este órgano. De esta forma, se unificaría el sistema de recursos y se consagraría una normativa más acorde con nuestro ordenamiento jurídico y con los principios que lo conforman. Por último, cabe señalar que la impugnación del auto de responsabilidad administrativa, sólo puede intentarse por infracción de la legalidad, por el órgano contralor, conforme al procedimiento previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia para la nulidad de los actos administrativos de efectos particulares, dentro del lapso ordinario de seis meses, contado a partir de la notificación del acto, la cual se hará personalmente o mediante publicación en la Gaceta Oficial, y en dos de los diarios de mayor circulación en la República. (Artículo 112 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República).

II. LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO CONTRA LA CORRUPCION ADMINISTRATIVA

La deshonestidad en el manejo de los fondos públicos y las distintas y cada vez más sutiles formas que asume la corrupción administrativa constituyen en nuestro país un serio problema, que en los últimos años ha llegado a alcanzar proporciones alarmantes. Ya no se trata solamente de las implicaciones económicas de tal fenómeno, ni únicamente de sus consecuencias en la disminución de la eficacia del aparato administrativo, sino que se ha llegado a plantear la necesidad de enfrentar la corrupción administrativa como un requisito indispensable para el mantenimiento del sistema democrático.

Ahora bien, hasta el presente, las diversas instituciones y los distintos mecanismos que se han ideado para salvaguardar la honestidad en el manejo de los fondos públicos han resultado inoperantes para cumplir su objetivo, salvo cuando intervienen circunstancias políticas extraordinarias, o cuando se trata de irregularidades de menor cuantía.

En todo caso, en la sociedad venezolana existe el convencimiento de que la impunidad es la regla en los delitos contra la cosa pública y

que cuando se logra el enjuiciamiento de algún funcionario es porque éste carece de apoyo político o económico pero que, aun en este supuesto, es excepcional cuando el proceso culmina con una sentencia condenatoria.

No es nuestra intención entrar a analizar el fenómeno de la corrupción administrativa, sus causas y las distintas formas bajo las cuales se manifiesta, sino simplemente destacar que el mismo ha pasado a convertirse en un problema político que está socavando las bases de nuestras instituciones democráticas. Dentro de este orden de ideas, una lucha efectiva contra la corrupción administrativa no puede ser sino el producto de una decisión política emanada de los más altos niveles de decisión política del sistema. Pero una vez producida tal decisión, la misma debe instrumentarse a través de un conjunto de órganos, normas, sistemas y procedimientos que deben ser suficientemente idóneos para alcanzar el objetivo propuesto. En tal virtud deben evaluarse los mecanismos legales con que cuenta el país para enfrentarse al fenómeno de la deshonestidad administrativa y reorientar los mecanismos existentes, teniendo en cuenta las experiencias de otros países que puedan sernos de utilidad en este empeño.

1. La revisión de las instituciones de control

La tarea no es sencilla ni puede alcanzarse con soluciones mágicas. En primer lugar, lo que está planteado es nada menos que conformar una Administración Pública cuyos programas sean susceptibles de ser controlados, pero no en el sentido formal, en el cual ya tenemos muchos años de experiencia, sino en el cumplimiento o no de los objetivos de desarrollo asignados al aparato administrativo. Este aspecto se inserta en el necesario y permanente esfuerzo de reformar las estructuras, los sistemas y procedimientos de la Administración, para adecuarlos a las exigencias del desarrollo.

En el segundo lugar, para enfrentar el fenómeno de la corrupción administrativa deben evaluarse las diferentes instituciones, mecanismos y normas que existen para controlar la legalidad y la moralidad en el manejo de los fondos públicos. En cuanto a las instituciones, son numerosas en nuestro país, pero su acción carece de la debida coordinación y de la necesaria eficacia para cumplir el fin a que nos referimos. Dentro de este proceso de revisión es necesario comenzar por evaluar la actuación del Congreso de la República, como órgano de control por excelencia sobre la Administración, así como la actividad de los demás órganos de control, tales como los tribunales de justicia, el Mi-

nisterio Público, la Comisión Investigadora Contra el Enriquecimiento Ilícito, la Contraloría General de la República y los órganos de control administrativo internos y externos a la Administración. En nuestro país tuvimos además, una experiencia muy interesante, como fue la del Comisionado del Presidente de la República para Denuncias, Quejas y Reclamos, cargo éste que tuvo la duración de un período constitucional (1969/74) y que fue suprimido sin evaluar los efectos que produjo en el saneamiento de la Administración.

Dentro de este orden de preocupaciones y producto del conocimiento de que las instituciones actuales no son idóneas para garantizar el manejo correcto de los fondos públicos, se ha presentado a la consideración de las cámaras legislativas un Proyecto de Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en virtud del cual se derogaría la Ley Contra el Enriquecimiento de Funcionarios o Empleados Públicos, de fecha 30 de marzo de 1964. Conforme a este proyecto, además de ampliarse la competencia de la Contraloría General de la República en materia de investigaciones y de otorgar a dicho órgano una potestad sancionatoria directa sobre los funcionarios públicos, se crea el Tribunal de Salvaguarda del Patrimonio Público en sustitución de la Comisión Investigadora Contra el Enriquecimiento Ilícito y de los tribunales de la jurisdicción penal en el conocimiento de los delitos contra la cosa pública. Por otra parte, en el Proyecto que mencionamos se modifica la tipología de los delitos contra la cosa pública contenidos en el Código Penal, a los fines de prever nuevos supuestos y de agravar las penas consagradas en el mismo.

Aun cuando el Proyecto de Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público contiene innovaciones de indiscutible interés, consideramos necesario formularle, al menos, tres observaciones de fondo: En primer lugar, no parece conveniente crear una jurisdicción especial para conocer de los delitos contra el patrimonio público, a cargo de un tribunal que sustituiría a los doscientos tribunales penales que existen en el país. En segundo lugar, en este proyecto se modifican los tipos delictivos consagrados en el capítulo de Delitos Contra la Cosa Pública del Código Penal, en una forma que desafía abiertamente la técnica legislativa. Por una parte, se mantienen los tipos delictivos consagrados en el Código Penal, los cuales no se derogan, y por la otra, se agregan nuevos supuestos de hecho para los mismos tipos, se crean tipos nuevos y se agravan las penas para los tipos preexistentes. Ello conduciría a que la regulación legal sobre unos mismos hechos aparezca en leyes diferentes, cuando lo recomendable es, mediante una reforma del Có-

digo Penal, cuyo proyecto reposa en las cámaras legislativas, actualizar la tipología de los delitos contra la cosa pública.

En tercer lugar, en cuanto a la constitución del proyectado Tribunal de Salvaguarda del Patrimonio Público, al estar formado por tres magistrados a ser designados así: uno por el Congreso de la República, otro por el Presidente de la República y el tercero por la Corte Suprema de Justicia, ello hace necesario entendimientos políticos para efectuar las correspondientes designaciones, lo cual puede traducirse en condicionamientos políticos que enerven la actuación del tribunal.

Ahora bien, mientras estos proyectos de reforma legal, debidamente decantados, no hayan sido aprobados, se hace necesario reorientar los mecanismos existentes para hacerlos más eficaces en la lucha contra la corrupción administrativa.

2. Reorientación de la declaratoria de responsabilidad administrativa

En las líneas que anteceden hemos analizado la declaratoria de responsabilidad administrativa que pronuncia el órgano contralor, desde una perspectiva jurídica, al considerar los sujetos pasivos de la misma, el procedimiento, su naturaleza y efectos. Se trata ahora de utilizar ese mecanismo como un instrumento en la lucha contra la corrupción administrativa, para lo cual, además del análisis jurídico, se hace necesario considerar el instrumento desde el ángulo social, habida cuenta de que, en el empeño de elevar los niveles éticos en el funcionamiento de la Administración, es indispensable que el derecho sea auxiliado por la sociología y por la política.

En este orden de ideas, formularemos algunas reflexiones y proposiciones que persiguen reorientar este mecanismo jurídico, hasta convertirlo en un instrumento idóneo en relación al objetivo perseguido, y que se refieren, por una parte, a la finalidad moralizante del auto de responsabilidad administrativa; y por la otra, a la necesaria publicidad de las decisiones en esta materia.

A. La finalidad del auto de responsabilidad administrativa

Al evaluar la declaratoria de responsabilidad administrativa que pronuncia el órgano contralor, se constata que los funcionarios públicos pueden ser objeto de la misma cuando han incumplido determinados deberes inherentes al cargo que desempeñan, sin que, en general,

se distinga si tales incumplimientos se producen por una simple contravención de disposiciones procedimentales, o si ha mediado dolo en la conducta del funcionario.

En efecto, hemos señalado que en esta materia no existe tipicidad en cuanto a los hechos susceptibles de generar una declaratoria de responsabilidad administrativa y que las facultades de apreciación del órgano investigador son de la más alta discrecionalidad. Por otra parte, conocemos de la rigidez y complicación de los procedimientos administrativos, lo cual puede inducir a algún funcionario deseoso de actuar con un grado mayor de ejecutividad del que permite normalmente el funcionamiento de la Administración, a obviar algún trámite o a incumplir algún procedimiento referente al gasto público. En este supuesto, conforme a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, el organismo contralor puede iniciar una averiguación que culmine con un auto de responsabilidad administrativa o puede imponer una multa hasta de cien mil bolívares, según la gravedad de la falta.

Distinta a ésta es la hipótesis del funcionario que infringe las normas o los procedimientos administrativos en materia hacendaria o incumple los deberes, prohibiciones o incompatibilidades de los funcionarios públicos, con la finalidad manifiesta o presumible de obtener algún provecho o ventaja económica, para sí o para otra persona, o con el objetivo de causar un daño a la Administración o a un particular.

Ahora bien, en el primer caso, se ha incurrido en una contravención de procedimientos, sin fines dolosos, que debe ser sancionada con la finalidad de mantener la necesaria disciplina en el manejo de los fondos públicos. A estos efectos, la sanción que aparece adecuada es la multa prevista en el artículo 93 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, mientras que debe reservarse la declaratoria de responsabilidad administrativa para aquellos casos en que sea manifiesta o presumible la intención dolosa por parte del funcionario inculpado.

Esta distinción tiene como finalidad convertir a la declaratoria de responsabilidad administrativa en un instrumento efectivo en la lucha contra la corrupción administrativa para aquellos casos en que sea manifiesta o presumible la intención dolosa por parte del funcionario inculpado, mientras que se utiliza la sanción de multa como un mecanismo de disciplina fiscal.

La distinción que proponemos es posible dentro del marco de la legislación vigente, dada la discrecionalidad de que dispone el órgano

contralor para apreciar las infracciones de los funcionarios públicos que sean susceptibles de generar un auto de responsabilidad administrativa o la imposición de una multa. En efecto, esta última sanción procede imponerla a "quienes en general, contravengan lo dispuesto en esta ley" (art. 93, numeral 9, ejusdem), además de los supuestos expresamente previstos en dicha ley. Con respecto al auto de responsabilidad administrativa, hemos insistido antes, que en esta materia también existe una ausencia total de tipicidad en cuanto a las faltas que pueden ser objeto de esta declaratoria.

Por otra parte, en los casos especialmente graves, ambos procedimientos pueden acumularse, pues conforme se establece en el artículo 95, ejusdem:

"Las sanciones precedentes no impiden la aplicación de las que correspondan a los funcionarios o empleados por haber incurrido en responsabilidad administrativa".

Por último, cabe señalar que, por tratarse del ejercicio de una potestad discrecional, el Contralor puede, mediante reglamentación interna, autolimitar su discrecionalidad y establecer los supuestos en que procede la aplicación de uno u otro procedimiento. Sin embargo, es más recomendable introducir la distinción mediante una reforma del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría, dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, a los fines de darle mayor jerarquía a las normas que consagran la diferenciación que proponemos. Cabe señalarse que, en la actualidad, los criterios para aplicar uno u otro procedimiento no están claros para el órgano contralor y, a consecuencia de ello, unas infracciones determinadas han sido sancionadas en algunos casos con una declaratoria de responsabilidad administrativa y en otros con la imposición de una multa. Todo ello hace más interesante y necesaria la distinción de procedimientos que sugerimos.

B. La publicidad del auto de responsabilidad administrativa

Anteriormente habíamos señalado que la declaratoria de responsabilidad administrativa no tenía, en sí misma, más consecuencias que la de constatar el incumplimiento de determinados deberes por parte de un funcionario público y que, desde el punto de vista jurídico, no puede tal declaratoria ser considerada como una sanción contra el funcionario inculpado. Sin embargo, desde el ángulo social sí lo es, y

NATURALEZA Y EFECTOS 179

puede llegar a ser además, una sanción muy grave, a la cual se acumulen otras sanciones.

En efecto, si el auto de responsabilidad administrativa de la Contraloría se dicta no por contravenciones formales sino cuando el funcionario ha incurrido en actos de corrupción administrativa, y además a esta declaratoria se le da la debida publicidad, no hay duda que estamos en presencia de una sanción que por su gravedad casi podría asimilarse a la nota censoria que existió en el derecho romano.

En la actualidad, salvo algunos casos muy contados, la declaratoria de responsabilidad administrativa carece de una efectiva trascendencia. En general, estas decisiones no se publican y la opinión pública conoce de algunos casos únicamente cuando los medios de comunicación social deciden destacar el hecho por razones políticas o de cualquier otra naturaleza.

Desde el punto de vista jurídico, en raras ocasiones el auto de responsabilidad administrativa produce el desencadenamiento de los otros tipos de responsabilidad, como veremos en seguida.

En cuanto a la responsabilidad disciplinaria, el Tribunal de la Carrera Administrativa tiene decidido, en sentencias reiteradas y confirmadas por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, que la sanción disciplinaria sólo procede cuando el auto de responsabilidad administrativa ha quedado definitivamente firme. Ello implica que, si el funcionario interpone los recursos administrativos y contenciosoadministrativos a que tiene derecho, pasan varios años antes de que la declaratoria del órgano contralor adquiera el carácter de firmeza. En este lapso, o el funcionario ha egresado de la Administración por cualquier otra causa, en cuyo caso no es procedente la sanción de destitución, o ha cambiado de organismo, o los hechos que generaron la declaratoria se han olvidado, ya que no se hace un efectivo seguimiento de las decisiones de la Contraloría en esta materia. Por lo demás, como antes se señaló, no siempre los hechos a que se contrae el auto de la Contraloría son de la entidad suficiente para originar la sanción de destitución, y corresponde al superior jerárquico decidir la sanción a aplicar según la gravedad de la falta. Por último, debemos tener en cuenta que en un país como el nuestro donde no existe una verdadera carrera administrativa y donde se aplican con frecuencia medidas de destitución sin fundamento legal, la destitución de un funcionario público no tiene demasiada trascendencia desde el punto de vista social y, desde el ángulo económico, el funcionario de carrera tiene derecho, en todo caso, 180 MANUEL RACHADELL

a recibir sus prestaciones sociales, aun cuando haya sido separado de su cargo por estar incurso en actos de corrupción administrativa.

En cuanto al desencadenamiento de la responsabilidad penal, corresponde a la Fiscalía General de la República determinar si los hechos incriminados al funcionario revisten o no carácter penal, a los efectos de intentar las acciones correspondientes ante los tribunales de justicia competentes. En algunos casos, se trata de simples infracciones administrativas que no dan origen a la acción penal, en otros, los delitos que pudieren haberse cometido están prescritos y, en algunos casos, se intenta la acción penal pero no se llega a nada, bien por dificultades en la tipificación o en la prueba de los hechos o por otras razones que no es del caso analizar aquí, pero de las cuales no está ausente la denominada "corrupción judicial".

En lo referente a la responsabilidad civil, nos basta con señalar que no conocemos de ningún caso en que un funcionario público declarado responsable en lo administrativo haya sido condenado a reparar pecuniariamente un daño causado a la Administración.

Ante esta situación, debe tenerse presente que el fenómeno de la corrupción administrativa no debe analizarse sólo desde el ángulo jurídico, sino que tiene implicaciones sociales y axiológicas de carácter fundamental. Mientras la colectividad no rechace los actos de corrupción administrativa por ser contrarios al perfeccionamiento de los fines del sistema social, al logro del desarrollo económico y a la pervivencia de las instituciones democráticas, es muy poco lo que puede hacerse en este campo por la vía de reformas legislativas.

En tal sentido, ha expresado el Contralor General de la República en su Informe al Congreso correspondiente al año 1978:

"En lo que respecta a la opinión pública, consideramos que la formación de una conciencia colectiva de repudio a la corrupción, es requisito previo para la adopción de medidas eficaces dirigidas a combatir el mal. A ello contribuyen de manera destacada los medios de comunicación social, que en uso de la amplia libertad de expresión existente en el país, recogen informaciones y divulgan opiniones y estudios sobre esta materia. Ahora bien, al reconocer tan valiosa contribución, no podemos silenciar el necesario alerta frente a la pertinaz campaña de descrédito a instituciones y personas caracterizadas por el escándalo, la falsedad y la negación constantes, emanada de determinadas personas y órganos de difusión. Tal campaña no combate la corrupción sino que la especula, corrompe ella misma la opinión pública, y desacredita la verdadera lucha contra el aludido vicio, ya que la presencia de continuas y numerosas denuncias infun-

NATURALEZA Y EFECTOS 181

dadas, tiende a aumentar el sentimiento de frustración ante la imposibilidad de que ellas culminen en decisiones sancionadoras".24

Frente a este peligro, que señala acertadamente el Contralor, proponemos que las decisiones administrativamente firmes por las cuales se declare la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos se publiquen, al menos en un extracto, en la *Gaceta Oficial*. De este modo se lograrían las siguientes ventajas:

- a) Al ser definido el auto de responsabilidad administrativa no sólo como la constatación de una contravención formal sino como el señalamiento de una conducta reprensible desde el punto de vista ético, la declaratoria de responsabilidad administrativa dada a la publicidad se transforma en una sanción en sí misma.
- b) El auto sujeto a la publicación debe estar firme desde el punto de vista administrativo, es decir, que el funcionario investigado debe tener la oportunidad de interponer el recurso jerárquico, con lo cual se garantiza una revisión suficiente de las actuaciones. Ello, unido a la oportunidad que tiene el funcionario de responder a los cargos que se le formulen en la sustanciación de la investigación, asegura el respeto al derecho a la defensa consagrado en la Constitución.
- c) La publicación oficial de un resumen de los hechos que han sido comprobados en la investigación y el señalamiento de las normas infringidas por el funcionario, tiende a evitar las especulaciones y campañas de descrédito contra funcionarios que no han sido objeto de señalamientos oficiales.
- d) La publicación oficial de los autos de responsabilidad en todos los casos, evita la situación de desigualdad que se presenta en la actualidad debido a que algunos casos son dados a conocer a la opinión pública mientras que otros permanecen ignorados por ésta, según sean los intereses, no siempre plausibles, que se mueven en torno a la investigación.

3. Aproximación del Contralor General de la República a la figura del Ombudsman

A. El Ombudsman en la Administración Comparada

La institución del Ombudsman como órgano especializado de control de la Administración y de protección a los ciudadanos, es una

^{24.} Publicado en el diario El Universal, del 22-4-79, pp. 2-18 y 2-19.

MANUEL RACHADELL 182

contribución de los países escandinavos a la Administración Comparada. El cargo de Ombudsman fue creado por primera vez en la Constitución sueca de 1809, como un mandatario del Parlamento, dotado de una gran autonomía, a quien corresponde vigilar el respeto a las leyes y reglamentos por los tribunales y los agentes públicos y perseguir, por la vía legal, "a aquellos que, en el ejercicio de sus funciones, hubieran cometido alguna ilegalidad por favor, parcialidad o cualquier otro motivo, o no hubieran cumplido de manera satisfactoria los deberes de sus cargos" (art. 96, Constitución de Suecia).25

La figura del Ombudsman fue establecida luego en los países vecinos de Suecia, así: en Finlandia, desde que este país adquirió su independencia de Rusia, mediante un Acta Constitucional de 1919; en Dinamarca, por una disposición constitucional de 1953, y una ley de 1954; en Noruega se crearon dos Ombudsman: uno para la defensa en 1952 y otro Ombudsman civil para la Administración en 1962.

En los países anglosajones la figura del Ombudsman ha sido especialmente bien recibida, por el hecho de que esta institución, que se caracteriza por unos métodos de control poco formales, encaja perfectamente, con sus tradiciones administrativas y llena el vacío de la falta de un sistema de control jurisdiccional de carácter general.26 En tal virtud, se ha creado en Nueva Zelandia, en 1962, una institución de control que ha conservado el nombre escandinavo de "Ombudsman".27 En Gran Bretaña se instituyó desde 1967, un "Comisario Parlamentario para la Administración". En otros países se ha acudido a figuras de control con atribuciones semejantes al Ombudsman, tales como en Quebec, donde se designó en 1968 un "Protector del ciudadano", al igual que en tres estados más del Canadá; en la República Federal Alemana, donde se creó en 1952 un "Delegado de la Asamblea Federal para la Defensa"; en Francia, la cual instituyó un "Mediador" por una ley del 3 de enero de 1973. La popularidad del Ombudsman como institución de control ha despertado interés en muchos países y se han dado pasos para establecer figuras similares en algunos Estados de la Unión norteamericana; en Irlanda, la India, Japón, Nepal, Holanda, Israel, en el Estado Asociado de Puerto Rico y en muchos otros.²⁸

Vid.: "The Swedich Institution of the Justitieombudsman", en la Revista Internacional de Ciencias Administrativas. Vol. XXVIII, 1961, N° 3, p. 243.

^{26.} Vid. Guy Braibant y otros, op. cit., Primera Parte, Capítulo III y Segunda Parte, Cap. II, Sección II.

[&]quot;La Institución del Ombudsman en Nueva Zelandia", en Revista de la Comisión Internacional de Juristas. Verano, 1963, Vol. IV, Nº 2, p. 349.

V. Gerald E. Caiden y Nimroad Raphaeli: "The Ombudsman debate", in Israeli Politics; Parliamentari Affairs. Vol. XXI, Nº 3, 1968.

NATURALEZA Y EFECTOS 183

A este respecto han señalado los autores Guy Braibant, Nicole Questiaux y Céline Wiener que: "Esta pasión ha tomado, a veces, el aire de una moda, y un jurista sueco ha podido hablar de una «ombudsmanía». Ello se explica por la simplicidad del sistema, por el carácter personal e informal de las relaciones que el mismo permite establecer con los ciudadanos, por su éxito en su país de origen. Pero a medida que el sistema se ha alejado de éste, pierde su pureza y sufre una cierta degradación, al punto que debe considerarse un verdadero abuso del lenguaje el que sean calificados como Ombudsman órganos que no tienen ni el estatuto ni la estatura del modelo sueco".29

B. La búsqueda de un Ombudsman venezolano

En nuestro país, algunos autores han creído ver, en algunas de nuestras instituciones un reflejo de la figura del Ombudsman. Así, para Luis Britto García, "El Decreto Nº 95, de fecha 16 de julio de 1969, mediante el cual el Presidente de la República, actuando en Consejo de Ministros designa un Comisionado para la vigilancia de la Administración Pública, implica la adopción en nuestro país de una institución existente en diversos sistemas, que es la del Ombudsman o Comisario para la vigilancia de la Administración". En el mismo sentido, Guillermo Quintero estudia las características del Comisionado del Presidente de la República para Denuncias, Quejas y Reclamos, al cual califica de "Ombudsman" presidencial, designado "por la necesidad de crear una institución que controle la buena marcha de la Administración en general, sin basarse específicamente, en un control legal determinado". S1

La designación de este Comisionado Presidencial fue saludada en nuestro país por venezolanos tan insignes como Juan Pablo Pérez Alfonzo,³² pero esta experiencia no tuvo continuidad después del cambio de gobierno operado en 1974.

^{29.} Vid. Guy Braibant y otros, op. cit., p. 297.

^{30.} Britto García, Luis: "El comisionado para la vigilancia de la Administración Pública en el Derecho Comparado y el sistema venezolano", en Revista de Control Fiscal y Tecnificación Administrativa, Nº 54, septiembre de 1969.

^{31.} Vid. Quintero, Guillermo: "La Experiencia Venezolana del Ombudsman Presidencial", en las Ciencias Administrativas en Venezuela. Tirada aparte de la Revista Internacional de Ciencias Administrativas, con motivo de la Mesa Redonda celebrada en Caracas, del 11 al 15 de septiembre de 1972.

^{32.} Luis Britto G (op. cit., p. 35) reprodujo extractos de la carta dirigida por el doctor Juan P. Pérez Alfonzo al Presidente de la República en fecha 2-8-69, publicada en el diario El Nacional, en los siguientes términos: "La creación por el Ejecutivo Nacional de una oficina independiente que reciba quejas, denuncias y reclamos, relacionados al funcionamiento de los servicios públicos, es una medida de mucha signifificación para la buena marcha de la administración del Estado. Desde hace mucho

184 MANUEL RACHADELL

En un orden de ideas diferente, se han señalado similitudes entre la figura del Ombudsman escandinavo y el Ministerio Público venezolano. Así lo han hecho notar el profesor Humberto La Roche, en 1967,33 y más recientemente el juez José Francisco Cumare Nava.34 Asimismo, consta en las actas de la Comisión Bicameral Redactora del Proyecto de Constitución de 1961, que en la presentación de la ponencia sobre el Ministerio Público elaborada por los doctores Antonio Moles Caubet, Manuel García Pelayo y Tomás Polanco, en febrero de 1960, se tuvo presente la experiencia de los países escandinavos al comentarse las atribuciones a ser asignadas al Fiscal General de la República, como órgano separado del Procurador General de la República.35 Esta transformación de nuestro Ministerio Público conforme a la Constitución de 1961, ha sido expresada por un constitucionalista patrio así: "No es pues, ahora, el Ministerio Público el agente del Ejecutivo ante el Poder Judicial, como decía la Constitución de 1936, sino un organismo autónomo de orden constitucional creado por el constituyente para velar, en términos generales, por la observancia de la Constitución y

tiempo presentía la necesidad de algo semejante. Sin embargo, fue únicamente a comienzos de 1967 cuando vine a concretar mis ideas sobre la materia y a formular propuestas en este sentido en los altos niveles del gobierno. Sucedió que en enero de 1967, leí un magnífico artículo en que se trataba el asunto, publicado por el profesor de Ciencias Políticas de la Universidad de Wisconsin, H. L. Nieburg, en The Nation, de 26-12-66. Nieburg informaba que el Ombudsman es una institución establecida por los suecos desde su Constitución de 1809. El sentido de la palabra es el de «un hombre que representa a la gente pequeña». Agregaba que Inglaterra había adoptado el sistema en 1966, «como un medio de dar a la gente otra vía de representación en el creciente número de industrias operadas por el gobierno». En Michigan también decía que, recientemente, se había nombrado una especie de Ombudsman en forma experimental, y que en junio de 1965, el Condado de Nassau en New York. nombró a un juez retirado como el Comisario de Cuentas con deberes de Ombudsman. Agregaba que «el Ombudsman ofrece al público un servidor que no depende de sus votos para una próxima reelección y que presume no contemplará los grupos de interés para un premio eventual». Por las razones anteriores, puede comprenderse cómo he apreciado el decreto que dictó el Ejecutivo, el 16 de julio, que en verdad constituye magnífico comienzo para la institución de un Ombudsman venezolano

^{33.} La Roche, Humberto: "El Ombudsman en los países nórdicos y el caso de Venezuela", en *Revisia de la Facultad de Derecho*, Universidad del Zulia, Nº 19, enero-abril, 1967, Maracaibo, pp. 9-50.

^{34.} Cumare Nava, Francisco: "El Ombudsman venezolano", en Revista del Consejo de la Judicatura, Nº 12, enero/marzo de 1979, Caracas.

^{35.} Guillermo Quintero: Destaca en la exposición del doctor Antonio Moles Caubet sobre la ponencia mencionada conforme a la versión taquigráfica de la reunión del 11-2-60, Carpeta número 120, p. 5, Archivo del Congreso de la República, las siguientes frases: "Nos ha parecido digna de ser considerada la transformación que el Ministerio Público ha tenido en algunos países europeos a partir del año 1809, entre ellos Suecia, que tiene una tradición democrática indiscutible. En 1809, se estableció una magistratura elegida por el Parlamento; es decir, el Parlamento encarga que de la legalidad sea vigilante un funcionario... Esa institución sueca ha tenido un éxito extraordinario... en 1919 la adoptó Finlandía, en Dinamarca se implantó...". (Op. cit., p. 313).

NATURALEZA Y EFECTOS 185

de las leyes, bajo la dirección y responsabilidad del Fiscal General de la República con el auxilio de los funcionarios que determine la ley". 36

La relación de nuestro Ministerio Público con el Ombudsman escandinavo se expresa en la exposición de motivos de la Constitución de 1961, cundo en referencia a aquél, se hace mención a: "la experiencia de países de indiscutible tradición democrática como son Suecia, Finlandia y Dinamarca...".37

En la Administración Comparada se han señalado semejanzas y diferencias entre el Ombudsman de origen escandinavo y la Prokuratura de los países socialistas, siendo este último más próximo a nuestro Ministerio Público. En tal sentido, se ha señalado:

"Puede aparecer sorprendente al aproximar dos instituciones que se han desarrollado en países profundamente diferentes por el régimen político y social, el sistema jurídico y sus dimensiones territoriales y demográficas. El hecho es que ellas pertenecen, en la tipología de los controles, a la misma categoría de autoridades exteriores a la Administración, que no son ni jurisdiccionales ni políticas; se trata en otros términos de controles correctivos externos de carácter técnico y no jurisdiccional".38

Como diferencia entre ambas instituciones se ha señalado que:

"El control de la Administración no es la única ni tal vez la principal tarea del Ministerio Público; éste debe también intervenir en el funcionamiento de la justicia civil y penal y en la represión de las infracciones cometidas por los ciudadanos".³⁹

Por su parte, el Ombudsman "tiene generalmente una vocación más amplia: él debe vigilar el buen funcionamiento de la Administración, lo cual comprende, además del respeto a la ley, elementos tales como el mérito y la rapidez de las decisiones, o la calidad de la acogida reservada a los administrados".40

En lo que concierne a Venezuela, si bien se asignan a la Fiscalía General de la República algunas atribuciones que se inspiran en la figura del Ombudsman, tales como "velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales",41 coincidimos con Guillermo Quintero en que: "...a la inversa, si la institución sueca se orienta hacia el control de la Administración en general y hacia la defensa del ciudada-

Oropeza, Ambrosio: La Nueva Constitución de 1961. Caracas, 1971, p. 499.

^{37.} Quintero, Guillermo: op. cit., p. 313, Nota 7.
38. Guy Braibant, y otros: op. cit., p. 296.
39. Ibidem, p. 299.
40. Ibidem, p. 300.
41. Constitución, Art. 220, Ord. 1°.

186 MANUEL RACHADELL

no, nuestro Ministerio Público, a pesar de la influencia renovadora que quiso recibir, se ha quedado especialmente en el control de la Administración de justicia y en "velar por el correcto cumplimiento de las leyes y la garantía de los derechos humanos en las cárceles y demás establecimientos de reclusión". En efecto, la función de control de nuestro Ministerio Público sobre la Administración no ha podido desarrollarse, precisamente porque existe en nuestro país un órgano especialmente destinado a ese fin como es la Contraloría General de la República.

C. La Contraloría y el Ombudsman

En forma previa, queremos dejar sentado que, en nuestro criterio, las instituciones que surgen dentro de una sociedad determinada y que obedecen a realidades y condicionamientos específicos de ese sistema, no pueden trasplantarse a otra colectividad social sin que sufran transformaciones que las hagan totalmente diferentes al modelo original, tal como sobradamente lo ha demostrado la sociología contemporánea. Por lo tanto, no creemos que pueda adoptarse, en nuestro país, una figura como la del Ombudsman, con las características que tiene esta institución en los países escandinavos y particularmente en Suecia. Del mismo modo, el hecho de que puedan extraerse de algunas de nuestras instituciones rasgos que de cierta manera se asemejen a las de otros países, no puede ello autorizar a sostener que existe equivalencia entre las mismas.

Lo anterior no es obstáculo, sin embargo, para reconocer que las experiencias de otros países pueden en alguna medida sernos útiles, y deben ser tenidas en cuenta cuando se trata de acometer una tarea tan compleja como es la de enfrentar el creciente deterioro de los niveles éticos en el manejo de la cosa pública.

Este fenómeno no puede atribuirse a la ausencia de mecanismos de control sobre la Administración. En nuestro país la cantidad de controles formalmente establecidos es tan grande, que se ha llegado a afirmar que si los mismos se aplicaran en la forma como están previstos, se paralizaría la Administración. Sin embargo, se trata en general de controles formales, que se orientan, principalmente, a vigilar el cumplimiento de determinados ritos, sin llegar al fondo de los problemas. Por esta razón, no es de extrañar que la figura del Ombudsman escandinavo despierte tanto entusiasmo entre los auspiciadores de una Administración más honesta y eficaz.

^{42.} Quintero, Guillermo: op. cit., p. 313.

NATURALEZA Y EFECTOS 187

En nuestro país, la Contraloría General de la República se presenta como un órgano dotado de una autonomía y de unos poderes de control tan extensos que en alguna manera sobrepasan las facultades atribuidas al Ombudsman, aun cuando nuestro órgano contralor no tiene competencia para vigilar el mérito y la rapidez de las decisiones, la calidad de la atención al público o el funcionamiento de los tribunales de justicia.

La Contraloría, a semejanza del Ombudsman, es una institución de control externo a la Administración, cuyo titular es designado por el Parlamento y goza de autonomía en el ejercicio de sus funciones. En ambos casos no se trata de órganos jurisdiccionales ni políticos sino de autoridades especialmente investidas de una función de control.

El Ombudsman, que en su origen era un elemento de equilibrio entre los poderes públicos, encargado de auxiliar al Parlamento en su misión de controlar al Poder Ejecutivo, ha evolucionado hasta convertirse en un mecanismo de protección de los ciudadanos y de control de la Administración. Nuestra Contraloría, que surge de la segregación de un órgano de la Administración, como era la Contaduría General de Hacienda, y que asume desde su origen algunas funciones que antes pertenecían al Tribunal de Cuentas, se ha venido enriqueciendo con potestades normativas, investigativas y sancionatorias hasta convertirse hoy en un poderoso instrumento de control, cuyas facultades exceden a los de la mayoría de los órganos de control que conocemos en la Administración Comparada.

En su evolución, nuestra Contraloría ha tendido hacia el control de los procedimientos, lo cual la ha hecho cada vez más interesada en las formas que en los contenidos. Para frenar esta tendencia, el legislador ha asignado a la Contraloría, en relación a las empresas públicas, la facultad de "ejercer funciones de control de gestión, a fin de verificar si la actividad de las referidas empresas se adecúa a las decisiones adoptadas y a los planes y objetivos que le hubieren sido señalados" (art. 64 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República).

La Contraloría ejerce el control previo y posterior sobre la Administración Central y examina todas las cuentas de los institutos autónomos, facultades éstas que no tiene el Ombudsman. Por otra parte, la Contraloría dispone de poderes sancionatorios propios, de los cuales carece aquél. En efecto, cuando el Ombudsman constata una falta luego de la investigación correspondiente, no posee poderes propios para remediar la situación.

188 MANUEL RACHADELL

"El Ombudsman no puede actuar sino indirectamente, sea denunciando al culpable ante los tribunales, sea dirigiéndole recomendaciones, sea aun —o paralelamente— alertando al Parlamento, y por su intermedio, a la opinión pública". 43

El Ombudsman presenta un informe anual al Parlamento, el cual es discutido primero en el Comité de Legislación y luego en el Parlamento en pleno. Dicho informe es publicado y la prensa se encarga de darle difusión.

"Las críticas emitidas por el Ombudsman son así develadas a la opinión pública, y el temor de ver sus nombres mencionados en lo que es exactamente el inverso de un cuadro de honor, tiene sobre los funcionarios públicos un efecto disuasivo incuestionable". 44

Hemos señalado antes que uno de los medios de acción del Ombudsman es el de dirigir recomendaciones cuando los hechos sometidos a su consideración pueden ser remediados por esta vía. También nuestra Contraloría tiene asignadas facultades en tal sentido, conforme se dispone en la ley que la rige, según la cual:

"La Contraloría, con vista de los resultados de su labor fiscalizadora, podrá efectuar estudios organizativos, estadísticos, económicos y financieros, así como análisis e investigaciones de cualquier naturaleza, para determinar el costo de los servicios públicos, los resultados de la acción administrativa y, en general, la eficacia con que operan las entidades sujetas a su vigilancia, fiscalización y control. Las conclusiones de dichos estudios deberán ser comunicadas a los organismos a quienes legalmente esté atribuida la posibilidad de adoptar tales conclusiones" (art. 5°, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República).

En cuanto a los medios de acción represivos, la Contraloría puede, según la gravedad y naturaleza de la falta, al igual que el Ombudsman, solicitar la intervención del Ministerio Público para hacer efectiva la responsabilidad civil y penal del funcionario en cuestión. Asimismo, y a diferencia del magistrado escandinavo, la Contraloría tiene la posibilidad de imponer directamente la sanción de multa, que debe ser cancelada, personalmente, por el funcionario objeto de la sanción o puede formular un reparo a las cuentas de los funcionarios. El Ombudsman no tiene esta última facultad, porque no le corresponde examinar las cuentas de los funcionarios públicos sino con ocasión de una investigación.

^{43.} Guy Braibant, y otros: op. cit.

^{44.} Ibidem, p. 92.

NATURALEZA Y EFECTOS 189

En cuanto a las averiguaciones administrativas, tanto el Ombudsman, como la Contraloría, pueden actuar de oficio o por denuncia de particulares, o a solicitud de cualquier organismo o empleado público. El resultado de estas averiguaciones se hace público en el caso del Ombudsman, lo cual no ocurre entre nosotros, donde la publicidad tiene carácter excepcional. Sin embargo, como no existe prohibición al respecto, nada impide que los autos de responsabilidad administrativa, por tratarse de documentos públicos, sean enviados a la *Gaceta Oficial*.

Finalmente, tanto el Ombudsman como el Contralor rinden cuenta de sus actuaciones al Parlamento, a través del Informe Anual que les corresponde presentar ante éste.

De la comparación entre las funciones del Ombudsman y las competencias de la Contraloría resulta un aspecto diferenciador que conviene destacar. Es el carácter personal que ha conservado el magistrado sueco en su condición de protector de los ciudadanos, y que nuestro órgano contralor no posee. A este respecto se ha señalado:

"El Ombudsman aparece, en efecto, no como una burocracia suplementaria, anónima, lejana y fría, sino como una persona a la cual el ciudadano puede escribir, y que está en condiciones de recibirlo, de escuchar sus dolencias y de verificar lo bien fundado de ellas. En ello se diferencia de las oficinas de las jurisdicciones encargadas de examinar las denuncias según un procedimiento que es generalmente escrito, secreto y formalista. Al mismo tiempo que un órgano de control, es un medio de armonizar las relaciones entre la Administración y los ciudadanos".45

Este carácter personal difícilmente puede asumirlo la Contraloría, dado que ésta tiene atribuidas competencias muy extensas y diversas, las cuales se vinculan principalmente con la vigilancia de la correcta ejecución del presupuesto y no directamente con la protección de los ciudadanos. En cambio, en este sentido, la institución del Comisionado Presidencial para Denuncias, Quejas y Reclamos, que existió entre nosotros en el intervalo de 1969 a 1974, sí recogía el espíritu de esa relación directa entre el ciudadano y la Administración, lo que permitió a algunos autores hablar de un "Ombudsman venezolano".

El otro aspecto que vale destacar en la institución del magistrado escandinavo es su autoridad moral. Para la designación del Ombudsman en Suecia, que normalmente se hace por la unanimidad de los partidos representados en el Parlamento, la Constitución sólo exige que se trate de un "sueco reputado por su conocimiento de las leyes

^{45.} Ibidem, p. 298.

190 MANUEL RACHADELL

y su perfecta integridad". En los países escandinavos, la fuerza del Ombudsman no proviene tanto de sus poderes jurídicos como de la autoridad que se reconoce a las opiniones, recomendaciones y denuncias de estos magistrados.

Precisamente, queríamos concluir este análisis señalando que esta cualidad del Ombudsman debe ser estudiada con mucho interés entre nosotros para tratar que a nuestro órgano contralor se le reconozca, en la mayor medida posible, la autoridad moral indispensable para enfrentar la corrupción administrativa. Es obvio que una cualidad de esta naturaleza no se adquiere por decreto o por reformas legales, sino que es producto de circunstancias sociales que perduran en el tiempo y que en los países escandinavos se vinculan con las tradiciones nacionales.

En este orden de ideas se orientan las sugerencias que hemos formulado en cuanto a la utilización de la declaratoria de responsabilidad administrativa que pronuncia nuestro órgano contralor como un instrumento de moralidad administrativa y no como un mecanismo ordinario de disciplina fiscal. A estos fines, los autos de responsabilidad administrativa deben estar libres de toda sospecha de banalidad, de parcialidad o de ligereza, y su repercusión en el conglomerado social debe ser el producto de la autoridad moral que se reconoce al órgano del cual emana.

LA POSICION ESPECIAL DE LA ADMINISTRACION EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

NELSON-EDUARDO RODRIGUEZ GARCIA

SUMARIO

I. Introducción: La posición privilegiada, la autotutela y la ejecutoriedad del acto administrativo. II. Antecedentes: 1. El protagonismo inicial de la Hacienda Pública. 2. La situación actual. III. Los privilegios: 1. Privilegios relativos a los presupuestos del proceso contencioso-administrativo: A) La excepción del procedimiento administrativo de reclamación previa a las acciones contra la administración pública. B) Necesidad de autorización pública. C) Competencia especial (fuero). 2. Privilegios relativos al desarrollo del proceso: A) El privilegio de suspensión de plazos para consulta y régimen de notificaciones. B) Reglas especiales en cuanto a la centestación de la demanda. C) Reglas especiales en materia de prueba. 3. Privilegios relativos a la terminación del proceso y a sus efectos: A) Convenimiento, desistimiento y transacción de la Administración pública. B) La técnica del recurso obligatorio. C) Exención de gastos y cauciones. D) El privilegio de la exceptuación de ejecución judicial.

I. INTRODUCCION: LA POSICION PRIVILEGIADA, LA AUTOTUTELA Y LA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La Administración Pública como organización instrumental de gestión, ente secundario, dependiente y servicial de la comunidad,¹ a la cual le está confiada alcanzar sin demoras el interés público,² tiene capacidad por sí misma, como sujeto de derecho, para tutelar sus propias situaciones jurídicas y los actos administrativos que de ella emanan, tienen

^{1.} Eduardo García de Enterría: La interdicción de la arbitrarieded en la potestad reglamentaria en legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial. Ed. Tecnos, Madrid. 1970, p. 216; García de Enterría y Tomás Ramón Fernández-Rodríguez, Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Tomo I, p. 22. Fecnández-Rodríguez, T. R., La Nulidad de los actos administrativos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

^{2.} Villar Palasí, J. L.: Apuntes de Derecho Administrativo, UNED, Madrid, T. II, p.

fuerza ejecutiva. El acto administrativo obliga por sí, aun incida en la esfera jurídica de los particulares, disponiendo la Administración Pública de una acción de oficio para ejecutarlo, con independencia de toda sentencia judicial. Esa muy especial eficacia, ínsita del acto administrativo, es una de las razones por las cuales éste puede considerarse como institución-eje del Derecho Administrativo, y en todo caso como una, si no la más importante de sus instituciones.3 Ahora bien, el carácter ejecutorio del acto administrativo "es consecuencia directa de su presunción de legalidad y legitimidad" (principio del favor acti), es decir, la indispensable vinculación al principio de la legalidad en su actuación de la Administración Pública, su defensa del interés público y no del interés particular, hacen que sus actos gocen de una presunción de validez, razón por la cual son ejecutivos y pueden ejecutarse de oficio, sin intervención previa de la autoridad judicial. Al punto que cuando un acto administrativo es dictado adquiere eficacia, independientemente de que sea válido o no, siendo posible para la Administración, actuando de oficio de hacer efectiva tal virtud. Sin embargo, tal presunción tiene carácter juris tantum. así puede ser probado lo contrario a través de la correspondiente impugnación, por las vías de recurso disponibles, a saber, la vía administrativa en primer lugar y la vía jurisdiccional en segundo lugar. Y es justamente en relación al tema de la singular posición que ocupa la Administración en los Tribunales, en el proceso contencioso-administrativo, al defender sus actos del que nos ocuparemos en estas líneas, pues aparte de los poderes de que goza la Administración con el objeto de realizar sus cometidos como ente servicial de la comunidad, no es en el pro-

^{3.} Sobre todo al aceptar que los Reglamentos son simplemente actos administrativos, productos ambos "...de una misma función, la función administrativa". Antonio Moles Caubet: "La potestad reglamentaria y sus modalidades", en Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera. Universidad Central de Venezuela, 1979, Caracas, Tomo II, p. 2.084. Vid. en el mismo sentido y del mismo autor, El principio de legalidad y sus implicaciones, UCV, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1979, pp. 47 y ss., esta posición del maestro Moles Caubet ha sido recogida por la doctrina jurisprudencial contencioso-administrativa venezolana (véase sentencias de fecha 27 de abril de 1978, G. O. Nº 2.430, Extraordinario de fecha 23-3-1979; y de fecha 17-4-1979 de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo).

Cfr. Brewer-Carías, A. R.: Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana. Facultad de Derecho, UCV, Caracas, 1964, p. 131.

^{5.} Fernández-Rodríguez, T. R.: La Nulidad..., op. cit., p. 21.

^{6.} Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 27-6-79, en la cual se señala que la "...presunción de legalidad del acto, es sin embargo, juris tantum y por ende no definitiva. Así, la presunción de legalidad del acto administrativo existe en tanto los interesados no la destruyan, lo cual supone su impugnación por las vías de recurso disponibles y la justificación de que tal acto, efectivamente, no se ajusta a derecho".

ceso un sujeto cualquiera, sino que goza de una colosal situación de privilegio, situación que trataremos de explicar seguidamente en forma sistemática y en relación a nuestro proceso contencioso-administrativo.

II. ANTECEDENTES

1. Protagonismo inicial de la Hacienda Pública

Ha de comenzarse tratando no de establecer con absoluta profundidad los hitos del proceso histórico que perfilan la posición privilegiada de la Administración Pública en el proceso contencioso-administrativo, pero sí destacando algunas notas que ayudan a esbozar los orígenes de tal situación.

Las reglas que aquí analizaremos provienen de la etapa de afirmación de la Hacienda Pública, y los privilegios que emergen y se consolidan en torno, primero al fisco, se extienden posteriormente hacia la Administración. Por ello es indispensable, a nuestro juicio, acudir a los antecedentes históricos, tanto en nuestro derecho a partir de la República, como en el derecho español, pues como señala Polanco-Alcántara, no puede penetrarse en las instituciones jurídicas posteriores a la Independencia sin acudir a esa fuente, pues para asegurar la vigencia de un sistema jurídico en el país, fue necesario mantener el existente en cuanto no afectara la vigencia del sistema republicano.

Con la aparición del Estado Moderno, los juristas ofrecen el concepto de Corona, constitutivo de una forma de corporación en la cual el Rey no es dominus sino curator, centro de atribución y creación de actos jurídico-políticos distinto y superior al propio Rey y representación de la unidad misma del reino. La Corona es persona jurídica distinta de la persona física del Rey, quien es sólo representante de la Corona. Tal concepto permite separar los bienes propios del Rey de los bienes de la Corona, los cuales (como patrimonio separado) puede administrar el soberano, pero no enajenar ni disponer. Más cercana a nosotros en el tiempo está la teoría del fisco, supone la distinción en-

^{7.} Tomás Polanco Alcántara: La Real Audiencia de Caracas como antecedente de la Corte Suprema de Justicia, Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1975, p. 445. En efecto, la República se vio obligada a mantener en vigencia las leyes españolas en cuanto no contradijesen el régimen republicano, y así se recogió en la Constitución Federal para los Estados de Venezuela, en un último artículo bajo el número 228, circunstancia que hubo de ser ratificada en cuerpos constitucionales y legales posteriores. En el mismo sentido, Hessel E. Yntema, en la Introducción al Derecho Romano de Andrés Bello, Obras Completas de Andrés Bello, T. XIV, Caracas, 1959, y Gonzalo Parra-Aranguren: Nuevos Antecedentes sobre la Codificación Civil Venezolana, Caracas, 1974.

tre el Estado, que no tiene patrimonio, sino solamente poder soberano, y el fisco, que no tiene poder público sino sólo patrimonio. Así el fisco, (persona ficta), es una ficción, reconociéndosele la condición de persona jurídica privada, susceptible de relaciones de orden patrimonial y de actuar en los Tribunales ordinarios.⁸

Los privilegios ⁹ del fisco derivan del derecho regio, el cual en un primer momento está constituido sólo por excepciones al derecho común, aun cuando desde el siglo xv hasta el derecho común es un derecho general, ya el derecho regio se configura como dotado de fuerza expansiva, y una de las primeras manifestaciones de independencia del derecho regio frente al común será el privilegio fori, o sea, "que el fisco, sea actor o reo, lleva sus asuntos ad suos fiscales indices, y no ad extraneos". ¹⁰ Existen en el derecho administrativo un gran número de técnicas heredadas del derecho regio, como por ejemplo la presunción de legalidad del acto administrativo, la ejecutoriedad del acto, el principio según el cual la Administración no debe intereses de demora; son estas, técnicas que sobrevienen y se conservan, aun cuando la causa que las originó haya cambiado.

La consagración de los privilegios de inembargabilidad judicial y su consecuencia directa la exclusión de ejecución judicial; la prohibición de convenimiento, desistimiento, o transacción sin previa autorización del ejecutivo; la regla especial de tener por contradichas la demanda e igualmente las excepciones en el proceso cuando son en contra del ejecutivo; la inadmisibilidad de la compensación contra el fisco; la técnica del recurso obligatorio, etc., son manifestaciones que contienen nuestros cuerpos legales desde el Decreto Nº 1519, de 20 de agosto de 1865, pasando por el Decreto Nº 1519, de 1º de abril de 1867, los Códigos de Hacienda de 1873, 1899 y 1912, las Leyes de Hacienda de 1918, 1926, 1928, 1934, 1947, hasta la vigente Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

^{8.} Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Pernández: Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 1975, pp. 192 y ss.

^{9.} Utilizamos el término privilegio con toda intención debido a la carga conceptual y de técnica jurídica que tiene. Por la razón, y de acuerdo a la orientación que tiene este trabajo, el sentido que tiene en el artículo 1.866 del Código Civil, como el derecho que concede la ley a un acreedor para que se le pague con preferencia a otros acreedores en la consideración de la causa del crédito, no es el adecuado a nuestros fines. Empleamos el término entendiendo como privilegio una de las formas peculiares en que se manifestó la actividad jurídica en la Edad Media, conservando importancia práctica en Derecho público como lo demuestra el tema del trabajo. "En general, cuando se habla de privilegio se alude a una regla de Derecho excepcional que contiene alguna concesión especial". Federico de Castro: Derecho Civil de España. V. I. Madrid, 1955, p. 11.

^{10.} J. L. Villar-Palasi: Apuntes de Derecho Administrativo. Tomo I, p. 81.

Todo ello demuestra el protagonismo primario de la Hacienda Pública en relación con la temática en estudio, siendo además ésta, parte importante de la Administración para el momento, y es hacia esta última que se generalizan los privilegios en su origen correspondiente a la Hacienda Pública. Tal es el origen inmediato en nuestra legislación.

Con anterioridad a 1865 encontramos la fuente de los privilegios al fisco en las Siete Partidas, 11 vigentes en nuestro país en virtud de la ley de 13 de mayo de 1825.12 Por su parte, Solórzano y Pereyra denota en relación al Príncipe y comentando la Encomienda, "que contra ellos no competen los remedios posesorios, ni el interdicto undé vi, porque no están obligados a guardar los ápices y términos judiciales", 12 y comentando el nacimiento del derecho de las alcabalas "...y en los demás tributos y servicios ordinarios y extraordinarios y justificados que no sólo tiene el Príncipe á quién se deben, derecho y privilegio de prelación contra sus deudores, concurriendo con otros acreedores personales, como en las demás deudas...", y continúa "...sino aún también entre los Reales é hypotecarios, de suerte que, prefiere á las dotes y á los menores en los bienes de sus tutores la forma y los casos que dan a entender más leyes", "que aun extienden este privilegio contra los exactores y receptores de los tales derechos, si por razón de ellos hubieren sido alcanzados en algo".14

Son, pues estos, a grandes trazos, los antecedentes históricos, en la evolución de los privilegios de la Administración Pública en el proceso contencioso-administrativo venezolano.

2. La situación actual

El grupo de reglas que establecen la posición especial de la Administración Pública nacional en el proceso contencioso-administrativo están recogidas principalmente en la Ley Orgánica de la Procuraduría

^{11.} L. 25, T. 13, P. 5; L. 33, t. 13. P, 5; L. 25, ib, ib; Cfr. Escriche, Joaquín: Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. Edición Caracas. Imp. Valentín Espinal, 1840, p. 231, voz "Fisco".

^{12.} La ley de trece de mayo de 1825, disponía en su artículo primero: "El orden con que deben observarse las leyes en tedos los Tribunales y Juzgados de la República, civiles, eclesiásticos, o militares, así en materias civiles como criminales, es el siguiente: 1º Las decretadas o que en lo sucesivo decretare el Poder Legislativo. 2º Las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808 que estaban en observancia bajo el mismo gobierno español en el territorio que forma la República. 3º Las leyes de la Recopilación de Indias. 4º Las de la Nueva Recopilación de Castilla. Y 5º Las de las Siete Partidas", siempre que no se opusieran al nuevo orden legal.

^{13.} De Solórzano y Pereyra: Política Indiana, Tomo II, Compañía Ibero-Americana de Publicaciones. Madrid, pp. 368-369.

^{14.} Solórzano: ob. cit., T. V., pp. 9 y 10.

General de la República y en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional. Estas normas, que consagran las prerrogativas de la Administración Pública, no responden a principios de orden superior, si consideramos sacrifican el principio de igualdad en el proceso, salvo la excepción de ejecución judicial, como veremos adelante. Y la justificación de su existencia sólo podemos fundamentarla en la organización de la defensa judicial y extrajudicial de la República. Así, por razones de tipo organizativo, se da a la Administración Pública medios y defensa procesales superiores en cuanto a su eficacia a aquellos que se otorgan a los particulares. Esta situación ocurre, por una parte, por la supervivencia de figuras de épocas pasadas, y por la otra, en el intento de centralizar la defensa judicial de la República, quizá en base a la desconfianza en los propios abogados de la Administración Pública nacional, en tanto se considere actúan en forma deficiente o al menos indiferente.

Las reglas especiales relativas a las prerrogativas de la Administración Pública, contemplada en los textos legales citados, se pueden enumerar así: la exigencia de procedimiento administrativo de reclamación previa a las acciones contra la República (antejuicio administrativo); obligación de autorización para entablar demandas a nombre de la República; jurisdicción especial; suspensión de plazos para consulta y régimen de notificación al Procurador General de la República; reglas especiales en cuanto a la contestación de la demanda; reglas especiales en materia de prueba; reglas especiales relativas al convenimiento, desistimiento y transacción de la Administración Pública nacional; obligación de utilizar todos los recursos previstos en materia procesal; privilegio de exención de gastos y cauciones y la exceptuación de ejecución judicial forzosa.16 Las reglas antecedentes se aplican a la República en juicio, es decir, a la Administración Pública nacional 17 y a sus organismos autónomos cuando actúan en el proceso bajo la representación y dirección de la Procuraduría General de la República.18

^{15.} Cuenca, Humberto: Derecho Procesal Civil, UCV, T. 1, p. 258.

^{16.} Se podría añadir otras reglas, tales como la prohibición de pedir posíciones a las autoridades y a los representantes legales de la República contenida en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

^{17.} La Administración Pública nacional como "Administración-sujeto", Cfr. Moles Caubet, Antonio: Lecciones de Derecho Administrativo. Ed. Mohimgo, Caracas, 1968, p. 19.

^{18.} Tal es el caso del primer aparte del artículo 38 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, pues al considerarse efectuados los intereses patrimoniales de la República y actuar en juicio el Procurador, tendrían las prerrogativas correspondientes.

Este tema ha sido enfocado en la doctrina venezolana por R. Lepervanche Parpacén, ¹⁰ pero bajo la óptica de la Hacienda Pública, a la cual estuvo circunscrito por algún tiempo. Sin embargo, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República ha ampliado la posición especial del fisco a la Administración Pública, en el sentido indicado en otro lugar de este artículo. Brewer-Carías trata el asunto ya como privilegios de la Administración. ²⁰ También ha sido trabajado por Luis Loreto en lo relativo a la notificación del Procurador General de la República, ²¹ y también por la doctrina jurisprudencial venezolana, pero sin un enfoque de conjunto.

III. LOS PRIVILEGIOS

- 1. Particularidades relativas a los presupuestos del proceso contencioso-administrativo
 - A. La excepción de conciliación a las acciones contra la República

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece el requisito de la conciliación previa en sus artículos 30 y siguientes;²² este procedimiento constituye un verdadero privilegio. Denominado "administrativo previo a las acciones contra la República" en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (Título III) y tiene como finalidad, según criterio de Rondón de Sansó, siguiendo Andueza,²³ "…evitar que se instauren controversias judiciales que pueden ser arregladas en vía administrativa", requisito que, por otra parte, se erige como condición de admisibilidad de acciones que puedan intentarse contra la República (Art. 30, LOPGR), equiparado legalmente en sus efectos a la vía administrativa previa (artículo 37 LOPGR).

B. Necesidad de autorización para demandar en nombre de la República

De acuerdo con el artículo 1º de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, no es posible ejercitar acciones a nombre de la República sin la autorización previa del Ejecutivo Nacional.

R. Lepervanche Parpacén: "Privilegios del Fisco —1945—", en Revista de Control Fiscal, Nº 86, 1977, Caracas.

^{20.} Brewer-Carias, A. R.: Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana. Caracas, 1964, pp. 97, 339, 408.

^{21.} Doctrina de la Procuraduría General de la República. Caracas, 1971, pp. 313 y ss.

^{22.} La Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional establece también tal procedimiento para las reclamaciones administrativas (Arts. 63 y ss.).

^{23.} Rondón de Sansó, Hildegard: El Procedimiento Administrativo. Editorial Jurídica Venezolana, Colección de Estudios Jurídicos, Caracas, 1976, p. 63.

En efecto, para representar y defender judicial y extrajudicialmente los intereses de la República, relacionados con los bienes y derechos nacionales, se hace necesario actuar conforme a instrucciones del Ejecutivo Nacional, la omisión de este requisito se convierte, a nuestro juicio, en un defecto legal en el modo de proponer o contestar la demanda que, adecuadamente alegado por la contraparte, puede dar lugar a la absolución de la instancia.

C. Privilegio de jurisdicción

En los pleitos en los cuales la Administración es parte, son competentes exclusivamente los Tribunales Superiores que tengan atribuida competencia en lo Civil, la Corte Primera en lo Contencioso-Administrativo y la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo a la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Tal circunstancia deriva en parte de la especialidad de la jurisdicción contencioso-administrativa; sin embargo, hay circunstancias, como el establecimiento de un fuero para las empresas en las cuales el Estado tenga participación decisiva, que podrían eventualmente colidir con la especialidad la jurisdicción contencioso-administrativa (artículos 206 y 69 de la Constitución).

2. Especialidades relativas al desarrollo del proceso

A. El privilegio de la suspensión de plazos por notificación al Procurador General de la República

· El régimen de citaciones y notificaciones también establece privilegios procesales para la Administración. Así el Art. 38 de la LOPGR dispone que los funcionarios judiciales están obligados a notificar al Procurador General de la República de "toda demanda, oposición, excepción, providencia, sentencia o solicitud de cualquier naturaleza que, directa o indirectamente, obre contra los intereses patrimoniales de la República", y a partir del momento en que se libra el oficio contentivo de la notificación, el proceso se suspende por un término de noventa días, vencido éste el Procurador General de la República se tiene por notificado y es a partir de este momento que comienza a correr el término correspondiente para la contestación de la demanda. La justificación de este privilegio debería encontrarse en el deseo de asegurar a la Administración el tiempo necesario para la preparación de una defensa eficaz y suficiente. Sin embargo, la inclusión dentro de la esfera de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa del conocimiento de las acciones contra las empresas en las cuales el Estado tenga una participación decisiva, podría

colocar a los particulares dentro del proceso, en una evidente posición de desigualdad, que si ya es objeto de crítica en otros países, cuando tal privilegio es para el Estado, no parece existir razón suficiente para su extensión a las empresas ya mencionadas; claro está que una sana interpretación jurisprudencial aclarará esta circunstancia.24 También los funcionarios judiciales están obligados a notificar al Procurador General de la República, en los juicios en los cuales la República es parte, de la apertura de todo término para el ejercicio de algún recurso, de la fijación de oportunidad para la realización de algún acto y de toda actuación que se practique. Vencido un plazo de ocho días hábiles se tiene por notificada la República, pudiendo en este caso efectuarse la notificación en cualquiera de las personas que ejerzan la representación legal de la República en el asunto específico. Este exagerado mecanismo parece reflejar una justificada o injustificada desconfianza del Estado en sus funcionarios y apoderados, y decimos exagerado, ya que en nuestro sistemajurídico la defensa judicial y extrajudicial de la República está centralizada. En la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se limita este privilegio, en el artículo 106, respecto a los procedimientos en primera y única instancia en las demandas en que sea parte la República, disponiendo que practicada la citación, de acuerdo con el artículo 39 de la LOPGR, no se requerirá notificar al Procurador General de la República, sino cuando lo exija alguna disposición del Código de Procedimiento Civil.

La existencia del privilegio comentado revierte en la paralización del procedimiento, como ya hemos señalado, lo cual podría ser lo suficientemente molesto en algún procedimiento sumario, que por su naturaleza deberían ser rápidos y parece tener razón de existencia en la posibilidad de asegurar una defensa procesal eficaz de la Administración,²⁵ con la posibilidad de estudiar con calma la demanda y la preparación de una eficaz y sesuda defensa.

Este privilegio tiene, a nuestro modo de ver, una duplicación sin motivo cuando existe la exigencia de la reclamación previa, 26 y por otra parte

^{24.} En efecto, en dichos juicios los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo no pueden actuar como tales, sino como órganos de la jurisdicción ordinaria, aplicando el procedimiento civil ordinario y normas de derecho común en cuanto al fondo del asunto. En realidad, es absurdo exigir a los jueces de lo contencioso-administrativo esa dualidad de actuación en un momento de Derecho Público, en otros de Derecho Privado, sobre todo cuando la complejidad de la ciencia del derecho en nuestros momentos hace irrealizable y absurda su comprensión total, capacidad no exigible a los jueces.

Vid. García de Enterría y Fernández, T. R.: Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, p. 571. Madrid, 1977.

^{26.} Véase III, 1, a.

ocasiona evidentes calamidades al particular, pues la propia ley da una especialísima rigidez procesal al trámite correspondiente a este privilegio: en efecto, su falta "será causal de reposición a instancia del Procurador General de la República". (Artículo 38 de la LOPGR).

B. Las demandas se tienen por contradichas e igualmente las excepciones

En caso de que los apoderados, representantes o mandatarios de la Administración, no asistan al acto de la contestación de demandas intentadas contra ella, o bien de excepciones que hayan sido opuestas, se tienen unas y otras como contradichas en todas sus partes, sin perjuicio de la responsabilidad que tal omisión avíe contra tales funcionarios.²⁷

La igualdad de las partes, como principio general del proceso, queda así alterada para con la Administración, tanto en el proceso contencioso-administrativo, como en el proceso civil en el cual se refleja primeramente los privilegios para la Administración en la figura del fisco. En efecto, la falta del demandado, al emplazamiento le trae como consecuencia el tenerlo como confeso, en cuanto no sea contrario a derecho si no prueba lo que le favoreciere en el lapso probatorio;²⁸ sin embargo, si falta la Administración a tal emplazamiento, aun en el proceso contenciosoadministrativo, la demanda se tendrá por contradicha en todas sus partes.²⁹

C. Los privilegios en materia de prueba

El artículo 89 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia dispone que "ni las autoridades ni los representantes legales de la República, estarán obligados a absolver posiciones ni a prestar juramento decisorio, pero contestarán por escrito las preguntas que, en igual forma, les hicieren el juez o la contraparte sobre hechos de que tengan conocimiento personal y directo". Nuevo privilegio concedido a la Administración, el cual además, contiene un elemento equívoco que deberá ser objeto de sana y laboriosa interpretación jurisprudencial, al igual que otros confusos términos de esta ley, mientras se dicte una ley de lo contencioso-admi-

^{27.} Artículo 40 de la LOPGR, artículo 6º de la LOHPN.

^{28.} Ver artículo 276 del Código de Procedimiento Civil.

^{29.} LOPGR, artículo 40. Este privilegio ha llevado a una práctica criticable y a todas luces rechazable; en muchas ocasiones los sustitutos del Procurador General de la República en los procesos contencioso-administrativos sólo se contentan con estampar una fórmula sin contenido: rechazando y negando la demanda en cuanto a los hechos y el derecho. Afortunadamente normas como la contenida en el artículo 162 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, han de contribuir a la corrección de vicios prácticos como el comentado.

nistrativo, nos estamos refiriendo en este caso a quienes sean autoridades de la República. En efecto, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no precisa cuáles sean las autoridades de la República a que se refiere el artículo 89, autoridades las cuales, por otra parte, tampoco están delimitadas por la legislación ni por la jurisprudencia. Este privilegio modifica sustancialmente la prueba de la confesión, y al respecto la jurisprudencia ha señalado que las "autoridades de la República" en el sentido del artículo comentado, equivale a "todos los órganos de la Administración Central". 30

En todo caso, queda vigente el problema de calificar y delimitar el alcance de la expresión utilizada por el legislador, dado que, aun cuando parece ilógico, eventualmente podría extenderse a otros órganos de la Administración (por ejemplo, a la Administración descentralizada e incluso a las empresas del Estado).

En relación a las pruebas de experticia, inspección ocular e instrumentos públicos o privados, se encuentran "limitadas" en expresión de la ley (Art. 164, Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), lo cual en la práctica equivale a nuevos privilegios procesales concedidos por la ley a la Administración. Así podrá acordarse inspección ocular sobre determinados planos o documentos que formen parte de los archivos de la Administración Pública. Por una parte, si hay constancia de que la prueba que de ellos pretenda deducirse no puede llevarse de otra forma al proceso, lo cual deberá ser a su vez probado por el particular, por otra parte, tal inspección ocular podrá llevarse a cabo, pero "sin perjuicio de lo dispuesto en otras leyes".³¹

De igual forma y con los requisitos señalados en el artículo 91 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el particular puede solicitar y el Tribunal acordar la exhibición de documentos referentes al caso, estando obligado el Jefe de la Oficina donde el documento se encuentre archivado, a cumplir la orden judicial, por órgano de la Procuraduría General de la República, pero sólo "si el documento cuya exhibición se

^{30.} En tal sentido, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo señaló, en decisión de fecha 23-2-79, en relación a las personas que constituyen autoridades o representantes de la República"... Dentro del concepto genérico de "República, o sea, la persona jurídica «Estado», se hallan comprendidos todos los órganos de la Administración Central, integrada por los Ministerios y Organismos de la Presidencia de la República, cuya representación en juicio corresponde en forma expresa al Procurador General de la República; de conformidad con el ordinal 1º del artículo 202 de la Constitución, el artículo 1º de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y, en materia de función pública, por el artículo 65 de la Ley de Carrera Administrativa".

^{31.} Artículo 90, LOCSJ.

solicite no fuere por su naturaleza de carácter reservado", o bien, "sin menoscabo de lo dispuesto en leyes especiales", se evidencian así los privilegios de la Administración en materia de prueba.

3. Particularidades relativas a la terminación del proceso y a sus efectos

A. Convenimiento, desistimiento y transacción de la Administración

El Procurador General de la República, los Directores Adjuntos y Auxiliares para convenir, desistir, transigir o comprometer en arbitraje los derechos de la República, están sujetos a la formalidad de autorización previa y por escrito del órgano competente del Ejecutivo Nacional (Art. 44 LOPGR). Este formalismo hace que en forma indirecta puedan perjudicarse los particulares, pues procesos que podrían finalizar sin necesidad de agotar todos sus trámites, requieren la autorización señalada, lo cual es a veces más fácil para el funcionario, que solicitar ante sus superiores la permisión necesaria.

B. La técnica del recurso obligatorio

Los abogados de la República deben interponer todos "los recursos ordinarios y extraordinarios concebidos por las leyes sin necesidad de autorización especial" (Art. 41 LOPGR., Art. 8º LOHPN). También señala la legislación venezolana que sólo dejarán de ejercer dichos recursos en tanto no obtengan instrucción por escrito en otro sentido del Ejecutivo Nacional a través del órgano competente.

Esta obligación, unida al régimen de notificaciones, obliga a los particulares, en razón de nuestro sistema de doble instancia, a luchar procesalmente dos veces con la Administración Pública y sostener a su costo durante el tiempo necesario las acciones que deban ejercer contra ésta. Incluso en algunos casos de jurisprudencia persistente en contra de criterios interpretativos de la Administración, sus representantes legales no sólo insisten en luchar contra esa interpretación constante dada a la ley por la jurisprudencia de los Tribunales, sino también en agotar todas las instancias, basados en el mismo criterio interpretativo.

Es lógico suponer que ayuda a este supuesto a la exención de condenatoria en costas de que goza la Administración. Ciertamente, dado que en ninguna instancia la República podrá ser condenada en costas, aun cuando se declaren confirmadas las sentencias apeladas, se nieguen los recursos interpuestos, se declaren sin lugar, se dejen perecer o se desista de ellos.³²

C. El privilegio de la exención de gastos y cauciones

Los apoderados judiciales de la Nación, en las actuaciones que practican a instancia o en interés de la República y en los escritos que se formulan en nombre de la misma, sólo emplean el papel común y no cursan derechos de registro, de autenticación ni de ninguna otra especie (Art. 52 LOPGR).

Por otra parte, la República no está obligada a prestar caución para ninguna actuación judicial (Art. 45 LOPGR).³³ La República está exenta del pago de las costas, y así en ninguna instancia puede ser condenada en costas, aun cuando las sentencias apeladas se declarasen con lugar, los recursos interpuestos fueren negados, declarados sin lugar e inclusive se dejasen perecer o se desista de ellos. (Art. 47 LOPGR). Aun cuando son diferentes estos dos privilegios (la exención de cauciones y la exención de costas), los hemos considerado conjuntamente, por cuanto afectan los efectos económicos del proceso.

D. La prerrogativa de exceptuación de ejecución judicial

Los bienes, rentas, derechos o acciones pertenecientes a la Nación no están sujetos a embargo, secuestro o hipoteca o a otra medida de ejecución preventiva o definitiva. En consecuencia, los jueces que conozcan ejecuciones de sentencias contra la República deben suspender en tal estado los juicios y notificar al Ejecutivo Nacional, por órgano del Procurador General de la República, para que fije, por quien corresponda, los términos en que haya de cumplirse lo decretado. Tal es lo preceptuado en el primer aparte del artículo 46 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República ³⁴ extendiéndose en el aparte segundo la protección a bienes de otras entidades públicas o de particulares, siempre que estén afectados al uso público, a un servicio público o a una actividad de utilidad pública.

^{52.} LOPGR, artículo 47, LOHPN, Art. 10, este privilegio aparece en nuestra legislación desde el año 1918, cuando fue incluido en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública nacional, como privilegio del fisco.

^{33.} El artículo de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional dispone igual cosa: "en ningún caso podrá exigirse caución al fisco nacional para una actuación judicial".

^{34.} Dispone igual cosa el artículo 16 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública nacional.

De acuerdo a la norma citada arriba, la ejecución de las sentencias de los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa ³⁵ corresponde a la propia Administración Pública, con lo cual se establece un sistema distinto al previsto en el Código de Procedimiento Civil para la ejecución de sentencias. ³⁶

La característica señalada no deriva de la especialidad de la jurisdicción contencioso-administrativa (recuérdese que en Venezuela no existe una ley de la jurisdicción contencioso-administrativa), sino —como señalan García de Enterría y Tomás Ramón Fernández— "más bien del singular status de la Administración Pública en cuanto persona (potentior persona, según ya sabemos), que se proyecta en el ámbito mismo del proceso del mismo modo que en todos los demás". Esta regla, en principio, es negativa, pues queda en manos de la propia Administración Pública el sistema de garantías de los administrados consagrado por la vía contencioso-administrativa, en su punto crucial de la ejecución de sentencias, sobre todo cuando le son desfavorables a la Administración y debía ser remediado con la posible aplicación de principios como los siguientes (baste apuntarlos, pues su examen excede el tema en análisis): la responsabilización directa y personal del funcionario o agente administrativo encargado de cumplir la sentencia, así el Tribunal señalaría al funcionario las medidas cuya adopción es necesaria para que el fallo quede debidamente cumplido y requiriendo a este ponerlas en práctica bajo la intimación de desobediencia presumible, delito previsto y penado en el Código Penal (artículo 485), o también, la técnica de la responsabilidad patrimonial exigible en un segundo proceso, en caso de incumplimiento de lo sentenciado.38

Es de advertir que en la esfera de nuestra jurisdicción contenciosoadministrativa no existen garantías expresas para asegurar la ejecución de sentencias condenatorias al pago de sumas de dinero por la Administración Pública, si bin en la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario se

^{35.} Sobre el tema en Venezuela, véase el trabajo del profesor Ezra Mizrachi: "Efectos y ejecución de la sentencia del juez contencioso-administrativo", en El control jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela, Instituto de Derecho Público, UCV, Caracas, pp. 262 y ss.

En el propio Código de Procedimiento Civil hay ya una excepción al sistema en los artículos 687 y 688.

^{37.} Eduardo García de Enterría y T. R. Fernández: Curso de Derecho Administrativo, op. cit., Tomo 2, p. 545.

^{38.} Este último caso se considera en el Derecho francés como limitación grave y tiende a rectificarse reconociendo al Conseil d'Etat la facultad de imponer penalidades pecuniarias a la Administración con finalidad correctiva. Cfr. García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: op. cir., Tomo II, pp. 547 y 548.

establece que los compromisos originados en sentencia judicial, de conformidad con los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, se pagarán con cargo a una partida del presupuesto a preverse para cada ejercicio. Queda así, si existiesen o no créditos suficientes en el presupuesto ordinario (partida "Rectificaciones al Presupuesto"), la tramitación necesaria a efectos de la ejecución de la sentencia en manos de la propia Administración.



ASPECTOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA *

HILDEGARD RONDON DE SANSO

SUMARIO

I. La actividad administrativa en general y las formas y contenidos que adopta. 1. Nociones fundamentales. A. Actividad administrativa. Función. Potestad. B. Notas definidoras de la Administración. 2. Modalidades que asume la actividad administrativa. A. Actividad jurídica y actividad material. B. Actividad de derecho público y actividad de derecho público y actividad de derecho público y actividad de derecho y actividad de derecho público y actividad de derecho y actividad de ejecución. E. Distinción fundada en el contenido de la actividad. Especial análisis de la Administración Pública de la economía. F. Actividad organizativa. G. Actividad técnica. H. Actividad administrativa y "técnicas de gestión" (Management). I. Distinción fundada en la función de los órganos. J. Criterio de distinción basado en el procedimiento. K. Renovación de la distinción entre actividad jurídica y actividad social. II. Principios rectores de la actividad administrativa de derecho público. 1. Principio de supremacía de la Administración. A. Las potestades públicas. B. La potestad reglamentaria. C. La potestad revocatoria. D. La potestad disciplinaria. E. La potestad sancionatoria. F. La potestad organizativa. G. Los privilegios de la Administración. 2. Principio de legalidad administrativa. A. Legalidad formal y legalidad sustancial. B. Primacía de la ley y reserva legal. C. Derivaciones inmediatas del principio de legalidad. 3. Principio de discrecionalidad. A. Orígenes. Tesis relativas a su fundamentación. Discrecionalidad y autonomía de la voluntad. B. Elementos sobre los cuales recae la discrecionalidad. C. Fórmulas legales identificadoras de la discrecionalidad. D. Análisis de la discrecionalidad técnica. 4. Principio de tipicidad o nominatividad.

^{*} La exposición que sigue a continuación forma parte de un estudio más extenso, denominado: Teoria General de la Actividad Administrativa. Organización. Actos Internos (en prensa), obedeciendo su inserción en este libro-homenaje a la convicción de que el maestro Antonio Moles Caubet se ha sentido siempre particularmente atraído por los temas que constituyen el objeto de la misma. (HRS).

LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EN GENERAL Y LAS FORMAS Y CONTENIDOS QUE ADOPTA

1. Nociones fundamentales

A. Actividad administrativa. Función. Potestad

La expresión "actividad administrativa" es equivalente a la noción de administración en sentido material o sustancial, esto es, al cúmulo de todo aquello que la Administración, entendida como una estructura orgánica, realiza, es decir, a su "hacer" esencial. Este conjunto de actuaciones llega a identificarse con la propia entidad que actúa o a quien tales actuaciones son imputables.

La actividad administrativa se equipara igualmente a la "función administrativa", por quienes acogen la división tripartita de las funciones del Estado, distinguiendo la que se destina a dictar la norma general y abstracta que constituye la función legislativa; la que tiene como objetivo la declaración concreta de la ley, en la decisión de las controversias, o función jurisdiccional y, finalmente, la que nos interesa en la presente hipótesis, la indicada función administrativa, mediante la cual se satisfacen en forma real y efectiva las necesidades colectivas. Esta identificación entre actividad y función administrativa, a nuestro entender, restringe el ámbito o el contenido de dicha actividad, aun cuando se interprete esta última noción en su forma más extensa.

En relación a lo antes dicho, es necesario precisar que el concepto de función es limitado por algunos, exclusivamente, al campo del Derecho Público, tesis que es actualmente predominante, aun cuando ya se está abriendo paso en la doctrina la que considera que la misma es una noción extensible y operante también a la esfera del Derecho Privado. Para los que sostienen la posición indicada en primer lugar, función es un término que implica el ejercicio de una potestad pública que, como tal, está dotada de un poder autoritario y de los medios idóneos para su actuación, con lo cual, de identificarse con ella a la actividad administrativa, vendría a ser la que la Administración realiza en el ámbito del Derecho Público, constituida por manifestaciones de voluntad, investida de facultades que le permiten incidir sobre la esfera de los derechos individuales de los administrados y hacer efectiva por sí misma su ejecución cuando posean efecto constitutivo. Dentro de esta misma

^{1.} Al referirnos a la Administración en sentido subjetivo, o Administración-aparato, utilizaremos mayúsculas, indicando con el término escrito con minúsculas a la administración en sentido objetivo o actividad.

tesis hay quien restringe aún más la noción, considerando que sólo al acto corresponde el carácter de función, no así a la actividad.

La segunda posición hace extensible el concepto de función al campo del Derecho Privado, ampliando el sentido atribuible al mismo, al considerar que la función presupone un fin preestablecido, al cual dan cumplimiento una serie de actos que son relevantes en su globalidad.2 Existirá función, de acuerdo con este último criterio, cuando una norma establezca un objetivo específico como propio de una actividad, con lo cual ella estará constituida por todos y cada uno de los actos dirigidos a la obtención de tal objetivo, debiendo conceptuarse dichos actos en su conjunto. Esta tesis, como puede apreciarse, considera que es indiferente, a los efectos de la calificación de una actividad como función, el hecho de que la misma opere en el campo del Derecho Público o del Derecho Privado, ya que, lo que va a determinar su carácter es la circunstancia antes anotada de que se trate de varios actos que, tomados en sentido global, sean jurídicamente relevantes; esto quiere decir, que exista un conjunto de actos tendientes a la obtención de un fin preestablecido por una norma jurídica. En este mismo orden de ideas, funcionalizar una actividad, esto es, atribuirle el carácter de función, es subordinar su realización al cumplimiento de un fin que deberá estar señalado y tutelado por una norma expresa. Al efecto, la expedición de una constancia por parte de un empleado público no será una función hasta tanto la ley no disponga que la actividad certificatoria, esto es, la destinada a otorgar seguridad jurídica, sea efectuada con determinadas modalidades que son las empleadas en el caso específico, y así cuando la ley establece como fin de algunas actuaciones el otorgar constancia jurídica de ciertos hechos, surge la función certificativa. Igualmente, cuando un órgano superior en base a la relación jerárquica, revisa los actos dictados por el inferior, no puede calificarse tal revisión como función; pero sí tendrá tal calificativo el conjunto de actuaciones que la ley le exija al mismo órgano o a varios órganos, con el fin de establecer el mérito de la actuación de un subordinado, constituyéndose así la función de control.

Por otra parte, es casi una constante que la actividad funcionalizada, esto es, aquella a la cual se le atribuye la naturaleza de una función, se articula por lo general en un procedimiento, en una secuencia de actuaciones, la cual muchas veces tendrá una naturaleza compleja que

Giannini, M. S.: Diritto Amministrativo. Giuffré, Milán, 1970, Tomo I, p. 79, y del mismo autor: Attivitá amministrativa. Milán, Giuffré, 1960, pp. 3 y 4 (separata de la voz correspondiente de la Enciclopedia del Diritto).

se revelará en múltiples fases, como es el caso de la actividad sancionatoria y otras, se concluirá, como en la aprobatoria, en un breve trámite.

De lo anterior emerge la convicción de que, identificar a la actividad administrativa con la noción de función, es limitar a la primera, reduciéndola a categorías muy específicas de actuaciones, y excluyendo de la misma, a gran parte de lo que en la realidad constituye el actuar administrativo.

La tarea de obtener una noción unitaria de la administración, y al mismo tiempo suficientemente diferenciada de otras actividades que el Estado realiza, ha ocupado, y seguramente continuará ocupando a toda la doctrina del Derecho Administrativo. El resultado ha sido una multiplicidad de posiciones que, incluso, tienen el carácter de doctrinas, por cuanto se moldean sobre la base de concepciones ideológicas, producto de una rigurosa metodología científica, las cuales, tal como sabiamente lo señala Moles Caubet,³ no pueden ser consideradas como tesis que se han ido superando, sobreponiéndose las más avanzadas a las anteriores, hasta ofrecernos un resultado depurado y definitivo, sino que poseen la misma función que, en campos como el de la Física Moderna, tienen las distintas doctrinas que tienden a explicar un mismo fenómeno, las cuales pueden considerarse como simultáneamente vigentes y valederas, ya que implican enfoques de diferentes aspectos de un mismo objeto de estudio.

B. Notas definidoras de la administración

A sabiendas de todas las dificultades existentes para obtener una conceptuación unitaria, en base a las premisas antes asentadas, hemos intentado aislar algunos elementos que, en un sistema de derecho positivo como el nuestro, se manifiestan como constantes en la calificación de la noción que nos ocupa. Debemos sin embargo señalar, para ser fieles a la verdad, que de dicha noción tenemos una imagen previa, ya que toda búsqueda se fundamenta en una preconcepción del hallazgo, cuyo resultado podrá modificar dicha imagen parcial o incluso totalmente, pero ésta le servirá de guía en el proceso de investigación. Al efecto, la administración se nos presenta como una noción dinámica que alude a un cúmulo de actuaciones que una organización realiza para atender a las necesidades de los sujetos que dependen de ella, así como a sus propios requerimientos. Basados en este contorno gene-

^{3.} Moles Caubet, Antonio: Lecciones de Derecho Administrativo. Caracas, 1964, p. 25.

ral, se nos presentan, al confrontarlo con la realidad jurídica, una serie de connotaciones que van a delinear una imagen precisa.

La primera de estas connotaciones de la actividad administrativa, es la señalada característica, aportada por la escuela formalista, que ve en la actividad administrativa, una forma de ejecución inmediata de la ley y mediata de la norma fundamental, en razón de lo cual es de rango sublegal. Tal consideración nos lleva a excluir como administración a cualquier actividad que constituya el ejercicio de la función legislativa, que sea "legislación" en el sentido que le atribuye la tesis antes citada, por cuanto con la administración no se realiza una "aplicación" directa, sino indirecta de la Constitución, entendiendo por "aplicación" el fenómeno en virtud del cual una disposición general se individualiza y una disposición abstracta se concretiza. De allí que tengamos una primera connotación de la actividad administrativa: su exclusión de la esfera de la legislación, con lo cual se elimina de su ámbito toda la gama de los "actos políticos" o "actos de gobierno", cuando éstos sean el ejercicio inmediato de una facultad directamente atribuida por la norma constitucional. Igualmente y ya en sentido positivo, se obtiene su calificación como actividad sublegal.

Vamos ahora a buscar la esencia del contenido de la actividad de administrar. Al efecto, administrar es un actuar dirigido a cuidar de los intereses de un sujeto. Se administra bien cuando se satisfacen dichos intereses. Se administra mal, cuando por ausencia, deficiencia o ineficacia en el actuar no se logra satisfacer dichos intereses. De esta segunda constatación se llega a una tercera, que es la siguiente: si un sujeto tiene intereses esenciales, esto es, intereses de cuya satisfacción pueda depender su propia subsistencia, la administración de esos intereses, es decir, la actuación destinada a darles cumplimiento, debe comprenderlos en su totalidad, por cuanto en vista del carácter de necesariedad que ha sido anotado en los mismos, sólo su armónica y equilibrada atención puede garantizar la estabilidad del sujeto titular, de allí que administrar no es simplemente satisfacer algunos intereses de un sujeto, sino la totalidad de los que han sido confiados al cuidado del administrador. Esta consideración nos lleva, en consecuencia, a determinar que la actividad presupone la globalidad de la acción distribuida en beneficio de los intereses tutelados. No es administrar el concretar la acción en un solo interés, sino el reparto de la actividad hacia el logro de los distintos fines propuestos. Ahora bien, a esta altura de nuestro análisis ya podemos identificar al sujeto titular de tales intereses como a un grupo organizado y hacer la necesaria sustitución de elementos.

Las notas anteriores nos definen claramente una actividad que no es de creación de la ley sino una consecuencia de ella que atiende a la satisfacción de los intereses de un grupo organizado en su globalidad; pero emerge al mismo tiempo la necesidad de indicar que la misma se realiza a través de instrumentos predispuestos específicamente para tal fin. En efecto, la simple actividad realizada no es suficiente para conceptuar a la Administración, la cual se presenta siempre como una estructura integrada por elementos que actúan como instrumentos de la realización de la misma. Esta estructura, estos instrumentos podrán ser muy simples o, por el contrario, presentar enormes complejidades; pero cualquiera que sca su entidad, ella existe necesariamente como soporte y medio ejecutor de la actividad.

De allí que del resultado de nuestro análisis, emergen las siguientes características definidoras de la actividad administrativa: 1) es una actividad que no implica la ejecución inmediata de la Constitución, por lo cual tiene rango sublegal. A través de ella no se crea la ley sino que se la ejecuta; 2) está destinada a dar satisfacción a los intereses fundamentales de un grupo organizado; 3) ha de atender a la globalidad de los intereses tutelados; 4) su ejercicio presupone una estructura orgánica necesaria.

Establecidas las premisas anteriores, la cuestión que surge de inmediato es la de preguntarse cuál es el ente o el sujeto titular de los intereses tutelados. Ubicados ya de plano en el campo del Derecho Público, el titular de los intereses es, en la estructura estadal, el Estado, y en la de los entes públicos menores, cada uno de ellos. Todo lo anterior parecería hacer pensar que el administrador de los intereses, esto es, la Administración, es un sujeto distinto del ente al cual atiende; pero de inmediato se aprecia que no se trata de una diferencia subjetiva, sino de una relación instrumental: la Administración es el instrumento de un ente que tiene unos intereses que satisfacer. Este instrumento puede identificarse totalmente con la organización del sujeto y formar parte de la misma, situación ésta que se plantea con las Administraciones centrales, que constituyen la estructura de uno de los poderes del Estado: del Poder Ejecutivo, con el cual se consustancian. Ahora bien, este instrumento puede tener su propia entidad subjetiva, como sucede con las formas de descentralización avanzadas. Lo importante es que se trata de un medio para dar satisfacción de las necesidades del ente y como tal habrá de adecuarse a tales fines para ser idóneo a su tarea. Los intereses de un sujeto variarán en efecto, constantemente a medida que el mismo crezca, se desarrolle, progrese, decaiga, resurja, se adapte a su vez al mundo en el cual deba actuar. Normalmente el ente crecerá y su fuerza ascendente hará crecer al instrumento capaz de satisfacer sus intereses.

De todo lo anterior se pone en evidencia que la administración es una actividad sublegal, que tiene por objeto satisfacer los intereses de un sujeto del cual depende y con cuya estructura se consustancia. El contenido material de esta actividad no puede sei enunciado en su totalidad porque comprende y habrá de comprender todas las formas con las cuales se tenderá a dar satisfacción a los intereses tutelados y éstos, a su vez, no sólo son en un número enorme, sino que son cambiantes, ya que se vinculan con los fines políticos del entê, constituyendo su proyección. Llegados a este punto, cabe indicar que la actividad administrativa tendrá tantas modalidades cuantas sean las formas de dar satisfacción a los intereses del sujeto del cual ella constituye un instrumento. Se dirá así que la noción de administración en sentido funcional, se identifica con la administración en sentido subjetivo, en forma tal que ambas nociones se presentan como indisolubles. La actividad opera por medio de instrumentos que adquieren una identidad propia, muchas veces de tal naturaleza, que llegan a constituir una fuerza que se opone al propio sujeto a quien sirven.

Ahora bien, si se quiere intentar un concepto abstracto de todo el contenido de la actividad administrativa, se podría considerar que el mismo comprende toda actuación destinada a atender a las necesidades concretas del sustrato material que integra el ordenamiento jurídico, el cual está constituido por los sujetos que lo conforman (plurisubjetividad) y por las estructuras organizativas que le sirven de sustento (organización).

Establecidas las premisas anteriores, la expresión actividad administrativa pasa a englobar no sólo aquello que constituye una función desarrollada por la Administración, dándole a este término el último sentido al que aludiéramos en su oportunidad, de obrar que, en su conjunto tiene relevancia jurídica, sino que el mismo comprende también a cualquier actuación que la Administración realiza o que le compete y que tiene trascendencia para el derecho, cualquiera que sea su contenido o efecto, desde el acto de carácter normativo de los órganos superiores de la Administración, hasta la ejecución material de las decisiones y, asimismo, las gestiones que realice como operador económico y de las cuales deriven consecuencias tanto en el ámbito externo como en el interno.

De todo lo anterior emerge una evidencia fundamental para quien intente una clasificación global de todo el amplio cúmulo de actuaciones que conforman a la "actividad administrativa", y es la de que este heterogéneo conjunto no cabe dentro de un único criterio diferencial, porque si se intenta encerrarlo en el mismo, se limitaría su campo sólo a alguno de sus rasgos característicos, el cual, por muy resaltante que resulte, no es sin embargo, excluyente de los restantes, sino que, si se quiere comprender una parte considerable de las modalidades que la actividad reviste, habrá que conjugar simultáneamente varios elementos calificadores.

2. Modalidades de la actividad administrativa

A. Actividad jurídica y actividad material

Durante mucho tiempo se tuvo como indudable la diferencia entre una actividad jurídica de la Administración y una simple actividad material, considerándose que la primera era aquella en virtud de la cual la manifestación de la voluntad administrativa incide sobre la esfera jurídica de los administrados, modificándola; estando constituida la segunda, por todo lo que resta del actuar administrativo que carece de dicha fuerza. La actividad jurídica puede establecer, de conformidad con la tesis que exponemos, las modificaciones subjetivas aludidas, por el hecho de que tiene como fundamento una norma expresa que la prevé y regula todos sus efectos, sin cuya existencia los mismos no podrían producirse. De allí que se presente como una actividad vinculada en el sentido de que, tanto su existencia como sus efectos, están determinados por una norma de la cual el acto administrativo constituye sólo una forma de ejecución, con eficacia condicionada a sus predeterminaciones. Se plantea así claramente la diferencia entre la actividad jurídica de la Administración y la actividad del administrado, ya que éste puede hacer todo aquello que no le esté prohibido, en tanto que la primera podrá actuar sólo en aquello para lo cual esté facultado. En tal sentido la actividad material se asemeja a la que realizan los particulares, porque también constituye un ámbito de libre actuación, cuyos límites están constituidos por las prohibiciones expresas que las normas establecen y por la responsabilidad que la lesión de la esfera de los particulares acarrea.

Hoy en día la doctrina no es favorable a esta distinción. Por una parte, hay quien considera que la única actividad imputable a la Administración es la actividad jurídica por la cual no puede considerarse como "administrativa" a la que no tenga tal carácter y, finalmente, cabe citar a quienes sostienen que no existe una categoría individualizable de actividad material.

En lo que toca a la primera tesis esbozada, la misma es mantenida por Alessi, quien rechaza que, conceptualmente, pueda atribuirse una actividad material a la Administración, por cuanto a la misma sólo le es imputable la que posee carácter ideológico. El autor citado, llega a la anterior afirmación, en base a la consideración de que la única actividad atribuible a la Administración es la que realizan los titulares de los órganos, por cuanto sólo ellos actúan las competencias que les han sido asignadas. A su entender, la actividad material es la que se limita a producir meras modificaciones fácticas en el mundo externo; pero para el mismo, la Administración Pública, en virtud de su naturaleza abstracta, puede desarrollar sólo actividades ideológicas, ya que si determinados intereses públicos tuvieran que ser satisfechos mediante actos materiales, éstos serían ejecutados por personas físicas dependientes "por cuenta de la administración" y es a ellas a quienes le serían atribuidos. A su entender, la gestión de las personas físicas sólo puede considerarse como propia de un ente público, cuando se trate de tareas asignadas a un órgano y, en consecuencia, realizadas por un funcionario, entendido dicho término en el sentido de la persona física que es titular del órgano como formal desarrollo de las funciones atribuidas a la competencia del oficio. Ahora bien, un "oficio" sólo puede implicar actividades de orden ideológico, referente a la adopción de los medios idóneos para la satisfacción de las necesidades públicas, por lo cual debe considerarse que al mismo no pueden atribuírsele actividades materiales. Aun cuando, en apariencia, según la tesis esbozada, la función se desarrolle mediante una actividad material, en realidad ésta se dirige a la producción de un efecto jurídico y en tal sentido es una actividad jurídica. Si para la satisfacción de las necesidades públicas es necesario desplegar una actividad material que constituya un fin en sí misma (construcción de edificios o de carreteras; conducción de vehículos, limpieza de locales), tales actividades se consideran realizadas "por cuenta de la Administración", pero siempre en nombre propio de quien las actúa, por lo cual se califican simplemente como actividades del sujeto físico que las ejerce. Como puede apreciarse, esta tesis, además de su contenido general, tiene una relevancia enorme en lo que toca a la determinación de la responsabilidad de la Administración en una esfera muy extensa.

^{4.} Alessi, Renato: Sistema instituzionale del Diritto Amministrativo italiano. Giuffré, Milán, 1969, pp. 265 y ss.

HILDEGARD RONDON DE SANSO

Por lo que atañe a la tesis que niega que exista una categoría individualizable bajo la denominación de actividad material, la misma es planteada por Giannini,⁵ para quien en dicha denominación se engloban una serie de actos de la más variada naturaleza, tales como la ejecución de un proveimiento administrativo o de un negocio de derecho privado, o bien un acto interno. Se trata así de actos jurídicos encuadrados dentro de diferentes especies, por lo cual la categoría de "actividad material" cubriría elementos heterogéneos y en consecuencia conformaría sólo una expresión verbal. Todos los actos en los cuales se manifiesta son actos reales y por ello se equiparan al vínculo en cuyo seno se realizan, pudiendo individualizarse como tales a los actos preparatorios de proveimientos administrativos; a los actos de ejecución o de cumplimiento de obligaciones, etc.

Planteadas las tesis anteriores, cabe preguntarse si, efectivamente, puede mantenerse en pie la noción de actividad material como una categoría contrapuesta a la actividad jurídica; esta última enfocada como aquella que opera sobre la esfera de los administrados, incidiendo en alguna forma sobre sus intereses. Obviamente es esta una posición que nace de una concepción del Derecho que lo enmarca exclusivamente en el ámbito de las relaciones intersubjetivas, omitiendo o minimizando toda consideración sobre otros elementos que constituyen su objeto, tales como la normación y la organización. El Derecho es así simplemente la regulación de las relaciones externas de los sujetos que operan en un ordenamiento jurídico y en ello agota su objetivo y contenido; obviamente, cuando se aludía a la "actividad jurídica" de la Administración, impregnada como estaba la doctrina de tal noción esencial, ésta va a quedar limitada a la actuación administrativa que crea, modifica o extingue los derechos, intereses, obligaciones, cargas y deberes de los administrados. Todo lo que resta es rotulado como actividad material, la cual está integrada por un cúmulo heterogéneo de actos de la índole más variada. Hoy en día, ampliada la noción del Derecho, e incorporada a la figura del acto administrativo, que fuera concebida originalmente como una declaración de voluntad, la posibilidad de que constituya una manifestación de conocimiento y de juicio,6 se ha extinguido la razón de ser de la diferencia. Ya no es posible decir que actividad jurídica sea la concertación del contrato pero no su ejecución; la prohibición impartida pero no los medios para que se haga efectiva; ya no es posible ignorar que en la esfera interna de la Administración la

Giannini, M. S.: Diritto Amministrativo, ob. cit., Tomo I, p. 438.
 Zanobini, Guido: Corso di Diritto Amministrativo. Giuffré, Milán, 1964, Tomo I, p. 243.

misma crea relaciones interorgánicas y dicta actos generales. De allí que la distinción como tal puede considerarse irrelevante y haya que sustituirla por categorías que tengan un significado más actual y acorde con la evolución del Derecho Administrativo.

B. Actividad de Derecho Público y actividad de Derecho Privado

La actividad de Derecho Privado presenta a la Administración y a los particulares colocados en la misma posición jurídica, por lo cual, obviamente, las administraciones carecen en su ejercicio de especiales potestades. Estas últimas sí se manifiestan en la actividad regida por el Derecho Público. Esta distinción fue sostenida por la doctrina del Derecho Público y, específicamente, por la del Derecho Administrativo, a todo lo largo de su formación, moldeando una serie de categorías en esquemas cuya validez es discutible. Es así cómo los fiscalistas del siglo XVII, en tesis que sería acogida hasta el pasado siglo, elaboraron la Teoría de la Doble Personalidad del Estado: una de Derecho Público y la otra de Derecho Privado, encuadran en esta última a la figura del Fisco. Esta tesis hoy en día es insostenible, aun cuando sus consecuencias estén presentes en el derecho positivo, en base al criterio unitario de la noción de personalidad jurídica. Otra tesis que se acerca a la distinción planteada es la que distingue entre los actos de gestión y los actos de imperio, considerando que los primeros son aquellos que tienen un contenido esencialmente patrimonial; en cuanto que los segundos, son los que expresan el carácter autoritario del ente. En el derecho francés y a partir del célebre arrêt Blanco, se trazó una neta diferencia entre la actividad administrativa que implica la prestación de servicios públicos y que, como tal, está sometida a los principios del Derecho Público, y la que coloca a la Administración en una situación equiparable a la de los particulares. Todas las tesis esbozadas tropiezan, a causa esencialmente de la carencia de un valor absoluto en las mismas, con múltiples objeciones. En efecto, la actividad que la Administración desarrolla y el tipo de normativa que la rige, no obedece a cánones estrictos, sino a variables situaciones, bastando como ejemplo, el régimen de los llamados servicios públicos (transporte, seguridad social, etc.) como ejemplo de lo anterior, ya que en los mismos han sido empleados distintos sistemas que hasta varían de servicio a servicio con el ente prestatario (si es municipal, nacional, etc.), e incluso, también cambian en el seno de un mismo ente público.

Ahora bien, ¿puede la Administración, conceptualmente hablando, realizar actos en el campo del Derecho Privado? y, por otra parte, ¿pue-

de calificarse como "actividad administrativa", en el sentido que quedó expresado, a la actuación que realiza un ente público en el campo del Derecho Privado?

Respecto al primer interrogante, doctrina y jurisprudencia⁷ han llegado a la conclusión de que, cualquier figura subjetiva que esté dotada de personalidad jurídica, es, ante todo, una persona jurídica de Derecho Común, poseedora con ello, de plena capacidad en dicho campo, por lo cual puede obviamente tener una legitimación limitada. Al efecto Giannini señala que, si bien desde el punto de vista teórico es concebible una persona jurídica pública que tenga solamente capacidad de Derecho Público, en la realidad esto no ocurre ni se encuentra en ningún sistema de Derecho Positivo. Por otra parte, conceptualmente, la persona jurídica pública puede atender a los intereses públicos que le han sido asignados como fines, tanto con instrumentos de Derecho Público, cuanto con instrumentos de Derecho Privado.

Por lo que respecta a la segunda pregunta que nos formuláramos, la respuesta se encuentra en el hecho de que la actividad realizada por una figura subjetiva en el campo del Derecho Privado puede conceptualmente ser calificada como actividad administrativa siguiendo la noción que de la misma expusiéramos, ya que dos notas determinan su calificación: la naturaleza pública del sujeto que ejerce la actividad y el fin público que en vista de tal naturaleza éste persigue mediante su actuación.

En la actividad administrativa de Derecho Privado se pueden distinguir dos modalidades poseedoras de características propias, son ellas:

1) la actividad privada de la Administración que, tal como lo indica su denominación, está constituida por la actuación que la misma realiza para atender a sus propias necesidades, siendo en consecuencia, análoga a la que los particulares desarrollan para obtener sus fines, es decir, operan en lo que se ha denominado la "funcionalidad organizativa", y lo hacen mediante los llamados "negocios jurídicos instrumentales". Su contenido es fundamentalmente patrimonial y está destinada al abastecimiento de los bienes de consumo que requiere; al mantenimiento y conservación de dichos bienes y a otras acciones análogas; 2) la actividad administrativa de Derecho Privado es la segunda especie. Esta última, como su nombre lo indica, alude a la actuación de las administraciones públicas para la consecución de los fines de interés general, utilizando para ello medios de Derecho Privado. La doctrina distingue

^{7.} Giannini, M. S.: Attività amministrativa, ob. cit., p. 16.

en esta modalidad dos subespecies: la actividad de Derecho Privado, con carácter institucional y la actividad de Derecho Privado, con carácter alternativo. En la primera de las mencionadas, la Administración actúa regida prevalentemente por el Derecho Privado, como es el caso de algunos entes de servicio que operan en el campo económico y financiero (bancos, entes gestores de empresas de producción, holdings públicos). Algunos de estos entes están sólo sometidos al Derecho Privado, en cuanto que otros, si bien están adscritos a dicho régimen, pueden sin embargo dictar algunas medidas que, por ser autoritarias, puedan entrar en la categoría de verdaderos y propios proveimientos administrativos. En la actividad de Derecho Privado con carácter alternativo, un ente que normalmente aparece sometido al Derecho Público puede sin embargo, supletoriamente, utilizar formas de Derecho Privado. El ejemplo más notable de esta última categoría es la de los entes territoriales cuando actúan regidos por el Derecho Mercantil. A través de las distinciones efectuadas, consideramos que se puede superar la antinomia constantemente planteada en nuestro Derecho que surge al intentar la ubicación de ciertas personas jurídicas que tutelan y persiguen fines públicos, pero que tienen la estructura y la forma de actuación de entes de gestión privada.

De la exposición que antecede, las notas características de la actividad regida por el Derecho Público no emergen con nitidez. En efecto, hemos considerado conveniente, dada su especialidad, analizarlas a través de los principios que la rigen, cuyo enfoque tratamos en forma separada. Sólo una cuestión terminológica cabe advertir, y es la de que la doctrina prefiere utilizar la idea más específica de actividad regida por el Derecho Administrativo, por cuanto la materia regida por el Derecho Internacional escapa a nuestra disciplina y asimismo la que está directamente regulada por el Derecho Constitucional, la cual alude al Gobierno que, como tal, es una figura subjetiva distinta de la Administración.

C. Actividad neutra

A las dos grandes categorías precedentemente expuestas de actividad sometida al Derecho Administrativo y actividad sometida al Derecho Privado, se ha añadido una tercera constituida por la actividad neutra, la cual deriva su nombre del hecho de que pertenece por igual a las dos categorías anteriores, ejerciéndose indiferentemente cuando cualquiera de ellas es actuada, porque su función es esencialmente instrumental, tal sucede con los actos de notificación y con los relativos a la

representación. Debe señalarse igualmente que por actividad neutra se entiende también a las modalidades de actuación funcionalizadas que son ejercidas indistintamente por los poderes del Estado, tal como la actividad instructoria o sustanciadora; la actividad interna de los órganos colegiados; la actividad de control y otras que no cambian sustancialmente al ser efectuada por organismos de la naturaleza más diversa. Giannini ejemplifica como actos pertenecientes a esta categoría a tres grupos resaltantes: a) los actos dirigidos a divulgar conocimientos tales como las notificaciones, las comunicaciones, las publicaciones, los carteles; b) los actos dirigidos a procurar informaciones tales como los avisos, las intimaciones, los bandos y los manifiestos y los actos dirigidos a permitir el desarrollo ordenado de la actividad de varios sujetos, tales como las convocatorias a reuniones, la asignación de términos, etc.8

D. Actividad de dirección y actividad de ejecución

Con un criterio orgánico-funcional surge la distinción en relación con los distintos tipos o formas de la actividad administrativa, entre la actividad de dirección, que es aquella con la cual se establecen los lineamientos generales de la conducta administrativa, y la actividad de ejecución, con la cual estos lineamientos generales se materializan. Esta diferenciación, sin embargo, no deja de tener objetores, ya que algunos estiman que la actividad administrativa es siempre de ejecución porque implica un proceso de aplicación, esto es, aquel que permite que una norma abstracta se concretice y una norma general se individualice y, en tal sentido, estando sometida la Administración al principio de legalidad, en el fondo no es sino una forma de actuación de un precepto general. En el mismo sentido se indica que la naturaleza jerárquica subordinada de la estructura de los órganos de la Administración, permite que el ejecutor de uno de mayor grado, sea a su vez, dirigente de su inferior inmediato. Se señala igualmente que, cuando se llega a los jerarcas y la actividad es simplemente directiva porque significa el señalamiento de los objetivos específicos de la acción del ente público, deja de ser administrativa y entra en una categoría especial que es la de la función política que, por su naturaleza, configura una categoría no subsumible dentro de la noción de actividad administrativa.

Respecto a este último señalamiento, cabe indicar que la actividad directiva, la cual se revela mediante las llamadas "directrices", puede

^{8.} Giannini, M. S.: L'attivitá amministrativa. Clases de los años 1961-1962. Jandi Sapi Editori, Cittá di Castello, 1966, p. 6.

ser tanto de naturaleza política, como de naturaleza administrativa, operando esta última, tanto en las relaciones interorgánicas, como en las intersubjetivas.

En los momentos actuales, en los cuales la estructura jerárquica ha quedado limitada a algunas esferas específicas de la organización, se acrecienta el interés por el estudio de la actividad de dirección, delineándose la misma, como aquella que está destinada a encauzar la actuación de varias figuras subjetivas hacia el logro conjunto de determinados objetivos. De allí que la directriz se presente como el medio a través del cual se establecen pautas dirigidas a ordenar la acción de entidades y órganos de la más variada índole y vinculados entre sí, igualmente, por nexos de distinta naturaleza. En general, puede afirmarse que la presencia de la actividad objeto de este análisis, es reveladora de la existencia de vínculos de colaboración, esto es, que no se actúa en base a relaciones de supremacía absoluta, aun cuando a alguno de los órganos le corresponda, en base al ejercicio de la actividad directiva, una posición de preeminencia.

Tomando en consideración los elementos antes indicados, la actividad de dirección puede definirse como aquella que tiene como contenido armonizar la actuación de determinadas figuras subjetivas de la más variada naturaleza, por un medio distinto al de la aplicación de las potestades jerárquicas.

Las situaciones que crea el ejercicio de la actividad que se analiza, se plantean entre órganos que tienen distinta competencia, e implica, por parte de aquel que los coordina, el poder de establecer los lineamientos de la actuación de los coordinados y asimismo de indicar a cualquiera de ellos conductas específicas.

Las directrices operan también, como se señaló precedentemente, entre entes dotados de personalidad jurídica, esto es, que se establecen mediante ellas vínculos intersubjetivos. Se trata de las llamadas directrices económicas y las cuales constituyen un tema que ha sido objeto de pormenorizado estudio por parte de la moderna doctrina del Derecho Administrativo.¹⁰ Las indicadas directrices económicas son disposiciones mediante las cuales el Estado manifiesta su poder de intervenir, a través de sus órganos competentes, ante los entes que desarrollan

^{9.} D'Albergo, Salvatore, en la voz "Direttiva", en la Enciclopedia del Diritto, Tomo I, pp. 603 a 612.

^{10.} Entre otros, véase Bachelet: L'Attività di coordinamento nella amministrazione pubblica dell' economia. Milán, 1957, pp. 99 a 104.

actividades en el campo de la economía (entes de crédito; empresas públicas y de participación estatal).

De conformidad con lo que quedó asentado, la actividad de dirección sería la destinada a ordenar la actuación de ciertas figuras subjetivas hacia un fin, mediante directrices generales. En el mismo sentido, la actividad de ejecución sería, en consecuencia, la dirigida a actuar de conformidad con estas directrices generales; no a actuar las directrices. La aparente sutileza de la distinción está destinada a recalcar la circunstancia de que entre los órganos dirigidos y el dirigente pueden no darse vínculos de jerarquía. En el caso positivo, la directriz podría actuar como una orden y vincular totalmente el ejecutante; en el segundo, obligaría sólo a proceder de conformidad con los lineamientos por ella trazados.

E. Distinción fundada en el contenido de la actividad. Especial análisis de la Administración Pública de la economía

Son muchas las clasificaciones que se han hecho de la actividad administrativa atendiendo a su contenido, lo cual, por una parte, implica un enorme esfuerzo de síntesis, dada la variedad de materias sobre las cuales puede recaer dicha actividad, y por otra, no puede dejar de anotarse que es un intento nugatorio si se considera que la Administración asume día a día nuevas tareas y cualquier esquema, por flexible que sea, resultará así constantemente desbordado. A pesar de lo anterior y a título de ejemplo, luego de desechar las menos recientes, podemos exponer una clasificación que se funda en los sectores a los cuales atienden las administraciones modernas. Al efecto, siguiendo las líneas generales, el esquema propuesto en nuestro país por la Comisión de Administración Pública (CAP) para la reforma del sistema sectorial,11 podemos indicar como actividades integrantes del mismo a las siguien-1) actividad de defensa, seguridad y orden público, que implica para los órganos competentes la atención de los sectores de política interior; política exterior y defensa. En la actividad que se desarrolla en este ámbito señalado, está presente, en forma notoria, el ejercicio del llamado "Poder de Policía" que, por versar sobre el mantenimiento del orden público administrativo, se manifiesta a través de facultades autoritarias en las cuales la ejecutoriedad administrativa se demuestra en toda su intensidad; 2) actividad de desarrollo social, que incluye

^{11.} CAP (Comisión de Administración Pública): Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional. Caracas, 1972, Tomo II.

todo lo relativo a la promoción y protección sociales; al desarrollo cultural y a la atención de los asuntos laborales, previsión y seguridad sociales, servicios de educación y salud pública; 3) actividad de desarrollo físico, que comprende todo el ámbito de la ordenación territorial con todas las modalidades de urbanismo; vivienda, transporte, comunicaciones, e incluye igualmente a los recursos naturales renovables. Finalmente y como punto 4) se señala la actividad de desarrollo económico, relativo a los sectores de finanzas, desarrollo industrial, desarrollo agropecuario y turismo. Ahora bien, llegados a este punto es necesario detenernos en el análisis de esta actividad en forma específica, porque ella configura un aspecto de proporciones tales que, hoy en día, domina el campo del Derecho Administrativo. En efecto, los actuales estudios sobre la actividad administrativa, agotados los temas clásicos y sobresaturada la doctrina del análisis de los servicios tradicionales que la Administración asumiera en sus comienzos, se lanza de lleno al tratamiento de lo que ha sido denominada "actividad de administración pública de la economía".

La noción aludida comprende a toda acción administrativa que tenga por objeto a la economía en cualquiera de sus manifestaciones. Debemos señalar que, en un principio, al iniciarse el enfoque de este tema, los publicistas consideraron que todas las actividades que versaban sobre los aspectos económicos podían ser englobados en un único bloque que se caracterizaba por el hecho de que en las mismas, la Administración utilizaba predominantemente formas de Derecho Privado, lo cual otorgaba al conjunto características jurídicas especiales. Giannini¹² señala sin embargo que, al tratar de determinarse en qué podían consistir estas características diferenciales, no se encontró nada definido, por lo cual se llegó a la conclusión de que, en realidad, dicha actividad no difiere, en lo que toca a la presencia de las características jurídicas generales, de las restantes modalidades del actuar administrativo. En efecto, si se quiere caracterizar a la actividad económica de la Administración, no deben buscarse sus notas esenciales en el elemento formal. ya que el mismo no es diferente del que rige en los demás aspectos de la actuación administrativa, sino que hay que enfocar la cuestión sobre el objeto mismo, constituido, como se señaló, por el tratamiento directo de los hechos específicamente económicos. Entre estas actividades, y siguiendo al efecto la exposición del autor tantas veces citado,13 es necesario incluir a las siguientes:

12. Giannini, M. S.: L'attività amministrativa, ob. cit., p. 13.

^{13.} La exposición que sigue a continuación es una síntesis de: Diritto Pubblico dell Economia (Il Mulino, Boloña, 1977).

- 1. La creación de las infraestructuras, esto es, lo que en los ordenamientos positivos es denominado "obras públicas", entre las cuales se ubican las relativas a la defensa militar; las obras de comunicación (carreteras, autopistas, obras ferroviarias, aeropuertos); las obras hidráulicas (canales navegables, puertos fluviales, dragados); las obras sanitarias (cloacas, cementerios, hospitales); las obras urbanísticas (casas populares, reconstrucción de ambientes, parques, jardines urbanos); las obras de construcción de edificios públicos, esto es, de los que constituyen la sede de los órganos públicos y de los servicios de uso directo del público (escuelas, museos, bibliotecas, archivos).
- 2. La actividad metrológica y registral que comprende el control de pesas y medidas; las marcas públicas, los registros públicos entre los cuales figuran los catastrales; los registros inmobiliarios, los registros de las sociedades mercantiles, los relativos a los medios de transporte tales como los que recaen sobre los vehículos automotores, las naves y las aeronaves; el registro de bienes, tanto del dominio público como de los bienes patrimoniales.
- 3. La tercera categoría está constituida por el régimen de las empresas o régimen empresarial, para cuyo desarrollo Giannini utiliza el criterio económico, hoy en día ampliamente admitido en el campo jurídico, que distingue a las actividades en primarias, secundarias y terciarias. Las actividades primarias son aquellas que implican la producción de bienes y abarcan, en consecuencia, los sectores de la agricultura, la pesca y la caza. Las actividades secundarias se destinan a la transformación de los bienes existentes y pueden ser englobados bajo la designación general de actividad industrial. Las actividades terciarias son las constituidas por los servicios de intermediación, comprendiendo en consecuencia el comercio, el crédito, los seguros y los servicios administrativos.

En el análisis conceptual de las modalidades que derivan de la distinción propuesta, emerge como de esencial importancia la distinción, en lo que toca a la actividad administrativa, de la actividad primaria que realiza, bien en un régimen colectivizado, o bien en uno en el cual impere la libre competencia. En el sistema citado inicialmente, ciertos bienes o actividades productivas están en manos del poder público, el cual se presenta como el único legitimado para detentarlos y desarrollar las operaciones colectivizadas. Ahora bien, la colectivización reviste varias modalidades, que dependen del ente público territorial legitimado para actuar, distinguiéndose así entre estatalización, municipalización y regionalización. En los casos en los cuales la colectivización

no implique la legitimación de un ente territorial, actuando en su lugar un organismo distinto del Estado, la figura adquiere el nombre de nacionalización, y en las circunstancias en las cuales el poder público es una colectividad de sectores organizados que se manifiesta mediante sus órganos, se habla de socialización.

La actividad empresarial realizada por los entes públicos también puede operar sin la eliminación de los empresarios concurrentes a través de empresas públicas y empresas mixtas.

4. La última categoría es la de la actividad destinada a regular a las empresas privadas, la cual se realiza mediante el ejercicio de varios poderes, a saber: el poder de aprobación, el poder de control y el de planificación.

Como puede apreciarse de las cuatro categorías indicadas, la denominación expuesta implica un cúmulo enorme de actuaciones cuyo estudio, si bien arranca y tiene su sede principal en el Derecho Administrativo, requiere sin embargo del auxilio de la metodología y conocimientos de las disciplinas más variadas.

F. Actividad organizativa

Una categoría especial de la actividad administrativa es la que está constituida por todo lo relativo al ejercicio de la potestad organizativa. La organización, que ha de ser objeto de un análisis particular, ¹⁴ puede ser genéricamente definida tomando en cuenta su aspecto funcional, como la actividad destinada a la creación y regulación de las figuras subjetivas que actúan en un ordenamiento jurídico, así como de las relaciones existentes entre ellas.

G. Actividad técnica

La doctrina ha querido aislar como categoría especial a una modalidad de la actividad administrativa, a la cual ha denominado actividad técnica. El primero en exponer la noción fue Ranelletti, ¹⁵ para quien ella engloba a la actuación que implica el planteamiento y solución de los problemas técnicos, así como la realización de las acciones y obras de tal naturaleza, lo cual presupone en los sujetos a quienes corresponde desarrollarla, una serie de conocimientos especializados.

^{14.} Ver capítulo III de nuestro libro, en prensa, Teoría general de la actividad administrativa, 1981.

^{15.} Ranelletti, O.: Principi di diritto amministrativo. Nápoles, 1912, págs. 350 y ss.

De acuerdo con este autor citado, la actividad técnica se manifiesta en determinadas circunstancias que el mismo clasifica en tres grandes grupos:

1) En los casos en los cuales se trata de una acción que antecede a la actuación formal de la Administración, constituyendo las condiciones y presupuestos de hecho que se requieren para esta última. Como ejemplo está la determinación del estado del árbol que ha de ser abatido; la determinación de la peligrosidad del inmueble que debe ser demolido; la evaluación de los conocimientos del aspirante a un cargo.

En este mismo grupo, incluye el autor citado a la valoración técnica que está destinada a determinar la conveniencia y las exigencias de los intereses colectivos y el establecimiento de las modalidades y de los medios para su satisfacción.

- 2) El segundo grupo abarca a la actividad técnica que constituye la ejecución de una medida administrativa, tal como la construcción de un puente; la siembra de determinadas especies vegetales. La desnaturalización de ciertos productos considerados como de uso prohibido.
- 3) Finalmente, el tercer grupo está integrado por la actuación misma de la Administración que implica la utilización de conocimientos especializados: el tratamiento médico en un centro asistencial, la elaboración de un plano urbanístico, etc.

A pesar de que la tesis de Ranelletti tuvo eco en autores más modernos, ¹⁶ consideramos que la misma concebida en una forma tan amplia engloba elementos heterogéneos que sólo tienen en común la existencia de destrezas o conocimientos especiales en el órgano de ejecución, lo cual hoy en día no constituye una cualidad especial de ciertas formas del actuar administrativo, sino una regla general de toda la actividad. Por el contrario, consideramos que mayor interés revestiría la categoría si se la circunscribiera al ámbito de la llamada "discrecionalidad técnica", que será objeto de un posterior análisis.

H. Actividad administrativa y técnicas de gestión (Management)

Hoy en día se abre paso una disciplina de gran alcance, a la cual se le denomina management, noción difícil de traducir a nuestro idioma por las complejidades que la misma ofrece, en forma tal que

^{16.} Bachelet, Vittorio: L'attività técnica della pubblica amministrazione, Giufré, Milán, 1957.

se prefiere utilizar su acepción originaria,¹⁷ a pesar de lo cual consideramos oportuno utilizar la expresión "técnicas de gestión", o "técnicas operativas", empleada la primera en el título que antecede, para designar a la actividad que de la misma deriva, específicamente cuando es realizada por las administraciones públicas, constituyendo, en consecuencia, una forma de actividad administrativa.

Una somera visión de lo que es el management, nos revela que bajo tal denominación se recogen varias disciplinas que forman parte de la llamada Ciencia de la Administración, al efecto: la Teoría de la Organización; la Teoría de los Sistemas; la Administración de Personal; la Administración de Empresas; la Informática; la Programación y la Planificación. Ahora bien, la noción abarca, además del estudio de las materias multidisciplinarias antes enunciadas, otras muchas, aludiendo igualmente a la clase gerencial o dirigente, que tiene como característica esencial su adaptación al cambio económico y social, nota predominante de nuestra época. En realidad podríamos indicar que el management alude fundamentalmente a tres nociones distintas: al grupo dirigente empresarial; a los métodos tecnológicos empleados en la labor de gestión y, finalmente, a la filosofía del sistema organizativo, signada por el hecho antes señalado, de la necesidad de adaptación a los cambios.

Hoy en día las administraciones públicas se acercan cada vez más a los modelos de actuación de las administraciones privadas, acercamiento éste que alude no sólo a la actividad que se realiza bajo la forma de empresas públicas o de economía mixta, en las cuales la misma resulta evidente, sino también en las prestadoras de los servicios clásicos. En efecto, el crecimiento de dichos servicios implica la necesidad de la racionalización y de la mecanización para el manejo del personal y la extensión de la información que exige el uso de la informática. Al lado de las materias objeto de la anterior constatación, aparecen otras muchas que obligan al empleo de las técnicas de gestión. Glosando al autor precedentemente citado, en su enumeración de las necesidades que de dichas técnicas tiene la nueva Administración Pública, podemos indicar como tales a las siguientes: 18

1) La crisis del sistema burocrático, con la consiguiente necesidad de encontrar un modelo que lo sustituya, obliga al empleo de nuevos instrumentos de análisis, en especial de análisis cuantitativo, tales como

^{17.} Una visión pormenorizada de la materia se encuentra en la obra de Paramés Montenegro, Carlos: Introducción al Management. Publicaciones del Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1978. En el texto citado se encuentra una amplia bibliografía sobre el tema.

^{18.} Ver cita anterior, pp. 409 y ss.

las técnicas de Organización y Métodos "Pert", investigación operativa, técnicas de investigación social, etc.;

- 2) El crecimiento del volumen cuantitativo y cualitativo de la economía obligan a planificar, coordinar y controlar, lo cual se hace a través de las técnicas de programación y planificación presupuestaria, con el uso del análisis de sistemas y de los modelos econométricos;
- 3) La atención del elemento humano exige la adopción de las técnicas de la Psicología Social y de las Ciencias del Comportamiento.

Los expertos en estas materias no han dejado de asomar los problemas que el empleo de las nuevas técnicas implican, sobre todo en las administraciones de los países de bajo desarrollo, en los cuales podría plantearse, sin preparación para obtener soluciones inmediatas, los riesgos de la excesiva tecnocracia; pero se señala, al mismo tiempo, que tales riesgos forman parte del ineludible reto del desarrollo.

I. Distinción fundada en la función de los órganos

Atendiendo a la función de los órganos que la ejercen, se ha distinguido entre actividad de gestión, que es la que realizan los órganos de administración activa; actividad de consulta o asesora, que corresponde a los órganos de administración consultiva, y actividad de vigilancia o fiscalización, realizada por los órganos de control. Se agrega igualmente, la actividad jurisdiccional, constituida por la que desarrollan los órganos destinados a decidir los conflictos de intereses que se plantean, bien entre los administrados o bien entre la Administración y estos últimos en el sistema que, siguiendo el modelo francés, permite la existencia de la doble jurisdicción en el Estado. Debe señalarse igualmente que, aun en los regímenes de jurisdicción única, se habla de administración jurisdiccional, cuando se alude a los órganos que toman las decisiones finales en los procedimientos administrativos, tanto de primero como de segundo grado, de naturaleza contradictoria, en los cuales se plantean controversias de derechos subjetivos entre varios administrados (por ejemplo, entre nosotros, en el Derecho Inquilinario, el procedimiento de desalojo de viviendas urbanas; en el Derecho Agrario, el amparo agrario y la dotación de tierras; en el Derecho Industrial los procedimientos de oposiciones en materia de concesión de signos distintivos y de patentes de invención).

J. Criterio de distinción basado en el procedimiento

Uno de los criterios de distinción que permite un mayor número de figuras típicas es el que parte de la naturaleza del respectivo proce-

dimiento que se siga para el ejercicio de la actividad. Ahora bien, se observa que, más que a la clasificación de la actividad como tal, a lo que se alude es al resultado final de la misma, al pronunciamiento que se obtiene como consecuencia de un trámite administrativo. De allí que, atendiendo a tal premisa, la actividad podría clasificarse en constitutiva y declarativa, de acuerdo con los efectos del acto dictado, conformando dichas categorías el eje central, a nuestro ver, de todo el esquema propuesto. La actividad declarativa vendría a otorgar certeza de hechos jurídicamente relevantes, entendiendo como a tales a las circunstancias que son calificadas por las normas. A través de la actividad indicada se otorgan connotaciones jurídicas a cosas, a personas y a vínculos determinados, lo cual puede consistir tanto en la atribución de calificaciones jurídicas, como en la creación de cualidades. La declarativa se subdistingue, a su vez, de acuerdo con la función que realiza, en la que implica declaraciones de ciencia y la que contiene declaraciones de conocimiento. Por su parte, la constitutiva es la que tiende a la producción de actos cuyo efecto es el nacimiento, la modificación o la extinción de situaciones subjetivas o de varios de dichos efectos conjuntamente y, en consecuencia, cabe a su vez mencionar como sus subespecies a la que tiene naturaleza ablatoria; a la concesoria v a la autorizativa.

K. Renovación de la distinción entre actividad jurídica y actividad social

Partiendo de la antigua distinción entre actividad jurídica y actividad social de la Administración Pública, que desarrollaron los tratadistas clásicos de nuestra disciplina, y reasumiendo, por otra parte, por considerarlas válidas, las categorías de actividad de gestión y actividad de imperio, Bachelet²⁰ nos presenta su criterio diferencial basado en las siguientes especies: a) actividad reguladora de los particulares para su pacífica convivencia o para la obtención de los fines de interés común. Esta actividad se caracteriza porque en ellas predomina la manifestación autoritaria que implica el disciplinar, imponer, sancionar, coordinar, autorizar, etc.; b) actividad de prestación de bienes, de acciones y de servicios. La nota característica de esta forma de actividad es el actuar concreto de la Administración en el ámbito técnico y en el organizativo. En la primera distinción tienen relevancia los actos jurí-

^{19.} Romano: Principi di Diritto Amministrativo. Milán, 1912; Raneletti: Principi di Diritto Amministrativo, ob. cit., pp. 51 y 76; Orlando: Trattato di Diritto Amministrativo (Introducción al Primo Trattato), VI, I, Milán, 1897.

^{20.} Bachelet, V.: L'Attività Ténica..., ob. cit., p. 9.

dicos formales; en la segunda, lo fundamental es el resultado objetivo, la utilidad y la funcionalidad de la prestación otorgada.

No puede dejar de reseñarse, en relación a la figura de la actividad social, la importancia que la misma ha tenido en la doctrina de uno de los más lúcidos precursores del Derecho Administrativo contemporáneo, Lorenzo von Stein, para quien tal figura adquiere contornos tan importantes que llega a constituir la esencia de un nuevo derecho, el Derecho Social. Por lo que toca al contenido y alcance de la administración social, los dominios de la misma cubren los siguientes aspectos: a) la sanidad pública; b) la instrucción social; c) la acción económica social, y d) la asistencia pública (aspecto este último que es uno de los más originales y bien elaborados de la obra de von Stein, ya que no sólo comprende la protección efectiva de los menesterosos y particularmente de los trabajadores, sino también las medidas tendientes a corregir la carestía de bienes y los obstáculos para la obtención de una habitación propia).²¹

Además de las distinciones expuestas, podríamos continuar señalando modalidades del actuar administrativo de la más variada naturaleza; pero obviamente tal enunciación no tendría mayor valor que el de constituir una compilación de clasificaciones doctrinarias.

Ahora bien, la vastedad de los criterios de distinción y la abundancia de modalidades específicas del actuar administrativo nos confirman la indicación expresada al iniciar esta exposición de que las mismas no son englobables en un único elemento distintivo, por cuanto no existe una suma divisio que pueda comprenderlas y que, en consecuencia, su clasificación sólo puede efectuarse conjugando distintos elementos. Sin embargo, a pesar de lo antes indicado, resulta evidente del tratamiento de la materia, la constatación de que la actividad administrativa puede estar regida tanto por el Derecho Administrativo como por el Derecho Privado. El primer tipo de actividad, si bien no es cuantitativamente la más utilizada, es desde el punto de vista cualitativo la que se ha reputado de mayor importancia, indicándose incluso como la actividad administrativa por antonomasia. En vista de lo anterior, y a reserva de poder destinar a la actividad de Derecho Privado un posterior estudio, consideramos conveniente proceder al análisis de una serie de principios que son indudablemente rectores de la misma.

^{21.} Un detenido análisis de la obra de Von Stein es el efectuado por Brunialti, Attilio, en La Scienza della Pubblica Amministrazione. Compendio del Trattato e del Manuale di L. Von Stein. Unione Tipografica-Editrice, Torino, 1897, particularmente se alude a las pp. 965 a la 979.

Al respecto, vamos a utilizar el término principio en su sentido más amplio de reglas constantes, que inspiran tanto a la normativa como a la actuación de las figuras subjetivas que integran el concepto de Administración. En razón de lo antes indicado, el principio puede estar incorporado en una norma expresa o bien puede no estarlo, ya que su ausencia en tal caso no elimina su valor de fundamento o razón del sistema.

II. PRINCIPIOS QUE RIGEN A LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SOMETIDA AL DERECHO PUBLICO

La actividad administrativa sometida al Derecho Público, presenta características esenciales que derivan de la necesidad de conciliar en ella la existencia de una fuerza capaz de imponerse por sobre la voluntad de los particulares, a fin de obtener la satisfacción de los fines del Estado y de la colectividad en general y, asimismo, proteger a los administrados mediante el otorgamiento de garantías suficientes de que dicha fuerza no lesionará el orden jurídico establecido y no incidirá ilegítimamente en su esfera particular. Se trata en consecuencia de reglas capaces de mantener el equilibrio de los dos intereses fundamentales que existen en toda sociedad organizada: el interés del ente dotado de autoridad y el interés individual. De allí que los principios que pasamos a enunciar sólo pueden ser considerados como relativos, por cuanto ellos rigen en la medida en que no signifiquen un desbordamiento de la autoridad. Estos principios son fundamentalmente los siguientes: 1) el principio de supremacía de la Administración; 2) el principio de legalidad administrativa, entendida en sus tres modalidades esenciales de: legalidad sustancial, legalidad formal y legalidad 3) el principio de discrecionalidad y, finalmente. 4) el principio de tipicidad de los actos administrativos dotados de imperatividad.

1. Principio de supremacía de la Administración

A. Las potestades públicas

El principio de supremacía de la Administración frente al administrado, tal como lo indica su nombre, es aquel en virtud del cual no existe paridad de condiciones entre ambos sujetos, ya que la primera se presenta dotada de potestades públicas que ejerce al actuar, así como de privilegios que la colocan en un régimen de excepción en relación con el que rige a los particulares, tanto en la esfera extra-

judicial como dentro de ella. Este principio deriva de un precepto general de Derecho Público, en virtud del cual el interés público prevalece sobre el interés individual, y que siendo la Administración la tutora del primero, debe estar ubicada en una posición de tal naturaleza que le permita su satisfacción. En efecto, la actividad administrativa sometida al Derecho Público, implica, para los órganos que la actúan, el ejercicio de potestades, esto es, de cargas públicas que los obligan y los facultan a un mismo tiempo, para dictar ciertos actos capaces de incidir sobre la esfera jurídica subjetiva de los administrados y, asimismo, para ejecutar dichos actos con fuerza autoritaria. La potestad es una carga, como antes se expresó, por cuanto implica una habilitación para actuar (facultad), constituyendo simultáneamente un requerimiento de que tal actuación sea realizada (deber).

Las potestades públicas pueden tener como objeto de su ejercicio un ámbito general, en razón del cual afectarán a todos los administrados por igual, esto es, actúan en esferas jurídicas abstractas e indeterminadas en lo que toca a los sujetos sobre los cuales operan sus efectos y, en consecuencia, los actos que de las mismas emanan pueden tener valor normativo, o bien pueden actuar en relación a sujetos determinados, individualizables, para lo cual están protegidas por la imperatividad y la ejecutoriedad. De acuerdo con la primera de las figuras indicadas, la Administración puede incidir sobre el derecho subjetivo del administrado, degradándolo a simple interés, transformando su contenido, e incluso, extinguiéndolo (actos ablatorios). De conformidad con la segunda, la Administración puede obligar al administrado al cumplimiento de una carga que ella misma o la ley le ha impuesto, sin necesidad de recurrir a los órganos jurisdiccionales.

Las potestades públicas cuyo ejercicio corresponde a la Administración son las siguientes: 1) la potestad reglamentaria; 2) la potestad revocatoria; 3) la potestad disciplinaria; 4) la potestad sancionatoria; 5) la potestad organizativa.

B. La potestad reglamentaria

Es aquella en virtud de la cual la Administración puede y debe dictar actos normativos que son de ejecución de la ley, o que recaen sobre materias no reguladas por ella y que le están reservadas (reserva legal). De acuerdo con la existencia de alguno de los supuestos expresados, la potestad será vinculada o reglada, si se da el primero de ellos, o bien independiente o autónoma en la segunda hipótesis. Las

notas esenciales de la potestad reglamentaria son el ser una normación sublegal cuyo contenido es administrativo.

C. La potestad revocatoria

Es una manifestación de autotutela administrativa, esto es, del principio en virtud del cual la Administración ha de cuidar de la legitimidad y conveniencia de sus actos, quedando facultada para eliminar los efectos de aquellos que sean contrarios al orden jurídico o a los intereses protegidos mediante su actuación.

D. La potestad disciplinaria

También es una manifestación de autotutela, ya que a través de la misma la Administración controla y reprime las faltas de los sujetos que se encuentran unidos a ella por una relación de servicio o por un vínculo estable y permanente, en forma tal que al actuar, manifiestan o ejecutan su propia voluntad.

E. La potestad sancionatoria

Está dirigida a penar la falta del administrado derivada del incumplimiento de una norma legal preexistente, cuya obediencia tutela la Administración.

La potestad disciplinaria y la sancionatoria, aun cuando tengan en común su carácter represivo, ya que están dirigidas a reprimir faltas, se aplican a distintas situaciones. En efecto, la diferencia esencial estriba en la naturaleza de la relación jurídica preexistente entre la Administración que ha de aplicar la sanción y el sujeto sobre el cual la misma puede recaer. En la disciplinaria, como antes se expresó, está planteado un vínculo permanente y estable entre la Administración y el sancionado: vínculo éste que bien deriva de una relación de empleo público, o bien de una relación contractual, o finalmente, de la pre-existencia de un acto concesorio. Esta naturaleza estable del vínculo hace que la conducta del sancionado incida sobre el núcleo mismo de la actividad administrativa: sobre su eficiencia y, por ello, implica una forma de autotutela administrativa. En la potestad sancionatoria no hay ningún vínculo de la naturaleza antes dicha.

La Administración actúa, en consecuencia, como pudiera hacerlo un juez ante un supuesto que le toque decidir, en el sentido de que no hay relación anterior con el administrado, pero con la diferencia de que ella es tutora de un interés que ha sido afectado por la conducta del administrado. Es así como surge la sanción fiscal; la sanción al usuario de un servicio público, por citar sólo los casos más resaltantes. De lo anterior se pone en evidencia que el Derecho Sancionatorio es la disciplina atinente a las faltas del administrado lesivas de los intereses tutelados por la Administración que aplica la sanción.

F. La potestad organizativa

A cuyo estudio hemos dedicado un especial interés,²² por lo cual pareciera innecesario cualquier comentario sobre la misma en esta oportunidad, se presenta como el poder de establecer las modalidades de las figuras subjetivas existentes en un ordenamiento jurídico.

G. Los privilegios de la Administración

Revelador del principio expuesto, son también los privilegios de la Administración, constituidos por las exoneraciones que a su favor la ley le acuerda de ciertas cargas establecidas para toda la colectividad. Por lo general se trata de cargas reales de contenido fiscal; o bien, por la atribución de ventajas que amplían su esfera jurídica. Estos privilegios pueden ser tanto procesales como extraprocesales, dependiendo tal distinción del hecho de que operen o no exclusivamente en el ámbito jurisdiccional.

Expuesta la noción de supremacía de la Administración, resulta evidente que la misma opera esencialmente en la actividad administrativa que se manifiesta en actos formales y, específicamente, en aquellos que implican el ejercicio de una función, entendido este término en el sentido que le otorgáramos precedentemente.²³ Sin embargo, tal principio también se pone de manifiesto en las simples actuaciones

Lo que ha de considerarse como excluido de la aplicación del principio examinado es la actividad administrativa sometida al Derecho Privado, en razón de lo cual carece de fundamento el considerar que el mismo es rector del género en sí, esto es, de la actividad administrativa globalmente considerada.

2. Principio de legalidad administrativa

El principio de legalidad administrativa es, como ha sido certeramente afirmado, uno de los pilares esenciales del Derecho Administra-

Ver el Capítulo IV de nuestro libro, en prensa, Teoría general de la actividad administrativa, 1981.

^{23.} Ver idem. Capítulo I.

tivo, apreciándose sin embargo que, paradójicamente, existen pocas monografías recientes sobre el tema, haciendo presumir tal omisión que todo lo que le concierne constituye una materia agotada e inmutable. Por el contrario, su enfoque y estudio ha sido parcial e incompleto por una parte y, por otra, se presenta como una noción dinámica, susceptible de sufrir transformaciones.

El principio en examen encaja dentro de uno más extenso, rector de todo nuestro ordenamiento jurídico que es el del Estado de Derecho, esto es, el del sometimiento de los poderes públicos a las normas que lo rigen. Al efecto, en cierto sentido el principio de legalidad administrativa puede considerarse como la aplicación del que constituye su marco general de ubicación, referido al campo específico de las administraciones públicas. Se observa igualmente que el principio de legalidad constituye una especie del de legitimidad o juridicidad administrativa, con lo cual se está aludiendo a la consideración de que la legalidad atiende a la sujeción a la norma legal, abarcando este último una esfera más amplia: la del bloque de las normas jurídicas en general, tanto formales como sustanciales, tanto escritas como no escritas. En nuestro criterio, la noción de legalidad que es hoy en día unánimemente admitida, se acerca o mejor, se identifica con la legitimidad o juridicidad, en razón de lo cual no vale la pena distinguir otras categorías.

Genéricamente, la legalidad administrativa implica el sometimiento de la Administración a la regla de derecho preexistente, tanto exógena, esto es, la que le es impuesta desde afuera por la Constitución y la ley, como endógena, constituida por la que emana de su propio seno.

La doctrina, sobre todo la que inició la formulación del principio analizado, se preguntó qué significado y extensión tenía la frase indicadora de que la Administración ha de actuar siempre sometida al derecho. ¿Qué implica en una palabra, el término "sometimiento"? Al respecto dos respuestas han sido dadas, a través de las cuales el "sometimiento" al derecho puede entenderse como "no contrariedad" a la regulación legislativa, o bien puede dársele el alcance de "conformidad" con la misma. Derivada de la misma consideración surgen los conceptos de "legalidad sustancial" y de "legalidad formal".

El sentido de la exigencia de la "no contrariedad" al derecho, implica simplemente que los actos administrativos, para ser legales, no pueden ser incompatibles con las normas que facultan la acción. La noción de "conformidad" alude a un vínculo más estrecho y riguroso,

por cuanto, en virtud de la misma, la Administración no podría actuar sin los actos ya previstos, esto es, autorizados previamente por la propia legislación. De allí que de acogerse a la legalidad en el sentido de "conformidad", la actuación administrativa no podrá versar nunca sobre actos no previstos, ya que éstos por definición, no podrían ser conformes a una reglamentación inexistente. La no contrariedad es por ello una noción que deja un margen más extenso a la actividad administrativa, ya que sólo la obliga a no actuar lo que haya sido prohibido en forma expresa, pudiendo en consecuencia, realizar todo aquello que no le ha sido negado, incluso lo no previsto en la regulación legislativa, en base a la consideración de que allí donde no existe ley no puede existir ilegalidad ni irregularidad alguna.

A. Legalidad sustancial y legalidad formal

De los anteriores conceptos derivan igualmente, tal como se observara precedentemente, los de "legalidad formal" y "legalidad sustancial". La primera alude a la necesidad de una base legal para el ejercicio del poder de la autoridad administrativa y, en consecuencia, se agota en la exigencia de una disposición meramente atributiva de una facultad de actuar. La legalidad sustancial está constituida por la necesidad de una ley contentiva de una disciplina, reguladora en su totalidad, de la materia que ha de ser objeto del poder atribuido. Respecto al uso de las expresiones antes indicadas, debe recordarse sin embargo que para algunos autores, la legalidad formal alude al sometimiento a los requisitos de forma; en cuanto que la legalidad sustancial hace referencia al cumplimiento de los requisitos sustantivos o materiales. Se agrega, incluso, dentro de este mismo orden de ideas, la figura de la "legalidad teleológica", que es la exigencia de que el acto se someta a los fines específicos para los cuales fue acordado el poder de dictarlos.

Tal como señaláramos inicialmente, el principio de legalidad es de naturaleza dinámica y por ello ha sufrido transformaciones sucesivas que lo han hecho depurarse y adaptarse a la evolución de los sistemas políticos. Al efecto, puede observarse que este principio nace bajo la monarquía constitucional, adquiriendo en su primera fase de aplicación, el significado de la necesidad de una base legal que, en forma directa o indirecta, se le exigía a los actos de la Administración. La sola existencia de normas atributivas de poder bastan para configurar la vigencia del principio, sin que se exija que el contenido de los actos esté vinculado a la razón por la cual el poder de actuar fuera conferido. Hoy en día, por lo contrario, se ve aparecer en los sistemas

de Derecho Administrativo la exigencia de que la actividad administrativa esté basada en las normas que disciplinan sus poderes, sobre todo en el contenido y en el fin. En tal forma el órgano que recibe el mandato de actuar queda sometido a control, por cuanto no basta con que la orden sea ejercida, sino que ha de serlo en base a las predeterminaciones y objetivos de la norma atributiva.²⁴

B. Primacía de la ley y reserva legal

En general²⁵ la doctrina sintetiza el contenido del principio de la legalidad en el desarrollo de dos grandes postulados: 1) el postulado de la primacía de la ley, y 2) el postulado de la reserva legal. Al efecto, se considera que a través de los preceptos enunciados, se logra el objetivo esencial perseguido, que es el de la sumisión del Ejecutivo a la ley. Por primacía de la ley se entiende la eficacia derogatoria que poseen los actos del Estado, investidos de la forma de ley, frente a todos los que están situados en un grado más bajo de la jerarquía normativa. Por lo que atañe a la reserva legal, la misma alude a la circunstancia de que ciertas materias sólo pueden ser reguladas conforme a derecho mediante ley, o por acto de rango inferior a la ley, pero basados en una expresa autorización legislativa (ley habilitante que faculta para que sean dictados los decretos leyes-regulares).

Cuando una materia está reservada a la ley, su tratamiento por otra fuente determina la antijuricidad de la misma y, consiguientemente, la de todos los actos que de ella deriven. Por lo que respecta a la primacía de la ley, ésta aniquila, por el hecho de su sola existencia, a las normas jurídicas que la contradicen. Reserva y primacía son dos principios íntimamente ligados, ya que donde hay una norma legislativa cede la fuerza de actuación de la disposición ejecutiva que de ella diverge, a menos que exista una autorización expresa del legislador, lo cual dará lugar a actos que tienen eficacia análoga a la de las leyes (entre nosotros los decretos-leyes regulares).

A la dualidad de elementos integrantes de la legalidad, de acuerdo con la tesis dominante expuesta, Moles Caubet 26 agrega una tercera,

^{24.} La materia está detenidamente tratada en Eisenmann: "Le droit administratif et le principe de legalité", en Conseil d'Etat. Etudes et documents. Paris, 1957, fasc. 11, pp. 25 y ss., citado por Carlassare, Lorenza: Regolamenti dell'Esecutivo e principio di lecalitá. Padua, Cedam, 1966, pp. 113 y ss.

^{25.} Jesch, Dietrich: Ley y administración (Estudio de la Evolución del principio de legalidad). Inst. de Est. Adm. Madrid, 1978. C. N., artículo 190, ordinal 8.

Moles Caubet, Antonio: El principio de legalidad y sus implicaciones. Caracas, UCV, 1974.

constituida por el nexo vinculante existente entre la norma y el acto que, en atención a la misma, dicta la Administración.

Este nexo de relación entre norma y acto tiene un efecto variable: algunas veces posee un grado máximo de vinculación, como sucede con la norma taxativa que permite una solución única; otras veces, y tal es el caso de las normas facultativas, ofrece niveles menores de vinculación. Las fórmulas vinculatorias que este autor nos ofrece, son las siguientes: 1) la conexión opera con el absoluto cumplimiento de lo que la ley o la norma ordena imperativamente; 2) la conexión se opera con el exacto cumplimiento de aquello que la ley o la norma prescribe, cuyo contenido ha de permanecer incólume; 3) la conexión se opera al ejercitarse los poderes conferidos por la ley o norma, siempre que sea en las condiciones y en la medida señalada; 4) la conexión se opera con el cumplimiento de aquello que la ley o norma ordenan imperativamente, en las condiciones y en la medida que señalen; conexión se opera cuando, en defecto de una norma dispositiva expresa, el ordenamiento jurídico no prohíbe la conducta administrativa. El autor antes citado analiza tanto en los actos reglamentarios como en los actos singulares la aplicación casuística de las modalidades en que opera la vinculación entre ellos y la norma.

C. Derivaciones inmediatas del principio de legalidad

Tal como lo señalaremos al analizar el principio de legalidad, en un estudio relativo a los procedimientos administrativos, cabe sintetizar las técnicas que la doctrina ha aislado a los fines de garantizar la realización de dicho principio, en algunas notas características, a saber: 1) la ejecución administrativa de las leyes formales, en virtud del principio de división de los poderes, corresponde al Poder Ejecutivo, del cual la Administración es el instrumento, en razón de lo cual a ésta se le asigna la aplicación de las normas generales que emanan del Poder Legislativo y de las que, en base a las mismas, son dictadas en ejercicio de la potestad reglamentaria; 2) las normas son aplicables en acatamiento de su ordenación jerárquica, esto es, del llamado orden jerárquico normativo; 3) en base al principio tu patere legem quam feciste. a la Administración le está prohibido alterar, mediante actos singulares, el contenido de los actos generales, incluso cuando tales disposiciones provienen de un órgano inferior al que dicta el acto particular. La regla anterior conforma el llamado axioma de la inderogabilidad de la norma reglamentaria mediante actos singulares; 4) la aplicación de la regla teleológica, en virtud de la cual la Administración ha de perseguir en todas sus actuaciones el interés público, que constituye para todos sus órganos el interés primario; 5) la potestad de revisión de los actos administrativos y la extinción de sus efectos por parte de la propia Administración, mediante el ejercicio de la potestad revocatoria y el control de los mismos por la vía de los recursos contencioso-administrativos.

Analizadas las cuestiones anteriores, esto es, efectuado un examen de los puntos esenciales que implica el principio de legalidad administrativa, surge la evidencia de lo que señaláramos inicialmente, que dicho principio constituye la estructura del Derecho Administrativo clásico, esto es, del Derecho Administrativo que estudia y atiende a la actuación de la Administración Pública regida por el Derecho Público. En efecto, del estudio del principio de legalidad arranca necesariamente el de la discrecionalidad administrativa y el de las llamadas circunstancias extraordinarias. Igualmente, todo lo relativo al control de los actos administrativos, ya que se estima que dicho control es esencialmente de legalidad e implica la revisión, por la vía administrativa (recursos administrativos) y por la vía jurisdiccional (control contencioso-administrativo). Obviamente, este principio sólo será aplicable a la actuación administrativa que se ciñe al Derecho Público, escapando, en consecuencia, al mismo la que opera en el campo del Derecho Privado, en el cual la Administración como tal, no puede tildarse de "poder público". En efecto, la consagración de este postulado ha sido visto por doctrina y jurisprudencia²⁷ en el artículo 117 de la Constitución Nacional, al establecer dicha norma que ella y "las leyes definen las atribuciones del Poder Público y a ellas debe sujetarse su ejercicio".

3. Principio de discrecionalidad

A. Orígenes. Tesis relativas a su fundamentación. Discrecionalidad y autonomía de la voluntad

La discrecionalidad administrativa, uno de los temas más estudiados en el campo del Derecho Administrativo, presenta la complejidad que es propia de todos aquellos que tienen sus bases en la Teoría General del Derecho, a cuyo ámbito pertenece. El primer problema que el mismo plantea es el de la determinación de si la discrecionalidad es un calificativo propio del poder en base al cual los actos son dictados;

^{27.} Ver Brewer-Carías, A. R.: "Los límites del Poder Discrecional de las autoridades administrativas", en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo I, pp. 15 y ss. Caracas, 1975. En el trabajo indicado figuran abundantes referencias jurisprudenciales.

si corresponde a la actividad misma, o si, finalmente, se considera propia del efecto o resultado esencial de esta última, esto es, del acto que de ella deriva. Se trata de tres momentos estrechamente enlazados de un solo proceso: la potestad inherente al órgano de producir transformaciones en el mundo jurídico; el momento dinámico en el cual esta potestad se actúa y el resultado final de la misma, condensada en el acto. Hoy en día, la doctrina mayoritaria se inclina a considerar que a cualquiera de las tres manifestaciones del actuar administrativo es atribuible lo que podríamos denominar como potestad discrecional.

La problemática de la discrecionalidad está estrechamente enlazada a sus orígenes, los cuales se encuentran en el control jurisdiccional de la Administración. El término como tal es usado por primera vez por los escritores franceses del siglo XIX,²⁸ a propósito de la administración graciosa (de gracia), la cual tendría el carácter de ser libre, calificándosele como discrecional. En efecto, esta actividad de gracia se contraponía a la administración contenciosa que se encontraba completamente sometida a la ley. Ambas administraciones se distinguían igualmente por el hecho de que la segunda era idónea para crear derechos a los particulares, lo cual no sucedía con la primera, de la cual los particulares no podían derivar la protección jurídica de sus intereses. Durante mucho tiempo se mantuvo la tesis, que aún se encuentra aceptada implícitamente en muchos de los autores que tratan la materia, de que la actividad discrecional, por no ser ejecución de la ley, no crea derechos subjetivos, a diferencia de la vinculada. Esta posición carece de fundamento, bastando la sola constatación de que existen actos vinculados que no son idóneos para crear tales derechos.

La conceptuación imperante sobre la discrecionalidad en los primeros tiempos en que la doctrina trató dicho tema, se encuentra conectada estrecha e indisolublemente con el control jurisdiccional que se ejerce sobre la Administración, siendo característica de tal orden de ideas, la definición que de la misma nos da Presutti,²⁹ al considerar que ella se concreta en la inenjuiciabilidad por parte de los órganos que ejercen el control de mera legitimidad, por lo cual un acto administrativo será discrecional, en la medida en que el derecho objetivo no permita que un órgano jurisdiccional que ejerza dicho control tenga sobre el mismo poder de revisión. Se enuncia así la definición del

^{28.} Waline: "Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le controle jurisdictionel", en Revue de Droit Public, 1930, p. 204.

^{29.} Presutti, Enrico: "Discrezionalitá pura e discrezionalitá técnica", en Giurisprudenza Italiana, Año 1910, pp. 10 a 53.

acto discrecional como la de aquel que escapa al control del juez, carente del poder de revisión de mérito.

Todas las tesis que tratan la noción de discrecionalidad, en una u otra forma asimilan su contenido a la idea de libertad. La discrecionalidad se visualiza así como una esfera de libertad dentro del círculo cerrado de la legalidad administrativa, destinada a permitirle a la Administración en ciertos campos específicos, una actuación que no sea simple ejecución de un dispositivo general. Libertad es entendida como una noción que se contrapone a vinculación, ya que lo vinculado es lo que está atado o condicionado a otra acción o conducta; lo libre es lo que carece de ataduras y compromisos, porque implica un poder propio de decisión. Cuando una facultad está vinculada, se encuentra condicionada la actuación que de ella se derive a una conducta preestablecida y a unos efectos previamente delimitados. Desde este punto de vista, la libertad de la cual gozaría el ente público, a través de la discrecionalidad, sería algo análogo a la autonomía privada de la cual disfrutan los particulares. La inserción en el desarrollo de nuestro tema de los términos autonomía privada obliga a determinar su extensión, limitándonos obviamente a hacer consideraciones generales, ya que se trata de una materia que ha sido tan extensamente elaborada que no es posible exponer en su totalidad las distintas tesis que sobre la misma se han formulado.

Lo que sí vamos a considerar como admitido, es la posición que sostiene que la autonomía puede actuar tanto en el campo público como el privado, reconociéndose sin embargo que en cada una de dichas esferas adquiere características especiales. Otro punto que podemos admitir como cierto es el de que la autonomía pública, o autonomía en el campo del Derecho Público, es esencialmente expresión de actos unilaterales, en los cuales está presente el principio de supremacía que fuera objeto de una anterior exposición. Por el contrario, no es admisible la consideración de que la autonomía privada es característica de los actos bilaterales, por presuponer entre los objetos actuantes una posición de paridad e incluso de igualdad, ya que típica manifestación de dicha autonomía privada son las disposiciones testamentarias, que constituyen actos unilaterales por excelencia.

La autonomía privada, si se acoge la tesis de Ferri,30 puede ser vista como el poder atribuido por la ley a los particulares para crear

^{30.} Ferri, Luigi: L'Autonomia privata. Giuffré, 1959.

derecho, esto es, para establecer normas jurídicas, con lo cual, siempre de conformidad con dicha posición, el negocio jurídico se presenta como una fuente normativa y, en consecuencia, la autonomía es el poder dirigido a estatuir la norma de derecho. Ahora bien, la autonomía privada no es el ejercicio de una función, entendida esta última en el sentido que expresáramos en su oportunidad,³¹ por lo cual no tiende a la obtención de un fin preestablecido, sino que tales fines lo señalan los propios sujetos que la ejercen. De lo anterior hay que deducir que cuando la autonomía es ejercida por un ente público se transforma en función y, en consecuencia, está destinada a cumplir con los fines que va le han sido señalados al efecto. De allí que la autonomía privada y la autonomía pública difieren en el hecho de que la primera no constituye una función y la segunda sí lo constituye, porque está mediatizada a fines específicos que condicionan su ejercicio y efectos. Tal como lo señala agudamente Simi, 32 el particular, si bien tiene límites a su autonomía, ya que ésta puede ser sacrificada por las exigencias públicas, no tiene sin embargo, la obligación de conseguir ni de operar en forma vinculada para la satisfacción del interés para el cual la autonomía lo faculta, pudiendo denominarse los eventualmente establecidos como límites externos. Por el contrario, el sujeto público, en ejercicio de la autonomía, obra para el alcance de un fin que lo vincula por un nexo interno que debe guiar su voluntad y que resulta del interés público, en vista del cual le fue atribuido el poder. Esta actuación del ente público se encuentra controlada en forma tal que se califica de ilegítima a la acción que se desvía del fin o esté en contradicción con el interés por el cual ha sido atribuido el poder de actuar. La autonomía privada se presenta así como una verdadera libertad reconocida en el interés del sujeto titular, en cuanto que la autonomía pública es sólo el poder de valoración vinculado al fin. En el primer caso el ordenamiento jurídico autoriza y legitima la actividad del sujeto; en el segundo caso la establece como carga.

Vista la noción de autonomía en sentido general, es indudable que la discrecionalidad constituye en el campo del Derecho Público una manifestación de la misma. Aun prescindiendo de este nuevo elemento conceptual, puede considerarse que las tesis dominantes en los momentos actuales, relativas a la noción de discrecionalidad, la conceptúan como una esfera de libertad limitada por la ley, en la cual

^{31.} Ver supra, p. 208.

^{32.} Simi, Valente: "Il potere discrezionale como carattere essenziale della Pública Amministrazione", en Rivista Trimestrale di Diritto Púbblico, Año 1960, Tomo 4, pp. 879 a 933.

la actividad estaría preordenada por un elemento teleológico que, en general, tal como lo señala Giannini,33 se denomina fin de interés público. Este autor nos indica que de esta idea central arrancan una serie de posiciones que muchas veces son simples matices de la misma. El elemento común es así el fin de interés público, considerando la más elemental de las corrientes señaladas que dicho fin es una necesidad de la actividad discrecional, ya que, si jurídicamente cualquier libertad debe ser necesariamente limitada, en el caso presente el límite estaría justamente dado por la necesidad de actuar ese interés público. Si se razona en el sentido de que la Administración tiene por objetivo actuar el interés público, la discrecionalidad sería entonces una actuación libre. Sin embargo, tal afirmación choca contra la realidad de que "actividad libre" en el sentido de la que realizan los particulares y actividad discrecional son cosas distintas, por lo cual no es posible hacer la equiparación entre ésta y libertad. Bernat Zik elude el uso de la palabra libertad,34 indicando al efecto que la discrecionalidad es el poder de órgano que se manifiesta en un deber, por cuanto el funcionario está obligado a perseguir el interés público, mediante un conjunto de sanciones que califican de delito o de falta disciplinaria a la violación de tal cometido: el poder discrecional en consecuencia no sería libre, sino que la garantía de cumplimiento de este deber sería de naturaleza preventiva y consistiría en el juramento que los empleados prestan, en su posición social, en su preparación y en la independencia que les debe ser asegurada. Su significado no sería, en consecuencia, el de la libertad o de un arbitrio subjetivo, sino que estaría condensado en el hecho de no estar vinculados a precisas normas jurídicas, apareciendo así el concepto de "norma elástica". Tezner contradice la tesis de Bernatzik. sosteniendo que era vago el concepto de cumplimiento del deber de actuar en la mejor forma, tratando de demostrar que existe siempre la posibilidad de adoptar la mejor escogencia, mediante la aplicación de normas técnicas relativas al interés público que ha de atenderse. Ambos autores tratan de identificar el procedimiento lógico de la Administración con la actuación del juez y, en consecuencia, a reducirlo a una simple actividad interpretativa. En este mismo orden de cosas y siempre siguiendo el análisis de Satta, nos encontramos con que otros escritores posteriores (W. Jellinek, trataron de hacer más concreta la noción, considerando que la misma estaba constituida por la actuación

^{33.} Giannini, M. S.: L'Interpretazione dell Atto Amministrativo e la Teoria Giuridica Generale dell'Interpretazione. Milán, Giuffré, 1939, pp. 209 y ss.

^{34.} Citado por Satta, Filippo, en Principio di Legalità e Pubblica Amministrazione nello Stato Democratico. Cedam, Padua, pp. 148 y ss.

del funcionario en el caso concreto, realizada mediante una valoración individualizada de los propios fines específicos.

Encontrándonos ya a esta altura de nuestra investigación, podemos comenzar a sacar conclusiones sobre el alcance del poder discrecional; determinar en qué consiste específicamente dentro de la esfera de los restantes principios analizados; sobre qué tipos de actos recae; sobre qué elementos de la actuación opera y, finalmente, cuáles son los rasgos o notas característicos que nos permiten identificar su presencia.

En lo que toca al primer punto indicado, el poder discrecional se nos presenta como una potestad acordada por la ley, que permite a la Administración una actuación diferente a la simple ejecución de la norma general; que excede de la mera aplicación de un dispositivo preexistente cuando se está ante un caso específico; que no se limita a constituir una simple traducción a un nivel más concreto de los dispositivos genéricos contenidos en la regla jurídica. La actividad administrativa es, en base al principio de legalidad, una actuación vinculada, porque la ley le establece no los límites negativos para que opere en el mundo jurídico, sino que le señala el ámbito o esfera positiva dentro de la cual debe operar. En lo que toca a la actuación sometida a la regla de la tipicidad, como veremos, la Administración al ceñirse a la misma, opera sobre las situaciones concretas que le toca decidir y, tal como lo haría un ejecutante ante un patrón o modelo, se limita a reproducir la forma y elementos ya delineados. La discrecionalidad, por el contrario, implica que dentro de la facultad de actuación que a la Administración le reconoce la ley, porque estamos siempre ante el principio de legalidad que actúa inderogablemente y con todas sus fuerzas, se le acuerda un margen dentro del cual ella pueda pronunciarse en forma espontánea y original, no ceñida a condicionamientos previos contenidos en la norma facultativa. Si se nos permite la imagen comparativa podríamos indicar que, con la discrecionalidad, la Administración no sigue simplemente una receta conocida, sino que ella establece los ingredientes y el tiempo de preparación, el know how operativo. El principio de legalidad operaría como la receta a la cual hay que ceñirse; el de tipicidad como la mezcla precocida en la cual la participación activa del ejecutante está en suministrar agua o calor o ambas cosas; la discrecionalidad implica la libertad del ejecutante de poner en juego su experiencia, su poder de apreciación, su buen conocimiento de los hechos, medios y circunstancias sobre las cuales operará su actuación.

B. Elementos sobre los cuales recae la discrecionalidad

La discrecionalidad es así un margen de autodeterminación acordado por la Ley a la Administración para que actúe. Este margen o esfera podrá implicar su libre actuación en relación al contenido del acto, esto es, al quid. Entendemos al efecto por contenido del acto, todo aquello que constituye el actuar de la Administración, podríamos incluso decir que es la "acción misma", lo que en la oración gramatical constituye el verbo. De allí que el contenido es el autorizar, el sancionar, el revocar, el prohibir, el acordar, el negar, el restringir, el conceder, y podríamos continuar indefinidamente. Existirá en consecuencia discrecionalidad que verse sobre el quid cuando queda librada a la Administración la disposición misma que ha de tomarse, bien en forma totalmente libre, o bien en forma de una alternativa.

La discrecionalidad puede recaer igualmente sobre la oportunidad de la providencia que ha de ser dictada, esto es, sobre el "cuándo" procede. Se dice en estos casos que la discrecionalidad versa sobre el "an". En este caso la Administración tiene el poder de apreciación sobre el elemento temporal de la providencia que ha de tomar.

Finalmente, la discrecionalidad puede recaer sobre otros elementos circunstanciales, específicamente sobre los que aluden a las modalidades de su formación, esto es, al cómo ha de producirse la providencia, a lo que se denomina el "Quomodo". De allí que la discrecionalidad le permitirá en tales casos a la Administración señalar el medio que ha de ser utilizado, el monto, la forma, la medida, la extensión.

Especificando los elementos sobre los cuales puede recaer la discrecionalidad, la misma se nos presenta como una zona franca dentro de la actividad administrativa, en la cual la Administración tiene un poder de autodeterminación acordado por la ley, característica esta de tal importancia que los teóricos de la Escuela Formalista llegan a considerarla metafóricamente como un cheque en blanco que el legislador le otorga.

Nos corresponde ahora determinar otro de los puntos de nuestro planteamiento inicial, esto es, sobre qué tipos de actuaciones recae la potestad discrecional, es decir, establecer si ella es propia tanto de los actos generales como de los individuales, o si por el contrario está limitada exclusivamente a estos últimos. Al respecto, consideramos que la Administración posee, en lo que toca a su poder de dictar normas jurídicas, una potestad específica que es la potestad reglamentaria, la cual presenta sus propios elementos y límites y arranca de una autóno-

ma fundamentación. Todo lo referente a la apreciación de los elementos y situaciones jurídicas sobre los cuales han de actuar los reglamentos, pertenece al campo de esta potestad normativa que es propia de los órganos superiores de la Administración y que constituye algo sustancialmente distinto de la discrecionalidad, aun cuando pueda recordarse que algunos autores han llegado a estimar que ésta constituye la razón jurídica de aquélla, por cuanto el órgano dotado de la libertad para actuar en los casos específicos, bien puede refundirlos todos y decidir de una vez, estableciendo para ciertos supuestos fijos, consecuencias jurídicas de igual naturaleza.35 Respecto a esta tesis, no podemos dejar de indicar que la misma se presenta como endeble, por cuanto sin necesidad de utilizar mayores argumentos, es obvio que tropieza contra el grave escollo de la constatación de que no todos los órganos dotados de discrecionalidad están igualmente dotados de potestad reglamentaria, ya que esta última pertenece sólo al núcleo reducido de los órganos superiores, en cuanto que la primera es atribuida a órganos de distinto grado jerárquico. De lo anterior se evidencia que ambas potestades no sólo tienen, como se señaló inicialmente, distinta naturaleza, sino también distintos titulares, en razón de lo cual hay que considerarlas como situaciones plenamente diferenciales. En los actos normativos de la Administración el fundamento es la potestad reglamentaria, o para indicarlo con mayor claridad, las relaciones entre la Administración y la ley para la emanación de actos normativos, es algo que incumbe a la potestad reglamentaria y en donde no juega ninguno de los preceptos que interesan a la discrecionalidad. Esta última, por su parte, opera tanto en los actos generales no normativos como en los actos individuales, siendo justamente en estos últimos donde incide con mayor intensidad.

C. Fórmulas legales identificadoras de la discrecionalidad

Despejados los puntos esenciales del problema de la discrecionalidad, nos corresponde analizar los elementos que permiten determinar

^{35.} Además de la crítica antes indicada, Zanobini le formula a la tesis que fundamenta en la discrecionalidad, la potestad reglamentaria, otras. En efecto, si bien es cierto que cualquier autoridad investida de poder puede disciplinarlo con normas propias, tal hecho no implica que al hacerlo cree siempre normas de derecho objetivo, ya que tales normas pueden constituir un imperativo de la autoridad dirigido a sí misma y a los órganos dependientes; pero no una norma obligatoria para todos. Tal poder puede ser el fundamento de una potestad normativa interna; pero no de la potestad reglamentaria propiamente dicho. Por otra parte, si el acto contiene imperativos dirigidos a los ciudadanos, tal cosa puede implicar que se trata de un acto administrativo general, no de una norma jurídica como lo es el reglamento. Zanobini, Guido: Corso di Diritto Amministrativo. Giuffré, 1958, VI, I,

la existencia del poder en base al cual es posible su ejercicio. La discrecionalidad se nos ha presentado como una posibilidad de escogencia, la cual obviamente presupone una facultad de valoración, ya que la preferencia de un sujeto entre varios objetos o fines eventuales implica una razón específica en la cual fundarla. Veamos, conjugando todos estos elementos y partiendo de los ejemplos que los textos de nuestro derecho positivo nos ofrece, cuáles son las fórmulas identificadoras en una norma jurídica de la existencia de una facultad discrecional.

El primer elemento identificador y, a nuestro entender, el más claro y simple, está en la naturaleza de la norma facultativa de la actuación, la cual se revela en el verbo usado por el legislador, el cual puede ser categórico, o puede ser permisivo. En esta última circunstancia se está otorgando una libertad de apreciación que constituye una esfera de discrecionalidad. Al respecto, es ilustrativo, aun cuando aluda exclusivamente a la función jurisdiccional, el artículo 13 del Código de Procedimiento Civil, que reza textualmente: "Cuando la ley dice: «el Juez o Tribunal puede o podrá», se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad". La legislación administrativa es rica de ejemplos al respecto, siendo indiferente que el verbo permisivo se refuerce con alguna frase expresiva de su voluntad de acordar la potestad que se analiza. Un ejemplo de la última situación indicada está en el artículo 21 de la Ley sobre Armas y Explosivos, 36 que establece: "El Ejecutivo Federal podrá, cuando juzgue conveniente y previa presentación de fianza personal por el interesado, autorizar a una persona para importar un arma de fuego que no será nunca de las de guerra enumeradas en el artículo 3º de esta ley, y siempre que su importación y el uso a que se destine, se haga de acuerdo con los Reglamentos que aquél dicte sobre la materia. En todo caso, se entiende que la autorización concedida podrá ser revocada cuando lo tenga a bien el Ejecutivo Federal, quien llegado el caso, recabará el arma respectiva y sus municiones, con destino al Parque Nacional". El verbo utilizado, independientemente de los restantes elementos, constituye por sí mismo el establecimiento de una facultad discrecional. Un ejemplo de norma categórica es por el contrario la que se transcribe, de la Ley de Carrera Administrativa,37 en la cual se señala la obligación del

p. 69. Indica al efecto el autor citado entre los partidarios de dicha tesis a Codacci-Pisanelli, Cammeo, Ranelletti, Betti y Romano, indicando sin embargo que este último en sus posteriores escritos se alejó de la tesis indicada.

^{36.} Ley sobre Armas y Explosivos, del 12 de junio de 1939.

^{37.} Ley de Carrera Administrativa, del 3-9-70, reformada por Decreto 914, del 13-5-75, de conformidad con lo previsto en el ordinal 9 del artículo de la Ley Orgánica

organismo competente de otorgar a los funcionarios que hubiesen ingresado por concurso y designados conforme al procedimiento que ella señala, el llamado "certificado de funcionario de carrera". Al efecto, el artículo 36 de la mencionada ley, en su parágrafo primero, señala: "La Oficina Central de Personal expedirá a los funcionarios de carrera nombrados de conformidad con este artículo para el ejercicio de funciones públicas, un certificado que acredite tal carácter".

El segundo elemento identificador está en el establecimiento que haga la norma atributiva de competencia de un concepto jurídico indeterminado, cuya constatación o existencia corresponda al órgano administrativo. Se trata de esos conceptos abstractos o genéricos cuyo alcance no está legalmente determinado. Se trata de nociones tales como las de "interés público", "necesidad pública", "sanidad nacional", "urgencia", "circunstancias extraordinarias", "graves motivos", "buena marcha de los servicios". La actividad administrativa se basará en una función esencialmente interpretativa, ya que la potestad discrecional tiene el carácter de un poder determinado por la ley de delimitar individualmente un concepto no precisado por ella misma.

No puede dejar de anotarse al efecto, que hay quien ha estimado que al estar presente este elemento abstracto, se está haciendo un reenvío a ciertas normas no jurídicas adscritas entre las fuentes subsidiarias que reglen la actividad administrativa, normas que son propias de la técnica administrativa. Al respecto Mortati³⁸ considera que cuando la ley atribuye un poder o regula directamente su uso, o bien lo regula parcialmente o se limita al mero conferimiento del poder mismo, en estos dos últimos casos lo que está haciendo es un reenvío a una fuente subsidiaria, en base a la cual el órgano debe determinar en concreto la propia actividad. Esta tesis es objeto de críticas por parte de Giannini, 39 quien estima que el reenvío a esas supuestas reglas no las transforma en normas jurídicas; sin embargo, con la tesis del reenvío, la violación de la norma técnica debe tener necesariamente efectos jurídicos directos, por cuanto lo que es violado en primer lugar es la norma general. Con tal tesis, señala el último autor citado, cualquier diferencia entre mérito y legitimidad es abolida, ya que si cualquier violación de normas técnicas equivale a violación de ley, toda actividad libre de la Administración está dominada por las normas técnicas. No

que autoriza al Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera.

^{38.} Mortati, Constantino: Voz "Discrezionalitá", en Novissimo Digesto Italiano, Tomo V, pp. 1099 a 1109.

^{39.} Giannini, M. S.: L'interpretazione dell'atto amministrativo. Milán, 1939.

puede alegarse que falta la consecuencia sancionadora por la violación de la ley, ya que el autor comentado recuerda que las normas técnicas son *minus quam perfectas*, lo cual significa que se caracterizan por la ausencia de sanciones, no por las de enjuiciabilidad.

Continuando con el desarrollo de nuestras notas identificadoras de la actividad discrecional, una de ellas se encuentra en la inclusión de facultades residuales una vez hecho el enunciado taxativo. El legislador faculta a la Administración al efecto en estos casos, para "aplicar otras medidas que considere conveniente" o para utilizar "las restantes formas", o incluso para "asumir cualesquiera otras decisiones".

Reveladora de la potestad discrecional acordada al órgano administrativo, es la existencia de una facultad disyuntiva, o alternativa, ya que ella implica un poder de escogencia y, en consecuencia, de autónoma valoración en la forma precedentemente analizada. La Administración queda así facultada para hacer esto o aquello; para escoger este procedimiento o el otro; para determinar su preferencia ante varias alternativas propuestas. En la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo, el legislador establece en su artículo 66: "Previo el informe del interventor, el Superintendente podrá adoptar una o varias de las siguientes medidas: 1) suspender a los administradores de la entidad por un plazo determinado o removerlos; 2) imponer multas a los administradores responsables de las entidades hasta por un máximo de cinco mil bolívares por persona; 3) asumir la administración de la entidad por tiempo determinado; 4) acordar la fusión de la entidad con otra; 5) resolver la disolución de la entidad y ordenar la liquidación".

Constituye igualmente índice de la potestad discrecional acordada, la fijación por parte del legislador de un límite máximo que bien puede aludir a una pena o sanción o a un lapso de tiempo, ya que la fijación en la amplia escala inferior a dicho límites, queda liberada así a la determinación del órgano facultado para actuar.

A nuestro juicio, es claramente índice de la existencia de una potestad discrecional, la facultad de atender por "vía de gracia" determinadas solicitudes. Al efecto, esta vía o medio, puede ser establecido tanto como procedimiento de primer grado, esto es, de formación originaria de la voluntad administrativa, o bien como procedimiento de segundo grado, es decir, de revisión o reexamen de los del primer tipo indicado. Respecto a la existencia misma del procedimiento utilizado en tales casos, consideramos que de no existir uno previsto al respecto,

la discrecionalidad radica no sólo en la facultad de conocer y decidir sobre la solicitud, sino también en el establecimiento del *modus operandi*, esto es, del trámite procedimental.

Consideramos igualmente que la facultad acordada a la Administración de aclarar dudas y casos no previstos es una facultad discrecional, por cuanto se le está dejando establecer tanto los supuestos como las consecuencias de las situaciones jurídicas que se les planteen, aplicando su sentido de valoración de los hechos y las circunstancias. La facultad antes indicada constituye indudablemente el desarrollo de una labor interpretativa; pero justamente en el proceso hermenéutico está presente la discrecionalidad, porque el mismo no implica ni puede implicar el sometimiento a una disposición preexistente, sino que constituye una labor predominantemente técnica de búsqueda del alcance y sentido del orden jurídico para el caso específico. Debemos señalar, en relación al supuesto que hemos expuesto constituido por la facultad de aclarar dudas y casos no previstos, que la misma puede tener un alcance normativo, cuando constituye el ejercicio de una potestad reglamentaria, o bien, y es el caso que nos interesa, puede aludir a la emanación de proveimientos individuales. Independientemente de la discutible legalidad de la facultad acordada para la primera hipótesis, en vista de que pareciera implicar una forma de delegación legislativa, dando lugar a la contradictoria figura de los llamados "reglamentos delegados", no puede dejar de anotarse que la enunciación de dicha facultad por lo general es efectuada en forma tal que deja la duda sobre el efecto del acto que de ella derive. Es decir, por lo general su enunciado no precisa si la facultad se limita a los casos particulares o si a través de ella pueden ser dictadas verdaderas normas reglamentarias. Ejemplo de lo antes dicho es el dispositivo del artículo 121 de la Ley Orgânica de la Hacienda Pública, en la cual se señala: "El Ministerio de Hacienda queda facultado para resolver sobre la forma en que gozarán de vacaciones los empleados de las oficinas, atendiendo a sus razones personales, sobre el número de días de vacaciones que hayan de disfrutar los empleados que tengan menos de once meses en el ejercicio de sus respectivos cargos y sobre cualesquiera dudas que se suscitasen en la aplicación de este artículo". A nuestro entender, la disposición está derogada tácitamente por la Ley de Carrera Administrativa; pero es representativa de la problemática antes indicada. Igualmente típica de la facultad expuesta es la norma contenida en el artículo 190 de la Ley de Universidades vigente, que señala: "Los casos dudosos o no previstos en la presente ley, serán resueltos por el Ejecutivo Nacional".

Manifestación clara de la discrecionalidad administrativa es la facultad de declarar reservado o secreto un documento. Se trata de la facultad acordada al órgano administrativo de limitar el principio de publicidad que es rector del procedimiento administrativo. En nuestra legislación, el secreto ha sido una extensa facultad a la Administración Central en perjuicio del principio antes señalado. Ya lo establecía el derogado Estatuto Orgánico de Ministerios y lo ha mantenido la nueva Ley Orgánica de la Administración Central, la cual al efecto señala en su artículo 53, parágrafo único, lo siguiente: "Podrá acordarse judicialmente la copia, exhibición o inspección de determinado documento, expediente, libro o registro y se ejecutará la providencia a menos que, por razones de seguridad u oportunidad para el Estado, el órgano superior respectivo resuelva que dicho documento, libro, expediente o registro es de carácter reservado o confidencial". Este dispositivo está reafirmando el carácter "reservado" de los archivos de la Administración, el cual es establecido en un artículo anterior, el 54, que establece lo siguiente: "Los archivos de la Administración Pública Nacional son por su naturaleza reservados para el servicio oficial. Para la consulta de los mismos por otros funcionarios o particulares, deberá recaer autorización especial y concreta del órgano superior respectivo".

Por su parte, el Reglamento Interno de la Contraloría General de la República, dictado por el Contralor General en base a la autonomía normativa que la ley orgánica respectiva le acuerda, de fecha 22 de abril de 1975, concede dicha facultad a los directores del antes mencionado organismo, señalando al efecto: "Artículo 92. Las copias certificadas que solicitare cualquier funcionario público, o interesado, sólo se expedirán por orden del director respectivo, y serán firmadas por funcionario de la Dirección a quien se atribuya dicha competencia, salvo que por razones de seguridad u oportunidad, el Director respectivo resuelva que los documentos cuya copia certificada se solicita sean de carácter reservado o confidencial". Una norma de idéntico contenido y redacción se encuentra en el Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que fuera dictado por Decreto del Presidente de la República, número 867, del 22 de abril de 1975, en el artículo 34.

Es manifestación de una potestad discrecional la existencia de una vía de excepción a través de la cual la Administración puede actuar, cuando dicha vía no está expresamente prevista, para atender determinadas solicitudes e incluso para actuar de oficio. De igual naturaleza es la facultad de establecer excepciones a los propios supuestos nor-

mativos. Ejemplo de esta última hipótesis es el artículo 3º del Reglamento de Becas para Estudios en el Extranjero, dictado mediante Decreto Nº 963, del 10 de octubre de 1967, en el cual se establece lo siguiente: "Las becas que concedan los Ministerios, Institutos Autónomos y empresas en las cuales el Estado posea el 50 por ciento o más del capital social, se destinarán a estudios o cursos de especialización o de perfeccionamiento que no puedan realizarse en institutos docentes o de investigación existentes en el país. Sin embargo, la Comisión de Becas para Estudios en el Extranjero, previo análisis de los casos que le sean sometidos, podría por la vía de excepción, autorizar la concesión de becas para realizar estudios en el extranjero aunque sean realizables en el país".

En este mismo orden de ideas, es manifestación de discrecionalidad la facultad acordada por una norma a la Administración para realizar o permitir la realización de actos que ella misma prohíbe en vía general. Ejemplo de este tipo de facultades es la contenida en el Reglamento de la ley que fija normas al Ejecutivo Nacional, para crear una zona franca en el Estado Nueva Esparta y en otras regiones del país, dictado por Decreto 887, del 29 de julio de 1967. Establece al efecto el artículo 9 del mencionado Reglamento en su Parágrafo Unico: "No obstante lo dispuesto en este artículo, el Ejecutivo Nacional queda facultado para permitir la introducción de determinadas mercaderías de prohibida importación". En la misma norma, en el artículo 88, parágrafo único, aparece un nuevo ejemplo de la facultad expuesta, ya que el mismo indica: "El Ministerio de Hacienda queda facultado para permitir, cuando las exigencias del tráfico lo determinen, que el transporte pueda realizarse por vehículos extranjeros".

En algunos casos, la facultad discrecional es acordada para que la Administración establezca excepciones temporales al régimen general. Ejemplo de tal situación es la facultad establecida en el artículo 23 del Reglamento Nº 4 de la Ley Orgánica del Ambiente sobre Ruidos, el cual indica que: "El Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables podrá, de oficio o a petición de parte, exceptuar temporalmente de la aplicación de las disposiciones establecidas en este Reglamento sobre niveles de ruidos permitidos, aquellas actividades que por limitaciones de carácter técnico o por otras causas debidamente justificadas a juicio del Ministro, no puedan cumplir con esas limitaciones".

Característico de la existencia de una potestad discrecional, es la facultad de determinar sobre qué personas o cosas recaerá el disposi-

tivo de una norma jurídica, ya que en tal caso se está dejando la determinación específica del objeto del acto a la escogencia del órgano administrativo. Ejemplo de un supuesto de tal índole, es el contenido en el Decreto 512, del 9 de enero de 1959, que establece condiciones para la adquisición de bienes destinados a la Administración Pública en el exterior. Al efecto, el artículo 4º de dicho Decreto, establece que: "El Consejo de Industrias determinará los bienes a los cuales se aplicará el presente decreto y los recargos en cada caso".

La existencia de pretensiones alternativas a favor de la Administración y contra el administrado, constituye obviamente para ésta el ejercicio de una potestad discrecional. Ejemplo de tal facultad es la que se acuerda al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, en el artículo 87 de la ley correspondiente, el cual, en su parágrafo segundo establece: "El Instituto Venezolano de los Seguros Sociales tendrá derecho a exigir, no sólo el pago de las cotizaciones atrasadas, sino también el reembolso, ya sea de la totalidad de las prestaciones suministradas y en curso de pago, o bien la diferencia entre estas prestaciones y las que hubieren sido debidas si las declaraciones del patrono hubieran sido exactas".

La Administración queda en otras oportunidades facultada para escoger entre varios procedimientos posibles. Es el caso de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos, la cual establece en su artículo 117 una facultad de escogencia entre varios sistemas por la misma previstos. Al efecto, dicha norma establece: "Cuando las tierras cultivables sean insuficientes en extensión para cubrir el número de parcelas necesitadas, se podrá estudiar la manera de aumentarlas por cualquiera de los dos procedimientos siguientes: 1) convirtiendo al cultivo tierras de pastos o de montes, mediante el concurso voluntario del Ejecutivo Federal, del Estado, del Municipio o de los particulares; 2) convirtiendo al cultivo terrenos inaprovechados, mediante la ejecución de obras de riego, saneamiento o desecación, en las mismas condiciones de ayuda a que se refiere el inciso anterior".

Es manifiesta la existencia de una potestad discrecional cuando la ley le atribuye carácter no vinculante a los dictámenes que ilustran el criterio de la Administración, bien sean obligatorios o bien facultativos; y aún más clara aparece dicha facultad en los casos en los cuales exista una norma expresa que permita a la Administración no motivar la decisión. Ejemplo de esta última hipótesis es el artículo 37 de la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo, el cual establece: "El Ejecutivo Nacional, oída la opinión de la Superintendencia de Entidades de Aho-

rro y Préstamo, y tomando en consideración las condiciones económicas y financieras de la zona en la cual se aspira a establecer una Entidad de Ahorro y Préstamo, autorizará o no la promoción y funcionamiento de la Entidad de Ahorro y Préstamo, sin que tenga que dar razón alguna de su negativa. Para autorizar la instalación de una agencia, tomará en consideración, además de las condiciones financieras y económicas de la zona, la capacidad financiera de la entidad y la opinión de la Superintendencia de Entidades de Ahorro y Préstamo y del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo. En el mismo sentido dispone el artículo 10 de la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito, al señalar que, ante la solicitud de promoción de entidades crediticias, el Ejecutivo Nacional "podrá negar (las) sin que tenga que dar razón alguna a los interesados".

D. Análisis de la discrecionalidad técnica

Los conceptos precedentemente enunciados aluden a la discrecionalidad pura o discrecionalidad propiamente dicha, a la cual se le denomina igualmente discrecionalidad administrativa para distinguirla de la "discrecionalidad técnica". Al efecto, debemos señalar que la doctrina no mantiene respecto a la última noción enunciada un criterio unitario, negando, una parte de ella, que constituya una categoría propia e independiente de la figura que fuera objeto de nuestro estudio anterior; la mayoría, sin embargo, considera que existen diferencias fundamentales entre ellas, variando las posiciones conceptuales sobre el alcance de las mismas. Antes de expresar el criterio que nos parece responde mejor a la realidad de las indicadas figuras, pasamos a exponer las tesis más resaltantes al efecto.

Para Cammeo,⁴⁰ la diferencia entre discrecionalidad pura y discrecionalidad técnica está en la naturaleza de los hechos a los cuales la norma jurídica vincula el surgimiento de determinados efectos jurídicos. Señala así que, en algunos casos, la vinculación alude a hechos simples; otras veces a hechos eminentemente complejos. Es un hecho simple la mayoría de edad, el sexo, la ciudadanía. Son hechos complejos la urgencia, la peligrosidad. Para este autor indicado, los hechos complejos constan de varios hechos simples o bien de uno sólo que presenta modalidades múltiples, en forma tal que es necesario tomar en cuenta varias circunstancias para hacer una valoración jurídica. Cuando se trata de hechos complejos que la autoridad administrativa debería apreciar en relación al interés específico que tutela, existiría discrecio-

^{40.} Cammeo, citado por Presutti, ob. cit., p. 47.

nalidad técnica. Con tal criterio todas las formas fundamentales de discrecionalidad podrían ser calificadas como de discrecionalidad técnica.

Tesis de importancia es la que mantiene el propio Presutti, 41 quien comienza por criticar el punto de partida del autor precedentemente citado, considerando que la distición entre hechos simples y hechos complejos carece de fundamento, por no ser cierto que los hechos simples lo sean realmente. Para este autor lo importante es que algunas veces las normas jurídicas hacen que de ciertos hechos deriven algunos efectos de tal naturaleza que sólo es posible afirmar que los mismos se dan o no, siendo, por el contrario, imposible afirmar el grado en que los mismos se producen. En otras ocasiones, las normas jurídicas vinculan el surgimiento de ciertos efectos jurídicos a hechos de tal naturaleza que de los mismos se puede decir que subsisten o no subsisten, siendo también posible en este último caso, que se presenten en forma enormemente variada, mientras las normas no determinen el grado y la medida en que deban presentarse para que se produzca el efecto jurídico que las mismas contemplan. La explicación de Presutti se aclara con los siguientes ejemplos: existen calificaciones, atributos y caracteres de los cuales sólo se puede afirmar que subsisten o no en casos específicos, sin que su naturaleza permita su subsistencia en grado mayor o menor, tal como el calificativo de "mayor edad" o de "menor edad". En efecto, cuando la ley exija la existencia de cualquiera de esas condiciones, resulta indiferente que el sujeto de la exigencia cenga veinte años y once meses o que, por el contrario, tenga veintiún años y un día. A diferencia de lo anterior, existen características, atributos y cualidades que, por su naturaleza, pueedn presentarse en grado mayor o menor; por ejemplo, es posible que la norma use el calificativo de "viejo". Evidentemente, este calificativo no es aplicable a un sujeto que se encuentra iniciando la vida; pero llegado a cierto punto de la misma, existen muchos grados a los cuales podría ser aplicado. De la anterior explicación aparece la noción de discrecionalidad técnica. En efecto, en los casos en los cuales se trate de una simple verificación de la subsistencia del carácter, de la cualidad o del atributo exigidos por la norma a los cuales ella vincula el surgimiento de determinados efectos jurídicos, ha de hablarse de discrecionalidad técnica, la cual estará presente simpre que se trate de determinar si tales condiciones subsisten en grado tal de permitir el nacimiento de dichos efectos.

^{41.} Ver cita anterior.

Hay autores para quienes no existe una categoría especial de discrecionalidad técnica, siendo la potestad discrecional unitaria en todas sus manifestaciones, en razón de lo cual pueden variar los aspectos que asume, el grado de la misma pero no su esencia. Mortatti⁴² considera al efecto que un índice de la inexistencia de la categoría de la discrecionalidad técnica está en el hecho mismo de que los autores que la han estudiado no están de acuerdo ni sobre su naturaleza ni sobre su contenido, considerando algunos que su especialidad radica en el hecho de que el ejercicio de la potestad está condicionada a valoraciones de tipo científico, esto es, a las enseñanzas de las disciplinas técnicas, y en consecuencia, a criterios de carácter rígido y hay quienes, por el contrario, estiman que la misma implica apreciaciones de oportunidad. Se trata de posiciones irreconciliables que obviamente no pueden aludir a un mismo objeto de estudio. Considera el autor últimamente citado, que la discrecionalidad no cambia en su esencia sino que presenta variaciones de acuerdo con los intereses a cuya satisfacción se dirige la actividad que está dotada de ella. Indica al efecto que, en tal ejercicio de la discrecionalidad, el órgano que la aplica pasa por distintos momentos, debiendo ante todo verificar la existencia del hecho; después apreciar la relevancia que reviste respecto al interés tutelado y, finalmente, decidir si ha de actuar y con qué medios ha de hacerlo. En cualquiera de tales momentos pueden requerirse conocimientos técnicos, a fin de verificar la absoluta inexistencia del presupuesto de hecho asumido como base para la decisión o bien la incongruencia entre el motivo deducido y el fin que se persigue.

Piras, 43 por su parte, indica que al término discrecionalidad técnica se le atribuyen dos significados. En un sentido inicial, se entiende por tal, cualquier valoración que se efectúe mediante la aplicación de categorías técnicas. Por ejemplo, la verificación de las distintas formas de aptitud física (agudeza visual); la determinación de la capacidad de resistencia u otras cualidades de algunas obras; el juicio técnico de idoneidad de ciertas medidas que deben ser adoptadas ante determinados eventos, etc. Un segundo significado alude a los esfuerzos realizados para explicar la existencia de límites positivos establecidos por la ley en varios casos a la discrecionalidad pura de las autoridades. El primero de los significados aparece claramente en las hipótesis en las cuales la ley remite a reglas de disciplinas técnicas o a criterios sociales, o a las llamadas ciencias morales o valorativas, como es el caso de las re-

^{42.} Mortatti: ob. cit., p. 1108.

^{43.} Piras, Aldo: Voz "Discrezionalitá", en la Enciclopedia del Diritto, Tomo III.

glas estéticas, enunciando en las propias disposiciones nociones correspondientes a tales disciplinas. Estas nociones poseen, en virtud de la norma legislativa, cierta relevancia jurídica. En tales casos, quien aplica la ley debe conocer estas reglas y ajustarse a su dispositivo, al llenar el margen dejado por la norma que alude a ellas, a fin de conformar un supuesto de hecho. La discrecionalidad técnica también se da en los casos en los cuales la potestad de apreciación atribuida por el legislador se encuentra circunscrita exclusivamente a ciertas categorías.

Aludiendo a la posición de la doctrina venezolana, particularmente representativa de la misma es la posición de Brewer-Carías⁴⁴ quien define a la discrecionalidad técnica como "aquella que no es controlable jurisdiccionalmente, pues se trata de cuestiones que han de resolverse a la vista de un juicio técnico emitido por un órgano especializado de la Administración", y añade al respecto: "en estos casos, se trata de una cuestión de mera apreciación, en la cual la autoridad administrativa es precisamente la más autorizada, en virtud de su especialización", indicando que se ha señalado que "al margen de la jurisdicción contenciosa, deberá únicamente atenderse el problema de la adecuación o no del acto a las reglas técnicas o de buena administración". Distingue así el autor comentado entre la discrecionalidad técnica y el llamado "principio de racionalidad" que constituye un límite de la discrecionalidad pura, derivado de la forma de apreciación de los hechos. En base al principio indicado, la apreciación de los presupuestos de hecho no está totalmente librada al arbitrio de la Administración, pudiendo controlarse a través del mismo la oportunidad y la conveniencia de un acto por la autoridad judicial competente. Citando a un tratadista clásico del Derecho Administrativo venezolano, J. M. Hernández Ron, el autor cuya tesis exponemos, considera que el control de la discrecionalidad se fundamenta en los Principios Generales del Derecho y asimismo la jurisprudencia nacional ha mantenido en varias oportunidadades que el ejercicio de la discrecionalidad ha de hacerse en forma "racional", implicando un "juicio técnico lógico de los hechos soberanamente apreciados a través de las respectivas normas jurídicas".

Giannini, a todo lo largo de su extensa obra, ha contemplado siempre el problema de la discrecionalidad técnica. Señala este autor⁴⁵ que el origen del estudio de la materia estuvo en el hallazgo que efectuó la doctrina, al analizar la discrecionalidad en general, del empleo cons-

^{44.} Brewer-Carías, A. R.: "Los límites del Poder Discrecional de las Autoridades Administrativas", ob. cit., p. 35.

^{45.} Giannini, M. S.: Diritto amministrativo, ob. cit., VI. I, pp. 486 y ss.

tante por parte de las normas, de ciertas categorías específicas, tales como los términos: "sustancias tóxicas", "preparados de acción estupefaciente", "graves alteraciones psíquicas", "empleo con fines profilácticos", "inhalaciones insalubres", "enfermedades infecciosas". Ante esta discrecionalidad "determinada por categorías", como se la denominó en un principio, la doctrina se dividió al determinar su alcance. Una parte consideró que se trataba de una discrecionalidad de menor amplitud que la discrecionalidad pura; otra parte consideró, por el contrario, que no se estaba frente a una verdadera discrecionalidad, sino ante una facultad en la cual el juicio o criterio del órgano administrativo estaba obligado a fundarse en conocimientos científicos. Es esta última posición la que el autor citado asume, considerando que en la figura analizada de la discrecionalidad técnica, no existe efectivamente ninguna discrecionalidad.

La tesis que mantiene el último autor citado y a la cual creemos es necesario adherirse, parte de la consideración de que la discrecionalidad es siempre un juicio de oportunidad o conveniencia. La Administración, al ejercer la potestad discrecional, esto es, al hacer la escogencia que le ha quedado librada de si debe actuar o no; de si debe actuar en un sentido o en otro y al determinar el alcance de dicha actuación, lo que hace es una valoración de su propia actuación en relación a las circunstancias en las cuales le toca decidir y en atención a los intereses tutelados. Ahora bien, en los casos en los cuales el legislador condiciona la actuación a la determinación de que el supuesto de hecho encaje en un juicio científico, no le permite al órgano actuante valoración de mérito alguno. En efecto, una sustancia puede ser tóxica o puede no serlo e incluso cabe determinar el grado de toxicidad que la misma posee. Ahora bien, al hacer esta verificación la Administración no está facultada para señalar si es oportuno o no considerar dicha sustancia como tóxica. Vista en tal forma la cuestión, resulta evidente lo antes indicado de que la discrecionalidad técnica no implica discrecionalidad alguna. Así lo vio la doctrina más moderna, pero ya el uso de la denominación se había divulgado en forma tal que resultaba un esfuerzo enorme el sustituirla por una menos susceptible de confusiones. En el caso del ejemplo relativo a la toxicidad de la sustancia, es evidente que el establecer si la misma subsiste, implica simplemente la aplicación de los criterios técnicos existentes para determinar si presenta tales características o no. Ahora bien, con posterioridad a tal verificación, nada obsta para que pueda aplicarse una verdadera y propia discrecionalidad, si a la Administración le es dada la potestad de determinar qué ha de hacer ante el hecho verificado: si prohíbe su uso,

si ordena su destrucción; si acuerda su desnaturalización o su utilización para fines distintos para los cuales originalmente había sido puesta en el mercado; si consiente su uso limitado, etc.⁴⁶

De allí que consideramos que, efectivamente, no existe un tipo de discrecionalidad sustancialmente distinta a la noción que de la misma hemos dado, a la cual pueda denominarse discrecionalidad técnica. ya que esta figura no constituye forma alguna de apreciación valorativa por parte del órgano administrativo, por cuanto con la misma, no le es dado determinar la oportunidad ni la conveniencia del acto. Por lo que respecta a la inenjuiciabilidad de la conducta administrativa en los casos en que actúa dicha discrecionalidad técnica, a nuestro entender la misma ha de excluirse, por cuanto si la norma exige como supuesto de la actuación la existencia de una cualidad, de una condición. de un atributo o modalidad específicas en el objeto que ha de sufrir sus efectos, y para determinarlo la Administración ha de aplicar conocimientos científicos de la especialidad de referencia, es controlable dicha aplicación, pudiendo verificarse si el juicio técnico se realizó o no v si fue correcto o no. No escapa, en consecuencia, en nuestro criterio. la discrecionalidad técnica al control jurisdiccional.

4. Principio de tipicidad o nominatividad

Hemos señalado como "principio" a la tipicidad de ciertos actos administrativos, pero para ser fieles a la lógica del sistema de Derecho Administrativo, quizás habría que señalar que más que principio es

^{46.} En la legislación sanitaria relativa a los alimentos, aparecen en forma muy clara las disposiciones contentivas de facultades discrecionales y discrecionalidad técnica. Véase, por ejemplo, en el Reglamento de Alimentos y Bebibas (17 de marzo de 1941), las siguientes disposiciones: "Artículo 345. Los productos alimenticios o licores que se ofrezcan al consumo con infracción de este Reglamento, serán decomisados y destruidos, según el caso, a expensas del infractor y sin ninguna compensación. Cuando los alimentos o licores decomisados sirvan para el consumo humano y la infracción se haya cometido sólo por errores u omisiones en las etiquetas, rótulos o avisos, por inadecuado envasamiento o envoltorio o por infracción de alguna otra disposición de este Reglamento y siempre que estas informalidades puedan ser y sean subsanadas, a juicio de la autoridad sanitaria, el comiso podrá ser levantado y los productos serán devueltos a su dueño, sin perjuicio de la multa correspondiente". "Artículo 346. Cuando los productos alimenticios o licores decomisados no sirvan para el consumo humano, según el dictamen de un laboratorio del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, y la autoridad sanitaria no conceda el permiso para que se utilicen en otros usos, según el artículo 2º de este Reglamento, serán destruidos o inutilizados, levantándose al efecto un acta por triplicado, firmada por el funcionario sanitario que intervenga y por el propietario de la mercancía. En caso de negarse éste, el acta será firmada por testigos presenciales". En las normas citadas está clara la discrecionalidad técnica, cuando se trata de calificar al estado del producto y la discrecionalidad pura o administrativa que permite a la autoridad competente disponer al fin del indicado artículo, una vez que ha efectuado la anterior verificación.

excepción, por cuanto, como veremos de inmediato, su existencia implica la exacerbación del principio de legalidad administrativa. En efecto, hemos visto que la legalidad es la esfera de actuación concedida al órgano administrativo, dentro de la cual opera la discrecionalidad administrativa, esto es, el poder de apreciación, de escogencia de determinación de la oportunidad y conveniencia de los actos. Sin la discrecionalidad la Administración sería un ejecutante autómata que se limitaría a atender prescripciones tal como un farmacéutico que elabora la fórmula contenida en el récipe del médico. La discrecionalidad permite el poder de valoración de los hechos y las circunstancias. Ahora bien, con el principio de tipicidad, la norma vinculante de la actuación administrativa se muestra en toda su severidad, cerrando la vía de cualquier consideración que se aleje del mero proceso de ejecución del mandato en ella contenido. De allí que la tipicidad, si bien tiene una importancia cualitativamente enorme, cuantitativamente se reduce a una categoría específica de actos administrativos.

Hecha la anterior advertencia, es necesario precisar que el principio de tipicidad actúa, sólo en relación a las manifestaciones formales de la acción administrativa, es decir, a los actos administrativos propiamente dichos y, específicamente, en relación con aquellos a los cuales la doctrina denomina "proveimientos administrativos", esto es, a los actos unilaterales de efectos individuales dotados del poder de incidir sobre la esfera jurídica de los destinatarios, extinguiendo los derechos subjetivos o degradándolos a simple interés (imperatividad) e igualmente dotados de ejecutoriedad, esto es, de la idoneidad de que se den cumplimiento a las cargas que el mismo establezca, aun en contra de la voluntad del sujeto sobre el cual la misma recae, y sin necesidad de recurrir para obtenerlo a los órganos jurisdiccionales. En virtud de este principio, los actos regidos por el mismo (proveimientos) se presentan como actos "típicos", esto es, como la actuación de esquemas previamente previstos por una norma expresa, caracterizándose cada uno de tales modelos por la realización de un interés público específico. Este principio operaría así como una garantía del administrado frente a la Administración, por cuanto impide que esos poderes extensos que está facultada para ejercer sobre su esfera jurídica, queden librados a su propio poder de decisión. Los "modelos" o "tipos" de proveimiento se caracterizan porque, como se señaló, a través de cada uno de ellos, la actuación del organismo administrativo correspondiente trata de obtener la satisfacción de un interés público preciso.

Este primer planteamiento nos coloca ante la necesidad de determinar sobre qué elementos del acto incide el principio de tipicidad.

Al respecto la doctrina no se muestra uniforme, considerando algunos que versa sobre la base teleológica del proveimiento, considerando otros que, por el contrario, recae sobre el contenido. La pregunta que hay que formularse es: ¿qué es lo típico del proveimiento? ¿Es el fin o causa del acto o es la actuación que a través del mismo se desarrolla? A nuestro entender, en el íter lógico de otorgamiento de una facultad de actuación a la Administración que ha de incidir sobre la esfera de los administrados, afectando sus derechos subjetivos, el primer elemento que surge es el teleológico, ya que para dar cumplimiento a un fin específico tutelado por un órgano administrativo, se le acuerda al mismo la potestad de actuar en un sentido concreto. Dicha actuación (contenido del acto) está también perfectamente preestablecida, por lo cual la tipicidad recae esencialmente sobre el motivo del proveimiento y de inmediato sobre su contenido. De allí que, a nuestro entender, no cabe polémica alguna sobre esta materia. Se ha señalado igualmente que al lado del principio de tipicidad, juega a favor de los administrados el principio de articulación en base al cual, no sólo la actuación administrativa idónea que incidirá sobre su situación jurídica ha de estar preestablecida, sino que la actuación a través de la cual la misma se produce debe tener igual origen. Consideramos al respecto que el principio de tipicidad cubre, por ser más genérico, al de articulación, ya que implica no solamente la facultad de actuar en cierto sentido, con cierto contenido y según cierta finalidad, sino también alude a las modalidades de la actuación.

El principio de tipicidad opera en forma tal que la Administración no puede crear nuevas figuras que incidan sobre los derechos o intereses de los particulares, sino que, al actuar sobre tales situaciones, sólo le es dado hacerlo utilizando las modalidades previstas en una norma expresa. Por ejemplo, ante la solicitud de un sujeto de obtener el uso de una invención protegida por una patente, que le es negado por el titular de la misma, la Administración podrá satisfacer su pretensión, atendiendo al tipo de proveimiento que la ley le permite y sólo a aquél. Es posible que ella considere que la vía más idónea para dar satisfacción a la situación planteada, es la de imponer al titular del bien 1a obligación de otorgar una licencia (licencia obligatoria) al solicitante; pero al no prever nuestro derecho la existencia de tal modalidad, el proveimiento que lo acordara sería atípico, esto es, no encajaría en el supuesto normativo; sería una lesión de la titularidad del derecho de exclusividad sobre la patente, no prevista en la norma. La Administración, siempre en el caso enunciado, podría proceder a la expropiación, va que la misma es una vía preestablecida; pero en tal hipótesis

tendría que examinar los condicionamientos para su procedencia, entre otros la legitimidad del solicitante, con lo cual nos encontramos con que la tipicidad no sólo recae sobre la individualización del acto, sino que también opera sobre los condicionamientos para su procedencia. Habría que preguntarse: ¿tiene el solicitante condición de expropiante o no la tiene? La tipicidad es, en consecuencia, un molde dentro del cual ha de encajar el supuesto fáctico en su totalidad. La tipicidad se presenta así como un límite de la actuación administrativa que constituye, tal como lo expresa Giannini, un "esquema o forma típica" a través del cual la misma puede valederamente desarrollarse. Este principio deriva de la propia norma facultativa de competencia, la cual, al acordar a un órgano la potestad de actuar, lo circunscribe a ciertos límites, modalidades y objetivos. Si aceptamos que la legalidad es "no contrariedad" con la norma, la tipicidad sería el máximo de la exigencia de "conformidad" con la misma.

El acto típico se presenta en forma semejante a la de aquel cuya emanación está prevista en la norma, porque la Administración está facultada para dictarlo dentro de los lineamientos que la misma ha trazado, operando así como una habilitación previa a la actuación administrativa que afecta los derechos subjetivos de los administrados.

^{47.} Giannini, M. S.: L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione. Milán, Giuffré, 1969, p. 267.

DERECHO MUNICIPAL



LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES Y LA NUEVA LEY ORGANICA DE REGIMEN MUNICIPAL

ANA ELVIRA ARAUJO GARCIA

SUMARIO

I. Evolución constitucional de las competencias municipales en el siglo XX. II. La Ley Orgánica de Régimen Municipal (18 de agosto, 1978). 1. La Autonomía Municipal. 2. Las competencias. 3. Competencias urbanísticas municipales de Venezuela. III. Perfil jurídico de las estructuras locales en el Derecho Positivo venezolano y su contraste con la situación de hecho existente. 1. Perfil administrativo de la estructura del Estado. 2. Observaciones sobre la coordinación como mecanismo de organización para integrar las competencias concurrentes entre la Administración Central y la Municipal. 3. Las formas jurídicas de control sobre los Municipios. 4. Observaciones finales.

I. EVOLUCION CONSTITUCIONAL DE LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES EN EL SIGLO XX

Venezuela, sobre todo desde mediados del siglo XIX, ha sido un Estado con forma federal pero con contenido centralista.

Cuando se declara la independencia, el sistema administrativo era totalmente descentralizado: las provincias que formaban la Capitanía General de Venezuela tenían el poder local. Las que constituyen la República Federal de 1811, fueron siete de esas provincias, y el poder local-federal que consagran queda alojado en las provincias-ciudades, siendo el gobierno central una entelequia. Fue a esta debilidad del poder central que el propio Libertador atribuyó la caída de la Primera República en 1812.

Brewer-Carías, Allan R.: Derecho Administrativo I. Caracas, UCV, 1975, pp. 191 y ss.

Las guerras de independencia hasta 1824, contribuyen a reforzar los poderes de los caudillos militares regionales, lo cual consolida a la provincia-ciudad-estado. Luego, la Constitución de 1821, que une los territorios de Colombia y Venezuela, centraliza, aún más que la Constitución de 1819, el gobierno del nuevo Estado. Pero todo conspiró contra esta pretendida centralización hasta que Venezuela se separa de la Gran Colombia y forma, en 1830, la República de Venezuela, cuya Constitución configuró un pacto "centro-federal". En los años siguientes continúa el conflicto de los poderes regionales caudillistas-militares contra el poder civil nacional.

En 1857 se optó por eliminar las diputaciones provinciales y erigir, en su lugar, un "Poder Municipal" ("El Poder Público se divide para su administración en Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Municipal"..., art. 6. Constitución de 1857), Poder Municipal en el cual se integró todo el sistema de gobierno regional en la Constitución de 1858.

En 1864 se dicta la Constitución Federal y queda consolidado el pacto regional-caudillista, que dio soporte al Estado nacional y al poder central, sobre todo mediante la organización militar: ausencia de un Ejército nacional y la formación de milicias ciudadanas regionales bajo el comando de los caudillos regionales. Sólo será a principios de este siglo que Gómez integra a la República por la fuerza de las armas.

Desde el punto de vista administrativo, el federalismo fue una farsa, porque el Poder Nacional intervino en la administración de los Estados, pero estuvo muy lejos de ser una ficción desde el punto de vista político-militar: por el contrario, fue la sustentación de una República disgregada y dividida en feudos regionales.²

La Constitución de 1893 consagra, dentro del sistema federal, la primera declaración de la autonomía municipal. En las Constituciones que van desde la de 1901, hasta la de 1922 (1904-1909-1914), se estipula en el título de Bases de la Unión que los Estados de la Unión venezolana se obligan a reconocer la autonomía municipal de los distritos y su independencia del Poder Político del Estado en lo concerniente a su régimen económico y administrativo, y se les permite establecer su sistema rentístico con diferentes limitaciones expresadas en las mismas constituciones.

Había una excepción: en casos de guerra (interna o externa), el Poder Ejecutivo del Estado podrá asumir la administración de los dis-

^{2.} Brewer-Carias, A. R.: ob. cit.

tritos en lo rentístico y económico con el voto favorable de la Asamblea Legislativa y si ésta no está reunida, con la anuencia de su Corte Suprema.

En las Constituciones que van desde la de 1925 a la de 1945 (1928, 1929, 1931 y 1936), las competencias municipales están incluidas en el Título Primero: La Nación Venezolana y su Organización, Sección Segunda: Bases de la Unión y, coincidencialmente, todas en el artículo 18 de cada una de ellas. El contenido, con una ligera variante en la Constitución del 36, es idéntico y atribuye a la competencia "de las Municipalidades" la organización de sus "servicios de policía, abastos, cementerios, ornamentación municipal, arquitectura civil, alumbrado público, acueductos, tranvías urbanos y demás de carácter municipal". Hay que hacer notar la asignación de la competencia residual. Aclara la norma constitucional que el "servicio de higiene lo hará sujetándose a las leyes y reglamentos federales sobre sanidad y bajo la suprema inspección del servicio sanitario federal". La pequeña diferencia, pero importante, incluida en el primer ordinal del mismo artículo 18 en la Constitución de 1936, se refiere a "organizar servicios de vigilancia y de lucha contra el analfabetismo con sujeción a las leyes, disposiciones y reglamentos federales de instrucción". Así se repite en la Constitución del 45.

Es también de la competencia municipal "administrar sus ejidos y terrenos propios, sin que puedan enajenarlos, salvo para construcciones; organizar sus rentas", con las restricciones señaladas en el propio texto constitucional.

Seguidamente se señala: que "los Estados y Municipalidades darán entera fe a los actos públicos y de procedimiento judicial emanados de las autoridades federales, de los otros Estados o del Distrito Federal y hará que se cumplan y ejecuten".

La Constitución de 1947, una brillante pieza jurídica, instaura en el Título V: el *Poder Municipal*, el cual será ejercido —especifica— en cada Distrito de los Estados, en el Distrito Federal y en los Territorios Federales por un Concejo Municipal, quien gozará "de plena autonomía en lo que concierne al régimen económico administrativo" con las restricciones impuestas por la misma Constitución.

Concreta la naturaleza jurídica de "las Municipalidades" al calificarlas como personas morales de derecho público con personalidad jurídica, cuya representación compete al Concejo Municipal, como personero de los municipios que integran el Distrito (art. 110).

Esta Constitución de 1947 garantiza la autonomía de las Municipalidades estableciendo que, por tanto, los Concejos Municipales no podrán ser intervenidos en el ejercicio de sus funciones por las autoridades nacionales o estadales. Asimismo, las ordenanzas y otros actos que dicten los Concejos Municipales no podrán ser impugnados sino jurisdiccionalmente, en los casos y bajo el procedimiento que señale la ley. Sin embargo, es también la propia Constitución quien establece los límites a las Municipalidades en el ejercicio de su autonomía (art. 117), especificando que éstas deben respetar lo establecido con relación a la competencia de los Estados (art. 121); respetar lo dispuesto con relación a la competencia del Poder Nacional (art. 138); y sujetarse a las mismas restricciones impuestas a los Estados, en el sentido de que no pueden negociar empréstitos en el extranjero, etc. (art. 127).

Además de todas las competencias atribuidas a los municipios en las anteriores constituciones, la del 47 introduce, novedosamente, la competencia urbanística en los siguientes términos: "fomentar y encauzar el urbanismo con arreglo a las normas que establezca la ley y en coordinación con los organismos técnicos nacionales" (art. 112, ord. 4°). Es una atribución, como se puede ver, claramente establecida y dentro de unos límites muy precisos, mucho mejor establecida que la de la Constitución del 61, que es bastante vaga e imprecisa.

La Constitución de 1953, es dictada bajo una dictadura militar y por lo tanto, hay poco que comentar sobre ella, pues sus postulados se cumplían en la medida que no entorpecían el ejercicio del poder dictatorial. Consagra la autonomía de "la Municipalidad" en lo que concierne "al régimen fiscal, económico y administrativo" (art. 18). Atribuye como competencias de las Municipalidades más o menos las mismas de las constituciones anteriores, siguiendo el modelo de la Constitución del 47, aunque mucho más restringidas. Establece, igualmente, el ejercicio de la competencia urbanística sometida a las leyes y en coordinación con los organismos técnicos nacionales.

Por su parte, la Constitución de 1961, consagra que "es de la competencia municipal:

- —El gobierno y administración de los intereses peculiares de la entidad, en particular cuanto tenga relación con:
- -sus bienes e ingresos, y
- —con las materias propias de la vida local, tales como: urbanismo, abastos.

circulación, cultura, salubridad y asistencia social, institutos populares de crédito, turismo, y policía municipal.

"La ley podrá atribuir a los municipios competencia exclusiva en determinadas materias, así como imponerles un mínimo obligatorio de servicios" (art. 30).

Esta Constitución pretende ser muy autonomista, o mejor dicho, gran propulsora de la autonomía municipal. Asimismo, deja sin aclarar el ejercicio de la competencia urbanística por parte de los municipios, lo que es inexplicable si se tienen en cuenta las previsiones al respecto de las dos constituciones anteriores.

La Disposición Transitoria Primera de esta Constitución del 61, establece que "mientras se dicten las leyes previstas en el capítulo... de la Constitución, se mantiene en vigencia el actual (Constitución de 1953) régimen y organización municipal de la República". Se refiere a las leyes que tratan sobre la organización, gobierno y administración de los municipios. Esta previsión no se cumplió, sino recientemente, con la promulgación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en agosto de 1978. Más adelante insistiremos en el análisis de la vigente Constitución, en concordancia con el estudio de las disposiciones de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

II. LA LEY ORGANICA DE REGIMEN MUNICIPAL

Pero la propia ley somete a la decisión de la Asamblea Legislativa calificar cuándo un municipio no cumple con las obligaciones mínimas. Esta decisión necesita el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Legislativa; la cual aplicará, entonces, las medidas previstas en esta ley (pareciera que son las de sustitución por parte de la Administración Central, ya comentadas).

Lo que no aclara la ley es que si para que la Administración Central o Estadal actúen en los casos de construcción de obras o prestación de servicios de carácter local que no sean debidamente, o en ninguna forma, prestados por los municipios, si aquéllas deben esperar la declaratoria de la Asamblea Legislativa en el sentido señalado. No parece que deba ser interpretado en este sentido, porque se entorpecería enormemente la marcha de la Administración Pública en todos sus niveles. También la

Ley Orgánica de la Administración Central (art. 160) señala que los órganos de la Administración Central y Descentralizada y los gobiernos estadales deben informar sobre sus planes por programas a los municipios, a efectos de evitar duplicidad de acciones y esfuerzos en aquellas materias de competencia concurrente.

Parece más lógico entender este actuar de la Asamblea Legislativa como un correctivo final: si la Administración Municipal no presta el servicio y si las administraciones nacionales y/o estadales no han sustituido a aquélla, la Asamblea Legislativa procede (coactivamente) a imponer las medidas previstas. Sin embargo, el último aparte del art. 7°, parece que elimina todas estas previsiones anteriores. En efecto, al señalar que "cuando un servicio público tenga o requiera instalaciones ubicadas en jurisdicción de más de un Municipio, o sea, prestado a más de un Municipio, el régimen de tal servicio será de la competencia nacional", casi borra las competencias municipales en materia de servicios públicos. Sobre este particular volveremos más adelante.

1. Autonomía municipal

La Ley Orgánica de Régimen Municipal, en vez de aclarar de una vez por todas qué significa la autonomía municipal y cuáles son los límites del ejercicio de la misma, escurre el bulto y se limita a transcribir textualmente la norma constitucional (art. 29, Constitución y art. 4°, L.O.R.M.). Es inexplicable la desidia del legislador en este sentido.

Ahora bien, lo que si está claro es que, jurídicamente, sólo existen dos tipos de control sobre los municipios: legislativo y jurisdiccional, pero nunca administrativo (es decir, la Administración Central no puede vincular con sus actos a la Administración Municipal). Sobre este punto insistiremos en la tercera y última parte de este trabajo, al estudiar analíticamente el perfil administrativo de la estructura del Estado.

Por el momento, nos interesa destacar que debemos seguir interpretando el sentido y significado de la autonomía municipal, gracias a la vaguedad de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, sobre todo cuando vamos a demostrar inmediatamente que "la libre gestión en las materias de su competencia" (ord. 2º del art. 4º) no pasa de ser una bella declaración de principios sin concreción alguna. O mejor dicho, con grandes restricciones.

Puntualicemos un poco más cuáles deben ser los límites de la autonomía municipal en Venezuela, recogiendo la opinión de nuestro máximo tribunal, que en una sentencia señala: "No podría admitirse... la aplicación de criterios impregnados del concepto tradicional o histórico de autonomía municipal que pudiéramos haber heredado de España; porque al implantarse desde nuestra emancipación política, el régimen constitucional, las municipalidades, como partes integrantes que son de los Estados Federales que han venido suscribiendo las bases de la Unión, renunciaron implícitamente a aquel concepto colonial de la autonomía de los municipios y adoptaron de manera expresa el que surge de la Constitución, esto es, una autonomía que no puede ir más allá de lo que rectamente se desprende de las normas del derecho positivo constitucional. O lo que es lo mismo, no se trata de un Gobierno libre dentro del Estado, sino de un Poder regulado por el Constituyente y por el legislador ordinario".

Más adelante, en la misma sentencia:

"La autonomía municipal... en el derecho positivo venezolano, se la considera como emanada exclusivamente de la Constitución, porque es ésta la que distribuye el poder político..., y les señala sus respectivos límites, valiéndose de la definición de atribuciones y facultades. Por lo tanto, esta autonomía municipal, restringida por la Ley Fundamental de la República... no puede ser absoluta, sino muy relativa, en el sentido de que aun en el uso de las competencias y atribuciones que le han sido otorgadas, debe guardarse muy bien el Concejo de no rivalizar con el Poder Federal, no debiendo sus actos tener trascendencia nacional, sino local".

Y aún más adelante:

"Es verdad que autónomo es el cuerpo que se rige por la ley que él mismo se ha dado; pero precisamente por ello, la autonomía municipal en Venezuela no es genuina autonomía, porque aquí tampoco las municipalidades se hacen su ley. Esta la da el Poder Legislativo Nacional... y el Poder Legislativo de los Estados; y ambos poderes, a su vez, tienen que someterse a las restricciones que para tal autonomía municipal establece la Constitución". 3 (Sentencia del 2-12-37. CFC-SPA. M. 1938, pp. 358-364).

Por otra parte, ¿cuál es la participación de los concejos municipales en la financiación de las inversiones públicas? En 1974, los ingresos del Gobierno Central ascendieron a más de 42 mil millones de bolívares, mientras que los de los gobiernos municipales, todos juntos, fueron de 808 millones de bolívares. Bien, los gastos en las inversiones públicas fueron por parte del Gobierno Central de más de 20 mil millones de bolívares, mientras que los del Gobierno Municipal comportaron sólo 166 millones de bolívares.⁴

^{3.} Brewer-Carías: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y Estudios de Derecho Administrativos, Caracas, 1975. Tomo II, pp. 213 y ss.

^{4.} Informe Económico del Banco Central, 1974.

Esto demuestra la centralización de las inversiones públicas en Venezuela, lo que de hecho aleja enormemente la participación de los concejos municipales en la planificación de las actividades económicas. A esto hay que añadir la próspera existencia de muchos órganos de la administración periférica. Es muy difícil, entonces, hablar de "autonomía" cuando ésta es tan limitada en el campo económico.

Las competencias

La Ley Orgánica de Régimen Municipal consagra, básicamente, en dos normas (artículos 7º y 8º) la atribución de competencias al Municipio.

Hay una cierta calificación de esa competencia, al señalar en el art. 7º: "Son de la competencia propia del Municipio las siguientes materias"; mientras que en el art. 8º habla de: "los municipios tendrán igualmente facultad para"... En esta última se destaca el carácter concurrente o compartido, coordinado y combinado —según los casos— de la competencia asignada, en tanto que en el primer artículo pareciera que al hablar de competencia propia del Municipio, destacara una competencia exclusiva del Municipio, al menos ejercida con autonomía dentro de los límites municipales y en tanto son consideradas materias propias de la vida local. Pues bien, hagamos un análisis más detallado para comprobar que son casi todas competencias concurrentes con el Poder Nacional.

Se consideran como competencias propias del Municipio:

- —Acueductos, cloacas y drenajes.
- —Distribución y venta de electricidad y gas (en las poblaciones de su jurisdicción).
- —Transporte colectivo de pasajeros y demás materias relativas a la circulación urbana.
- Creación de servicios que faciliten el mercadeo y abastecimiento de los productos de consumo de primera necesidad, tales como mercados y mataderos locales.
- ---Aseo urbano y domiciliario.
- —Regulación y organización de institutos populares de crédito (con las limitaciones que establezca la legislación nacional).

Ahora bien, todas estas competencias deben ser ejercidas por los municipios (art. 7°) en los términos que establezca la legislación nacional.

Acueductos, cloacas y drenajes

Este servicio corresponde a la materia de salubridad señalada por la Constitución en el artículo 30 y por su índole o naturaleza corresponde en muchos aspectos al Poder Nacional. (Art. 136, ord. 25: "toda otra materia que la presente Constitución atribuye al Poder Nacional o que le corresponda por su índole o naturaleza"). Corresponde al Poder Nacional tanto por la escasez del recurso agua como por las competencias que en esta materia le atribuyen la L.O.A.C. y la L.O. del Ambiente al MARNR y las disposiciones de la Ley Forestal de Suelos y Aguas.

Además, el INOS (Instituto Nacional de Obras Sanitarias), Instituto Autónomo de la Administración Pública Nacional adscrito al MARNR ha venido prestando, con o sin concesiones municipales, el servicio de acueductos urbanos. Ej. del A.A.Z.M. del Area Metropolitana de Caracas. De allí que la Ley Orgánica de Régimen Municipal someta el ejercicio de esta competencia a los términos que establezca la legislación nacional sobre la materia.

Distribución y venta de electricidad y gas

(Corresponde a la competencia "asistencia social" del art. 30 de la Constitución). La electricidad se presta a casi todo el país a través de la C. A. Electricidad de Venezuela (CADAFE), empresa pública propiedad del Estado venezolano; en Caracas y otras ciudades del centro del país a través de la C. A. Electricidad de Caracas, que es además filial de CADAFE, también propiedad del Estado, y en Maracaibo y otras poblaciones del Estado Zulia el servicio de electricidad lo suple ENELVEN, versión actual de la antigua Energía Eléctrica de Venezuela, empresa que fue de propiedad privada y tenía una concesión de la Municipalidad de Maracaibo, cuyas acciones compró el Fondo de Inversiones de Venezuela y se convierte en una de sus filiales, con el nombre de FNELVEN; por tanto, empresa pública también.

En cuanto al gas, como industria y la comercialización de los productos derivados del petróleo, han sido reservadas por ley estas actividades al Estado venezolano y atribuido el ejercicio de la competencia a la CVP, hoy absorbida por Corpovén. Por tanto, el ejercicio de esta competencia a nivel local se realizará a través de convenios entre ambos organismos (Concejos Municipales y Corpovén).

Transporte colectivo y circulación urbana

Corresponde a la circulación del art. 30 de la Constitución, concepto dentro del cual la Corte Suprema de Justicia ha entendido incorporado el de "transporte urbano". En esta materia, el Poder Nacional tiene diversas competencias de tránsito y transporte asignadas en la Constitución (art. 136, ordinales 15, 20, 21 y 25), este último ordinal por ser una materia que por su índole y naturaleza le corresponde al Poder Nacional ⁵ (Brewer-Carías, Allan R.). Por todo lo cual, la circulación se ha regulado en la Ley de Tránsito Terrestre.

Sin embargo, el ord. 21 del mismo art. 136 habla de "apertura y conservación de vías de comunicación nacionales; cables aéreos de tracción y vías férreas aunque estén dentro de los límites de un Estado", pero dice "salvo que se trate de tranvías o cables de tracción urbanos, cuya concesión y reglamentación" compete a los municipios.

¿Se incluye en esta norma el Metro? Sería muy provechoso a efectos económicos una interpretación de este tipo, sobre todo porque será la forma más usada en el futuro próximo para el transporte colectivo de pasajeros en las ciudades.

La Ley Orgánica de la Administración Central atribuye al recién creado Ministerio de Transporte y Comunicaciones las competencias otorgadas en la Constitución sobre esta materia al Poder Nacional (art. 33) y en el ordinal 4º del mismo artículo dice que corresponde a este Ministerio los ferrocarriles y los sistemas metropolitanos de transporte, lo cual aclara los términos de la norma constitucional anterior a favor del Ministerio de Transporte y Comunicaciones.

Ahastos

El Poder Nacional, desde los años 40, ha venido regulando el abastecimiento de bienes de consumo. La Constitución del 61, atribuye al Poder Nacional competencia para "racionalizar" la producción y regular "la circulación, distribución y consumo" de bienes (art. 98), y así se dictaron las Leyes de Mercadeo Agrícola y de Protección al Consumidor (Brewer-Carías).

La Ley Orgánica de la Administración Central (art. 28, ord. 22) fija como competencia del Ministerio de Fomento "el establecimiento, control y ejecución de la política de abastecimiento".

^{5.} Brewer-Carias, A. R.: ob cit.

^{6.} Brewer-Carías, A. R.: ob. cit.

También existe la Corporación de Mercadeo Agrícola, Instituto Autónomo adscrito al Ministerio de Fomento, de quien depende prácticamente el abastecimiento del país por parte del sector público.

Aseo urbano y domiciliario

Con base en la norma constitucional (art. 136, ord. 17) que permite la "nacionalización" de los servicios destinados a la defensa de la salud pública "de acuerdo con el interés colectivo", es decir, que se pueden eliminar las competencias *locales* en este campo, se creó el Instituto Metropolitano de Aseo Urbano en el Area Metropolitana de Caracas.

Institutos populares de crédito

Al Poder Nacional corresponde dictar las leyes en materia de "bancos y demás instituciones de crédito" (Constitución, art. 136, ord. 24) y las facultades para regular la circulación de la riqueza (art. 98).

La Ley General de Bancos ha reducido las competencias municipales al cumplimiento general de sus normas, por lo que la competencia municipal es prácticamente nugatoria.⁷

Los servicios de policía municipal

Sólo en cuanto a vigilancia y control de las actividades relativas a materias de la competencia municipal. Esta es una competencia muy restringida porque los Estados tienen competencia para determinar las ramas de la policía urbana y rural atribuidas a la competencia municipal (art. 17, ord. 5°) según la Constitución, la cual también establece que tanto los Estados como los municipios "sólo podrán organizar sus fuerzas de policía de acuerdo con la ley" (art. 134). También se atribuye al Poder Nacional la competencia de los servicios de policía nacional (art. 136, ord. 5°). La Ley Nacional no se ha dictado, pero la L.O.R.M. precisa el ejercicio de esta competencia municipal al limitarla a la vigilancia y control de las actividades que resulten del ejercicio de las competencias municipales.

Entonces, quedan como competencias realmente propias:

-Espectáculos públicos y publicidad comercial, en cuanto conciernen a los intereses y fines específicos municipales.

^{7.} Ibid.

- —Organizar ferias y festividades populares y sitios de recreación; y proteger y estimular actividades para el desarrollo del turismo local (esta última es también una competencia limitada), Constitución Art. 1.936, ord. 24; L.O.A.C: Ministerio de Información y Turismo; Ley del Trabajo, art. 38.
- —Servicio de prevención y lucha contra incendios en las poblaciones. Existe el Decreto-Ley Nº 46, de 16 de abril de 1974, contentivo del Reglamento sobre Prevención de Incendios, cuya aplicación va a exigir una precisión en cuanto a la delimitación de competencias nacionales y locales (Brewer). Este debiera ser un servicio mancomunado en aquellas poblaciones donde existan dos o más concejos municipales.
- -Cementerios y servicios funerarios.
- —Arquitectura civil, nomenclatura y ornato público, de conformidad con el ord. 14 del art. 136 de la Constitución ("establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, arquitectura y urbanismo", competencia atribuida al Poder Nacional). Está también sujeto a la Legislación Nacional: la LOAC, art. 37, ord. 6º, la atribuye al Ministerio de Desarrollo Urbano.

Ahora bien, el último aparte de la norma comentada (art. 7º de LORM) aclara que "cuando un servicio público tenga o requiera instalaciones ubicadas en jurisdicciones de más de un municipio, o sea, prestado a más de un municipio, por un mismo organismo, entidad o empresa, públicos o privados, el régimen de tal servicio será de la competencia del Poder Nacional y el Ejecutivo Nacional fijará las tarifas de dichos servicios".

Casi todos los servicios públicos (agua, electricidad, teléfonos, transporte, vialidad, educación, recreación, turismo, cultura, abastecimiento, etc...) requieren e implican de hecho instalaciones que abarcan jurisdicciones no de uno o dos, sino de muchos municipios y son prestados, además, a varios municipios y cada día este concepto será más ampliado.

Al mismo tiempo, la prestación de estos servicios (o de la mayoría de ellos) necesitan una programación de conjunto, con una visión integral del país que escapa a la perspectiva municipal (y que tampoco es su función). Por eso mismo, son ejercidos y prestados por establecimientos públicos institucionales (Institutos Autónomos) que son parte de la Administración Pública Descentralizada: pueden actuar en todo el país (lo que les da una visión de conjunto); para un fin concreto;

con organización bastante dinámica y eficiente; autonomía funcional y financiera (ejemplo: de la A.A.Z.M. del INOS). O son prestados los servicios por empresas del Estado, cuyo accionista principal o único, es el Estado venezolano, con toda la agilidad empresarial propia de este tipo de organización. Entre las razones para justificar este tipo de solución, tendríamos la intervención cada día mayor del Estado en todas las esferas de la actividad, no sólo comercial e industrial, sino también prestacional. Al mismo tiempo, el caudal de recursos financieros que manejan estos entes de la Administración Pública Nacional son, generalmente, muy superiores a los de cualquier Concejo Municipal (o, al menos, de la mayoría). Pienso que hay que ser realista frente al problema del ejercicio de las competencias: a los municipios lo que debe interesarles y lo que debe vigilar y controlar es que los servicios públicos se presten en forma eficiente y que se satisfagan las necesidades de la colectividad: no importa quien preste el servicio. Y no defender a ultranza competencias a veces nunca ejercidas o, lo que es peor, que se tiene la seguridad de no poder ejercer debidamente. La propia LORM, trae una serie de mecanismos (art. 12) para la prestación de estos servicios, que puede ser hecha a través de:

- a. Organismos, empresas o fundaciones municipales, por delegación o contrato.
- b. Organismos, empresas o fundaciones estadales o nacionales, por contrato.
- c. Concesión otorgada en licitación pública.
- d. Por el propio Municipio.

Estos mecanismos hay que utilizarlos. El Municipio debe actuar con mentalidad empresarial en este sentido y contratar con otros entes la prestación de los servicios públicos. Es también conocer nuestra realidad. El lento caminar de la burocracia de las administraciones públicas a todos los niveles. Existen múltiples ejemplos en el Derecho extranjero que dan un modelo de mejores actuaciones, tales como, en Italia, el consorcio, utilizado como figura jurídica para la administración del puerto de Génova. Al mismo tiempo, existe todo un procedimiento pautado en la LORM para otorgar las concesiones, tanto para la prestación de servicios públicos municipales como para la explotación de bienes del Municipio por particulares, con una serie de condiciones mínimas, siendo éstas bastante similares a las que rigen para la contratación de obras públicas entre entes de la Administración Pública Nacional y los particulares. Es decir, lo que en Derecho Administrativo se conoce

como "cláusulas exorbitantes" que rigen en los contratos administrativos (fijación de precios a los usuarios si es una concesión; supervisión y control por parte de los Municipios; derecho a la intervención de la concesión por parte del Municipio y de asumir la prestación del servicio si lo considera conveniente; derecho del Municipio a revocar la concesión en cualquier momento; traspaso gratuito al Municipio de los bienes objeto de la concesión al extinguirse la misma, etc.).

Por su parte, la LORM señala que los municipios tendrán igualmente facultad para (art. 8°):

- 1) Contribuir y cooperar con el saneamiento ambiental.
- 2) Cooperar en la prevención y asistencia en casos de calamidades públicas (inundaciones, derrumbes, etc.).
- 3) Acondicionar, construir y mantener parques, jardines, calles, plazas, playas, balnearios y otros sitios de recreación y deportes. Esta es la única competencia que establece una obligación directa en este artículo. El mantenimiento de los sitios de esparcimiento y deporte es fundamental en la vida de las comunidades. Sin embargo, la LOAC, art. 37, ord. 16, atribuye al MINDUR la programación, construcción y administración de áreas verdes, parques deportivos, parques y plazas, en coordinación con las municipalidades.
- 4) Establecer servicios médico-asistenciales, educacionales, culturales y otros, de conformidad con las normas y en coordinación con las políticas del Poder Nacional sobre la materia.
 La Constitución (art. 136, ord. 17) atribuye al Poder Nacional "la dirección técnica, establecimiento de normas administrativas y la coordinación de los servicios destinados a la defensa de la salud pública".

Y de conformidad con el interés colectivo, la ley podrá establecer la nacionalización de estos servicios públicos.

La LOAC en su artículo 30, ord. 3º, establece que le corresponde al MSAS la coordinación, reglamentación, supervisión e inspección técnica de los servicios municipales (y de los nacionales, estadales y privados) en materia de Salud Pública y Asistencia Social. También están desarrolladas estas competencias en la Ley de Sanidad Nacional, las cuales son atribuidas al Ministerio de Sanidad (MSAS).

Esta última atribución está sometida a la legislación nacional en los términos señalados y se le impone además uno de los principios

jurídicos de organización, como es el de la coordinación con las políticas del Poder Nacional para ejercer esta competencia.

De las competencias contenidas en los dos primeros ordinales del art. 8°, hablan por sí solos el encabezamiento de los mismos sobre la naturaleza de esa atribución: "cooperar, contribuir"... Está claro que el papel de las municipalidades en estos casos es el de cooperar y contribuir con los organismos directamente competentes, tanto en el sancamiento ambiental como en los casos de calamidades públicas, que son los gobiernos estadal y nacional (MARNR, MSAS...) según la Constitución y la LOAC, como hemos señalado anteriormente. También la LO del Ambiente trae regulaciones sobre saneamiento ambiental y atribuye al MARNR la competencia respectiva en cuanto a la prevención y lucha contra la contaminación ambiental.

Servicios mínimos obligatorios

La LORM establece la prestación obligatoria de una serie de servicios mínimos en todo núcleo urbano de más de 1.000 habitantes (art. 9°): agua potable, alumbrado en calles y casas, vías urbanas, cementerios, aseo urbano y servicios educacionales y médico-asistenciales.

En los núcleos urbanos de más de 5.000 habitantes (art. 10), además de los anteriores —lógicamente—, será obligatoria la prestación de otros servicios: cloacas y alcantarillas, matadero, mercado público, bomberos, campos deportivos, playas y parques, *Plano* (?) de desarrollo urbano-local y nomenclatura y señalización urbana.

De esta enumeración resultan bastantes obligaciones, sobre todo tomando en consideración la poca población exigida. Además, esta prestación obligatoria de servicios, ¿es obligatoria para quién? Aparentemente, es obvio que para el Municipio, y esto fue lo que quiso decir la ley. Primero porque se desprende de la misma norma (están señalando competencias en este título); por la previsión del art. 11, LORM, que aclara cuándo se entienden cumplidas las obligaciones mínimas y la facultad que le otorga a la Asamblea Legislativa para ejercer funciones de control; también por la norma del art. 5°, que permite a las administraciones nacional o estadales actuar para suplir la deficiencia o inactividad del Municipio; y por último, porque estas dos previsiones de obligaciones mínimas de la LORM son, evidentemente, el desarrollo del último aparte del art. 30 de la Constitución, que señala que la ley podrá imponerles a los municipios "un mínimo obligatorio de servicios".

Ahora bien, la mayoría de esas "obligaciones mínimas" son competencias que deben ser ejercidas de acuerdo a lo establecido en la legislación nacional sobre la materia y, casi siempre, bajo la dirección y control del organismo que a nivel nacional tenga la competencia. Ya esto, de por sí, crea conflictos e impedimentos y, muchas veces, justifica (equivocadamente) la inactividad por parte de los concejos municipales. Pero si bien es verdad que pueden aceptarse estas obligaciones mínimas en comunidades ya establecidas, ¿qué diríamos de las nuevas poblaciones o, simplemente, de las nuevas urbanizaciones que a veces tienen no sólo 1.000 habitantes sino que incluso algunas llegan a los 5.000 habitantes?

¿Es también responsable el Municipio de prestar esos servicios? Creo que hay que ser cuidadosos en la interpretación de esta norma, porque se puede prestar al mismo equívoco que surge en la legislación española cuando la ley del suelo estipula, como una de las obligaciones del particular que urbaniza, la de costear la instalación y equipamiento de los servicios públicos esenciales; mientras que la ley de régimen local—al igual que la nuestra— señala como obligación del Municipio la prestación de esos servicios públicos. Todo esto trae como resultado que han existido casos de urbanizadores poco escrupulosos que evaden la ley del suelo, amparándose—al final— en la ley de régimen local.

En otro orden de ideas, la LORM establece una serie de requisitos para que el Concejo Municipal pueda autorizar los cambios de zonificación (art. 168); se obliga por igual al Municipio y a los particulares a contar con los medios suficientes para el acondicionamiento de los servicios públicos requeridos. No está nada clara esta disposición, porque después de señalar los requisitos para efectuar los cambios de zonificación antes de los 10 años impuestos como principio general, entre los cuales el respaldo de los vecinos del sector afectado es el más importante por el control que implica, terminan eliminándolo por la excepción permitida al final. Si cambian las políticas o programas municipales, pueden modificar la ordenanza sin necesidad del respaldo de los vecinos afectados. Es evidente que el Concejo sólo tiene que modificar un "programa municipal" para estar autorizado por la misma ley para efectuar las modificaciones que quiera. Al final todo sigue igual que antes y da la impresión que ésta fue precisamente la intención del legislador.

3. Competencias urbanísticas municipales (en Venezuela)

Comencemos señalando que la disciplina urbanística se apoya (entendida como un conjunto de instituciones coherentes entre sí, en la

cual, cada una de ellas no es comprensible sino a través del estudio de las otras e integrada dentro del sistema del cual forma parte; por lo tanto, forman una unidad lógica), se apoya, repito, en tres pilares fundamentales:

- 1. Los planes urbanísticos (instrumentos técnicos), entendidos como los actos del Poder Público que regulan la sistematización y utilización del suelo.
- 2. La problemática jurídica del suelo o propiedad urbana. Según Spantigati, es el derecho de los particulares a usar el suelo que les pertenece según las normas predeterminadas por el Poder Público. En verdad, creo que es más amplio el contenido de esta parte que está conformada por los instrumentos estrictamente jurídicos del urbanismo.
- 3. Gestión y ejecución del urbanismo (instrumentos de aplicación o ejecución de la normativa urbanística). También los controles y sanciones se incluyen en esta parte. García de Enterría dice que acá está casi todo el contenido del derecho urbanístico porque están todas las potestades y deberes públicos de la Administración.

Estos tres elementos están por supuesto, englobados dentro de una organización administrativa que les da forma y a la vez, estructura jerárquicamente a los órganos encargados de la función urbanística.

Así, la disciplina urbanística es parte del sistema jurídico que implica el Derecho Administrativo como conjunto de instituciones jurídicas relacionadas y coordinadas entre sí y sus líneas son bastante simples hasta ahora, afortunadamente.

Por último, el objetivo de la disciplina urbanística es la urbanización conveniente. Esto significa, que la atribución de facultades, de situaciones jurídicas subjetivas son sólo instrumentos para el buen funcionamiento del sistema. Es decir, si se tutelan, por ejemplo, situaciones jurídicas particulares, no se hace por defender el derecho de los particulares, sino porque es favorable para el buen funcionamiento del sistema.

El urbanismo no respeta, per se, las situaciones jurídicas preconstituidas, ni la autonomía municipal, ni el derecho de propiedad de los particulares.

El derecho, es bueno recordar, hay que tomarlo (enfocarlo) como un instrumento al servicio de la colectividad y no al revés. Por tanto,

hay que adaptarlo a las nuevas situaciones para que sirva a la mejor convivencia de los miembros de la sociedad a la cual sirve.

La perspectiva urbanística no puede ser municipal ni local, la competencia atribuida a los municipios en urbanismo se dio en otros tiempos con otra visión —muy reducida— del urbanismo.

¿Cuál es la posición del particular? Veamos con un ejemplo. Si se cambia un plan y los derechos del particular se ven afectados porque tiene menos posibilidades de construcción, eso no le interesa al derecho urbanístico ni le da derecho a indemnización o si se lo da, no es por proteger o atacar a ese particular. Porque el objetivo del urbanismo es, lo dijimos, la urbanización conveniente, es decir, lograr que la forma de vida en las ciudades haga más felices a los hombres que la habitan. Así de simple.

El urbanismo es una función pública, y como tal, es atribuida como competencia a unos órganos estatales determinados, quienes están obligados a ejercer dicha función.

La importancia, hoy día, del urbanismo como ciencia, se debe a la actualidad de la civilización urbana: cada día vivimos más en ciudades, incluso Lefebvre habla de la sociedad urbana. Sin embargo, ahora cuando se habla de urbanismo, más que referirnos a lo urbano, hablamos del suelo (Spantigati).

En Venezuela el MINDUR es el Ministerio del Urbanismo.

El MARNR es el Ministerio de la ordenación del territorio.

La Ley Orgánica de la Administración Central aclara estas competencias. Ahora bien, la LORM señala como "competencia propia del Municipio" (art. 7°, ord. 3°) los "planes de desarrollo urbano local", elaborados "en acuerdo con las normas y procedimientos técnicos establecidos por el Poder Nacional" (a través del MINDUR, quien tiene la competencia según la LOAC). En todo caso, "estos planes entrarán en vigencia una vez aprobados por la autoridad nacional competente" para establecer las normas y procedimientos pautados en el art. 136, ord. 14, de la Constitución; es decir, que es el MINDUR quien tiene que aprobarlos.

Asimismo, toda modificación a estos planes será también sometida a la aprobación del MINDUR.

Curiosamente, esta competencia no está sometida en su ejercicio a la legislación nacional (debiera estarlo por la necesidad de una vi-

sión global del urbanismo), salvo por el sometimiento en la elaboración de los planes a las normas y procedimientos técnicos establecidos por el Poder Nacional. Esta norma constitucional, mal redactada, se interpreta como noción técnica, de *standards* urbanísticos y fijación de procedimientos técnicos en cuanto a la planificación física, más que nada.

En suma, la sujeción vendría dada por la necesaria aprobación de los planes de desarrollo urbano-local por parte del Poder Nacional para que entren en vigencia (¿y qué pasará con las modificaciones en las ordenanzas de zonificación, basadas en estos planes de desarrollo urbano?).

Pero resulta que una de las disposiciones transitorias de la LORM (art. 168) dice que "mientras se dicte la ley nacional que regule la materia urbanística, no podrá hacerse ningún cambio de zonificación aislada o singular". Y "los cambios de zonificación integral de un sector no podrán hacerse antes de 10 años de aprobada la zonificación original o rezonificación posterior". Sin embargo, hay un procedimiento para efectuar esas modificaciones cuando a juicio de la Oficina Municipal de Planificación Urbana se justifiquen: la solicitud de modificación de la zonificación debe ser respaldada por la Asociación de Vecinos; luego de la aprobación en primera discusión en la Cámara Edilicia hay un momento de información pública sobre el cambio propuesto y una sesión en que el Concejo oirá públicamente a los interesados.

También se exigen requisitos mínimos de suficiencia en los servicios públicos necesarios y en los medios económicos tanto de la Municipalidad como de los propietarios para el acondicionamiento y costo de esos servicios. También, los organismos nacionales competentes para la prestación de esos servicios (vialidad, cloacas y acueductos, electricidad, teléfonos, y áreas deportivas y educacionales) deben certificar la suficiencia de esos servicios para la nueva zonificación.

También prevé la ley la responsabilidad solidaria de los concejales por los daños surgidos por el incumplimiento de esta disposición.

Parece todo previsto para evitar cualquier asomo de corrupción (muchas veces presente en los cambios de zonificación), pero, inmediatamente, la misma ley autoriza a una modificación de la zonificación antes de los 10 años indicados, cuando haya que adecuar el sector a las políticas y programas nacionales o municipales, "en cuyo caso no se requerirá el respaldo de los vecinos del sector afectado". ¿Entonces...?

La intervención de los particulares es, realmente, el verdadero elemento de control en todo el procedimiento anterior.

No parece muy seria esta última disposición legal, porque tira por tierra lo anterior, sobre todo si se piensa que el mismo Concejo Municipal puede modificar la programación de su política municipal y... ¡listo! Quedan de nuevo abiertas las puertas de la corrupción. Es difícil entender que el legislador no vio este peligro ni la evidente contradicción en la que cae con esta indicación final.

Por otra parte, ¿por qué no pueden hacerse cambios de zonificación aislada o singular, mientras no se dicte la ley urbanística nacional, si antes asentó la propia ley (art. 7º, primer aparte) que la competencia urbanística no está sometida a la legislación nacional en la materia?

Además, jurídicamente, ¿hasta qué punto es legal someter la vigencia de una ordenanza de zonificación a la aprobación de órganos de la Administración Central?

En este punto, hay varias interrogantes o inquietudes que se nos plantean:

- —¿Puede ser atacada de inconstitucionalidad? ("los actos de los municipios no podrán ser impugnados sino por ante los órganos jurisdiccionales").
- -¿Cuál es la naturaleza jurídica de esos planes de desarrollo urbano local?
 - Es preferible que no sean ordenanzas, porque estamos ante el mismo peligro. Se dictó una disposición legal y se somete la ordenanza de zonificación a los lineamientos del plan de desarrollo urbano como norma superior y en este sentido atacar su ilegalidad (en su caso) jurisdiccionalmente; pero no parece muy ortodoxo someter la vigencia de una ordenanza (leyes de ámbito local) a la aprobación de un órgano de la Administración Central.
- —Sobre el sometimiento de los actos emanados por el Concejo Municipal a la aprobación de una autoridad nacional, la Corte Suprema señala:

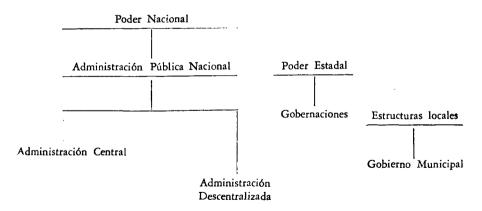
"Para que un acto de cualquier rama del Poder Público exista... basta con la sanción que le da la propia autoridad que lo concibió, independientemente, de la sanción ... que deba impartirle otro órgano. Basta que sobre tal acto no haya más que deliberar por el órgano de que emana, y que, a consecuencia de esto el poder que le haya dado vida, lo con-

sidere ya en condiciones de imponerlo como obra suya definitiva, a la autoridad encargada de hacerlo ejecutar, porque ya esto por sí solo es un efecto de tal acto" (C.F.C. - S.P.A. Sentencia del 2-12-37).

M. 1938, pp. 358-364 (Brewer-C., Jurisprudencia de la Corte Suprema, Tomo II, pp. 213 y ss.).

- --Por último, en materia de competencias, para nada se utiliza la norma constitucional del 137 ("el Congreso podrá atribuir con el voto de las dos terceras partes de cada Cámara a los Estados o a los municipios algunas materias de las competencias nacionales, a fin de promover la descentralización administrativa").
- III. PERFIL JURIDICO DE LAS ESTRUCTURAS LOCALES EN EL DERECHO POSITIVO VENEZOLANO. CONTRASTE CON LA SITUACION DE HECHO EXISTENTE
- 1. Perfil administrativo de la estructura del Estado

PERFIL ADMINISTRATIVO DE LA ESTRUCTURA DEL ESTADO



Este cuadro revela la imposibilidad de pretender establecer una relación de jerarquía ni el control de tutela entre la Administración Pública nacional y los gobiernos municipales. La Administración Pública se caracteriza, es de todos conocido, por la estructura jerárquica de sus órganos, al contrario de los órganos jurisdiccionales, que están coordinados entre sí, pero no vinculados jerárquicamente, porque en su actuación son autónomos unos de otros. La relación existente entre la Administración Central y la Administración Descentralizada es que la

primera ejerce un control de tutela sobre la segunda, es decir, cada ente descentralizado está adscrito a un ente de la Administración Central, quien ejercerá sobre aquél el control de tutela respectivo. La Administración Descentralizada, internamente, tiene la misma vinculación jerárquica en cada uno de sus organismos que la que tiene la Administración Central.

Destaca la anomalía por ahora existente y permitida por la Constitución (art. 22) en el sentido de que el Presidente de la República tiene la potestad de nombrar y remover los Gobernadores de los Estados hasta tanto no se dicte la ley que establezca la forma de elección de los mismos. Por tanto, y en la medida en que el Presidente puede nombrar y remover "libremente" a los Gobernadores, existe una relación de jerarquía entre ambos y éstos no son sino una representación del Poder Ejecutivo en cada uno de los Estados de la República.

Por otra parte, tampoco el mecanismo de la coordinación puede imponérseles a los concejos municipales, a menos que el mismo esté previsto en una ley. Más adelante veremos algunos casos; sin embargo, en casi ninguna de las previsiones legales actuales está prevista la coordinación con la necesaria claridad en aquellas materias que implican una competencia concurrente entre la Administración Pública nacional y los gobiernos municipales. Quizás pueda ser interesante analizar la concertación como mecanismo real de acción entre ambos niveles y como posibilidad concreta de actuación para evitar la incongruencia y la dispersión en esfuerzos y objetivos, tan comunes actualmente. Entendemos la concertación como aquel mecanismo implementado para lograr identidad de fines o propósitos en organismos diferentes, incluso con actuaciones muy diversas. O lo que es lo mismo, la entendemos en el sentido de actuar conjuntamente con un fin similar.

2. Observaciones sobre la coordinación como mecanismo de organización para integrar las competencias concurrentes entre las Administraciones Central y Municipal

Más que un principio de organización, la coordinación —señala Brewer-Carías (Introducción al estudio de la Organización Administrativa, pp. 123 y ss.)— es una de las características esenciales de la organización, porque en realidad no puede haber organización sin coordinación.

La Ley Orgánica de la Administración Central (LOAC) establece en el artículo 4º, que el Presidente de la República tiene facultad para nombrar comisionados para coordinar acciones de entidades públicas y organismos del Estado. Acá, aun cuando se incluyen las empresas del Estado, hay que destacar que sólo se refiere al nivel de la Administración Central y Descentralizada. El artículo 10 de la misma LOAC faculta la creación de los Gabinetes Sectoriales, los cuales pueden ser creados para coordinar actividades que comprometan la acción de varios Ministerios y otros entes públicos.

La Ley Orgánica de la Administración Central atribuye a Cordiplán, entre sus competencias, la de coordinar la planificación que se haga a nivel regional y urbanístico según los lineamientos generales propuestos por esa misma Oficina (art. 47, ordinal 6°) y la coordinación de las actividades de desarrollo regional de los organismos de la Administración Pública nacional, corporaciones regionales de desarrollo, empresas del Estado y otros entes de la Administración Descentralizada, en cuanto a ordenación territorial, desarrollo regional y desconcentración económica (art. 47, ord. 18).

Por su parte, la que sí establece el mecanismo de coordinación con cierta efectividad entre los niveles central y municipal es la "Ley Orgánica de Coordinación de Inversión del Situado Constitucional con los planes administrativos desarrollados por el Poder Nacional", que tiene prevista la partida "situado municipal", la cual proviene de la porción del situado constitucional de los Estados que no está sujeta a coordinación y que no debe ser menor del 10 por ciento, ni mayor del 15 por ciento de esa porción. Pues bien, el 50 por ciento de ese situado municilap debe ser invertido en coordinación con los Ejecutivos Regionales en los términos previstos por la ley (artículo 19). En los subsiguientes artículos se establece el procedimiento para llevar a cabo la coordinación de esa parte de los situados municipales.

Encontramos también que la Ley Orgánica de Régimen Municipal pauta que los municipios tendrán facultad para establecer servicios médico-asistenciales, educacionales y culturales en coordinación con las políticas del Poder Nacional sobre la materia (art. 8°, ord. 4°). Y en concordancia con esta previsión, la Ley Orgánica de la Administración Central señala que corresponde al Ministerio de Sanidad y Asistencia Social la coordinación de las actividades y servicios municipales en materia de salud pública y asistencia social (art. 30, ordinal 3°).

Es evidente que hay muchos niveles para intentar la coordinación y el primero a nombrar puede ser el jerárquico; el superior jerárquico puede y debe coordinar la acción de los inferiores. La Ley Orgánica de la Administración Central, prevé mecanismos para la coordinación de criterios más que cualquier otra cosa, como vimos en los ejemplos anteriores.

En Venezuela se usa mucho el método de crear las ya famosas (por inoperantes) comisiones que elaboren dictámenes o establezcan criterios para coordinar determinadas materias. Pero esta colegialidad puede disminuir la responsabilidad y lograr que la toma de decisiones resulte ineficiente.

En todo caso la coordinación, como tal, no puede ser tarea de un órgano específico. El problema de la coordinación depende, más que todo, del tipo de organización que exista para cumplir con los fines del Estado: en presencia de una Administración Pública que asume nuevos cometidos y fines, diferentes para los cuales se creó originalmente, debe adaptarse a estos nuevos cometidos a través de mecanismos de coordinación.

La Administración Pública venezolana hasta la promulgación de la Ley Orgánica de la Administración Central en 1977, se regía por el Estatuto Orgánico de Ministerios de 1950. Esta situación hizo que la coordinación fuera uno de los problemas más importantes de la Administración. Así se creó Cordiplán y se cayó en una Administración que casi funciona por el sistema de comisiones (Brewer), que tratan de tomar medidas conjuntas en cada materia... De esta forma, la Administración se agota en coordinar sin lograr los objetivos finales que se ha planteado. Puede ser preferible utilizar el criterio de sistemas, que integra (y no sólo coordina) los diferentes organismos según el fin a lograr. Acá se admite que hay un órgano central o eje que gobierna cada sistema, sin perjuicio de los múltiples organismos ejecutores de los diferentes aspectos del objetivo(s) a cumplir. Sería como aplicar un gobernador a cada sector de actividad que defina la política del sector y sea quien la conduzca.

Ahora bien, si el problema de la coordinación es complejo entre diversos órganos administrativos dentro de una misma organización, es aún mucho más complejo y difícil cuando se trata de la coordinación entre órganos pertenecientes a personas jurídicas distintas, como pueden ser la República y un Municipio. Cuando se plantea una atribución de competencias en forma concurrente entre el Poder Nacional y los municipios, la coordinación adquiere mayor importancia. Como paso inicial para lograr coordinar la actividad concurrente entre ambos niveles, es necesario la delimitación precisa de las competencias nacionales

y de las municipales. Este problema, que sólo el legislador podía resolver, quedó con la promulgación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal sólo parcialmente resuelto, tal como analizamos en la distribución de las competencias municipales, al caer en imprecisiones y hasta contradicciones que, al final, terminan —por otra parte— haciendo nugatorias competencias que son señaladas como "propias del Municipio" en la misma ley.

Al mismo tiempo, insistimos en que es indispensable la coordinación entre las autoridades nacionales y municipales según las exigencias de cada competencia específica, por lo cual la formulación de principios generales sobre la coordinación no pasa de ser un planteamiento teórico. Es lamentable que habiendo esperado tantos años por la promulgación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la misma no implemente fórmulas eficientes de coordinación entre el nivel central y el municipal; no aclare cuál es el contenido y significación concreta de la autonomía municipal; ni delimite con auténtica sinceridad el campo de ejercicio de las competencias municipales.

3. Formas jurídicas de control sobre los municipios

Del ordenamiento jurídico venezolano se desprende, insistimos en esto, que sólo puede controlarse a los municipios por dos vías: jurisdiccional y legislativamente. Por una parte, "los actos de los municipios no podrán ser impugnados sino por ante los órganos jurisdiccionales, de conformidad con esta Constitución y las leyes" (artículo 29 de la Constitución y copiado idéntico en el artículo 4º de la Ley Orgánica de Régimen Municipal) y por la otra, "los municipios constituyen la unidad política primaria y autónoma dentro de la organización nacional" (artículo 25 de la Constitución). Por supuesto que al formar parte, como personas jurídicas, de la estructura del Estado, están sometidas a las leyes nacionales.

La Constitución señala que la ley determinará la participación que corresponda a las entidades municipales en el situado constitucional; asimismo, prevé la Ley de Coordinación de Inversión del Situado con los planes administrativos desarrollados por el Poder Nacional y que se podrá fijar límites a los emolumentos que devenguen los funcionarios y empleados de las entidades federales y municipales (artículo 229). Siguiendo el mandato constitucional, la "Ley Orgánica de Coordinación de la Inversión del Situado Constitucional con los Planes Administrativos desarrollados por el Poder Nacional", de agosto de 1974, establece

que "los Estados, el Distrito Federal y los Territorios Federales deberán coordinar, en sus respectivas jurisdicciones y a nivel regional o interestadal cuando sea el caso, la inversión del situado constitucional con los planes administrativos desarrollados por el Poder Nacional" (artículo 1°). Aun cuando la ley no incluye expresamente a los municipios en esta norma, los incluimos por interpretación analógica (extensiva) de la norma constitucional, en concordancia con el artículo 19 de esta ley de coordinación de inversión del situado, que señala que "en las leyes de presupuesto de los Estados se incorporará una partida, denominada situado municipal, no menor del 10 por ciento ni mayor del 15 por ciento de la porción del situado constitucional no sujeta a coordinación, para ser distribuida entre los concejos municipales. La inversión del 50 por ciento del situado municipal, se hará en coordinación con los Ejecutivos Regionales en términos similares" a los previstos en la ley para coordinar el situado de los Estados. La ley también señala la forma como será distribuida la partida correspondiente al situado municipal (art. 20).

Otra forma de control establece la Constitución, al decir que se podrán extender por ley las funciones de la Contraloría General de la República a los Institutos Autónomos, y a las Administraciones estadales y municipales, sin menoscabo de la autonomía de las dos últimas (artículo 235). En prevención de lo cual, la Ley Orgánica de Régimen Municipal señala que la Contraloría General de la República, en coordinación con las Contralorías municipales, ejercerá la vigilancia, fiscalización y control a posteriori sobre las Administraciones municipales, empresas, fundaciones o mancomunidades según lo establecido por la legislación nacional (art. 133). Al mismo tiempo, la Contraloría General de la República debe informar el resultado de sus investigaciones al Concejo Municipal y a la Asamblea Legislativa del Estado, con indicación de las omisiones, violaciones legales y delitos, según los casos (artículo 134).

Al establecer la competencia de los Estados, la Constitución les otorga "la organización de sus municipios y demás entidades locales", así como la determinación de las ramas del servicio de policía urbana y rural "atribuidas a la competencia municipal" (artículo 17, ordinales 2° y 5°). Esta es otra forma de control sobre los municipios.

Y, por último, la Constitución reafirma el sometimiento de los municipios al control de las leyes nacionales, cuando consagra que "la ley podrá establecer diferentes regímenes para la organización, gobierno y administración de los municipios" (artículo 27).

4. Observaciones finales

La exigencia de una planificación de la actividad pública es algo con lo que debería contarse al momento de analizar y evaluar la estructura y funcionamiento de las entidades municipales.

El factor territorio realza la importancia creciente de los gobiernos municipales, como cauce adecuado para la participación de los ciudadanos en la planificación territorial. Las decisiones sobre planificación a nivel central no tienen por qué perturbar la actuación (autonomía) municipal, si los gobiernos municipales son el cauce ascendente de propuesta de las necesidades y aspiraciones de la colectividad y, en algunos casos, confiarles a ellos su ejecución, siempre que no haya imposibilidad por la naturaleza y ámbito territorial de la obra y servicio.

De modo de poder hacer frente a las crecientes aspiraciones de la comunidad, consecuencia tanto del nivel de vida cada vez más elevado como de una toma de conciencia general, los concejos municipales deben fortalecer los órganos encargados de la ejecución de los servicios públicos que les competen. Al mismo tiempo, deben procurar crear—al menos lo concejos municipales más poderosos económicamente—órganos propios de planificación y control.

Para atender los servicios públicos que les corresponden, las municipalidades —como células básicas de la comunidad— requieren de instrumentos económico-financieros idóneos como elemento indispensable a la verdadera democratización de los municipios. Es evidente que existen muchos concejos municipales en el país que cuentan con más que suficientes recursos económicos, pero también hay muchos otros que carecen casi por completo de esos recursos. Al mismo tiempo, sería interesante instrumentar ciertos mecanismos de control de la gestión de los concejos municipales por parte de la comunidad a la cual sirven.

En relación con la colaboración Estado-Municipio se considera que, sin perjuicio de que las decisiones de interés general se efectúen a nivel nacional, dichas decisiones deben tomarse, según los casos, con la participación real de los gobiernos municipales. En cualquier caso, los planes locales han de estar siempre coordinados con los planes nacionales, sin olvidar la necesaria participación popular en la planificación a través de las asociaciones de vecinos y según los mecanismos previstos en la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

BIBLIOGRAFIA

- Brewer-Carías, Allan R.: Derecho Administrativo I. Caracas, UCV, 1975.
- ----: Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de derecho administrativo, tomo II. Caracas, Instituto de Derecho Público, UCV, 1976.
- ——, e Izquierdo Corser, Norma: Estudio sobre la Regionalización en Venezuela. Caracas, UCV, Ediciones de la Biblioteca, 1977.
- LARES MARTÍNEZ, ELOY: Manual de Derecho Administrativo, 4º edición, Caracas, Cursos de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, 1978.
- Congreso Interamericano de Municipios (Málaga, 1972). Papel de trabajo de Conclusiones de la Primera Comisión: "Problemática de la Administración Municipal ante la planificación del desarrollo".
- OROPEZA, AMBROSIO: La Nueva Constitución Venezolana, 1961. Caracas, 1971.
- MARIÑAS OTERO, LUIS: Las Constituciones de Venezuela. Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1965. Vol. 17 de: "Las Constituciones Hispanoamericanas".
- MARTÍN MATEO, RAMÓN: Manual de Derecho Administrativo. Madrid, 1970.
- Constitución de la República de Venezuela: G. O. Nº 662, Ext. de 23 de enero de 1961, y G. O. Nº 1.585, Ext. de 11 de mayo de 1973.
- Ley Orgánica de la Administración Central (LOAC): G. O. Nº 1.932, Ext. de 28 de diciembre de 1976.
- Ley Orgánica de Régimen Municipal (LORM): G. O. Nº 2.297, Ext. de 18 de agosto de 1978.
- Ley Orgánica de Régimen Presupuestario: G. O. Nº 1.893, Ext. de 30 de julio de 1976.
- CALDERA, RAFAEL: Hacia las nuevas estructuras del Municipio en Venezuela.

 Caracas, 1978. Ediciones Contraloría Municipal del Distrito Sucre del Estado Miranda.

REGIMEN CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO DE LOS ESTADOS Y MUNICIPIOS EN VENEZUELA

ALFREDO ARISMENDI A.

SUMARIO

I. El federalismo venezolano. II. El gobierno estadal. A. Servicios públicos estadales: 1. Educación pública. 2. Construcción de obras públicas. 3. Asistencia social. 4. Atribuciones policiales. B. Organización de los gobiernos estadales: 1. El Poder Legislativo. 2. El Poder Ejecutivo: a. El Procurador del Estado. b. El Contralor General del Estado. 3. El Poder Judicial. III. El gobierno municipal. A. Servicios públicos municipales: 1. Acueductos, cloacas y drenajes. 2. Salubridad e higiene. 3. Caminos y carreteras. 4. Educación. 5. Policía. 6. Bomberos. 7. Urbanismo. 8. Espectáculos públicos y recreación. 9. Empresas de servicios públicos. B. Organización del gobierno municipal 1. Los distritos metropolitanos. 2. Las mancomunidades y otras formas asociativas. 3. El Secretario municipal. 4. El Administrador municipal. 5. El Síndico Procurador municipal. C. La participación de la comunidad. D. Organización judicial municipal. El régimen político de los distritos. 1. Organización. 2. El gobierno de los distritos. a. Los prefectos. b. Los alcaldes.

FEDERALISMO VENEZOLANO

La entidad federal creada por la Constitución es, sin lugar a dudas, el rasgo fundamental del sistema de gobierno venezolano.

Sin embargo, tal sistema es en realidad un bloque monolítico constituido por miles de vasos comunicantes: mosaicos de una obra que, en concurrencia, forman un todo; hay 20 gobiernos estadales, además del gobierno del Distrito Federal y de los Territorios también federales; y por debajo en la estructura del Estado hay centros políticos aún menores que gobiernan distritos, ciudades, pueblos y caseríos.

La forma más sencilla de comprender esta complejidad y a la vez uniformidad de estructuras gubernativas es en base al desarrollo político-constitucional de Venezuela. La forma federal, ensayada por primera vez en la Constitución de 1811, ha sido la última escala de un proceso que, desde 1864, se caracteriza por desconocer de manera paulatina los principios básicos de todo federalismo. Antes de su primera consagración existieron gobernadores en las distintas provincias (más adelante, Estados) y antes de formadas aquéllas, los gobiernos de ayuntamientos y de regidores. Un paso inicial en la formación de la nación venezolana por los colonizadores españoles fue el nombramiento de regidores, que agrupados en las poblaciones más importantes dieron origen a los cabildos o ayuntamientos como unidades gubernativas para los pequeños poblados que se fundaron a lo largo desde Coro, cerca del mar de las Antillas, hasta el centro de lo que es hoy la República de Venezuela. Incluso antes de que los colonizadores fundaran a Coro, en 1530, habían creado en la isla de Cubagua, al este de la provincia venezolana, una unidad gubernativa municipal, o sea, la primera organización jurídica venezolana escrita. Y a medida que la nación se extendía por el centro y al este, cada poblado como avanzada de colonización instauraba sus propias autoridades para resolver sus asuntos.

Los autores de la primera Constitución venezolana trataron de ampliar más este sistema gubernamental, en cierto modo multiestratificado. Aunque hacían más importante la estructura central de gobierno, consideraban como beneficiosa la necesidad de otorgarle autonomía a las provincias por estar en más contacto directo con la realidad de cada una de ellas y más efectivamente consciente de sus necesidades. En consecuencia, determinadas actividades, como defensa, moneda, relaciones internacionales, podían ser tan sólo realizadas por un gobierno centralizado más o menos fuerte; pero otras, menos vitales, correspondían preferentemente a las entidades provinciales.

Antes de los primeros sucesos de independencia, cada provincia era gobernada en conjunto con las demás que constituían la Capitanía General directamente por la Corona española. En los comienzos de la República, antes y después de adoptada la Constitución federal de 1811, las provincias eran en cierto modo entes autónomos. Los diputados al Congreso Constituyente eran partidarios de una unión federal fuerte y cónsona con nuestra realidad, pero al mismo tiempo pretendían conservar para las provincias cierta autonomía.

En realidad, los aspectos cuya competencia no traspasa los límites de los Estados, son atribuciones exclusivas de los correspondientes gobiernos regionales. Tales aspectos son los siguientes: la organización de sus poderes públicos; la organización de sus municipios; la administración de sus bienes y la inversión del situado constitucional y demás ingresos que le correspondan; el uso del crédito público y la organización de la policía urbana y rural. Dentro de todo esto, la Constitución Nacional consagra que la organización de los poderes públicos estadales debe ser de forma republicana, y que no han de aprobar leyes que violen o se contrapongan a la Constitución Nacional o a las leyes y regulaciones de carácter nacional.

Actualmente, existen muchas materias que han sido de hecho o de derecho trasladadas desde la competencia estadal a la nacional. Sobre todo en cada una de las últimas modificaciones constitucionales y como consecuencia de la tendencia centralizadora de los diferentes gobiernos nacionales que se han sucedido en el país. En este sentido, el poder central ha asumido cada vez más injerencia en materias tales como higiene, educación, asistencia pública, transporte, urbanismo y vivienda. Sin embargo, donde el gobierno nacional interviene lo hace sobre la base de coordinación entre las autoridades de gobierno estadal y nacional y por mandato de normas emanadas del Poder Legislativo central.

Las constituciones de los distintos Estados no difieren mucho entre sí, a excepción de ciertos detalles, en realidad siguen siempre un mismo modelo; en algunos casos contienen una declaración de derechos de los habitantes del Estado y toda una estructura organizativa gubernamental. En materias tales como la Asamblea Legislativa, Gobierno y Administración, Hacienda estadal, Contraloría y régimen municipal y de los distritos, las constituciones estadales son en su generalidad más detallistas y explicativas que la nacional. Algunas de esas constituciones estadales consagran que la soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce mediante el sufragio por los órganos del Poder Público, y establecen ciertos principios y normas básicas como fundamento del gobierno de los Estados.

II. EL GOBIERNO ESTADAL

A. Servicios públicos estadales

Los gobiernos de los Estados tienen como competencia una diversidad de actividades para prestar servicios públicos a sus habitantes. Y lo mismo que el gobierno nacional, los Estados tienen como atribución decretar impuestos y demás contribuciones, a objeto de recaudar fondos para poder hacer frente, en lo posible, a estas actividades. A continuación se enumeran algunas de ellas.

1. Educación pública

Los gobiernos de los Estados promueven y fomentan la educación pública de acuerdo con las normas y principios que dicte el Poder Ejecutivo Nacional. En este sentido les corresponde todo lo concerniente a la creación, dotación, administración de institutos educacionales y la supervisión de los mismos. Todos los Estados se ocupan de lo relativo a la creación y mantenimiento de nuevos servicios docentes y recreativos dentro de las escuelas, pero de conformidad con la ley nacional sobre la materia. Entre las demás actividades educativas estadales están la creación, organización, fomento y dotación de bibliotecas públicas y la colaboración para el fomento de bibliotecas de instituciones y sociedades privadas al servicio del público en general; la organización de cursos y otras cátedras especiales para maestros, la planificación y realización de ciclos de conferencias y charlas, proyecciones cinematográficas educativas y la celebración de conciertos, cursos y eventos sobre temas y trabajos culturales.

2. Construcción de obras públicas

Los miles de vehículos que transitan en Venezuela se movilizan por el más moderno sistema latinoamericano de vías pavimentadas o asfaltadas y transitables todo el año. En este sentido, a los Estados le corresponde promover la apertura en todas clases de vías de comunicación y la construcción de las obras de utilidad pública, en coordinación con los planes de vialidad y de urbanismo y con los procedimientos técnicos para obras de ingeniería y arquitectura que establezcan los órganos nacionales respectivos. De esta manera, han de someter los provectos de obras públicas del Estado que así lo requieran, a la aprobación de los organismos técnicos nacionales correspondientes y a la planificación y ejecución de los mismos. También le corresponde a los Estados la apertura, limpieza y conservación de los caminos vecinales y todo lo correspondiente a los edificios y construcciones para los servicios públicos estadales y, en general, todo lo relativo a las construcciones públicas y obras de ingeniería del Estado. Sin embargo, el alto costo de la construcción y reparación de carreteras hace necesaria una coordinación entre los gobiernos municipales, estadales y nacionales. La red vial nacional cubre todos los Estados, pero cada uno de ellos conserva asimismo su competencia en la materia, la cual no ejercen con más frecuencia por razones económicas. En todo caso, a los Estados y municipios corresponde en principio la conservación de calles locales v caminos vecinales.

3. Asistencia social

Los Estados tienen como atribución todo lo relativo a la creación, organización, dirección, administración y dotación de los institutos y establecimientos benéfico-asistenciales subvencionados por ellos mismos.

Los Estados son además competentes para la creación, organización, funcionamiento y dotación de cursos de capacitación técnica y administrativa para el personal de esos institutos y establecimientos. Entre las demás actividades asistenciales estadales están la cooperación con los organismos nacionales competentes en la ejecución y divulgación de medidas sanitarias de profilaxis y prevención de enfermedades; así como también el amparo, ayuda y asistencia debidos a poblaciones y personas en caso de calamidades públicas.

4. Atribuciones policiales

La Constitución Nacional atribuye a los Estados como competencia la organización de la policía urbana y rural y la determinación de las ramas de este servicio que han de ser atribuidas a la competencia municipal. Al Gobernador corresponde ejercer la superior inspección de la Policía del Estado, para la conservación y mantenimiento del orden público. El más evidente ejercicio de esta facultad policial es prestar rápido y eficaz apoyo a la administración de justicia, y dictar oportunamente las órdenes necesarias para la persecución y captura de los delincuentes. Pero los Estados también están facultados para regular y prohibir el juego, las loterías y la venta de bebidas alcohólicas. Además, se utilizan las atribuciones policiales para requerir condiciones de seguridad en empresas industriales. Entre las facultades policiales se incluye, en algunos casos, lo relativo a reses, bestias y otros animales, y la regulación de la prostitución.

B. Organización del gobierno estadal

En Venezuela no existen dos Estados que sean iguales entre sí. Algunos, por lo menos, son más densamente poblados o desarrollados que otros; los demás son preferentemente agrarios o ganaderos o ambas cosas a la vez. Algunos de ellos tienen una extensión territorial realmente pequeña, pero otros tienen dimensiones territoriales inmensas, inclusive mayores que las que poseen algunos países del globo terrestre. Cada uno de los Estados tiene problemas sociales, económicos, políticos propios, derivados de los orígenes de su población. Sin embargo, las estructuras gubernamentales no varían, y en muchos aspectos

significativos hay coincidencia, por lo que presentan muchas características comunes a casi todos ellos.

Al igual que el gobierno nacional, el gobierno de los Estados tiene tres poderes, que en realidad son dos, es decir: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial; pero todo lo concerniente a la organización y funcionamiento de este último poder es de la competencia del poder nacional.

No hay excepciones, todos los Estados tienen un solo cuerpo legislativo, es decir, una legislatura unicameral; la cámara se llama Asamblea Legislativa. Los diputados ejercen su cargo durante cinco años y pueden ser reelegidos o no. Gozan de inmunidad en el territorio del Estado respectivo por un tiempo determinado y deben reunir las mismas condiciones que se exigen por la Constitución de la República para ser diputado al Congreso Nacional.

1. El Poder Legislativo

Cada Estado es una circunscripción electoral en que los votantes eligen a sus representantes en la Asamblea Legislativa. De acuerdo con una modificación de la Ley Electoral del 31 de marzo de 1964, aprobada por el Congreso Nacional, para integrar las asambleas legislativas se elige un número de diputados que resulta de la aplicación de una escala, con la cual se asegura la proporción en representantes entre los distritos urbanos ordinariamente más poblados y los rurales o distantes que tiene poca densidad poblacional. Tales postulaciones de candidatos se hacen por listas y por circunscripción electoral.

El proceso de formación de las leyes en los Estados es muy parecido al del Congreso de la República, con las diferencias lógicas provenientes de que su órgano legislativo es unicameral. La Comisión Delegada de la Asamblea Legislativa, los diputados en un número no menor de tres o dos, el Ejecutivo estadal o un número determinado de ciudadanos pueden presentar proyectos de ley, y éstos son pasados a la Comisión respectiva para su estudio e informe a la Asamblea Legislativa. El proyecto de ley que logra pasar de la etapa de comisión es considerado de inmediato en primera discusión. Todo proyecto de ley recibe tres discusiones; no obstante, si es declarado de urgencia podrá ser sancionado en dos discusiones solamente. Una vez aprobada la ley se extiende por duplicado y a los fines de su promulgación, uno de los dos ejemplares será enviado al Gobernador del Estado. Este último la promulgará dentro de los cinco días siguientes al de su recibo, pero en el mismo lapso podrá solicitar a la Asamblea Legislativa que la mo-

difique o le levante la sanción. Si se trata de modificaciones, éstas y los artículos que le son conexos, recibirán dos discusiones. Si lo solicitado es el levantamiento de la sanción, la Asamblea Legislativa decidirá en una sola discusión. Cuando esta última no acepta lo solicitado, el Gobernador promulgará la ley, a menos que se haya invocado su inconstitucionalidad. En este caso, el Gobernador la pasará a la Corte Suprema de Justicia para que decida. Si se declara que no es inconstitucional, el Gobernador la promulgará dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia.

2. El Poder Ejecutivo

El jefe máximo de un Estado es el Gobernador, quien es nombrado por el Presidente de la República por un período indeterminado de acuerdo con la confianza que en él tenga el máximo jerarca de la Administración pública nacional.

Las atribuciones de un Gobernador están enumeradas en la Constitución estadal y, en general, son consecuentes con las también consagradas en la Constitución Nacional. El Gobernador tiene iniciativa para presentar proyectos de leyes a la Asamblea Legislativa, y cuando sea necesario, puede convocarla a sesiones extraordinarias. El designa y remueve los funcionarios públicos estadales de alto rango, cuyo nom-n-bramiento y remoción no estén atribuidos a otros funcionarios u organismos públicos.

En los Estados, el equivalente del suplente del Presidente de la República, como lo es el Presidente del Congreso, el Vicepresidente del mismo, y el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, es, por lo general, un Secretario de Gobierno, quien es de libre nombramiento y remoción del Gobernador. El se encarga de la Gobernación en caso de falta temporal del Gobernador del Estado. Si la falta es absoluta lo suple, con el carácter de Encargado del Poder Ejecutivo mientras se procede al nombramiento de un nuevo Gobernador. El Secretario General es el órgano legal y preciso del Gobernador del Estado. Todos los actos de este último deben ser refrendados por él, a excepción del decreto por el cual se le nombra.

El Poder Ejecutivo estadal comprende además a otros funcionarios que no son electos tampoco por elección popular en ningún Estado, como son los Prefectos de los Distritos, los Prefectos de los Municipios, el Cuerpo de Policía Estadal, los Directores de la Secretaría General de Gobierno. En todos los Estados el Gobernador ejerce total control sobre

las actividades de estos funcionarios; pero no así sobre aquellos que pertenecen a otras ramas del Poder Público, ya que no están, por ningún concepto, subordinados al Gobernador. Entre estos últimos y altos funcionarios están:

a. El Procurador del Estado

Quien es el órgano del Poder Ejecutivo ante los funcionarios de la administración judicial, con jurisdicción en el territorio del Estado. El y sus suplentes o apoderados cumplen las instrucciones que les transmitan en todo lo que se relaciona con la recta aplicación y cumplimiento de las leyes, especialmente de aquellas en que están interesados el orden público, las buenas costumbres y el bienestar colectivo. El también rinde los informes que le soliciten el Ejecutivo Nacional, el Ejecutivo Estadal y la Asamblea Legislativa o su Comisión Delegada.

b. El Contralor General del Estado

Es quien fiscaliza todos los ingresos y egresos del Tesoro del Estado. Es el encargado de la centralización, examen, vigilancia y control previo, perceptivo o de comprobación posterior, de todas las cuentas y operaciones fiscales de bienes estadales. Además, es competencia del Contralor General del Estado, denunciar ante quien corresponda las irregularidades que observe en el manejo de los fondos públicos. A este fin puede personalmente, o por órgano de sus empleados, realizar toda ciase de investigaciones en los departamentos u oficinas sujetos a su fiscalización. El Contralor del Estado, es auxiliar de la Asamblea Legislativa en la aprobación o improbación de la Memoria y Cuenta del Gobernador del Estado y del Secretario General de Gobierno; en el examen de las Cuentas de las Dependencias Autónomas del Estado y en el examen de control de cualquier acto de la Administración Pública Estadal y también es auxiliar de la Asamblea Legislativa, a los efectos de controlar el gasto público efectuado por las administraciones municipales respetando la autonomía municipal.

La variedad de servicios públicos de los gobiernos estadales son prestados en forma coordinada con el poder central o de manera directa a través de algunos institutos, direcciones y comisiones, cuyos funcionarios son designados en su totalidad por el Gobernador. Ellos hacen cumplir las leyes en general; además, dirigen las actividades públicas en áreas tales como salud pública, la construcción y conservación de vías y caminos; la educación y la beneficencia pública.

Algunos Estados han consagrado su Ley de Carrera Administrativa parecida a la aprobada por el Congreso Nacional con la finalidad de evitar los vicios del amiguismo, los padrinazgos y la rebatiña en el otorgamiento de cargos públicos estadales, y para garantizar de que los funcionarios del gobierno estadal están bien capacitados para sus trabajos.

3. El Poder Judicial

Como está subordinado de manera total al Poder Judicial nacional, la estructura estadal consiste en un grupo de tribunales que, a grandes rasgos, guardan identidad plena con la estructura nacional. Aunque no forma parte del gobierno estadal, consiste en un sistema judicial cuyas actividades fundamentales son: 1) decidir juicios civiles entre litigantes particulares, y 2) conocer de juicios referentes a infracciones del Código Penal. La organización es de forma piramidal y tiene como base los tribunales municipales, de éstos sigue un grupo de tribunales de Distritos, de Primera Instancia y luego los Tribunales Superiores. Todos los Estados tienen tribunales de menores, para ocuparse de los menores de edad que violen las leyes y para protegerlos socialmente. Los Tribunales de familia conocen de juicios originados por desajustes familiares. Los tribunales de menor jerarquía se ocupan de juicios entablados por deudas de poca monta, aunque en algunos casos ocasionan altos gastos a las partes litigantes.

Los tribunales son presididos por jueces que no son funcionarios electivos, ya que es el Consejo de la Judicatura quien los nombra. La designación de todos los jueces es por cinco años. Los juicios son escritos en su mayoría y sin jurados. Según la Constitución Nacional, nadie puede ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiere sido juzgado anteriormente.

El fiscal del Ministerio Público cuando actúa en los procesos penales, es en ellos parte de buena fe. Es decir, no está obligado en todos los casos a formular cargos contra el encausado ni a pedir sistemáticamente su condenación. Por el contrario, si la inculpabilidad del procesado se evidencia de las pruebas promovidas y evacuadas, debe pedir la absolución del mismo, por exigirlo así la justicia penal. Todos los ciudadanos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de su persona. Se fijan normas que aseguran el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes. En todo caso, la defensa es un derecho inviolable en cualquier estado y grado del proceso.

III. EL GOBIERNO MUNICIPAL

Venezuela, que en el siglo pasado y parte del actual fue predominantemente rural, es en la actualidad un país altamente urbanizado, y las dos terceras partes de su población viven ahora en las grandes ciudades o en sus zonas marginales. Esta situación explosiva trae como consecuencia peligrosa una alta responsabilidad para los gobiernos municipales en la estructura total del país. En menor escala que en el nivel nacional o estadal, el municipio ha de atender en forma directa los servicios que se deben a sus habitantes, proporcionándoles desde escuelas hasta transporte público.

La magnitud de ciertas ciudades de Venezuela hacen muy compleja la labor de administrarlas bien; con recursos y sin ellos. Varias ciudades de Venezuela, por ejemplo, aunque no tiene más población que la ciudad de Caracas, presentan los mismos problemas. Con frecuencia se dice que, después de la Presidencia de la República, lo más difícil es administrar y solucionar los problemas de Caracas.

Las asambleas legislativas aprueban las leyes orgánicas municipales, que regulan las actividades de los gobiernos y municipios y en las ordenanzas de éstos se desarrollan los objetivos y atribuciones que son competencia del gobierno municipal. En muchos aspectos los municipios actúan con autonomía frente a los Estados. Sin embargo, es esencial la coordinación, tanto con los organismos estadales como con los nacionales, en especial para lograr satisfacer los servicios necesarios a los habitantes de los municipios.

A. Servicios públicos municipales

Los gobiernos municipales han sido regulados en la Constitución Nacional para proporcionar un marco seguro y sano en que la gente pueda desarrollar su vida. Pero la tarea es más difícil de lo que parece, ya que la prestación de los servicios públicos municipales, aunque esenciales, debe ser continua; y cuando un municipio está constituido por miles y miles de personas es una empresa gigantesca e intrincada.

1. Acueductos, cloacas y drenajes

Todos los municipios se encargan de suministrar directa o indirectamente un completo servicio de agua potable, la cual es llevada con gran fuerza desde las plantas de tratamiento hasta los tanques de toda casa o edificio, cuando no es directamente suministrada hasta las mismas llaves de salida. En algunos casos, la distribución de agua pura

es administrada por una oficina municipal; pero es el Instituto Nacional de Obras Sanitarias, con adecuado personal técnico especializado, quien tiene bajo su responsabilidad las estaciones de bombeo, el tratamiento de las aguas, el suministro de elementos purificadores y una compleja red de tuberías subterráneas o no para la distribución de tan preciado elemento natural.

Además, todos los municipios se encargan de fijar los lugares destinados para tomas públicas de agua, fuentes públicas, lavaderos y para baños de personas y animales. Por lo común conservan los manantiales de modo que abunden las aguas, velan por su aseo y conveniente uso; no permiten que se cerquen indebidamente, ni que ningún ciudadano ejerza jurisdicción en ellos, con perjuicio de la comunidad, prohíben la tala y quema de los bosques en las cabeceras y márgenes de los ríos y vertientes.

2. Salubridad e higiene

Los Concejos Municipales velan por la salubridad pública y disponen lo conveniente para preservar de epidemias o de enfermedades contagiosas a las poblaciones de los municipios. Además, la mayoría de los Concejos Municipales velan también por la higiene pública y privada de conformidad a lo que establezcan las leyes y los reglamentos sanitarios. Entre otras medidas de saneamiento están el aseo urbano y domiciliario, así como también contribuir y cooperar con el saneamiento ambiental y establecer servicios médico-asistenciales.

3. Caminos y carreteras

Una competencia municipal es la de acordar y contratar apertura de caminos en los municipios. Además, velan por sus mejoras y conservación, y por la de caminos y carreteras vecinales.

En este sentido, una dependencia municipal es la encargada de acondicionar, construir y mantener las calles. Es más, en todo núcleo urbano de más de un mil (1.000) habitantes, es obligatoria la prestación de los servicios mínimos en materias como construcción, conservación y reparación de vías urbanas.

4. Educación

Los municipios tienen como competencia establecer servicios educacionales y culturales, pero de conformidad con las normas y en coordinación con las políticas adoptadas por el Poder Nacional sobre tales

materias. Y en todo núcleo urbano de más de un mil (1.000) habitantes, es obligatoria la prestación de ciertos servicios mínimos, como son la cooperación y asistencia de los servicios educacionales. En este sentido, todo municipio tiene como facultad y deber, crear, dotar y reglamentar escuelas primarias y fomentar escuelas de artes y oficios para ambos sexos. Los municipios más importantes establecen y fomentan bibliotecas públicas.

5. Policía

El cuerpo de policía municipal, tiene a su cargo la vigilancia y control de las actividades relativas a las materias de la competencia municipal. De esta manera, mantiene el orden en el municipio, colabora en la prevención de los delitos, aprehende a los delincuentes y en determinadas circunstancias dirige el tránsito. Está organizada en cuarteles, cada uno con un comandante. Todo el perímetro del municipio es vigilado por agentes uniformados o no y a pie o en vehículos.

6. Bomberos

Es de la competencia municipal los servicios de prevención y lucha contra incendio en las poblaciones. En este sentido, el municipio para combatir los incendios, sostiene un cuerpo de bomberos que con una preparación adecuada, permanece vigilante todo el tiempo en lugares casi siempre estratégicos. Más importante que combatir los incendios, es evitarlos. Las ordenanzas municipales sobre la materia, regulan cuáles métodos de construcción son más seguros y qué tipos de materiales deben ser usados; de igual manera, obligan a todo constructor o propietario a establecer suficientes salidas de emergencia. Con relativa frecuencia, funcionarios competentes examinan el estado de las instalaciones eléctricas y se mantienen alerta en los casos de imprudencia por mal manejo de materiales combustibles y almacenamiento indebido de materiales explosivos.

7. Urbanismo

Casi todas las ciudades y pueblos de Venezuela han crecido sin sujetarse a un plano regulador, es decir, un plan racional para el desarrollo urbano. Los municipios, en número cada vez mayor, reconocen ahora la imprescindible tarea de planificar con el objeto de regular y canalizar el crecimiento urbano. Por eso en la actualidad, es competencia propia del municipio los planes de desarrollo urbano local que hayan sido elaborados según las normas y procedimientos técnicos establecidos

por el Poder Nacional. En este sentido, para todo núcleo urbano de más de cinco mil (5.000) habitantes es obligatorio, además, el plano de desarrollo urbano local. Las ordenanzas municipales especifican los tipos de construcción, el uso a que se dedicarán las parcelas y las densidades permitidas en las diversas zonas de las localidades.

8. Espectáculos públicos y recreación

Es de la competencia propia del municipio, los espectáculos públicos; organizar y promover las ferias y festividades populares y sitios de recreación. Los municipios tienen igualmente facultad para acondicionar, construir y mantener parques, jardines, plazas, playas, balnearios y otros sitios de recreación y deportes. En los núcleos de más de cinco mil (5.000) habitantes es obliaatorio, además, la prestación de ciertos servicios, como son plazas y parques públicos.

9. Empresas de servicios públicos

La electricidad y el gas hoy en día son vitales para la actividad normal de los municipios y sus localidades. Así como también el agua y el transporte colectivo. Algunos municipios prestan los servicios públicos municipales en forma directa; otras veces mediante organismos, empresas o fundaciones de carácter municipal mediante delegación o contratos; o a través de organismos, empresas o fundaciones de carácter estadal o nacional, mediante contrato y por concesión otorgada en licitación pública.

B. Organización del gobierno municipal

Los tipos de gobierno municipales varían un poco de una población a otra del país. Sin embargo, casi todos tienen algún género de Concejo Municipal, elegido por los habitantes y un administrador municipal, que es el órgano ejecutivo de la Administración.

Hay otro tipo general de gobierno municipal: el de la combinación Cabildo-Administrador Metropolitano. Esta es la forma gubernativa de los distritos metropolitanos. Todo esto es una novedad, producto de una legislación nueva; en la actualidad todavía la organización municipal es casi uniforme, cada distrito, constituido por uno o varios municipios, un Concejo Municipal de siete miembros.

El sistema de Concejo Municipal es la forma más tradicional de gobierno municipal que ha habido en Venezuela y, hasta la aprobación de la nueva legislación municipal, era utilizado por todos los distritos venezolanos. Su estructura es distinta a la de los gobiernos nacional y

estadal, con un Presidente y uno o dos Vicepresidentes electivos, fungiendo el primero como representante legal del Concejo y un Concejo Municipal o Cabildo, también electivo, el cual representa a los habitantes locales, que constituye el Poder Legislativo. El Concejo Municipal nombra a los directores o jefes de los distintos departamentos de la Administración Municipal, solicitando ternas al Administrador, al personal de la Secretaría y de la Sindicatura Municipal, así como de los organismos asesores de la Cámara; y nombra a los integrantes de las Juntas Comunales. Los actos que sanciona el Concejo o el Cabildo para establecer normas de aplicación general sobre asuntos específicos de interés local, se denominan ordenanzas. Estos actos reciben por lo menos dos discusiones en cámara plena y en días diferentes, siendo promulgadas por el Presidente del Concejo Municipal o del Cabildo Metropolitano, y publicados en la Gaceta Municipal o Metropolitana. Los actos que dicta el Concejo sobre el régimen interno del cuerpo o sobre asuntos de efectos particulares, se denominan acuerdos. Estos actos reciben una sola discusión y son publicados en la Gaceta Municipal Metropolitana. Los actos de efectos particulares que dictan el Administrador Municipal, el Síndico Procurador Municipal, el Contralor Municipal, los Directores y demás funcionarios, se denominan resoluciones. Los órganos colectivos del régimen municipal sólo pueden deliberar con la presencia de la mayoría de sus miembros. Las decisiones de la Cámara quedan sancionadas por el voto de la mayoría absoluta de los concejales presentes, salvo las excepciones previamente establecidas. El Administrador Municipal tiene como deber someter a la consideración del Concejo anualmente el Proyecto de Presupuesto de Ingresos y Gastos, de acuerdo a lo previsto en el ordenamiento jurídico municipal. El Concejo Municipal sanciona las ordenanzas, acuerdos y resoluciones para normar el gobierno v la administración municipales. Las ordenanzas, reglamentos, decretos, resoluciones y acuerdos son de obligatorio cumplimiento por parte de las autoridades nacionales, estadales, metropolitanas y municipales. En todo caso, la organización municipal se rige por la Constitución Nacional, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales y por las normas que en conformidad con las anteriores dicten los Estados. No puede exigirse el pago de impuestos, tasas o contribuciones municipales que no hubiesen sido establecidas por el Concejo mediante la promulgación de una ordenanza. El Administrador Municipal ejerce las atribuciones que la Ley Orgánica de Régimen Municipal le confiere en la administración de los bienes y la recaudación, manejo e inversión de los ingresos municipales.

1. Los distritos metropolitanos

Son entidades locales de carácter público, formados por la conurbación de dos o más municipios cuyas capitales se han extendido de tal manera que han constituido una unidad urbana, social y económica con más de cien mil almas. La iniciativa para su creación corresponde a la Asamblea Legislativa o a los Concejos Municipales interesados. La declaratoria de tal creación que reúna los requisitos legales es obligatoria para la Asamblea Legislativa. El Secretario y el Administrador metropolitanos tienen las mismas atribuciones señaladas al Secretario y Administrador municipales y son designados en la misma forma que éstos. El Distrito Metropolitano tiene como ingresos: los que obtenga por derechos y tarifas en los servicios públicos que presta; las rentas y productos de su patrimonio; los provenientes de la enajenación de sus bienes; la cuota parte del Situado determinado por ley, y cualesquiera otros que por ley le correspondan.

2. Las mancomunidades y otras formas asociativas

Son entidades formadas mediante acuerdo entre dos o más municipios o distritos metropolitanos, o entre éstos y uno o más municipios, para la realización de determinados fines municipales o metropolitanos. Su creación requiere la aprobación del acuerdo correspondiente por cada una de las entidades concurrentes a su formación. El estatuto correspondiente a la Mancomunidad debe precisar algunos aspectos, como son: el nombre, objeto y domicilio de la Mancomunidad y las entidades que la integran; los fines para los cuales se integran; el tiempo de su vigencia; los aportes a que se obligan las entidades que la crean; la integración de su organismo directivo, la forma de designarlo, sus facultades y responsabilidades; y el procedimiento para reformar o disolver la Mancomunidad, y la manera de resolver las divergencias que puedan surgir en relación a su gestión y a sus bienes. Las mancomunidades tienen personalidad jurídica propia y no pueden comprometer a los municipios o distritos metropolitanos que las integran, más allá de los límites señalados por el estatuto correspondiente.

Los municipios y distritos metropolitanos pueden igualmente acordarse acerca de la creación de fundaciones, asociaciones y empresas de servicios municipales o de aprovechamiento o industrialización de recursos naturales, y, en general, para cualquier otro fin de interés local o intermunicipal.

La Asamblea Legislativa puede crear los denominados municipios foráneos dentro del territorio municipal, en áreas con centros poblados

rurales de más de mil habitantes. El órgano del municipio foráneo es la Junta Municipal, designada por el correspondiente Concejo Municipal. Está integrado por un Presidente y dos vocales, designados cada año por el Concejo Municipal entre los vecinos del correspondiente Municipio. Los miembros pueden ser elegidos y deben reunir las mismas condiciones exigidas para ser concejal; y pueden ser removidos de sus cargos por causa grave o incumplimiento de sus obligaciones. La Junta Municipal designa de fuera de su seno un Secretario de su libre elección y remoción. El Presidente de la Junta ejerce la representación de la misma, que sólo tendrá facultades administrativas y de prestación de servicios que determinará el Concejo Municipal en la correspondiente ordenanza.

3. El Secretario Municipal

Sus deberes son: asistir a las sesiones del Concejo y elaborar las actas correspondientes; refrendar las ordenanzas y demás instrumentos jurídicos que dicte la Cámara; hacer llegar a los concejales las convocatorias para las sesiones extraordinarias; expedir certificaciones de las actas de la Cámara o de cualquier otro documento que repose en los archivos del Concejo, y auxiliar a las comisiones designadas por el Concejo. El Secretario es designado por el Concejo el día de su instalación y dura en su cargo todo el período municipal. Aun cuando puede ser removido por aprobación de la mayoría de los integrantes del Concejo, por causa grave o incumplimiento de sus obligaciones. Para ser Secretario Municipal se requiere la nacionalidad venezolana, ser mayor de edad y gozar de sus derechos civiles y políticos.

4. El Administrador Municipal

En estos últimos tiempos, el acelerado desarrollo y complejidad de los problemas municipales ha exigido una capacidad administrativa que no tienen muchos de los funcionarios municipales electivos. La fórmula en la novísima ley que regula el régimen municipal ha sido depositar casi toda la actividad ejecutiva de la Administración, en un Administrador Municipal, que sea un profesional experto, y en los municipios mucho más poblados, altamente capacitado.

La figura del Administrador Municipal por lo reciente de la promulgación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, no ha sido aplicada a plenitud, pero con posterioridad, con toda seguridad se adoptará en un creciente número de municipios importantes. Según la ley antes mencionada, el órgano ejecutivo de la Administración es el Ad-

ministrador Municipal. Para desempeñar el cargo se requiere la nacionalidad venezolana, ser mayor de edad, estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos, no tener interés económico directo o indirecto en asuntos relacionados con el municipio. En los municipios con más de cien mil habitantes es obligatorio que posea título de Educación Superior y suficiente experiencia en Administración Pública. En los municipios con población entre cincuenta mil y cien mil habitantes se exige, por lo menos, estudios de administración en institutos oficiales o reconocidos por el Estado y tener suficiente experiencia en Administración Pública o poseer título de Educación Superior. En los municipios con población menor de cincuenta mil habitantes el Presidente del Concejo desempeña las funciones de Administrador Municipal. El Administrador Municipal dirige y supervisa el personal de la Administración Municipal. El Administrador Municipal es designado por la Cámara previo concurso y durará en sus funciones por todo el período municipal, y puede ser reclecto. Su remoción se hace por acuerdo de la mayoría de los miembros del Concejo y por causa grave.

5. El Síndico Procurador Municipal

En cada Concejo Municipal hay una Sindicatura a cargo de un Síndico Procurador Municipal, quien debe ser venezolano, mayor de edad, estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos, no tener interés personal directo en asuntos relacionados con el Municipio, ser abogado de la República y haber cumplido con el deber de votar.

La condición de abogado es obligatoria en municipios que tengan más de cincuenta mil habitantes.

El ejercicio del cargo de Síndico Procurador es a tiempo completo e incompatible con el libre ejercicio de la profesión de abogado o cualquier función pública remunerada, a excepción de cargos académicos, docentes o electorales.

C. La participación de la comunidad

Un aspecto único del régimen municipal, practicado sobre todo en la región capital, área metropolitana de Caracas, es la "asamblea de vecinos". Cada tres meses, por lo menos, el Concejo celebra una sesión en el cual se consideran las materias que los vecinos hayan solicitado ser tratadas públicamente. En dicha sesión el público asistente puede formular preguntas y dar opinión sobre las materias inscritas en el orden del día. La convocatoria de estas sesiones, se extiende hasta las organizaciones gremiales, sociales, culturales y deportivas de la comunidad.

Los habitantes que integran una comunidad de doscientas familias, por lo menos, pueden constituir una "Asociación de Vecinos", la cual tiene personalidad jurídica.

Las asociaciones de vecinos, así como las organizaciones sindicales, gremiales u otras agrupaciones representativas de sectores de la comunidad, pueden presentar al Concejo Municipal proyectos de ordenanzas. Tal iniciativa debe ser respaldada por un número no menor de un mil electores.

Los electores vecinos de la comunidad en un número de veinte mil, pueden solicitar al Concejo la reconsideración de las ordenanzas municipales que no sean de carácter tributario, dentro de un plazo de seis meses, contados a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Municipal.

El Concejo Municipal puede requerir la cooperación vecinal mediante la incorporación de personas o de representantes de la comunidad en: comisiones asesoras, permanentes o especiales del propio Concejo; comisiones o juntas de carácter administrativo a las cuales se les encomiendan gestiones específicas de orden material, cultural, cívico, recreacional o moral o que le asesoren en tales materias, y cualesquiera otras formas de organización o colaboración vecinal y aparte. En la actualidad, se considera que las asociaciones de vecinos, que han venido creándose frecuentemente desde hace cierto tiempo para acá, es la fórmula más genuina de democracia directa, en la cual el poder municipal no es totalmente delegado, sino ejercido directa y normalmente por los electores municipales.

D. Organización judicial municipal

Todo Distrito o Municipio tiene sus respectivos tribunales y las ciudades más importantes poseen juzgados y tribunales unipersonales con distintas competencias jurisdiccionales, a objeto de conocer de hechos en los campos tales como tránsito, menores, familia, pequeños sucesos y otras situaciones semejantes y de menor cuantía. Los jueces son nombrados también, al igual que todos los del país, por un órgano nacional, el Concejo de la Judicatura, y por un período de cinco años.

E. El régimen político de los distritos

1. Organización

El Distrito es una subdivisión inmediata de un Estado o entidad denominada federativa, el cual agrupa por lo general —es decir, no en

todas las situaciones— dos o más municipios y varios pueblos o caseríos. La ciudad de Caracas es tan populosa que se encuentra dividida en veinticuatro parroquias, cada una de las cuales es de hecho un municipio o su equivalente. Por otra parte, el Distrito Sucre del Estado Miranda, situado a ambos lados del río Guaire y al este, más allá de la quebrada de Chacaíto, límite con el Distrito Federal, es una zona ampliamente urbanizada y a la vez suburbio de la ciudad-capital, está gobernada en ciertos aspectos por una administración mancomunada de ambos distritos.

En la mayoría de los distritos hay una ciudad o pueblo designado como capital del Distrito, que es donde funcionan las oficinas de gobierno y se reúne el Concejo Municipal. En los municipios foráneos, las juntas municipales son elegidas por el Concejo Municipal; en las capitales de distrito, los concejales representan —no siempre— a los diferentes municipios. La Junta Municipal eleva a la consideración del Concejo las aspiraciones de la comunidad que se relacionan con la prioridad y urgencia de la ejecución, reforma o mejora de las obras y servicios locales de su jurisdicción y que se estime y merezca especial atención, anexando los informes y propuestas correspondientes.

Al igual que en los gobiernos estadal y municipal, en los municipios foráneos hay cierto número de funcionarios designados, quienes dan cumplimiento a los actos emanados de la Junta Municipal, del Concejo Municipal o del Prefecto del Distrito correspondiente. La Ley de Régimen Político y Administrativo del Estado determina sus atribuciones y obligaciones.

2. El gobierno de los distritos

Cada Distrito es gobernado por un funcionario llamado Prefecto, quien es agente inmediato del Gobernador del Estado y de su libre designación y remoción. En cada Municipio foráneo existe un funcionario delegado llamado Alcalde, como autoridad ejecutiva del Municipio, quien es de libre designación y remoción del Prefecto del Distrito correspondiente. En las poblaciones importantes pero que no son capitales o cabezas de municipios, hay un funcionario denominado Comisario, y en los caseríos o núcleos rurales hay un Jefe de caserío, ambos de libre designación y remoción del Alcalde del correspondiente Municipio, y cumplen y hacen cumplir las órdenes legales que les transmitan el Prefecto del Distrito, el Alcalde del Municipio, y el Jefe de la Policía del Estado o del respectivo Distrito. Los prefectos son las primeras autoridades civiles y políticas en los distritos donde ejercen sus

cargos. Les están subordinados los demás funcionarios de menor jerarquía en el Distrito, en lo que respecta al orden y tranquilidad públicos, así como en lo relativo a la seguridad de las personas y sus bienes. Los prefectos son órganos del Gobernador y del mismo modo, agente de las municipalidades, para cumplir y hacer cumplir las ordenanzas, acuerdos y resoluciones y demás disposiciones que aquéllas aprueben de conformidad con la ley.

a. Los prefectos

El Prefecto cumple y vela porque se cumplan en su jurisdicción la Constitución Nacional, la del Estado y las leyes, así como los decretos y resoluciones que emanen de las autoridades nacionales, del Ejecutivo del Estado y del Concejo Municipal del Distrito. Nombran y remueven a los funcionarios y empleados dependientes de la Prefectura. Ejercen las funciones policiales en el Distrito. Dan inmediato aviso al Gobernador del Estado, a la Sanidad Nacional y a los médicos residentes en el Distrito, de cualquier epidemia que se presente en el territorio del Distrito. Cuidan de que los espectáculos públicos no atenten contra la moral y las buenas costumbres, y de que los menores en edad escolar asistan a las escuelas o institutos de enseñanza. Ejercen en el Municipio capital del Distrito, o en los municipios urbanos que unidos forman la capital del Distrito, las funciones de Alcalde Municipal.

b. Los alcaldes

Este funcionario cumple y hace cumplir la Constitución y las leyes; las ordenanzas, acuerdos y resoluciones del Concejo Municipal del Distrito; las disposiciones legales de la Junta Comunal del Municipio y las ordenanzas del Prefecto del Distrito. El Alcalde cuida además de la salubridad, ornato y aseo del Municipio, y nombra los comisarios y jefes de caseríos de su jurisdicción y los juramenta, con la posibilidad de removerlos si lo considera necesario o debido.

Hay otros funcionarios diversos que ayudan a gobernar los asuntos del Distrito. Los comisarios y jefes de caseríos o comunidades cumplen las órdenes que reciben del Alcalde del Municipio; arresta y ordena la detención de los que encuentran in fraganti en la comisión de hechos delictuosos; informa al Alcalde sobre los casos de enfermedades contagiosas o sospechosas de ello, y presta apoyo a los funcionarios de educación para que los niños en edad escolar asistan a las escuelas de la localidad. Los comisarios y los jefes de caseríos, son nombrados por los prefectos del Distrito en el Municipio capital del mismo, y en los de-

más municipios, por los alcaldes correspondientes, previa autorización del Prefecto del Distrito. Los comisarios de poblaciones y los jefes de caseríos tienen en su jurisdicción funciones policiales, de conformidad con el Código de Policía del Estado.



DERECHO URBANISTICO

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS ASPECTOS LIMITATIVOS DE LA PROPIEDAD EN EL REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

SALVANO BRICEÑO MATUTE

SUMARIO

Introducción, I. Principales etapas históricas. 1. Los Códigos Civiles. 2. Las primeras leyes especiales. 3. Principales leyes actuales y reformas recientes. II. Descripción de los principales elementos del régimen de propiedad horizontal. 1. Elementos privativos, elementos del régimen de propiedad horizontal. 1. Elementos privativos, elementos comunes y limitaciones que conllevan. 2. Organización de la vida colectiva: asamblea, administración, junta de condominio y documento de condominio. III. Naturaleza de la propiedad horizontal y sus actuales tendencias. 1. Diversos sistemas propuestos. 2. Situación actual y opinión personal. IV. Importancia y desarrollo del régimen de propiedad horizontal. 1. En su ámbito interno: crecimiento de la vida colectiva. 2. En su manifestación externa: elemento clave del desarrollo urbano. Conclusiones. Bibliografía básica

INTRODUCCION

Hablar actualmente de la vigencia e importancia del régimen de la propiedad horizontal, en una sociedad moderna, parecería completamente inútil. En los últimos años se ha observado en el mundo entero un desarrollo tal de esta novedosa institución, que ya hoy en día resulta indiscutible su utilización masiva y su universal aceptación.

La aparición de este nuevo sistema de propiedad vino a solucionar grandes problemas en el crecimiento urbano y en las necesidades de vivienda. Sus ventajas, como es conocido de todos, no son sólo sociales sino también económicas y hasta jurídicas, pues introduce nuevas fórmulas y

nuevas posibilidades para satisfacer en forma conjunta dos necesidades esenciales del ser humano: su espacio vital de habitación, y la convivencia social, que le permiten creer. Como señalan en este aspecto la mayoría de los autores, si bien el sistema presenta algunos inconvenientes, son tan grandes las ventajas que ofrece, que en un futuro próximo constituirá sin duda la forma común de vivienda.

En cuanto a la cuestión terminológica, preferimos no abordarla en detalle, ya que en forma casi unánime es aceptado el término de "propiedad horizontal", por su amplia difusión. Los otros términos de propiedad por pisos, por departamentos o apartamentos, etc., si bien responden a algunos aspectos del régimen, no han sido igualmente aceptados. Es cierto que el régimen que tratamos, ya no se aplica únicamente a la separación horizontal de la propiedad, y que cada vez más las separaciones se hacen difíciles de especificar, pero, repetimos, no es sino por su amplia aceptación que nos referiremos constantemente al término propiedad horizontal, como correspondiendo a un régimen y a una institución que han ido modificando considerablemente su contenido y sus características, como veremos, pero que responden siempre a una misma finalidad.

En nuestro trabajo trataremos de destacar aquellos aspectos del régimen de propiedad horizontal, que impliquen alguna limitación al tradicional derecho de propiedad. Un segundo objetivo nos interesa, y es respecto a las tendencias que se observan actualmente en relación con el desarrollo urbano. Según nuestra observación, el régimen de propiedad horizontal, dada su evolución reciente, va trasladando el estudio de su contenido, de la esfera del derecho privado hacia un sistema mixto, en donde los elementos del derecho público adquieren cada vez mayor importancia. Vemos que la propiedad horizontal aparece como un elemento clave del desarrollo urbano en toda sociedad actual, y que por sus implicaciones y las limitaciones que conlleva al régimen tradicional de la propiedad, su estudio requiere de análisis de instituciones administrativas y más concretamente de derecho urbanístico.

La mayor intervención estatal, de una parte, y su aplicación social masiva, respondiendo a las necesidades colectivas de vivienda, van con formando un régimen cada vez más limitativo de la propiedad tradicional, pero permitiendo a su vez, una mayor participación de los miembros de una sociedad en alguna forma de propiedad, ajustada esta vez a su necesidad básica de vivienda, más limitada pero mejor organizada. Este proceso de democratización o más bien, de socialización de la pro-

piedad, permite reformular la noción de propiedad concediéndole un sentido más justo y útil, del que en forma absoluta y de aplicación minoritaria, se conocía anteriormente.

Para la presentación del trabajo hemos escogido dividirlo en cuatro partes. Una primera de descripción de las diversas etapas por las que ha atravesado esta institución en la historia, luego una segunda parte sobre los elementos básicos que componen dicho régimen. En una tercera parte trataremos con más detalle aquellos aspectos limitativos y de fondo sobre la naturaleza de la institución, y finalmente en la cuarta parte plantearemos la evolución y las tendencias que se observan en la concepción del sistema de propiedad horizontal actualmente.

I. PRINCIPALES ETAPAS HISTORICAS

Para la comprensión de la evolución de la propiedad horizontal, en forma resumida, hemos escogido tres etapas, que a nuestro parecer, denotan las características esenciales de esta evolución. En general, los autores especialistas de la materia, muestran numerosos ejemplos de propiedad especiales en la antigüedad, pero no nos referiremos a ellos en especial.

Evidentemente la necesidad de vivienda y de convivencia social ha llevado al hombre a través de toda la historia, a reagruparse para construir en común o para repartirse la propiedad de un determinado inmueble entre varios. Esto en sí no es un fenómeno nuevo. En forma muy sucinta podemos señalar que ya desde la época de Babilonia (2.000 años antes de nuestra era), existía la copropiedad.¹ Otros autores señalan la Ley Icilia (456 aC), como un sistema similar al que nos ocupa, en la antigua Roma.²

Sin embargo, los antecedentes más concretos de la institución se encuentran en la Edad Media. Parece ser que la necesidad de amurallarse para la defensa, promovió la construcción en vertical y la necesaria convivencia sobre un mismo terreno, en muchas ciudades italianas y francesas de la época. En otras ciudades, como Rennes, fue por un gran incendio que tuvieron necesidad de reorganizar el crecimieno urbano y utilizaron dicho sistema. También Grenoble y Génova (con influencia en

^{1.} Zurfluh, Albert y Traizet Frot, Thérese: Le statut de la Copropieté (depuis la loi du 10-7-1965 et le décret du 17-3-1967), Sirey, París, 1968, p. 27.

^{2.} Racciatti, Hernán: Propiedad por pisos o por departamentos. Roque De Palma, Buenos Aires, 1954, p. 6.

Córcega y Cerdeña) practicaron, por diferentes motivos, desde los siglos xvI y xVII, la propiedad por pisos o por apartamentos.³

1. Los Códigos Civiles

Ya en el siglo pasado, la aparición de los códigos civiles introducen las primeras normas sobre este tipo de propiedad, aunque en forma muy escueta y simple. El primer código que la señala es, por supuesto, el Código Napoleón. Si bien la jurisprudencia francesa venía estableciendo ciertas indicaciones sobre este régimen, es en el artículo 664 del código que se establecen las normas definitivas al respecto. Recogiendo la tradición de la jurisprudencia y las principales observaciones doctrinarias de la época, este artículo señala: "Cuando los diferentes pisos de una casa pertenecen a diversos propietarios, si los títulos de propiedad no regulan la manera de hacer las reparaciones y reconstrucciones, deben efectuarse de la manera siguiente: las paredes maestras y el tejado están a cargo de todos los copropietarios, en proporción al valor del piso que les pertenece. El propietario de cada piso hace el suelo del mismo. El propietario del primer piso hace la escalera que a él conduce; el propietario del segundo piso hace, a partir del primero, la escalera que conduce al suyo, y así sucesivamente".

Si bien esta norma fue ubicada en el título correspondiente a las servidumbres, lo cual parece ser lo más lógico para la época, casi todos los autores están de acuerdo en señalar que no se trataba propiamente, ni siquiera en su planteamiento inicial de una verdadera servidumbre, debido al enunciado de la norma, que admite la propiedad colectiva, o mejor la carga común de paredes maestras y techos, y no la utilización de una propiedad por otra. Es en este sentido que su aspecto más novedoso consiste quizás en añadir a la ya tradicional afirmación del derecho de propiedad individual, de cada propietario sobre su piso, la carga común sobre las obras de reparación del inmueble, que antes correspondían a cada propietario respecto de su piso. Por supuesto que el mismo artículo señala la libertad contractual, en primer lugar, para esta materia, permitiendo a los propietarios de convenir en otras formas de atender esos gastos. En todo caso, el Código Napoleón no previó propiamente ninguna forma de gestión colectiva como conocemos actualmente.⁴

^{3.} Para datos más detallados sobre los antecedentes históricos, ver principalmente: Zurfluh y Traizet Frot: ob. cit.; Racciatti, Hernán: ob. cit.; Kischinewsky-Broquisse, Editli: Statut de la Copropiété des inmuebles et societés de construction. Librairie Technique, Paris, 1958.

^{4.} Kischinewsky-Broquisse, Edith: ob. cit., p. 9.

Luego del Código Napoleón, los demás códigos europeos fueron adoptando poco a poco la institución, generalmente en términos similares, casi idénticos. El código español aporta algunos elementos interesantes, aumentando las cargas comunes a otros bienes. Ya desde 1861 se conocía en España, legalmente, la existencia de edificios pertenecientes en porciones señaladas "habitaciones o pisos" a diferentes dueños. De ello hablaba la ley hipotecaria del 8 de febrero de dicho año. Parece ser que el proyecto de código de 1851 también se refería a este régimen. Pero en todo caso es en el código de 1889, en su artículo 396, que se consagra esta figura jurídica en los siguientes términos: "Cuando los diferentes pisos de una casa pertenezcan a distintos propietarios, si los títulos de propiedad no establecen los términos en que deben contribuir a las obras necesarias y no existe pacto sobre ello, se observarán las reglas siguientes: 1º Las paredes maestras y medianeras, el tejado y las demás cosas de uso común, estarán a cargo de todos los propietarios, en proporción al valor de su piso; 2º Cada propietario costeará el suelo de su piso. El pavimento del portal, puerta de entrada, patio común y obras de policía comunes a todos, se costeará a prorrata por todos los propietarios; 3º La escalera que, desde el portal, conduce al primer piso, se costeará a prorrata entre todos, excepto el dueño del piso bajo; la que, desde el primer piso conduce al segundo, se costeará por todos, excepto los dueños de los pisos bajo y primero, y así sucesivamente".

Como vemos, el código español añade poco al texto original del código francés. Sin embargo, aquél no coincide con este último en su ubicación. Mientras el francés traía la disposición en el capítulo de las servidumbres, el español la ubica bajo la rúbrica de la "Comunidad de bienes", estableciendo así el régimen de copropiedad que luego los franceses van a adoptar para sus leyes especiales sobre la materia.

En nuestro código venezolano las normas sobre esta materia vienen ubicadas en el parágrafo de la medianería en el capítulo de las limitaciones legales de la propiedad predial (Arts. 697 y 698). Al igual que la mayoría de los demás códigos latinoamericanos, se trata de una influencia más o menos directa del código francés. Establece textualmente nuestro código: Art. 697: "Cuando los diferentes pisos de una casa pertenecen a distintos propietarios, si los títulos de propiedad no arreglan los términos en que deben los dueños contribuir a las obras necesarias, se observarán las reglas siguientes: 1º Las paredes maestras, el tejado y las demás cosas de uso común, estarán a cargo de todos los propietarios, en proporción al valor de su piso; 2º Cada propietario costeará el suelo de su piso. El pavimento del portal, puerta de entrada, patio y demás obras

comunes a todos se costeará a prorrata por todos los propietarios; 3º La escalera que, desde el portal conduce al piso primero, se costeará a prorrata entre todos, excepto el dueño del piso bajo; la que desde el piso primero conduce al segundo se costeará por todos, excepto los dueños de los pisos bajo y primero, y así sucesivamente". Luego el siguiente artículo establece una norma complementaria al mismo régimen.

Como puede observarse, en el texto venezolano no existió ninguna diferencia con el texto español, el cual a su vez modifica muy poco el texto original francés. Esta etapa de los códigos civiles significa la implantación jurídica definitiva de la institución, aunque aún muy poco desarrollada.

2. Las primeras leyes especiales

Es en las décadas de los años treinta y cuarenta que aparecen las primeras leyes llamadas ya concretamente de propiedad horizontal (propiedad por pisos, por departamentos, de copropiedad de inmuebles de pisos, etc.). En Venezuela, las leyes vigentes en la actualidad fueron elaboradas bajo la influencia de estas primeras leyes.⁵

Ya desde 1924, por ley del 8 de julio, Bélgica había derogado el artículo 644 del Código Civil belga, ampliando considerablemente las disposiciones sobre la materia. Si bien Bélgica dio el primer paso, y en forma bastante anticipada, no va a ser sino algunos años más tarde que la mayoría de los países europeos van a tratar de establecer normas especiales en esta materia. Las razones para proceder a ello son numerosísimas. Entre otras, el crecimiento urbano y las consecuencias de la Primera Guerra Mundial, hacen que los países europeos se vean obligados a adoptar medidas respecto a una realidad que se hacía cada vez más extendida, buscando solucionar los problemas de vivienda urgentes que surgían.

Motivada por todos estos hechos, de carácter sociológico unos y económicos otros, Francia adopta la ley del 28 de junio de 1938, la cual no sólo establece la propiedad horizontal como un régimen especial de propiedad, sino que prevé en un primer capítulo, todavía en vigencia hoy en día el desarrollo en las llamadas "sociedades de construcción" (sociedades especiales sin fines de lucro). El segundo capítulo de la ley se refiere al régimen de la "copropiedad de los inmuebles divididos por apartamentos". Es en esta segunda parte de la ley, que viene determinado el régimen de la propiedad horizontal. Este régimen se aplicaría, no sólo a los edificios construidos por las sociedades de construcción previstas.

Ley de Propiedad por Apartamentos, de 1957 y Ley de Propiedad Horizontal, de 1958.

sino a todos los inmuebles en copropiedad. Una innovación importante consiste en que luego de establecer la organización de la copropiedad en el plano individual, señalando los derechos y obligaciones del copropietario sobre las diversas partes del inmueble, esta ley determina la vida colectiva, al establecer la asamblea de copropietarios, la cual se constituye en sindicato (forma corporativa) y organizando su representación colectiva en la figura del síndico, su agente ejecutivo. Establece también que las decisiones y las competencias de la asamblea, serán tomadas con mayoría de votos, y crea el "reglamento de copropiedad" (equivalente al documento de condominio nuestro), el cual es objeto de una convención general o de la adhesión de cada interesado, y está destinado a regular todos los aspectos de la vida colectiva del inmueble:

Con el tiempo, en Francia se extiende la aplicación de la ley a numerosos aspectos más, mediante reglamentos. Entre estos nuevos aspectos el más importante es el que se refiere a loque se hadenominado "copropiedad en sentido vertical". Es decir, se extiende el régimen a los "conjuntos inmobiliarios, para uso de vivienda compuestos por inmuebles colectivos, casas individuales y eventualmente con servicios comunes". De modo, pues, que el régimen de la propiedad horizontal en Francia, es aplicado no sólo a los edificios cuya propiedad debe dividirse en sentido horizontal, sino que además incluye o es posible de aplicarse a conjuntos de casas individuales, sobre terrenos separados, pero que se desee organizar su vida en común, con o sin servicios comunes.

En esa misma época, España modifica su ya tradicional Art. 396 del Código Civil, mediante la ley del 26 de octubre de 1939, y mediante algunos cambios de las leyes hipotecarias en 1946.⁷ Italia, el 15 de enero de 1934, había adoptado una ley que disciplinaba las relaciones de condominio sobre casas. Actualmente está vigente, aunque en forma renovada, la sección del Código Civil, comprendida en los artículos 1.117 y 1.139 que regula la materia.

Alemania establece una ley sobre propiedad horizontal (vivienda en casa plurifamiliar) el 15 de marzo de 1951, diferenciando en su texto, el uso para habitación, de otros destinos como locales comerciales, consultorios profesionales, etc., pero sometiéndolos todos al régimen de propiedad horizontal.⁸ También es interesante la ley búlgara del 15 de febrero de 1933, que introduce aspectos novedosos para su época. En cuanto

^{6.} Zurfluh, Albert y Traizet Frot, Thérese: ob. cit., p. 39.

^{7.} Pérez Pascual, Eduardo: El derecho de Propiedad Horizontal. Un ensayo sobre su estructura y naturaleza jurídica. Marcial Pons, Madrid, 1974, p. 229.

^{8.} Consideraciones sobre la propiedad horizontal en el derecho alemán..., p. 4-854.

SALVANO BRICEÑO MATUTE

a los países de origen germánico, en general, es útil señalar que, a diferencia de los países de origen latino o romanista, sí consideraron tradicionalmente formas de propiedad colectiva o comunitaria, que en el derecho romano eran imposible de conseguir, ya que en este último, la propiedad estaba indisolublemente ligada a la superficie. De modo que mientras para los países latinos constituye un avance considerable la introducción del régimen de propiedad horizontal, dadas sus características tradicionales, para los otros, en cambio, es un signo de evolución pacífica en su contexto jurídico.

En América Latina, Chile establece este régimen por ley del 11 de agosto de 1937. Brasil lo había hecho desde unos años antes, mediante el decreto del 25 de junio de 1928, modificado luego en 1943.º Posteriormente la mayoría de los países latinoamericanos adopta el régimen de la propiedad horizontal en más o menos la misma época. Las leyes más importantes en la materia son: la ley argentina Nº 13.512, del 30 de setiembre de 1948. La ley mexicana del 15 de diciembre de 1945, y la ley colombiana Nº 182, del 29 de diciembre de 1949.

Venezuela regula por primera vez esta materia, mediante una ley denominada de propiedad por apartamentos, promulgada el 17 de junio de 1957. Inmediatamente después, y motivada por problemas que surgieron de la aplicación en la práctica, la modifica, en forma importante, adoptando la vigente Ley de Propiedad Horizontal, del 15 de setiembre de 1958, mediante decreto-ley Nº 365 de la misma fecha. Con posterioridad, se ha complementado dicha ley con algunos decretos que regulan aspectos parciales de la misma. Los más importantes son: el decreto Nº 513, del 6 de enero de 1971, y el decreto Nº 576, del 14 de abril de 1971. Recientemente el decreto Nº 2228, del mes de julio de 1977, ha venido a establecer ciertas regulaciones a la forma de determinar el valor de los apartamentos, lo cual incide directamente en el régimen de propiedad horizontal.

3. Principales leyes actuales y reformas recientes

Después de ese segundo período, en que casi todos los países fueron adoptando textos especiales para regular esta materia, observamos que, a partir de la década del sesenta, se han vuelto a reformular algunas leyes, estableciéndose nuevos textos, cuya principal característica es la de recoger y replantear todos aquellos inconvenientes que surgieron de la

^{9.} Racciatti, Hernán: op. cit., p. 9, y Antakly Farid: "El documento de condominio", en Revista de la Facultad de Derecho, U.C.A.B., Nº 3, Caracas, 1966.

aplicación de las primeras leyes. No hay duda que es esta una materia que responde a una permanente práctica y masiva utilización, las cuales van exigiendo nuevas concepciones y nuevas disposiciones, que permitan un desarrollo más efectivo de la institución. Dada su enorme importancia para solucionar graves problemas sociales de vivienda y hasta de desarrollo urbano, y de organización social, este régimen tiende a replantearse con frecuencia y conllevando cambios fundamentales. Como veremos luego, en la segunda parte, estos cambios básicos han llegado a incidir directamente en la concepción de la propiedad, y no hay duda que el régimen de la propiedad horizontal es una de las causas determinantes de la progresiva socialización de la propiedad que se observa en las sociedades actuales.¹⁰

En forma somera podemos señalar que España adopta el 21 de julio de 1960 su actual ley de propiedad horizontal, superando los inconvenientes del Código Civil y de la reforma de 1939. Francia igualmente, mediante la ley del 10 de julio de 1965, complementada luego con el reglamento del 17 de marzo de 1967, define un régimen mucho más moderno para hacer frente a las nuevas y crecientes exigencias. El ponente de dicha ley del 65 señalaba que para "facilitar la gestión colectiva del inmueble, al igual que para garantizar los derechos de cada propietario, se hacía necesario una reformulación completa de la ley sobre copropiedad".¹¹

El caso francés es por demás significativo, y refleja la típica evolución de la propiedad horizontal en la sociedad actual de este período. Así vemos que, de un texto de 10 artículos en la ley de 1938, se pasa a 49 artículos en la de 1965, complementados además por 65 artículos del reglamento. Del esquema tímido y liberal que caracterizó los primeros textos especiales en la materia, se pasa a una reglamentación precisa e imperativa, en donde la mayor parte de los artículos se consideran de orden público (por la jurisprudencia y la doctrina francesas). La copropiedad en Francia está a partir de esta nueva ley bajo la tutela de los tribunales, los cuales tienen mayor control sobre todos los aspectos que puedan dar lugar a conflictos en esta materia. Los aspectos que provocaron la revisión de la ley del 38 en Francia, pueden resumirse en cinco grandes problemas principales que se refieren: a la autoridad del síndico (ad-

^{10.} Ver en este sentido los estudios de Martín Mateo, Ramón: "La determinación del contenido de la propiedad inmobiliaria", en Homenaje al Profesor Enrique Sayagués Laso. I.E.A.L., Madrid, 1969; Polanco, Tomás: Las transformaciones de la propiedad en función del desarrollo. Caracas, 1968.

^{11.} Zurfluh, Albert y Traizet Frot, Thérese: op. cit., p. 43.

ministrador nuestro), a los posibles abusos de la mayoría (en asambleas), a los errores en la repartición de las cargas, a los recursos ante los tribunales, al arbitraje en caso de conflictos, y otros de menor importancia. A estos problemas surgidos de la ley del 38, pueden añadirse algunos objetivos que se vieron necesarios de introducir, como por ejemplo: la necesidad de formular definiciones claras y precisas, facilitar la gestión colectiva del inmueble, garantizar los derechos de los copropietarios contra estipulaciones contractuales abusivas (de los constructores), permitir trabajos de mejoras en el inmueble, en conformidad siempre con su destinación, etc. Y también se introdujo, con el reglamento complementario, la posibilidad de permitir para los grandes conjuntos residenciales, una división de la copropiedad en varias entidades, es decir, subdividir la copropiedad, permitir la existencia de varios sindicatos, reunidos en una asociación de sindicatos.

En los Estados Unidos puede destacarse en igual manera la enorme importancia que ha adquirido este sistema a través de su evolución legislativa. La primera ley de propiedad horizontal se dicta en Puerto Rico en 1958, estableciendo el régimen que ellos denominan de "condominio". En 1961, el Congreso favoreció el establecimiento de hipotecas para las viviendas en condominio, como medida de racionalización del uso del suelo urbano. Hacia fines de 1963, ya 39 estados tenían sus leyes especiales sobre la materia y en 1969, con la adopción de la ley de propiedad horizontal por el Estado de Vermont, ya todos los Estados tienen su ley sobre la materia.¹²

Tambien en Suiza nos encontramos con una legislación bastante novedosa actualmente. Una ley federal del 19 de diciembre de 1963 habla de la copropiedad y de la propiedad por pisos, estableciendo un régimen de propiedad colectivo que supera la tradicional concepción dualista (propiedad privada — propiedad en comunidad) que explicó en una época el régimen de propiedad horizontal como un régimen mixto. Esto lo veremos con más detalle en la segunda parte de nuestro trabajo.

II. DESCRIPCION DE LOS PRINCIPALES ELEMENTOS QUE CONFIGURAN EL REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Sin entrar a analizar la naturaleza jurídica del régimen de propiedad horizontal, lo cual haremos en la tercera parte del trabajo, podemos se-

¹²⁴ Keroe, Patrick E.: "Cooperatives and Condeminiums". Legal Almanae Series, Oceana Publications, Inc. Dobees Fenny, New York, 1974, p. 8.

^{13.} Zurfluh, Albert y Traizet Frot, Thérese: ob cit., p. 144.

ñalar, sin embargo, para introducir el aspecto que nos ocupa sobre la descripción de los elementos del régimen, que en la propiedad horizontal es característica esencial la combinación de elementos privativos, de uso individual por parte de cada propietario, con elementos comunes, de uso colectivo por el conjunto de propietarios de un inmueble. Es ésta quizás la característica determinante del régimen: la convivencia de diversos propietarios en una misma edificación, los cuales, guardando el uso individual o exclusivo de una área determinada (apartamento), comparten, además, una serie de espacios y de servicios, en forma común o comunitaria.

1. Elementos privativos, elementos comunes y limitaciones que conllevan

La existencia del elemento privativo, según el cual cada propietario dispone de un espacio de uso exclusivo, o sea, el apartamento, no permite la aplicación del régimen tradicional de la comunidad, según el cual todos los propietarios son dueños por igual de todo el bien, en la comunidad no existe elemento privativo. Pero a su vez, la existencia de los elementos comunes, como parte esencial ϵ inseparable en la propiedad horizontal, y las limitaciones establecidas al mismo elemento privativo, tampoco permiten pensar que estamos frente al tradicional derecho de propiedad.

No hay duda de que, como señala un autor español, la propiedad horizontal configura una institución sui generis, de caracter complejo, a lo que es inútil buscarle semejanza o identidades parciales para ser absorbida en otro tipo clásico.¹⁴

El elemento privativo en la propiedad horizontal está formado, se gún la ley venezolana, por el apartamento, con todo lo que comporta internamente, y que no está afectado al uso común (tuberías, etc.). Si bien en principio, la idea de apartamento alude a la utilización como habitación o vivienda, no necesariamente excluye otros usos, para fines comerciales o de ejercicio profesional. Esto evidentemente está sujeto a lo determinado previamente por el documento de condominio y por la zonificación urbanística que establezca el Estado o el Municipio. Como señala la letra a) del artículo 3º de nuestra Ley de Propiedad Horizontal, se deberá: usar y disfrutar del apartamento conforme al destino del inmueble. No podrá establecerse en él, oficinas, comercio, industria, laboratorios, depósitos, estacionamientos, ni ninguna otra forma de explotación, si

^{14.} Pérez Pascual, Eduardo: ob. cit., p. 318.

el inmueble estuviere destinado a vivienda, a menos que se hubiere dado otro destino a determinadas partes del mismo.

Apartando la limitación en cuanto al uso que acabamos de señalar, existe otra serie de deberes u obligaciones que configuran verdaderas limitaciones al uso y al disfrute en el ejercicio de este especial derecho de propiedad. La ley venezolana indica como deberes en la utilización de los apartamentos, los siguientes: Art. 3°, letra b), "no producir ruidos, molestias, daños, ni ejecutar actos que perturben la tranquilidad de los demás propietarios o afecten la salud pública; letra c), no utilizar el apartamento para actos o fines contrarios a la moral o buenas costumbres; letra d), ejecutar a las únicas expensas del propietario las obras de modificación, reparación, limpieza, seguridad y mejoras que desee hacer en su apartamento, sin que puedan perturbar el uso y goce legítimo de los demás, ni cambiar la forma externa de las fachadas, ni decorar las paredes, puertas o ventanas exteriores con tonalidades o colores distintos de los del conjunto; letra e), no construir nuevos pisos ni hacer sótanos o excavaciones ni realizar acto alguno que pudiere afectar la seguridad, conservación, salubridad o estética del inmueble, sin el consentimiento unánime de los propietarios".

Este conjunto de deberes y limitaciones constituye un caso especial en la regulación de la propiedad que se conocía anteriormente. El ejercicio del derecho de propiedad queda apenas completo en cuanto a la disposición pero aun allí se encuentran algunas limitaciones, como veremos más adelante, en cuanto al establecimiento por parte del Estado de precios máximos o tarifas a respetar en la venta de propiedad horizontal, sin considerar las limitaciones de carácter formal, en cuanto a los actos de registro y certificaciones necesarias, que se conocen desde el comienzo del régimen de propiedad horizontal, pero que igualmente tienden a perfeccionarse buscando, mediante la intervención del Estado, regulaciones más justas y protección de los más débiles jurídica y económicamente.

En cuanto a los bienes comunes, que conforman el denominado elemento común en la propiedad horizontal, vienen definidos por la ley venezolana, en el artículo 4º, que establece: "Las cosas necesarias para la existencia, seguridad, salubridad y conservación del inmueble o para permitir el uso y goce de todos y cada uno de los apartamentos, serán comunes a éstos. También lo serán aquellos que expresamente se indiquen como tales en el Documento de Condominio y, en particular, los apartamentos rentables, si los hubiere, que en dicho documento se destinen al pago de los gastos comunes. Unico: Se presumen cosas comunes a todos los apartamentos: a) La totalidad del terreno en que se asiente el inmueble; b) Los cimientos, paredes maestras, techos, galerías, vestíbulos, escaleras y vías de entrada, salida y comunicación; c) Los sótanos, azoteas, patios y jardines; d) Los locales destinados al alojamiento de porteros o encargados del inmueble; e) Los locales e instalaciones de servicios centrales como electricidad, luz, gas, agua fría y caliente, refrigeración, cisternas, tanques y bombas de agua y demás similares, y f) Los ascensores, incineradores de residuos y, en general, todos los artefactos e instalaciones existentes para el beneficio común".

Estos bienes comunes, a los cuales no se les aplica el régimen tradicional de la comunidad como señalamos anteriormente, van unidos en esencia al derecho de propiedad horizontal. El propietario, bajo este régimen, disfruta inseparablemente de su apartamento (elemento privativo) y de las cosas, áreas o servicios comunes (elemento común). Y en la misma forma, al disponer de este derecho, enajena o da en garantía los bienes en su conjunto, y es por ello que su decisión de disponer se encuentra limitada en algunos aspectos formales señalados por la ley en sus artículos 24, 25 y 29, y que veremos posteriormente.

Igualmente estos bienes comunes y el ejercicio del derecho sobre ellos, implica una fuerte restricción al derecho de propiedad, ya que el ejercicio individual que de éste se efectúe, estará indisolublemente ligado a las cosas comunes y vinculado al derecho a las mismas cosas que tienen los demás propietarios. Cada propietario es propietario parcial, aunque no comunitario en el sentido tradicional, de una misma propiedad, en la cual tiene además el ejercicio del derecho exclusivo sobre una porción o parte del inmueble, su apartamento.

Aplicando la teoría de las restricciones al derecho de propiedad, podríamos señalar que la propiedad horizontal constituye una fuerte restricción al derecho de propiedad en razón de su titularidad, respecto a los bienes comunes en la propiedad horizontal. Esto si tomamos como referencia el derecho tradicional de propiedad, en el que el ejercicio del derecho era absoluto y hasta sus últimas consecuencias. Sin embargo, dada la difusión tan amplia y la implantación ya definitiva del régimen de la propiedad horizontal, podemos quizás considerar que es este régimen el normal en la actual legislación sobre propiedad, al menos referido a la vivienda. Si consideramos este régimen como el más generalizado, entonces lo que tradicionalmente se hubiera considerado una fuerte fuerte restricción, no pasa de ser las simples limitaciones del entorno normal del ejercicio de ese derecho de propiedad horizontal. Aquí podemos señalar, no obs-

tante que luego lo veremos con mayor detalle, que en un comienzo el régimen de propiedad horizontal y principalmente en la legislación suiza, se consideró como imponiendo una servidumbre al lado del derecho privativo, para el uso de los bienes comunes. Esto nos permite suponer el carácter de restricción que tenía dicha limitación. Pero repetimos, actualmente es difícil ver otra cosa que no sea el entorno normal del ejercicio del derecho de propiedad, en las limitaciones, cada vez más numerosas, eso sí, que se imponen al uso, goce, disposición y hasta a la titularidad—condominio forzoso— en el régimen de propiedad horizontal.

Al tratar esta materia de las restricciones y limitaciones al derecho de propiedad, se destacan generalmente los aspectos negativos que implican dichas limitaciones, y se desarrolla la materia en torno al creciente carácter limitante de las medidas impuestas por el Estado a la propiedad urbana y rural. Sin embargo, nos parece fundamental aproximarnos a este campo con un enfoque de los aspectos positivos que conllevan las llamadas limitaciones al derecho de propiedad. Este enfoque de los aspectos positivos se muestra aun más evidente en el tema de la propiedad horizontal, ya que este régimen ha venido a solucionar innumerables problemas y obstáculos jurídicos al disfrute por la mayoría de la población de la vivienda propia.

Igualmente, el régimen de la propiedad horizontal se ha enfocado tradicionalmente como estableciendo limitaciones al derecho de propiedad "en razón del interés privado". Esto se debía a que las primeras limitaciones se establecieron para proteger los derechos individuales o privativos de los vecinos entre sí. Sin embargo, ante la difusión y amplitud del régimen y, por consiguiente, de las limitaciones que conlleva, pensamos que este interés privado, motivado principalmente por las relaciones de vecindad, se ha ido transformando en un verdadero interés público. Las limitaciones iniciales, de ámbito muy reducido, se han ampliado en una enorme cantidad de limitaciones, en las que más que proteger a un propietario de los posibles abusos de su vecino, se busca con mayor énfasis proteger los derechos y posibilidades del conjunto de propietarios, es decir, de la comunidad, ante los posibles abusos de un propietario, o de un grupo de propietarios. El desarrollo de las áreas, bienes y servicios comunes, en beneficio de la comunidad, y no de propietarios individuales va motivando una mayor reglamentación de la vida comunitaria, que a su vez conlleva una serie de limitaciones al ejercicio individual del derecho de propiedad.

La evolución del régimen de propiedad horizontal ha implicado un desarrollo legislativo intenso, cuyas disposiciones se consideran hoy

día de "orden público", no pudiendo ser derogadas por convenios particulares. Esta legislación incluye, cada vez más, normas reguladoras de la propiedad horizontal en sentido amplio y dirigidas a veces a enfrentar los serios problemas y necesidades que se presentan en materia de vivienda a la población, con lo cual estas normas adquieren un marcado interés público. Es este creciente interés social que caracteriza a este régimen, el que nos inclina a pensar que las limitaciones que establece, son hoy día, en forma principal, en razón del interés público y no solamente ya en interés privado.

El crecimiento de los elementos comunes dentro del régimen de propiedad horizontal, y la búsqueda de una mejor gestión colectiva de los inmuebles, bajo este régimen van implicando cada vez mayores limitaciones al ejercicio individual del derecho de propiedad, pero no hay duda de que igualmente van procurando mejores soluciones a las necesidades sociales de vivienda y de convivencia. Si en un comienzo los elementos comunes apenas estaban constituidos por el acceso a la vía pública, las escaleras y alguna pared medianera, hoy en día, en cambio, estos elementos incluyen todos los materiales y estructura básica del inmueble, las vías de acceso y de comunicación a través de las áreas (cada vez más amplias) comunes. Estas áreas comunes incluyen actualmente zonas recreativas: jardines, salas de fiestas, parques infantiles, piscinas, gimnasios, y en algunos países hasta salas de cine y actividades culturales, bibliotecas, etc.; zonas de servicios: lavanderías, guarderías (a veces hasta escuelas primarias, según las necesidades y cantidad de población). Se nota igualmente una tendencia a disminuir algunos servicios en las áreas privativas (apartamentos) para trasladarlos a áreas de uso común. En Colombia, por ejemplo, en numerosos casos se eliminan los espacios destinados a bateas y lavadoras dentro de cada apartamento, para ubicarlos en áreas comunes, de lavado y secado, que permitan una mejor utilización de los espacios, tanto internos (privativos) como comunes y prestar inclusive un mejor servicio.

La ley venezolana distingue las cosas comunes a todos los apartamentos de aquellas que sólo lo son a algunos de ellos. Goldschmidt señala que las primeras (comunes a todos), son aquellas necesarias para la existencia, seguridad, salubridad y conservación del inmueble; o para permitir el uso y goce de todos y cada uno de los apartamentos. El párrafo único del artículo 4º enumera las cosas que se presumen comunes a todos los apartamentos; pero el texto sólo establece una presunción

^{15.} Zurfluh, Albert, y Traizet Frot, Thérese: ob. cit., p. 96.

al respecto, ya que algunas de las cosas incluidas en la enumeración, como por ejemplo, vestíbulos y escaleras, pueden ser comunes sólo a algunos de los apartamentos e incluso pertenecer a uno sólo de los propietarios. Además, son cosas comunes a todos los apartamentos las expresamente indicadas como tales en el Documento de Condominio, por ejemplo, los apartamentos rentables destinados al pago de los gastos comunes. Las cosas comunes a algunos de los apartamentos son las necesarias sólo para la existencia, seguridad, salubridad y conservación de esos determinados apartamentos, o para permitir su uso y goce; y las declaradas expresamente como tales por el Documento de Condominio.¹⁶

Según el artículo 6º de la ley, los derechos de cada propietario sobre las cosas comunes son inherentes a la propiedad del respectivo apartamento e inseparables de ella, de modo que se entenderán comprendidas en cualquiera de los actos a que se refiere el artículo 2º (enajenación, gravámenes, etc.). Luego el artículo 7º establece que al efecto de determinar los derechos y obligaciones de los propietarios en la administración de las cosas comunes, debe fijarse un porcentaje que represente el valor atribuido a cada apartamento en relación con la totalidad del inmueble.

El artículo 8º establece el principio general de que cada propietario podrá servirse de las cosas comunes según su destino ordinario y sin perjuicio del uso legítimo de los demás. En cuanto al uso, ya vimos cómo la ley venezolana, en su artículo 4º, establecía una serie de limitaciones al uso de los apartamentos. Estas limitaciones llevan añadidas las obligaciones respecto de las cosas comunes, como son los gastos que acarrean la administración y la conservación del edificio. Estas limitaciones en cuanto al uso implican una serie de actitudes no conocidas tradicionalmente, que en función de la vida colectiva aparecen como necesarias. Ya no es suficiente conservar las áreas comunes o accesos públicos, sino que es igualmente obligatorio y necesario el conservar y vigilar algunos aspectos internos o privativos de los apartamentos que pueden ocasionar daños a la comunidad de no hacerlo. Por ejemplo, los ruidos y actividades molestos, a pesar de que se realicen dentro del apartamento, también la conservación de goteras, llaves de agua, tuberías, etc., que puedan provocar filtraciones, etc.

Pero no solamente existen en el régimen de propiedad horizontal limitaciones en cuanto al uso, que son las más numerosas, sino que ade-

^{16.} Goldschmidt, Roberto: "La Ley Venezolana de Propiedad Horizontal", en Revista de la Facultad de Derecho, Nº 16, Caracas, 1958, p. 139.

más, por el desarrollo legislativo actual, se imponen limitaciones al goce o disfrute del derecho de propiedad. El propietario no podrá arrendar su apartamento a su voluntad, sino que está sujeto a una detallada regulación de los alquileres y normas sobre el arrendamiento de viviendas. Igualmente la facultad de disposición, en la propiedad horizontal, se encuentra limitada por la obligatoriedad que establece la ley venezolana, en su artículo 24, de protocolizar previamente a la enajenación de cualquier apartamento, el documento de condominio que contenga todos aquellos requisitos estabecidos en dicha norma.¹⁷ La vigente ley exige con carácter obligatorio esta previa formalidad, contrariamente a la ley anterior que lo declaraba facultativo. Aquí podemos observar otro ejemplo de la evolución reciente del régimen de propiedad horizontal, tendiente a limitar el ejercicio del derecho de propiedad, pero en beneficio de la colectividad.

Finalmente, otro aspecto limitativo en cuanto a la disposición, se halla en el artículo 33 de la ley. Este artículo, también en forma novedosa respecto a la ley anterior, establece que la enajenación de apartamentos que formen parte de un inmueble hipotecado, produce de pleno derecho la división de la hipoteca, tanto en lo que respecta a su objeto como en lo que se refiere a la persona del deudor, en proporción al valor atribuido a cada apartamento.¹⁸ Estas disposiciones, novedosas según Goldschmidt, se establecieron en protección del adquirente de apartamentos de inmuebles hipotecados, los cuales, en general, son personas no versadas y de recursos modestos.

En otros países, como en Argentina, el control estatal impone limitaciones hasta en los precios de venta de los apartamentos, limitación ésta que tímidamente se ha ensayado establecer en Venezuela recientemente y referida solamente a algunos propietarios, no todos, lo cual ha motivado su impugnación por discriminatoria.¹⁹

2. Organización de la vida colectiva: asamblea, administración, junta de condominio y documento de condominio

Si bien en Venezuela la organización y los instrumentos de gestión de la vida colectiva no han sido aún desarrollados legislativamente,

^{17.} Artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal venezolana, y Goldschmidt, Roberto: ob. cr., p. 136.

^{18.} Artículo 33 de la Ley de Propiedad Horizontal venezolana, y Goldschmidt, Roberto: ob. cit., p. 137.

^{19.} Ver decretos Nos. 2228 y 2396 (G.O. 11-7-1977 y 27-9-77, respectivamente).

nos encontramos con países, como la mayoría de los europeos, en donde estos aspectos esenciales del régimen de propiedad horizontal han sido previstos en forma detallada.

Nuestra ley vigente apenas hace mención de la posibilidad de realizar asambleas de propietarios, en el artículo 22, en relación con la convocatoria que de ella haga el administrador, casi en forma privilegiada por parte de éste.

Frente a una regulación tan escueta como la nuestra vigente (existe un proyecto de reforma más detallado), podríamos utilizar como comparación el caso francés, en el cual la ley y su reglamento instituyen y proveen los elementos de organización necesarios, en cuanto a la asamblea, el sindicato de copropietarios, dotado de personalidad jurídica propia, favoreciendo así una mejor administración del inmueble o de la copropiedad. Concibe la ley francesa que la "colectividad de propietarios está constituida en sindicato, el cual tiene personalidad civil" (Art. 14). Prevé además esta disposición que "podrá revestir la forma de un sindicato cooperativo regido por las disposiciones de la presente ley". Esta posibilidad de adoptar el régimen cooperativo parece estar dado por la necesidad de reunir varios conjuntos de edificios.²⁰

La ley francesa prevé otra institución, la del síndico, que viene a ser el agente ejecutivo del sindicato, actuando por mandato de éste. Sin embargo su rol excede, a veces, el del simple mandatario. Sobre el síndico recaen poderes ejecutivos y poderes de decisión.²¹ Esta figura del síndico correspondería, en nuestro régimen, a la del administrador que señala la ley venezolana en su artículo 17.

Luego tenemos en Francia, la existencia de un Consejo sindical, que ejerce funciones de asistencia y de control principalmente. Este consejo equivaldría a lo que nosotros tenemos en la práctica como Junta de Condominio, si bien nuestra ley no lo prevé expresamente. El Consejo francés encuentra su organización y funciones previstas en detalle, en el reglamento de la ley francesa. Este reglamento establece que los miembros del Consejo sindical serán elegidos entre los copropietarios, sea por la Asamblea, sea por lo establecido en el reglamento de copropiedad (documento de condominio), o por el tribunal competente.

La institución de la junta de propietarios que existe en España, corresponde al sindicato francés, es decir, la personificación del conjun-

^{20.} Zurfluh, Robert y Traizet Frot, Thérese: ob. cit., pp. 287 y ss.

^{21.} Kischinewsky-Broquisse, E.: ob. cit., pp. 287 y ss.

to de propietarios. Si bien se ha debatido mucho en torno a la supuesta personalidad de dicha junta, en España ya parece existir una opinión mayoritaria en favor de acordar la personalidad al conjunto de copropietarios. La junta española no debe confundirse con la junta de condominio venezolana, aquélla abarca a todos los copropietarios, ésta sólo a un grupo de ellos.

Como señala Pérez Pascual, "la personalidad jurídica es un procedimiento técnico utilizado para agrupar y justificar ciertas necesidades que se imponen por los hechos. El derecho subjetivo de propiedad horizontal de cada propietario requiere la interposición de tal personalidad jurídica, que coadyuvando mediante una organización colectiva y proyección unitaria a la utilización de las llamadas partes comunes, permita al sujeto la total y completa realización de su señorío jurídico sobre la parte privativa". 22

Otro elemento esencial de organización de la vida colectiva viene constituido por el documento de condominio; este documento, como señaláramos, pasó a ser de constitución obligatoria para el establecimiento del régimen de propiedad horizontal. Es el documento base de la vida colectiva. La ley venezolana regula sus características en los artículos 24 a 28. Es la ley la que define el contenido esencial de dicho documento, al señalar que (Art. 24): "Antes de proceder a la enajenación de cualquiera de los apartamentos de un edificio, el propietarios del inmueble declararán por documento protocolizado en la correspondiente oficina subalterna de registro, su voluntad de destinarlo para ser enajenado por apartamentos. Este documento contendrá, además:

- la descripción del terreno y del edificio, con indicación de los títulos inmediatos de adquisición;
- -- los pisos, apartamentos y dependencias de que consta;
- la descripción de las cosas comunes generales del edificio y de las cosas comunes limitadas a cierto número de apartamentos, con expresión de cuáles son esos apartamentos;
- la indicación precisa del destino dado al edificio;
- el valor que se da al edificio y el que se atribuye a cada apartamento, fijándose de acuerdo con estos valores básicos el porcentaje que tengan los propietarios sobre las cosas comunes y sus derechos y obligaciones en la conservación y administración del edificio;

^{22.} Ver al respecto. Pérez Pascual, Eduardo: ob. cit.

- los gravámenes que pesen sobre el inmueble;
- cualesquiera otras circunstancias que interese hacer constar.

"Al protocolizar dicho documento, el registrador estampará las notas marginales a que se refiere el artículo 1.926 del Código Civil.

"Se acompañará al documento a que se refiere este artículo, a fin de que sean agregados al cuaderno de comprobantes, los planos explicativos del imueble, sus dependencias e instalaciones y, en su caso, los de las modificaciones esenciales" (fin del artículo).

Sin embargo por efecto de la práctica o costumbre en nuestra realidad venezolana, al igual que en muchos otros países, además del documento de condominio que exige la ley, se utiliza frecuentemente la elaboración de un reglamento del edificio, en el cual se contienen todas las disposiciones concernientes a la vida en común. Se trata de disposiciones que de incluirse en el documento de condominio, lo convertirían en un instrumento demasiado extenso y poco útil o manejable. Esta separación es necesaria debido a que, por lo general, el documento de condominio es elaborado previamente por el constructor o propietario inicial, para poder constituir el régimen de propiedad horizontal. Luego funciona, para los demás propietarios o propietarios posteriores, como un contrato de adhesión. Una vez instalados los nuevos propietarios, es a ellos que corresponde dotarse de los elementos e instrumentos de organización que les parezca conveniente. De modo que, más que un simple contrato, el reglamento del edificicio (complemento del documento de condominio), constituye el estatuto o ley que va a regir la copropiedad concreta en cada inmueble, conteniendo las disposiciones, algunas preventivas, que sean necesarias para la mejor convivencia posible.

En resumen podemos señalar que nuestra ley en Venezuela, solamente prevé las figuras del administrador y la asamblea (que lo elige) para encargarse de la administración del inmueble (Arts. 17 a 23). Luego trata, como vimos, del documento de condominio (Arts. 24 a 28). Aparte de estas figuras, no trae nuestra ley otras instituciones que participen de la difícil tarea de la gestión de la vida colectiva en un inmueble de propiedad horizontal. Tampoco precisa, como la ley francesa, las características de instituciones tan importantes como la Asamblea, ni le otorga personalidad jurídica propia. A este respecto podemos señalar que si bien no consideramos fundamental la constitución de dicha Asamblea o conjunto de propietarios en un sindicato, como en

Francia, o en una junta de propietarios, como en España, sí nos parece en todo caso muy útil y necesario la dotación de personalidad jurídica a dicha representación, de modo que pueda desarrollar actividades jurídicas más intensas y convenientes al desarrollo del régimen de propiedad horizontal. De igual manera debe desarrollarse legislativamente y con sus correspondientes reglamentos, las actividades, atribuciones y funciones de la junta de condominio, que en la práctica motoriza la vida colectiva, pero que no encuentran respaldo legal necesario a su actuación.

III. NATURALEZA DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL Y SUS ACTUALES TENDENCIAS

Constituye éste uno de los temas de mayor desarrollo en los estudios sobre esta materia. La mayoría de los autores en doctrina se han dedicado antes que nada, a determinar la naturaleza jurídica de esta institución que vino a transformar y reorientar toda la problemática de la propiedad, como tradicionalmente venía desarrollándose. Decimos que se trata de una transformación, pues como hemos visto y veremos con más detalle luego, el régimen de propiedad horizontal constituye una transición hacia formas más socializadas de propiedad, en donde la importancia de su aprovechamiento y utilización va centrándose no ya en el solo individuo y su uso, goce y disfrute personal, sino que va adquiriendo cada vez mayor importancia la necesidad de solucionar problemas colectivos y sociales de vivienda y de convivencia, buscando en primer lugar que una mayor cantidad de personas disfruten o tengan acceso a estas nuevas formas de propiedad, teniendo que sacrificar un poco las atribuciones individuales del disfrute del derecho de propiedad, pero en beneficio de un disfrute colectivo más de acuerdo con las necesidades existentes actualmente en esta materia.

Veremos rápidamente entonces, en primer lugar, un recuento de las principales teorías existentes para determinar la naturaleza jurídica de esta nueva forma de propiedad, y luego en una aproximación de la situación actual, daremos nuestra oponión personal al respecto.

1. Diversos sistemas propuestos

Las teorías al respecto son sumamente numerosas. Presentarias todas sería interminable, además de que no tiene sentido repetir lo que mucho mejor que nosotros han expuesto otros autores. De modo que sólo a título informativo revisaremos las principales teorías que existen en esta materia. En general, es posible afirmar que la mayoría de las teorías que existen en este campo provienen de dos tendencias, aquellas teorías, por una parte, que consideran a la propiedad horizontal como venida del campo de la comunidad, y que en algunos casos, la han considerado como propiedad del edificio que pertenece a un sujeto colectivo, o bien, aquellas teorías, de otra parte, de signo individualista —como señala Pérez Pascual— o independentista, que consideran como accesorio lo necesario a la coparticipación en unos elementos comunes. En otras palabras, se han denominado estas diferentes opiniones, como concepciones monistas y dualistas de la propiedad horizontal.²³

Las principales teorías que se han propuesto responden a las denominaciones siguientes: teorías de las llamadas servidumbre, de la persona jurídica, de la enfiteusis y del usufructo, del derecho de superficie, de la sociedad, de la comunidad, del cuasicontrato, acéfala de la colectividad, de la copropiedad con indivisión forzosa, de la mancomunidad solidaria, la teoría de la propiedad especial y la que configura a la propiedad horizontal como una forma compleja y sui generis.

No hay duda de que nuestro Código Civil, al acoger textualmente la disposición del código francés, plantea la propiedad horizontal como unas relaciones de servidumbre, complejas, entre los diversos pisos y apartamentos del edificio, aunque la existencia de algunos bienes o elementos comunitarios (pilares, techos, etc.), hacen aproximar esta situación a la de la comunidad. En todo caso, ya hoy en día es mucho lo que ha avanzado el régimen de la propiedad horizontal, y las disposiciones del Código Civil no guardan más que un simple interés histórico.

La teoría de la personalidad jurídica en la copropiedad le atribuye—según autores como Carnelutti, Branca y Dosseto, en Italia, y Donderis Tatay, en España—, personalidad jurídica, de forma que los propietarios del inmueble no son los diversos propietarios individuales (de las partes privativas), sino una persona jurídica cuyo sustrato físico lo componen todos los propietarios juntos, de modo que se absorbe la personalidad de éstos por aquélla, que se convierte en el único sujeto de derecho, específico de la institución jurídica.²⁴ Esta tesis ha sido suficientemente debatida, ya que a pesar de la importancia, cada vez mayor de la vida colectiva y de los intereses comunes, el uso y disposición de la propiedad lo tienen los propietarios individualmente. De

^{23.} Ibid., p. 207.

^{24.} Ibid., p. 209.

modo que, en esos términos estrictos, es imposible pensar en esta teoría. Lo cual no excluye la posibilidad de considerar la existencia de una persona jurídica para los intereses comunes, separada de las personas individuales, que en lo privativo continúa con sus atribuciones privadas, aunque muy limitadas.

Según autores latinoamericanos, puede afirmarse que la institución de la propiedad horizontal, es una combinación o, más precisamente, una yuxtaposición sobre un mismo objeto (el edificio en su conjunto), de varias propiedades privadas (en parte limitadas por la situación especial en que se encuentran, pero sin perder su aspecto privativo), con una especial copropiedad sobre las cosas de uso común o indispensables para la seguridad del edificio —el suelo, los cimientos, muros, techos, escaleras, ascensores, etc.—, que responde, mientras el edificio existe, a una voluntad colectiva, dirigida hacia un fin común. Esta unidad de destino, hace que las distintas relaciones jurídicas formen un todo indivisible, sin que se pueda ser propietario de la porción exclusiva, sin serlo también de la parte común (régimen de indivisión forzosa), excepto en caso de que desaparezca el edificio, lo cual convertiría la situación en un condominio normal (comunidad).²⁵

2. Situación actual y opinión personal

En primer lugar, debemos señalar que si en diversos lugares de nuestro trabajo hemos aludido a la propiedad horizontal como tratándose de una propiedad especial, ha sido en función de distinguirla, no de una supuesta propiedad común o general, sino únicamente en relación con el concepto tradicional de propiedad. La propiedad horizontal es especial, pues aparece recientemente, y en un comienzo sí constituyó una forma esporádica de utilización y detentación de inmuebles, pero no hay duda de que ante su masiva utilización y evolución creciente, ya no es posible considerarla como forma especial del derecho de propiedad. Dada la evolución jurídica reciente, constituye, en materia de propiedad de inmuebles para vivienda o para usos comerciales y profesionales, la fórmula más general y común que existe en casi la mayoría de países. Y si a esta utilización de la propiedad añadimos la que en el ámbito rural se hace de la propiedad para uso agrícola mediante las reformas agrarias, tenemos que es posible afirmar que la propiedad en su concepción tradicional, romanista y absolutista, de facultades ilimitadas, ya no existe, y es unánime la opinión de que di-

^{25.} Racciatti, Hernán: ob. cit., p. 27.

cha concepción absolutista ya no sirve para atender las necesidades actuales de la sociedad moderna.

De modo, pues, que considerando la propiedad horizontal como una fórmula de creciente importancia en el ámbito jurídico actual, podemos señalar que si bien en su elemento privativo mantiene lo que podríamos denominar algunos aspectos del ejercicio tradicional de la propiedad, vemos por otra parte, que no sólo ese ejercicio individual se halla cada vez más limitado, en interés de la colectividad, sino que además, el mismo régimen de propiedad horizontal va orientándose hacia la búsqueda de soluciones más acordes con las necesidades actuales de vivienda y de servicios públicos, que van complicándose en la sociedad moderna, de características principalmente urbanas, en donde el espacio viene a adquirir un valor inmenso ante el congestionamiento de la población. Es debido a necesidades colectivas de gran importancia que la satisfacción de necesidades individuales cede un poco. No es posible fundamentar el desarrollo de la propiedad horizontal en la satisfacción del propietario individual únicamente sin tomar en consideración las urgentes demandas de una cantidad enorme de la población que carecen de lo esencial. Es aquí donde el derecho revisa entonces su origen, basado en la satisfacción de intereses individuales para dar cabida a una mayor participación social de sus ventajas y beneficios.

Es posible afirmar con toda justeza que si en alguna institución se observa la función social que cumple la propiedad, es en esa, la de la propiedad horizontal. Con ello no desconocemos en absoluto la importancia que tienen los elementos privativos del régimen. Tampoco es posible afirmar que la propiedad horizontal busca la desaparición del derecho de propiedad. La propiedad como relación jurídica que se establece entre las personas y los objetos o cosas (bienes), existe en toda sociedad. Lo interesante en todo caso, es determinar el alcance del poder y de las facultades que se tienen en cuanto a la utilización de dichos bienes. Y si aceptamos que toda propiedad está sujeta a las limitaciones que imponga la ley atendiendo al interés colectivo, estaremos acercándonos a lo que sería un aprovechamiento racional de esta institución. El derecho a tener una vivienda propia es un derecho innegable de toda persona o familia. Pero igualmente es deber del derecho facilitar y procurar que la mayor cantidad de personas la puedan tener.

IV. IMPORTANCIA Y DESARROLLO DEL REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

El desarrollo de esta institución vamos a observarlo, en torno a los principales aspectos que en su evolución se han ido creando o aparecien-

do, y que le van dando su configuración propia y marcando sus tendencias y orientaciones actuales. Esta evolución o desarrollo podemos enfocarlo en dos aspectos principalmente, sin entrar a detallar otras muchas facetas que en este momento nos es imposible determinar y estudiar; se trata entonces de destacar el desarrollo de la propiedad horizontal en su ámbito interno y en su ámbito externo.

1. En su ámbito interno: crecimiento de la vida colectiva

Como ámbito interno entendemos aquellos aspectos que conforman o configuran el régimen de propiedad horizontal, es decir, sus elementos privativos y comunes. Y en este sentido consideramos que la propiedad horizontal ha ido aumentando considerablemente sus elementos comunes. Si bien el elemento privativo o apartamento permanece siendo el mismo espacio de uso individual, contando con las mismas divisiones, vemos que por el contrario, los elementos comunes de un inmueble en propiedad horizontal, se han desarrollado de tal manera que ya hoy día sobrepasan enormemente a lo que en un comienzo se denominó elemento común. Más aún, en algunos casos, espacios pertenecientes o integrantes del elemento privativo, como pueden ser los lavaderos y secaderos de ropa, han ido saliendo del espacio de uso privativo o apartamento, para situarse como elemento común en espacios de uso colectivo, buscando con ello una mejor distribución del espacio, y la prestación de un mejor servicio.

Si bien en un comienzo, los elementos comunes del régimen de propiedad horizontal estaban limitados a los estrictamente necesarios, como eran los accesos a la vía pública, algunas paredes y el techo (no siempre), centrándose, por supuesto, el régimen en el reconocimiento y protección del derecho privativo de la propiedad horizontal, con el transcurso del tiempo nos encontramos, en cambio, con que de un régimen típicamente civilista y privatista, se ha ido evolucionando hacia un régimen de marcado carácter administrativo, en donde la extensa regulación del Estado le va confiriendo un carácter principalmente de interés público y de intervención estatal, haciendo depender el uso privativo y los derechos individuales de la extensión y apertura de dicho derecho a mayor cantidad de personas y a la satisfacción en términos sociales de las necesidades colectivas de vivienda.

Actualmente están sujetos a régimen de utilización común, no sólo áreas más importantes que anteriormente, sino además cantidad de servicios que antes no se conocían. Es así cómo, además de las cosas que

contribuyen a la seguridad, conservación y salubridad del edificio, como las bases, la construcción en general, las paredes, el terreno, las tuberías, antenas, etc., se consigue hoy día como bienes comunes: piscinas, estacionamientos, áreas verdes, zonas recreativas, parques, parques infantiles, áreas para fiestas, servicios de lavandería, gimnasios, guarderías (y hasta escuelas primarias en zonas que lo requieran), y otros muchos servicios sociales, y además otras áreas de goce común, como son algunas veces locales comerciales, u otros que están destinados a producir la renta necesaria para los gastos de administración y conservación del inmueble. Este aumento de los elementos comunes, con mayor énfasis que las áreas privativas o de uso privativo, contribuye a desarrollar los aspectos de vida colectiva de la propiedad horizontal, pero también implica mayores limitaciones y mayores gastos y obligaciones al propietario individual, aunque no siempre.

En otros países, como en Francia por ejemplo, existen conjuntos inmobiliarios en propiedad horizontal de 5.000 y hasta de 8.000 propietarios, a veces reunidos bajo formas cooperativas. Estos conjuntos ofrecen todos los servicios esenciales a una comunidad de esas dimensiones, existen desde escuelas hasta centros de diversión y animación cultural y deportiva. Pero entonces, se requiere en contrapartida, que cada propietario delegue poderes en representantes por grupos de propietarios que faciliten y logren una mejor administración del conjunto residencial, con lo cual se van difundiendo algunos poderes del propietario individual.

Como señala Zimmerman (ponente de la ley francesa de 1965), "en un futuro próximo se obligará al legislador a proporcionar a los grandes conjuntos un estatuto particular, que posiblemente traspasará el campo del Derecho privado".²⁶

Esta necesaria transformación se debe a la masiva participación de las sociedades actuales en este tipo de propiedad. Como señala Polanco, sobre esta materia, el desarrollo económico y social exige no solamente mejorar el uso de la propiedad existente en función social, sino
que además se busca que exista el mayor número de propietarios.²⁷ Dicho en otras palabras, dado que el derecho a la vivienda se ha considerado como uno de los derechos esenciales de la personalidad, se considera necesario, por tanto, adoptar este régimen, el cual limitando el uso

Despax, Michels: "Técnicas jurídicas, clásicas y modernas de utilización del suelo, del subsuelo y del espacio", en Revista de Derecho Urbanístico, Madrid, 1968, p. 71.

^{27.} Polanco, Tomás: ob. cit., p. 17.

exclusivo y absoluto sobre una propiedad, permite sin embargo disponer de una vivienda a un mayor número de personas.

Pero no es solamente en su ámbito interno, en sus componentes, que el régimen de la propiedad horizontal ha evolucionado considerablemente, sino que también en su manifesatción externa, se nota una creciente importancia a dicho régimen como elemento clave del desarrollo urbano.

2. En su ámbito externo: elemento clave del desarrollo urbano

También es posible observar el desarrollo de la propiedad horizontal, considerado globalmente, como un elemento clave del desarrollo urbano en una determinada sociedad. Es así como lo ven numerosos autores actuales, principalmente urbanistas y publicistas, que incluyen el régimen de la propiedad horizontal en cualquier previsión o planificación en materia de desarrollo urbano.

En este sentido igualmente, el régimen de propiedad horizontal sufre una creciente intervención estatal. Su aplicación se extiende cada vez más, abarcando actualmente, como en el caso francés, no sólo a los inmuebles en particular, sino a conjuntos de inmuebles, y hasta grupos de casas individuales (propiedad horizontal aplicada en sentido vertical). En Estados Unidos, señala un experto, "hoy en día, apenas unos años después que el sistema de condominio (propiedad horizontal) fue autorizado, para permitir la racionalización del uso del suelo urbano, su empleo se ha extendido no sólo en el área urbana, sino que se utiliza en los suburbios y hasta en poblaciones rurales".²⁸

En Francia actualmente, la organización de un sistema justo de propiedad horizontal, es considerada como uno de los tres sectores fundamentales de la política de vivienda, junto con el fomento a la construcción y la protección a los arrendatarios. Ya desde 1958, se hablaba de la necesidad de establecer un código de la copropiedad, tan indispensable como el código rural o el código del aire, lo cual vino a establecerse en Francia con la ley de 1965 y su reglamento de 1967.

Otro autor norteamericano señala que "el condominio puede ser aplicado a grandes edificios de apartamentos, puede aplicarse a urbanizaciones de viviendas o casas unifamiliares con jardín, a edificios destinados a locales de negocio, o centros industriales complejos, donde cada apartamento, oficina, o especie unitaria es independiente en su propie-

^{28.} Keroe, Patrick: ob. cit., p. 9.

SALVANO BRICEÑO MATUTE

dad, junto a un control de las zonas comunes. En cada una de esas situaciones, la propiedad individual puede ser vendida, cambiada, hipotecada y gravada con impuestos. Este nuevo concepto ofrece posibilidades ilimitadas para el desarrollo comercial e industrial, así como para el urbano, y en definitiva, para más y mejores viviendas".²⁹

En España, la propiedad horizontal se ha difundido a un ritmo de más de 100.000 nuevos propietarios por año y según las estadísticas desde hace unos años, más de la mitad de las familias españolas —hoy seguramente más del 60 por ciento— son dueños del hogar que habitan bajo este régimen, convirtiéndose en la forma más normal de propiedad urbana. Todo ello lleva a reflexionar a un autor español sobre que el régimen de propiedad horizontal afectará a la inmensa mayoría de los españoles, máxime cuando no sólo se busca como solución a problemas de casa-habitación, sino también a los de despacho, tienda, garaje, etc.³⁰

En Estados Unidos las estadísticas señalan que más del 50 por ciento de las viviendas construidas que fueron vendidas en 1973, lo fueron bajo el sistema de condominio, lo cual resulta más impresionante aún, si se piensa que unos pocos años antes este sistema no se conocía.⁸¹

En Venezuela no contamos con estadísticas completas y precisas al respecto, pero el amplio desarrollo del sistema es notorio. La doctrina venezolana señala como uno de los objetivos básicos que debe buscarse en una moderna regulación de esta materia, el combatir la especulación en la propiedad urbana, con lo cual se advierten intereses de orden público evidentes. Un autor especialista en esta materia, señala otro objetivo básico de dicho régimen e igualmente de gran interés público, cual es "el desarrollo de comunidades que cultiven la solidaridad, el espíritu de cooperación y la unión para lograr objetivos comunes de convivencia". 32

CONCLUSIONES

Nuestras consideraciones no pretendieron abarcar todo el estudio del régimen de propiedad horizontal, ni mucho menos revisar todos sus elementos e implicaciones. Solamente se trató de dar una revisión a las

^{29.} Ramsey, en Pérez Pascual, Eduardo: ob. cit., p. 223.

^{30.} Gitrama González, en Pérez Pascual, p. 9.

^{31.} Keroe, Patrick: ob. cit., p. 1.

^{32.} Manrique Siso, Manuel: La propiedad horizontal. Asociación de Abogados Laborales, Caracas, 1976.

tendencias que actualmente se observan en esta materia de gran importancia para la sociedad moderna. Podemos quizás resumir nuestras consideraciones haciendo énfasis en lo que nos parece lo más notorio de la evolución reciente del régimen de propiedad horizontal.

En primer lugar, no nos parece dar lugar a dudas la tendencia a estudiar esta materia bajo la óptica y los instrumentos del derecho urbanístico, de ubicación en el derecho público. Su marcada importancia en la bisqueda de soluciones a los problemas de vivienda y de utilización racional del espacio y del suelo urbano, e incluso territorial, en sentido amplio, nos hace pensar que el tradicional esquema del derecho privado se hace insuficiente para comprender la magnitud de la importancia de esta materia.

En segundo lugar, nos parece igualmente que el derecho de propiedad horizontal constituye uno de los ejemplos más claros y evidentes de la transformación que va sufriendo el concepto de propiedad bajo la presión de los hechos y de las necesidades de la sociedad moderna. No sólo la reconocida función social de la propiedad se manifiesta con intensidad en la propiedad horizontal, sino que aún más, el crecimiento y desarrollo de los elementos comunes de este régimen llevan a pensar que constituye un ejemplo de la progresiva socialización de la propiedad en materia de vivienda.

BIBLIOGRAFIA BASICA

- Albert Mitjavila, José: La ley de Propiedad Horizontal enjuiciada por un arquitecto. Bosch, Barcelona, 1962.
- ALIBERT, F.: "Francia: Comentarios sobre el reglamento para la aplicación de la ley de propiedad horizontal". En *Documentos Informativos*. Serie II. Nº 778. Ministerio de la Vivienda, Madrid, 27-4-1968.
- ANTAKLY, Farid: "El documento de condominio". En Revista Facultad de Derecho, UCAB. Caracas, Nº 3, 1966.
- BARRERO GONZÁLEZ, Enrique: "Sobre la interpretación en Derecho Urbanístico (a propósito de la cesión de viales)". En Revista de Derecho Urbanístico. Madrid, Nº 45, 1975.
- CALVO. Carlos Diego: Manual Práctico de Propiedad Horizontal. Cangallo, Buenos Aires, 1973.
- "Consideraciones sobre la Propiedad Horizontal en el derecho alemán". En *Documentos Informativos*. Serie II. Nº 749. Ministerio de la Vivienda. Madrid, 1967.

- DESPAX, Michel: "Técnicas jurídicas, clásicas y modernas, de utilización del suelo, del subsuelo y del espacio". En *Revista de Derecho Urbanístico*, pp. 63-82. Madrid, enero, 1968.
- Diez-Picaso, Luis: "Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística". Conferencia en Jornadas de Derecho Urbanístico, Valencia, 1972.
- FUENMAYOR, José Andrés: Estudio acerca de los aspectos jurídicos de la Propiedad Horizontal, UCV, Caracas, 1953.
- GABALDÓN MÁRQUEZ, J.: Concepto del derecho de propiedad. Tesis UCV, Caracas, 1936.
- GOLDSCHMIDT, Roberto: "La ley venezolana de Propiedad Horizontal". En Revista de la Facultad de Derecho, UCV, Nº 16, Caracas, 1958, pp. 133-165.
- KADEM, M. E.: La notion et les limites de la proprieté privée en droit comparé. Association International pour l'enseignement du Droit Comparé. Session printemps. Madrid, 1961.
- KEROE, Patrick E.: "Cooperatives and Condominums". Legal Almanac Series, No. 72. Oceana Publications Inc. Dobles Ferry, New York, 1974.
- KISCHINEWSKY-BROQUISSE, Edith: Statut de la copropriété des immuebles et sociétés de construction. Librairie Technique, Paris, 1958.
- KUMMEROW, Gert: Bienes y Derechos Reales. UCV, Caracas, 1965.
- LAJE, Eduardo Jorge: "La prehorizontalidad y sus problemas". En Revista jurídica argentina La Ley, Nº 143, pp. 908-946, Buenos Aires, 1971.
- MANRIQUE SISO, Manuel: La propiedad horizontal. Colección La Ley al Alcance de Todos. Asociación de Abogados Laborales, Caracas, 1976.
- MARTÍN MATEO, Ramón: "La determinación del contenido de la propiedad inmobiliaria". En Homenaje al profesor Enrique Sayagués Laso. I.E.A.L. Madrid, 1969.
- MICHAUD, Patrice: L'organisation de la communauté des propriétés par étages. Université de Lausanne, Lausanne, 1974.
- Montes Penades, Vicente L.: "La Propiedad Horizontal como colectividad organizada". Anuario de Derecho Civil, julio, 1972.
- PÉREZ PASCUAL, Eduardo: El Derecho de Propiedad Horizontal. Un ensayo sobre su estructura y naturaleza jurídica. Marcial Pons, Madrid, 1974.
- POLANCO, Tomás: Las transformaciones de la propiedad en función del desarrollo. Conferencia dictada en la Academia de Ciencias Políticas el 15 de de mayo de 1968. Caracas.
- RACCIATTI, Hernán: Propiedad por pisos o por departamentos. Roque De Palma, Buenos Aires, 1954.
- SALA ARQUER, José Manuel: En torno al concepto de límites normales de la propiedad en Derecho Público. Ponencia del seminario de profesores de derecho

- administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid (1974-75). E.N.A.P. Madrid, marzo, 1976.
- SALIS, Lino: El condominio en los edificios. Bosch, Barcelona, 1968.
- Spantigati, Federico: Manual de Derecho Urbanístico, Montecorvo, Madrid, 1973.
- SPOTA, Alberto G.: "Locación de obra y propiedad horizontal. El distingo con la compraventa. Comentarios a una sentencia". Revista jurídica argentina La Ley, Nº 141, pp. 331-338. Buenos Aires, 1971.
- VEGAS ROLANDO, Nicolás: Contratos inmobiliarios en el derecho venezolano. Estrados, Caracas, 1965.
- VENTURA-TRAVESET, y GONZÁLEZ, A.: Derecho de Propiedad Horizontal. Bosch, Barcelona (2ª edición), 1966.
- Zurfluh, Albert, y Thérese Traizet Frot: Le statut de la copropriété (depuis la loi du 10-7-1965 et le décret du 17-3-1967). Sirey, Paris, 1968.
- EGAÑA, Manuel Simón: Bienes y derechos Reales. Criterio, Caracas, 1964.



ORGANIZACION ADMINISTRATIVA DEL URBANISMO EN VENEZUELA

MAGDALENA SALOMON DE PADRON

SUMARIO

I. Introducción. II. El urbanismo en el contexto de la organización administrativa venezolana: 1. La función urbanística en la Constitución venezolana de 1961. 2. Interpretación jurisprudencial de las disposiciones constitucionales en materia de urbanismo. III. Distribución de competencias en materia de urbanismo a nivel nacional. IV. Los órganos urbanisticos de la Administración Central a nivel nacional. 1. Organos de decisión: A. Ministerio de Desarrollo Urbano. B. Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables. 2. Organos técnicos y de consulta: A. Oficina Central de Coordinación y Planificación. B. Consejo Nacional para el Equipamiento Físico del Territorio. C. Comisión Nacional de Coordinación del Desarrollo Urbanístico. 3. Organos de ejecución: A. Ministerio del Desarrollo Urbano. B. Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables. C. Ministerio de Transporte y Comunicaciones. D. Ministerio de Información y Turismo. 4. Organos de Financiamiento: A. Ministerio del Desarrollo Urbano. 5. Organos de coordinación: A. Ministerio de Desarrollo Urbano. B. Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables. C. Comisión Nacional de Coordinación del Desarrollo Urbanístico. 6. Organos de control: A. Ministerio de Desarrollo Urbano. B. Comisión Nacional del Desarrollo Urbanístico. V. Entes urbanísticos descentralizados a nivel nacional 1. Entes de ejecución: Instituto Nacional de la Vivienda. 2. Entes de Financiamiento: A. Instituto Nacional cional de la Vivienda. B. Fondo Nacional de Desarrollo Urbano. 3. Entes de control. 4. Entes técnicos o de consulta: bano. 3. Entes de control. 4. Entes técnicos o de consulta: Corporación de Turismo de Venezuela. VI. Otros entes estatales de actuación urbanística con forma de. derecho privado. 1. Centro Simón Bolívar, C. A. A. Empresa Inmobiliaria Parque Central C. A. B. Empresa de Renovación Urbana de Caracas, C. A. 2. Fundación para el Desarrollo de la Comunidad y Fomento Municipal. VII. Organos municipales de actuación urbanística. 1. El caso de la Mancomunidad Urbanística del Distrito Federal y Distrito Serve del Estado Misendo. nística del Distrito Federal y Distrito Sucre del Estado Miranda. A. Organos de decisión: Concejos Municipales. B. Organos de ejecución: Concejos Municipales. C. Organos técnicos o de

consulta: a. Comisión Metropolitana de Urbanismo. b. Oficina Metropolitana de Planeamiento Urbano. c. Ingenierías Municipales. D. Organos de financiamiento: Concejos Municipales. E. Organos de coordinación: Comisión de Ordenamiento Urbano del Area Metropolitana de Caracas. F. Organos de control: a. Oficina Metropolitana de Planeamiento Urbano. b. Ingenierías Municipales. 2. El caso de la Mancomunidad Urbanística del Distrito Bolívar y Distrito Sotillo del Estado Anzoátegui. A. Organos de decisión: a. Concejos Municipales. b. La Oficina Local de Planeamiento Urbano. B. Organos técnicos o de consulta: a. Oficina Local de Planeamiento Urbano. b. Junta Consultiva Intermunicipal de Planeamiento Urbano. C. Organos de ejecución: Concejos Municipales. D. Organos de Financiamiento: Concejos Municipales.

I. INTRODUCCION

La posición del Estado frente a la multiplicidad de exigencias de la sociedad, le plantean la necesidad de una adaptación de los cuadros estructurales de su Administración Pública, por cuanto es a ella a quien corresponde realizar toda la actividad que sea necesaria para cumplir o alcanzar la mayoría de los fines del Estado. Efectivamente, la evolución experimentada por el Estado, concebido hasta recientes décadas, de acuerdo a las filosofías liberales, fundamentalmente, como un ente responsable de la paz y de la seguridad social, con fines concretos y específicos, y que nos lo presenta ahora como un ente cuyos cometidos trascienden a la simple prestación de servicios públicos y se proyectan en actuaciones en el campo económico y social, con todas sus implicaciones, ha puesto de relieve la necesidad de efectuar una revisión en los cuadros administrativos y adecuarlos a estas nuevas actividades que debe desarrollar.

Ahora bien, entre esos nuevos fines que debe alcanzar el Estado, a través de su actuación considerada individualmente o, en concurrencia con los particulares, está el urbanismo, entendido como función pública, cuya realización está a cargo de la Administración y para procurar la ordenación y desarrollo de la ciudad de modo que la población se asiente en forma cómoda, sana y agradable.¹ Esta nueva actividad, sin duda, exige el que se estructure una organización administrativa eficaz, sobre todo si se toma en consideración que los cuadros de la Administración Pública no están adecuados al ejercicio de la misma. Como ya es sabido, esta es una actividad que hasta fecha reciente había sido ejercida fundamentalmente por los particulares, siendo muy exigua la participa-

Vid. García de Enterría, Eduardo: Apuntes de Derecho Administrativo II (mimeografiados); Canciller Fernández, Antonio: Instituciones de Derecho Urbanístico. Editorial Montecorvo, Madrid, 1977, p. 34.

ción estatal, la cual sólo se limitaba a establecer normas que regulan la actuación de aquéllos. Hoy en día, como hemos dicho, la situación es diferente por cuanto la actividad del Estado se irradia hacia diversos campos, entre ellos el urbanismo, en el cual se desempeña no sólo como ente regulador y fiscalizador, sino también como agente promotor y ejecutor. Por ello se plantea la necesidad de revisar las estructuras administrativas existentes, evaluarlas y observar si éstas son lo suficientemente eficientes para llevar a cabo esta actividad o, si por el contrario, se hace necesario establecer en el seno de la Administración un conjunto de órganos capaces de desempeñar funciones de asesoría, planificación, gestión, fiscalización, ejecución y control de la gestión urbanística.

Por otra parte, creemos que deben tenerse presente en relación con el urbanismo, que ésta no es una acción aislada sino que es una pieza de la ordenación del territorio, que constituye un recuadro mayor que puede establecerle elementos condicionadores.² En efecto, la ordenación del territorio es una política estatal que tiene como finalidad procurar que los hombres se distribuyan racionalmente en el espacio de acuerdo a sus necesidades, habida cuenta de los recursos existentes. De manera que cualquier actividad del Estado orientada hacia el desarrollo económico y social, difícilmente puede quedar fuera de su ámbito.3 Sin embargo, esta concepción de lo que es o de lo que debe entenderse por la ordenación del territorio -política que alberga en su seno los principios orientadores de las actividades del Estado— puede ser considerada como amplia y ambiciosa y, en consecuencia, difícil de llevar a la práctica. No obstante la amplitud de su formulación, creemos que es perfectamente comprensible su contenido y posible de ejecutar, porque se instrumenta mediante acciones específicas para alcanzar objetivos en áreas determinadas, en sectores concretos, como transporte, equipamiento, recursos hidráulicos, comunicación, protección del ambiente, ordenación

^{2. &}quot;El fenómeno de la urbanización está formado por hechos que no pueden ser desvinculados de los demás factores que presiden el desarrollo de la sociedad contemporánea, pues forman todos ellos un conjunto interrelacionado, sólo escindible para fines prácticos". Mouchet, Carlos: "Aspectos legales e institucionales de la planificación urbana", Revista de Derecho Urbanístico. Madrid, 1972, Nº 26, p. 39.

^{3. &}quot;El ordenamiento del territorio se propone el establecimiento de una política sobre el uso del espacio a escala nacional y regional en cuanto a las grandes localizaciones —áreas urbanas, industriales, de turismo, parques nacionales, etc.—. Forma parte del mismo la política de establecimiento de ciudades, o de expansión o contención de las existentes, de restricciones o pautas generales a nivel nacional para el uso del suelo, etc. Pertenecen también a la esfera del ordenamiento del territorio de planificación de las vías de comunicación a escala nacional y regional. La política nacional de urbanismo debe, pues, estar dentro de este ámbito de ordenamiento territorial". Mouchet, Carlos: ob. cit., p. 40 y ss.

rural y urbanismo. En esta forma, a través de acciones concretas y bien coordinadas en estos sectores se pueden alcanzar los fines mediatos propuestos por la ordenación del territorio. Sin embargo, la posibilidad de conseguir estos fines dependerá en gran parte de la organización administrativa que se encargue de llevarla a la práctica. Si los cuadros administrativos con los cuales se cuenta están estructurados en base a criterios de prestación, de concebir que la Administración sólo debe actuar satisfaciendo necesidades de carácter general a través de los servicios públicos, y no en base a criterios de actuación que la proyecten hacia todas esas actividades necesarias de cumplir en un proceso de desarrollo económico y social, la gestión obviamente fracasará. Por tanto, el logro de resultados positivos y la puesta en práctica de una política de ordenación del territorio así concebida, dependerá en gran parte de la eficiencia de la organización que la ejecute.

Ahora bien, reconduciendo todo este planteamiento al supuesto concreto del urbanismo y teniendo presente que éste es un elemento de un componente mayor que es la ordenación del territorio, al estructurarse la organización administrativa del urbanismo, no debe hacerse con la sola perspectiva de que ésta sea eficaz sólo para el ejercicio de la actividad urbanística. Esto queda claro, puesto que como hemos afirmado, esta es una actividad que no puede ser desplegada en forma aislada, sino que, por el contrario, está interrelacionada con todas las acciones que conforman la ordenación del territorio. Ahora bien, esta interrelación que debe existir para coordinar y ejecutar armónicamente todas estas acciones —y no sólo el urbanismo— es imprescindible. De ignorarse esta circunstancia o de no establecerse mecanismos eficientes que coordinen adecuadamente las diversas actuaciones de la Administración, se llegaría a la obtención de resultados negativos, dado que se fraccionaría la actuación del Estado que, por de más decir, es un todo complejo, una unidad. Por tanto, el planteamiento que se haga sobre la organización administrativa del urbanismo no puede ser hecho sólo bajo ópticas parciales sino integrales, es decir, no circunscribiéndolo al aspecto específico del urbanismo, sino relacionándolo con el resto de las estructuras estatales que realizan actividades diferentes pero conexas.

Ante todo este planteamiento se contrapone una realidad, presente no sólo en nuestro país sino en países extranjeros, y es que si bien la Administración se ve ante la necesidad de desplegar actividades que antes no realizaba, sus cuadros de organización no se han conformado de acuerdo con estos nuevos requerimientos. Se afirma que esta razón, que precisamente estos nuevos campos de actuación de la Administra-

ción, como sus nuevas formas de actividad —fomento, gestión económica—, así como la participación de los particulares en la realización del interés público, constituyen las causas fundamentales que han provocado la reforma de las estructuras organizativas tradicionales de la Administración Pública. Claro que a estas reformas debe preceder un concreto estudio que permita una adecuada reestructuración, capaz de enfrentarse ante estos nuevos cometidos estatales. De no ser así se correría el riesgo de remodelar las viejas estructuras haciéndolas un tanto aptas, pero no totalmente eficaces, para enfrentar estas nuevas exigencias.

El supuesto venezolano en materia de organización administrativa, lleva en su seno estas particularidades: viejas estructuras administrativas remozadas para cumplir las nuevas tareas del Estado.⁴ Por esta razón se ha venido planteando con carácter de urgente necesidad una reforma de la Administración Pública, con la sola idea de hacerla realmente capaz para realizar todos esos nuevos cometidos estatales. Las proposiciones en este sentido datan desde los años 50, hasta prácticamente el año 1972, en el cual se presenta ante la opinión pública un informe completo, en diagnóstico y proposiciones sobre la Administración Pública venezolana, por la ya extinguida Comisión de Administración Pública. A pesar de estas inquietudes, sólo ha sido en fecha reciente que se ha procedido a dictar la primera de las leyes que conduzcan a dar por iniciado el proceso de reforma administrativa en Venezuela: la Ley Orgánica de la Administración Central vigente desde el 28 de diciembre de 1970.⁵

Esta ley crea, entre otros, el Ministerio de Desarrollo Urbano, al cual erige como ente del urbanismo a nivel central. Va a coexistir este novel órgano con un conjunto de entes descentralizados que tienen también atribuida la competencia en materia de urbanismo y que, juntos, conforman la organización administrativa sobre la materia.

Este es el panorama organizativo que pretendemos estudiar para tratar de presentar un cuadro ordenado de los órganos a quienes compete el ejercicio de la función urbanística.

Al pensar la forma como acometer este estudio, consideramos como la más viable, fundamentarlos en el aspecto de la función urba-

^{4. &}quot;...La estructura actual de la Administración venezolana es el resultado del crecimiento inorgánico de sus instituciones a medida que ellas han asumido nuevas funciones y cometidos". Informe de la Comisión de Administración Pública. Caracas, 1972, Tomo I, p. 54.

^{5.} Gaceta Oficial Nº 1.932, Extraordinaria del 28 de diciembre de 1976.

nística que tenga atribuido el órgano, y en base a ella, clasificarlo. De manera que una vez analizado el punto de la atribución de competencia en la materia, se hace una clasificación de los órganos con señalamiento de la tarea urbanística que le es atribuida. El enfoque se hace, no sólo a nivel de la Administración Central —centralizada y descentralizada—, sino que también se hace referencia a algunas experiencias municipales concretas, que han tratado de instrumentar vías de solución a los problemas que se les ha presentado en la materia.

II. EL URBANISMO EN EL CONTEXTO DE LA ORGANIZACION ADMINISTRATIVA VENEZOLANA

Es preciso establecer, previamente a cualquier otra consideración, cuáles son las previsiones que existen, en relación a la distribución de competencia en materia de urbanismo, en la Constitución, por cuanto sus normas son condicionadoras del ordenamiento jurídico en general y, en particular, de la normativa que se establezca en relación a la función urbanística. En base a estas disposiciones, y a los fines de ir delineando cuál es la estructura administrativa urbanística en Venezuela, se debe ante todo, establecer cuáles son las personas públicas territoriales que tienen atribuida la competencia en la materia, para luego analizar en el seno de cada una de ellas, la forma como se ejerce esta función.

1. La función urbanística en la Constitución venezolana de 1961

La Constitución de 1961, no establece con claridad la distribución de competencias en materia de urbanismo. Dos disposiciones constitucionales entran fundamentalmente en juego en este problema: el artículo 30, que prevé que es de la competencia municipal el gobierno y administración de los intereses peculiares de la entidad, en particular cuanto tenga relación con sus bienes e ingresos y con las materias propias de la vida local, tales como urbanismo (subrayado nuestro), y el ordinal 14, del artículo 136, que establece como competencia del Poder Nacional, el establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y de urbanismo (subrayado nuestro).

La primera observación que puede formularse en relación a estas normas, es que existe una competencia concurrente en materia de urbanismo, entre el Poder Nacional y el Municipio. Esta atribución de competencia es recogida en igual forma por la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en el ordinal 3º, del artículo 7, que establece que el

Municipio tiene como competencia los planes de desarrollo urbano local que hayan sido elaborados de acuerdo con las normas y procedimientos técnicos establecidos por el Poder Nacional.

Ahora bien, la interpretación de estas normas no puede quedar sólo en la consideración de que se trata de competencias compartidas entre el Poder Nacional y el Municipio, por cuanto el alcance de las normas tiene que ir más allá de una consideración tan simplista como esta. Es necesario, para una mejor interpretación de las normas constitucionales y, por ende, de un mejor ejercicio de la función urbanística, precisar cuál es el alcance exacto de ellas. Hay una serie de precisiones que se hacen en torno a estas normas atributiva de competencia. Por ejemplo, en cuanto al ordinal 14, del artículo 136 constitucional, que debe entenderse exactamente por "normas y procedimientos técnicos". En relación al artículo 30, que establece la competencia urbanística municipal, cuál es el criterio que debe aplicarse para determinar el alcance de lo que es "vida local". El desarrollo de estas normas constitucionales es imprescindible, por cuanto que expresada en la forma como lo hace la Constitución, ciertamente que no queda determinado como debe ser el ámbito de la competencia urbanística del Poder Nacional y del Municipio. Se plantea la necesidad, en consecuencia, de una normativa legal que desarrolle estas previsiones constitucionales y quede clasificado, de una vez, los niveles de competencia de estos entes. El desarrollo de la actividad urbanística en forma armónica, es presupuesto básico para el desarrollo. Ahora bien, mientras exista este vacío legislativo no puede llegar a pensarse en un proceso urbanístico nacional. Es evidente, en este sentido, la urgencia que existe de dictar una ley de ordenación urbanística que armonice las competencias a todos los niveles. Obviamente que la fundamentación de esta facultad del Poder Nacional de sancionar una ley en este sentido, es la importancia misma de la materia —la cual es imposible negar—, y cuya posibilidad cae en el supuesto del ordinal 25 del artículo 136 de la Constitución, que establece que es de la competencia del Poder Nacional toda otra materia que la Constitución le atribuya o que le corresponda por su indole o naturaleza.

2. Interpretación jurisprudencial de las disposiciones constitucionales en materia de urbanismo

La Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia ha interpretado las normas constitucionales, en el siguiente sentido: que "cuando cualquiera de las Municipalidades de la República ejerce el poder de legislar en esta materia dentro de los límites que configuran la vida local y respetando la competencia del Poder Nacional en lo que respecta a la coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, arquitectura y urbanismo, no hace más que desarrollar las actividades que le son propias y que más le interesan a la vida local...". Más adelante, en la misma sentencia se dice que "...el urbanismo como actividad normativa y administrativa concreta dirigida a regular el uso de la tierra en los centros urbanos y sus alrededores, es como ya se dijo, una típica actividad municipal la cual, desde el punto de vista jurídico, se traduce en restricciones y prohibiciones que constituyen otras tantas limitaciones del derecho de propiedad. Tales contribuciones, restricciones y prohibiciones tienen que ser establecidas en ordenanzas municipales y no en leyes nacionales a las que son equiparables aquéllas por muchos conceptos, porque ni lógica ni constitucionalmente es posible pretender que las normas de éstas desciendan hasta los múltiples y diversos detalles y particularidades que caracterizan el urbanismo en cada localidad. Por ello el constituyente ha reducido, con acierto, la competencia del Poder Nacional en este campo al establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y urbanismo.

La Corte considera que fundamentalmente el ejercicio de la competencia en materia de urbanismo le corresponde al Municipio, con excepción del contenido del ordinal 14 del artículo 136 de la Constitución, en base al cual el Poder Nacional podrá establecer, coordinar y unificar las normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, arquitectura y urbanismo.

Ahora bien, todo indica que estamos, pues, ante competencias concurrentes. Sobre estos planteamientos es necesario observar que el urbanismo no es una materia que pueda ser agotada en los términos de cada municipio, sino por el contrario, su tratamiento debe ser realizado a escala nacional en coordinación con todas las actividades estatales por cuanto que, como hemos afirmado, ésta no es una acción aislada. Esto no implica, y quede claro, que no deben ser tomadas en consideración las particularidades de cada realidad municipal, sino que habida consideración de las mismas, así como de las otras exigencias nacionales, se elabore una política que condicione las actividades urbanísticas a nivel local. Ahora bien, si consideramos que la acción del Poder Nacional no debe quedar circunscrita a los solos términos del ordinal 14 del artículo 136 de la Constitución, sino que se le debe dar mayor amplitud de conformidad con lo previsto en el ordinal 25 de

dicho artículo, el cual le atribuye al Poder Nacional competencia sobre cualquier otra materia que le corresponda por su índole o naturaleza. Esta interpretación es viable e incluso, nos atrevemos a decir, conveniente, por cuanto las actividades urbanísticas, además de estar enmarcadas dentro del proceso económico-social del país, tienen que contar con la participación de los organismos del poder central, así como con los recursos económicos, técnicos, humanos que éste tenga. Esta circunstancia permite indiscutiblemente, una eficacia en la ejecución urbanística, mayor que si fueran los municipios solos los que la desempeñaran, puesto que éstos no poseen los recursos necesarios y suficientes para llevar a cabo una actividad urbanística capaz de cubrir a cabalidad las necesidades que se presenten.

Pensamos que en el espíritu de la Ley Orgánica de Régimen Municipal existe algo de esta idea puesto que, si bien establece como de la competencia del municipio lo que respecta a los planes de desarrollo urbano local, estos planes deben ser realizados, en primer lugar, de acuerdo a las normas v procedimientos técnicos que haya establecido el Poder Nacional; y en segundo lugar, para que tengan vigencia es necesario que sean aprobados por la autoridad nacional competente para establecer, coordinar y unificar normas y procedimientos en la materia.⁶

Por esta vía se armonizan nacionalmente las normas generales sobre planteamiento urbano, quedando a nivel de los municipios, lógicamente, las previsiones que deban hacerse de acuerdo con los requerimientos de los recursos de cada término municipal.

Es positiva esta participación del poder central sobre la materia, por cuanto se requiere un control a un nivel superior de la actividad que en planificación urbana desarrollen todos los municipios. Es una vía de armonización general, necesaria para evitar las regulaciones anárquicas a las cuales se llegaría si no existiera.

Es positivo, por tanto, este control llevado a la práctica mediante el cumplimiento de la obligación que establece la Ley Orgánica de Régimen Municipal, de someter la vigencia de los planes de desarrollo urbano locales a la aprobación del poder central.

III. DISTRIBUCION DE COMPETENCIA EN MATERIA DE URBANISMO A NIVEL NACIONAL

La distribución de competencia entre los órganos del nivel central está regulada fundamentalmente por dos instrumentos legales: la Ley

Ordinal 3º del artículo 7 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal. Gaceta Oficial Nº 2.297, Extraordinaria, del 18 de agosto de 1978.

Orgánica de la Administración Central y la Ley Orgánica del Ambiente. A través de estas leyes, el legislador ha tratado de desarrollar la disposición constitucional que le atribuye competencia al Poder Nacional para establecer, coordinar y unificar normas y procedimientos técnicos para obras de arquitectura y urbanismo y, de determinar cuáles son los órganos de la Administración central que tienen competencia sobre la materia.

En primer lugar, debemos señalar que la Ley Orgánica del Ambiente en sus primeros artículos hace una serie de precisiones respecto de lo que debe entenderse, a los fines de su interpretación y aplicación, por conservación, defensa y mejoramiento del ambiente. Estas especificaciones de la ley le establecen un ámbito de aplicación extensísimo el cual abarca, prácticamente, todo tipo de actividades que desarrolle el hombre. Pues bien, dentro de esas consideraciones debemos destacar fundamentalmente, la orientación de la ley que considera, que a sus efectos, la conservación, defensa y mejora del ambiente comprenderá:

- —La ordenación territorial.
- -La planificación de los procesos de urbanización.

Sin embargo, esta atribución de competencia debe ser ejercida solamente en función de los valores del ambiente, de manera que debe interpretarse que la norma circunscribe la competencia del Ministerio en que estén en juego estos valores; en caso contrario, obviamente, no tendrá ningún tipo de sugerencia en materia de urbanismo.

De aquí, pues, que con fundamento en estas disposiciones encontramos que, entre los programas básicos elaborados por el MARNR, existe uno que se refiere a la ordenación de la ocupación del territorio nacional. En el texto de dicho programa se dice expresamente que le corresponde al MARNR ordenar la ocupación del territorio y, en consecuencia, definir el uso de las diversas áreas que integran el espacio nacional, en función de los objetivos y estrategias de desarrollo formuladas por el Ejecutivo Nacional.⁸ En criterio de dicho Ministerio, viene a ser el Plan Nacional de conservación, defensa y mejoramiento del ambiente el que debe decidir y juzgar la localización de las actividades humanas sobre el territorio nacional, con el objeto de proponer localizaciones más racionales en función del desarrollo económico y

^{7.} Gaceta Oficial Nº 31.004, del 16 de junio de 1976.

^{8.} Vid. Programa Básico Nº 5 del MARNR, sobre Ordenación de la Ocupación del Territorio Nacional. Seminario.

de la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente.º Esto es, en lo referente a ordenación del territorio.

La orientación del legislador en este sentido queda aún más afianzada por el contenido del artículo 7 de la ley, que establece que el Plan Nacional de Conservación, Defensa y Mejoramiento Ambiental, deberá contener la ordenación del territorio nacional según los mejores usos de los espacios de acuerdo a sus capacidades, condiciones específicas y limitaciones ecológicas.

La interpretación que se hace a las normas de la Ley Orgánica del Ambiente por el MARNR conduce a considerar a éste como el órgano que tiene atribuida la competencia en materia de ordenación del territorio.¹⁰

Estas disposiciones de la Ley Orgánica del Ambiente vienen a ser complementadas por lo establecido en la Ley Orgánica de la Administración Central. Esta ley establece en su artículo 36, ordinales 6º y 7º, en lo que se refiere a la ordenación del territorio, que el MARNR debe cooperar en la planificación y ordenación físico-espacial del territorio nacional, en coordinación con los demás organismos competentes. Además le corresponde a dicho Ministerio la formulación, control y vigilancia de la política del uso de la tierra, así como la elaboración y el establecimiento de normas que orienten el proceso de utilización de la tierra.

Todo conduce a pensar que el espíritu del legislador siempre se vio orientado hacia la creación de un Ministerio, el del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, como organismo encargado de la ordenación del territorio y, por ende, con competencia en materia de urbamismo, pero dentro de los reducidos límites y con las orientaciones de la Ley Orgánica del Ambiente, como hemos señalado anteriormente.

Por otra parte, la Ley Orgánica de la Administración Central crea el Ministerio de Desarrollo Urbano y le atribuye en su artículo 37 competencia sobre la planificación y realización de las actividades del Ejecutivo Nacional en el sector urbanismo. Esto es, todo aquello que se refiera a programas de desarrollo urbano, financiamiento y construcción de viviendas, política habitacional, renovación urbana y cuanto queda especificado en el contenido de dicho artículo.

De manera que a quien el legislador quiso erigir como órgano del urbanismo fue al Ministerio de Desarrollo Urbano. Ello no implica

^{9.} Ibidem, p. 5.

^{10.} Ibidem, pp. 4 y ss.

que cuando se afirma que el MARNR tiene competencia también como el urbanismo —en los términos que hemos señalado—, estamos en presencia de una atribución concurrente de competencia. De la interpretación de la ley se desprende que el MARNR tiene competencia sobre el urbanismo, pero su ejercicio está restringido y condicionado a que exista vinculación con los valores del ambiente. De no haber ninguna implicación en materia del ambiente y de los recursos naturales renovables, no puede dicho Ministerio realizar ninguna actuación en el campo urbanístico, sólo podrá establecer orientaciones generales en el Plan Nacional de Conservación, Defensa y Mejoramiento del Ambiente, que incidan sobre los programas de desarrollo urbano.

De manera que no puede afirmarse que el órgano de la ordenación del territorio sea necesariamente el órgano del urbanismo. Puede, y es el caso nuestro, como se observa que se haya querido establecer organizaciones independientes: una, la de la ordenación del territorio y otra la del urbanismo. Quizás sea una fórmula práctica para no recargar a un solo Ministerio de toda la tarea que implica la ordenación del territorio y la eficacia de la actuación vendrá dada por el buen funcionamiento de los niveles de coordinación entre los organismos con competencia en la materia.

Así pues, que de acuerdo a las regulaciones de la Ley Orgánica del Ambiente y de la Ley Orgánica de la Administración Central, existen en la organización administrativa venezolana:

- —Un Ministerio de la ordenación del territorio que es el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, y
- -Un Ministerio de urbanismo que es el Ministerio de Desarrollo Urbano.

IV. LOS ORGANOS URBANISTICOS DE LA ADMINISTRACION CENTRAL A NIVEL NACIONAL

Corresponde ahora establecer la clasificación de los órganos que tienen atribuidos los diferentes aspectos que componen el urbanismo. Esta clasificación se haría en base a la función que desarrollan los diferentes órganos de la Administración Central. Sobre esta base encontramos que hay órganos de decisión, técnicos o de consulta, de ejecución, de financiamiento, de coordinación y de control, conforme desarrollamos a continuación:

1. Organos de decisión

Entre los órganos de decisión, es decir, aquellos que tienen atribuida la facultad de determinar cuál es el tipo de actividades que se va a desplegar en el sector del urbanismo, encontramos los siguientes:

En primer lugar, como órgano que específicamente tiene ene atribuida funciones de decisión sobre la materia, está el Ministerio de Desarrollo Urbano - MINDUR -. De acuerdo a la Ley Orgánica de la Administración Central,11 es este Ministerio quien formula y ejecuta la política de desarrollo urbano, la política habitacional, la de renovación urbana, de servicios comunales, servicios urbanos, recreación, vialidad, así como otros aspectos vinculados con el desarrollo del medio urbano. En otras palabras, es este organismo el que define cuál es la política que debe seguirse en el país a nivel nacional en materia de urbanismo. Sin embargo, no hay que olvidar en lo que respecta a la formulación de las políticas sectoriales, como es el caso de la urbana, que deben estar encuadradas dentro de los lineamientos del V Plan de la Nación, toda vez que éste, como sabemos, es obligatorio para el sector público por disposición expresa del artículo 3º del Decreto Nº 1.454, del 9 de marzo de 1976, por el cual se decretó dicho Plan.12

Ahora bien, dentro del cuadro organizacional de este Ministerio, estas atribuciones son ejercidas por la Dirección General Sectorial de Desarrollo Urbanístico, de acuerdo a lo previsto en el Reglamento Orgánico de dicho Ministerio. 13 En este sentido encontramos que esta Dirección elabora los estudios socioeconómicos relativos al desarrollo de los pequeños centros poblados y de las ciudades y sus áreas marginales; define los términos de referencia que deben regir para los provectos de urbanización, de renovación urbana, de nuevos desarrollos, conjuntos residenciales, industriales, así como de cualquier otra índole. En todo caso, en la formulación de la política urbana, el MINDUR debe estudiar las proposiciones referentes a los lineamientos generales de la planificación física-espacial que formule la Oficina Central de Coordinación y Planificación (CORDIPLAN), en acatamiento a lo establecido en el ordinal 6º del artículo 47 de la Ley Orgánica de la Administración Central.

Ordinales 1° y 2°, del artículo 37.

Gaceta Oficial Nº 1.860, de 11 de marzo de 1976. Vid., el capítulo V del V Plan de la Nación, referente a "Urbanización, equipamiento y programas para áreas marginales". Publicaciones de la Oficina Central de Coordinación y Planificación. Caracas, Venezuela, 1976, pp. 327 y ss.

Decreto Nº 2.088, del 22 de marzo de 1977, Gaceta Oficial Nº 1.999, Extraordinaria, del 22 de marzo de 1977.

B. En segundo lugar, podemos citar como órgano que tiene facultades de decisión en el sector urbanismo al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales (MARNR). Sin embargo, en relación a la posible facultad que tiene este organismo sobre la materia, debe tenerse en cuenta que estas facultades no son específicamente urbanísticas, es decir, que las normas no le atribuven expresamente facultades de dirección en este sector, sino que ellas derivan de la competencia que tiene atribuida dicho Ministerio en relación a la ordenación del territorio, y la conservación y preservación del medio ambiente. Es en este sentido, y no en otro, que clasificamos al MARNR como organismo con facultades decisorias en el urbanismo, por cuanto que al formularse la política de ordenación del territorio, así como la política en materia ambiental, y se condiciona de por sí la política que se vaya a formular en el sector urbanismo. Es, por tanto, por vía indirecta y no directa que el MARNR puede orientar las decisiones que se tomen sobre la materia.

2. Organos técnicos o de consulta

Participan también en el proceso urbano, órganos técnicos o de consulta, que prestan asistencia a los órganos que deciden y ejecutan la acción urbanística. Si bien dentro de la organización venezolana no encontramos una estructura específicamente constituida para este tipo de actividad, hay órganos que prestan asistencia técnica o ejercen funciones de consulta, como son:

A. Cordiplán

Este organismo, como ya hemos dejado asentado, puede proponer lineamientos generales en materia de planificación físico-espacial. Sin embargo, no se establece que las proposiciones que en este sentido haga Cordiplán tengan carácter vinculatorio para los órganos de decisión. De manera que el MINDUR podrá seguir o no las recomendaciones que en este sentido le haga Cordiplán.

B. Consejo Nacional para el Equipamiento Físico del Territorio

En tanto y en cuanto la actividad urbanística implique equipar el territorio físicamente, este Consejo¹⁵ intervendrá en ella. Las funcio-

^{14.} Ordinal 47 del artículo 6 de la Ley Orgánica de la Administración Central.

^{15.} Este organismo fue creado por Decreto Nº 761, de fecha 18 de febrero de 1975. Gaceta Oficial Nº 30.631, del 25 de febrero de 1975.

nes que se le atribuyen son excesivamente amplias, y entre ellas figura la posibilidad de recomendar al Ejecutivo Nacional criterios para la elaboración de los programas de intervenciones para el equipamiento físico. Además, la consolida: los programas de inversiones, propuestas por institutos, organismos y dependencias que intervienen en la ejecución de la infraestructura y del equipamiento del país en un proyecto de programa único de Inversiones en Infraestructura Física y Equipamiento, para lograr su adecuación con los planes nacionales de ordenación territorial, según establece el decreto de creación del Consejo.

C. Comisión Nacional de Coordinación del Desarrollo Urbanístico

Esta Comisión¹⁷ tiene atribuidas facultades para formular a los organismos competentes las proposiciones, observaciones y recomendaciones que estime necesarias para el desarrollo urbanístico. Esta facultad será ejercida en el Distrito Federal y Distrito Sucre del Estado Miranda, en coordinación con la Comisión Metropolitana de Planeamiento Urbano y en las entidades federales donde funcionen oficinas municipales de Píaneamiento Urbano, la tramitación y absolución de consultas se realizará en coordinación con ellas.¹⁸

3. Organos de ejecución

Cuando se trata de hacer una clasificación de los órganos que ejecutan el urbanismo, se observa que existe una serie de órganos diversos, como diversos son los aspectos que comporta el desarrollo urbanístico. No obstante que ha sido en los últimos años que se han dictado normas que regulen la materia, sólo ha sido en 1978 que a nivel nacional se ha establecido el contenido de lo que debe entenderse por desarrollo urbano en el contexto de la normativa venezolana. En este sentido encontramos que el artículo 3 del Decreto Nº 2.614, del 7 de marzo de 1978, que integran el desarrollo urbanístico:

- a. La renovación urbana.
- b. Los desarrollos de conjunto de viviendas.
- c. La vialidad y transporte urbanos.

Vid., los ordinales 2º y 3º del artículo 2 del Decreto Nº 761, del 18 de febrero de 1975.

^{17.} Creada por Decreto Nº 2.614, del 7 de marzo de 1972. Gaceta Oficial Nº 31.452, de fecha 21 de marzo de 1978.

Véase el ordinal 3º del artículo 2, y artículos 6 y 9 del Decreto Nº 2.614, del 7 de marzo de 1978.

- d. El ordenamiento de los barrios populares.
- e. La localización de las industrias y el comercio.
- f. El desarrollo de servicios públicos, tales como: acueductos, cloacas, alcantarillados, canalizaciones, gas, teléfonos y electricidad.
- g. Las instalaciones educacionales, asistenciales, recreacionales, culturales y de servicios administrativos.
- h. Las edificaciones y construcciones a cargo de organismos públicos.
- Los desarrollos turísticos.
- j. Los parcelamientos, reparcelamientos, lotificaciones y urbanizaciones en general que se puedan realizar en las áreas urbanas, así como en las áreas de posible expansión urbana, cuyo desarrollo implique asentamientos humanos de cualquier naturaleza.¹⁹

Como fácilmente puede observarse, es una constelación de aspectos los que configuran todo el proceso de desarrollo urbanístico. Esto implica que, en la ejecución de cualquier desarrollo urbanístico, convergen una diversidad de organismos que tienen que desplegar su actividad para realizar una acción efectivamente urbanística. Esto dificulta realmente la enumeración completa de los órganos de ejecución del urbanismo, aun cuando pueda observarse de los aspectos que integran el concepto que no siempre es constante la presencia de algunos de ellos en todo tipo de desarrollo, como por ejemplo: la C. A. Teléfonos de Venezuela, cuya participación en un desarrollo urbano, si bien es necesaria, no es imprescindible. De manera que 1a inclusión de los organismos en esta clasificación se hará estrictamente en función de su necesaria participación para la realización de cualquier desarrollo urbanístico.

En este orden de ideas encontramos que existen, dentro de la Administración Central, los siguientes órganos de ejecución del urbanismo:

A. Ministerio del Desarrollo Urbano

En primer lugar encontramos este Ministerio como órgano de ejecución, por ser el órgano específicamente determinado para ejercer la función urbanística a nivel de la Administración Central. Este organis-

^{19.} Artículo 3º de dicho decreto.

mo tiene atribuida, por disposición expresa de la Ley Orgánica de la Administración Central, 20 la ejecución del desarrollo urbano, la cual debe cumplirse de acuerdo con las políticas de ordenación, acondicionamiento y desarrollo del territorio; la ejecución de la política habitacional, especialmente en lo que se refiere a las viviendas de interés social:21 la construcción de viviendas, conjuntos residenciales, urbanizaciones:²² la construcción de obras de renovación urbana, así como de las nuevas ciudades; 23 la construcción de toda clase de edificaciones de interés público;24 la construcción de edificaciones para usos habitacionales, comerciales, artesanales o industriales que sean requeridas con fines de desarrollo urbano;25 la ejecución de las obras menores de vialidad urbana;26 la ejecución de las obras de desarrollo urbano de los centros poblados con la participación de la comunidad,27 y atribuida como competencia genérica el ordinal 10, del artículo 37, que determina que está facultado para programar, estudiar, proyectar y construir viviendas, conjuntos residenciales, urbanizaciones y "demás obras de desarrollo urbano", con lo cual queda consagrada una amplísima competencia a dicho Ministerio en lo referente a esta materia. Es, como puede observarse, el órgano principal de ejecución del urbanismo a nivel de la Administración Central. Los otros organismos, como veremos más adelante, coadyuvan a este Ministerio en la actividad de ejecución de las obras de desarrollo urbano, pero no son propiamente los órganos de ejecución.

B. Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables

También ejerce funciones de ejecución en lo que respecta al desarrollo urbanístico, si bien desde el ángulo de su competencia específica conservacionista de los recursos naturales renovables como ya hemos expuesto anteriormente, y concretamente en lo que respecta al abastecimiento de agua en el medio urbano, facultad que le es dada por la Ley Orgánica de la Administración Central le atribuye a este Ministerio.²⁸

^{20.} Artículo 37, ordinal 5º de la Ley Orgánica de la Administración Central.

^{21.} Artículo 37, ordinal 9°, ejusdem.

^{22.} Artículo 37, ordinal 1º, ejusdem.

^{23.} Artículo 37, ordinal 12, ejusdem.

^{24.} Artículo 37, ordinal 13, ejusdem.

^{25.} Artículo 37, ordinal 13, ejusdem.

^{26.} Artículo 37, ordinal 17, ejusdem.

^{27.} Artículo 37, ordinal 18, ejusdem.

^{28.} Artículo 36, ordinal 5°, ejusdem.

El resto de la actividad que puede cumplir este organismo cuando se proyecta y ejecuta un desarrollo urbano determinado, será referida a que no se atente contra los recursos naturales renovables, función principal que tiene que atender, conforme al cuadro de competencias que le es atribuido por el derecho vigente.

C. Ministerio de Transporte y Comunicaciones

Este Ministerio también tiene asignada la ejecución de uno de los componentes del urbanismo, como es el sector transporte. A estos efectos la mencionada Ley Orgánica de la Administración Central le asigna todo lo referente a la construcción de carreteras y vías de transporte terrestre, urbanas, interurbanas y rurales; así como lo que concierne a los sistemas metropolitanos de transporte.²⁹

D. Ministerio de Información y Turismo

Aun cuando la Ley Orgánica de la Administración Central no establezca nada en concreto sobre el particular, el Ministerio de Información y Turismo debe tener participación en los desarrollos turísticos vinculados a los desarrollos urbanísticos, por cuanto este organismo es a quien le compete la planificación y dirección de la política del Gobierno Nacional en materia de turismo y el cumplimiento de la Ley de Turismo y de su Reglamento.³⁰ No obstante, debemos señalar que no es este el único órgano que despliega en este sector, tan estrechamente vinculado a los procesos de desarrollo urbano, como veremos más adelante al referirnos a la Corporación de Turismo de Venezuela.

4. Organos de financiamiento

Ministerio de Desarrollo Urbano

A nivel de la Administración Central sólo existe un órgano de financiamiento, que es el MINDUR. Esta función le es atribuida por la Ley Orgánica de la Administración Central, concretamente en lo que respecta a la formulación, administración, control y ejecución de la política de financiamiento a la vivienda y la coordinación del crédito suministrado por el Estado, sus dependencias y los particulares para el

^{29.} Artículo 33, ordinal 1º, ejusdem.

^{30.} Artículo 38, ordinal 2°, ejusdem.

financiamiento de viviendas y para el desarrollo urbano, en concordancia con la política financiera nacional.31

5. Organos de coordinación

A. Ministerio de Desarrollo Urbano

El órgano fundamental de coordinación en materia urbanística, es el Ministerio de Desarrollo Urbano, a quien además de las funciones señaladas, le corresponde el control y vigilancia de las actividades que los organismos públicos y los particulares realicen en el campo del desarrollo urbano y habitacional.32 Además, este organismo debe coordinar, supervisar y evaluar los servicios públicos necesarios para dichos desarrollos urbanos y habitacionales.33

Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables

Este Ministerio también ejerce funciones de coordinación en materia urbanística, pero a los solos efectos de coordinar, adecuar las actividades de la Administración Pública, en cuanto tengan relación con el ambiente y los recursos naturales renovables. Esta facultad, en todo caso, debe ser ejercida en coordinación con el Ministerio de Desarrollo Urbano 34

C. Comisión Nacional de Coordinación del Desarrollo Urbanistico

La Comisión Nacional de Coordinación del Desarrollo Urbanístico35 ejerce funciones de coordinación en lo que se refiere a los trámites y procedimientos administrativos para desarrollos urbanísticos. En este sentido coordina el cumplimiento de las normas y procedimientos establecidos para el otorgamiento de autorizaciones, aprobaciones o permisos referentes a desarrollos urbanísticos, y de los establecidos para la inspección y control de dichos desarrollos;36 así como también procurar la coordinación de los organismos que intervienen en el proceso de desarrollo urbano.37

^{31.} Artículo 37, ordinal 4°, ejusdem.
32. Artículo 37, ordinal 7°, ejusdem.

^{33.} Artículo 37, ordinal 15, ejusdem.

^{34.} Artículo 36, ordinal 20, ejusdem.

^{35.} Esta Comisión fue creada por el Decreto Nº 2.614, del 7 de marzo de 1978, publicado en la Gaceta Oficial Nº 31.452, del 21 de marzo de 1978.

^{36.} Artículo 2, ordinal 1º, del Decreto Nº 2.614, del 7 de marzo de 1978.

^{37.} Artículo 2°, ordinal 5°, ejusdem.

6. Organos de control

A. Ministerio de Desarrollo Urbano

El control de la función urbanística la ejerce el MINDUR, concretamente en lo que se refiere: a la política de financiamiento a la vivienda;³⁸ a las actividades que los organismos públicos como los particulares realicen en el desarrollo urbano y habitacional;³⁹ a la ejecución de la política habitacional, con especial énfasis sobre las viviendas de interés social,⁴⁰ a las actividades que ejerzan los particulares y que comporten el uso de la tierra urbana;⁴¹ y sobre las obras de renovación urbana y de las nuevas ciudades.⁴²

B. Comisión Nacional del Desarrollo Urbanístico

Esta Comisión ejerce una actividad de control en relación al cumplimiento de las normas y procedimientos establecidos para el otorgamiento de autorizaciones, aprobaciones o permisos referentes a desarrollos urbanísticos y de los establecidos para la inspección y control de desarrollos.⁴³

V. CLASIFICACION DE LOS ENTES URBANISTICOS DESCENTRALIZADOS A NIVEL NACIONAL

1. Entes de ejecución

Instituto Nacional de la Vivienda

En el ámbito de la administración descentralizada, como ente de ejecución de la función urbanística sólo encontramos al Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI). Este organismo surje de la transformación del Banco Obrero, operada en virtud del Decreto Nº 908, del 13 de mayo de 1975, 44 por el cual se dictó la Ley del Instituto Nacional de la Vivienda. Goza este ente, en consecuencia, de personalidad jurídica y patrimonio propio, y distinto del Fisco Nacional. Es en otras palabras un instituto autónomo.

^{38.} Artículo 37, ordinal 4°, ejusdem.

^{39.} Artículo 37, ordinal 7º, ejusdem.

^{40.} Artículo 37, ordinal 9°, ejusdem.

^{41.} Artículo 37, ordinal 11, ejusdem.

^{42.} Artículo 37, ordinal 12, ejusdem.

^{43.} Artículo 2, ordinal 2º, del Decreto Nº 2.614, del 7 de marzo de 1978.

^{44.} Gaceta Oficial Nº 1.746. Extraordinaria del 13 de mayo de 1975.

De acuerdo a su ley de creación, el INAVI es el organismo ejecutor y administrador de la política de vivienda de interés social.⁴⁵ Para cumplir con este objetivo se le faculta para realizar un vasto número de operaciones, entre las cuales podemos citar la posibilidad de construir y adquirir viviendas para ser vendidas o arrendadas;⁴⁶ adquirir y vender terrenos de acuerdo a los fines del Instituto.⁴⁷ Todo lo cual obviamente tiende a la ejecución de la función urbanística.

2. Entes de financiamiento

A. Instituto Nacional de la Vivienda

Este instituto, además de cumplir funciones de ejecución en materia urbanística, mencionadas anteriormente, realiza paralelamente una actividad de financiamiento en el sector vivienda. En este sentido, entre sus amplias funciones, tiene la posibilidad de conceder créditos con garantías hipotecarias; ⁴⁸ el otorgamiento de fianzas y avales para la construcción de urbanizaciones y de viviendas cónsonas con los fines que dicho ente persigue; ⁴⁹ acordar y conceder subsidios totales y parciales, permanentes o temporales a los adjudicatarios cuyos ingresos no le permitan sufragar los costos de la vivienda de interés social; ⁵⁰ la ejecución de operaciones de fideicomiso y comisiones de confianza de organismos públicos y privados que estén relacionados con su objeto principal; ⁵¹ y el otorgamiento de créditos para la construcción o adquisición de viviendas con la garantía de las prestaciones sociales de los correspondientes beneficiarios. ⁵²

B. Fondo Nacional de Desarrollo Urbano

El Fondo Nacional de Desarrollo Urbano⁵³ es también un instituto autónomo y, por tanto, goza de personería jurídica y patrimonio propio, autónomo e independientemente del Fisco Nacional. Su función

^{45.} Artículo 2 de la Ley del Instituto Nacional de la Vivienda.

^{46.} Artículo 13, ejusdem.

^{47.} Artículo 13, ordinal 2°, ejusdem.

^{48.} Artículo 13, ordinal 4º, ejusdem.

^{49.} Artículo 13, ordinal 10, ejusdem.

^{50.} Artículo 13, ordinal 14, ejusdem.

^{51.} Artículo 13, ordinal 16, ejusdem.

^{52.} Artículo 13, ordinal 18, ejusdem.

^{53.} Este ente fue creado por la ley de fecha 21 de agosto de 1975, publicado en la Gaceta Oficial Nº 30.790 de fecha 9 de septiembre de 1975.

principal en materia urbanística es procurar, mediante el uso de sus recursos financieros y de la inducción de recursos de otra índole, al desarrollo habitacional;⁵⁴ el fortalecimiento de la estructura inmobiliaria de los servicios asistenciales, educacionales y otros de carácter público.⁵⁵

En todo caso, en cuanto se refiere a estas actividades, el Fondo Nacional de Desarrollo Urbano debe elaborar su programa de acción en concordancia con los planes nacionales de desarrollo urbano y con las políticas financieras correspondientes. Dentro de este marco el Fondo podrá otorgar créditos a constructores, urbanizadores y promotores de la actividad inmobiliaria, en condiciones de plazo e interés más favorable que las prevalecientes en el mercado, cuando se destinen a la ampliación de la estructura habitacional de interés social; destinar fondos para cubrir la política de estímulos establecida o que se establezca para viviendas de protección oficial, para las instalaciones educacionales y hospitalarias; invertir en inmuebles con el propósito de desarrollar áreas destinadas a la promoción habitacional y a la remodelación urbana. Estas facultades deben ser ejercidas de conformidad con lo previsto en la ley de creación del Fondo y de su reglamento.

3. Entes de control

Los entes que ejercen el control de estos entes descentralizados vienen a ser sus respectivos ministerios de adscripción. En este sentido encontramos que tanto el Fondo de Desarrollo Urbano como el INAVI están adscritos al Ministerio de Desarrollo Urbano, según está previsto en el artículo 4 del Decreto Nº 2.093, del 22 de marzo de 1977.60 De esta forma queda concentrado en este Ministerio la Facultad de control del ejercicio de la función urbanística, ejercida tanto por la Administración Central, como hemos visto, como por la Administración descentralizada.

En lo que respecta a entes de decisión, técnicos o de consulta y de coordinación, éstos no existen dentro del ámbito de la Administración descentralizada. La razón que pareciera explicar esta situación quizás

^{54.} Artículo 2, letra a) de la Ley que crea el Fondo Nacional de Desarrollo Urbano.

^{55.} Artículo 3, letra d), ejusdem.

^{56.} Artículo 3, ordinal 1º, ejusdem.

^{57.} Artículo 14, letra a), ejusdem.

^{58.} Artículo 14, letra b), ejusdem.

^{59.} Artículo 14, letra c), ejusdem.

^{60.} Gaceta Oficial Nº 1.999. Extraordinaria del 22 de marzo de 1977.

sea la particularidad de que la función urbanística, considerándola en forma integral, está fundamentalmente encomendada a la Administración Central. La creación de órganos descentralizados obedece, en nuestro criterio, al cumplimiento de aspectos concretos del urbanismo, como ha podido observarse al ser analizadas las atribuciones del INAVI, y del Fondo Nacional de Desarrollo Urbano, creados especialmente para realizar sus actividades en el sector vivienda, concretamente de viviendas de interés social, así como de financiamiento, respectivamente.

Se observa una tendencia a la centralización en el cumplimiento de la función urbanística que a nuestro juicio, no se debe a una idea preconcebida sino más bien a la poca atención que se le ha brindado a esta materia en nuestro país a nivel nacional, y que se ha traducido, prácticamente, en la inexistencia de una estructura administrativa adecuada y específicamente para el urbanismo. Es recientemente, con la nueva estructuración de la Administración Central, que se crea un Ministerio, el Ministerio de Desarrollo Urbano, el cual se le atribuye esta función a nivel nacional. Antiguamente era el extinto Ministerio de Obras Públicas el organismo encargado de ejercer esta función, pero con la particularidad de que este Ministerio cumplía una diversidad de actividades entre las cuales el urbanismo era una más. Las reformas operadas recientemente en el aspecto organizativo en nuestro país, más concretamente, las introducidas por la Ley Orgánica de la Administración Central, hace pensar que todo se orienta a crear una organización especializada dentro de la Administración Central, que pueda atender eficazmente el cumplimiento de la actividad urbanística.

4. Entes técnicos o de consulta

Corporación de Turismo de Venezuela

Este ente complementa la actividad desempeñada por el Ministerio de Información y Turismo, por cuanto es el organismo que tiene competencia para participar en la orientación y coordinación de los planes y obras de interés turístico que realicen los Ministerios, Institutos Autónomos, Empresas del Estado, autoridades estadales, municipales y demás organismos, de acuerdo a lo establecido en el ordinal 4º, del artículo 7, de la Ley de Turismo. De la interpretación de esta norma se desprende que la actividad urbanística que implique alguna injerencia en el sector turismo debe ser sometida al conocimiento de la Corporación, para armonizar la realización de estas obras con la política turística nacional.

VI. OTROS ENTES ESTATALES DE ACTUACION URBANISTICA CON FORMA JURIDICA DE DERECHO PRIVADO

1. El Centro Simón Bolívar

Además de las formas utilizadas y que hemos señalado anteriormente, el Estado venezolano no sólo actúa en el campo urbanístico a través de entes con formas de derecho público --entes centralizados y/o descentralizados—, sino que también acude a la asunción de formas tradicionales de derecho privado -civiles o mercantiles- según sea necesario. En nuestro análisis encontramos dentro de este último aparte, el Centro Simón Bolívar, C. A. que adoptó desde su creación la forma societaria mercantil de compañía anónima y ha circunscrito su actuación desde su creación -11 de febrero de 1947- al desempeño de actividades de tipo urbanístico. Esta compañía, ha sido recientemente transformada y ha dado origen en su transformación a tres nuevas companías que han sido destinadas a cumplir su objeto en el campo urbanístico. Así encontramos que en la recientemente modificada Acta Constitutiva de fecha 18 de agosto de 1972, se establecía en el artículo 2. que la susodicha compañía tenía como objeto "el desarrollo urbanístico de la ciudad de Caracas, su área metropolitana y de las demás ciudades comprendidas dentro de los límites de la Región Capital",61 definidas según Decreto Nº 929, de fecha 5 de abril de 1972. Con base en esta delimitación de su objeto social, se le estipularon toda una serie de facultades para actuar, tanto en el campo civil como en el mercantil, y se le impuso participar en el área de su competencia en la formulación del Plan de la Nación y de adecuar sus programas y objetivos a los que fueren definidos en dicho Plan. De manera que, dentro de su carácter mercantil, se le atribuyó competencia en materia urbanística, limitada territorialmente como puede observarse, pero con sujeción a lo que sobre la materia dispusiera la Administración Central, ya que se preveía la adecuación de su actuación a los lineamientos que sobre la materia se estableciera en el Plan de la Nación.

Ahora bien, esta estructuración del Centro Simón Bolívar, C. A., en términos generales se mantuvo hasta la modificación acordada por la Asamblea de Accionistas en el sentido de constituir tres compañías anónimas: la Empresa de Renovación Urbana de Caracas C. A., la Empresa de Desarrollo Inmobiliario, C. A. y la Empresa Inmobiliaria Parque Central, C. A., de las cuales el Centro Simón Bolívar C. A., sería en esta reestructuración, accionista mayoritario. Se le cambió su objeto

^{61.} Véease en Gaceta Municipal.

social y quedó configurada como empresa tenedora de acciones (holding) y coordinadora de las actividades de las empresas citadas.

De manera que a partir de dicha transformación el Centro Simón Bolívar C. A., que antes actuaba como empresa operadora, hoy en día tiene como objeto planificar, coordinar, supervisar y financiar la acción de las sociedades de su propiedad, así como controlar que estas últimas, en sus actividades de construcción, desarrollo, renovación, ventas, administración, mantenimiento y cualesquiera otras de su competencia, ejecuten sus operaciones de manera regular y eficiente: para cumplir estos cometidos podrá promover, fusionar o liquidar empresas de su propiedad; prestarle los servicios administrativos que requieran; recibir donaciones y realizar todos los actos de lícito comercio que le permitan cumplir este objetivo. Queda transformado, como se ve, el Centro Simón Bolívar, C. A. en empresa matriz, de la cual son accionistas la Nación venezolana, representada por el Ministro de Hacienda, la Corporación Venezolana de Fomento, la Municipalidad del Distrito Federal, representada por la Gobernación del Distrito Federal, y el INAVI.62 Esta compañía queda situada en la cúspide del holding, ejerciendo -como señalamos- en relación con sus filiales la acción de planificar, coordinar, supervisar y financiar sus actividades.

Como puede observarse, a diferencia de lo que sucede en el sector público, donde sí existen una serie de órganos perfectamente clasificables por la competencia que se le atribuye, cuando la forma jurídica escogida es de derecho mercantil, se busca la estructuración de un grupo de compañías anónimas, dependientes de una empresa matriz que ejerce las funciones de decisión, control, vigilancia y financiamiento, mediante la vía accionarial, esto es, dominio total de la actividad de las empresas filiales por ser propietaria de la mayoría o totalidad de las acciones de dichas empresas. En todo caso, la actividad de la empresa matriz no abarca la función operativa sino que ésta precisamente queda atribuida a las compañías filiales. En este sentido encontramos que a las mismas les fue determinado el siguiente objeto social.

A. Empresa Inmobiliaria Parque Central, C. A.

Establece respecto de ella el artículo 2 de su documento constitutivo y estatutario, que tiene por objeto la administración, el manteni-

^{62.} Vid. Documento Constitutivo y Estatutario del Centro Simón Bolívar, C. A., publicado en el periódico El Universal, en su edición de fecha lunes 5 de junio de 1978.

miento y la venta de los bienes que componen e integran el Complejo Urbanístico denominado Parque Central. 83

B. Empresa de Renovación Urbana de Caracas, C. A.

Cuvo objeto es elaborar y ejecutar proyectos de construcción y desarrollos urbanos destinados a la renovación física y ambiental de la ciudad de Caracas y la del área metropolitana.⁶⁴

C. Empresa de Desarrollo Inmobiliario de Caracas, C. A.

A la cual le tue determinado como objeto social realizar inversiones y promociones de carácter inmobiliario y, en general, todo lo relacionado con la industria de la construcción. Asimismo le es permitido asociarse con terceros en la proyección y realización de sus propósitos y llevar a efecto cualquier gestión de lícito comercio relacionado con su objeto. 65.

Con esta estructuración de típicas formas de derecho mercantil, el Estado venezolano ejerce parte de la función urbanística. La razón por la cual se adoptan éstas es interpretable en el sentido de que los cometidos que tienen atribuidos estas compañías, son normalmente negocios jurídicos de derecho privado y, debido a ello, se adoptan formas también de derecho privado para realizarlos. Sin embargo, y en todo caso, no puede olvidarse que aun cuando la forma jurídica adoptada sea propia del derecho privado, no desvirtúa el carácter público del fin que deben realizar. En este sentido hay que considerar que, por las características que presentan: forma societaria de derecho privado y capital público, son calificables de empresas del Estado.

2. Fundación para el Desarrollo de la Comunidad y Fomento Municipal

Este ente cuya forma es de derecho privado, es otra de las personas jurídicas de las cuales se vale el Estado para cumplir su función en el

^{63.} Vid. Documento Consultivo y Estatutario de Empresa Inmobiliaria Parque Central C. A., publicado en la edición del diario La Religión, de fecha 14 de junio de 1978.

^{64.} Vid. Documento Constitutivo y Estatutario de Empresa de Renovación Urbana de Caracas, C. A., publicado en la edición del diario La Religión, de fecha 14 de junio, 1978.

⁶⁵ Vid. Documento Constitutivo y Estatutario de Empresa de Desarrollo Inmobiliario de Caracas C. A., publicado en el diario La Religión, de fecha 14 de junio de 1978.

campo urbanístico. En relación a este ente, hay que observar que la intención que se tuvo al crearlo66 no fue que esta Fundación desplegara su acción en el campo urbanístico, sin embargo el objeto que tiene que cumplir, como veremos, está enmarcado dentro del amplio campo urbanístico. En este sentido encontramos que en los estatutos de la misma se le especifica que su objeto es el de investigar las necesidades y requerimientos de los habitantes de los barrios populares en el orden físico, económico y social, cultural y recreacional, a fin de determinar las acciones concretas a realizar para satisfacer sus necesidades. Igualmente debe promover, organizar y capacitar las organizaciones de base existentes en los barrios populares, a fin de que éstas sirvan de vínculo real entre la población y la acción concreta del Ejecutivo Nacional. De tal forma, que aun cuando su ámbito de acción sea limitado en este sentido, no puede negarse que cumple una actividad de repercusiones urbanísticas y, por esta razón, debe ejecutarlo en coordinación con los planes que en esta materia puedan desarrollar los Concejos Municipales.

Por otra parte, además de realizar estas actividades, Fundacomún realiza funciones de tipo técnico, puesto que debe prestar asesoría técnica a los Concejos Municipales para la formulación de sus lineamientos estratégicos de planificación y desarrollo comunal. Además de todas estas funciones, le corresponde a la Fundación contribuir al financiamiento de proyectos, concretar el desarrollo de la comunidad, asistencia social y fomento municipal.

VII. LOS ORGANOS MUNICIPALES DE ACTUACION URBANISTICA

1. El caso de la Mancomunidad Urbanística del Distrito Federal y Distrito Sucre del Estado Miranda

Hemos afirmado anteriormente que el urbanismo es una función que le es atribuida al municipio por la Constitución en su artículo 30, salvo lo que se refiere al establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para obras de urbanismo, según contempla su artículo 136, en el ordinal 14, ampliada esta competencia por lo previsto en el ordinal 25 de dicho artículo. Esta atribución de competencia viene reafirmada por la Ley Orgánica de Régimen Municipal en su artículo 7, ordinal 3°, que dispone que son de la competencia municipal los planes de desarrollo urbano local que hayan sido

^{66.} Esta Fundación fue constituida en cumplimiento del Decreto Nº 688, del 30 de enero de 1962, publicado en Gaceta Oficial Nº 26.766, del 31 de enero del mismo año, cuyo contenido fue reformado por el Decreto Nº 708, del 14 de enero de 1975, publicado en la Gaceta Oficial N° 30.602, de fecha 20 de enero

elaborados de acuerdo con las normas y procedimientos técnicos establecidos por el Poder Nacional. Ahora bien, será dentro de esta competencia que se tendrá que establecer la organización administrativa del urbanismo. En todo caso, y aun cuando la regulación de la ley es, obviamente, de alcance nacional, no ha engendrado organizaciones urbanísticas municipales en todos los municipios del país. Esta razón nos lleva a analizar el caso del área metropolitana de Caracas y su zona de influencia, en la cual se ha procurado establecer una regulación urbanística uniforme y, por ende, una organización administrativa acorde con lo previsto en dicha regulación. En efecto, en fecha 27 de enero de 1972, las Municipalidades del Distrito Federal y del Distrito Sucre del Estado Miranda, celebran un Convenio por el cual crean la Mancomunidad Urbanística del Area Metropolitana de Caracas y su zona de influencia, con la finalidad de establecer y mantener en común los instrumentos y organismos fundamentales para la armónica ordenación urbana del área metropolitana de Caracas, y sin que ello implique menoscabo de sus autonomías. De acuerdo a lo previsto en dicho Convenio, el Concejo Municipal del Distrito Federal y el Concejo Municipal del Distrito Sucre, sancionan el 19 y 26 de julio de 1972,67 respectivamente, sendas Ordenanzas sobre Ordenación Urbana a ser aplicada en el área metropolitana de Caracas, integrada por el territorio del Distrito Federal y parte del territorio del Distrito Sucre del Estado Miranda. Ahora bien, en estas Ordenanzas, de contenido idéntico, establecen que la autoridad urbana municipal será ejercida por los Concejos Municipales del Distrito Federal y Distrito Sucre del Estado Miranda, así como por los Concejos Municipales de las Municipalidades que se integran al Planeamiento Urbano del Area Metropolitana de Caracas; la Comisión Metropolitana de Urbanismo, la Oficina Metropolitana de Planeamiento Urbano y las Ingenierías Municipales o su equivalente, dentro del ordenamiento jurídico de las Municipalidades integradas. 66 Dentro de este cuadro organizativo establecido por las referidas Ordenanzas, encontramos los siguientes órganos:

de 1975. El Acta Constitutiva fue protocolizada ante la Oficina Subalterna del Primer Circuito de Registro del Departamento Libertador del Distrito Federal, el día 20 de marzo de 1962, donde quedó anotada bajo el Nº 49, folio 9º vuelto, Protocolo, Tomo 14. La reforma del mismo fue protocolizada ante la mismo Oficina Subalterna de Registro en fecha 24 de abril de 1975, bajo el Nº 19, folio 109, Tomo 3, del Protocolo 1º.

^{67.} Véase: Gaceta Municipal del Distrito Federal, Nº 13.804, del 19 de agosto de 1972. y Gaceta Municipal del Distrito Sucre del Estado Miranda, del 26 de julio de 1972.

^{68.} Véase el artículo 5º de la Ordenanza en referencia.

A. Organos de decisión

Esta facultad está atribuida a los respectivos Concejos Municipales que son las competentes para aprobar y promulgar el Plan General de Desarrollo Urbano, las Ordenanzas, Resoluciones y Acuerdos previstos en el mismo. De manera que en el supuesto en análisis no debe hablarse de órganos de decisión, esto es, de la Municipalidad del Distrito Federal o del Distrito Sucre del Estado Miranda, según el caso, que es quien tiene la competencia para aprobar el Plan y por tanto tomar las decisiones en la materia, aun cuando tenga que ajustarse a las normas y procedimientos técnicos establecidos por el Poder Nacional, según lo establece la Ley Orgánica de Régimen Municipal en el ordinal 3º de su artículo 7. Además, y dentro de estas facultades de decisión, establecen estos entes la regulación del régimen urbano del suelo, para lo cual deberá establecer los usos del mismo.⁶⁹ Se observa, por tanto, que las Municipalidades mantienen los poderes de decisión sobre la materia urbanística. La explicación de esta situación está en que las Municipalidades conservan la plenitud de sus poderes, ya que la unificación del tratamiento en esta materia va referido, fundamentalmente, a que sea igual el tratamiento legislativo de los problemas, como se interpreta del contenido de los artículos 6 de las respectivas ordenanzas, así como de la creación de órganos comunes como son la Comisión Metropolitana de Urbanismo y la Oficina de Planeamiento Urbano, que no son sino organismos que cumplen funciones de consulta, técnicas, asesoras, sin que tengan, como se observará, reales facultades decisorias.

B. Organos de ejecución

Prevé el artículo 3, ordinal 1º, que es de la competencia urbanística de las Municipalidades, la ejecución de los planes territoriales y espaciales. De manera que, dentro de la estructuración creada por las Ordenanzas comentadas, no le fue atribuida a ninguno de los órganos creados, posibilidades de realizar actividades de ejecución.

C. Organos técnicos o de consulta

a. La Comisión Metropolitana de Urbanismo

Tiene encomendadas funciones de consulta por las Ordenanzas sobre Ordenación Urbana en referencia. En este sentido dictamina sobre el Pro-

^{69.} Artículo 3, ordinal 2º de las respectivas Ordenanzas sobre Ordenación Urbana del Area Metropolitana de Caracas y su zona de influencia.

yecto del Plan General de Desarrollo Urbano del Area Metropolitana de Caracas, y sobre las Ordenanzas, Acuerdos y Resoluciones previstos en el mismo. La opinión de este organismo, debe producirse antes de que estos proyectos sean sometidos a la aprobación de los respectivos Concejos Municipales para su aprobación.

Igualmente deberá opinar previamente en lo que respecta a los proyectos de Ordenanzas, Acuerdos y Resoluciones referentes a la materia urbanística, con el objeto de unificar la legislación sobre el particular.

b. La Oficina Metropolitana de Planeamiento Urbano

En este sentido este organismo tiene la obligación de evacuar todas las consultas que le sean sometidas por los organismos públicos y privados.

En lo que respecta al aspecto técnico, elabora los proyectos de planes parciales de urbanismo y programas de realización; prepara los proyectos de Ordenanzas, Acuerdos y Resoluciones que regulen el desarrollo urbanístico; recibe y evalúa la gestión y las informaciones de las Ingenierías Municipales o sus equivalentes, las informaciones provenientes de los organismos coadyuvantes al desarrollo urbano, los planes y programas de los organismos públicos y privados que actúan en el desarrollo urbano del Area Metropolitana de Caracas y su zona de influencia. Igualmente, puede esta oficina recomendar a los organismos nacionales y municipales competentes, así como a las instituciones de renovación urbana, la realización de actividades e inversiones necesarias para el desarrollo urbanístico del Area Metropolitana de Caracas y su zona de influencia e igualmente recomendar, previa opinión favorable de la Comisión Metropolitana de Urbanismo, a los organismos competentes, la adopción de medidas que estimulen o restrinjan la actividad de personas o instituciones privadas para la mejor orientación y realización del Plan General de Desarrollo Urbano y sus programas de implantación.70

c. Las Ingenierías Municipales

Estos organismos también ejercen funciones técnicas, toda vez que deben establecer las normas constructivas y su forma de presentación, así como conceder los permisos correspondientes para nuevos desarro-

^{70.} Ver artículo 14, letras d), e), f), g), h), i) y m), de las Ordenanzas respectivas.

llos urbanos, previa la conformidad con las normas establecidas para ello. 71

D. Organos de financiamiento

Sobre el financiamiento de las obras necesarias para el desarrollo urbanístico, nada dicen las Ordenanzas comentadas. Sólo se encuentra, y no ya en éstas sino en el Convenio suscrito entre la Municipalidad del Distrito Federal y la del Distrito Sucre del Estado Miranda, que los gastos que ocasionen los organismos de Planeamiento Urbano serán por cuenta de las Municipalidades mencionadas. Esto conduce a afirmar que en lo que respecta al gasto que dichas obras requieran serán a cargo de la Municipalidad en que se realicen.

E. Organos de coordinación

En el ámbito del Area Metropolitana y, en concreto, en lo que respecta a la Mancomunidad Urbanística, la labor de coordinación se ve inoperante por la existencia del Plan General de Desarrollo Urbano que regula la actividad urbanística, no dando lugar a actividades diversas que coordinar, sino que todo queda —o debe quedar— armonizado por el Plan. Sin embargo, en el ya mencionado Decreto 741, del 4 de febrero de 1975, sí se prevé que la Comisión del Ordenamiento Urbano del Area Metropolitana de Caracas, coordinará el proceso de planificación y de autorizaciones en materia de urbanismo con los organismos municipales correspondientes.⁷²

... F. Organos de control

a. La Oficina Metropolitana de Planeamiento Urbano

Corresponde a esta Oficina vigilar y controlar la ejecución del Plan General de Desarrollo Urbano y de los programas que de él se deriven.⁷³

b. Las Ingenierías Municipales

Estos organismos también controlan el cumplimiento del Plan General de Desarrollo Urbano, pero a través de la concesión de permisos

^{71.} Artículo 21, letra c), ejusdem.

^{72.} Este decreto fue publicado en la Gaceia Oficial Nº 30.615, de fecha 4 de febrero de 1975.

^{73.} Artículo 14, letra b), de las Ordenanzas sobre Ordenación Urbana del Area Metropolitana de Caracas y su zona de influencia.

de construcción y la conformación a patentes de industria y comercio solicitadas a los organismos competentes, por personas o entidades públicas y privadas.74

2. El caso de la Mancomunidad Urbanística del Distrito Bolívar y Distrito Sotillo del Estado Anzoátegui

Otro caso que puede observarse a nivel municipal para solucionar problemas y promover acciones conjuntas en materia urbanística, es el de la Mancomunidad Urbanística constituida por el Distrito Bolívar y Distrito Sotillo del Estado Anzoátegui, creada por convenio suscrito por los Presidentes de las respectivas Municipalidades en fecha 6 de septiembre de 1968. La Ordenanza prevé los siguientes órganos en materia urbanística:

A. Organos de decisión

a. Las Municipalidades

En primer lugar, como órganos de decisión encontramos a las Municipalidades, las cuales ejercen su facultad decisoria al aprobar el Plan Municipal de Desarrollo Urbano.

b. La Oficina Local de Planeamiento Urbano

Este órgano que es producto del convenio suscrito por los Concejos Municipales de los Distritos Bolívar y Sotillo con el extinto Ministerio de Obras Públicas, está facultado para aprobar o improbar solicitudes para parcelamientos y reparcelaciones, construcciones, demoliciones o cambio de uso en el caso de que no exista un plano de ordenamiento urbano aprobado o que tales solicitudes impliquen una modificación al plano vigente.⁷⁵

En todo caso, en relación a esta Oficina hay que observar que no es un órgano municipal sino un órgano desconcentrado de la Administración Central, dependiente del Ministerio de Obras Públicas —hoy del MINDUR—, tanto en lo técnico como en lo administrativo, al cual le han otorgado una serie de facultades en la Ordenanza comentada.

^{74.} Artículo 21, letra a), ejusdem.

^{75.} Véase convenio suscrito entre el Ministerio de Obras Públicas y los Concejos Municipales de los Distritos Bolívar y Sotillo del Estado Anzoátegui. Vid. Gaceta Municipal del Distrito Sotillo, Estado Anzoátegui, septiembre, 1978.

B. Organos técnicos o de consulta

a. Oficina Local de Planeamiento Urbano

Esta Oficina debe elaborar el Plan Municipal de Planeamiento Urbano y actúa como organismo técnico del Concejo Municipal para todo aquello relativo al planeamiento urbano del Distrito que le sea especialmente encomendado por éste.⁷⁶

b. Junta Consultiva Intermunicipal de Planeamiento Urbano

Le corresponde a este órgano opinar sobre la efectividad y conveniencia de la aplicación de los planes de desarrollo urbano que estén en ejecución.⁷⁷

C. Organos de ejecución

Sobre este particular nada establece la susodicha Ordenanza, por lo cual entendemos que son los Concejos Municipales los que deben ejecutar el planeamiento.

D. Organos de financiamiento

Al igual que en materia de ejecución, nada se establece en la Ordenanza; por tanto, serán los Concejos Municipales los que deben soportar los gastos que impliquen las obras urbanísticas.

Por último debe indicarse que en la Ordenanza comentada nada se prevé en relación a las funciones de coordinación y control.

^{76.} Artículo 2, ordinal 3º, de la Ordenanza Municipal sancionada.

^{77.} Artículo 2, ordinales 1º y 4º, ejusdem.



EL REGIMEN JURIDICO DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA VIVIENDA

LUIS TORREALBA NARVAEZ

SUMARIO

I. El INAVI como instrumento del Estado y su proyección jurídico-administrativa. II. Comentarios al Decreto-Ley que crea el INAVI y sus relaciones con el régimen jurídico: 1. Disposiciones fundamentales. De la naturaleza jurídica y objeto. 2. Del patrimonio. 3. De la administración y dirección. 4. Sobre contratos, venta judicial de los inmuebles hipotecados, cobros judiciales y retención obligatoria para el pago de viviendas. 5. De las sanciones. 6. Disposiciones generales y privilegios. III. Competencia judicial respecto a la actividad del INAVI y los juicios que pueden plantearse. IV. Conclusión y perspectivas.

EL INAVI COMO INSTRUMENTO DEL ESTADO Y SU PROYECCION JURIDICO-ADMINISTRATIVA

Cuando en 1928 se crea el Banco Obrero, nace el primer Instituto Autónomo de Venezuela, dentro de una especie de tercera etapa del Estado venezolano que abarca desde 1864 a 1935, y en la que se le califica como Estado Liberal de Fomento, luego de haber sido en su primera etapa, de 1830 a 1848, un Estado abstencionista, y en su segunda etapa, de 1848 a 1864, un Estado Liberal Regulador.¹ Y sigue teniendo ese establecimiento público institucional con objetivos más amplios, transformado en 1975 en INAVI, importancia socioeconómica de primer orden, no obstante haber superado el país las tres señaladas

Brewer-Carías, Allan-R.: Derecho Administrativo, Tomo I, Capítulos Primero y Segundo sobre: "Los Supuestos Históricos: El Estado Moderno y la Configuración del Estado en Venezuela" y "Los Supuestos Socioeconómicos: Hacia la Configuración del Estado Democrático y Social del Derecho". Caracas, 1975; Cambio Político y Reforma del Estado en Venezuela, pp. 123-178, Madrid, 1975.

LUIS TORREALBA NARVAEZ

etapas al transformarse el Estado venezolano, en una cuarta etapa, desde 1936 hasta 1958, y 1961, en "Estado Prestador de Servicios", y pasar a una quinta etapa actual, que comienza desde esos dos últimos señalados años, en los que se crea CORDIPLAN² y se pone en vigencia la moderna Constitución³ que nos rige, convirtiéndose en un Estado Planificador, Empresario, Conformador, en buena parte, de la Economía Nacional, dentro de un sistema de economía mixta, o sea, un Estado Democrático y Social de Derecho, aunque con algunos vestigios del Estado Liberal Burgués, iniciado en la Constitución de 1811. Ello obedece a que el INAVI es una persona pública estatal cuyo cometido de interés social corresponde a un tipo de gestión que caracteriza uno de los objetivos prioritarios de la actividad de una Administración Pública en un Estado Democrático y Social del Derecho,4 como lo es, aún con limitaciones y reminiscencias liberal-burguesas, la República de Venezuela de la señalada quinta etapa de transformación que se acentúa progresivamente con los nuevos instrumentos de implementación jurídica, que regulan variadas materias, relaciones y organismos públicos y privados, con especial referencia a las materias sobre el desarrollo urbano y la vivienda, apoyadas en imperativas disposiciones constitucionales y dentro del marco del Plan General de la Nación.5

^{2.} CORDIPLAN: La Planificación en Venezuela. Normas Legales y Reglamentarias. Caracas, 1973. Se trata de una valiosa compilación, edición oficial, que contiene desde el Decreto Nº 492, del 30-12-58, por el cual se crea la Oficina Central de Coordinación y Planificación (CORDIPLAN) y otras oficinas especiales. Decretos sobre la Comisión de Administración Pública; lineamientos de la Reforma Administrativa; Comisiones de Estudio sobre el Plan de la Nación, Regionalización Administrativa y otras materias, y concluye con el Decreto Nº 280, del 8-4-70, por el cual se dicta el Reglamento de Coordinación, Administración y Control de los Institutos Autónomos de la Administración Pública Nacional y la reforma parcial de ese Reglamento, mediante el Decreto Nº 559, del 3-3-71; La Planificación en América Latina (Legislación básica). Caracas, 1973.

^{5.} Ver Preámbulo de la Constitución Nacional promulgada el 23 de enero de 1961; Andueza, José Guillermo: "Introducción a las Actas en la Constitución de 1961 y la Evolución Constitucional de Venezuela". Actas de la Comisión Redactora del Proyecto, Tomo I, Vol. I. Caracas, 1971.

Proyecto, Tomo I, Vol. I. Caracas, 19/1.
 Cortiñas Peláez, León: "Introducción General" a la obra en cinco volúmenes en: Homenaje a Enrique Sayagués Laso, denominada "Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX" (ver especialmente pp. LVI a LVIII); Martín Mateo, Ramón: El Horizonte de la Descentralización. Editado por el Instituto de Administración Local. Madrid, 1969, pp. 9 a 40; Milabán, R.: El Estado en la Sociedad Capitalista. México, 1971; Ver: "Informe de la Comisión de Administración Pública Nacional", en la Introducción y los Lineamientos de la Instrucción Presidencial RA-1, del 13-10-70. Caracas, 1972. Brewer-Carías, Allan-R.: Cambio Político y Reforma del Estado en Venezuela Madrid, 1975. "V Plan de la Nación", Gaceta Oficial Nº Extraordinario 1.860, del 11-3-76.

^{5.} Ver, en V Plan de la Nación, la parte correspondiente a "Construcción" y a "Urbanización, equipamiento y programas para áreas marginales". Gaceta Oficial Nº 1.860 Extraordinario, del 11 de marzo de 1976.

Aunque el Banco Obrero, legítimo causante del INAVI, fue el primogénito de una Administración Pública Nacional Descentralizada, actualmente de gigantescas proporciones e importancia, tiene un moderno sucesor, por su gestión de derecho público y su gestión de derecho privado, por sus actos administrativos, por su capacidad de contratación y sus actividades empresariales de interés público, inclusive financieras, conjugados en un servicio y una empresa, con objetivos de interés público, base de una gestión urbanística, organizadora del equipamiento urbano, para satisfacer necesidades humanas, de remodelación y renovación urbana, de ejecutor de expropiaciones y de adquiriente de tierras, con base en las grandes directivas del Plan de la Nación y de la Política Habitacional delineada en el Instructivo Presidencial Nº 12.8

con base

^{6.} Informe de la Comisión de Administración Pública Nacional. Caracas, 1972. "La Situación de la Administración Descentralizada", Tomo I, pp. 295 - 315, y un epígrafe sobre la reforma de los entes descentralizados del Sector Desarrollo Urbano y Vivienda, Tomo I, p. 383, en el cual se expresa: "Las actividades del Banco Obrero en materia de construcción de viviendas, deberían fusionarse con las similares de Fundacomún y constituir un Instituto Nacional de la Vivienda"; ver Exposición de Motivos y Proyecto de Ley Orgánica de la Administración Descentralizada, Ministerio de Relaciones Interiores y Cámara de Diputados. Caracas, 1977.

^{7.} Brewer-Carías, Allan-R.: Las Empresas Públicas en el Derecho Comparado. Estudio sobre las actividades industriales y comerciales del Estado, tomado del Informe que presentó el autor como ponente designado en la Sección IV sobre Derecho Administrativo, en el VII Congreso de Derecho Comparado, celebrado en Upsala, Suecia, en 1966. Al presentar esa ponencia, ya como trabajo que aparece publicado como Volumen XXXVII, de las Publicaciones de la Facultad de Derecho, Caracas, 1967, expresa: "...el estudio comparativo del resumen de las actividades industriales y comerciales del Estado, y ahora en el campo del Derecho Administrativo, nos ha conducido a confirmar la exactitud de la tesis de, J. L. Villar Palasi, quien en un ya célebre trabajo sobre: "La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo", expresa: "...al constatar la quiebra de las clásicas categorías del Derecho Administrativo frente a dicha actividad, propugnaba que frente a las tradicionales formas de la actividad administrativa (policía, fomento y servicio público), se agregara una nueva, la de gestión económica...", lo cual, en nuestro criterio, se acrecienta cuando va unida al interés público el interés social en materia de construcción de viviendas y sus servicios, de vital importancia para la familia.

^{8.} La Instrucción Presidencial Nº 12 sobre "Política Habitacional, Desarrollo Urbano, Acción Administrativa, Programas, Recursos, Instrumentos Legales y Organismos Públicos Responsables", publicada en la Gaceta Oficial Nº 30.787, del 5-9-75, constituye un instrumento de coordinación y ordenación de acciones, con base al ordenamiento jurídico vigente y a un detallado e interesante estudio o Informe previo elaborado por una Comisión Técnica creada por el Decreto 168, o sea, la Comisión para la Implementación del Decreto Nº 168 sobre Vivienda y Desarrollo Espacial, integrada por las siguientes personas: doctor Leopoldo Martínez Olavarría, como Presidente; doctor Ali Venturini, economista Eduardo Mayobre, ingeniero Angel Padula, ingeniero César Quintana Romero, arquitecto Mercedes Fernández de Yanes, ingeniero Rafael Ramírez Castellanos, ingeniero Roger Urbina, ingeniero Adolfo Martínez López, ingeniero Tulio Pinedo, doctor Oscar Gómez Navas, doctor Orlando Elbitar, doctor Julio Castro Guevara, ingeniero Román Pacheco Vivas, ingeniero Miguel Asprino Pardo, arquitecto Máximo Rojas y arquitecto Alfredo Cilento Sarli, quien fue el Secretario Ejecutivo. Otra Comisión con el mismo fin, que estuvo presidida por el arquitecto Antonio Cruz Fernández, y asesorada por el doctor Luis Lander, en 1964 (Decreto Nº 15, del 13-4-64), elaboró un informe sobre la misma materia.

LUIS TORREALBA NARVAEZ

Todo esto se traduce y coloca al INAVI en última instancia como principal ejecutor de la política de construcción de viviendas y de los servicios complementarios del Ejecutivo Nacional, y lo obliga a tener relaciones con otros organismos estatales, especialmente de la Administración Pública Nacional, así como también de las Administraciones Estadales y Municipales, en los niveles Central y Descentralizado, e igualmente con personas privadas dentro de la gestión industrial y comercial del urbanismo, arquitectura y construcciones.

Al INAVI se exige no sólo la simple eficacia de su gestión, sino que ésta debe encuadrarse dentro del Principio de la Legalidad Administrativa, que requiere una cabal interpretación y aplicación del decreto-ley que lo rige¹¹ y de su respectivo Reglamento, así como de numerosas leyes, decretos-leyes, decretos reglamentarios, decretos resoluciones, decretos instructivos y otros actos normativos nacionales y aun de rango estadal y municipal, cuando exista asidero jurídico al respecto. De allí la necesidad e importancia de conocer, en su conjunto, relaciones, y también particularmente, todos y cada uno de esos instrumentos normativos de efectos generales y particulares, referentes al INAVI, exclusiva o casi exclusivamente, como su ley y reglamento, los que regulan a todos los Institutos Autónomos y los que se refieren a algunos de éstos

^{9.} El artículo 2, de la Ley del Instituto Nacional de la Vivienda, Gaceta Oficial Nº Extraordinario 1.746, del 23-5-75, así lo establece: "El Instituto Nacional de la Vivienda es el organismo ejecutor y administrador de la política de vivienda de interés social, de conformidad con el plan general de desarrollo económico y social, y en un todo de acuerdo a la política de desarrollo urbanístico y ordenación territorial que al efecto formule el Ejecutivo Nacional".

^{10.} Sobre "El Principio de Legalidad y sus Implicaciones" dictó en el Colegio de Abogados del Distrito Federal y Estado Miranda, en el Curso de Perfeccionamiento Profesional 1971-1972, Antonio Moles Caubet, Director del Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, y luego se publicó en el Nº 50 de la revista de dicha Facultad, pp. 67-100. Entre otros numerosos autores, al respecto tratan la materia en forma clara, Entrena Cuesta, Rafael: Curso de Derecho Administrativo. Madrid, 1966, p. 115, y Lares Martínez, Eloy: Manual de Derecho Administrativo, 3ª edición. Caracas, 1975, pp. 187-200. Respecto a la importancia del procedimiento administrativo para cumplir con la legalidad administrativa, expresamos nuestra opinión a requerimiento del Ministro de Desarrollo Urbano, doctor Roberto Padilla Fernández. Ver, "Opinión acerca del Proyecto de Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos elaborado por el Ministerio de Justicia", por Torrealba Narváez, Luis, Nº 3 de la Revista de la Sindicatura Municipal. Caracas, 1978.

^{11.} Decreto Ley del Instituto Nacional de la Vivienda (Gaceia Oficial Nº Extraordinario 1.746, del 23-5-75). promulgado por el Presidente de la República, señor Carlos Andrés Pérez, con base a la respectiva Ley Habilitante del Congreso de la República para que el Ejecutivo Nacional dictara medidas económicas y financieras extraordinarias, según el ordinal 8º del artículo 190 de la Constitución Nacional.

^{12.} Reglamento de la Ley del Instituto Nacional de la Vivienda (Gaceta Oficial Nº 30.843, del 11-11-75).

incluyendo al INAVI. Existen también actos administrativos particulares como los decretos de expropiación, que con frecuencia señalan al INAVI con la obligación de actuar como organismo expropiante. De allí la importancia de conocer y aplicar cabalmente esa normativa referente al orden interno y externo, que incluye la organización y funcionamiento de este instituto, su coordinación, régimen presupuestario, reédito público, rontratación de obras y licitaciones, creación de empresas constructoras, contratos de obras públicas y de participación, adquisición de bienes, contratorá, aplicación de varios de los privilegios del Fisco Nacional, aplicación de procedimientos judiciales especiales, aplicación de los elementos substanciales y formales de los actos administrativos que emanen de su directorio y de funcionarios,

Reglamento sobre Coordinación, Administración y Control de los Institutos Autónomos de la Administración Pública Nacional (Decreto Nº 280, del 8-4-70, y su reforma parcial en Decreto Nº 559, del 3-3-71).

¹³a. Ley Orgánica del Régimen Presupuestario (Gaceta Oficial Nº Extraordinario 1.893, del 30-7-76).

^{14.} Ley Orgánica de Crédito Público (Gaceta Oficial Nº 1.893, del 30-7-76).

^{15.} Instrucción Presidencial Nº 24 sobre Normas de Licitación, Contratación de Obras y Adquisición de Bienes Muebles (*Gaceta Oficial* Nº 30.905, del 27-1-76).

Artículo 4 de la Ley del Instituto Nacional de la Vivienda, y el artículo 2 del Reglamento de dicha ley.

^{17.} Instrucción Presidencial Nº 22 sobre Incorporación de Areas Suburbanas y Rurales a las actividades urbanas (Gaceta Oficial Nº 30.962, del 13-4-76); Bases de Referencia para Contratos de Participación de Particulares en los Desarrollos de Ciudad Losada y Ciudad Fajardo, aprobadas por el Consejo de Desarrollo de los Valles del Tuy Medio y Guarenas-Guatire (Reunión Nº 10, del 19-2-76). Decreto Presidencial Nº 1.223, del 21-10-75.

Instrucción Presidencial Nº 15 sobre Adquisiciones de Bienes y Servicios no Personales, Limitación, Normas, Asignaciones Presupuestarias y Control Administrativo (Gaceta Oficial Nº 30.817, del 10-10-75).

^{19.} Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (Gaceta Oficial Nº Extraordinario 1.756, del 30-7-75). Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (Gaceta Oficial Nº 30.713, del 7-6-75). Ver Silva Cimma, Enrique: El Control Público, Caracas, 1975: Reglamento Interno de la Contraloría General de la República; Resolución Organizativa Nº 2. Organización y Funcionamiento de la Dirección de Control de la Administración Descentralizada; Instructivo para determinación de la justedad y razonabilidad de los precios de los Contratos, y en pp. 111 y ss., sobre: "El Control de la Administración Descentralizada".

^{20.} Sobre algunos privilegios del Fisco Nacional aplicados al INAVI: artículos 53, 54, 55, 60 y 61 de la Ley del Instituto Nacional de la Vivienda y su concordancia con las disposiciones pertinentes en el Capítulo sobre Disposiciones Generales de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

^{21.} Sobre procedimientos judiciales aplicables al INAVI: ver en la Ley del INAVI los artículos 18 y siguientes sobre la venta judicial de los inmuebles hipotecados, 26 y siguientes sobre cobros judiciales, 47 y 48 sobre subarrendamiento y ocupación de inmuebles del INAVI por personas no adjudicatarias.

^{22.} El ejercicio de las Atribuciones del Directorio del INAVI, tales como las contempladas en los ordinales b), c), e), g), i), del art. 11 de la ley respectiva, sobre decisiones de otorgamiento de avales, préstamos y créditos, concesión de subsidios al costo de las viviendas, emisión de obligaciones financieras, creación de empresas

388 LUIS TORREALBA NARVAEZ

especialmente del Presidente, con competencia para producirlos y los recursos de inconstitucionalidad e ilegalidad establecidos contra dichos actos administrativos,²³ así como el recurso contra la abstención de dichos funcionarios a cumplir determinados actos a los cuales están obligados legalmente.^{23a}

Compete a este Instituto conocer la problemática del uso de la tierra urbana y aun de la suburbana y rural y el carácter prioritario que tiene la solución de la problemática de las viviendas de interés social²⁴ en todos sus aspectos de costos, producción, tipos y diseños, sus rela-

de construcción y, según el Título IX sobre sanciones, el establecimiento de las mismas incluyendo la imposición de multas además de los actos administrativos coadyuvantes a la ejecución de tales atribuciones, que competen al Presidente del Directorio o a los funcionarios a los cuales se les haya otorgado debidamente las delegaciones pertinentes, debe ajustarse a todos los requisitos o extremos jurídicos aplicables, bien sustantivos o bien procedimentales, so pena de nulidad en caso de incumplimiento.

^{23.} El Recurso de Nulidad por inconstitucionalidad contra un acto administrativo del INAVI, bien sea individual, como serían las resoluciones sobre concesión de avales, por ejemplo, o bien general, como su Reglamento Interno, por ejemplo, se intenta ante la Sala Politico-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia y está previsto en el ordinal 12, del art. 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; y el Recurso de Nulidad, por ilegalidad, se intenta ante la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, y está previsto en el ordinal 3º del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

²³a. La referida abstención es impugnable ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia según el ordinal 23 del artículo 42, en concordancia con el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

^{24.} Ver el artículo 2, y el ordinal 2º del artículo 13 de la Ley del INAVI, en concordancia con la Instrucción Presidencial Nº 12, la cual en el punto b) del Nº 2 sobre Desarrollo Urbano y Areas Residenciales, de la Parte II sobre Lineamientos y Directrices de la Política Habitacional, establece textualmente: "b) La posibilidad de enfrentar y solucionar los requerimientos de espacios exigidos por el crecimiento poblacional y el desarrollo urbano de las ciudades, sólo puede lograrse mediante la adquisición anticipada de tierras que permita disponer de las áreas adecuadas y necesarias en el momento oportuno, para la ejecución de los Planes de Desarrollo Urbano propuesto para la localidad". En consecuencia, la determinación de las áreas de expansión y protección de ciudades constituye el elemento básico para el establecimiento de un Programa de Afectación de Tierras por parte del Gobierno Nacional. Se requiere de una Ley de Ordenación Urbanística, o con el nombre que se le quiera poner, en la que se establezca que antes de que se zonfiquen a esas tierras y antes de que se le hagan por el sector público obras de vialidad, de acueductos, de electricidad, saneamiento, etc., que son los factores que más inciden en el excesivo valor de la tierra, debe obligatoriamente afectarse la tierra mediante decretos de expropiación, de ejecución rápida y respaldados por recursos económicos para realizar los pagos. El art. 49 de la Ley del INAVI constituye una base parcial para ejecutar timidamente el objetivo señalado, porque en esa norma se declara de utilidad pública la construcción de viviendas, la urbanización de los terrenos, la renovación o remodelación de áreas urbanas que emprenda y realiza el INAVI. Faltó haber señalado también las áreas suburbanas y aun las rurales y extender el objetivo de la utilidad pública a la simple adquisición de terrenos por el INAVI u otros organismos autorizados del sector público e indicar que, antes de proceder a dictar sus Ordenanzas de Zonificación, las Municipalidades, debe cumplirse prev

ciones con los diferentes niveles de Gobierno, Administración y Planificación,²⁵ los problemas sobre zonificación y permisos de construcción,²⁶ la adquisición de terrenos nacionales²⁷ y estadales incluyendo los baldíos ²⁸ y los ejidos,²⁹ el financiamiento,³⁰ el crédito pú-

- 25. La Instrucción Presidencial Nº 12, publicada el 5-9-75, resulta de gran utilidad para verificar las relaciones del INAVI con los otros organismos de la Administración Pública; aun cuando algunas de ellas aparezcan dispersas, como es el caso, concretamente de la relación del INAVI, por tener un representante en ella, con la Comisión Metropolitana de Urbanismo, principal organismo de la Mancomunidad Urbanística de Caracas y su Zona de Influencia, que se rige fundamentalmente por una Ordenanza de carácter intermunicipal sancionada por los Concejos Municipales del Distrito Federal y Distrito Sucre del Estado Miranda, denominada Ordenanza de Ordenación Urbana del Area Metropolitana de Caracas y su Zona de Influencia (ver Compilación Legislativa Municipal del Distrito Federal, edición oficial del Concejo Municipal de ese Distrito, con las anotaciones y bajo la dirección nuestra). En dicha Compilación, que abarca hasta el 31-12-71, y en su Suplemento, que abarca los años 1972 y 1973, así como en otra obra nuestra: Aspectos Jurídicos del Urbanismo en Venezuela, Torrealba Narváez, Luis; Caracas, 1970, se trata la materia concerniente a dicha Mancomunidad y sobre la necesidad de la Ley de Ordenación Urbanística, materia sobre la cual realizó un interesante pero inconcluso estudio la Comisión presidida por el arquitecto Ernesto Fuenmayor Navas y designada por el entonces Ministro de Obras Públicas, doctor Arnoldo José Gabaldón (Gaceta Oficial Nº 30.650, del 19-3-76).
- 26. Hemos sostenido en informes presentados a los dos Concejos del Area Metropolitana, a la Comisión Metropolitana de Urbanismo y al Presidente de INAVI, ingeniero Saúl Schwarz, que el INAVI debe someterse en sus urbanizaciones a las zonificaciones aprobadas por los Concejos Municipales, salvo que existan afectaciones o planes diferentes debidamente aprobados por el Ejecutivo Nacional; y en cuanto a Permisos Municipales de Construcción que deba solicitar el INAVI o el Ministerio de Desarrollo a las Ingenierías Municipales en todo el país, o sean los antiguos Banco Obrero y Ministerio de Obras Públicas, hemos sostenido que independientemente a que se persiga una finalidad útil con ese control y de que no exista un control completo nacional al respecto, salvo el concerniente al Ministerio de Sanidad en materia de construcciones, que dichos organismos, que están autorizados por leyes y reglamentos nacionales para realizar obras de construcción, no requieren de esos permisos municipales. Ese criterio, que no es el sostenido actualmente en la Sindicatura del Distrito Federal, lo sostuve hace aproximadamente dieciocho años en oficio Nº 115, del 8-3-60, dirigido al Concejo Municipal. Ver Torrealba Narváez, Luis: "Dictámenes de la Sindicatura Municipal", Tomo V de la Compilación Municipal. Caracas, 1964. Esta materia también pudiera dilucidarse definitivamente, sin lugar a dudas, en una Ley de Ordenamiento Urbanístico, en la que se establezcan los controles y coordinaciones que se estimaren más convenientes.
- 27. Según el ordinal 2º del artículo 150 de la Constitución Nacional, compete al Senado de la República, "Autorizar al Ejecutivo Nacional para enajenar bienes inmuebles del dominio privado de la Nación, con las exepciones que establezca la ley".
- 28. La Ley de Tierras Baldías y Ejidos establece en su art. 13 cuáles son los terrenos baldíos inalienables.
- 29. El articulo 3 de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos indica cuáles son los terrenos ejidos, bienes que son inalienables e imprescriptibles de acuerdo al art. 32 de la Constitución Nacional. Hemos sostenido en informe requerido por el Presidente del INAVI que los ejidos no son expropiables; pero que, según lo que establezcan las Ordenanzas Municipales al respecto, perfectamente se pueden enajenar, es decir, vender a título gratuito u oneroso, al INAVI para construcciones; y que esta es una materia de interés nacional y municipal que bien merece una regulación especial.
- 30. Sobre materia de financiamiento y estímulos para la construcción de viviendas, existe un interesante y abundante conjunto de instrumentos jurídicos, tales como: Ley que crea el Fondo Nacional de Desarrollo Urbano (Gaceta Oficial Nº 30.790,

390 LUIS TORREALBA NARVAEZ

blico,31 la conservación y mantenimiento de sus propias obras, especialmente en las áreas comunales,32 los problemas con las Municipali-

del 9-9-75); Decreto Ley Nº 868, sobre Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo (Gaceta Oficial Nº Extraordinario 1.939, del 13-5-75); Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito (Gaceta Oficial Nº Extraordinario 1.742, del 22-5-75); Ley que autoriza el establecimiento de Bancos Multinacionales de Crédito Habitacional (Gaceta Oficial Nº Extraordinario 1.748, del 26-5-75); Resolución del Banco Central sobre tipo mínimo de Intereses y Limitaciones de Cartera para Préstamo e Inversiones de los Bancos Hipotecarios (Gaceta Oficial Nº 30.970, del 29-4-76); Resolución del Ministerio de Hacienda sobre Normas de Operación del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo; Decreto Nº 1.540 sobre Régimen de Estímulos a la Construcción (Gaceta Oficial Nº 1.874, del 10-5-76); Resolución de los Ministerios de Hacienda, Fomento, Obras Públicas, Educación y Sanidad y Asistencia Social, sobre condiciones que deben cumplir quienes aspiren a gozar de beneficios establecidos en el Decreto 1.540, a los fines de las solicitudes de calificación y constancia de los proyectos (Gaceta Oficial Nº 31.014, del 1-7-76); Decreto Nº 1.749 sobre Estímulos a la Industria de la Construcción (Gaceta Oficial Nº 31.057, del 31-8-76); Resolución Nº 1.057 del Ministerio de Hacienda, sobre tipos preferenciales de intereses para las operaciones de financiamiento que se realicen de acuerdo a lo previsto en el Decreto 1.540 (Gaceta Oficial Nº 31.043, del 11-8-76), y Resolución del Banco Central sobre Limitaciones de Cartera para Préstamos e Inversiones (Gaceta Oficial Nº 30.970, del 29-4-76). Por último a comienzos del mes de marzo de 1978, se acaba de anunciar por la prensa, y aún no ha salido en Gaceta Oficial, que fue dictado un Instructivo Presidencial cuyo objeto principal es señalar que no tendrán ningún límite los capitales extranjeros que vengan a desarrollar proyectos de viviendas y otras obras de interés social. El MOP y CONEFIT publicaron a fines de 1976, un folleto denominado: Equipamiento del Territorio Nacional, contentivo del ordenamiento jur

- 31. Ley Orgánica de Crédito Público (Gaceta Oficial Nº 1.893, del 30-7-76).
- 32. No obstante que el art. 30 de la Constitución Nacional establece la Competencia Municipal, correspondiéndole a las Municipalidades por ser materia propia de la vida local e íntimamente ligada con los servicios de urbanismo local, el dominio y cuido de las áreas verdes públicas y demás áreas comunales, tales como plazas, calles, etc., no ha sido posible, hasta el presente, y no obstante los esfuerzos realizados y compromisos previos adquiridos por algunas importantes Municipalidades, que éstas asuman esa responsabilidad respecto a dichas áreas en urbanizaciones construidas por el Banco Obrero y el INAVI. Las Municipalidades del Distrito Federal y del Distrito Valencia, entre otras, han ordenado o aceptado que ellos procederán con base a ese objetivo, pero la tramitación ha resultado larga y todavía se encuentra en proceso. El Presidente del Instituto, ingeniero Saúl Schwarz, ha realizado esfuerzos en el sentido de que se lleve a la práctica la ejecución de una política en el sentido de proceder a la entrega de dichas áreas comunales de las urbanizaciones del INAVI, inclusive mediante el otorgamiento de determinados subsidios, especialmente para el Servicio de Aseo Urbano. Pareciera necesario, para terminar con esa situación anómala, que se establecieran a nivel de ley, disposiciones al respecto, lo cual pudo haberse hecho en el propio Decreto Ley del INAVI, que en términos generales se conceptúa, como en efecto pensamos que lo es, un instrumento avanzado sobre la materia de la acción del Estado en la actividad de interés público de la industria de la construcción, en función social, como medio indispensable del desarrollo y del bien colectivo. De todas maneras, nada se opone, y más bien resulta de elemental lógica y justicia, que se pudieran celebrar convenios previos entre las Municipalidades y el INAVI en los que se establezcan las condiciones para la realización de urbanización, o sus diferentes etapas.

dades 33 y los diferentes organismos de servicios;34 la problemática de la renovación urbana, de incorporación de áreas urbanas, de las áreas marginales y las áreas rurales,35 la necesaria gestión de la acción social y el desarrollo de la comunidad.36 los problemas del área metropolitana de Caracas 37 y la desconcentración industrial, 38 etc.

Desde luego que el Instructivo Nº 12 resulta suficientemente explicativo y ordenado en cuanto a la política habitacional del Ejecutivo Nacional que compete ejecutar al INAVI, cuya organización y funcionamiento lo regula la Ley y el Reglamento sobre ese Instituto fundamentalmente y demás instrumentos jurídicos, especialmente normativos aplicables; Leyes: Ley Aprobatoria del V Plan de la Nación (G.O. 1860, de 1976); Ley que crea el Fondo Nacional de Desarrollo Urbano (G.O. 30.790, de 1975); Lev de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social (G.O. 22.458, de 1947); Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo (G.O. 1.738, de 1975); Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito (G.O. 1.742, de 1975); Ley que autoriza el establecimientos de Bancos Multinacionales de Crédito Habitacional (G.O. 1.748, de 1975); Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (G.O. 1.756, de 1975); Decreto Ley sobre Cordiplán (G.O.); Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional (G.O. 27,921, de

Decreto Nº 1.477 (Gaceta Oficial Nº 30.950, del 26-3-76), que instrumenta la aplicación de la política de desconcentración industrial.

^{33.} Instrucción Presidencial Nº 25 sobre Conservación y Mantenimiento de Obras e Instalaciones Públicas. Organismos Públicos Responsables (Gaceta Oficial Nº 30.929, del 24-2-76); Ley de Coordinación de Inversión del Situado con los Planes Administrativos Nacionales (Gaceta Oficial Nº 30.465, del 5-8-74); Ley de Conservación y Mantenimiento de las Obras e Instalaciones Públicas (Gaceta Oficial Nº 31.004, del 16-6-76).

^{34.}

Ver Instrucción Presidencial N° 12, de 1975. Ver Instrucción Presidencial N° 22 sobre Incorporación de Areas Suburbanas y Rurales a las Actividades Urbanas (Gaceta Oficial N° 30.962, del 13-4-76); Decreto 332 sobre Programa de Ordenamiento de Barrios Pobres (Gaceta Oficial N° 30.472, del 13-8-74); Decreto 140 sobre Construcción de Aldeas Rurales (Gaceta Oficial N° 30.416, del 5-6-74) y su reforma por Decreto 1.246 (Gaceta Oficial N° 30.845, del 29-10-75); Decreto sobre Pequeños Centros Poblados (Gaceta Oficial N° 30.538, del 30-10-74); Instructivo Presidencial N° 17 sobre Programa de Vivienda Rural (Gaceta Oficial N° 20.945) Nº 30.845).

Ord. 17 del art. 13 Ley del INAVI, según el cual corresponde al instituto: "Elaborar y desarrollar programas de acción social para las comunidades que se instalen o que existan en las áreas urbanas atendidas por el Instituto".

^{37.} En el problema de la descentralización y descongestionamiento del Area Metropo-En el problema de la aescentalización y aescongestionamiento ael Area Metropolitana de Caracas, así como en la Renovación Urbana de Caracas, al INAVI, que está representado en la Secretaría Ejecutiva del Consejo de Desarrollo de los Valles del Tuy Medio y Guarenas-Guatire, creado por Decreto Presidencial Nº 1.223, del 21-10-75, y en la ejecución de los Decretos de Expropiación, con fines de renovación urbana, del Oeste y del Norte, corresponde la principal responsabilidad, de acuerdo a los políticas establecidas y las que emanen del MINDUR.

1965); Ley Sobre la Administración Central (G.O. 1.932, de 1976); Ley sobre Régimen Presupuestario (G. O. 1.893, de 1976); Ley de Crédito Público (G. O. 1.893, de 1976); Ley que establece el Régimen para la Conciliación, Compensación y Pago de Deudas entre-Organismos Gubernamentales y entre éstos y los Estados y Municipios (G.O. 30.800, de 1975); Ley Orgánica de Coordinación de la Inversión del Situado con los Planes Administrativos desarrollados por el Poder Nacional (G.O. 30.465, de 1974); Ley sobre Conservación y Mantenimiento de las Obras e Instalaciones Públicas (G.O. 31.004, de 1976).

Reglamentos: Reglamento sobre Programas de Equipamiento y Consolidación. Programas y Organismos Responsables (G.O. 30.538, de 1974); Reglamento sobre Departamento para la Urbanización y Equipamiento de Barrios (G.O. 30.531, de 1974); Reglamento sobre Pequeños Centros Poblados (G.O. 30.538, de 1974); Reglamento sobre Barrios Pobres (G.O. 30.472, de 1974); Reglamento sobre Ordenación Urbana del Area Metropolitana de Caracas (G.O. 30.615, de 1975); Reglamento sobre Construcción de Ciudad Fajardo y Ciudad Losada en los Valles de Guarenas y Valle del Tuy Medio y creación del Consejo de Desarrollo de los Valles del Tuy y Guarenas-Guatire Construcción de Aldeas Rurales (G.O. 30.845, de 1975); Reglamento de Coordinación, Administración y Control de los Institutos Autónomos de la Administración Pública Nacional (G.O. 29.140, de 1970 y G.O. 29.454, de 1971).

Instructivos

A. Sobre materia urbanística, servicios y viviendas

Instrucción Nº 12 sobre Política Habitacional, Desarrollo Urbano, Acción Administrativa. Programas, Recursos, Instrumentos Legales, Organismos Públicos Responsables (G.O. 30.787, de 1975); Instrucción s/Nº mediante la cual se establecen los lineamientos para la ejecución de un Programa Extraordinario de Construcción, Mantenimiento y Dotación de Servicios Públicos de los Estados y Territorios Federales (G.O. 30.416, de 1974); Instrucción Nº 17 sobre Programas de Viviendas Rurales (G.O. 30.845); Instrucción Nº 20 sobre Conservación de Vialidad en Area Metropolitana (G.O. 30.918, de 1976); Instrucción Nº 21 sobre Acciones por realizar en la Zona Sur del Lago de Maracaibo (G.O. 30.885, de 1976); Instrucción Nº 22 sobre incorporación de Areas Suburbanas y Rurales a las actividades Urbanas (G.O. 30.962, de 1976).

B. Sobre aspectos administrativos y económicos

Instrucción Nº 24, Normas sobre Licitación, Contratación de Obras, Adquisición de Bienes Muebles (G.O. 30.905, de 1976); Instrucción Nº 25 sobre Conservación y Mantenimiento de Obras e Instalaciones Públicas. Organismos Responsables (G.O. 30.929, de 1976); Instrucción Nº 23 sobre Adquisición de Servicios Personales, Partidas de Gastos, Control Administrativo (G.O. 30.896, de 1976); Instrucción Nº 15, Adquisición de Bienes y Servicios no Personales; Licitaciones, Normas, Asignaciones Presupuestarias y Control Administrativo (G.O. 30.817, de 1975); Instrucción Nº 9, Contratación de Seguros por la Administración Pública (G.O. 30.586, de 1974); Instrucción Nº 26 sobre Investigaciones Científicas y Tecnológicas (G.O. 31.026, de 1976).

II. COMENTARIOS AL DECRETO-LEY QUE CREA AL INAVI Y SUS RELACIONES CON EL REGIMEN JURIDICO

1. Disposiciones fundamentales. De la naturaleza jurídica y objeto

Se mantiene en el art. 1 para el INAVI el mismo carácter de Instituto Autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio con el que se creó el Banco Obrero, lo cual fue posible mediante decreto-ley no obstante la "reserva legal" establecida en el art. 230 de la Constitución, ³⁰ gracias a la Ley Habilitante que autorizó al Presidente de la República para que, a título de medida extraordinaria en materia económica y financiera, pudiera regular la materia ampliamente con derogatoria de la antigua ley de 1928, todo de conformidad al ordinal 8º del artículo 190 de la Constitución. ⁴⁰ Se mantiene igualmente el mismo Ministerio de Adscripción, o sea, el Ministerio de Obras Públicas, aunque se establece que puede ser adscrito a otro Ministerio que determine el Ejecutivo Nacional. Al ponerse en vigencia la Ley Orgánica de la Administración Central, ⁴¹ eliminándose el Ministerio de Obras Públicas y concretamente desde que se inició, mediante el respectivo decreto, el

^{39.} El artículo 230 de la Constitución establece: "Sólo por ley, y en conformidad con la Ley Orgánica respectiva, podrán crearse institutos autónomos...". Sobre el tema "Los Institutos Autónomos en Venezuela", Tomás Polanco Alcántara escribió una orientadora monografía en el Tomo IV de Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX. Madrid, 1969.

^{40.} Según el ordinal 8º del art. 190 de la Constitución Nacional, compete al Presidente de la República, "dictar medidas extraordinarias, en materia económica o financiera, cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ello por ley especial".

^{41.} En el art. 37 de la Ley Orgánica de la Administración Central (Gaceta Oficial Nº 1.932, de 1976) se establece la competencia del Ministerio de Desarrollo Urbano.

394 LUIS TORREALBA NARVAEZ

funcionamiento del nuevo Ministerio creado por dicha ley, el Ministerio de Desarrollo Urbano, éste pasó a ser el organismo de adscripción del INAVI, y ello fundamentalmente por las atribuciones establecidas en el artículo 37 que se resumen en su encabezamiento y pautan que corresponde a ese Ministerio la planificación y la realización de las actividades del Ejecutivo Nacional en el sector urbano, financiero y de construcción de viviendas, las cuales se concretan en las actividades siguientes, en las que el principal ejecutor es el INAVI:

- a) La formulación y ejecución de la política de desarrollo urbano orientada al bienestar colectivo y al mejoramiento de la calidad de la vida urbana.
- b) La formulación de la política habitacional, la renovación urbana, la de servicios comunales, la de servicios urbanos, y la de recreación, vialidad y otros inherentes al desarrollo del medio urbano, en coordinación con las políticas de ordenamiento territorial y de transporte dictados por los organismos competentes.
- c) La promulgación de la política para el desarrollo y promoción de la comunidad.
- d) La formulación, administración, control y ejecución de la política de financiamiento a la vivienda y la coordinación del crédito suministrado por el Estado, sus dependencias y los particulares para el financiamiento de viviendas y para el desarrollo urbano, en concordancia con la política financiera nacional.
- La ejecución del desarrollo urbano, de acuerdo con las políticas de ordenación, acondicionamiento y desarrollo del territorio.
- f) La coordinación, control y vigilancia de las actividades que los organismos públicos y los particulares realicen en el campo del desarrollo urbano y habitacional.
- g) Las relaciones entre los organismos públicos nacionales y los entes municipales para el desarrollo de las políticas del desarrollo urbano y habitacional y de desarrollo y promoción de la comunidad.
- h) La administración, control y ejecución de la política habitacional, con especial énfasis sobre las viviendas de "interés social".

- i) La programación, los estudios, los proyectos y la construcción de viviendas, conjuntos residenciales, urbanizaciones y demás obras del desarrollo urbano.
- j) La ejecución de las obras de desarrollo urbano de los centros poblados con participación de la comunidad.
- k) La programación, el diseño, la construcción, la administración y control de obras de renovación urbana y de nuevas ciudades.

Es nuestro criterio, aunque en la ley o decreto-ley de creación del INAVI se prevé que el Ejecutivo Nacional puede cambiar el Ministerio de Adscripción, ello no puede hacerse sin violar el referido artículo 37 de la Ley de la Administración Central, ya que sería imposible o incongruente realizar mediante otro Ministerio, sin esas atribuciones específicas, el control de tutela de un instituto como el INAVI, cuyo objeto, definido en el art. 2 de su ley de creación, es el de "atender el problema habitacional de la población que el Ejecutivo Nacional califique como sujeto de protección especial en la dotación de viviendas" y como "organismo ejecutor y administrador de la política de vivienda de interés social", y que requiere que las políticas y autorizaciones pertinentes, salvo las excepcionales y específicamente establecidas en otras áreas o sectores, provengan de ese Ministerio cuyo nombre evidencia y justifica sus atribuciones: del desarrollo urbano. A mayor abundamiento, se observa que priva la Ley de Administración Central por ser posterior a la Ley del INAVI.

La Instrucción Nº 12, del 8-7-75, mediante la cual se establecen las acciones administrativas para la política habitacional del Ejecutivo Nacional y la asignación de responsabilidades a los organismos del sector público involucrados en la ejecución del programa único de inversiones en infraestructura y equipamiento, es el instrumento donde en forma más clara se señalan al INAVI sus funciones y cometidos al respecto. En primer lugar se señalan los lineamientos y directivas de la política habitacional sobre los siguientes aspectos: Desarrollo Territorial y Vivienda: con base a los planes de Desarrollo Económico y Social que elabore Cordiplán; a la política de desconcentración industrial, a la política de desarrollo integral de las regiones del país y la racional utilización de sus recursos y potenciales, dándose prioridad a las inversiones en viviendas en regiones y ciudades estratégicas en el desarrollo económico del país, a la concepción de las viviendas como instrumento dirigido a mejorar el bienestar de la población y al logro de un medio ambiente adecuado al nivel urbano y rural que mejore la calidad de

vida de los habitantes, con la necesaria organización de la infraestructura y la ejecución del sistema de ciudades y áreas de influencia; Desarrollo Urbano y Areas Residenciales: con base al estudio y formulación de los planes de desarrollo urbano locales,42 a la adquisición anticipada de tierras para disponer oportunamente de áreas para la ejecución de planes de desarrollo, a la renovación urbana, con base a programa amplio en las ciudades que lo requieran, rehabilitación y mejoramiento de las áreas marginales con fundamento en el Decreto 322, de 13-8-74, sobre acciones en los barrios pobres, el equipamiento y los servicios infraestructurales y operativo de todos los sectores residenciales; igualmente se señalan las condiciones de la localización de las áreas residenciales y de las condiciones económicas de las familias protegidas y las diversas modalidades de los programas de viviendas; el señalamiento de los incentivos establecidos en el Decreto Nº 346, del 20-8-74, en el Decreto Nº 868, del 22-4-75 (Decreto Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo), en el Decreto Nº 869, del 22-4-75 (Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito), en el Decreto Nº 876, del 22-4-75

^{42.} Respecto a "planes de desarrollo urbano locales", convendría deslindar los límites de las atribuciones de la competencia concurrente nacional y municipal en materia urbanística, que tiene fundamento constitucional en los artículos 30 y ordinal 14 del artículo 136 de la Constitución Nacional, cuanto más, si en ausencia de una Ley de Ordenación Territorial y de otra de Ordenación Urbanística, el ordinal 11 del art. 37 de la Ley Orgánica de la Administración Central establece como atribución del MINDUR: "La definición del uso de la tierra urbana, la planificación de desarrollo de los centros poblados tomando en cuenta las directrices provenientes de los organismos competentes. La planificación, administración y adquisición de tierras para el cumplimiento de los pranes de desarrollo urbano. Las autorizaciones, coordinación, control y vigilancia de las actividades que ejerzan los particulares y que comporten uso de la tierra urbana, sin menoscabo de la autoridad del Poder Municipal". Entendemos que esa "definición de los usos" del suelo urbano entra en conflicto, salvo que se establezcan limites de actuación, con la tradicional atribución municipal de sancionar Ordenanzas de Zonificación, algunas de ellas proyectadas, a título de asesoramiento técnico, en el MOP y actualmente en el MINDUR. Se acaba de crear, según noticia de prensa salida el día 8 de marzo de 1978, ya para la imprenta este trabajo nuestro, la Comisión Nacional de Coordinación de Desarrollo Urbano, que comenzaría a ejercer sus atribuciones según el respectivo decreto presidencial, dentro de cuatro meses a partir de su instalación. Se pretende coordinar y agilizar los permisos urbanísticos nacionales y a la vez coordinar y agilizar las consultas municipales con las Oficinas de Planeamiento Urbano Municipal donde existan, mediante locales de Oficinas Nacionales de Desarrollo Urbano, cuya principal función será la de otorgar la llamada "Certificación Urbanística Nacional" de las nuevas urbanizaciones o parcelamientos. Pensamos que el decreto en refe

(Reforma Parcial de la Lev del Trabajo), y de manera especial en los Decretos Nº 908, del 13-5-75 (Decreto Ley que transforma al Banco Obrero en INAVI), y Nº 914, del 13-5-75 (Reforma Parcial de la Ley de Carrera Administrativa), que establecen, el primero: que compete al INAVI promover con el sector privado de la construcción, 43 el desarrollo de obras de urbanismo y edificaciones de viviendas, conforme a los planes formulados por el Ejecutivo Nacional; otorgar fianzas y avales hasta por Bs. 10.000.000,43a para la construcción de urbanizaciones y de viviendas cónsonas con la finalidad del Instituto; acordar y conceder subsidios totales o parciales o temporales a los adjudicatarios cuyos ingresos no le permitan sufragar los costos de las viviendas y que por lo tanto son familias sujeto de protección especial en la dotación de viviendas; otorgar créditos para construcción o adquisición de viviendas con la garantía de las prestaciones sociales de los trabajadores beneficiarios, y el segundo: que el INAVI puede otorgar créditos a los funcionarios de carrera y concederles fianzas y avales hasta por el 80 por ciento del monto de sus prestaciones sociales de antigüedad y auxilio de cesantía que a la fecha de la respectiva operación les correspondan y que dichos créditos y garantías sólo podrán ser otorgados para la adquisición o mejoras de sus viviendas o para el pago de deudas garantizadas con hipotecas sobre las viviendas y previamente adquiridas por ellos.44 En cuanto a recursos, se establece que el Ejecutivo Nacional tomará las previsiones correspondientes para el funcionamiento del Programa Habitacional, mediante aportes presupuestarios, operaciones de crédito público y otros mecanismos de financiamiento, correspondiendo al Ejecutivo financiar los programas del sector público con recursos de su propio presupuesto o del INAVI o del Fondo Nacional de Desarrollo Urbano; los programas del sector privado, mediante la Banca Hipotecaria, el Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo, con sus propios recursos o con los provenientes del Fondo

^{43.} Ordinales 7° y 10 del art. 13 de la Ley del INAVI.

⁴³a. Para otorgamiento de avales superiores a Bs. 10.000.000, se requiere autorización del Presidente de la República en Consejo de Ministros.

zación del Presidente de la República en Consejo de Ministros.

44. El artículo 27 de la Ley de Carrera Administrativa, reformado parcialmente por el Decreto Ley Nº 914, del 13 de mayo de 1975 (Gaceta Oficial Nº Extraordinario 1.745, del 23-5-75), establece: "El Instituto Nacional de la Vivienda podrá otorgar créditos a los funcionarios de carrera y concederles fianzas y avales hasta por el 80 por ciento del monto de las prestaciones que para la fecha de la respectiva operación les correspondan según el artículo anterior. Dichos créditos y garantías sólo podrán ser otorgados para la adjudicación o mejora de las viviendas de los referidos funcionarios o para el pago de deudas garantizadas con hipotecas sobre las viviendas previamente adquiridas por ellos... La obligación que conforme al parágrafo anterior contraigan los funcionarios con el Instituto Nacional de la Vivienda serán garantizadas mediante cesión de los créditos que aquéllos tengan contra los organismos públicos por concepto de prestaciones".

Nacional de Desarrollo Urbano; y por último, corresponde a dicho Fondo financiar los programas de los *Desarrollos Mixtos* contemplados en el Decreto Nº 346, del 20-8-74, por intermedio del Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI), la Banca Hipotecaria y el Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo.

Ahora bien, en la ejecución de las funciones administrativas de la política habitacional, corresponde al INAVI 45 las siguientes atribuciones:

- a) Asesorar al Ejecutivo Nacional en la formulación del programa habitacional y ejecutar y administrar la Política de Vivienda de Interés Social.
- b) Definir, administrar, financiar y controlar los programas de viviendas de interés social en las áreas urbanas y rurales.
- c) Ejecutar los programas de viviendas de interés social en las áreas urbanas y las áreas rurales. Esta atribución la tienen también las fundaciones locales.
- d) Ejecutar el programa de adquisición de tierras.
- e) Promover los programas de vivienda sujetos a estímulos del sector público y formular los programas de *Desarrollos Mixtos* contemplados en el Decreto Nº 346, del 20-8-74. Esta atribución también corresponde al BANAP y a la Junta Clasificadora del Decreto Nº 346.
- f) Promover el financiamiento para los programas de viviendas de interés social y aquellos sujetos a estímulos del sector público. Esta atribución igualmente corresponde al Fondo Nacional de Desarrollo Urbano y al BANAP.
- g) Elaborar los programas de renovación urbana, lo cual también corresponde al Ministerio de Desarrollo Urbano en nivel superior.
- h) Efectuar, o sea, ejecutar dichos programas de renovación urbana, lo cual también compete al Centro Simón Bolívar C. A., como empresa estatal.
- i) Identificar, inventariar y definir las unidades de ordenamiento en los barrios estables urbanos a que se refiere el Decreto Nº 332, del 13-8-74, y proporcionar ayuda técnica y financiera a las Municipalidades para la realización del Catastro Nacional Urbano. Esta atribución también compete a Fundacomún y al propio Ministerio de Desarrollo Urbano.

^{45.} Ver el punto III sobre "Establecimiento de Responsabilidades" de la Instrucción Presidencial N° 12 (Gaceta Oficial N° 30.787, del 5-9-75).

- j) Construir los servicios básicos de infraestructura que le compete en los desarrollos urbanos que construya; así como tambien corresponde al Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, al Instituto Nacional de Obras Sanitarias, CADAFE, CVP, CANTV y al mismo MINDUR, construir las respectivas infraestructuras.
- Operar los servicios básicos comunitarios que le competen. Esta atribución, en sus respectivas áreas, también corresponde al Instituto Nacional de Deportes y al CONAC, y no debe confundirse con el mantenimiento de los bienes del dominio público municipal como calles, plazas, áreas verdes y demás similares, a las cuales ha venido atendiendo el INAVI, no obstante de tratarse, como ya lo expresamos, de materia de competencia municipal, pero que por razones de carencia de recursos a veces, por ignorancia o irresponsabilidad y hasta por simple facilismo, la carga de esa administración ha venido quedando al INAVI, por la fuerza de los hechos y por ausencia de instrumentos jurídicos que implementen en forma clara la norma constitucional contenida en el art. 30, que establece que es de competencia municipal aquellas materias "propias de la vida local" y "el gobierno y administración de los intereses peculiares" de la entidad municipal. En el proyecto de Ley Órgánica del Régimen Municipal, en proceso de discusión en las Cámaras Legislativas, se expresa en el art. 6, textualmente: "A los Municipios no se les podrá obligar a pagar total o parcialmente obras o servicios que no hayan sido construidos o prestados mediante contrato o convenio pactado por ellos", norma esta que de ser aprobada sustraería legalmente al Municipio de deberes inherentes a un servicio que es esencialmente de carácter local, propio de la vida y del urbanismo local, o que obligaría al INAVI, al menos en aquellos casos de Municipios con recursos económicos suficientes o normales, a celebrar los convenios previos al respecto a fin de que. al concluir las urbanizaciones, las áreas comunales pasen a la Administración Municipal, lo cual tiene como contrapartida el derecho al cobro del impuesto territorial del llamado "derecho de frente", o sea, del impuesto sobre "inmuebles urbanos", que es de carácter municipal por imperio del art. 31, ord. 30, de la Constitución. En casos especiales, debidamente justificados, por vía de excepción, pueden eximirse esos impuestos cuando la condición marginal de los adjudicatarios

en urbanizaciones de viviendas de interés social así lo aconsejen; e igualmente el INAVI puede asumir, por vía de colaboración necesaria, la administración de las áreas comunales ubicadas en urbanizaciones del Instituto construidas en Municipalidades carentes de recursos económicos y humanos; pero ello no se justifica, al menos aparentemente, en Municipalidades como por ejemplo, las del Distrito Federal, Distrito Sucre del Estado Miranda, Distrito Maracaibo del Estado Zulia, Distrito Iribarren del Estado Lara, Distrito Girardot del Estado Aragua, Distrito Valencia del Estado Carabobo, Distrito Sotillo del Estado Anzoátegui, Distrito Caroní del Estado Bolívar y otras. Pensamos que la solución sería cambiar la proyectada norma en referencia ajustándola a los requerimientos antes expuestos.

l) Por último, compete al INAVI implementar y poner en marcha el programa de desarrollo comunal, lo cual también corresponde a FUNDACOMUN; e implementar los mecanismos para la integración de los instrumentos de investigación, información y documentación en materia de Vivienda y Desarrollo Urbano, materia esta que igualmente corresponde a CORDIPLAN, CONEFIT, FUNDACONSTRUCCION y al propio Ministerio de Desarrollo Urbano.

El artículo 3º de la Ley del INAVI se justifica dentro de una política de ágil desconcentración y descentralización, que puede lograrse por la vía del funcionamiento independiente y a la vez coordinado de los diferentes Departamentos Especializados. Corresponde al Directorio del INAVI y a su representante que es el Presidente, la suprema dirección de esos departamentos, aun cuando la administración de cada uno de ellos compete a sus respectivos jefes o gerentes, lo que significa que sus actos son apelables y consultables ante dicho Directorio y aun en proceso de formación puede provenir la decisión de la voluntad de éste. Además, el funcionamiento de los Departamentos Especializados, se regirán según las normas internas, o sea, según el Reglamento Interno del Instituto que dicte el Directorio, todo según el artículo 1º y artículo 6º, ordinal 4º, del Reglamento de la Ley del INAVI. A los funcionarios o empleados de dicho Instituto les es aplicable la Ley de Carrera Administrativa 46 y a sus obreros la Ley del Trabajo y los contratos colectivos.

^{46.} Sobre la materia de la Carrera Administrativa resulta, en nuestro criterio, de gran utilidad, para la Administración y para sus funcionarios o empleados, la obra

El artículo 4º de la Ley establece que el Instituto podrá constituir empresas locales o regionales que tengan por objeto la administración de viviendas, la adquisición y venta de tierras, la construcción de viviendas o cualesquiera otras funciones que se le atribuyan para el cumplimiento de actividades temporales o permanentes, inherentes a las funciones propias del Instituto, lo cual debe hacerse de acuerdo al ordinal g) del art. 11, que pauta, como atribución del Directorio, "estudiar y resolver la creación de empresas, previa autorización del Ejecutivo Nacional" y según el art. 2º del Reglamento que establece que compete al Directorio fijar, previa autorización del Ministerio de Adscripción, el tipo y modalidad de funcionamiento y administración de las empresas que constituya el INAVI, así como el número de acciones, cuota de participación o capital social que éste ha de tener en cada una de ellas y sus características, preferencias y privilegios, en razón de la finalidad social de esas empresas. De lo expuesto se desprende que los actos administrativos del Directorio ordenando la constitución de las referidas empresas administrativas deben cumplir con las autorizaciones a que se contrae el art. 2º del Reglamento y del ordinal g) del art. 11 de la ley, o sea, las autorizaciones del Ministro del Desarrollo Urbano y del Presidente de la República. Sin esas autorizaciones o cuando menos, sin la autorización del Presidente de la República, la inscripción en el Registro Mercantil de esas empresas no debe ser permitida por el respectivo Registro Mercantil, y en caso de ser aceptadas, resultan ilegales. Vale la pena advertir que el régimen presupuestario de dichas empresas se rige por el Título VI de la Ley Orgánica del Régimen Presupuestario.

El artículo 5º de la ley, que se refiere a que el domicilio del INAVI es Caracas y que puede establecer dependencias regionales y zonales, en nuestro criterio tiene la importancia de que cuando se trate de que el INAVI como demandante o demandado vaya a juicio y según la acción intentada deba ajustarse al domicilio, de acuerdo al Código de Procedimiento Civil, entonces éste será el de Caracas.

2. Del patrimonio

Se señala como de cinco mil millones de bolívares el patrimonio del INAVI, equivalente al conjunto de los bienes, derechos y obligaciones del Banco Obrero, según cálculos establecidos para el momento en el que se promulga el Decreto Ley de creación del INAVI, como continua-

de Rondón de Sansó, Hildegard: El Sistema Contencioso-Administrativo de la Carrera Administrativa. Caracas, 1974.

dor jurídico de aquél. Se señala que ese patrimonio podrá ser aumentado con nuevos aportes del Ejecutivo o por cualquier otro medio legal. No obstante el patrimonio señalado y que el INAVI obtiene ingresos o recursos por concepto de las operaciones que realiza, resulta evidente la falta de liquidez y/o disponibilidad para cubrir los recursos necesarios para cubrir sus gastos de funcionamiento, los cuales, según la última parte del artículo 6º de la ley, serán "provistos por el Ejecutivo Nacional a través de la Ley General de Presupuesto de Ingresos y Gastos Públicos, o sea, que se trata de una materia que, en última instancia, depende de la voluntad del Poder Legislativo nacional, y consecuencialmente de las normas que se establezcan al respecto en las correspondientes leyes de presupuesto de ingresos y gastos públicos, que son anuales, y en la Ley Orgánica del Régimen Presupuestario, de acuerdo a lo establecido en el ordinal 3º del art. 1º, lo cual implica que el Presupuesto del INAVI debe encuadrar en las previsiones del Plan de la Nación, dentro de su respectivo sector, y según el art. 52, que pauta que los Institutos Autónomos elaborarán sus proyectos de presupuestos por programas, de acuerdo, respecto a ese Instituto, a los lineamientos de la política sectorial que imparta el Ministro de Desarrollo Urbano".46a

Son aplicables, pues, las normas del Título IV del Régimen Presupuestario de los Institutos Autónomos, que establecen que los Institutos Autónomos elaborarán sus proyectos de presupuestos por programas de acuerdo a los lineamientos de la política sectorial que imparta el Ministerio de adscripción (art. 52); que dichos proyectos serán elaborados conforme a las instrucciones que dicte la Oficina Central de Presupuesto y deberán presentarse a esa misma Oficina y a CORDI-PLAN, previa aprobación del Ministerio de adscripción, y deberán contener los estados financieros proyectados, información económica, financiera y administrativa que requiera para fines de programación, evaluación y control de su gestión (art. 53); que dichos proyectos de presupuestos se someterán a la aprobación del Presidente de la República, en Consejo de Ministros, y que se aplicarán las disposiciones del art. 37 de la ley en referencia (art. 54); que el Ejecutivo Nacional establecerá las normas aplicables a esos organismos para los traspasos de créditos entre programas, proyectos y partidas, así como las facultades que en esa materia tendrán los Directores o Juntas Directivas, Ministros responsables y las que se reservará el Presidente de la Repú-

⁴⁶a. Ver Presupuesto-Programa del INAVI, 1978 (Gaceta Oficial Nº Extraordinario 2.159, del 8-2-78).

blica (art. 55); que los Institutos Autónomos remitirán al Ministro de adscripción, Oficina Central de Presupuesto, CORDIPLAN, la Unidad respectiva de Presupuesto y la Dirección Nacional de Contabilidad Administrativa, información periódica de su gestión presupuestaria, de acuerdo con las normas que dicte la Oficina Central de Presupuesto y que la evaluación del cumplimiento de metas de estos organismos se regirá por los artículos 45 y 46 de la ley en referencia (art. 56); que sólo podrán hacerse modificaciones a los sistemas de clasificación y remuneración de cargos con autorización del Ejecutivo Nacional (art. 57), y por último se señala en el art. 58 que el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, podrá exceptuar del cumplimiento del referido Título IV a aquellos Institutos Autónomos que, por la naturaleza de sus funciones, deben ser sometidos a otro régimen que determinará el Reglamento de la citada Ley Orgánica del Régimen Presupuestario. 47

3. De la administración y dirección

Como la dirección y administración del INAVI está a cargo de un Directorio que según el art. 7º de la ley, debe estar integrado por un Presidente y cuatro Directores, uno de los cuales, de acuerdo a la ley de la materia sobre representación de los trabajadores de los Institutos Autónomos, Empresas y Organismos del Estado, 47ª es una persona representativa de ellos, se trata de un órgano administrativo colegiado cuya voluntad, quórum, reuniones, condiciones y relaciones entre ellos, atribuciones, es decir, los aspectos formales o adjetivos y los aspectos sustantivos o materiales, se regulan por las normas jurídico-administrativas establecidas al respecto. Los actos administrativos del Directorio, o sean sus decisiones, deben ajustarse a los principios o elementos csenciales que la Doctrina Administrativa en concordancia con las nor-

^{47.} En el Seminario organizado por los Colegios de Contadores Públicos de los Estados Carabobo y Cojedes, sobre "Aspectos Jurídicos y Administrativos aplicados al Poder Público, con especial referencia al control de los actos de la Administración Municipal", celebrado en Valencia en noviembre de 1977, el licenciado Jesús Navas Castro, Director Nacional de Contabilidad Administrativa, presentó un trabajo intitulado: Análisis de Aspectos Administrativos de la Ley Orgánica del Régimen Presupuestario, en el que sostiene que la concepción, establecida en dicha ley, de la contabilidad administrativa como instrumento de control y evaluación del Presupuesto por programa, la coloca como la más avanzada y moderna de América Latina. De obligada consulta, indudablemente, todavía es la obra publicada por la Contraloría General de la República, de Britto García, Luis: El Presupuesto del Estado. Caracas, 1968.

⁴⁷a. Brewer-Carias, Allan-R.: El Control de las Empresas Públicas por grupos de intereses de la Comunidad, pp. 47-57, Caracas.

^{48.} En forma sencilla Lares Martínez, Eloy, en su: Norma de Derecho Administrativo, 3º edición, Caracas, 1975, trata adecuadamente el tema: "los elementos esenciales del acto administrativo", pp. 151-166; y Brewer-Carías, Allan-R., en: Jurispru-

mas jurídicas de referencia, reconocen: competencia, voluntad, contenido, motivos o motivación y finalidad (elementos esenciales materiales) y las formalidades, referidas al procedimiento para la formación de dichos actos, o sea, el procedimiento "Constitutivo o Burocrático", incluyendo su forma de expresión y su publicación o notificación.

La competencia es la que, a título de atribuciones, se señala expresamente en el art. 11 y las que en forma dispersa se señalan en el propio texto de la ley y aun en el Reglamento, ya que la propia ley en el referido art. 11, ord. 1°) así lo establece, pero también pueden aparecer atribuciones correspondientes al INAVI en otras leyes y reglamentos, cuanto más si el propio artículo 55 dispone que: "El Instituto deberá desempeñar cualquier función acorde con el espíritu de esta ley, que le encomiende el Ejecutivo Nacional...", lo cual se compadece con la potestad reglamentaria que el propio constituyente en el artículo 190, ord. 10, de la Constitución, le reconoce al Presidente de la República, con la limitación de que éste no debe alterar el espíritu, propósito y razón de las leyes cuando las reglamente; y en cuanto a las atribuciones que se le pueden encomendar al INAVI, de acuerdo a otras leyes, ello se desprende de que el Poder Legislativo Nacional sólo tendrá al respecto las limitaciones que le imponga la Constitución, por lo que en principio puede encomendar por vía legislativa al INAVI o a su ente representativo, o sea, a su órgano institución, que es su Directorio, o a su órgano-individuo, que es su Presidente, cualesquiera atribuciones con la sola limitación constitucional. Una de las atribuciones que no contempla el art. 11 es la que aparece en el art. 12, en el sentido de autorizar al Directorio para delegar en funcionarios del Instituto, bajo su responsabilidad, la firma de actos y documentos, debiéndose realizar

dencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo III, Vol. I, relativo a "la actividad administrativa", compila sistemáticamente la jurisprudencia del Supremo Tribunal sobre dichos elementos esenciales, recurribilidad, ejecutividad y ejecutoríedad de los açtos administrativos. También nos remitimos a una monografía de Beltrán Guerra, G. Luis, sobre: El Acto Administrativo. Teoría del Procedimiento Administrativo. Caracas, 1977; y a una Ponencia presentada en: VII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado, celebrado en La Haya y publicada en el Vol. 2 del Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. Caracas, 1972, de la cual es autora Rondón de Sansó, Hildegard: "La Motivación de los Actos Administrativos con especial referencia al Motivo del Acto".

^{49.} Dicha denominación de procedimiento "Constitutivo o Burocrático" la utiliza Moles Caubet, Antonio, en sus magistrales Lecciones de Derecho Administrativo, varias veces multigrafiadas por estudiantes de la Facultad de Derecho de la UCV, y que nosotros usamos en la Tesis Doctoral que presentamos, denominada: "Consideraciones acerca de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, su Procedimiento y algunas relaciones de éste con el de la Jurisdicción Judicial Civil", de Torrealba Narváez, Luis, publicada en Anales de la Facultad de Derecho de la UCV. Caracas, 1951.

cada delegación mediante Resolución suscrita por los miembros del Directorio en la que se señalen en forma precisa y taxativa los actos y documentos cuya firma se delega, debiéndose publicar en la Gaceta Oficial de la República. Igualmente en el art. 13 se señalan en forma concreta las operaciones que puede efectuar el INAVI, bien por su Directorio y por intermedio de su Presidente o por medio de los funcionarios, con el fin de que el Instituto cumpla su objeto y funciones que le atribuyen la ley y su Reglamento específicos y cualesquiera otras leyes o reglamentos. En el art. 8 del Reglamento se señalan atribuciones que, según el texto mismo de ese artículo, son diferentes aparentemente o "además" de las que señala la ley, pero que en nuestra opinión se trata de una forma un poco más precisa de atribuciones ya señaladas en dicha ley; se trata de las siguientes atribuciones: 1) Acordar los gastos ordinarios y extraordinarios para el funcionamiento del Instituto, sus departamentos y dependencias, regionales o zonales. 2) Crear las dependencias regionales o zonales que sean necesarias para el cumplimiento de los objetivos del Instituto, dotarlos de personal, bienes y recursos y fijarles sus atribuciones y deberes. 3) Acordar la constitución de las empresas de que trata el art. 4 de la ley, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento; es decir, según su art. 2. 4) Determinar los actos y documentos que han de firmar por delegación los funcionarios del Instituto, a quienes se confíe esa misión, y emitir la correspondiente Resolución para su publicación en la Gaceta Oficial, y 5) Fijar el tipo de interés y los plazos para las negociaciones que celebre el Instituto.50

Los principales actos administrativos del Directorio del INAVI son los siguientes: 1. Decisiones sobre el otorgamiento de créditos, préstamos y avales. 2. Decisiones sobre la concesión de subsidios al costo de las viviendas, conforme lo determine el Ejecutivo Nacional. 3. Decisiones sobre la emisión de obligaciones financieras, o sea de Bonos de la Deuda Pública, según las normas de la Ley de Crédito Público. 4. Decisiones sobre la inversión de los recursos del Instituto, de acuerdo con la ley y su Reglamento. 5. Decisiones para creación de empresas, previa autorización del Ejecutivo Nacional. 6. Decisiones de otorgar fianzas y avales para la construcción de urbanizaciones y de viviendas, cónsonas con la finalidad del Instituto, en el entendido de que cuando las fianzas y avales superen los diez millones de bolívares se requerirá la autorización previa del Presidente de la Repú-

^{50.} La fijación de intereses y plazos para las negociaciones del INAVI desde luego, tiene que ajustarse, tal como lo ha interpretado su Directorio, a las disposiciones legales, reglamentarias y resoluciones vigentes, lo cual debe entenderse así, lógicamente, y no como una actividad "discrecional" exclusivamente.

blica en Consejo de Ministros y de que el monto total de las fianzas y avales otorgados no podrá exceder del 25 por ciento del patrimonio del Instituto, porcentaje ese que el Ejecutivo Nacional puede modificar si lo estimare procedente. 7. Decisiones de contratar préstamos en el país o en el exterior a plazos menores de un año, previa autorización del Ministerio de Hacienda. 8. Decisiones de otorgar y conceder subsidios, totales o parciales, permanentes o temporales, a los adjudicatarios cuyos ingresos no le permitan sufragar los costos de las viviendas protegidas según el art. 2º de la ley, o sean, las viviendas de interés social y las que el Ejecutivo Nacional incluya dentro de la protección especial, todo lo cual debe hacerse según las normas que se establecen en los artículos 27 y 28 del Reglamento.

En el artículo 37, correspondiente al Título IX, de las Sanciones, se dispone que cuando los miembros de la Junta Directiva o Directorio del Instituto contravengan lo establecido en el artículo 10, o sea, que celebren contratos con el INAVI, o con alguna empresa de éste, creada según el art. 4º de la ley, esos contratos serán nulos de pleno derecho, ya que se expresa en el referido art. 37 que "los contratos que se celebren estarán afectados de nulidad absoluta y su protocolización se tendrá como no hecha", o sea, se trata de una nulidad radical, absoluta de un acto bilateral, civil, o sea, de carácter privado; mientras que nada se dice ni en la ley ni en el Reglamento respecto a las infracciones o violaciones de normas que se pueden cometer por el Directorio en sus decisiones sobre las materias que hemos enumerado en los ocho casos de actos administrativos que anteceden, en vista de lo cual debe tenerse muy presente, en consideración al cumplimiento del Principio de Legalidad Administrativa,51 que tales actos deben reunir todos los requisitos para su validez material y formal; en efecto, deben ajustarse a los hiechos y al derecho que le sirvan de fundamento, es decir, a la motivación; debe tomarse muy en cuenta la finalidad que se persigue en la Ley del INAVI, las condiciones que se establezcan, tales como autorizaciones del Ejecutivo Nacional o del Ministerio de Adscripción en cada uno de los supuestos regulados y que éstos realmente se produzcan, así como cualesquiera otros extremos que se señalen en otras leyes y reglamentos; que las condiciones formales de producción y expresión de los respectivos actos administrativos y sus notificaciones o publicaciones se ajusten a los requerimientos establecidos, ya que, tratándose de actos administrativos de efectos particulares, la nulidad de ellos.

Nos remitimos a la orientación que Antonio Moles Caubet nos ofrece en su citada monografía sobre la materia: Revista Nº 50 de la Facultad de Derecho, de la UCV.

cuando sean irregulares por una o más causas o violaciones, corresponde solicitarla a quien tenga un interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate, ante la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, según el ord. 3º del art. 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia si se trata de ilegalidad, o sea, de violación de normas legales o reglamentarias o aun simples resoluciones de carácter nacional, y ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, si se trata de inconstitucionalidad, según el ordinal 12 del art. 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, o sea, de violación de normas de la Constitución Nacional. Un juicio de nulidad, por ilegalidad o por inconstitucionalidad, de un acto administrativo del Directorio del INAVI, no sólo puede intentarlo una persona con interés legítimo sino también el Fiscal General de la República y demás funcionarios a quienes la ley atribuya tal facultad, cuando se trate de un acto administrativo que "afecte un interés general", y a todo evento, esa acción de nulidad caduca en el término de seis meses, contados a partir de su publicación en el respectivo órgano oficial o de su notificación al interesado, si fuere procedente y aquélla no se efectuare, según el art. 134 de la señalada Ley Orgánica. Ahora bien, pudiera observarse que, salvo casos excepcionales, la mayoría de los actos administrativos del Directorio del INAVI, al igual que los de la casi totalidad de organismos de la Administración Central o Descentralizada, no se publican sino se notifican a los interesados y que difícilmente la Fiscalía General de la República puede intentar, dentro del perentorio lapso de caducidad de seis meses, el recurso de nulidad en algún caso que lo justifique, lo cual no resultaría imposible o improbable si fuera oportuno y eficaz el control que al respecto le corresponde realizar a la Contraloría General de la República, aun en algún caso extremo, en el que los organismos del Control de Tutela, como el Ministerio de Desarrollo Urbano y aun otro Ministerio en situaciones previstas legal o reglamentariamente, y hasta la propia Presidencia de la República, como supremo órgano de la Administración Pública, no llegaren a detectar la irregularidad para corregirla. Pensamos que una sabia coordinación entre la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la República, como órganos dependientes del Congreso Nacional, con autonomía de acción, pero coincidentes en el fin de legalidad que debe guiar a la actividad de todos los órganos del Estado, puede surtir sanos efectos en todo el ámbito de la Administración Pública, especialmente Nacional (Central y Descentralizada).

Corresponde también al Directorio realizar operaciones que encajan dentro del ámbito de la gestión privada y que se regulan por normas del Derecho Privado, pero que también les son aplicables normas de Derecho Administrativo, especialmente contenidas en la Ley del INAVI y su Reglamento y otras leves, reglamentos y resoluciones e interesantes instrucciones presidenciales, cuya principal virtud es aclarar situaciones ya reguladas, señalando procedimientos administrativos que no dan lugar a diferentes interpretaciones y concertando coordinaciones necesarias para la agilidad administrativa. Entre esas operaciones figu-1) Construir y adquirir viviendas para ser vendidas o arrendadas a las personas indicadas en la ley a los precios establecidos por el Directorio; y construir las instalaciones necesarias para el equipamiento comunitario. 2) Adquirir y vender terrenos si así conviniere a los fines del Instituto. 3) Celebrar contratos de comodato y enfiteusis de inmuebles. 4) Conceder créditos con garantías hipotecarias. 5) Adquirir bienes muebles para uso del Instituto, los cuales podrán enajenar o gravar cuando lo juzgue conveniente, conforme a la ley. 6) Comprar, vender y permutar créditos hipotecarios. 7) Importar o comprar en el país materiales de construcción para los fines establecidos en la Ley del INAVI, a lo cual se añade que, según el art. 51 de la Ley del INAVI, la importación de los artículos y materiales de construcción que efectúe éste está exenta del pago de las correspondientes tasas e impuestos. 8) Ejecutar operaciones y comisiones de confianza de organismos públicos y privados, que estén relacionados con su objetivo principal, y 9) Otorgar créditos para la construcción o adquisición de viviendas, con las garantías de las prestaciones sociales de los correspondientes beneficiarios.

Corresponde al INAVI la realización de la renovación urbana y promover con el sector privado de la construcción el desarrollo de obras de urbanismo y edificaciones, conforme a los planes formulados por el Ejecutivo Nacional. Sobre el particular cabe mencionar, respecto a Renovación, la llevada a cabo en el 23 de Enero, Caricuao, El Saladillo y las proyectadas para el norte de Caracas (San José y La Pastora), y respecto a construcción de nuevas ciudades, los proyectos, en parte en proceso de realización, de Ciudad Fajardo y Ciudad Losada en los Valles del Tuy Medio, de Guarenas y Guatire. Se trata de materia íntimamente relacionada con los problemas de la desconcentración industrial y de las áreas de población marginal. Papel importante juega en la ejecución de esas obras, la vía establecida en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, en concordancia con el

art. 49 de la Ley del INAVI, que establece: "A los efectos de la expropiación, se declaran de Utilidad Pública la construcción de viviendas, la urbanización de terrenos, la renovación o remodelación de áreas urbanas que emprenda y realiza el Instituto Nacional de la Vivienda"; de manera que en tales situaciones previstas en la transcrita norma, sólo procede el Decreto de Expropiación, o sea, de Ejecución de la Obra, emanado del Ejecutivo Nacional y en el que se encarga al INAVI para realizar las expropiaciones, bien por la vía del "arreglo amigable" o bien por la vía judicial.

Dos problemas dignos de ser estudiados con más detenimiento se han presentado: primero, cuando se decretan expropiaciones que no se compadecen con la zonificación municipal asignada al área afectada, lo que implica la construcción, sin ajustarse a esa zonificación, de las obras de interés público objeto del respectivo Decreto de Expropiación del Ejecutivo Nacional, y segundo, cuando pretenden utilizarse los ejidos para programas de renovación urbana. Hemos sostenido que el problema se acrecienta y se complica por la falta de coordinación de una planificación urbana integral de la nación, las regiones y las municipalidades, lo cual se solucionaría con una Ley de Ordenación Urbanística, como uno de los medios indispensables, tal vez el más importante de una auténtica Ordenación Territorial 52 que debe abarcar: recursos hidráulicos, ordenación del espacio rural, protección del imbiente y contaminación, transporte y medios de comunicación, equipamiento físico del territorio, urbanización y equilibrio regional. Siendo el urbanismo una materia de competencia concurrente, según el art. 30 y según el ordinal 14 del art. 136 de la Constitución Nacional, en concordancia con las atribuciones del Ejecutivo Nacional en la planificación y construcción de obras públicas y viviendas, especialmente las referidas al Ministerio de Desarrollo Urbano en la Ley Orgánica de la Administración Central y al INAVI en su ley, y habida consideración de lo establecido en el ordinal 11 del art. 37 de la mencionada Ley Orgánica, conceptuamos que priva lo que establezca un Decreto Nacional de Expropiación sobre la zonificación municipal, aunque cuando ocurra o se plantee el problema, como por ejemplo, el planteado en la llamada Zona de Compresión de Barquisimeto, lo recomendable es proponer, como lo hizo el INAVI, la zonificación conveniente al Plan de Renovación, mediante la elaboración de un proyecto de Ordenanza que aprobó el Concejo Municipal y luego se procede en base a ese orde-

^{52.} Ver monografía citada, de Salomón de Padrón, Magdalena, sobre: Aspectos Juridicos de la Ordenación del Territorio.

namiento. En cuanto a la posibilidad de expropiación de ejidos, hemos sostenido el criterio de que son inexpropiables, en razón de que el art. 32 de la Constitución establece que: "Los ejidos son inalienables e imprescriptibles. Sólo podrán enajenarse para construcciones en los casos establecidos en las Ordenanzas Municipales y previas las formalidades que las mismas señalen...", y de que en el Aparte Unico del art. 5º de la Ley de Expropiación, se expresa que: "En ningún caso procede la expropiación sobre bienes pertenecientes a la Nación, a los Estados o a los Municipios, que según las respectivas leyes nacionales, de los Estados o Municipales, no pueden ser enajenados". Establecido el concepto de ejidos según el art. 3º de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos, 58 cualquier extensión de ellos que se requiera para fines de utilidad pública, tiene que someterse el ente expropiante, no va a la institución de la venta forzosa, sino a la vía del convenio o contratación con el órgano competente del Municipio, que a su vez debe fundamentarse en la correspondiente Ordenanza Municipal sobre la materia. Por cierto que nos hemos permitido recomendar al Presidente del INAVI el que se promueva y recomiende a los Concejos Municipales del país la inclusión en sus Ordenanzas sobre Ejidos, una norma que prevea la posibilidad de poder enajenar, a título gratuito o a título oneroso, al INAVI cualquier porción de terrenos ejidos necesarios para la construcción de viviendas de interés social y sus obras de infraestructura.54

4. Sobre contratos, venta judicial de los inmuebles hipotecados, cobros judiciales y retención obligatoria para el pago de viviendas

Respecto a los *contratos*, materia regulada en los artículos 14 al 17 de la Ley del INAVI, en concordancia con los artículos 11 al 26 del capítulo IV sobre Operaciones del respectivo Reglamento, se establecen las siguientes limitaciones: 1) Sólo pueden adquirir viviendas del INAVI o tomar en comodato o enfiteusis inmuebles de ese Instituto, personas que no posean vivienda propia y demás condiciones establecidas en el Reglamento, como son las que regulan los artículos 11, 13, 14 y 15 respecto a la venta, y los artículos 16, 17, 18 y 19 respecto a arren-

^{53.} Ver artículo 3º de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos.

^{54.} Confiamos en que una norma en ese sentido incluida en las Ordenanzas sobre Ejidos, cuenta con el apoyo de una institución como la Asociación Venezolana de Cooperación Intermunicipal (AVECI), representativa y orientadora de los Municipios venezolanos desde 1967, cuanto más si puede ser la base para una efectiva participación y colaboración de la "célula básica del régimen democrático" en la solución del grave problema local y nacional de la vivienda en función social.

damiento. 2) Sólo puede tener el destino de habitación del adquiriente y su familia y personas a su cargo; y cuando el comprador adquiera otra vivienda con posterioridad, el INAVI dará por terminado el contrato. 3) Se establece el derecho de preferencia al INAVI para readquirir los inmuebles que haya vendido en cumplimiento del objetivo de la ley, dentro de los 25 años siguientes a la venta, y al respecto debe notificarse al Instituto que se desea vender, para que dentro de los 90 días siguientes el INAVI ejerza el derecho de preferencia o deje constancia al interesado de que no ejercerá ese derecho, el cual, en todo caso, aparece protegido, ya que el Registrador no debe protocolizar documento alguno de enajenación sin que dicha constancia le sea presentada, so pena de que si contraviene lo estipulado, la protocolización se estima no hecha según el art. 17 de la ley.

Respecto a la venta judicial de los inmuebles hipotecados, se instituye un procedimiento judicial especial, o sea, que al procedimiento judicial de ejecución de hipoteca establecido en el Código de Procedimiento Civil, se le modifica según los artículos 19 al 25 de la ley, los cuales simplifican el proceso mediante normas de equidad y cónsonas con el objetivo social, de protección contra terceros acreedores y de que los postores de dicho remate deben llenar las mismas condiciones requeridas para ser adjudicatarios del INAVI según la ley.

Respecto a los cobros judiciales, se pautan normas especiales sobre el nombramiento del depositario, que debe ser la persona que indique el INAVI; igualmente que el remate de los bienes muebles se anunciará en un solo cartel con tres días de anticipación y el de los bienes inmuebles también en un solo cartel con 10 días de anticipación; que el justiprecio del bien embargado lo hará un solo perito y que en caso de citación de miembros de una sucesión, de varios demandados con intereses comunes, por una misma obligación, si no están presentes, se les nombrará un solo defensor.

Respecto a la retención obligatoria para el pago de vivienda, se trata de una obligación que se impone al patrono respecto a sus trabajadores cuando sean deudores del INAVI por concepto de vivienda, y la retención que se haga en el momento del pago del sueldo o del salario debe ajustarse de acuerdo al Capítulo VI, sobre retenciones, del Reglamento.

Por último, en los dos finales capítulos de la ley, IX y X, sobre Sanciones y Disposiciones Generales, se incluyen normas que se ajustan a los objetivos perseguidos en la ley y que evidencian la flexibilidad

y facilidades que se le quiso dar al INAVI en su gestión y a la protección de la misma contra especuladores o aprovechadores o beneficiarios sin causa o sin justificación de las viviendas objeto de dicha ley.

De las sanciones

Se regulan, insistimos, modalidades acordes con la finalidad perseguida por el INAVI, mediante normas sustantivas y procedimentales especiales en función de protección tanto de las personas como de los bienes que constituyen objeto del Instituto.

Se prevén en la Ley del INAVI las siguientes situaciones y sus respectivas sanciones:

- 1ª La nulidad absoluta de los contratos que celebren los miembros del Directorio con el Instituto o con cualquiera de las empresas de éste (art. 37).
- 2³ Pérdida por el arrendatario del derecho preferente a ejercer la opción de compra, cuando incumpla en el pago de seis mensualidades en los arrendamientos con opción de compra. Corresponde discrecionalmente al INAVI mantener o no dicha opción en favor del arrendatario (art. 39).
- 3* Rescisión de los contratos enfitéuticos a petición del INAVI, cuando el enfiteuta deje de pagar seis mensualidades.
- 4ª Aplicación, a petición de INAVI, del procedimiento judicial especial (art. 39) establecido en el Título V de la ley, cuando el arrendatario con opción a compra o el comprador a plazos incumpla con el pago de seis mensualidades o el arrendatario simple incumpla en el pago de tres mensualidades.
- 5° La ejecución de la garantía, con gastos a cargo del deudor, cuando éste enajene, traspase, grave o arriende los bienes o derechos dados en garantía al Instituto sin el consentimiento de éste, escrito y motivado (art. 41).
- 6ª La ejecución del derecho de preferencia por el INAVI y con gastos a cargo del propietario de un inmueble vendido por el Instituto, aunque aquél lo haya pagado totalmente y lo venda sin notificarle previamente al Instituto para que ejerza dicho derecho (art. 42).
- 7ª La consideración de la obligación como de plazo vencido cuando se dé un uso diferente, según el respectivo contrato,

- al inmueble vendido por el INAVI, o dándole en garantía por préstamo (art. 43).
- 8ª Sanción de desocupación por resolución del contrato de arrendamiento de un inmueble celebrado entre el INAVI y una persona, cuando ésta subarriende dicho inmueble, lo cual da derecho al INAVI a darlo por terminado y solicitar la desocupación mediante el siguiente procedimiento especial: el INAVI dejará constancia en inspección ocular de que el inmueble está ocupado por personas a las que no se les haya adjudicado y luego requerirá de un Juez de Parroquia o Municipio de la jurisdicción la desocupación de dicho inmueble, y el juez "lo acordará de inmediato, haciendo uso si fuere necesario de la fuerza pública". Como se puede apreciar, la sanción de desocupación prevista en los artículos 47 y 48, se aplica contra los ocupantes, sean éstos o no subarrendatarios, mediante el procedimiento judicial más rápido y sencillo que en nuestro criterio existe en Venezuela.
- 9ª Sanción de multa entre Bs. 1.000,00 y Bs. 5.000,00, además de la inmediata destitución, imponible por el Directorio o por el funcionario delegado al respecto, contra cualquier empleado del INAVI que, previa la averiguación pertinente, apareciere actuando con impericia, imprudencia o negligencia, en los casos de ocupación indebida de inmuebles del INAVI.
- 10. Sanción de multa, entre Bs. 500,00 y Bs. 50.000,00, que el INAVI está facultado para imponer a las personas que infrinjan las disposiciones de la Ley del Instituto, según el art. 44. Se trata de actos administrativos que deben ser motivados, es decir, con señalamiento de los hechos o actos constitutivos de la infracción y de la norma o normas violadas, con indicación del monto de la sanción, establecida discrecionalmente por el Directorio, mediante Resolución, que para que tenga eficacia debe ser notificada al infractor. Pensamos que se trata de un acto administrativo no apelable por vía administrativa, pero sí recurrible por la vía contencioso-administrativa, según las prescripciones de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.
- 11. Sanción de multas, entre Bs. 500,00 y Bs. 5.000,00, convertible en arresto proporcional, contra todo aquel que especule con bienes muebles o inmuebles adquiridos del Instituto y

que además será considerado como reo del delito previsto en los artículos 1º y 2º de la Ley Contra el Acaparamiento y la Especulación (art. 45).

12. Sanción de multas, entre Bs. 500.000,00 y Bs. 2.000.000,00, imponible por el Directorio del INAVI, contra cualquier persona que se encuentre incursa en el delito previsto en los artículos 1º y 2º de la Ley Contra el Acaparamiento y la Especulación, con motivo de que incumpla las condiciones de ofertas de terrenos urbanizados o de inmuebles construidos con respaldo del INAVI, bien sea que la especulación se realice directamente o por personas interpuestas (art. 45). Pensamos que si bien el texto del referido artículo 45, ayuda a la tipificación del delito de especulación, no separa la procedencia de las multas establecidas, que tienen carácter administrativo, del procedimiento y resultado final del proceso penal que habría de seguirse al indiciado, según el Capítulo X del Libro Tercero del Código de Enjuiciamiento Criminal.

6. Disposiciones generales y privilegios

De una parte, se trata de disposiciones de la Ley del INAVI, en su mayoría contentivas de privilegios similares a los otorgados al Fisco Nacional en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, tales como:

- 1º Prohibición de medidas de ejecución judicial solicitadas por terceros sobre viviendas vendidas por el INAVI, mientras los adquirientes tengan operaciones pendientes con el Instituto (art. 53).
- 2º Prohibición de decretar embargo contra los créditos acordados por el INAVI ni de cualquier otra cantidad que se halle en poder del Instituto por razón de las operaciones que hubiere celebrado (art. 54).
- 3º Gratuidad de las actuaciones de los tribunales, registradores y de todos los funcionarios y autoridades de la República, en favor del INAVI, a requerimiento de cualquier representante o apoderado de éste, para cualquier acto o diligencia en la que deban intervenir por razones de sus funciones (art. 60).
- 4º No podrá exigirsele caución al INAVI para ninguna actuación judicial.

5º No podrá ser condenado el INAVI en costas judiciales, en ninguna circunstancia.

Las otras disposiciones se refieren a exenciones de pago de tasas e impuestos o contribuciones especiales al Instituto, en las siguientes materias:

- 1º Importación de artículos y materiales de construcción (art. 50).
- 2º Utilidades, emisión y cancelación de obligaciones financieras, cartas, radiogramas y telegramas (art. 51).
- 3º Inmuebles (art. 52).
- 4º Las solicitudes, actuaciones, documentos y copias que sean necesarias judicial o extrajudicialmente (art. 60, parte final).

Cabe formularnos la siguiente pregunta: ¿Corresponde al INAVI pagar impuestos territoriales municipales, o sean, los llamados de "derecho de frente"? Aunque el art. 52 de la ley pauta que "Los inmuebles propiedad del Instituto están exentos de los impuestos nacionales", y en varias Ordenanzas Municipales, entre ellas las de Impuestos sobre Inmuebles Urbanos del Distrito Federal y Sucre del Estado Miranda, se declara exento del pago de esos impuestos al Banco Obrero, o sea, al INAVI, su continuador jurídico, como lo establece el art. 65 de la ley, parece ajustado a la lógica jurídica, en concordancia con la jurisprudencia establecida por el Supremo Tribunal, especialmente respecto al Instituto Nacional de Hipódromos y a la CANTV, que el INAVI está exento del pago de impuestos municipales, por ser un organismo del Estado, una parte de la Administración Pública Nacional, la cual se rige con base a las regulaciones y obligaciones que se establezcan en el ordenamiento jurídico, legal y reglamentario, del nivel nacional. Diferente es la situación respecto a las empresas que constituya el INAVI con base al art. 4º de su ley y que son personas jurídicas de derecho privado.

III. COMPETENCIA JUDICIAL RESPECTO A LA ACTIVIDAD DEL INAVI Y LOS JUICIOS QUE PUEDEN PLANTEARSE

Rápidamente podemos dividir la materia en tres partes: A) El INAVI como demandante. B) El INAVI como demandado. C) Demandas contra actos administrativos del INAVI.

Esta materia conviene aclararla especialmente, en razón de las innovaciones de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto al punto A) corresponde al INAVI, cuando actúa como demandante, en principio, ajustarse a la competencia establecida en el Código de Procedimiento Civil, y en las normas especiales, como por ejemplo, las establecidas en la Ley de Expropiación por Causa de Útilidad Pública o Social, que pauta que los juicios de expropiación que intente cualquier persona (incluyendo el Instituto), con excepción de la Nación, deben intentarse ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de la Jurisdicción donde esté ubicado el bien objeto de la acción expropiatoria, y en segunda y última instancia, conoce la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, todo en conformidad al art. 19 de la Ley de Expropiación. Igualmente se asigna una competencia y procedimiento especial en los casos de ocupación de inmuebles del INAVI por personas a las que no se les haya asignado. Conoce en esos casos, un Tribunal de Municipio o de Parroquia según la ubicación del inmueble, con lo cual, salvo que se tratase de un caso de desocupación que se rige por los trámites del juicio breve y que compete conocer a dichos jueces de Parroquia o Municipio en primera instancia, al plantearse como caso de detentación de la propiedad o de posesión ilegítima por más de un año, se trataría de un caso de reivindicación, según el art. 458 del Código Civil, para cuyo conocimiento es competente en primera instancia el respectivo Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, el cual también sería el competente para conocer el juicio posesorio interdictal, si se tratara de un caso de restitución de la posesión dentro de un año de su ejercicio sin ninguna autorización del INAVI en un inmueble de éste. Consideramos de gran importancia el referido art. 48 de la Ley del INAVI, no sólo porque da solución mediante un procedimiento muy rápido y sencillo a los casos de subarrendamientos de viviendas del Instituto no autorizadas por éste, sino en casos de ocupación de cualquier inmueble del INAVI, que puede ser cualquiera de los numerosos y a veces extensos terrenos que necesita tener para urbanizarlos y que pueden ser invadidos eventualmente y que expondrían al Instituto a acudir a la vía interdictal o a la más larga de un juicio ordinario posesorio, o lo que es más grave aún, a un juicio reivindicatorio, que resultan de larguísima duración y de procedimiento complicado. De manera que, realmente, constituye un gran acierto y una gran protección de los intereses de un organismo de la naturaleza del INAVI, que se haya innovado una competencia y un procedimiento, regulados en dicho art. 48, que no tiene ni la propia nación, ni ningún otro organismo estatal, para proceder judicialmente a recuperar inmuebles de su propiedad; desde luego que siempre queda expedita la vía judicial a quien se sienta lesionado en sus derechos, porque, por ejemplo, se considerará la persona desalojada auténtica propietaria del inmueble e intente el juicio ordinario de reivindicación o el posesorio, si fuere el caso, contra el INAVI; pero ya ello invertiría la carga de la prueba, que corresponde al demandante. Pudiera opinarse en el sentido de que esa norma contenida en el comentado art. 48 se refiere limitativamente a ocupación de viviendas, pero sinceramente pensamos que cuando el legislador señala: inmuebles propiedad del Instituto o administrados por éste, no distingue, por lo que, dentro de una sana interpretación no corresponde distinguir al intérprete.

En cuanto al punto B), o sea, a la posición del INAVI como demandado, la situación ha cambiado bastante para todos los Institutos Autónomos y las Empresas del Estado, ya que, según el art. 182, ordinal 2º, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia: "De cualquier acción que se proponga contra la República o algún Instituto Autónomo o Empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva, si su cuantía no excede de un millón de bolívares y su conocimiento no está atribuido a otra autoridad", conocerán en primera instancia los Tribunales Superiores Civiles y en apelación, o sea, última instancia, conocerá la Corte de lo Contencioso Administrativo, según se señala en el último aparte del citado artículo 182. De manera que se igualaron a la República los Institutos Autónomos y las Empresas Estatales señaladas, en los juicios de cuantía inferior al millón de bolívares, para que sean conocidos por los Tribunales Superiores Civiles, ya que antes la competencia en tales juicios correspondía a la Sala Político-Administrativa del Supremo Tribunal, cuando la demandada era la Nación y a los tribunales ordinarios, según la cuantía, cuando se demandaba a los Institutos Autónomos o a las Empresas Estatales.

Cuando se trata de las acciones que se propongan contra la República o algún Instituto Autónomo o Empresa Estatal y la cuantía oscile entre un millón y cinco millones de bolívares, según el art. 185, ordinal 6º, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la competencia para conocer en primera instancia corresponde a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo y en apelación, o sea, en última instancia, ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

Por último, compete a dicha Sala, según el ordinal 15 del art. 42, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, conocer de dichas acciones, cuando la cuantía de las acciones que se propongan contra la República, Instituto Autónomo y Empresas del Estado, excede de cinco millones.

418 Luis torrealba Narvaez

Las Empresas del Estado serían aquellas en las que la participación del Estado sea decisiva; pero como no se distingue si se refiere a las empresas de la persona jurídica, República o Nación, o si se refiere a otros entes estatales de nivel nacional (ya que mal cabría pensar que se refiere a los entes menores estatales como son los Estados [regionales] y las Municipalidades, a los cuales se demandan ante los tribunales ordinarios según la competencia establecida en el Código de Procedimiento Civil, con la excepción de que en segunda y última instancia, según el ordinal 3º del art. 182, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, conocen los respectivos Tribunales Superiores Civiles). Si la respuesta es que se refiere a todo el nivel nacional lo concerniente a Empresas del Estado, entonces las empresas creadas por el INAVI y demás Institutos Autónomos estarían incluidas, y de lo contrario, se considerarían excluidas. Indudablemente que la importancia de las empresas estatales constituidas con capital o recursos de la Nación, como es el caso de las empresas petroleras recién nacionalizadas y otras correspondientes a las industrias pesadas, como la Siderúrgica y la Petroquímica, o de actividades fundamentales como la actividad comercial naviera, aérea y financiera, ha debido mover a reflexión por los altos intereses en juego, al legislador, sin que ese alcance realmente pueda extenderse a todas las empresas estatales, en sentido amplio, y específicamente a las constituidas por los aportes decisivos de Institutos Autónomos Nacionales. La definición que de Empresas del Estado trae el artículo 4º del Proyecto de Ley Orgánica de la Administración Descentralizada parece avalar nuestro criterio antes señalado, ya que esa norma pauta: "Son empresas del Estado las sociedades con forma mercantil en las cuales la República, directamente o por intermedio de alguna corporación sectorial o de otra empresa bajo su control, tenga una participación no menor del cincuenta por ciento (50%) del capital, la cual en todo caso, deberá reflejarse en su dirección y administración". En conclusión, las empresas del INAVI estarían excluidas.

Cuando se trate de los "contratos administrativos" que celebre el INAVI o cualquier otro Instituto Autónomo al cual se confiera la prestación de un servicio público, en las controversias que puedan surgir por interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución, serán conocidas en primera, segunda o única instancia según la cuantía, y de acuerdo al caso, por los Tribunales Superiores en lo Civil, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo o por la Sala Político-Administrativa del Supremo Tribunal, de conformidad a lo explicado anteriormente; mientras que si se trata de los contratos administrativos que celebren las personas territoriales, como son la Nación,

los Estados y los Municipios, las controversias sobre los aspectos antes indicados, independientemente a la cuantía, son conocidos en única instancia por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, según el ordinal 14 del art. 42 de la Ley Orgánica de dicha Corte.

Cuando se trate de la negativa o abstención de los funcionarios nacionales a cumplir determinados actos a los cuales están obligados por las leyes, la demanda al respecto compete conocerla a la Sala Político-Administrativa, según el ordinal 23 del art. 42, en concordancia con el art. 23 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Se trata de otra importante innovación, evidentemente aplicable a los funcionarios ejecutivos de mayor jerarquía del INAVI.

En cuanto al punto C), o sea, a las demandas que se pueden intentar contra actos administrativos del INAVI, al igual que de cualquier Instituto Autónomo, del Consejo Supremo Electoral o de otros organismos del Estado de igual jerarquía a nivel nacional, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, señala que cuando los mismos sean atacados por inconstitucionalidad, bien sean actos administrativos generales, como por ejemplo el Reglamento Interno del INAVI, o bien sean actos administrativos individuales, como por ejemplo las imposiciones de multas, las decisiones por concesiones de avales o para constituir empresas, etc., la nulidad según el ordinal 12 del art. 42, ejusdem, debe intentarse ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia; y si se trata de que dichos actos, generales o individuales, sean atacados por ilegalidad, la nulidad debe intentarse ante la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, de conformidad al ordinal 3º del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema, lo cual no sólo procede contra actos de los Institutos Autónomos, sino también contra otras personas de derecho público, como Colegios Profesionales y Academias.

IV. CONCLUSION Y PERSPECTIVAS

Resulta singular la naturaleza y las características de la persona pública estatal INAVI, como Instituto Autónomo de evolucionada vigencia desde su nacimiento y vida como Banco Obrero y que presta un servicio de interés público, dentro de una actividad de empresa pública con una finalidad loable y fundamental, que cada vez más debe cumplir como parte dinámica de la gigantesca Administración Pública Nacional Descentralizada Funcional de una Venezuela en camino al desarrollo. La meta difícil de la ejecución de la política habitacional del Gobierno Nacional para una población de bajos recursos

económicos y marginal y aun para una población de clase media que requiere la protección del sector público, coloca al INAVI como destinatario de un régimen jurídico administrativo y de una reforma administrativa con asidero en los progresos del Derecho⁵⁵ y de las Ciencias de la Administración, en polifacética coyuntura que lo ubica como uno de los instrumentos de un derecho nuevo para el desarrollo,⁵⁶ en función social y económica, ligado profundamente al bienestar colectivo y a la dignidad humana en un Estado Democrático y Social del Derecho.

^{55.} Moles Caubet, Antonio: "La Progresión del Derecho Administrativo". Revista Nº 3 de la Facultad de Derecho de la UCV. Caracas, 1955.

^{56.} En una breve monografía de Polanco Alcántara, Tomás, intitulada: Esquema de un Nuevo Derecho. Caracas, 1977. Entre las doce principales materias regulables, incluye: "La realización por el Estado de actividades tendientes a fomentar la construcción de viviendas...", p. 32. Indudablemente en los cinco Planes Generales de la Nación que hemos tenido en Venezuela en los respectivos gobiernos, cada vez con mayor experiencia y recursos y bajo inmensas presiones de necesidad popular inaplazable, los planteamientos y estrategias del sector industrial de la construcción, con concurrencia de la gestión pública y la gestión privada, y dentro del sector salud y seguridad social, la urbanización, equipamiento y programas para áreas marginales, que compete a la gestión pública, han sido objeto de preocupación y atención especial. Realmente el problema de la vivienda con sus implicaciones, más que un difícil problema jurídico es un difícil problema de las Ciencias de la Administración, que debe enfocarse básicamente con criterios científicos y técnicos en múltiples aspectos y con visión interdisciplinaria: a sociólogos, economistas, administradores, educadores, sanitaristas, especialistas en desarrollo de la comunidad y promoción popular, además de urbanistas, ingenieros, arquitectos, industriales productores de viviendas de bajo costo, planificadores, entre otros profesionales de las Ciencias de la Administración, corresponde realizar los estudios pertinentes. En el Fondo Editorial de Fundacomún se han editado algunas obras sobre la materia, como por ejemplo, de D. Utria, Rubén: El Problema de la Vivienda y el Desarrollo de América Latina. Caracas, 1969; Carazo, Rodrigo: Administración de Vivienda. Caracas, 1968; Acedo Mendoza, Carlos: América Latina y Subdesarrollo. Caracas, 1973; y en el CENDES, se han realizado varias investigaciones y se han organizado seminarios sobre estudios de desarrollo urbano y regional.

DERECHO MINERO Y DE LOS HIDROCARBUROS



NATURALEZA JURIDICA DE LOS CONTRATOS DE CONCESIONES PETROLERAS EN LOS PAISES ARABES MIEMBROS DE LA OPEP

JESUS NOGUERA MORA

Para desarrollar este importante tema, consideramos conveniente analizarlo en base a las siguientes premisas:

PREMISA I. Los actuales contratos de concesiones petroleras son administrativos y no civiles.

El problema común fundamental puesto en relieve por los convenios de concesiones de petróleo, es el del efecto en el Derecho Internacional de las obligaciones contractuales del Estado, para con un inversionista extranjero, lo cual envuelve el ejercicio de algunos de los poderes del Estado.

Al considerar este problema, surge la cuestión preliminar referente a la naturaleza jurídica de los instrumentos en cuestión.¹

Los convenios de concesión y los instrumentos de aprobación a menudo se mencionan como "contratos" y es evidente que ellos contienen muchos de los elementos que normalmente se encuentran en los contratos entre personas privadas. Pero, además, por virtud del hecho de que envuelven el ejercicio (o la promesa de ejercicio) de los poderes y funciones del Estado, contienen elementos que son extraños al Derecho Privado.

En resumen, dichos instrumentos son "híbridos" y comprenden elementos tanto del Derecho Público como del Privado.

Este es el punto de vista adoptado en el Derecho Administrativo de muchos estados en relación a los contratos de concesión. Parece ser

^{1.} Spiropoulos: Theorie Générale du Droit International Public, 1-24 and passim, 1930.

424 JESUS NOGUERA MORA

también el criterio que prevalece en el Derecho Internacional con respecto a las concesiones.

La Corte Permanente de Justicia Internacional menciona en una de sus sentencias que "un contrato que otorga una concesión de utilidad pública no cae dentro de la categoría de los instrumentos ordinarios del Derecho Privado", pero está de acuerdo en que "no es imposible otorgar dicha concesión mediante contrato".²

Expresiones similares se encuentran en algunos laudos arbitrales. Se declara en uno de ellos que una concesión tiene "doble carácter: se relaciona tanto con el Derecho Público como con el Privado", y en otro de aquellos, se dice que "un contrato de concesión no constituye simplemente un contrato de Derecho Privado, ya que es "por su naturaleza un servicio público". La mayoría de los juriconsultos adoptan un punto de vista similar, o van más lejos aún, al considerar que las concesiones y otros derechos tienen carácter de "interés público". 5

USO DEL TERMINO "CONCESION"

El término "concesión" se usa tanto en las relaciones municipales como en las nacionales para describir tal conjunto de actividades en general, que con razón se ha declarado que no hay para aquél, un criterio de definición acorde con el Derecho Internacional.⁶

En lo concerniente a su contenido, los contratos de concesión algunas veces confieren al individuo o a la compañía concesionaria contratante, ciertos derechos y prerrogativas y le imponen obligaciones de carácter semipolítico (tal como el derecho a ejercer control o autoridad sobre la parte del territorio en el cual la empresa extranjera opera, inclu-

Sentencia de marzo 17, 1934, en The lighthouses case between France and Greece, P.C.I.J., Publ. Ser. A/B, Nº 62.20.

^{3. &}quot;Affaire de la Compagnie d'Electricité de Varsovie France vs. Poland, award of November 24, 1932", 3 U. N. Reports Int. Arb. Award, 1979, 1679, 1687.

Ver "R.C.A. 115. China, Award of april 13, 1935", 3 U. N. Reports Int. Arb. Awards, 1621, 1627.

Kaeckenbeeck: "La protection internationale des droits acquis", Recueil des cours de l'Academie de Droit International, 1937, I. Vol. p. 350; Develle: La Concession en Droit International (1936); Farmanfarmaian: "The Oil Agreement Between Iran and the International Oil Consortium, The Law Controlling", 34, Texas L. Rev. 274-287 (1955); Huang: "Some International and Legal Aspects of the Suez Canal Question", Am. J. Int. L., 277, 289-296 (1957); Carlston: "International Role of Concession Agreements", 52 New U.L. Rev. 618, 637-639 (1957); K. L. Bindschedler: La protection de la propiété proveé en droit international privé (1956-II), Vol. 90, pp. 212-213.

^{6.} Huang: obra citada, p. 296.

yendo la responsabilidad por el mantenimiento del orden público, y el derecho a expropiar las tierras para la explotación petrolera).

Sin embargo, en vista de los factores antes señalados, y debido a su importancia económica, existe actualmente la tendencia a considerar los contratos de concesiones como instrumentos *sui generis* y a usar otros nombres y expresiones para designarlos.⁷

CONVENIOS ADMINISTRATIVOS

Ante todo debe observarse que los convenios administrativos tienen por objeto regular las relaciones entre la autoridad administrativa y el individuo, en materia de recursos naturales, servicios públicos y servicios de utilidad pública o de dominio nacional. Estas materias son de una importancia tal para la Nación y sus habitantes, que generalmente es el Estado el que se encarga de la explotación de los recursos o del funcionamiento de los servicios.

¿CUALES SON LAS PRINCIPALES CARACTERISTICAS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO?

Su control por la Administración

De conformidad con la doctrina y la jurisprudencia, la característica más importante de un contrato administrativo es el control que la administración siempre retiene sobre la materia objeto del contrato, a pesar de sus términos, en todos aquellos casos en que dicho control esté justificado por el interés público.

En la Administración, dice Waline, "siempre permanece el control del servicio" (*Derecho Administrativo*, p. 361). Waline se refiere ante todo a los contratos de concesiones en los cuales la doctrina ha sido extensamente elaborada.

La razón para otorgar un amplio control a la Administración, se encuentra en la estrecha relación existente entre los contratos administrativos y la idea de servicios de utilidad pública.

Considera en realidad tan fundamental Gastón Jéze este derecho de control, que afirma que no solamente existiría fuera de los términos contractuales, sino que sería imposible excluirlo por contrato (aunque pudiera ser modificado en cuanto a la manera de ejercerlo).8

^{7.} Ver Carlston: obra citada, pp. 629 y ss.

^{8.} Gastón Jéze: Les principes généraux du droit administratif, 3e. Ed.; "Théorie Générale I", p. 222.

426 JESUS NOGUERA MORA

El control por parte de la Administración tiene, por lo tanto, doble aspecto. Uno es el de supervisión, pues la administración tiene el poder de asegurar que la concesión se ejerza estrictamente de acuerdo con los términos convenidos por el concesionario. El derecho de control es reconocido como algo más que el derecho de un contratista privado, ya que se le hace cumplir por la vía administrativa y no por la acción judicial. Una de las características sobresalientes de los contratos administrativos son las penas que pueden ser impuestas por la administración, sin que se tenga que recurrir previamente a la vía judicial.

El otro aspecto del control de la administración es su facultad para adaptar todos los contratos administrativos a las necesidades cambiantes del interés público. Esta facultad existe sin ninguna cláusula contractual expresa y, en realidad, aun en presencia de una cláusula contractual tendiente a excluirla. Los términos de una concesión podrían ser modificados en cualquier tiempo "de acuerdo con las necesidades sociales y económicas del momento", dice Carneille.º

"Los contratos no son siempre ley entre las partes, en Derecho Administrativo". 10

En Francia, un contrato entre una Provincia o una subdivisión política de la misma, y un individuo o una compañía, cae dentro de la clasificación de los contratos administrativos, y recibe, bajo el Código Civil francés, un tratamiento diferente al acordado a otros contratos. Las reglas aplicadas a estos contratos administrativos están basadas en el principio fundamental del predominio del interés público sobre el interés privado.

Waline dice: "Las estipulaciones contractuales no fijan de manera definitiva e intangible los derechos y obligaciones recíprocas de las partes, durante la vigencia del contrato; una de las partes, y una sola, tiene el derecho de modificarlas unilateralmente. Hay, pues, desigualdad en los contratantes: la voluntad de la Administración puede modificar el contrato, la voluntad del cocontratante no lo puede". 11

Otras características

Entre muchas otras, las que a continuación se enumeran son las características administrativas principales de una concesión:

^{9.} Conclusiones C.E. 18 Feb. 1918. Soc. d'eclairage de Poissy.

Laubadére: "Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs", R. D. P., 1954, p. 36.

^{11.} M. Waline: Droit Administratif, Nº 2, p. 561.

- 1) Una de las partes es una entidad pública que representa al Estado.
- 2) La concesión ha sido otorgada en nombre de la Nación, para la explotación de algún recurso natural (teniendo siempre en mientes el interés público y el bienestar colectivo).
- 3) Existen procedimientos y requisitos especiales para otorgar una concesión: "licitación pública", "remate-subasta".
- 4) La Nación ejerce poder discrecional para el otorgamiento de concesiones, las cuales se adjudican a todo riesgo de la parte interesada. El Estado no garantiza el descubrimiento de las substancias objeto del convenio, ni en ningún caso garantiza su existencia, y
- 5) El Estado mantiene estrecho control de las actividades del concesionario, quien no adquiere título de propiedad sobre los yacimientos, sino simplemente el derecho de explorar y explotar el área otorgada en concesión por un período limitado.

Finalmente, los convenios de concesión contienen estipulaciones especiales que algunos autores denominan "cláusulas exorbitantes", tales como:

- a) Las que confieren al contratante algunos privilegios de la Administración y/o aquellas que tienen tal efecto;
- b) Aquellas que confieren derecho sobre terceras personas;
- c) Cláusulas que señalan la desigualdad de las partes, es decir, aquellas que fijan el control de la Administración sobre la empresa concesionaria, y
- d) Cláusulas que serían ilegales en contratos privados, es decir, cláusulas que confieren el derecho a la ocupación del "dominio público".

Para el profesor Waline, "es toda cláusula que en un contrato de derecho privado sería nula por contraria al orden público". 12

Otros criterios sugeridos se basan sobre la teoría de las "Funciones del Estado", de acuerdo con los cuales los contratos administrativos son:

a) Contratos que se otorgan para la prestación de servicios que solamente el Estado puede llevar a cabo;

^{12.} Ibid., p. 525.

428 JESUS NOGUERA MORA

b) Contratos sobre monopolios fiscales, los cuales, aunque *pueden* actuar como una persona privada, normalmente deben tramitarse como contratos administrativos;

c) Contratos de servicios industriales, los cuales pueden ser *pres- tados* por el Estado sin ser un monopolio.¹³

LOS CONVENIOS DE CONCESIONES PETROLERAS EN LOS PAISES MIEMBROS DE LA OPEP

Una cuidadosa investigación de los Convenios de Concesión concluidos entre los países árabes miembros de la OPEP, demuestra que en gran parte de ellos se encuentran las principales características de los contratos administrativos.

Primero y principal, los convenios de concesión recaen sobre un recurso nacional extraordinario: la industria del petróleo, de la cual depende toda la estructura económica de los países otorgantes. En consecuencia, la decisión para otorgar una concesión petrolera ha estado siempre intrínsecamente ligada a la historia política de los países productores y a sus derechos de soberanía.

La mayor parte de los convenios de concesión, reservan para uso exclusivo de las compañías concesionarias, no solamente parte del dominio público, sino también el derecho a establecer su propio sistema de transporte y comunicaciones. Entre estas facilidades generalmente se especifican en la concesión, la instalación de servicios de radio, telégrafo y teléfono, así como también ferrocarriles, puertos y aeropuertos.

Generalmente las concesiones se otorgan por largos períodos.

El área de la concesión es, por lo general, muy extensa. En algunos casos, abarca todo el país, como sucedió en Kuwait y Qatar.

Las compañías tienen el derecho de adquirir tierras en el país otorgante, bien sean del Estado o de particulares, algunas veces haciendo uso del derecho a expropiar por razones de utilidad pública.

Los gobiernos otorgantes, generalmente se reservan el derecho de hacerse representar, en las Juntas Directivas de las Empresas, por delegados especiales, cuyos suelos y gastos deben ser costeados por las compañías.

^{13.} R. P. D. (1945), 251: "Le régime juridique du contrat administratif".

A tales representantes se les otorga el derecho de inspeccionar las operaciones y libros de contabilidad de las concesionarias.

Se establece como principio general, que los obreros no especializados, empleados por las compañías, sean nacionales.

En lo que respecta a los gerentes, ingenieros y técnicos, pueden ser extranjeros si no es posible obtener personal calificado en el país otorgante de la concesión.

Los convenios frecuentemente obligan a las compañías a proveer gratuitamente entrenamiento y educación universitaria a su personal en las especialidades requeridas para aquellas posiciones.

Las compañías se encargan de presentar anualmente al gobierno un informe de sus operaciones, incluyendo el descubrimiento de nuevos campos de petróleo, programas exploratorios y de producción.

Cuando se emitan nuevas acciones para ser adquiridas por el público, las compañías están obligadas a publicar las ofertas de suscripción en los países otorgantes.

En algunos casos las concesiones especifican los porcentajes que deben ofrecerse a los nacionales al emitir nuevas acciones.

Las compañías generalmente están exentas de todo impuesto directo o indirecto, o se les garantiza que los impuestos que puedan aplicárseles no serán diferentes o mayores que los aplicados a otras empresas industriales.

Las concesiones eximen a las compañías extranjeras del pago de derechos de aduana y de importación para toda la maquinaria, equipo y materiales necesarios para llevar a cabo sus operaciones.

Las compañías concesionarias están obligadas a proveer gratuitamente asistencia médica a sus empleados, esto es un ejemplo típico de delegación de derechos conferidos sobre terceras personas.

Estos son pocos, pero claros ejemplos, provenientes de tales convenios, de la delegación de funciones del Estado a las compañías sobre los derechos de terceras personas y que reafirman la naturaleza administrativa de esos contratos.

Teniendo en cuenta la naturaleza de los convenios bajo revisión, las características que han sido sugeridas como criterio para los contratos administrativos, las circunstancias políticas envueltas y toda la estructura

430 Jesus noguera mora

y contenido de las concesiones, pueden llegar a la conclusión de que tales convenios son contratos administrativos sujetos a las reglas y principios del derecho público.

PREMISA II. Un Estado soberano no puede por vía contractual comprometer su futura libertad de legislar.

En Estados Unidos de América, hay una doctrina legal que establece que un organismo que ha sido dotado con poderes especiales para fines públicos, no debe permitir se inhabilite a sí mismo para el ejercicio de esos poderes, ya que tal proceder desnaturaliza el propósito para el cual fue creado y para el logro del cual se le confirieron privilegios especiales.

Esta doctrina está de acuerdo con los fines del Derecho Administrativo, a saber, establecer autoridades administrativas y facultades para llevar a cabo medidas destinadas a salvaguardar el interés público, incluyendo el bienestar de todos los miembros de la comunidad, aquellos que están sujetos a regulaciones, así como también al sector para la protección del cual han sido establecidas esas normas.¹⁴

La mayoría de los convenios de concesión de los países miembros de la OPEP estipulan que el Estado no puede, mediante legislación general o especial, o mediante disposiciones administrativas, anular, enmendar o modificar tales contratos, sin solicitar previamente la aquiescencia de las compañías explotadoras.

La cuestión aquí radica en saber si un contrato entre el Estado y un extranjero es válido cuando el Estado se ha despojado del poder de legislar. Se podría demostrar que tal cláusula no tiene fuerza obligatoria en el Derecho Nacional, y, en consecuencia, su incumplimiento no viola el Derecho Internacional.

Al respecto, sería útil referirse a la larga lista de casos decididos por la Corte Suprema de los Estados Unidos, la cual ha establecido dos sistemas de principios aplicables a esta situación.¹⁵

1) Que ningún compromiso contraído por un Estado para no ejercer su soberanía es obligatorio, puesto que pretende comprometer un derecho básico inalienable.

Este poder, denominado dominio eminente del Estado, es como su nombre indica, de suprema importancia para todos los dere-

^{14.} Ver J. D. B. Mitchell: The Contracts of Public Authorities - A Comparative Study, London, 1954, p. 60.

^{15.} Landmark case of West Bridge Co. vs. Dix, U.S. 507 (1848).

- chos con que el Gobierno está investido y estos derechos están necesariamente subordinados a este poder y deben someterse, en todo momento, a su correcto ejercicio.
- 2) Cuando el Estado ha otorgado una concesión o derecho a un extranjero, tiene la facultad de expropiar tales derechos contractuales en la misma medida en que se haría con una propiedad física. La concesión o derecho es válida y obligatoria, pero como el Estado tiene el derecho de ponerle fin, tal terminación no constituye una violación del contrato.

Huges, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien emitió opinión en el caso "Home Building and Loan Association versus Blaisdell", 16 sostuvo con los más vigorosos y categóricos términos, los derechos del Gobierno para anular o modificar contratos en ejercicio de sus "supremos poderes".

El Juez de la Corte Suprema, Blackstone, en la obra *The Rights of Things*,¹⁷ expresó: "En consecuencia, el derecho a levantar un puente, a construir una carretera, a mantener un *ferry* y a recolectar peaje, otorgado mediante la autoridad del Estado, lo consideramos, con respecto al derecho supremo y al deber del Estado para promover y proteger el bien público, en el mismo nivel del derecho que tiene el ciudadano a la posesión y disfrute de su tierra bajo patente o contrato con el Estado, y no puede interponerse ningún obstáculo en la vía de su justo ejercicio. Tales actividades consideramos que no están prohibidas por la Constitución y no constituyen violación de un contrato.

Lo que hace la posición norteamericana especialmente sorprendente, es el hecho de que los Tribunales de Justicia reconocen la anulación de contratos a pesar de la disposición expresa de las Constituciones Federales y de los Estados, que prohíben desconocer las obligaciones contractuales.

Nos estamos refiriendo a la anulación o modificación de contratos por un Estado en virtud del *jure imperii*, esto es, en ejercicio de su poder soberano de "dominio eminente", y no a la anulación o modificación de concesiones por un Estado en virtud del *jure gestionis*, es decir, en el ejercicio de sus derechos contractuales.¹⁸

^{16. 290} US. 398, 435 (1934).

^{17.} The Rights of Things, Vol. II, p. 20.

^{18.} Ver Carlston: "Concession Agreements and Nationalization", 52 American Journal of Int. Law, 260 (1958), and The Status of Permanent Sovereignty over Natural Wealth and Resources, Revised Study by the Secretariat, Vol. I, U. N. Doc. A/AC, 97-5, Rev. I, 27 Dec. 1960.

432 JESUS NOGUERA MORA

Casos de anulación iure gestionis son conocidos por los Tribunales Nacionales bajo la aplicación del régimen contractual. No tienen relación directa con el Derecho Internacional, ya que el extranjero debe recurrir previamente ante los Tribunales Nacionales y sólo en el caso en que se le niegue justicia, surge la responsabilidad internacional. Consideramos ahora los casos donde la propiedad de un extranjero es tomada por el Estado a pesar de su compromiso, no ejerce su poder de "dominio eminente", con respecto a tal propiedad.¹⁹

Es un principio jurídico establecido que cuando un tratado contiene tal prohibición, la expropiación de la propiedad extranjera constituye una violación del Derecho Internacional.

Por otra parte, no se ha sostenido que una expropiación derogatoria de tal compromiso del Estado para con un extranjero, sea una violación del Derecho Internacional. Hyde 20 ha dicho a este respecto: "La Corte Permanente de Justicia Internacional no parece tampoco tener un punto de vista diferente cuando en su octava sentencia referente al caso de la Factoría de Chorzow, declaró: «Es un principio de Derecho Internacional que la violación de un compromiso implica la obligación de hacer una adecuada reparación. En consecuencia, la reparación es el complemento indispensable a la falta de cumplimiento de un convenio». Es conveniente observar que la Corte se refería a la violación de un compromiso entre dos Estados, tal como puede ocurrir en un convenio o tratado, más bien que al compromiso incorporado en una concesión otorgada a un individuo extranjero. Ello no implica la discusión del efecto legal de la violación de un contrato semejante por parte de un Estado, y no da lugar a pensar que tal infracción constituyó una violación de una obligación internacional de parte del Estado hacia el Estado, del cual el contratante extranjero es nativo".

La anterior diferenciación está indudablemente basada en el hecho de que el principio pacta sunt servanda es aplicable solamente a los compromisos entre Estados, y no a aquellos entre Estados e individuos.

En el Derecho norteamericano, la derogatoria por un Estado de un compromiso contraído en un contrato para no ejercer el poder de policía, no se considera como una violación del Derecho Internacional. Como en el sistema legal norteamericano tal compromiso no implica obligación por parte del Estado, al ser considerado como un intento no vá-

^{19.} Ver Chorzow Factory Case, P.C.I.J. Ser. A, Nº 17 (1928). (Claim for Indemnity). 20. International Law, 2nd Ed. 1945, p. 990.

lido de comprometer un derecho inalienable, resulta obvio que el ejercicio del poder no podría ser violatorio de ninguno de los derechos del extranjero.

Entre los numerosos casos en los cuales se ha sostenido que el derecho de dominio eminente no podría renunciarse, pueden mencionarse los siguientes:

- 1) "Contribuyentes del Hospital de Pensylvania versus la ciudad de Filadelfia". 21
 - En esta ocasión la Corte declaró: Puede no haber ahora, en vista de las muchas decisiones de este Tribunal sobre la materia, oportunidad para cambiar la proposición general de que los Estados no pueden, por virtud de cláusulas contractuales, despojarse ellos mismos del derecho a ejercer su autoridad gubernamental en materias que por su propia naturaleza tanto le atañen, hasta el punto que privarse del ejercicio de dicha autoridad mediante contrato, sería renunciar al poder de legislar en pro de la preservación de la sociedad o para garantizar el desempeño de los deberes gubernamentales esenciales.
- 2) "Sociedad del Hospital de Nueva York versus Johnson".²² En este caso la Corte citó del Tomo 29 del Corpus Juris Secundum, "Dominio Eminente", Sección 4, p. 782, lo siguiente: "El derecho soberano de expropiar la propiedad privada por razones de utilidad pública, no puede renunciarse; la legislatura o la municipalidad no pueden renunciar, para ellas o para sus sucesores, al ejercicio de este derecho cuando la necesidad y la conveniencia pública exigen su aplicación. Si hubiere intento de renunciar a este derecho mediante contrato, éste podrá reasumirse a voluntad. En consecuencia, tal derecho no puede ser menoscabado".

Los proponentes de que el principio pacta sunt servanda es aplicable a contratos entre Estados y extranjeros, mantienen que la terminación o modificación de aquéllos por el Estado, es per se una violación del Derecho Internacional, aun cuando el Estado actúa de acuerdo con el derecho de dominio eminente que le concede la ley nacional.²³

Sin embargo, no es necesario atenerse a ninguna de estas impli-

^{21. 245} U.S. 20. 1917.

^{22. 166} N.Y.S., 2d. 210.

^{23.} Wehberg: "Pacta sunt Servanda", 53 Am. J. Int'l L'. 775, 786 (1959).

caciones, puesto que la tesis que prevalece en el Derecho Internacional, es la de que el principio pacta sunt servanda no es aplicable a las relaciones contractuales entre los Estados y los extranjeros, quedando restringido a las relaciones entre Estados establecidas mediante tratados u otros convenios internacionales.

De acuerdo con García Amador,²⁴ los pronunciamientos internacionales y judiciales y la mayor parte de los proyectos de codificación claramente mantienen lo antes expresado.

En realidad, es teóricamente imposible que, bajo la doctrina prevaleciente, el principio pacta sunt servanda sea aplicado a contratos entre Estados y extranjeros, puesto que se ha establecido que tales contratos se rijan por el Derecho Nacional (Derecho Público Administrativo) y que, de consiguiente, un Estado tiene el derecho de enmendar o terminar unilateralmente una concesión si el Derecho Nacional así lo contempla.²⁵

Sin embargo, en años recientes, especialmente a partir de la terminación del convenio de concesión de Irán con la Anglo-Iranian Oil Company, ha habido un vigoroso intento para modificar la doctrina imperante, mediante la extensión del principio de pacta sunt servanda a los arreglos contractuales entre Estados y extranjeros, el cual contempla que tales convenios han de ser regidos en forma directa, totalmente o en parte, por el Derecho Público Internacional, o por los "principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas" como una fuente del Derecho Internacional, o por algún conjunto de leyes distinto al Derecho Nacional de un país particular.

Se ha pensado, pues, que el principio se extiende, por analogía, de los acuerdos internacionales a los instrumentos que se alegan han sido internacionalizados. Tal cláusula se encuentra en la mayoría de los convenios petroleros del Medio Oriente.

En principio, parecería que no hay base suficiente para mantener tal cosa. En consecuencia, en el litigio anglo-iranio, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que el convenio de concesión anglo-iranio no era un tratado internacional sino una simple concesión privada, la cual "no

^{21.} Ver García Amador: "Second Report on International Responsibility", p. 36, and "Fourth Report", pp. 37, 69, 81, 82, Yearbook of the International Law Commission, 1957, 1959, Vol. II.

^{25.} Serbian Loan Case, P.C.K.J., Series A, Nos. 20, 21, p. 41. Electricité de France, Conseil d'Etat, july 16, 1952, Official Reports, p. 380.

regula en modo alguno las relaciones entre ambos gobiernos o cualesquiera materias que conciernen directamente esos gobiernos".26

Existe, por otra parte, la doctrina tradicional de que aun cuando las cláusulas internacionalizadas estén presentes, no se debe estimar que ha habido violación del Derecho Internacional mediante el incumplimiento de tales contratos. Que un Estado soberano puede renunciar a ciertas de sus atribuciones mediante tratado, aun cuando no pueda hacer lo mismo mediante contrato, claramente se desprende del hecho de que los Tribunales norteamericanos uniforme y categóricamente han negado obligatoriedad a los compromisos contraídos por un Estado, mediante contrato, de no ejercer el poder de policía, en tanto que la Corte Permanente Internacional de Justicia ha mantenido que la violación de tal compromiso en un tratado, es una infracción del Derecho Internacional. Sin embargo, cuando las reglas del Derecho Internacional se incorporan, como referencia, en una concesión, éstas se transforman en cláusulas contractuales y tienen validez como tales y no como Derecho Internacional, por lo cual su infracción no constituye una violación del Derecho Internacional.

De lo contrario, un solo Estado podría, en colaboración con una entidad privada o compañía, crear nuevo Derecho Internacional, el resultado de lo cual sería contrario a los conceptos básicos del Derecho Internacional (de acuerdo con los cuales tal Derecho puede sólo ser creado por el uso general que comprende muchos Estados o mediante tratado).

Un punto de vista similar ha sido claramente formulado por Wengler.27

Jessup 28 habla de convenios entre Estados o individuos y Estados extranjeros, que pueden "ser contratados en relación con el Derecho Internacional o Nacional". Parece ser que la cuestión de cuál es el Derecho que rige la interpretación de un convenio "internacional", no debería ser confundido con la cuestión de si el acuerdo deriva su obligatoriedad de un mandato legal internacional o de un mandato legal nacional o de un Estado determinado. "Los convenios de los Estados con individuos extranjeros o compañías privadas nunca pueden versar sobre materias que el Derecho Internacional reserva para convenios entre Estados; ellos de-

^{26.} ICJ Reports 93 (1952).

^{27. &}quot;Agreements of States with other Parties than States in International Relations", 8 Revue Hellenique de Droit International, 113 (1955).

^{28.} A Modern Law of Nations, New York, 1950, pp. 131-139.

436 JESUS NOGUERA MORA

rivan siempre su obligatoriedad del Derecho Nacional y de un Estado", dice Jessup.

McNair²⁹ cree que bajo acuerdos celebrados entre Estados y personas privadas que prevean la aplicación de los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas, el Derecho aplicable no es el Derecho Internacional Público, aun cuando este último haya dado origen a estos principios.

MacNair basa sus argumentos al respecto, en la circunstancia de que el Derecho Internacional Público no es apropiado a dichos convenios, puesto que el sistema de Derecho Internacional es aplicable solamente entre Estados, y aun cuando la parte privada está bajo protección del Derecho Público Internacional.

En conclusión, parece que ni bajo el principio pacta sunt servanda, ni en ningún otro caso, puede mantenerse que el Estado infringe el Derecho Internacional al ejercer su derecho de "dominio eminente", a fin de terminar o modificar una concesión otorgada a un extranjero, o al tomar la propiedad de un extranjero, derogando una promesa de no hacerlo.

PREMISA III. Un Estado soberano no está obligado a respetar sus compromisos contractuales cuando éstos resultan contrarios al interés nacional.

El Derecho Internacional, como cualquier otro derecho, debe servir como instrumento de desarrollo social y económico. Cuando se convierte en una barrera para el progreso social, deberá ser modificado. Parece que el poder que los Estados tienen para determinar libremente su destino económico, debiera ser reforzado más bien que debilitado, puesto que puede demostrarse que una mayor intervención del Estado es necesaria para lograr el progreso económico.

En tiempos de gran desequilibrio social y económico, el poder del Estado, para intervenir la propiedad y los derechos de la propiedad nacional o extranjera, debería ser aumentado, no disminuido, especialmente en países en proceso de desarrollo económico, donde son indispensables reformas fundamentales. Al mismo tiempo, por supuesto, es esencial salvaguardar los derechos democráticos y la libertad individual.

Las llamadas naciones menos desarrolladas del mundo reconocen que sólo podrán alcanzar el crecimiento económico y un nivel de vida

 [&]quot;The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations". Brit. Yb. Int'l 1. 1-10 (1957).

más elevado, mediante la industrialización y la modernización global de sus sistemas económicos. Para obtener la tasa óptima de desarrollo, los países en proceso de avance económico deben explotar al máximo sus recursos naturales. Dichos países están conscientes de que estos objetivos pueden lograrse únicamente mediante el incremento de la corriente internacional de capital, tanto público como privado.

Sin embargo, estas naciones son contrarias al ingreso de capital, en términos que puedan intensificar los males económicos y sociales que tratan de erradicar. Desean protegerse contra el intervencionismo de las compañías extranjeras y sus respectivos gobiernos, en los asuntos políticos y económicos de orden doméstico.

El deseo general de desarrollo económico ha sido intensificado por dos tendencias significativas. La primera de éstas es el incremento en el número de naciones políticamente independientes. Esta circunstancia ha creado la necesidad perentoria de desarrollo e industralización, debido al deseo de los gobiernos de utilizar la independencia política para fomentar el bienestar de sus respectivos pueblos.

La segunda tendencia es la de acelerar el ritmo de las innovaciones científicas, lo cual se refleja en un rápido desarrollo tecnológico e industrial que ha hecho posible, por primera vez en la historia, la realización de los objetivos económicos.

Recientemente se ha expresado que "es evidente que en la medida en que un Gobierno desee la inversión extranjera y el inversionista extranjero decida hacer tal inversión, son esenciales las seguridades de que no habrá interrupción en la actividad y de que prevalecerán la mutua buena voluntad y buena fe, a fin de garantizar que los derechos adquiridos serán respetados y las obligaciones fielmente cumplidas".³⁰

Una vez que ha sido aceptado que los convenios de concesión los lleva a cabo el Estado como autoridad pública, no debería haber duda de que el Estado tiene el derecho de abrogarlos o enmendarlos unilateralmente. En otras palabras, el derecho a revocar o abrogar el acto del Estado es una regla válida de Derecho Público.³¹

^{30.} Trabajo presentado por Mr. Fuad Rouhani, bajo el título "International Agreements and Contracts in the Field of Petroleum", First Inter-Regional Seminar on Techniques of Petroleum Development, patrocinado por las Naciones Unidas en New York, del 23 de enero al 21 de febrero de 1962, p. 50.

^{31.} Ver Jeze: Les principes généraux du droit administratif, 3e Ed. I, p. 178, and Delbez: La revocación des actes administratifs. R.D.P. 1928, p. 463.

JESUS NOGUERA MORA

Es privilegio de la función administrativa que una vez que el Gobierno fomula una decisión, podrá hacerla valer contra todos en virtud de la acción de oficio.³²

Es bien sabido que a pesar de las previsiones contractuales en contra de la terminación prematura de los Convenios, tales terminaciones han tenido lugar en ciertos casos, y consecuencialmente, han promovido muchísimas discusiones y controversias teóricas sobre la materia, las cuales aún continúan hoy día.

"A comienzos del siglo, y a partir de una serie de fricciones y desacuerdos entre el Estado y los concesionarios, surgió el sentimiento entre los países otorgantes de que los concesionarios algunas veces usaban sus derechos adquiridos en una forma que resultaba incompatible con los derechos financieros nacionales y con los privilegios e intereses del país otorgante".

"Los estados otorgantes comenzaron a preguntarse si en tales circunstancias deberían considerarse indisolublemente atados por los términos de los convenios suscritos. México, en 1917, dio los primeros pasos en este sentido, emprendiendo la revisión completa de las concesiones normalmente válidas. Esto envolvió al Gobierno de México en una larga e integrada disputa con los Estados Unidos, pero eventualmente la situación que había surgido fue aceptada como corolario de soberanía nacional, y el petróleo fue nacionalizado en México en 1938, sujeto a pago compensatorio cuyos términos fueron estipulados en 1943. Irán fue el siguiente país en cuestionar un convenio de concesión y en 1932, después de cinco años de negociaciones infructuosas con el concesionario, la Anglo-Persian Oil Co., canceló la concesión. Sin embargo, el conflicto fue pronto solucionado mediante la renegociación y revisión de la concesión. Un nuevo y más trascendental reto concerniente a la validez de una concesión, fue hecho también por Irán, después de la Segunda Guerra Mundial, cuando dicho país anuló el Convenio Petrolero con la Anglo Iranian y nacionalizó la industria en 1951. La disputa que tuvo lugar por este motivo entre el gobierno y esa compañía, permaneció en pie más de tres años, pero eventualmente fue arreglada sobre la base del reconocimiento del derecho de un Estado soberano a nacionalizar una industria mediante pago compensatorio. Otros Estados han considerado necesario, en defensa de sus intereses nacionales, librarse de ciertas obligaciones contractuales o someterlas a revisión, a fin de sustituirlas por nuevas previsiones más en armonía con las cambiantes circunstancias". 38

^{32.} Laubadére: Traité élementaire de droit administratif, París, p. 172, 2me Ed. 1957. 33. Ver Rouhani: obra citada, p. 51.

Dado el estado de conciencia política que existe actualmente, parece poco probable esperar que las naciones en proceso de desarrollo económico acepten cambios en el Derecho Internacional desfavorables a sus actuales derechos legales. El Derecho Internacional reconoce el derecho que tiene cada país de organizar su economía nacionalizando cualquier propiedad ubicada dentro de sus fronteras (lo cual incluye el derecho a terminar, enmendar o modificar concesiones), y mantiene que el ejercicio de estos derechos con respecto a extranjeros no entraña violación del Derecho Internacional, a menos que tales acciones sean tomadas infringiendo obligaciones contraídas mediante tratado o no tengan una finalidad pública, o sean injustificadamente discriminatorias.

La Secretaría de las Naciones Unidas hizo una recopilación en apoyo de este último concepto en el excelente estudio titulado "The Status of Permanent Sovereignty over Naturall Wealth and Resources", preparado por la Comisión de las Naciones Unidas en relación a Soberanía Permanente sobre Recursos Naturales.

Tal vez el más sorprendente esfuerzo para limitar el control de un Estado sobre sus relaciones contractuales con extranjeros, se encuentra en la teoría, recientemente promovida con especial vigor, de que los Estados violan el Derecho Internacional cuando incumplen sus contratos con un extranjero, al igual que cuando incumplen las obligaciones contraídas mediante tratado con otro Estado. Existe una clara relación entre esta teoría y la promovida en el caso de la nacionalización del Canal de Suez.³⁴

En otras palabras, parece como si el argumento fuera, que si no es posible para un concesionario demostrar exitosamente que su concesión tiene las características de un tratado, éste entonces argumentaría que su concesión debería ser considerada como si fuera un tratado, de modo que su incumplimiento equivaldría a una violación del Derecho Internacional como ocurre con los tratados.

Sin embargo, resulta claro que no existe base para tal posición. Ello equivaldría a un intento de extender la doctrina de pacta sunt servanda como principio de Derecho Internacional a contratos entre Estados y extranjeros. En la premisa II de este estudio se ha demostrado que el principio de pacta sunt servanda en Derecho Internacional está completamente restringido a las relaciones entre Estados.

Ver Martin Domke: "Foreign Nationalizations. Some Aspects of Contemporary International Law", The American Journal of Int. Law, Vol. 55, No 3, july 1961, p. 594.

JESUS NOGUERA MORA

La práctica diplomática y los litigios internacionales han aceptado casi como un dogma la idea de que el mero incumplimiento de un Estado de sus obligaciones contractuales frente a un individuo extranjero, no da lugar, necesariamente, a responsabilidad internacional. Algunos autores, aunque reconocen esto, argumentan que, no obstante, el principio pacta sunt servanda puede ser extendido en Derecho Internacional a arreglos contractuales entre Estados y extranjeros, siempre que tales contratos contengan la llamada "Cláusula de Internacionalización", a saber, una disposición según la cual éstos se regirán, en todo o en parte, por el Derecho Internacional Público o por los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

440

Este argumento tampoco tiene justificación legal, ya que el Derecho Internacional sólo puede ser creado por Estados, bien sea mediante el uso general que envuelva un cierto número de Estados o mediante tratado entre dos o más Estados. Un contrato entre un Estado y un extranjero deriva su obligatoriedad del Derecho Nacional y las sanciones del Derecho Internacional no le son aplicables ni aun en el caso de que las partes así lo quisieran.

Si, como se ha sugerido, la "Cláusula de Internacionalización" o la aplicación del principio pacta sunt servanda a los convenios de concesión tuviera el efecto de hacer ilegal una expropiación que de otro modo sería considerada legal según el Derecho Internacional, esto significaría que un Estado podría alienar su derecho soberano de dominio eminente con respecto a los extranjeros.

Esto demuestra lo inapropiado del efecto propuesto, pues tal resultado sería contrario a la ley establecida en muchos países (tales como Inglaterra, los Estados Unidos y Francia, donde el derecho a expropiarse se considera inalienable y cuyas Cortes Supremas han mantenido invariablemente que tales convenios son nulos).

Para expresarlo simplemente, el propósito para el cual el gobierno existe, al servicio del pueblo, requiere que cuando las circunstancias lo exijan, los Gobiernos deben ser liberados de sus obligaciones contractuales y tener la facultad de rescindirlas. Tan avasallador es este requerimiento, que está por encima de las disposiciones constitucionales.

Las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos son demostración palpable de esto, aun cuando la inviolabilidad de los contratos tiene el respaldo constitucional, especialmente en la Quinta y la Décima Cuarta Enmiendas. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha señalado que la existencia de los Estados tiene como objetivo el bienestar de los pueblos y, en consecuencia, deben permanecer libres para el logro de tales propósitos,³⁵ por lo cual el derecho gubernamental de autoprotección no puede enajenarse por contrato.³⁶

El criterio legal del Derecho inglés sobre la materia aquí en discusión, aunque dicho derecho se fundamenta en conceptos legales algo diferentes, es en gran parte idéntico. El caso modelo es el de "Rederiaktiegolget Amphitrite versus The King". 37 ... en el cual la Corte dictaminó, en parte, lo siguiente: "... no es correcto que el Gobierno ponga trabas a sus actos ejecutivos futuros, los cuales deben estar determinados, necesariamente, por las necesidades de la comunidad cuando éstas surjan". El sentido del Derecho inglés es que el Estado, o probablemente la autoridad pública, no puede verse impedido por un contrato, en el ejercicio de las funciones esenciales a su existencia y para las cuales se considera fue creado.

De acuerdo con el procedimiento francés, un contrato entre un Estado o Autoridad Pública es considerado como un *contrato administrativo*, donde el interés privado está supeditado al interés público y puede ser anulado o alterado mediante acción legislativa o administrativa.

En consecuencia, parece claro que un Estado soberano puede, a voluntad, ejercer su acción mediante acción legislativa o administrativa, en forma tal, que directa o indirectamente, altere o anule, en parte o totalmente, algunos de los convenios de concesión existentes (en la medida en que tales acciones se tomen de buena fe, esto es, en favor del interés público).³⁸

El Derecho Internacional reconoce, en su más amplia acepción, el derecho de policía del Estado, independientemente de los derechos patrimoniales implicados o de la nacionalidad de la persona investida con tales derechos patrimoniales. Este reconocimiento internacional ha sido confirmado en innumerables ocasiones en la práctica diplomática y en las decisiones de las Cortes de Justicia y de las Comisiones Arbitrales. Y más recientemente, en declaraciones y conferencias de organizaciones internacionales.

Como en "Mugler 1s. Kansas" (1887), and 123 U.S. 623, 669; and "Douglas 1s. Kentucky" (1897), 168 U.S. 488.

^{36. &}quot;New York and New England Railway vs. Bristol" (1894), 151 U.S. 556, 567.

^{37. &}quot;Rederiaktiaktiebolaget Amphitrite vs. The King" (1921), 3 I. B. 500.

^{38.} Ver trabajo presentado por Frank Hendryx al Primer Congreso Petrolero Arabe, en El Cairo, abril, 1959, bajo el título A Sovereign Nation's Legal Ability to Make and Abide by a Petroleum Concession Contract.

442 JESUS NOGUERA MORA

Este derecho ha sido tradicionalmente considerado como poder inherencia a la soberanía del Estado y dentro de la jurisdicción que el Estado tiene sobre todas las personas y cosas de su territorio, o como el llamado "derecho de autoconservación". En relación con los países "en proceso de desarrollo", la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró que el "derecho de los pueblos a usar y explotar libremente sus riquezas y recursos naturales, es inherente a su soberanía y está de acuerdo con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas".

Por otra parte, no es el derecho del Estado a abrogar o modificar sus contratos, lo que crea incertidumbre o controversia en el Derecho Internacional, sino las circunstancias bajo las cuales el Estado puede actuar lícitamente. Las reglas que rigen la compensación o las pérdidas causadas por la expropiación son los aspectos del Derecho Internacional que permanecen sin arreglarse. En otras palabras, desde el punto de vista internacional, la compensación es indudablemente el punto crucial en materia de expropiación por interés público.

Es importante, al considerar la cuestión de la compensación, determinar si es una regla de Derecho Internacional que la expropiación de la propiedad extranjera obliga al Estado a indemnizar al propietario, y si lo es, por cuál ley se rige la obligación.

El problema no es meramente determinar si tal obligación internacional existe o no; consiste también —y tal vez principalmente— en determinar la ley por la cual se rige.

Es necesario averiguar en qué medida la obligación, si se comprueba que hay tal, está regulada por el Derecho Internacional y en qué medida a la Ley Nacional le corresponde fijar el monto de la compensación y el tiempo y la forma de pago.

Aunque parezca ilógico sugerir que una obligación establecida por el Derecho Internacional puede estar regida por otras disposiciones legales, el fenómeno no es raro de encontrar al examinar las relaciones orgánicas y funcionales existentes entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional. El problema radica, simplemente, en determinar el campo de aplicación de los dos sistemas legales en relación con la obligación de pago de la compensación.

Sin embargo, es necesario examinar primero, si el Derecho Internacional impone a los Estados el deber de pagar compensación a los extranjeros por expropiación de bienes. En opinión de algunos autores la respuesta es negativa. Strupp, por ejemplo, opina que "no hay regla del

Derecho Internacional consuetudinario que prohíba que un Estado tome la propiedad de los nacionales de otro Estado, con o sin compensación, siempre que, al hacerlo así, el Estado expropiador no establezca ninguna diferencia de tratamiento o alguna desigualdad entre sus propios nacionales y los extranjeros (en ausencia de un tratado, un tratamiento igual al que se da a los nacionales, es lo más que un extranjero puede pedir) y que tal medida no esté de hecho ni de derecho contra los extranjeros en general o contra algunos extranjeros en particular por el solo hecho de ser extranjeros". 39

Kaeckenbeek ha expresado el punto de vista siguiente: "...la abolición legislativa de un derecho adquirido no da lugar a que surja, invariablemente, un derecho de compensación", y que "...por lo tanto, es necesario inquirir si el Derecho Internacional posee un Estatuto o norma que pueda utilizarse para determinar los casos en los cuales el pago de la compensación es esencial". Kaeckenbeek llega a la conclusión de que la única regla o norma realmente reconocida es el principio de no discriminación. Otros autores también están de acuerdo con este punto de vista. 41

Después de la Primera Guerra Mundial han surgido ciertas tendencias que han destruido al consenso anterior. Como resultado de estas tendencias se encuentran diferencias, en algunos casos muy esenciales, en el Derecho Comparado. Partiendo de ese punto de vista, podemos catalogar en tres categorías el sistema de Derecho Nacional:

- 1) Un primer grupo de Estados que continúan adhiriéndose esencialmente a los principios del liberalismo económico, para los cuales la expropiación en favor del interés público es lícita siempre que se pague compensación;
- 2) Un segundo grupo de Estados para los cuales, por haber dado más importancia a la función social de la propiedad, la compensación ya no es considerada como elemento esencial de la expropiación, y
- 3) Un tercer grupo consistente de Estados que tienen una economía socialista dentro de la cual la propiedad de los medios de

^{39. &}quot;Le litige roumano-hongrois concernant les optants hongrois en territoire roumain", en La réforme agrarie en Roumanie (1927), p. 450.

^{40. &}quot;La Protection Internationale des droits acquis", en Recueil des cours de l'Académie de Droit International (1937), Vol. 59, pp. 360-362.

^{41.} Ver por ejemplo, Friedman: Expropriation in International Law (1953), pp. 3 and 204; N. Doman: "Compensation for Nationalized Property in Post War Europe", The International Quarterly Review (july 1950), Vol. 3, p. 324.

444 JESUS NOGUERA MORA

producción ha sido trasferida al Estado, siendo la propiedad privada reducida al mínimo, y donde la compensación ha perdido completamente su carácter obligatorio, quedando totalmente sujeta a la voluntad o discreción del Estado. 12

Hasta qué punto la obligación de pagar compensación está regida por el Derecho Internacional y en qué medida compete a la Ley Nacional fijar el monto de la compensación y el tiempo y la forma de pago, es de especial importancia. En realidad, es la única cuestión que, frecuentemente, da origen a serias dificultades.

Sin detrimento de la validez y efectividad tradicional del principio, pueden admitirse excepciones. Una excepción que parecería completamente justificada sería la de la expropiación de bienes adquiridos mediante la Ley Nacional, que no contempla compensación o la deja totalmente a discreción del Estado.

Un extranjero que hace una inversión en tales circunstancias queda sujeto a las previsiones de la Ley Nacional y acepta como válida en Derecho Internacional cualquier acción que sea tomada por las autoridades competentes del Estado, de conformidad con esas previsiones.

La obligación de pagar compensación puede haber sido adecuada, en el caso de toma de propiedad individual que envuelvan tendencias relativamente pequeñas, las cuales no tengan mayor importancia para la economía nacional y cuyo pago no constituye un severo drenaje para el tesoro nacional. Por otra parte, el uso de la facultad de nacionalizar, a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, ha sido ejercido en favor de cambios económicos y sociales arrolladores. El intento de dar validez legal a una obligación compensatoria, interferiría con el derecho soberano de emprender reformas sociales, puesto que impondría una obligación que tal vez no podría cumplirse o que podría ser una pesada carga para el Presupuesto Nacional.

En consecuencia, la esencia del asunto es de naturaleza práctica y está relacionada con la capacidad de pago de los Estados que acometen la nacionalización. Considerada en estos términos, la cuestión radica en ver cuánto puede el Estado pagar razonablemente, más bien que en imponerle una obligación de pago.

^{42.} Ver M. Brandon: The Record in the United Nations of Members States on Nationalization (1958), trabajo presentado a la Conferencia 58 de la Asociación de Derecho Internacional.

En general, los convenios compensatorios de la postguerra no contemplan ni la compensación total ni el pago inmediato. Uno de los primeros jurisconsultos en mantener que la obligatoriedad de pagar una compensación total podría, en la práctica, traer como consecuencia la interferencia en los proyectos de reforma haciendo imposible su realización, fue el juez Lauterpacht.⁴³

Otros autores son más explícitos en esa materia y mantienen que la capacidad de pago de un Estado expropiante, es uno de los factores más importantes que debería tenerse en cuenta al estipular el monto, el tiempo y la forma de compensación.⁴⁴

En conexión con esto, puede añadirse que, al resolver el problema, es necesario tomar en cuenta no sólo consideraciones de orden jurídico, sino también de equidad y de carácter práctico, técnico y político.

El alegato de "imposibilidad" es de gran importancia, pues si se desea ser consistente con la idea que da legitimidad al principio de expropiación en general —es decir, que el interés privado, nacional o extranjero, debe subordinarse al interés de la comunidad—, sería injusto privar a los Estados menos ricos en proceso de desarrollo económico, de la facultad de explotar directamente sus recursos naturales.

^{43.} Ver Oppenheimer-Lauterpacht: International Law, 8º Ed. (1955), Vol. I, p. 352.

^{44.} Ver por ejemplo, Lapradelle: "Les effects internationaux des nationalisations". Institut de droit international, Annuaire (1950), Vol. I, p. 69; and Guggenheim, "Les principes de droit international public". Recueil des courts de l'Académie de droit International (1952 I), Vol. 80, p. 128.

ANALISIS DE LA RESOLUCION Nº 148 DEL 21 DE MARZO DE 1978 DEL MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS

(Normas para el Otorgamiento de Concesiones Mineras)

GERMAN ACEDO PAYAREZ

SUMARIO

I. Introducción. II. Análisis del artículo 11 de la Ley de minas: 1) Texto de la norma legal. 2) Excepción al régimen del denuncio minero. 3) Campo de aplicación de la figura.
4) Mineral reservado (Formas de Explotación). 5) Zona reservada. 6) Sistema dominial vs. sistema regalista. 7) Atribución exclusiva del Ejecutivo Nacional. 8) Consecuencia del ejercicio de la facultad contenida en el artículo 11 de la del ejercicio de la facultad contenida en el articulo 11 de la ley de Minas. III. Análisis del Decreto Ejecutivo Nº 2.039, del 15 de febrero de 1977. 1) Texto del Decreto en referencia. 2) Consecuencias legales del Decreto en el Derecho Minero venezolano. a) En cuanto al "libre aprovechamiento minero". b) En cuanto a los "permisos de exploración exclusiva". c) En cuanto a la figura legal del "descubridor". d) En cuanto to al principio de la unidad de la concesión minera o de la accesión minera. 3) Razón de ser de las consecuencias anteriormente anotadas. 4) Parte motiva del Decreto. 5) Parte Dispositiva del Decreto Su análisis. a) Exploración y Explotación. b) Extensión del Decreto. c) Diversos tipos de yacimientos. d) Requisitos a ser considerados por el Ejecutivo Nacional. e) Naturaleza de esos "requisitos" o "aspectos". f) Situación legal de los denuncios en curso. IV. Análisis de la Resolución Nº 148, del 21 de marzo de 1978, del Ministerio de Energía y Minas ("Normas para el Otorgamiento de Concesiones Mineras"). 1) Fundamento legal de la resolución. 2) Alcance de la resolución. 3) Permisos de prospección. 4) Nuevo régimen tributario establecido por la resolución. 5) Aspecto tecnológico en la resolución. 6) La figura de la reversión minera en la resolución. V. Conclusiones.

INTRODUCCION

En la Gaceta Oficial del jueves 6 de abril de 1978 (Número Extraordinario 2:210), apareció publicada la Resolución Nº 148, expedida el día 21 de marzo de 1978, por la Dirección General Sectorial de Mi-

448 GERMAN ACEDO PAYAREZ

nas y Geología y por cuyo intermedio fueron dictadas las llamadas "Normas para el otorgamiento de concesiones mineras", que nos proponemos estudiar en este ensayo.

El estudio de dichas Normas presupone, a nuestro entender, el examen, por breve que sea, en primer lugar, del artículo 11 de la Ley de Minas y, en segundo lugar, del Decreto Ejecutivo Nº 2.039, del 15 de febrero de 1977.

Al procederse así, ello nos allanará el camino y facilitará la comprensión de las susodichas "Normas para el Otorgamiento de Concesiones Mineras", de tar reciente expedición por el Ejecutivo Nacional.

Finalmente, se incluyen una serie de "Conclusiones".

II. ANALISIS DEL ARTICULO 11 DE LA LEY DE MINAS

1) Texto de la norma legal

El texto íntegro de dicha norma es el siguiente: "El Ejecutivo Nacional podrá reservar, mediante Decreto que se publicará en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, la exploración y explotación de todas las sustancias a que se refiere el Artículo 2º o de algunas de ellas, en todo el territorio nacional o en la zona o zonas que se determinarán en el respectivo Decreto. No podrán hacerse denuncios de las sustancias que hayan sido o fueren objeto de la reserva en los territorios o zonas que ella comprende. El otorgamiento de concesiones respecto de tales reservas podrá hacerse con arreglo a lo dispuesto en el Libro Tercero de esta Ley". 1

2) Excepción al régimen del denuncio minero

Las "zonas reservadas" constituyen una importante excepción al régimen del denuncio contemplado con carácter general en los artículos 2° y 33 de la Ley de Minas.

Información adicional sobre el particular puede obtenerse en nuestro ensayo intitulado "Reserva Constitucional, Reserva Nacional, Zona Reservada y Concesiones Reservadas", publicado en las pp. 106 y ss. del Tomo 42 de Repertorio Forense (Primer Trimestre de 1977), en el cual se exponen las características o notas fundamentales atribuibles a cada una de las nombradas cuatro figuras básicas del Derecho Minero y Petrolero venezolano.

3) Campo de aplicación de la figura

Las "zonas reservadas" tan sólo tienen cabida en la Ley de Minas; en la legislación de hidrocarburos no existe una figura equivalente ni similar.

4) Mineral reservado (Formas de explotación)

Mineral reservado es aquel cuya exploración y explotación sólo pueden hacerse mediante el empleo de alguna de estas dos alternativas o posibilidades legales:

- a) Directamente por el Ejecutivo Nacional (Parágrafo Segundo del Artículo 2º de la Ley de Minas).
- b) Mediante alguna de las tres categorías de concesiones previstas en el Libro Tercero de la Ley de Minas (artículo 11, ejusdem).

5) Zona reservada

"Zona reservada" denota una extensión geográfica: el área dentro de cuyos linderos la exploración y la explotación de alguna sustancia, que fue originalmente denunciable, constituye el objeto de la reserva; en su perímetro se encuentran localizados los minerales o sustancias reservados por el Decreto que al efecto hubiere expedido el Ejecutivo Nacional en uso de las facultades otorgadas por el citado artículo 11.

6) Sistema dominial vs. sistema regalista

Como sabrá comprenderse, en la medida que el Ejecutivo Nacional haga uso de la importante facultad contenida en esta norma, el régimen "regalista" (caracterizado fundamentalmente por la concesión de otorgamiento forzoso obtenible mediante denuncio) irá dejando de tener aplicación; y si se hace uso in extenso. total de la facultad, desaparecería totalmente el sistema regalista, dando paso a una concepción dominial, dominical que llaman algunos como Aguerrevere, notoria por la concesión de otorgamiento facultativo, no obligatorio que es justa y precisamente la que predomina entre nosotros a partir del 15 de febrero de 1977.

7) Atribución exclusiva del Ejecutivo Nacional

Consideramos esencial destacar que, en nuestra opinión, compete exclusivamente al Ejecutivo Nacional juzgar, en cada caso en particular, cuáles son las razones concretas y determinadas que hacen aconsejable

que se proceda a dictar la trascendental medida: importancia económica, estratégica, etc., de algún o algunos minerales, su rareza, reducido número de yacimientos conocidos, posibilidad de extinción o de agotamiento del recurso, etc.

8) Consecuencia del ejercicio de la facultad contenida en el artículo 11 de la Ley de Minas

Finalmente, observamos que el ejercicio de la facultad otorgada por el artículo 11 del cual se trata, se traduce, pura y simplemente, en el sometimiento de un cierto y específico mineral que en principio era susceptible de *aenuncio*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley de Minas, y cuyo otorgamiento en concesión era ineludible al primero que le hubiere denunciado (artículo 33 ejusdem), a un régimen de concesiones diverso y muy especial cuyo otorgamiento es discrecional para el Ejecutivo Nacional (artículos 174 y siguientes ejusdem), quien si así lo desea, puede proceder a explotarlo directamente."

Hasta ahí llega o alcanza la facultad contenida en la norma que estudiamos ahora; la consecuencia del ejercicio de la facultad es, una y exclusivamente, desde un punto de vista estrictamente jurídico, la que hemos anotado en el párrafo precedente.

- III ANALISIS DEL DECRETO Nº 2.039, DEL 15-2-77
- 1) Texto del Decreto en referencia

El texto completo del aludido Decreto³ es el siguiente:

"Decreto número 2.039 - 15 de febrero de 1977.

"En ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 11 de la Ley de Minas, en Consejo de Ministros;

"Considerando:

"Que el Ministerio de Minas e Hidrocarburos ha realizado estudios geológicos que permiten presumir la existencia de valiosos recursos minerales en el territorio nacional, por lo cual es necesario efectuar una

^{2.} Lo que ha de entenderse por "explotación directa" puede consultarse en el punto III (5°) y en la cita N° 14 de nuestro ensayo "Nueva Clasificación de las Minas", publicado en el Diario N° 3.852, de fecha 22-6-77, de Repertorio Forense.

Este Decreto del 15-2-77 fue objeto de comentarios nuestros publicados en la p. 1-4 del diario El Universal, en sus ediciones correspondientes a los días 24-2-77, y 8-3-78.

evaluación exhaustiva de esa riqueza para determinar el potencial de ella, y así programar la forma racional de la explotación para su mejor aprovechamiento;

"Considerando:

"Que es conveniente al interés nacional que dicha explotación se efectúe en consideración a la clase de mineral que se requiere para el desarrollo industrial del país, a las ventajas económicas para el Estado que ofrezcan los aspirantes a explotarlos, idoneidad de éstos y al suministro de tecnología para la industria minera, cuya mejor realización se logra mediante el ejercicio directo de la explotación por el Ejecutivo Nacional, o mediante otorgamiento de concesiones facultativas.

"Decreta:

"Artículo 1º Se reserva la exploración y explotación en el territorio nacional, de todos los minerales a que se refiere el artículo 2º de la Ley de Minas que no hubieren sido reservados previamente.

"Artículo 2º El Ejecutivo Nacional tendrá en consideración para el otorgamiento de las concesiones facultativas a que se refiere el artículo 11 de la Ley de Minas, respecto del aspirante a obtenerlas, los siguientes aspectos:

- "1. Idoneidad técnica y capacidad económica.
- "2. Obligación de manufacturar o refinar el mineral en el país.
- "3. Régimen tributario satisfactorio para el Fisco Nacional.
- "4. Suministro de tecnología a la industria minera y transferencia de ella a favor del país.
- "5. Obligación de revertir los bienes a la Nación, a la extinción de la concesión, cualquiera sea su causa.
- "6. Cualquiera otra ventaja especial que se considere conveniente para la mejor protección de los intereses mineros nacionales.

"Artículo 3º Quedan sin efecto los denuncios que actualmente cursan en el Ministerio de Minas e Hidrocarburos.

"Artículo 4º El Ministro de Energía y Minas queda encargado de la ejecución del presente Decreto".

2) Consecuencias legales del Decreto en el Derecho Minero venezolano

Las consecuencias más importantes del mencionado Decreto son, o han debido ser, las siguientes:

A) En cuanto al "libre aprovechamiento minero"

Ha debido cesar (en la práctica no ha ocurido así) el "libre aprovechamiento" realizado por los lavadores de arenas, explotadores de "barrancos", etc.

- B) En cuanto a los "permisos de exploración exclusiva"
- El Ejecutivo Nacional, por órgano del Despacho de Energía y Minas, está impedido de conferir nuevos "permisos de exploración exclusiva".
 - C) En cuanto a la figura legal del "descubridor"

Tampoco puede el nombrado Ministro investir a persona alguna de la cualidad de "descubridor".

D) En cuanto al principio de la unidad de la concesión minera o de la accesión minera

No se puede aplicar el denominado principio de la unidad de la concesión o de la accesión minera.

3) Razón de ser de las consecuencias anteriormente anotadas

La razón principal que explica las cuatro consecuencias arriba anotadas es la siguiente:

A partir del 15-2-77, ya no existieron ni hubo en Venezuela minerales o substancias que pudieren considerarse legalmente como denunciables, toda vez que por medio del citado Decreto, el Ejecutivo Nacional reservó la exploración y explotación de todos los minerales a que se contrae el artículo 2º de la Ley de Minas y que no hubiesen sido previamente reservados mediante otros decretos. Esos minerales a los cuales se contraen los decretos emitidos con base en el artículo 11 de la Ley de Minas, fueron hasta la fecha de expedición del respectivo Decreto denunciables por los particulares.

Como decimos en otro lugar (p. 272, cita Nº 11 de la Revista Nº 23 de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrês Bello), el Decreto Nº 2.039,

Y es el caso que todas esas figuras, todos esos conceptos, todos esos mecanismos, a saber: a) el "libre aprovechamiento" (artículos 44 y siguientes de la Ley de Minas); b) los "permisos de explotación esclusiva" (artículo 116 y siguientes eiusdem); c) los "descubridores" (artículos 32 y 132 eiusdem), y d) el principio de la unidad de la concesión o de la accesión minera (artículos 21 y 22 eiusdem), que no ha de confundirse con el principio de la indivisibilidad de la mina o concesión (artículo 15 eiusdem), se refieren —todos ellos—, a minerales sometidos al artículo 2º de la Ley de Minas, valga decir, que pueden ser objeto de denuncio: y ocurre que, reiteramos en procura de la mayor claridad y exactitud posibles, a partir del 15-2-77 y por fuerza del Decreto que nos ocupa, dejaron de existir entre nosotros minerales denunciables."

4) Parte motiva del Decreto

El Decreto está precedido de una parte motiva o Exposición de Motivos.6

5) Parte dispositiva del Decreto. Su análisis

La parte dispositiva del mismo ofrece las siguientes notas:

- a) Exploración y explotación: la medida abarca tanto la exploración como la explotación de las substancias.
- b) Extensión del Decreto: recae sobre todos los minerales que no hubieren sido objeto de anterior reserva.

del 15-2-77, abolió, de un plumazo, "el tradicional sistema «regalista» existento de antiguo en nuestra legislación minera, acentuándose el intervencionismo estatal que prevalece en Venezuela..." y dándose paso a la vigencia casi total y absoluta de un sistema dominial.

^{5.} Nos llama la atención, en alto grado, que no obstante las expresadas consecuencias derivadas del Decreto del 15-2-77, para cuya expedición el Ejecutivo Nacional estaba amplia y suficientemente autorizado por la facultad que expresa y exclusivamente le otorga el artículo 11 de la Ley de Minas, no hubiere sido objeto de mayores comentarios, entre los cuales hemos de citar los formulados por nosotros con la celeridad del caso y los cuales aparecen mencionados en la cita 3, ul supra. Nos atrevemos a pensar que, una vez más, no se estaba en pleno ni absoluto conocimiento de las implicaciones legales de inmediata producción que presuponía la medida. Baste pensar, por ejemplo, en las consecuencias sociales, económicas y políticas que hubiere significado ordenar y exigir el riguroso cumplimiento del decreto prohibiéndose la ejecución de las labores de libre aprovechamiento, de las cuales derivan su sustento centenares de personas.

^{6.} La parte motiva del Decreto incurre en una contradicción. En efecto, no alcanzamos a comprender cómo se logran los objetivos ahí previstos cuando la explotación se haga —como bien puede hacerse si así se desea—, en forma directa, esto es, por el propio Ejecutivo Nacional, por órgano del mismo Despacho de Energía y Minas, con sus propios empleados, recursos y demás elementos.

- c) Diversos tipos de yacimiento: abarca todas las minas, criaderos, depósitos o yacimientos existentes en el territorio nacional, independientemente de cuál sea su naturaleza (filón, veta, mantos o capas, aluvión, etc.), y el lugar (terreno baldío, ejido o particular) donde aquéllos se encuentren localizados o ubicados.
- d) Requisitos a ser considerados por el Ejecutivo Nacional: establece una serie de requisitos que el Gobierno Nacional tendrá en consideración a los efectos del otorgamiento de las concesiones mineras a las cuales se refiere el artículo 11 de la Ley de la materia.
- e) Naturaleza de esos requisitos o "aspectos": muchos de esos requisitos ("aspectos", que llama el artículo 2º del Decreto) constituyen auténticas "ventajas especiales", sabio y práctico mecanismo contemplado en el artículo 91 de la Ley de Minas; estas "ventajas especiales" son características de un régimen "dominial" y ninguna cabida ni aplicación tienen en una concepción "regalista".
- f) Situación legal de los denuncios en curso: finalmente, el Decreto ilegalmente, a nuestro juicio, deja sin efecto "los denuncios que actualmente cursan en el Ministerio de Minas e Hidrocarburos".

IV. ANALISIS DE LA RESOLUCION Nº 148, DEL 21-3-78, DEL MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS

1) Fundamento legal de la resolución

Esta resolución, expedida por la Dirección General Sectorial de Minas y Geología del citado Despacho, e inserta en el Nº 2.210 (Extraordinario) de la Gaceta Oficial de fecha 6 de abril de 1978, cita o invoca en su apoyo las siguientes disposiciones legales: los artículos 1 2º del Decreto Nº 2.039, del 15 de febrero de 1977 y el artículo 35 de la recientemente promulgada Ley Orgánica de la Administración Central.

Por intermedio de la susodicha resolución ministerial del 21 de marzo de 1978, han sido expedidas las denominadas por ella misma "Normas para el Otorgamiento de Concesiones Mineras", que parcialmente analizamos de seguida.

2) Alcance de la resolución

a) Se aplicarán estas normas a todas las concesiones previstas en el artículo 174 de la Ley de Minas.

^{7.} En este aspecto, el Decreto incurre en manifiesta ilegalidad. Véase nuestra opinión publicada en la p.1-4 del diario El Universal, en su edición del día 8-3-77.

b) En cuanto fuere posible las normas se aplicarán también a 1 a las concesiones previstas en el artículo 153 del mismo texto legal que habla de las "concesiones reservadas", muy especial tipo de concesiones que jamás pueden ser confundidas con las concesiones en zonas reservadas previstas en los artículos 174 y siguientes eisudem.8

3) Permisos de prospección

Estos permisos, contemplados en el artículo 2º de las Normas, autorizan a sus titulares para buscar minerales, pudiendo hacer, en áreas específicas, las siguientes labores:

- i) "reconocimientos"
- ii) "exámenes generales"
- iii) "cateos preliminares"

Señala el artículo 2º de las Normas, además, que en las labores de prospección no podrán utilizarse equipos ni sistemas "que se consideren propios de la actividad exploratoria o extractiva". De lo ante-

DIFERENCIAS

Permisos de Prospección

a) Versan sobre minerales reservados

- b) Area no mayor de 5.000 hectáreas
- c) Un año de duración prorrogable por una sola vez por igual lapso
- d) No se menciona el número
- e) No se prevé nada al respecto
- f) Otorga mero derecho de preferencia en igualdad de condiciones para obtener la concesión cuyo conferimiento es potestativo
- g) Intrasferible h) Revocable
- i). No se menciona
- j) Exige la indicación del mineral objeto
- del mismo

 k) Presupone autorización del dueño,
 arrendatario u ocupante
- Obligación de presentar al Ministerio informes trimestrales y finales

- Permisos de Exploración Exclusiva
- a) Versan sobre minerales sometidos al artículo 2º de la Ley de Minas, i. e., denunciables
- b) Area no mayor de 2.000 hectáreas
- c) Dos años de duración
- d) Máximo de cinco (5) permisos por solicitante
- e) Causan una contribución anual de Bs. 250,00 por cada 1.000 hectáreas o fracción
- f) Confiere monopolio legal para hacer denuncios durante el lapso otorgado y obtener la concesión cuyo otorgamiento es forzoso
- g) Transferible
- Irrevocable
- i) Permiten ocupación temporal de terrenos particulares
-) No se menciona
- k) No se menciona
- 1) No se menciona

^{8.} Recomendamos revisar el estudio mencionado en el Nº (1), anteriormente citado.

^{9.} Estos "permisos de prospección" se asemejan en cierta medida, a los denominados "permisos de exploración exclusiva", previstos en los artículos 116 y siguientes de la Ley de Minas Consideramos útil comparar ambos permisos:

LEY DE MINAS				REGIMEN TRIBUTARIO DE LA RESOLUCION Nº 148, DEL 21-3-78, DEL MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS*				
1, 2, 3	1mpuesto	Ley de Minas	Tipo de yacimiento o de mineral	MONTO IMPUESTO		IMPUESTO		
Monto				Etapa exploratoria	Etapa de explotación	Incremento	Reducción	
Bs. 0,25/Ha	Exploración	Art. 178 (Parágrafo Unico).	Cualquiera	Bs. 1,00/Ha				
Bs. 0,50/Ha Anuales	Superficial	Art. 84	Aluvión ⁸	ler. año: Bs. 1,00/Ha 2º año: Bs. 2,00/Ha 3º año: Bs. 3,00/Ha ⁵	Bs. 1,00/Ha/Anuales (una vez empezada la explotación).	monto pagado en el año anterior (a pagarse duran-	Iniciada finalmente la ex- plotación, el impuesto se reduce a lo pagado duran- te el último año de vi-	
Bs. 1,00/Ha Anuales	Superficial	Art. 85	Manto/Veta ⁸	1er. año: Bs. 2,00/Ha 2° año: Bs. 2,50/Ha 3° año: Bs. 3,00/Ha 4° año: Bs. 3,50/Ha 5° año: Bs. 4,00/Ha ⁶	Bs. 2,00/Ha/Anuales (una vez empezada la explota- ción).	otorgado en el nuevo tí- tulo de la concesión) una vez transcurridos los pla- zos previstos en el artícu- lo 24 de la Ley de Minas sin haberse empezado la explotación y solicitado la renovación del título (or- dinal 2º del artículo 55 ejusdem).7	gencia del primer título.	
1% del valor comercial en Caracas. 3% del valor comercial en Caracas. 1% del valor en la mina (considerándose los elementos: a) riqueza b) su precio, y c) las clasificaciones del mercado comprador).	Explotación	Art. 87	Oro, plata, platino (y sus asociados). Diamante, otras piedras preciosas. Otros minerales.		3% del valor comercial en Caracas. 6% del valor comercial en Caracas. 6% del valor en la mina (tomándose en cuenta: a) Riqueza; b) Precio; y c) Clasificación del Mercado comprador). El valor del mineral en la misma incluye todos los costos incurridos hasta depositarlo en el vehículo que habrá de sacarlo de los límites de la concesión.		Pueden hacerse reducciones cada tres (3) años, de los porcentajes (%) expresados, en atención al incremento de las reservas probadas a niveles superiores a los calculados en los estudios de factibilidad de la concesión solicitada y presentados por el aspirante a concesionario.9	

- 1. A nuestro juicio, carece de trascendencia el punto de discutir, como lo hace cierta doctrina jurídico-minera venezolana, si estos impuestos de que hablan los artículos 84 y siguientes de la Ley de Minas y 38 y siguientes de la Ley de Hidrocarburos, revisten o no la cualidad de verdaderos y auténticos impuestos. El legislador venezolano tradicional y consuetudinariamente los ha denominado así al considerarlos como tales. Es más, el artículo 7° de la Ley Orgánica que Reservó al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, se refiere a todas esas categorías fiscales como impuestos y contribuciones nacionales; entre ellas están las contempladas en la Ley de Hidrocarburos. El Decreto N° 580, del 26-11-74, por su parte y por cuyo intermedio se nacionalizó "la industria de la explotación de mineral de hierro", contiene una disposición similar a la contemplada en el artículo 7° del texto de los hidrocarburos. En efecto, su artículo 11 se contrae a los "impuestos, tasas y contribuciones nacionales", las cuales, en llo que atañe a la actividad minera son, en parte, los previstos en la Ley de Minas.
- 2. La Ley de Minas contempla el pago de otras contribuciones (incluyendo impuestos instrumentales: timbres fiscales) que no se mencionan en este cuadro, por no guardar relación con el mismo, tales como, por ejemplo, el Impuesto de Explotación correspondiente a los minerales extraídos mediante el sistema del libre aprovechamiento previsto en los artículos 44 y siguientes de la Ley de Minas, etc.
- 3. De conformidad con el artículo 91 de la Ley de Minas, que prevé el régimen de las denominadas ventajas especiales, el Ejecutivo Nacional puede estipular impuestos superiores a los previstos en dicho texto legal y que constituyen un mínimo legal susceptible de ser mejorado mediante el ofrecimiento y ulterior aceptación por el Ejecutivo Nacional de las "ventajas especiales".
- 4. La Resolución Nº 148, del 21-3-78, guarda silencio sobre el caso del carbón y al cual se refiere expresamente el artículo 85 (Parágrafo Unico) de la Ley de Minas, donde se le establece un régimen excepcional a dicho mineral y en cuya virtud el Impuesto Superficial puede quedar exonerado (total o parcialmente), en la forma ahí expuesta.
- 5-6. Se observa un carácter de *progresividad* atribuídole al Impuesto Superficial, cuya cuota se va haciendo mayor a medida que transcurren los lapsos para poner en explotación las concesiones (cinco años en veta o manto y tres años en las de aluvión, de acuerdo con

- el artículo 24 de la Ley de Minas). Compárese este impuesto con el previsto en el artículo 40 de la Ley de Hidrocarburos, aún aplicable por mandato del artículo 7º de la Ley que Reservó al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos. El elemento progresividad tiene por objeto, en esta materia, forzar al concesionario a poner las concesiones en explotación a Ja mayor brevedad. Desconocemos los estudios económicos en base a los cuales las Normas han consagrado las cuotas. A primera vista, parecieran arbitrarias.
- 7. De acuerdo con la causal segunda prevista en el artículo 55 de la Ley de Minas, las concesiones caducan por no haberse empezado su explotación dentro de los lapsos previstos en el artículo 24 ejusdem. En este caso, el concesionario tiene derecho a renovar su título por una sola vez, pudiendo el Ejecutivo Nacional ordenar la expedición de un nuevo título, contándose la duración de la concesión, desde la publicación del primer título e indicándose en el nuevo el beneficio del nuevo plazo para la exploración.
- 8. Las normas están llamadas a aplicarse a las Concesiones en Zonas Reservadas previstas en el Libro Tercero (artículos 174 y siguientes) de la Ley de Minas. El legislador venezolano, contrariamente a lo que estableció con respecto a las concesiones del Libro Primero (obtenibles mediante defancio), no hizo distinciones en el Libro Tercero basadas en el tipo de formación sobre las cuales versaren las concesiones: las hizo objeto de un solo tratamiento legal, independientemente del hecho de que se tratare de filón o veta, manto o capa o aluvión o placeres. No hizo, pues, distinciones en cuanto a duración (25 años si de aluvión, 50 años si de veta) en cuanto a la extensión (500 has las de veta, 1.000 has las de aluvión) en cuanto al régimen impositivo (0,50 anuales/Ha las de aluvión, Bs. 1,00 anuales/Ha las de veta), ctc., como sí las hizo en el caso de las concesiones que se obtenían por denuncio. Las normas, ilegalmente, establecen regimenes fiscales distintos, tomando en cuenta el tipo de formación: distingue entre las de aluvión y las de manto o veta, no obstante que todas ellas habrán de verse sobre Zonas Reservadas.
- 9. La Ley de Minas no contempla una reducción del Impuesto de Explotación. Cosa distinta contempla la Ley de Hidrocarburos, cuyo artículo 41 (ordinal 1º) sí prevé expresamente tal posibilidad, "con el fin de prolongar la explotación económica de determinadas concesiones", por ejemplo.

GERMAN ACEDO PAYAREZ

rior aparece que, acertadamente, el término "prospección" ha sido empleado en las Normas, en su acepción de etapa anterior a la de exploración, que pudiéramos calificar de exploración propiamente dicha.10

Los "permisos de prospección" confieren a su tirular un derecho de preferencia, en igualdad de condiciones frente a cualquier tercero, para obtener la respectiva concesión cuyo otorgamiento reviste carácter voluntario para el Ejecutivo Nacional.

Realmente, no alcanzamos a comprender cuál puede ser el interés que pueda tener un particular para solicitar los tales "permisos de prospección".

En efecto: imaginemos que una persona "A" solicita el permiso y que el mismo le sea expedido por la autoridad competente.

Periódicamente, el titular del permiso informa a las autoridades el resultado de su actividad; finalmente, pasa un informe definitivo.

Ulteriormente, esa misma persona "A" introduce, por ante el Despacho del ramo, una solicitud de concesión.

Supongamos que el Ejecutivo se la rechaza, pura y simplemente. ¿Qué ocurre? La persona "A" habrá perdido su tiempo, esfuerzo y dinero.

SEMEJANZAS

Tanto los tradicionales permisos de exploración exclusiva como los permisos de prospección, presentan las siguientes características comunes:

Requieren capacidad para adquirir concesiones

- Ambos exigen que no se vulneren derechos adquiridos con anterioridad Ambos requieren la plena identificación del área objeto de los mismos d) Pozos o calicatas no excederán de 4 m²
- Trincheras y otras excavaciones superficiales no mayores de 100 m² Obligación de cegar las excavaciones Obligación de resarcir daños a terceros.

Para la Real Academia (1970) "prospección" en lenguaje común significa la "exploración del subsuelo basada en el examen de los caracteres del terreno y encaminada a descubrir yacimientos minerales, petrolíferos, aguas subterráneas, etc.". Para la publicación especializada Herder Lexikon Geologie und Mineralogie, 1972, prospección "es el conjunto o serie de trabajos en orden a la búsqueda de testigos o la explotación de yacimientos"

Para el reputado autor George J. Young, en su obra Elements of Mining (Mc Graw-Hill Book Company, Inc. de Nueva York), el significado fundamental del término "prospección" es la búsqueda de sustancias minerales; su objetivo en el descubrimiento de esas sustancias. Por extensión, para dicho autor, se denomina "prospección", "los trabajos que se realizan para determinar los límites de un criadero mineral. Acatadamente Young señala lo siguiente: el descubrimiento de un yacimiento metalífero no proporciona ideas precisas sobre su extensión y, en consequencia sobre las labores parcialmente subterráneas o no necesarios para para las labores parcialmente subterráneas o no necesarios para para las labores parcialmente subterráneas o no necesarios para para las labores parcialmente subterráneas o no necesarios para para las labores parcialmente subterráneas o no necesarios para para la labores parcialmente subterráneas o no necesarios para para la labores parcialmente subterráneas o no necesarios para para la labores parcialmente subterráneas o no necesarios para para la labores parcialmente subterráneas o no necesarios para la labores para la labores para la labores para labores para labores para labores para la labores para lab secuencia sobre las labores parcialmente subterráneas o no, necesarias para su beneficio. A esta prolongación o continuación de los trabajos de descubrimiento podría aplicársele el término "exploración" o "investigación".

Pensemos ahora que "B" introduce otra solicitud con respecto al mismo mineral, existente en la misma zona.

Puede darse el caso de que el Ejecutivo seleccione a "B" (sus "ventajas especiales" fueron superiores a las de "A").

¿Qué pasa? Nuevamente "A" se queda sin concesión alguna.¹¹ Lo más importante respecto a estos "permisos de prospección" es que, en nuestra opinión, son absoluta y enteramente ilegales (aparte de lo poco prácticos y atractivos), pues modifican por una simple Resolución ministerial (una vez más) la Ley de Minas.

En efecto, el texto legal faculta al Ejecutivo, como lo sabemos ya, para crear zonas reservadas y otorgar concesiones, si desea hacerlo, de acuerdo con el artículo 174 de la Ley de Minas, pero no para introducir —por mera resolución— mecanismos o figuras no contemplados en el texto legal exclusivo regulador de la materia.¹²

4) Nuevo régimen tributario establecido por la resolución

A continuación y en forma tabulada, se analiza el nuevo régimen fiscal previsto en las Normas, comparándolo con el tradicionalmente consagrado en la Ley de Minas; creemos que al exponerlo así, se facilita apreciablemente su estudio.

Pudiera interpretarse que, por ejemplo, en materia tributaria, las normas establecen el régimen trbiutario mínimo que está dispuesto a aceptar el Ejecutivo Nacional para el caso de que resolviese otorgar concesiones mineras Dicho de otra forma, que estas Normas constituyen una

^{11.} Piénsese, al respecto, que "A" desconocerá, totalmente y por supuesto, cuáles "ventajas especiales" ha ofrecido el aspirante "B". Realmente, no le vemos beneficio alguno a los particulares y que pueda moverlos a solicitar "permisos de prospección"; están concebidos, a nuestro juicio, para favorecer siempre al Estado venezolano.

^{12.} Si se deseaba introducir los "permisos de prospección" en nuestra legislación minera, ha debido modificar la Ley de Minas, pero no por "resolución" del Ejecutivo sino por acto del Congreso, puesto que las leyes sólo pueden derogarse por otras leyes. Ya hemos perdido la cuenta de los "anteproyectos", "preproyectos", "estudios", etc., elaborados en los últimos años por el Despacho, hoy llamado de Energía y Minas, para modificar la Ley de Minas. Ahora resulta que de la noche a la mañana lo elaborado se pone de lado, se engaveta y se procede por "resolución". No existe manera que permita calificar este increible modo de proceder, que ha prácticamente minado las bases de nuestro ordenamiento jurídico, con toda su ineludible secuela de ilegalidad, confusión e inseguridad jurídica. Ya lo que hemos de enseñar en las Facultades de Derecho no se asemeja siquiera al más primitivo "sistema jurídico" del más atrasado país del mundo. La palabra "caos" (estado de confusión, desorden), tan socorrida, no alcanza, ni con mucho para denominar lo que ocurre en los más diversos órdenes de la vida nacional incluyendo por supuesto, el aspecto legal.

458 GERMAN ACEDO PAYAREZ

especie de "Bases Mínimas de Contratación", similares a las que rigieron en el caso de los Contratos de Servicio Directo para la Exploración y Exploración del Sur del Lago de Maracaibo, en materia petrolera.

Nosotros pensamos que, al establecer las Normas nuevas tarifas impositivas, mínimas, de carácter general, se incurre en manifiesta ilegalidad.

En efecto:

- a) La Ley de Minas no lo permite en ninguna parte de su articulado; permite, sí, aceptar. Ventajas Especiales (artículo 91) principalmente en lo que concierne a "materia de impuestos", pero a título particular.
- b) Las Normas, a nuestro juicio, en este aspecto fiscal, desconocen y echan por tierra el principio de legalidad en materia tributaria, consagrado en el artículo 224 de la Constitución Nacional: "No podrá cobrase ningún impuesto u otra contribución que no estén establecidos por ley, ni concederse exenciones ni exoneraciones de los mismos, sino en los casos para ella previstos".

Ilegal e inconstitucionalmente, pues, la Normas dictadas por una simple y mera resolución ministerial, modifican el régimen tributario previsto en la Ley de Minas.

El mecanismo de las Ventajas Especiales previsto en el artículo 91 de la Ley de Minas no alcanza para servirle de fundamento a las tales Normas.

5) Aspecto tecnológico en la resolución

El artículo 16 de las Normas se contrae a la materia tecnológica y establece una serie de "determinaciones" encaminadas a asegurar "el suministro de tecnología a la industria minera y la transferencia de ella a favor del país".

Ello cabe a título de "Ventaja Especial", para ser ofrecido por cualquier aspirante a concesionario pero, ocurre que el Ejecutivo Nacional al dictar estas Normas —para lo cual carece de sustentación legal—, prácticamente ha desvirtuado el régimen de las "Ventajas Especiales", estableciendo un conjunto de "determinaciones" o requisitos mínimos.

Y es que las *Ventajas Especiales* han de mejorar impuestos (o cualquier otro respecto", como acertadamente dice el artículo 91 de la Ley de Minas), pero se sobreentiende que el parámetro de la mejora

habrá de serlo siempre la Ley de Minas, y jamás las "determinaciones" hechas en una resolución ministerial que desconoce la Ley de Minas y se coloca muy por encima de ella, como texto regulador de una materia.

Las Normas, en materia de tecnología, le otorgan amplias facultades al Ejecutivo Nacional, en materia de *información* y tienden a convertir al "concesionario" en una especie de "establecimiento o centro de investigación", que es cosa muy diversa, constriñéndolo a la utilización de "insumos y materias primas nacionales" (que ni siquiera se sabe cuáles habrán de ser en cada caso concreto y específico, pues todavía no ha sido solicitada la concesión).

Las Normas, en materia tecnológica, llegan al absurdo de exigir que "los sistemas, procesos, equipos y maquinarias" que el aspirante a concesionario se proponga utilizar, en un futuro, si es que finalmente le otorgan la concesión a él, "han sido probados a escala industrial en los aspectos técnicos y económicos...".

De lo anterior es fácil colegir que, en materia minera y por aplicación de las tales Normas, jamás seremos pioneros; siempre estaremos a la zaga, puesto que no podremos emplear en el país un equipo que no hubiere sido "probado" anteriormente...

Habrá que esperar, pues, uno, dos, tres años, que otros lo prueben y se nos vayan adelante, una vez más.

No entendemos cómo se pretende desarrollar minería y mucho menos tecnología, con semejantes Normas.

Primero tenemos que hacer minería, que poca o escasa tenemos; después, habrá de preocuparse con la tecnología, pero, lo práctico, lo inmediato es comenzar, cuanto antes, sin pérdida de tiempo; no podemos quemar etapas de un proceso que ni siquiera ha comenzado y mucho menos se sabe o se conoce si va a comenzar. Estamos perdiendo tiempo, oportunidades y dinero.

6) La figura de la reversión minera en la resolución

Las Normas insisten en consagrar "el nuevo régimen de reversión", que notoriamente excede la Ley de Minas y cabe, por supuesto, como "ventaja especial", que ahora pudiéramos llamar "Ventajas Especiales Minimas", porque a ello es que prácticamente se reducen las "Normas": a establecer un conjunto de requisitos, modalidades, nuevos impuestos,

etc., mínimos, que deberán ser ofrecidos por los aspirantes a concesionarios. 13

V. CONCLUSIONES

Las "Normas para el Otorgamiento de Concesiones Mineras" contenidas en la Resolución Nº 148, del 21 de marzo de 1978, y expedidas por el Ministerio de Energía y Minas, se caracterizan por lo siguiente:

- 1°) Por carecer de base o de sustentación legal. En efecto, una simple resolución ministerial no puede modificar la Ley de Minas, que es un instrumento de mayor jerarquía.
- 2°) Un Decreto basado en el artículo 11 de la Ley de Minas sirve tan sólo para crear "Zonas Reservadas"; jamás para modificar la Ley de Minas, que es lo que hacen las Normas.
- 3°) Las Normas desvirtúan o desnaturalizan por completo el régimen de las Ventajas Especiales previstas en el artículo 91 de la Ley de Minas, las cuales deberán llamarse ahora "Ventajas Especiales Minimas", modalidad no prevista por el legislador.
- 4º) En abierta contradicción con la Constitución Nacional, en su artículo 224, las Normas establecen un régimen fiscal para las concesiones mineras que no se ajusta al contemplado en la Ley de Minas.
- 5°) Las Normas crean "permisos de prospección" no contemplados en la Ley de Minas y, por ello, ilegales.

Tales permisos, por lo demás, resultan poco atractivos, poco prácticos, inútiles y no garantizan el otorgamiento de la concesión a su titular.

6°) En materia de tecnología, las Normas tienden a convertir a un simple y puro concesionario, en un "centro de investigación tecnoló-

^{13.} Acerca de la reversión minera, debe consultarse el artículo 61 de la Ley de Minas. Entre otros trabajos nuestros puede verse el intitulado "El Régimen de Reversión aplicable a las Concesiones Forzosas previstas en la Ley de Minas", publicado en la p. 11 y siguientes del Tomo 42 de Repertorio Forense (Primer Trimestre de 1977). En lo que concierne a la reversión en materia de hidrocarburos, deben consultarse los artículos 3º y 80 (encabezamiento) de la Ley de Hidrocarburos; el artículo 103 de la Constitución Nacional, en lo que concierne única y exclusivamente a las tierras adquiridas por los concesionarios de exploración y subsiguiente explotación; la Ley sobre Bienes Afectos a Reversión en las Concesiones de Hidrocarburos promulgada el día 30 de julio de 1971, que tan sólo se aplicó a las empresas concesionarias de hidrocarburos; y las páginas 159 (Nº 19), 167 (Nº 69), 183 y 184 (Nº 3), 197 (Nº 4) y 213 (Nos, 1 al 16, ambos inclusive) de nuestra publicación Jurisprudencia Petrolera Venezolana 1918-1971.

gica", con excesivas facultades por parte del Ejecutivo Nacional y toda una serie de restricciones y limitaciones.

- 7º) En materia de reversión, las Normas establecen un estricto régimen absolutamente inexistente en la Ley de Minas.
- 8º) Pensamos que las Normas, abstracción hecha de su manifiesta ilegalidad e inconstitucionalidad, hacen poco atractiva la actividad minera.
- 9°) Todo lo anterior no se compadece con la necesidad prioritaria de comenzar a desarrollar nuestra minería no tradicional; demasiados requisitos y complicaciones para una industria eminentemente aleatoria.
- 10) Creemos que hubiera sido más acertado, desde todo punto de vista, incluyendo por supuesto el jurídico, que el Congreso hubiere reformado la Ley de Minas.

Que la Ley de Minas tenga —para algunos—, 33 años de atraso (o más), no justifica que se la modifique por simple resolución ministerial, que es lo que absurda, ilegal e inconstitucionalmente se ha hecho una vez más.

¿Y cuál es la suerte, entonces, de los proyectos de reforma que se reelaboran desde hace veinte años?

11) Finalmente, observamos que el artículo 35 de la novísima Ley Orgánica de la Administración Central, promulgada el 28 de diciembre de 1976, la cual aparece invocada como apoyo de la Resolución Nº 148, del 21 de marzo de 1978, del Ministerio de Energía y Minas, que hemos analizado, no puede servirle en modo alguno de sustentación al nombrado Despacho para modificar ni alterar, como lo ha hecho, por medio de una resolución, un texto legal, que en este caso lo es la Ley de Minas.

da successión de la companya de la c

LIMITES DE LA RESERVA DEL COMERCIO EXTERIOR DE LOS HIDROCARBUROS

ROMAN J. DUQUE CORREDOR

SUMARIO

1. Posición que limita la asociación en materia de Comercio Exterior. II. Posición que admite la asociación en materia de negociaciones internacionales. III. Creación de la gestión de monopolio por parte del Estado. IV. Reserva y gestión de Comercio Exterior. V. Formas de gestión de las actividades reservadas. VI. Interpretación de los artículos 1º, 2º, 3º 4º y 5º de la Ley de Nacionalización. VII. Precisión de los alcances y límites de la declaratoria de reserva del Comercio Exterior de los Hidrocarburos. VIII. Discusión parlamentaria en torno al ámbito de la reserva del Comercio Exterior. IX. El debate parlamentario en torno al artículo 5º que contemplaba las asociaciones con entes privados. 1. Interpretación del artículo 5º como una verdadera limitación para asociarse al Ejecutivo y sus empresas con particulares. 2. Interpretación del artículo 5º como una limitación para asociarse al Ejecutivo y sus empresas en cuanto se trate de actividades reservadas.

El tema de este trabajo, constituye una materia sobre la cual pueden surgir dos interpretaciones en relación a las posibilidades que tienen las empresas operadoras de constituir asociaciones para realizar actividades de comercio exterior como las reventas de nuestros hidrocarburos. En efecto, al respecto pueden distinguirse las siguientes posiciones:

I. POSICION QUE LIMITA LA ASOCIACION EN MATERIA DE COMERCIO EXTERIOR

Según esta intepretación, las empresas operadoras estarían sujetas a limitaciones en cuanto al ejercicio de sus operaciones a través de asociaciones, en el ámbito internacional, no tanto por las operaciones en sí mismas, sino como entes del Estado venezolano, titular de la reserva;

los cuales soportarían la formalidad de la aprobación legislativa, como parte de los mecanismos de intervención del Estado en la industria y el comercio de los hidrocarburos.1 A este respecto, esta posición podría fundamentarse en ciertos documentos de la Comisión Presidencial de Reversión, en la cual privó el criterio de prever sólo como fórmulas de gestión a la gestión directa por el Ejecutivo o sus empresas y/o los convenios operativos, y de donde podría deducirse en consecuencia que ni siquiera se llegó a pensar en la asociación ni interna ni externa para la realización de las actividades reservadas y no reservadas por parte de los entes del Estado. Igualmente, en ciertas opiniones vertidas en la Comisión Permanente de Minas e Hidrocarburos de la Cámara de Diputados, en el sentido de limitar los convenios de asociación en el ámbito externo exclusivamente al transporte internacional, compras de complejos de extracción o refinación en territorios de otros países y convenios de extracción de hidrocarburos o refinación en países del Pacto Subregional Andino, de la ALALC, o de la OPEP, excluyendo otras actividades como serían las reventas de nuestros crudos exportados.

Aparte de lo anterior, pudiera argumentarse en contra de las asociaciones para las operaciones internacionales, distintas de las exportaciones, que tales asociaciones representan una cierta participación de terceras personas en nuestras ventas externas, por cuanto las asociaciones suponen afectar nuestras exportaciones a los esquemas de correspondencia o participación pactadas en el respectivo contrato asociativo, de manera que la ganancia de las exportaciones, en un sentido dependería de los resultados de la gestión asociada y del esquema convenido entre los participantes. Por esta razón, se alegaría entonces que se hace necesario, en todo caso, la aprobación de las Cámaras Legislativas.

II. POSICION QUE ADMITE LA ASOCIACION EN MATERIA DE NEGOCIACIONES INTERNACIONALES

Aparte de la anterior posición, existe otro criterio, del cual participamos, que admite la posibilidad de asociación por parte de las empresas operadoras, para realizar operaciones de comercio exterior distintas de las exportaciones, sin necesidad de la aprobación legislativa. Posición ésta que permite una mayor flexibilidad a las operadoras, ya que las coloca en una situación de igualdad al resto de las empresas negociantes de hidrocarburos. Esta preocupación de dotar a las empresas estatales de los mismos instrumentos de que disponían las ex concesio-

Aprobación legislativa que es exigida por la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, en su Artículo 5º

narias, es incluso una "idea base" de la Ley de Nacionalización, recogida en su Exposición de Motivos, la cual afirmaba que con el régimen jurídico previsto en el Artículo 7º, "se persigue al crear las empresas estatales, obtener el mayor rendimiento de ellas equiparándolas a las empresas privadas y gravándolas como a éstas. De esa manera se tiende a que el manejo de estas empresas sea eficiente y productivo y se obtenga así un beneficio no menor que el usualmente percibido de parte de los actuales concesionarios" (subrayado nuestro).

Desde otro orden de ideas, la filosofía propiamente de la comercialización de nuestros hidrocarburos que privó tanto en los trabajos técnicos de la Comisión Presidencial de Reversión, como en la fundamentación de la Exposición de Motivos de la Ley, fue la de "manejar nuestro petróleo como eficaz instrumento de desarrollo y de penetración en los mercados internacionales". En este sentido, la citada Comisión, al señalar como una de sus conclusiones y recomendaciones la diversificación de los mercados en lo referente al comercio internacional de los hidrocarburos, a estos efectos, consideraba conveniente, "conceder elevada importancia al estudio de nuevos esquemas de valores y condiciones para el comercio internacional de nuestros recursos petroleros, cuya medida de eficacia no sea únicamente el monto de divisas obtenido".

Por lo demás, la posición contraria, de exigir siempre una aprobación legislativa, coloca a las empresas en desventaja frente a los entes privados, quienes estarían dotados de mayores facilidades y recursos para intervenir en los mercados internacionales, lo cual iría, incluso, en contra de los objetivos señalados de diversificar los mercados y de intervenir en ellos con flexibilidad.

Habida cuenta de que esta última posición favorecería los intereses de la industria, y sin olvidar que la materia presenta otras interpretaciones, a continuación precisaremos, desde un punto de vista legal, la posibilidad de celebrar asociaciones para realizar operaciones internacionales por parte de las empresas operadoras.

III. CREACION DE LA GESTION O MONOPOLIO POR PARTE DEL ESTADO

Dispone el Artículo 1º de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, lo siguiente:

Se reserva al Estado, por razones de conveniencia nacional, todo lo relativo a la exploración del territorio nacional en busca de petróleo, asfalto y demás hidrocarburos; a la explotación de yacimientos de los mismos, a la manufactura o refinación, transporte por vías especiales y almacenamiento;

al comercio interior y exterior de las sustancias explotadas y refinadas, y a las obras que su manejo requiera, en los términos señalados en esta ley. Como consecuencia de lo dispuesto en este artículo, quedarán extinguidas las concesiones otorgadas por el Ejecutivo Nacional y la extinción se hará efectiva el día 31 de diciembre de mil novecientos setenta y cinco.

En virtud de la anterior disposición, los hidrocarburos, que antes podían explotarse de tres formas diferentes: directamente por el Ejecutivo Nacional, a través de Institutos Autónomos y Empresas del Estado, y por los particulares mediante concesiones, dentro de un régimen concurrente, a partir de la promulgación de la ley en comentario, sólo se admite la gestión por parte del Estado venezolano. En efecto, al utilizar el legislador la facultad a que se contrae el Artículo 97 de la Constitución, dio a la reserva estatal un alcance integral que comprende todas las fases de la industria o actividad petrolera. A diferencia de la Ley de Hidrocarburos, la ley (llamada en adelante Ley de Nacionalización) incluyó dentro de su campo de aplicación tanto al comercio interior como el exterior de los hidrocarburos explotados y refinados. No cabe duda, pues, que con ocasión de la puesta en vigencia de la Ley de Nacionalización, se creó una verdadera gestión o monopolio sobre todo lo referente a los hidrocarburos en favor del Estado venezolano. En consecuencia, a los particulares, nacionales o extranjeros, les quedó prohibido realizar aquellas actividades reservadas, en los términos fijados en la propia Ley.

Con la reserva o nacionalización de los hidrocarburos, el Estado venezolano pasó de simple propietario de los yacimientos, a gestor, empresario u operador de la industria petrolera. Nadie más podrá explotar: Sólo el Estado operará y gestionará cada una de las actividades reservadas, con lo cual no sólo se limitó la libertad de industria y comercio de los particulares, sino también la competencia de otros poderes o entes públicos para ejercer algunas de las actividades nacionalizadas, concretamente de las municipalidades.

Sin embargo, el ejercicio de la reserva de las diferentes fases de la industria quedó fijada en "los términos señalados por la Ley", como aclara el propio texto del Artículo 1º, y ello con el objeto de permitir los convenios de asociación con entes privados, que se prevén en el Artículo 5º ejusdem, como se desprende del propio Informe de la Comisión Permanente de Minas e Hidrocarburos de la Cámara de Diputados sobre el Proyecto de Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, elaborado a los efectos de su primera discusión. De forma, que si la declaratoria de reserva es integral, las for-

^{2.} Informe citado, pp. VI-2 y VI-3.

mas de gestión de dicha reserva o monopolio, permiten la intervención de los particulares, al menos como "asociados minoritarios". La mención a "los términos de la ley" en cuanto a la fijación de la reserva, no tuvo otra intención que salvar la contradicción que presentaba el Proyecto de Ley elaborado por el Ejecutivo, donde la declaratoria de la reserva era total, pero, sin embargo, se contemplaba la asociación con personas privadas, sin que en dicha declaratoria se dejara la puerta abierta para que los particulares pudieran asociarse con el Estado.

IV. RESERVA Y GESTION DEL COMERCIO EXTERIOR

Aunque en la Ley de Hidrocarburos no existía propiamente una concesión de mercadeo interno y externo de dichas sustancias, sino que tales actividades eran esencialmente mercantiles, aunque sometidas a principios de derecho público y sólo excepcionalmente se requería concesiones para ejercitar un aspecto de dicho comercio como lo era el transporte (Artículos 1º y 32 ejusdem); sin embargo, la Ley de Nacionalización reservó expresamente el comercio exterior de los hidrocarburos en su artículo 1º, y atribuyó a su gestión y el control exclusivo al Estado, quien lo ejercerá directamente por el Ejecutivo Nacional o a través de los entes estatales creados o que se crearen (Artículos 2º y 5º ejusdem).

Por su parte, el Artículo 3º de la Ley de Nacionalización, señala como objetivos esenciales de la gestión del Estado en el comercio exterior, los siguientes: llevar al máximo el rendimiento económico de la exportación, en concordancia con los requerimientos del desarrollo nacional; la conquisra y conservación de un mercado exterior estable, diversificado y suficiente; el apoyo al fomento de nuevas exportaciones de productos venezolanos; la garantía del abastecimiento, en términos convenientes, de insumos, equipos y demás elementos de producción, así como los bienes esenciales de consumo que el país requiera.

El Artículo 4º ejusdem, por otro lado, indica las directrices que deben guiar al Estado en sus negociaciones para vender hidrocarburos en el mercado exterior, en el sentido de que su actuación ha de orientarse preferentemente a establecer transacciones regulares con los Estados o entes estatales de los países consumidores y a la conservación y captación de mercados directos para nuestros hidrocarburos, para lo cual podrá utilizar, reservándose los derechos de comercialización, diversos medios y formas, con lo cual, según la Exposición de Motivos, se aspira a que la Nación tenga disponibles los diferentes canales empleados en el comercio internacional, sin que por emplear algunos de ellos renuncie al uso de los demás, debiendo mantenerlos disponibles con el propósito de evi-

tar exclusividades o concentración del comercio internacional de nuestros hidrocarburos en los tradicionales intermediarios; pero, al mismo tiempo, de acuerdo con la misma Exposición de Motivos, la gestión estatal ha de estar dotada de la mayor flexibilidad, para que el Estado pueda ajustrala a las cambiantes circunstancias del mercado petrolero internacional.

En la oportunidad de discutir el Proyecto de Ley presentado por el Ejecutivo, algunas fracciones propusieron en el seno de la Comisión Permanente de Minas e Hidrocarburos de la Cámara de Diputados, que se limitaran los convenios de suministro, pudiendo darse preferencia a los concesionarios, en condiciones de igualdad de precios, con el objeto, precisamente, de evitar el riesgo de crear exclusividades, como lo indicaba la Exposición de Motivos citada. Sin embargo, privó el criterio de que no era conveniente limitar el monto de los convenios a un determinado porcentaje de la producción nacional, porque significaría que el Estado no podría vender todo el volumen posible a quien ofreciera mejores condiciones. (Ver Informe de la Comisión mencionada, pp. V-II-1 y VII-2).

V. FORMAS DE GESTION DE LAS ACTIVIDADES RESERVADAS

Uno de los aspectos institucionales más trascendentes y por ello más delicados del proceso nacionalizador, es el relativo a las formas de gestión y a la estructura que va a sustituir a las antiguas concesionarias. En esta oportunidad nos referiremos a las formas de gestión de la reserva de los hidrocarburos.

1. Forma de Gestión

Respecto a las formas de gestión, el Artículo 5°, en su encabezamiento, dispone: "El Estado ejercerá las actividades señaladas en el Artículo 1° de la presente ley directamente por el Ejecutivo Nacional o por medio de entes de su propiedad, pudiendo celebrar los convenios operativos necesarios para la mejor realización de sus funciones, sin que en ningún caso estas gestiones afecten la esencia misma de las actividades atribuidas". Por su parte, la Exposición de Motivos del Proyecto de ley presentado por el Ejecutivo Nacional al referirse a los convenios operativos, explicaba: "No se excluye así, la celebración de convenios o contratos con empresas privadas para la ejecución de determinadas obras o servicios por los cuales estas últimas recibirían el pago en dinero o en especie, sin que en este último caso se pueda comprometer un porcentaje fijo de la producción de un determinado campo o la entrega de una

cantidad substancial del petróleo que desdibuje la figura del simple contrato de servicio u operación. El Estado podría participar como socio en una de estas empresas prestadoras de tales servicios, lo que redundaría en acopio de experiencia para el Estado y sus entes en el campo operativo-industrial".

De la redacción transcrita puede observarse claramente, que el legislador contempló la forma tradicional de explotación de los hidrocarburos por el Ejecutivo Nacional, mantenida a través de todas las leyes de hidrocarburos, la cual es propia de los sistemas dominiales de la propiedad minera. Además, previó la explotación por intermedio de entes de la propiedad estatal, que a raíz de la Reforma Parcial de la Ley de Hidrocarburos de 1967, se incorporó a nuestro sistema jurídico, y que dio pie a los llamados "convenios o contratos de servicios". Tales contratos la doctrina los definió, como "aquel contrato conforme al cual una parte se obliga a ejecutar determinado trabajo relacionado con los hidrocarburos (exploración, perforación, explotación, manufactura, mercadeo), mediante un precio en efectivo o en especie que el Estado propietario de los yacimientos se obliga a satisfacerle".³

Por nuestra parte, y para evitar confusiones respecto a los convenios de operación y sobre todo en relación a lo que expresa la Exposición de Motivos de que el Estado puede participar como socio en las empresas prestadoras de servicios, debemos declarar que bajo dicha forma de convenios operativos, como se desprende de la anterior definición, no se está contemplando la posibilidad de crear empresas mixtas o de participación para la propia realización de las actividades reservadas, como sí se prevé en el único Aparte del Artículo 5º de la Ley de Nacionalización, sino la celebración de convenios o contratos con empresas privadas para la ejecución de determinadas obras o servicios. De manera, pues, que son totalmente diferentes los convenios de operación y los convenios de asociación con entes privados a que se contrae el Aparte referido, que sí supone una participación privada en el ejercicio mismo de las actividades reservadas.

Fue precisamente este Aparte Unico del Artículo 5° en comentario, el que mayor controversia causó y el que fue objeto de mayores debates en el seno del Congreso de la República. Dicho Aparte reza lo siguiente:

Ver Duque Sánchez, J. R.: Derecho Minero Venezolano, p. 267. Puede consultarse también González Berti, Luis: Contratos de Servicio. Nuevos Aspectos Impositivos, pp. 166-170.

En casos especiales y cuando así convenga al interés del público, el Ejecutivo Nacional o los referidos entes podrán, en el ejercicio de cualquiera de las señaladas actividades, celebrar convenios de asociación con entes privados, con una participación tal que garantice el control por parte del Estado y con una duración determinada. Para la celebración de tales convenios se requerirá la previa autorización de las Cámaras en sesión conjunta, dentro de las condiciones que fijen, una vez que hayan sido debidamente informadas por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes.

La redacción del texto anterior significó una subtancial modificación al articulado elaborado por la Comisión Presidencial de Reversión, la cual, en su Exposición de Motivos de su respectivo Proyecto de Ley, tajantemente asentaba: "Está totalmente descartada la posibilidad de crear empresas mixtas o de participación para la realización de las actividades reservadas". Tal modificación fue introducida por el Ejecutivo Nacional. En efecto, el propio Presidente de la República, enfatizaba en su Mensaje del 12 de marzo de 1975, lo siguiente: "Sólo una modificación de fondo contiene el Proyecto y sobre ella asumo particular responsabilidad. Me refiero al Artículo 5°, donde se establece la posibilidad de que los entes estatales, con la previa autorización del Congreso, puedan ir más allá de los convenios operativos con entidades privadas cuando así convenga al interés público".

Fuc, pues, por esta causa, que en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley presentado por el Ejecutivo al Congreso de la República, se justificaba el nuevo agregado, en los siguientes términos: "En razón de la importancia que la industria de los hidrocarburos tiene para el desarrollo presente y futuro del país, el proyecto no elimina la posibilidad de que, en casos especiales y cuando así se justifique en razón de los más altos intereses nacionales, puedan el Ejecutivo Nacional o los entes estatales, según fuere el caso, celebrar convenios de asociación con entes privados por tiempo determinado, respecto a cualquiera de las actividades atribuidas, en forma tal que, de acuerdo con su participación mayoritaria, el Estado conserve, en todo caso, el control de las decisiones que se adopten conforme al convenio en cuestión. Desde luego que en su preocupación, por revestir tales casos excepcionales de la mayor seguridad jurídica y de extremo control, dichos convenios de asociación requerirán para su validez la aprobación de las Cámaras en sesión conjunta, dentro de las condiciones que éstas fijen, una vez que el Ejecutivo Nacional las haya informado suficientemente de todo lo relativo a la negociación que se trata".

VI. INTERPRETACION DE LOS ARTICULOS 1°, 2°, 3°, 4° y 5° DE LA LEY DE NACIONALIZACION

El Artículo 1º de la Ley declara reservadas al Estado, todo lo relativo a la exploración del territorio venezolano en busca de petróleo, asfalto y demás hidrocarburos; a las explotaciones de yacimientos de los mismos, a la manufactura o refinación, transporte por vías especiales y almacenamiento; y al comercio interior y exterior de las sustancias explotadas y refinadas, y a las operaciones que su manejo requiera, en los términos señalados por la misma Ley. De manera que el texto legal circunscribe la declaratoria de reserva al territorio nacional; expresamente, en cuanto se relaciona con la exploración y a la explotación, y cuando al referirse al comercio interior y exterior relaciona estas actividades con las sustancias explotadas y refinadas de los yacimientos explorados y explotados en el país. Reserva ésta, que por otro lado, operaría dentro de los términos señalados por la misma ley.

Por su parte, el Artículo 2°, de acuerdo con la Exposición de Motivos, no hace otra cosa sino reiterar la reserva del comercio exterior contemplado en el Artículo 1º, que como hemos dicho, se refiere a las sustancias explotadas y refinadas en el país.

Los artículos 3º y 4º tienen naturaleza programática, al señalar objetivos a la gestión del comercio exterior de los hidrocarburos, y orientaciones preferenciales a las negociaciones para vender hidrocarburos en el mercado internacional. Debe observarse que el Artículo 4º literalmente se refiere a las negociaciones para vender hidrocarburos en el mercado exterior. Por lo demás, estas dos normas traducen la idea básica de la filosofía de la ley, de dotar a las empresas operadoras de la mayor flexibilidad en su gestión externa. Finalmente, el Artículo 5º, al enumerar las formas de gestión de las actividades señaladas en el Artículo 1º, las cuales como hemos dicho se circunscriben al ámbito territorial venezolano, señala dentro de otras formas de gestión, en casos especiales, y para el ejercicio de cualquiera de dichas actividades, la celebración de convenios de asociación con entes privados, los cuales requieren la previa autorización de las Cámaras Legislativas en sesión conjunta.

Es decir, que el Artículo 5°, en comentario, cuando contempla la posibilidad de convenios de asociación con entes privados, los vincula al ejercicio de las actividades señaladas en el Artículo 1°, las cuales son, como hemos dicho: la exploración del territorio nacional en busca de hidrocarburos; la explotación de los yacimientos existentes en el

país; la manufactura o refinación, transporte por vías especiales y almacenamiento, y el comercio interior y exterior de las sustancias explotadas y refinadas, por supuesto de los yacimientos explorados y explotados en Venezueia. De manera que la ley vigente permite plantear la interpretación, originalmente contemplada en el Proyecto presentado por el Ejecutivo, de que no se limitó la posibilidad de la asociación sino a las actividades declaradas reservadas, y que por lo tanto, no se restringió absolutamente y de una manera general a las empresas operadoras en cuanto a la celebración de convenios de asociación considerados en sí mismos.

VII. PRECISION DE LOS ALCANCES Y LIMITES DE LA DECLARATORIA DE RESERVA DEL COMERCIO EXTERIOR DE LOS HIDROCARBUROS

La normativa señalada respecto a la regulación del comercio exterior, define el contenido de la reserva en cuanto a esta actividad se refiere, o sea, el negocio de las exportaciones, es decir, a las ventas directas de nuestros hidrocarburos. No otra cosa puede deducirse del principio de la territorialidad de las leyes y de los objetivos y directrices contemplados en los Artículos 3º y 4º de la llamada Ley de Nacionalización.

En efecto, en la primera de las normas se habla expresamente "del rendimiento económico de la exportación" y del "apoyo y fomento de nuevas exportaciones", mientras que la segunda norma citada, se refiere concretamente a los contratos de suministro de los hidrocarburos en el mercado exterior y de transacciones regulares con Estados o entes estatales de los países consumidores y a la conservación y captación de mercados directos para los hidrocarburos venezolanos.

De manera, que de acuerdo con el texto legal, aquellas actividades n operaciones diferentes a las exportaciones, venta de hidrocarburos, no estarían comprendidas en la reserva del comercio exterior, cuando ocurran fuera de nuestras fronteras, tales como las reventas internas en diferentes países o las reventas a otros Estados, porque no serían propiamente exportaciones, a tenor del texto legal. Igualmente, las transacciones comerciales para adquirir petróleos de otras naciones productoras para su reventa, tampoco sería una actividad reservada porque igualmente no cabrían dentro del concepto de exportación, ni de la reserva de dicha actividad, la cual, según el Artículo 2º de la ley, sólo se refiere al comercio interior y exterior de las sustancias explotadas y refinadas en el país.

Aún más, la ley permite las ventas a intermediarios, puesto que las transacciones directas con los Estados o entes estatales no constituyen sino una orientación preferencial o desiderátum a alcanzar; de manera que si es posible que en las compras de hidrocarburos los compradores sean particulares, es porque la reserva sólo alcanza a las ventas, o sea, a las exportaciones. Por esta razón pudieron celebrar las empresas operadoras estatales contratos de suministro de petróleo con las ex concesionarias.

En conclusión, en nuestro criterio, las reventas del crudo exportado, o de cualquier otro hidrocarburo, están sometidas a las normas que regulan el comercio del país de que se trate, o a las del Derecho Internacional, respectivamente, según sea el tipo de operación. De forma que el Estado venezolano, así como los entes de su propiedad, no están sometidos a las limitaciones y formalidades que se pautan en el Artículo 5º de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, para ejercer las actividades comerciales de reventa de nuestros hidrocarburos, siempre que se reserven los derechos de comercialización, como lo exige el Artículo 4º varias veces referido.

La anterior interpretación estaría conforme en el espíritu contenido en la Exposición de Motivos de la Ley en el sentido de permitir a la nación, en la actividad del comercio internacional, los diferentes canales que se emplean en esta actividad, sin que por emplear algunos de ellos renuncie a los demás, debiendo mantenerlos disponibles con el fin de evitar exclusividades o concentración del comercio externo de nuestros productos en los tradicionales intermediarios. Y la mejor manera de lograrlo no es otra que la de intervenir en el mercado interno y extremo de los hidrocarburos, al igual o junto con el resto de los negociantes internacionales.

Finalmente, repugna a la lógica más elemental, que las reventas de nuestros petróleos hubieran sido objeto de la declaratoria de reserva en favor del Estado venezolano, por cuanto ello sería atentar contra la soberanía jurisdiccional de otros Estados, quienes serían los únicos competentes en este caso para establecer las condiciones bajo las cuales sus súbditos pueden comerciar con los bienes que importen. Por otro lado, al vender el petróleo, la empresa exportadora transmite la plena propiedad del hidrocarburo a los compradores, y mal podría el Estado venezolano limitarle sus derechos en su propio país o en otros diferentes a Venezuela, porque el estatuto personal de los derechos de aquéllos los fija su Estado de origen o el Estado del lugar de la operación. Por estas razones, el legislador, al señalar las actividades objeto de la reserva en fa-

vor del Estado, las circunscribe al territorio nacional, como en el caso de la exploración y de la explotación de sus yacimientos, o las vincula al petróleo venezolano que sea propiedad del Estado o de sus empresas, como en las hipótesis de la manufactura o refinación, transporte por vías especiales y almacenamiento y al comercio interior y exterior de las sustancias explotadas o refinadas, como aparece claramente del Artículo 1º de la Ley de Nacionalización.

Por otro lado, a pesar de no resultar aplicable la autorización de las Cámaras Legislativas en sesión conjunta prevista en el Artículo 5º de la ley citada a las asociaciones para revent u otras operaciones internacionales del petróleo venezolano exportado, no obstante como pudiera alegarse que tales convenios asociativos con un Estado extraniero o con sociedades no domiciliadas en Venezuela para efectuar operaciones mercantiles internacionales, aunque no cabrían dentro de las actividades reservadas, no por ello dejarían de ser contratos de interés nacional, a tenor de lo dispuesto en el Artículo 126 de la Constitución Nacional, debe aclararse que, aun en tal supuesto, dichos convenios se contemplan como instrumentos para lograr, en el ámbito internacional, la ejecución de operaciones correspondientes al objeto social de las empresas propiedad del Estado, por lo que tampoco estarían sujetos a la aprobación del Congreso Nacional que se requiere para todo contrato de interés nacional en el citado Artículo 126, ya que se estaría en presencia de aquellos contratos necesarios para el normal desarrollo de la industria petrolera, lo cual constituye una de las excepciones que a la necesaria aprobación por parte del Congreso prevé el propio Artículo 126 constitucional.

Interpretando de la manera expuesta precedentemente los convenios destinados a lograr la intervención del Estado venezolano en los diferentes mercados internacionales, se permitiría dotar a la gestión estatal de mayor flexibilidad, "para que el Estado pueda ajustarla a las cambiantes circunstancias del mercado petrolero internacional", como es la aspiración de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley la cual, aparte de lo anterior, especialmente se refiere a la participación del Estado como socio en las empresas contratistas, "lo que redundaría en acopio de experiencia para el Estado y sus entes en el campo operativo-industrial". De forma, pues, que las asociaciones con terceros que permitan al Estado o a sus entes facilitar sus operaciones u obtener un servicio para el ejercicio de las mismas, son legalmente posibles y no están sujetas a las formalidades contempladas en el Artículo 5º de la Ley de Na-

cionalización y en el Artículo 126 de la Constitución, respectivamente, en lo que a la aprobación legislativa se refiere.

VIII. DISCUSION PARLAMENTARIA EN TORNO AL AMBITO DE LA RESERVA DEL COMERCIO EXTERIOR

Como ratificación de los puntos de vista precedentemente expuestos, resulta de interés citar las opiniones que algunos parlamentarios sostuvieron en el Congreso Nacional, con ocasión de discutirse los alcances de la reserva del comercio exterior por parte del Estado venezolano, las cuales definen claramente el ámbito de dicha reserva.

Las opiniones en cuestión son las siguientes:

- i) "Por lo tanto, hemos considerado que dentro de este comercio internacional pueden presentarse diferentes posibilidades que no es el caso de reglamentar dentro del Proyecto de Ley". (Diputado Celestino Armas, *Diario de Debates de la Cámara de Diputados*, Tomo V, Volumen I, marzo-julio de 1975, p. 741).
- ii) La comercialización que está declarada dentro de la reserva que hace el Estado es aquella etapa intermedia del negocio petrolero constituida por las actividades de colocación y venta de los hidrocarburos". (Senador Jesús Bernardoni, *Diario de Debates de la Cámara del Senado*, Tomo V, Volumen I, marzo-octubre de 1975, p. 584).

IX. EL DEBATE PARLAMENTARIO EN TORNO AL ARTICULO 5° QUE CONTEMPLABA LAS ASOCIACIONES CON ENTES PRIVADOS

Alrededor de la posibilidad de celebrar convenios de asociación con los particulares, con relación a las formas de gestión de las actividades de hidrocarburos, reservada por parte del Estado venezolano, se suscitó en el Congreso Nacional una discusión entre los diferentes partidos políticos, la cual permite precisar el espíritu que definitivamente inspiró el contenido del tan controvertido instrumento legal. A este respecto, pueden diferenciarse claramente dos interpretaciones frente al texto del citado Artículo 5º. La primera, en la cual se interpreta a dicho Artículo como una verdadera limitación para que el Estado pueda asociarse con los particulares, y la segunda, donde sólo se le interpreta como una limitación para tales asociaciones cuando se trata de actividades reservadas. Aunque dentro de cada una de estas interpretaciones existen diversos

matices, sin embargo, bien pueden agruparse en dos posiciones claramente diferenciadas. Para una mejor comprensión de los diferentes criterios expresados en el Congreso Nacional, hemos incluido como un apéndice, los diversos textos que con relación a las asociaciones con los particulares, fueron presentados en la discusión parlamentaria. En concreto, las dos grandes interpretaciones son las siguientes:

- 1. Interpretación del Artículo 5º como una verdadera limitación para asociarse el Ejecutivo y sus empresas con particulares
 - A) "A nuestro juicio, es válida la tesis de que la reserva debe perseguir, por una parte, que el Ejecutivo ejerza efectivamente la industria reservada y que, por otra, cuanto por razones de conveniencia nacional, el Estado deba entrar en asociación con particulares, sólo podrá hacerlo con la intervención del Congreso de la República y conservando siempre el control de las decisiones". (Comisión Permanente de Minas e Hidrocarburos de la Cámara de Diputados, en relación al Artículo 5º elaborado por dicha Comisión. Ver apéndice).
 - B) "Nuestro Artículo 5º se compone de seis elementos básicos: la reserva íntegra del Estado; la prohibición de empresas mixtas dentro del territorio nacional; los convenios operativos, pero con limitaciones expresas y rígidas, para evitar que las compañías petroleras concesionarias nacionalizadas se disfrazaran de contratistas, se organizaran y se agruparan para controlar áreas enteras de la industria nacionalizada. En actividades a cumplirse fuera de las fronteras nacionales, dejar al Estado la posibilidad de asociaciones mixtas, según la conveniencia del país, y bajo seguridades de control, en áreas taxativas, como transporte internacional y refinación, con la aprobación, en estos casos del Congreso Nacional". (Diputado Ramón Tenorio Sifontes, sobre proposición/URD acerca del Artículo 5º. Diario de Debates citado, p. 585. Ver apéndice).
 - C) "Propusimos como excepción en nuestro proyecto, la posibilidad de los convenios de asociación o empresas mixtas fuera del territorio nacional; fuera del ámbito territorial de la soberanía del Estado venezolano. Pero en nuestro proyecto permitimos esas asociaciones en capital, en específicas áreas, aun cuando estén fuera de la Soberanía Nacional". (Diputado Si-

- món Antoni Paván, sobre la proposición/URD en relación al Artículo 5º, Diario de Debates citado, p. 670. Ver apéndice).
- D) "Se ha pretendido confundir transporte internacional del petróleo desde puertos de aguas venezolanas profundas, con comercialización internacional. Nosotros en ningún momento, hemos planteado posibilidad de asociaciones mixtas para la comercialización internacional. Creemos que la comercialización exterior tiene que estar, como dice el Artículo 2º del Proyecto, bajo el control y la gestión exclusiva del Estado". (Diputado Ramón Tenorio Sifontes, refiriéndose a la proposición/URD sobre el Artículo 5º. Diario de Debates citado. Ver apéndice).
- 2. Interpretación del Artículo 5º como una limitación para asociarse el Ejecutivo y sus empresas en cuanto se trate de actividades reservadas
 - A) "En razón de la importancia que la industria de los hidrocarburos tiene para el desarrollo presente y futuro del país, el proyecto no elimina la posibilidad de que, en casos especiales y cuando así se justifique en razón de los más altos intereses nacionales, puedan el Ejecutivo Nacional o los entes estatales, según fuere el caso, celebrar convenios de asociación con entes privados, por tiempo determinado, respecto a cualquiera de las actividades atribuidas, en forma tal que, de acuerdo con su participación mayoritaria, el Estado conserve en todo caso, el control de las decisiones que se adopten conforme al convenio en cuestión. Desde luego que en su preocupación por revestir tales casos excepcionales de la mayor seguridad jurídica y de extremo control, dichos convenios de asociación requerirán para su validez la aprobación de las Cámaras en sesión conjunta...". (Exposición de Motivos del Proyecto de Ley presentado por el Ejecutivo Nacional. Ver apéndice).
 - B) "Artículo 5º Sometido a consideración este artículo, se estudiaron dos nuevas proposiciones formuladas por los senadores Andrés Sosa Pietri y Godofredo González, quienes razonaron debidamente sus puntos de vista. El senador doctor Gonzalo Barrios expuso que su fracción había estudiado detenidamente ambas proposiciones, pero que al final había resuelto ratificar su apoyo al Artículo original (el propuesto por el Ejecutivo). Considera el doctor Barrios que las proposiciones formuladas

- caen dentro del terreno de lo casuístico y particular y que el artículo discutido y aprobado en primera discusión (el del Ejecutivo), es mucho más amplio y permite al Gobierno y al Congreso actuar con mayor agilidad y flexibilidad cuando el interés nacional así lo requiera". (Informe de la Comisión de Minas e Hidrocarburos del Senado. Diario de Debates citado, p. 616. Ver apéndice).
- C) "Hemos igualmente discrepado de la redacción que el Señor Presidente de la República le introdujo al proyecto en el Artículo 5º, pero consideramos que por encima de todas estas discrepancias, al fin y al cabo ese Artículo 5º es un mecanismo empleado por la ley para llevar o para orientar sus pasos hacia la finalidad contemplada en la declaración consagrada en el Artículo 1º, la de nacionalizar la industria petrolera y en eso, repito, estamos de acuerdo". (Senador Godofredo González, Diario de Debates citado, p. 617. Ver apéndice).
- D) "Para concluir, expreso en nombre del Movimiento Electoral del Pueblo, que no estamos de acuerdo con fórmulas que de alguna manera concluyan en compañías mixtas. Con respecto a empresas constituidas en el exterior, como se sostuvo aquí ayer, opino que no son materias de esta ley sino de convenios internacionales, pues empresas que funcionen fuera del ámbito nacional siguen el principio del Derecho Internacional Privado, que establece la aplicación de la ley local". (Senador Luis Beltrán Prieto Figueroa; Diario de Debates citado, p. 595).
- E) "Esta proposición que nosotros formulamos está documentada y basada sobre algunos juicios específicos y muy claros. En primer lugar, hemos entendido la posición del Gobierno al señalar que no se trata de homologar y de identificar la figura de convenios de asociación a la figura de empresas mixtas. El Partido Socialcristiano COPEI ha combatido en su integridad y en su totalidad la figura de las empresas mixtas, pero podemos entender que puede haber algunos convenios de participación, como algunos de los que fueron señalados en esta Cámara, por los propios representantes del Gobierno, específicamente en el caso de los Estados Unidos, del Japón, y de la Unión Soviética, para el desarrollo del gas natural de Siberia, respecto a las cuales yo señalé que esa figura no era bajo nin-

gún respecto una empresa mixta, sino era un convenio entre las primeras potencias industriales del Mundo Occidental y del Mundo Socialista". (Diputado Abdón Vivas Terán, sobre proposición/COPEI acerca de nua nueva redacción al artículo 5°, que prohibía la celebración de los convenios de asociación para llevar a cabo cualquiera de las actividades reservadas en la Faja Petrolífera del Orinoco y que diera origen a la constitución de empresas mixtas. Diario de Debates citado, p. 765).

F) "En esta misma Cámara, en forma brillante y conveniente, Rafael Caldera dio a conocer las razones por las cuales el Partido Socialcristiano COPEI se opone a la creación de empresas mixtas en las fases de programación, de dirección y de administración de la industria petrolera. No así en la fase operacional, donde podrían constituirse y de hecho las autoriza el Proyecto de Ley aprobado por la Comisión Presidencial de Reversión". (Senador Godofredo González, Diario de Debates citado, p. 518).

X. CONCLUSION FINAL

Las consideraciones anteriores y la investigación que hemos realizado sobre las fuentes legislativas, nos llevan a concluir que las empresas operadoras bien pudieran asociarse para celebrar cualquier contrato cuyo objeto fueran las reventas internacionales de nuestro petróleo, sin requerirse para ello la aprobación legislativa. No obstante, sí debe quedar muy claro, en la oportunidad de celebrarse tales contratos, la separación y diferenciación de la actividad de exportación como tal, del resto de las operaciones internacionales, en el sentido de que propiamente la venta de nuestro petróleo no quede sujeta a contraprestaciones eventuales o derivadas de cualquier cuota de participación o ganancias, previstas en otros contratos de asociación, por cuanto, de este modo, sí se estaría haciendo depender la exportación en sí misma de la participación o asociación con otras personas. De manera que manteniendo diferenciadas y separadas ambas operaciones, no habría duda de que la asociación y/o participación no alcanza a las exportaciones.

ESQUEMA INTERPRETATIVO DE LAS NORMAS VENEZOLANAS SOBRE NACIONALIZACION DE LA INDUSTRIA EXTRACTIVA DEL HIERRO Y DE LOS HIDROCARBUROS

TOMAS POLANCO ALCANTARA

SUMARIO

I. Presentación general del tema. II. Carácter de los "recursos naturales y de su explotación". III Los problemas planteados por el hierro y los hidrocarburos. IV. Posición jurídica de ambas actividades de explotación. V. Ubicación jurídica del concepto de nacionalización. VII. Forma de la nacionalización. VII. Materias que pueden ser objeto de estudio. VIII. Sistematización administrativa de la nacionalización. IX. Las actividades nacionalizadas convertidas en cometidos estatales. X. La ejecución de las actividades nacionalizadas. XII. Régimen administrativo de la actividad explotadora. XIII. El resultado financiero de la nacionalización. XIII. Los administradores de las empresas. XIV. El objetivo de las empresas. XV. Control de las empresas. XVI. Régimen presupuestario de los entes públicos que llevan a cabo las actividades nacionalizadas. XVIII. Uso del crédito público por los entes que lleven a cabo las actividades nacionalizadas. XVIII. Especial jurisdicción judicial para los entes públicos que lleven a cabo las actividades nacionalizadas. XIX. La regulación internacional de la actividad petrolera. XX. La regulación internacional de la explotación del hierro.

PRESENTACION GENERAL DEL TEMA

El problema fundamental en las actuales relaciones entre los países desarrollados y los países en desarrollo, es la política de los productos básicos, situación que convierte el tema en la cuestión de más entidad que debe enfrentar cada uno de esos países sea cual sea el grado de su desarrollo.

Un documento de la Organización de las Naciones Unidas pone de manifiesto, que hecha exclusión del petróleo, "aproximadamente dos docenas de los productos básicos que más importancia tienen en el comercio mundial representan las dos terceras partes de la actividad económica exportadora de los países en desarrollo". TD/B/c. 1/166, de 9 de diciembre de 1974.

De allí la influencia que el tema tiene en la estructura jurídica de cada país para tratar una materia que tanto repercute en su vida propia y en sus relaciones con la comunidad internacional.

Ese estado de cosas está contemplado en la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, en la cual, respecto al tema de los productos básicos, se encuentran las siguientes definiciones jurídicas:

1. La soberanía sobre ellos, plena y permanente, de cada Estado y que abarca el uso, la posesión y la disposición de las riquezas naturales (Art. 2, N° 1).

La definición del *Derecho Soberano* de cada país sobre sus riquezas naturales y entre de ellas especialmente sobre las materias primas que se encuentran en su territorio y que pueden y deben ser explotadas. Este derecho lleva consigo el de regular la forma de explotación de esas materias primas, la determinación de qué beneficios corresponden al Estado por esa explotación e incluso la nacionalización o la reserva al Estado de la explotación misma, íntegramente o en alguno o algunos de sus aspectos.

- 2. El derecho de todo Estado de asociarse con otros Estados productores de materias primas con el fin de desarrollar sus economías nacionales (Art. 5) y la realidad de existencia de pactos de asociación de cada país con otros que se encuentren en iguales condiciones, a fin de asegurar una política común en la materia.
- 3. El derecho de celebrar acuerdos multilaterales, a largo plazo y sobre productos básicos, para el desarrollo del comercio internacional de los mismos (Art. 6).
- 4. El derecho de cada Estado de participar, plena y eficazmente, en la adopción de soluciones internacionales a los problemas económicos y desde luego a los relativos al comercio de productos básicos (Art. 10).
- 5. El derecho de todo Estado de aprovechar los avances de la ciencia y de la tecnología para acelerar su desarrollo económico y social (Art. 13).

Sobre esos principios se debe construir, en el "Nuevo Orden Económico Internacional", el esquema jurídico que, dentro de cada país y en las relaciones internacionales, va a regular el tema de los productos básicos.

Por su propia naturaleza, la cuestión no puede ser únicamente de derecho interno; necesita tratamiento internacional, ya que los productos básicos no son ni pueden ser de exclusivo consumo nacional, sino que su trascendencia radica en la utilización de los mismos en otros países mediante el comercio internacional, que no admite regulaciones unilaterales sino acuerdos internacionales.

Cada uno de esos temas, necesariamente debe verse desde dos puntos de vista complementarios:

- a) El que compete a la soberanía propia de cada país, y que supone el derecho a adoptar las medidas que cada quien estime apropiadas y el derecho a que se respeten esas medidas.
- b) El que compete a negociaciones con otros interesados sobre aquellos aspectos que no pueden ser materia de regulaciones nacionales y que supone el derecho a participar en esas negociaciones, en plano de igualdad y el de hacer respetar los acuerdos y decisiones que en ellas se tomen.

Se crea así un tratamiento mixto de los problemas jurídicos relativos a los productos básicos, que es por tanto propio del derecho interno y del derecho internacional y que se diferencia de la forma como hasta el presente habían venido siendo tratados en la metodología jurídica.

Las normas nacionales son inútiles si no contemplan los aspectos internacionales del tema y las normas internacionales son inaceptables si no respetan la soberanía nacional.

Con ese criterio estudiaremos los problemas que sobre el particular presenta el régimen y los intereses venezolanos en esa materia.

La Resolución 3202 (S/VI), adoptada el 1º de mayo de 1974, en la 2.229 Sesión Plenaria de la Asamblea General de la ONU y relativa al "Programa de acción sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional", establece, que en relación a las materias primas debía hacerse lo posible para:

1) Eliminar las formas políticas negativas que impiden el pleno ejercicio de la soberanía sobre los recursos naturales de cada país.

- 2) Adoptar medidas en orden a que los recursos naturales sirvan a los países en desarrollo para la atención de sus problemas nacionales y lograr su desarrollo acelerado.
- 3) Facilitar el funcionamiento y fomentar la consecución de los objetos de las asociaciones de países productores.
- 4) Tratar de obtener una relación justa y equilibrada entre los precios de los productos naturales que exportan los países en desarrollo y de los productos industrializados que ellos importan.
- 5) Adoptar medidas para solucionar o mejorar el problema de los verdaderos precios de los productos naturales exportados por los países en desarrollo.
- 6) Cuidar de la ampliación de los mercados para los productos naturales en competencia con los sintéticos.
- 7) Adoptar medidas para fomentar la elaboración de las materias primas en los mismos países que la producen.

Esta Resolución de la ONU señala con toda claridad los límites exactos del tema: se parte de un problema jurídico de soberanía, es decir, que afecta a la esencia misma de los Estados; ese tema estrictamente jurídico lleva a uno primordialmente político, como lo es el destino de los productos naturales para el beneficio y desarrollo del país que lo produce; y además conduce a una serie de medidas de política económica internacional, como lo son el funcionamiento de las asociaciones de países productores y la búsqueda de un equilibrio sano entre los precios de los productos que se exportan y los que se importan por los países en desarrollo; todo supone la atención a los precios en sí de los productos (tema económico y político), su competencia con los productos sintéticos (problema técnico y económico), y la necesidad de su elaboración en el mismo país que lo produzca (cuestión política, jurídica, social, técnica y económica).

La Organización de las Naciones Unidas, en su búsqueda de la paz y de la armonía mundial, estimó necesario, al crear su Conferencia para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD), asignar a la misma, mediante una Comisión permanente, la atención del problema de los productos básicos.

Esta Comisión, integrada por un grupo de países designados cada cierto tiempo por la Conferencia, sirve de "foro" para el estudio de los problemas planteados por los productos básicos, la discusión de soluciones a esos problemas y la negociación de Convenios sobre los mismos.

Esos problemas son fundamentalmente dinámicos, ya que continuamente está variando la situación que origina el volumen de producción, las necesidades mundiales, la repercusión de la técnica en los procesos de su producción, mantenimiento, transporte, almacenaje, etc., y los resultados de las negociaciones que se celebran entre los distintos países y que a su vez dependen de otros condicionantes políticos.

Los productos básicos han sido clasificados a los fines de su atención por la UNCTAD en: alimentos de primera necesidad, minerales industriales esenciales, materias primas de origen agrícola y bebidas y frutos tropicales. Para cada tipo de productos se requiere una actitud política, jurídica y técnica diferente, ya que ante cada uno de ellos varía su grado de necesidad, sus riesgos técnicos y económicos y su influencia en quien lo produce y quien lo necesita y consume.

Al analizar la situación, en lo que a cada país se refiere, es necesario tomar en cuenta su situación peculiar en relación a tres consideraciones que están interrelacionadas:

- a) La posición del país como productor de determinadas materias primas. Por ejemplo, en el caso de Venezuela en relación al petróleo y al hierro.
- b) La posición del país como importador de otras materias primas que no produce o de las cuales dispone en cantidad insuficiente para sus necesidades.
- c) La posición general del país derivada de ser "país en desarrollo", en su política de coperación con los demás países del área andina con los países americanos en general, con los otros países en desarrollo y con la comunidad internacional.

El orden jurídico nacional se deberá orientar, en cuanto a su régimen interno, al tratamiento requerido por las materias primas producidas en Venezuela y en lo relativo a la actitud internacional, en participar en las negociaciones relativas a la colocación de nuestros productos en el mercado internacional, la defensa de sus precios y a la adquisición por Venezuela de los productos que necesita y no posee, todo sin menoscabo de la atención venezolana a los intereses generales de los países en desarollo.

Conviene precisar que se han usado aquí indistintamente los términos "riquezas naturales", "productos básicos" y "materias primas", todos los cuales tienen el mismo significado en cuanto a lo que a efectos jurídicos se refiere, con sólo leves matices diferenciales.

En líneas generales, el término que se use depende de la finalidad que se persiga: todos son "riquezas naturales" viéndolos desde el punto de vista de su origen, que es debido, fundamentalmente, a la acción de la naturaleza y no del hombre; todos son "productos básicos" o sea fundamentales para la actividad del mundo actual y prácticamente ninguno se usa en su estado original, sino son la "materia prima" necesaria en un proceso posterior de industrialización.

Desde el punto de vista venezolano, el problema puede y debe ser analizado partiendo de las consideraciones que ofrece el análisis de la Constitución.

II. CARACTER DE LOS "RECURSOS NATURALES Y DE SU EXPLOTACION"

1) Principio General: la Constitución establece, como deber del Estado, atender a la "conservación" y "defensa" de los recursos naturales de su territorio y que la explotación de los mismos "esté dirigida primordialmente al beneficio colectivo de los venezolanos" (Art. 108).

Están, por lo tanto, diferenciadas en el texto constitucional:

- a) La obligación de conservar los recursos naturales.
- b) La obligación de defensa de los mismos recursos.
- c) La posibilidad de su explotación.
- d) La finalidad de que esa explotación sea en beneficio, no individual de nadie, sino colectivo de todos los venezolanos.

De esa forma es jurídicamente posible explotar esos recursos, siempre que tal explotación se haga con criterios de conservación de los mismos y esté orientada hacia el beneficio colectivo.

Los términos "conservación" y "defensa" parecen coincidir, pero tienen diferencias técnicas de importancia según el tipo de recursos de que se trate. Aquellos que se renuevan con el uso o explotación prudente se "conservarían" adoptando, en toda actividad explotadora, técnicas adecuadas de renovación y se "defenderían" evitando cualquier explotación no renovadora; los que no se renuevan sino se consumen por el uso se tendrían que explotar únicamente en la medida en que ello sea indispensable y siempre procurando obtener, en cada acto de explotación, el máximo de provecho para la colectividad.

El beneficio colectivo hay que interpretarlo en sentido suficientemente claro y orientado hacia que:

- La existencia y mantenimiento del recurso natural debe beneficiar a toda la colectividad.
- b) El acto de explotación debe producir resultados positivos para toda la colectividad.
- c) El acto de explotación no debe dañar a la colectividad.
- d) La explotación no debe perjudicar los intereses de las generaciones futuras. Si se trata de los recursos que pueden renovarse, debe estar garantizada su renovación para que esas generaciones puedan también disfrutar de ellos si se trata de recursos no renovables, las generaciones futuras de habitantes del país tienen el derecho de que al explotar hoy esos recursos, se obtenga con esa explotación resultados de carácter definitivo o importante para el beneficio permanente de la República.

Corresponderá al legislador determinar los actos que serán necesarios para asegurar esas formas de explotación y establecer adecuados métodos de conservación y defensa.

2) Competencia especial del legislador: la Constitución atribuye al Poder Nacional y por tanto a la competencia legislativa "el régimen y administración de las minas o hidrocarburos, salinas, tierras baldías y ostrales de perlas y la conservación, fomento y aprovechamiento de los montes, aguas y otras riquezas naturales del país" (Art. 136, numeral 10). Se ha previsto también "impuestos" a las minas de hidrocarburos (Art. 136).

El constituyente ha reservado a las Cámaras en sesión conjunta y "debidamente informadas por el Ejecutivo Nacional", de todas las circunstancias pertinentes, autorizar, dentro de las condiciones que ellas fijen, y además de previo el cumplimiento de las formalidades legales, "nuevas concesiones de hidrocarburos" y de los otros recursos naturales que determine la ley (Art. 126).

Está prevista por lo tanto en la Constitución la competencia general del legislador sobre la materia, la competencia específica de las Cámara para analizar el otorgamiento de nuevas concesiones de hidrocarburos y la posibilidad de que el legislador pueda extender ese procedimiento a otros recursos naurales.

Nótese que las facultades otorgadas por el constituyente al legislador abarcan: régimen, administración, conservación, fomento y aprovechamiento de los recursos naturales y establecimiento de contribuciones e impuestos a esas actividades. La norma comprende, según la distinción que arriba hemos hecho, tanto a los recursos naturales renovables como a los no renovables.

3) Reserva al Estado: el constituyente ha permitido al Estado "reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios" de interés público y por razones de conveniencia nacional (Art. 97, 2° párrafo). Esta norma debe ser analizada detalladamente, por ser especial su significado y trascendencia jurídica.

La situación peculiar de Venezuela, en acuerdo a las consideraciones anteriores, deberá contemplar:

- a) El examen de la situación jurídica en que se encuentran aquellas riquezas naturales que para el país tienen importancia, dado su carácter de productos de exportación (el caso del hierro y de los hidrocarburos), y por lo tanto fuente importante de recursos para financiar el desarrollo nacional.
- El examen de los mismos aspectos respecto a aquellos otros productos de exportación que no tienen importancia de tanta magnitud, pero que sí interesan al país como el café y el cacao.
- c) Idénticas consideraciones respecto a la posición general del país ante los problemas jurídicos que plantea el comercio de los productos básicos, no exportados por Venezuela pero sí por otros países en desarrollo.
- d) Las consideraciones jurídicas referentes a los productos o riquezas naturales venezolanas que son objeto de explotación interna y no de exportación y que por tanto no plantean problemas de orden internacional para Venezuela.

III. LOS PROBLEMAS PLANTEADOS POR EL HIERRO Y LOS HIDROCARBUROS

La importancia de los mismos para la vida del país radica en ser la fuente nacional más importante (casi la única) de recursos financieros para atender a los gastos e inversiones públicos y de influir, por esa vía, en todo el proceso de desarrollo nacional.

En el caso particular de los hidrocarburos, la situación tiene una modalidad adicional derivada de la posición del petróleo venezolano en el mercado mundial y de las relaciones de Venezuela con los demás países productores y exportadores de petróleo.

IV. POSICION JURIDICA DE AMBAS ACTIVIDADES DE EXPLOTACION

El Estado venezolano, por actos legislativos, se reservó la actividad de explotación del gas natural, de los hidrocarburos en general y del mineral de hierro.

Hay que precisar que tales actos legislativos se refieren en particular "a la industria de explotación" y no al material físico que se denomina "gas natural", 'hierro" o "hidrocarburos". Tales materiales, conforme a la legislación venezolana tradicional, han sido y son propiedad del Estado y no necesitan ni necesitaban declaratoria adicional sobre ellos.

Esa situación viene desde el Derecho de Indias, establecido por España antes de 1810 para sus provincias americanas y conforme al cual las minas pertenecían a la Corona y no al propietario del suelo donde ellas se encontraren. Posteriormente el Libertador Simón Bolívar, por decreto de 1819 estableció que la República ejercería, respecto a las minas, los mismos derechos que habían correspondido a la Corona española. La legislación de la República, a partir de 1830 mantuvo hasta el presente, sin vacilación ni reforma, el mismo principio.

En esas condiciones el Estado venezolano, en condición de titular de todos los derechos que podían ser ejercidos sobre los minerales que se encuentren en su territorio, otorgaba a particulares "concesiones" y "permisos" (según el caso) para que éstos pudieran explotar tales minerales.

Los actos legislativos arriba aludidos cambiaron esa situación jurídica, al determinar que la actividad explotación sería ejercida, directa y únicamente por el Estado, sobre los minerales existentes en el país y calificables como gas, hidrocarburos y hierro y en consecuencia terminó la vigencia de todas las concesiones y permisos otorgados con anterioridad para esas actividades y se eliminó la posibilidad de otorgar nuevas concesiones o permisos con idénticos fines.

Ese y no otro es el sentido jurídico que tienen las operaciones políticas y jurídicas llamadas de "nacionalización" del hierro, del gas natural y los hidrocarburos.

V. UBICACION JURIDICA DEL CONCEPTO DE NACIONALIZACION

Es útil, bajo un punto de vista estrictamente jurídico, advertir, antes de toda otra consideración que pueda hacerse sobre el particular, que la

comunidad internacional, a través de toda una importante serie de documentos emanados de la Asamblea General de las Naciones Unidas, ha considerado que la facultad de "nacionalizar" una determinada actividad (entendida en el sentido que acaba de ser precisado en el párrafo anterior), es una derivación directa e inmediata de la soberanía de cada Estado.

La última, hasta el presente, de tales declaraciones, corresponde a la decisión 3.201 (S-VI), del 1º de mayo de 1974, en la cual se dice que el "nuevo orden económico internacional", debe basarse en el respeto, entre otros, de los siguientes principios:

"...la plena soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales y sobre todas sus actividades económicas. A fin de salvaguardar esos recursos, todo Estado tiene el derecho de ejercer un control efectivo sobre ellos y su explotación, con medios ajustados a su propia situación, incluso el derecho de nacionalización o transferencia de su propiedad a sus nacionales, siendo este derecho una expresión de la plena soberanía permanente de cada Estado. No se puede someter a ningún Estado a ningún tipo de corrección económica, política o de otra índo-le, para impedir el pleno ejercicio de este derecho inalienable".

La materia en sí fue ratificada luego en el Art. 2 de la Carta de los Derechos y Deberes de los Estados.

Conforme a esa Declaración de las Naciones Unidas:

- a) La facultad de nacionalizar es uno de los principios sobre los cuales debe estar basado el nuevo orden económico internacional.
- b) La facultad de nacionalizar es una "expresión" de la soberanía del Estado.
- c) El ejercicio de esa facultad no puede acarrear para el Estado ninguna consecuencia traducida en coerciones económicas, políticas o de otra índole.

Se trata, por tanto, en lo que a nacionalización se refiere, de una actividad inherente a la condición misma del Estado y que no está ni puede estar sujeta a condicionantes.

No tiene importancia, a los fines jurídicos de calificar el ejercicio de esa potestad, que en la Constitución de un país soberano, esté o no establecida, como facultad del Estado, la de nacionalizar sus riquezas naturales. El acto de nacionalizar tampoco está, ni puede estar sujeto, a recursos de inconstitucionalidad por violación de la Constitución. Sólo

podrá discutirse, si fuere el caso, cuestiones de competencia del órgano que acuerda la nacionalización, pero no la decisión de nacionalizar que es un acto de soberanía.

Tampoco es posible la discusión jurídica sobre la oportunidad y los medios de la nacionalización, ya que es materia reservada a la sola decisión de cada Estado atendiendo a su propia situación, que él y sólo él puede apreciar por intermedio de sus órganos competentes. Toda decisión legislativa de nacionalizar, como expresión de ejercicio de la soberanía, resulta constitucionalmente inatacable. Y esta decisión puede ser adoptada por cualquiera de las vías previstas en la Constitución para el ejercicio de la potestad legislativa del Estado.

La Asamblea General de las Naciones Unidas ha previsto dos situaciones diferenciadas: una la nacionalización en sí, otra la reserva a nacionales de determinadas actividades.

En el primer caso se trata de que el Estado y sólo el Estado asuma las labores nacionalizadas, y en el segundo que, en un determinado Estado, los nacionales del mismo y únicamente esos nacionales, sean quienes puedan realizar tales labores en concurrencia o no con el Estado.

En ambos tipos de situaciones se aplican los mismos principios analizados.

La forma de la nacionalización influye permanentemente en el proceso jurídico y político de la misma.

VI. FORMA DE LA NACIONALIZACION

- 1. Instrumento de nacionalización: han sido actos legislativos de las dos clases permitidas por el sistema constitucional venezolano: en cuanto al gas natural y los hidrocarburos en general mediante sendas le-yes dictadas por el Congreso, y en lo relativo al mineral de hierro, un Decreto-Ley Presidencial previa la habilitación legislativa.
- 2. Oportunidad y razones de la nacionalización: fue apreciada soberanamente por el Estado venezolano al establecerse en todos los actos legislativos de nacionalización que ella fue acordada "por razones de conveniencia nacional" (Art. 1º; Decreto 580, y Art. 1º ley del 20 de agosto de 1975). Es decir, fue el Estado y sólo el Estado quien decidió cuándo era oportuna la nacionalización bajo el solo fundamento de que convenía a los intereses nacionales.
- 3. Mecanismo de la nacionalización: se ha previsto que el Estado, en el caso de los hidrocarburos, pueda "ejercer directamente" las activi-

dades relacionadas con la nacionalización (Art. 5, Ley) y que, en cuanto al hierro y al gas natural, lo pueda hacer mediante instrumentos administrativos adecuados, a saber:

- A) Un instituto autónomo ya existente como lo fue, para el hierro, la Corporación Venezolana de Guayana, y para el gas natural la Corporación Venezolana del Petróleo.
- B) Entes de su propiedad creados expresamente para el manejo de los hidrocarburos.

El Estado se ha reservado para sí y no para sus nacionales la explotación del petróleo, es decir, ha usado la primera de las fórmulas señaladas y no la segunda. La existencia de esos entes ejecutores en nombre del Estado de las actividades propias de la nacionalización supone interesantes consecuencias a las que aludiremos más adelante.

- a) Las labores técnicas relacionadas con la explotación petrolera y ferrosa: la investigación en sí y los procedimientos técnicos derivados de esa investigación pertenecen a quienes lo sean, realizan y financian; el Estado necesita llegar a acuerdos con ellos para obtener la cesión de sus conocimientos y la autorización necesaria para el uso de las técnicas correspondientes.
- b) El transporte internacional: por los sitios por donde se realiza y los medios que utiliza no está en la jurisdicción de Venezuela y supone acuerdos que celebre el Estado con los interesados, para el logro de la debida coordinación de sus intereses con los de Venezuela.
- c) El mercadeo internacional, que también se realiza fuera de la jurisdicción de Venezuela y por instrumentos y medios técnicos, jurídicos y económicos que escapan a su control.

El hecho de que tales actividades no hubieran sido nacionalizadas por Venezuela ni puedan serlo, no impide:

- a) La participación en ellas del Estado venezolano en la medida que esté al alcance de sus posibilidades, y
 - b) Que se tienda a que esa participación sea cada vez mayor.

VII. MATERIAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE ESTUDIO

Puede estudiarse en esa materia las siguientes cuestiones:

- A) Antecedentes de la nacionalización.
- B) El procedimiento utilizado para nacionalizar.
- C) La forma de la nacionalización.

Los dos primeros aspectos parece que tienen en estos momentos relativa poca importancia en el análisis integral de la cuestión, ya que en el primero se trata de consideraciones que mucho interesan pero que tienen, en el momento, que ceder ante el estudio de las circunstancias actuales y el segundo de etapas que una vez superadas no repercuten en el futuro.

VIII. SISTEMATIZACION ADMINISTRATIVA DE LA NACIONALIZACION

Supuesta la decisión de nacionalizar y adoptada la legislación necesaria, se plantean dos cuestiones de importancia jurídica, una en cuanto al conjunto de medidas que deben ser tomadas para que pueda iniciarse el proceso de la nacionalización ya acordada; otra las que corresponden a la ejecución misma de la nacionalización.

Las primeras tienen un carácter temporal, las segundas son de carácter permanente.

Interesan las segundas, ya que las primeras, una vez adoptadas dejan de tener trascendencia, mientras que las otras constituyen principios permanentes.

En ese orden de ideas el proceso de nacionalización de las explotaciones mencionadas (gas natural, hierro e hidrocarburos) presenta otros tres aspectos complementarios:

- 1) El cese de la vigencia de toda concesión o permiso expedido anteriormente para la realización de esas explotaciones por parte de particulares.
- 2) La prohibición de que se expidan en el futuro nuevas concesiones o permisos de explotación.
- 3) La decisión de que el Estado realice directamente las actividades de explotación.

Es importante advertir que tales aspectos no han supuesto innovaciones especiales en el orden jurídico venezolano, ya que utilizan conceptos e instituciones ya previstas en el Derecho venezolano.

La jurisprudencia, en algunos casos el legislador y en forma unánime la doctrina, han establecido que la vigencia de las concesiones y permisos puede terminar por decisión unilateral del Estado, siempre y cuando se pague al interesado una justa compensación o indemnización.

Está previsto, en la legislación minera vigente, que el Estado pueda reservarse la explotación de determinados minerales y en la legislación de hidrocarburos que las actividades contempladas en ella, como objeto de los distintos tipos de concesiones, pudieren ser realizadas directa y exclusivamente por el Estado (Art. 3, numeral 1, Ley de Hidrocarburos, texto reformado el 7 de agosto de 1967).

Las leyes de 1971 y 1975 y el Decreto presidencial 580, sólo aplicaron por acto legislativo esos principios vigentes a los tres casos concretos mencionados y en consecuencia se dispuso la finalización de las concesiones anteriores, la reserva al Estado de las labores de explotación y la ejecución directa por éste de las mismas y paralelamente el procedimiento para indemnizar a los que teniendo algún derecho fueron lesionados por las decisiones legislativas mencionadas.

IX. LAS ACTIVIDADES NACIONALIZADAS CONVERTIDAS EN COMETIDOS ESTATALES

Convertidas las diversas actividades nacionalizadas en "cometidos estatales", hay que contemplar respecto a ellas lo siguiente:

- 1) Organo al cual corresponden.
- 2) Titulares de esos órganos y su designación.
- 3) Finalidades que cada uno perseguirá.
- 4) Competencia otorgada a los mismos.
- 5) Régimen interno.
- 6) Sistema de control sobre ellos.

Para algunas de estas materias sólo se aplicarán los principios generales ya establecidos en el Derecho venezolano. Para otras existen normas especiales.

Conviene también distinguir, en la actitud del Estado frente a las actividades nacionalizadas, cuatro distintas posiciones, cada una dotada de su propia naturaleza:

- A) La dirección de la política nacional sobre minas e hidrocarburos.
- B) La dirección técnica de la actividad explotadora.
- C) La dirección administrativa de la actividad explotadora.
- D) El manejo comercial de la explotación.

Hay que proceder al análisis sistemático de todas esas cuestiones para adquirir una idea general de su conjunto:

A) Dirección política de la actividad explotadora

La materia corresponde al Ministerio de Energía y Minas como órgano del Presidente de la República para esa finalidad. Así lo ha determinado en forma general, el Art. 35, numeral 1 de la Ley Orgánica de la Administración Central, y en particular respecto a los hidrocarburos el Art. 2 de la Ley de 1975 y el Art. 1 del Decreto Presidencial 1.123, del 30 de agosto de 1975, y el Art. 3 del Decreto Ley 580 respecto al mineral de hierro.

La dirección política implica la adopción de las decisiones fundamentales que habrán de regir la actividad reservada al Estado, así como la coordinación de las mismas con las otras actividades y cometidos estatales.

Esa facultad es una derivación inmediata de la condición del Presidente de la República como Jefe del Poder Ejecutivo Nacional, que debe ser ejercida por medio del Ministro correspondiente señalado en la Ley Orgánica (el de Energía y Minas), que el Presidente no puede ceder ni delegar y de cuyo ejercicio debe dar informe al Congreso en su mensaje anual.

Las decisiones políticas del Presidente de la República en esta materia, sólo pueden ser políticamente discutidas por el Congreso en cuanto a su efectividad, conveniencia u oportunidad, pero no pueden ser objeto de recursos jurídicos de ninguna especie, salvo cuando se pueda difícilmente alegarse respecto a ellas el vicio de ilegalidad.

Esas decisiones políticas del Presidente se pueden referir tanto a los aspectos nacionales internos de la actividad explotadora como a las repercusiones internacionales de las mismas.

La prudencia propia de la conducción de los negocios del Estado obliga al Presidente a la utilización de los informes y opiniones de los demás órganos del Estado competentes, pero sólo como un auxilio para la adopción de las decisiones que sólo al Presidente corresponden y de las cuales el Ministro de Energía y Minas debe ser solidario y ejecutor.

B) Dirección técnica, administrativa y comercial de las actividades nacionalizadas

Corresponde, en principio, al ente administrativo al cual el Estado encargó la realización directa de cada una de esas labores: en el caso del gas natural, la Corporación Venezolana del Petróleo, en el del hie-

rro, la Corporación Venezolana de Guayana, y en el de los hidrocarburos Petróleos de Venezuela.

Esta dirección, de carácter general en los tres aspectos señalados, debe corresponder a dos líneas de mando: desde arriba, subordinación total a las decisiones políticas que adopte el Presidente de la República, y hacia abajo, imposición jerárquica a los entes jurídicos directamente encargados de la realización de todas las actividades reservadas.

X. LA EJECUCION DE LAS ACTIVIDADES NACIONALIZADAS

Tomada la decisión de nacionalizar y convertida la explotación del gas natural, de los hidrocarburos y del hierro en una actividad o cometido del Estado, hay que estudiar la posición que la organización y funcionamiento de la Administración Pública, corresponde a esas actividades y su forma de operar.

1) Organos competentes

Los órganos competentes para la realización de las actividades nacionalizadas son de dos tipos:

A) Organos encargados de las decisiones políticas

Lo son el Presidente de la República y el Ministro de Energía y Minas. El Presidente como Jefe del Poder Ejecutivo Nacional (Art. 181 CR) y el Ministro de Energía y Minas como órgano directo del Presidente para estas materias (Art. 193 CR, en relación con Art. 35 de la LOAC).

B) Organos encargados de las decisiones técnicas, administrativas y comerciales

La situación administrativa correspondiente está ordenada en dos niveles diferentes: uno el que corresponde a los órganos a los cuales una disposición legal expresa ha confiado la condición de "medio" para que el Estado realice las actividades nacionalizadas y que lo son, la Corporación Venezolana del Petróleo para el gas natural, la Corporación Venezolana de Guayana para el hierro, y Petróleos de Venezuela para los hidrocarburos; otro el que está atribuido a las empresas que fueren creadas "para el desarrollo regular y eficiente" de tales actividades, como lo son la Ferrominera del Orinoco S. A., en cuanto al hierro, y las distintas empresas petroleras en lo que se refiere a los hidrocarburos.

Debe mencionarse que la Corporación Venezolana del Petróleo quedó transformada en una de las empresas filiales de Petróleos de Venezuela, al darse ejecución a la disposición del párrafo tercero del Art. 6 de la Ley Orgánica que reservó al Estado la industria y el comercio de los hidrocarburos.

Este estudio se concreta a los "órganos o medios definidos por las leyes" y sólo se referirá a las empresas subsidiarias en tanto en cuanto ello sea necesario.

2) Titulares de esos órganos y su designación

Existen dos sistemas diferentes por la naturaleza misma del ente administrativo respectivo: en el caso del hierro se trata de un Instituto Autónomo, la Corporación Venezolana de Guayana, y en el de los hidrocarburos, de una Compañía Anónima, Petróleos de Venezuela.

La Corporación Venezolana de Guayana, creada conforme al Decreto del 29 de diciembre de 1960 como Instituto Autónomo adscrito a la Presidencia de la República, riene el régimen propio de tal y está dirigida por un Directorio de cinco miembros, uno de ellos con la denominación de Presidente y todos designados por el Presidente de la República.

Petróleos de Venezuela, creada conforme a Decreto presidencial número 1.123, del 30 de agosto de 1975, tiene forma de compañía anónima y está administrada por un Directorio integrado por nueve miembros designados, mediante Decreto, por el Presidente de la República (Cláusula decimosexta y decimoséptima del Título IV, Art. 2 del Decreto 1.123). Su régimen es peculiar y no el general de las sociedades anónimas.

3) Finalidades y competencia de cada uno

El problema fue tratado en los dos casos con la misma técnica, pero con sentido lógicamente diferente:

- A) Situación con el hierro: a la Corporación Venezolana de Guayana, por su carácter de medio del Estado para ejercer la industria de explotación del hierro y para cumplir ese cometido, le fue ordenado por el legislador constituir una o más empresas, siguiendo los métodos previstos en los artículos 11, 12 y 13 de su Estatuto y con las siguientes modalidades:
- a) El capital de esas empresas debe ser, en su totalidad, del Estado venezolano.

b) Ese capital debe estar constituido con las instalaciones, equipos y bienes de cualquier naturaleza que pertenecían a las empresas concesionarias y a sus matrices, filiales, subsidiarias y asociadas y que estaban afectos a las concesiones que se extinguieron en virtud de las nacionalizaciones.

La actividad explotadora continúa, por tanto, después de la nacionalización, con las mismas instalaciones, equipos y bienes de las antiguas concesionarias y que han pasado, de su patrimonio al del Estado, luego asignado por éste a la CVG y aportados por la CVG a la empresa creada al efecto.

No hay, por tanto, como consecuencia de la nacionalización, discontinuidad técnica en la actividad explotadora, pero sí administrativa, pues la maneja, después de la nacionalización, la empresa creada a ese efecto por la CVG, como propietaria del capital; a su vez la CVG debe someterse a las instrucciones que reciba del Presidente de la República.

B) Situación con el petróleo: Petróleos de Venezuela debe "cumplir y ejecutar la política que en materia de hidrocarburos dicte el Ejecutivo Nacional" (Art. 1, Decreto 1.123).

El estudio coordinado de la Ley de 1975 con este Decreto permite determinar con claridad el objeto y competencia de la Compañía.

El Estado se reservó (Art. 1 de la Ley) todo lo relativo a la exploración, explotación, manufactura, refinación, transporte, almacenamiento y comercio interior y exterior de petróleos, asfalto y demás hidrocarburos.

Para realizar esas actividades, la ley prevé la posibilidad de ejercerlas directamente o mediante "entes de su propiedad" (Art. 5), y con tal fin el Ejecutivo Nacional debe organizar la administración y gestión de esas actividades mediante la creación de empresas propiedad del Estado, bajo la forma de compañías anónimas, sujetas a las disposiciones del Ejecutivo Nacional y una de esas empresas tendrá la coordinación, supervisión y control de las demás (Arts. 6 y 7).

El Estado, por medio del Decreto Presidencial 1.131, creó Petróleos de Venezuela y le asignó la función específica de planificar, coordinar y supervisar la acción de las sociedades de su propiedad, controlar las actividades de estas últimas y otras labores que por el momento no interesa señalar (cláusula segunda, Art. 2, Decreto 1.131).

Las empresas propiedad de Petróleos de Venezuela realizan por tanto las actividades relacionadas con la explotación del petróleo, bajo

la coordinación, control y planificación de la empresa matriz, y ésta a su vez está subordinada a las decisiones del Ejecutivo Nacional.

Puede verse que se han tejido dos redes administrativas que van desde la actividad explotadora, realizada por cada una de las industrias nacionalizadas, hasta las decisiones que con respecto a ellas dicte el Ejecutivo Nacional y para ejecutar sus decisiones se dispone, en un caso, de un instituto autónomo que controla las empresas de su propiedad y en el otro de una compañía anónima estatal que también controla las empresas creadas por ella y de las cuales es propietaria.

XI. REGIMEN ADMINISTRATIVO DE LA ACTIVIDAD EXPLOTADORA

1) El hierro

Conforme a la ley que rige la materia, la Corporación Venezolana de Guayana debe aplicar, para el manejo de la explotación del hierro:

- A) Las disposiciones del Decreto Ley Nº 580.
- B) Las disposiciones pertinentes de su Estatuto.
- C) Las reglamentaciones que al efecto dicte el Ejecutivo Nacional.

Estas tres clases de normas, cuya prelación establece el mismo Decreto Ley Nº 580, no impide la aplicación de otras de carácter legislativo o reglamentario que puedan regir la materia, pero en estos sentidos:

- a) Cuando no hay disposición expresa en el Decreto Ley Nº 580, se deben aplicar las normas contenidas en otras leyes.
- b) Cuando hay disposición expresa en el mismo Decreto Ley, ella es de aplicación preferente (Art. 13).

La anterior aclaración no se refiere, desde luego, a las normas de orden constitucional ni a las de leyes orgánicas que tienen preferencia sobre las leyes especiales, entre ellas sobre el Decreto Ley.

2) El petróleo

La ley que reserva al Estado la industria y el comercio de los hidrocarburos establece, para Petróleos de Venezuela, el siguiente orden de aplicación de las normas legales:

- A) La propia ley citada y sus Reglamentos.
- B) Los Estatutos propios de la Empresa.

- C) Las disposiciones del Ejecutivo Nacional.
- D) Las normas de Derecho común que le fueren aplicables.

Probablemente no es absolutamente correcto que ese sea el orden exacto de la prelación de normas, ya que su aplicación literal podría crear confusiones, difíciles de resolver, entre normas de diversa categoría. Por ello es conveniente efectuar un análisis de la natualeza jurídica de Petróleos de Venezuela, del cual se va a derivar el régimen que le es aplicable.

- a) Previsiones legales: el legislador en cuanto a los hidrocarburos no quiso escoger la forma jurídica de los "entes" que podrían ser utilizados por el Estado para ejercer las actividades propias de las industrias nacionalizadas. Se limitó a establecer:
 - i) Que serían "entes" de propiedad estatal (Arts. 5 y 6).
- ii) Que serían creados con las formas jurídicas que el Ejecutivo Nacional considerase convenientes.
- iii) Que en el caso de revestir la forma de compañía anónima, podría ser constituida con un solo socio (Art. 6).

Esas disposiciones legales tienen la prudencia necesaria para no someter a formas rígidas una materia que por su naturaleza tiene que ser elástica y cambiante. Será, por tanto, responsabilidad política del Ejecutivo Nacional, determinar cuál será la forma que debe ser utilizada en cada tiempo.

Sí puede afirmarse que esa forma no puede ser la de Instituto Autónomo cuya creación, por mandato constitucional, está reservada a la Ley (Art. 230 CR).

b) Previsiones reglamentarias: en uso de la potestad que le fue conferida por la ley citada, el Presidente de la República dictó el Decreto 1.123, del 20 de agosto de 1975, para crear una "empresa estatal", bajo la forma de compañía anónima, con la denominación de "Petróleos de Venezuela".

La empresa es compañía anónima y cumple la exigencia legal de ser propiedad exclusiva del Estado venezolano (cláusula cuarta), que es su solo accionista.

Su organización básica está estipulada en principio según las normas formales generales del Código de Comercio y para ese efecto tiene

previsto denominación (Petróleos de Venezuela), domicilio (Caracas), duración (50 años), capital (2.500.000.000,000 Bs.), acciones nominativas (propiedad de la República). Asambleas ordinarias y extraordinarias. Administración por un Directorio, ejercicio económico (1º de enero al 31 de diciembre) y Comisario.

Hay que considerarla como de una forma jurídica especial y no como compañía anónima ordinaria, tanto por el cometido que tiene a su cargo como por las transformaciones que, por causa de ese cometido, requiere su régimen propio. En efecto el Decreto reglamentario, al organizar la compañía, le fija un sistema especial, diferente del previsto en el Código de Comercio y que se manifiesta en la continua y necesaria intervención del Ejecutivo Nacional para la adopción de decisiones que, en el régimen ordinario del Código de Comercio, sólo corresponden a órganos de la propia compañía.

Tales materias son:

- i) Forma y oportunidad de pago de la parte no pagada del capital social.
 - ii) Designación del Directorio.
 - iii) Determinación del tiempo de actividad de cada Director.
 - iv) Fijación del monto de la reserva legal.

La sociedad está además obligada a cumplir todas las disposiciones que dicte el Ejecutivo Nacional.

La naturaleza misma de la sociedad excluye la posibilidad de aplicar a ella determinadas normas del Código. Podemos señalar como ejemplo:

- i) El Libro de Actas de la Junta de Administración (Directorio) no puede ser "reservado" respecto al acionista único que es la República (Art. 261 C.C.O.).
- ii) No tienen sentido, respecto a la Compañía, las normas del Código sobre transferencia de la propiedad de las acciones sociales, gravamen de las mismas, disminución de capital, separación de socios, venta forzosa de acciones cuyo capital no haya sido pagado en todo o en parte, emisión de obligaciones, etc.
- iii) Merece la pena en particular analizar el problema específico de la Asamblea.

Como en toda compañía anónima, se ha previsto que la suprema dirección y administración de la sociedad radica en la Asamblea, y que tal Asamblea puede ser ordinaria o extraordinaria.

El problema se deriva de que, teniendo la compañía un único accionista que lo es la República, el mecanismo propio del Código de Comercio para la regulación del funcionamiento de una Asamblea de accionistas no tiene aplicación.

La cláusula undécima atribuye la representación de las acciones de la República al Ministro de Energía y Minas y a los demás ministros que determine el Presidente de la República. Podría discutirse la validez constitucional de esa previsión, ya que el representante patrimonial de la República, por mandato constitucional, es el Procurador General de la República (Art. 202, numeral 1).

Ahora bien, el Directorio, si bien tiene un amplio campo de acción autónoma, debe estar sujeto a las disposiciones del Ejecutivo Nacional y la sociedad no tiene otro fin sino cumplir y ejecutar la política que, en materia de hidrocarburos, dicte el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Minas en las actividades que le sean encomendadas. Resulta evidente, por lo tanto, que tiene que haber una íntima y permanente correlación entre la compañía y el Ejecutivo Nacional, en un todo diferente de la que existe normalmente entre los accionistas y los administradores de una compañía anónima.

No es posible, por tanto, pensar que en esta empresa son aplicables las normas del Código de Comercio sobre el funcionamiento general de las Asambleas, por ejemplo las que se establecen sobre diferimiento por falta de información (Art. 288), oposición ante el Juez Mercantil (Art. 291), etc.

Da la impresión de que, en la misma forma como se varió el régimen del Código para regular otras materias, se ha podido suprimir la existencia de la Asamblea y atribuir las facultades correspondientes al Ejecutivo Nacional por órgano del Ministro de Energía y Minas. Hacer convocar una Asamblea a la cual sólo pueden asistir el Ministro de Energía y Minas y los ministros que señale el Presidente (que van a estudiar actos que ya conocen y que fueron ejecutados por su orden), es crear un órgano social innecesario y hasta perjudicial, por los inconvenientes que puedan derivarse por la omisión o incumplimiento de las formalidades que afecten la validez de las decisiones.

Es útil mencionar que las empresas públicas no tienen por qué estar sometidas a las formalidades que están previstas en el Código de

Comercio para atender intereses privados muy diferentes y a veces incompatibles con los intereses públicos confiados a las empresas estatales.

XII. EL RESULTADO FINANCIERO DE LA NACIONALIZACION

Tanto el Decreto Ley 580 como la Ley de 1975, establecieron que las empresas que fueren creadas para llevar a cabo las labores propias de la industria nacionalizada, estarían sujetas al pago de impuestos, tasas y contribuciones nacionales.

Así se dispone:

- "Art. 11: La empresa o empresas que de acuerdo con el Art. 10 del presente decreto constituya la Corporación Venezolana de Guayana, pagarán al Fisco Nacional los impuestos, tasas y contribuciones nacionales, pero no estarán sujetas a ninguna clase de impuestos estatales o municipales" (Decreto Ley 580).
- "Art. 7: Las empresas a que se refiere el Art. anterior... quedarán sujetas al pago de los impuestos y contribuciones nacionales establecidos para las concesiones de hidrocarburos así como, en cuanto le sean aplicables, a las otras normas que respecto a éstas contengan leyes, ordenanzas y circulares... No estarán sujetas a ninguna clase de impuestos estadales o municipales" (Ley de 1975).

Dejando a un lado la posible discusión sobre la exención de impuestos municipales por Ley Nacional, que la Corte Suprema de Justicia ha rechazado ya por inconstitucional, conviene analizar la materia de fondo que tratan las leyes en referencia.

No parece lógico, a primera vista, que empresas del Estado, que van a suplir al mismo la fuente principal de sus ingresos, estén sujetas a impuestos. El impuesto supone que quien lo paga no es el propio Estado sino todo lo contrario, que se paga al Estado. Las empresas de que se habla son "medios" del Estado para realizar una actividad que el Estado y sólo el Estado puede realizar, como lo son las industrias nacionalizadas.

Cuando las mismas actividades eran llevadas a cabo por concesionarios, éstos estaban obligados a pagar al Estado una serie de impuestos de variada naturaleza, encaminados todos a lograr que una porción importante del beneficio obtenido en la explotación fuere al Estado por la vía de los impuestos. El resto del beneficio permanecía en su poder como legítima ganancia en una actividad permitida por la Ley. Al realizarse la actividad explotadora por empresas estatales, la Ley de 1975 y el Decreto 580, aparentemente mantienen el mismo sistema: una parte queda en la empresa, su ganancia, y otra parte va al Estado (los impuestos). Pero lo que sucede es que lo que queda en las empresas como ganancia es también ganancia del Estado y por lo tanto tienen el mismo destino que los impuestos.

Parece ser que la situación debe ser interpretada sólo como orden provisional, es decir, que hasta tanto la experiencia no determine una mejor forma de ingresar al Fisco Nacional los proventos provenientes de la explotación del hierro y del petróleo, se mantiene el sistema de impuestos como una ficción. Tendrá que llegar el momento en que se determine un sistema diferente mediante el cual todos los ingresos netos fueren a parar al Estado por un mecanismo diferente al de los impuestos.

Esa necesidad vendrá de que todo el mecanismo fiscal vigente, en la forma de calcular los impuestos y de contabilizar los ingresos y egresos, está preparado en base a suponer que quien lo lleva a cabo es un particular, situación que motiva necesidades de inspección, reparos, reclamos, procedimientos y recursos de defensa, etc., incompatibles con la actividad de empresas públicas que no podrían ir contra decisiones del mismo Estado ni ser sujetas a las inspecciones y controles propios de los particulares, sino a los específicos de entes del Estado.

XIII. LOS ADMINISTRADORES DE LAS EMPRESAS

1. El caso del petróleo: dispone la Ley de 1975 que "los directivos, administradores, empleados y obreros de las empresas y por tanto de Petróleos de Venezuela, no serán considerados funcionarios o empleados públicos, pero que sin perjuicio de esa situación se le aplicarán a los directivos y administradores las disposiciones de los Arts. 123 y 124 de la Constitución".

La primera de tales normas se refiere a la prohibición de ejercicio simultáneo de más de un destino público remunerado y la segunda a la incapacitación de quienes estén al servicio de la República para celebrar contrato alguno con entes públicos, ni por sí ni por interpuesta persona ni en representación de otro.

En esa forma se establece con claridad, con respecto a los directores y administradores de tales empresas:

A) Sin ser funcionarios públicos son servidores de la República.

- B) No pueden celebrar contrato alguno con entes públicos.
- C) No pueden ejercer destinos públicos remunerados.
- 2. El caso del hierro: en el caso del hierro debe distinguirse entre la situación de la CVG y la de la empresa o empresas que ella cree. Sobre la Corporación Venezolana de Guayana es evidente que sus directivos son funcionarios públicos con todas las derivaciones que ello significa. Pero sobre las empresas que cree la Corporación en ejecución a lo previsto en el Decreto 580, la situación es diferente. Debería existir respecto a ellos una norma similar a la del Art. de la Ley de 1975 para las empresas petroleras estatales y es muy posible que una interpretación integral y extensiva de la situación lleve a concluir que aun faltando la norma expresa debe aplicarse una situación jurídica similar.

XIV. EL OBJETO DE LAS EMPRESAS

Como quiera que el sistema de la nacionalización no respondió a un sistema armónico sino que atendió a las diversas circunstancias del hierro y del petróleo, es útil hacer distinciones:

1) El hierro

La arribución a la Corporación Venezolana de Guayana de la materia está dentro del objeto general fijado a ese ente público por su Decreto Orgánico tanto en forma general (Art. 7), como en aquellas normas que se refieren al manejo de la industria del hierro y del acero (Arts. 29 y 30). La empresa Ferrominera del Orinoco, constituida en ejecución del Decreto 580, se convierte así en una de las actividades de la CVG, en tanto en cuanto ella tiene atribuida la función específica de llevar a cabo estas labores.

2) El petróleo

La situación es distinta: el Estado creó una empresa específica, Petróleos de Venezuela, para llevar a cabo las labores que se reservó. Le dio forma de compañía anónima y en ella distingue:

- A) Funciones específicas: la coordinación, supervisión y control de las actividades de las demás empresas estatales petroleras (Art. 6, base segunda).
- B) Funciones propias: cumplir y ejecutar la política que en materia de hidrocarburos dicte el Ejecutivo Nacional (Decreto 1.123, Art. 1).

- C) Funciones generales: las señaladas en la cláusula segunda del Título 1 del Art. 2, del Decreto creador, en tanto en cuanto no están comprendidas en las dos anteriores.
- D) Funciones encomendadas: el legislador ha confiado a Petróleos de Venezuela después de su creación nuevas actividades, por ejemplo, el control de la industria petroquímica (véase Ley de 1977) y la implementación y ejecución de los complejos petroquímicos de Paraguaná y de Oriente (Decreto 1389).

XV. SISTEMAS DE CONTROL JERARQUICO Y DE AUTOCONTROL

Es un principio general en materia administrativa que el órgano superior debe controlar las actividades del órgano inferior, control que abarca la totalidad de las actividades y en las cuales el subalterno debe acomodar su conducta a las disposiciones del que le sigue en jerarquía.

Ese principio ha sido adoptado por la legislación vigente relativa al funcionamiento de la Administración Pública centralizada, con las siguientes normas:

1° Es deber y atribución de cada ministro "orientar, dirigir, coordinar, supervisar y controlar las actividades del Ministerio", sin perjuicio de otras funciones contraloras (Art. 20, numeral 1° LOAC).

Estando la actividad de las industrias nacionalizadas atribuidas al Ministerio de Energía y Minas, deberá el Ministro del ramo ejercer esa facultad, en términos generales y en la medida en que el Presidente de la República le instruya a él.

2º Es también deber y atribución de cada ministro ejercer sobre los Institutos Autónomos adscritos al Ministerio las funciones de coordinación y control que le correspondan conforme a la Ley Orgánica respectiva y a las leyes especiales de creación (Art. 20, numeral 11 LOAC).

La Corporación Venezolana de Guayana por su Decreto creador está adscrita al Presidente de la República, pero en tanto en cuanto tiene a su cargo las labores que le encomendó el Decreto 580, sus actividades deben estar sometidas al control del Ministro de Energía y Minas.

A lo anterior se une, como es lógico, el control que corresponde, en la industria del hierro, a la CVG sobre la empresa por ella creada para llevar a cabo las labores que se le encomendó por el Decreto 580 y en materia de hidrocarburos el control de Petróleos de Venezuela sobre las empresas de hidrocarburos.

No existe en la ley ninguna norma sobre la CVG y su control sobre "Ferrominera"; habrá que aplicar al caso los principios generales vigentes sobre la materia.

La actividad referente a las empresas de hidrocarburos sí ha sido objeto de una detenida consideración por el legislador y el poder reglamentario y que puede ser sistematizada así:

1) Principio general de control

La ley permite que el Ejecutivo Nacional, al crear las empresas que juzgue necesario para el desarrollo regular y eficiente de la actividad nacionalizada, "atribuya a una de ellas las funciones de coordinación, supervisión y control de las demás" (Art. 6, bases primera y segunda).

El Ejecutivo Nacional hizo uso de esa facultad y atribuyó a Petróleos de Venezuela las funciones de controlar la acción de las otras empresas en sus actividades de exploración, explotación, transporte, manufactura, refinación, almacenamiento, comercialización o cualquiera otra actividad de su competencia en materia de petróleo y demás hidrocarburos. (Título I, cláusula segunda, Art. 2).

2) Forma de ejercicio del control

La función de control está atribuida al Directorio (número 5, cláusula vigésima séptima) unida a la de supervisar las actividades de las empresas afiliadas y en especial "vigilar que cumplan sus decisiones".

Se están manejando tres verbos de significado muy relacionado: controlar, supervisar y vigilar. Da la impresión que no se trata sino de tres modalidades de ejercer una misma función, la de atender a que la conducta de cada empresa se sujete a las finalidades que le fueron encomendadas.

En esa potestad de señalar a las empresas filiales cuáles son las actividades que deben desempeñar, está la esencia de la actividad controladora de Petróleos de Venezuela.

Por eso, al analizar sus distintas potestades, se pueden observar los campos que en esa materia le corresponde y que están relacionados con los distintos campos de la actividad: política, técnica y científica en materia de petróleo; política de formación de personal para la industria y política de comercialización del petróleo y demás hidrocarburos; en cada una de esas materias habrá "decisiones" de Petróleos de Venezuela

y luego la función de verificar si las empresas filiales han acatado o no esas decisiones.

A la función de control está unida la de coordinación de todas las empresas en los campos que señala la cláusula vigésima novena del capítulo V del Título III, del Decreto, a saber: exploración, producción, transporte, refinación, mercado interno, mercado externo y relaciones internacionales, investigación y producción ambiental, desarrollo de recursos humanos, relaciones industriales, materiales y equipos, administración y finanzas y otras necesarias.

En cada uno de estos campos debe procurar Petróleos de Venezuela que todas las distintas empresas actúen en forma "coordinada" y desde luego, el objetivo requiere poder ejercer oportunamente funciones de control para obligar a someter las labores de cada una a la acción general del conjunto.

A) El control parlamentario

Es una simple aplicación de los principios generales contenidos en la Constitución:

- 1) La Corporación Venezolana de Guayana, las empresas por ella creadas (Ferrominera del Orinoco), Petróleos de Venezuela y sus filiales, son parte de la Administración Pública. Están por tanto sometidas, en forma general, al control del Congreso en la forma prevista en el último párrafo del artículo 139 de la Constitución.
- 2) Los cuerpos legislativos y sus comisiones pueden realizar sobre la actividad de las empresas que llevan a cabo las actividades nacionalizadas "las investigaciones que juzguen convenientes" y tienen facultad para conocer tanto las declaraciones que presenten las personas que llamen a comparecer ante ellas, como los documentos y otras informaciones que sobre el caso requieren (Art. 160 de la Constitución).
- 3) El Ministro de Energía y Minas debe dar cuenta razonada y suficiente al Congreso, en su Memoria anual, sobre la gestión de la actividad de explotación del hierro y del petróleo y demás hidrocarburos y de los planes para el año siguiente en esas materias (Art. 197 de la Constitución).
- 4) El Presidente de la República debe dar cuenta anual al Congreso de su Mensaje, de los aspectos políticos y administrativos de su gestión en lo que se refiere al manejo de las actividades nacionalizadas y expli-

car, dentro de los lineamientos del Plan de la Nación, la porción que en dicho Plan correspode al tema de las mismas actividades.

No hay, por tanto, ningún aspecto de la actividad de las actividades nacionalizadas que no pueda o no deba ser conocido por el Congreso. La intervención de éste puede llegar hasta el voto de censura al Ministro de Energía y Minas por la gestión de las actividades nacionalizadas, que puede acarrear la remoción del ministro y su enjuiciamiento si la mayoría de la Cámara de Diputados, con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes lo acuerda (Art. 153). De acuerdo con los principios generales de la Constitución el Ministro responde de sus actos, aun en el caso de que obre por orden expresa del Presidente y de que de los actos acordados en Consejo de Ministros sólo le libera de responsabilidad el haber salvado oportunamente su voto (Art. 196).

B) La intervención de la Contraloría General de la República

La calificación de Instituto Autónomo para la Corporación Venezolana de Guayana y de "empresas estatales" para las creadas en orden a llevar a cabo las actividades nacionalizadas, determina que estén sometidas al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República, en los términos señalados en la Ley Orgánica que la rige y que en resumen pueden catalogarse así:

- 1) Respecto a la CVG:
- i) La Contraloría puede practicar intervenciones periódicas o constituir en ella unidades permanentes de control.
- ii) Puede establecer modalidades de control preventivo si acaso no se acatan sus recomendaciones y observaciones o si, en acuerdo con el Presidente de la República, requiere la salvaguarda del interés público.
- iii) Puede formular reparos si evidencia irregularidades que causen perjuicios pecuniarios.
- iv) Debe recibir un balance general, sus estados de ganancias y pérdidas y de ejecución presupuestaria y el análisis de sus cuentas.
 - v) Puede evaluar su gestión financiera.
- vi) Debe informar de sus resultados al Congreso y al Ejecutivo Nacional.
- 2) Respecto a todas las empresas que llevan a cabo las actividades nacionalizadas, la Contraloría puede:

- i) Practicar auditorías.
- ii) Ejercer funciones de control de gestión para determinar si la actividad de las referidas empresas es adecuada a las decisiones adoptadas y a los planes y objetivos que le hubieran sido señalados.
- 3) Respecto a todas las entidades que tienen la labor de llevar a cabo las actividades nacionalizadas, la Contraloría puede:
- i) Efectuar estudios organizativos, estadísticos, económicos y financieros.
- ii) Efectuar investigaciones de cualquier naturaleza y con todo ello puede determinar:
 - i) El costo de los servicios.
 - ii) Los resultados de la gestión administrativa.
 - iii) La eficacia con que operen todas esas entidades.

Toda la actividad de los entes públicos que lleven a cabo las actividades nacionalizadas está por tanto sometida al control de la Contraloría General de la República.

Debe destacarse la diferencia específica que hay entre el tipo de control, estrictamente fiscal, que existió en nuestra anterior legislación y el que regula la vigente ley. No se trata sólo de cuestión contable y financiera de precisar la forma cómo los dineros públicos se han gastado conforme a las previsiones de la ley, sino de determinar, mediante el examen del costo de los servicios y de la eficacia de la acción controlada, si mediante ella se logra el grado de adecuación de los resultados a lo previsto en el Plan de la Nación y a las decisiones políticas adoptadas oportunamente para la ejecución de dicho plan.

Esta información, transmitida al Presidente de la República y al Congreso, permitirá a los mismos efectuar las correcciones necesarias, adoptar las oportunas medidas y darse cuenta de si la actividad nacionalizada está llevándose a cabo dentro de la situación, previsiones adoptadas en su momento.

La gestión de la Contraloría no impide sino complementa las que pueden corresponder a los demás organismos de control que hemos señalado anteriormente.

XVI. REGIMEN PRESUPUESTARIO DE LOS ENTES PUBLICOS QUE LLEVAN A CABO LAS ACTIVIDADES NACIONALIZADAS

Tanto por disposición expresa de las normas jurídicas que las rigen (Art. 7 de la Ley de 1975 y Art. 3 del Decreto 580), como por

virtud de las precisiones de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario (Art. 1, numerales 1 y 3), el proceso presupuestario de los entes públicos que llevan a cabo, ya sea como instituto autónomo (CVG), ya como empresas del Estado (Petróleos de Venezuela, Ferrominera del Orinoco y las compañías subsidiarias de ambas), está sujeto a las normas de esa ley.

Recuérdese que esta ley, por su carácter de "orgánica", es de aplicación preferente sobre otras normas contenidas en leyes especiales.

Puede distinguirse principios generales del régimen presupuestario y normas especiales para el caso que estudiamos.

1) Principios generales

- a) El presupuesto de cada uno de esos entes debe expresar la forma que está prevista para captar y asignar recursos en orden al cumplimiento de las metas que cada uno de ellos tiene asignadas en el Plan de la Nación. A tal efecto debe seguir las orientaciones que determine el Plan Operativo Anual, en el cual el Ejecutivo Nacional tiene que haber determinado las actividades que dentro de las previsiones del Plan de la Nación deben ser ejecutadas en el año correspondiente.
- b) El presupuesto debe señalar los ingresos y los gastos, sin que los segundos excedan a los primeros. Los ingresos deben estar discriminados por sus distintas fuentes.
- c) El presupuesto debe estar dividido en programas y proyectos, en cada uno de los cuales tiene que describirse su relación con las políticas contenidas en el Plan de la Nación, así como deberán estar definidos los objetivos y metas para el ejercicio respectivo, todo ello dentro del denominado sector de energía y minas de la planificación nacional.
- d) El presupuesto debe indicar la unidad administrativa responsable del cumplimiento de cada meta, programa o proyecto.

Todos estos principios, de carácter general, ponen de relieve con toda claridad la inmediata relación entre la actividad de los entes públicos que llevan a cabo las actividades nacionalizadas y el resto de la actuación administrativa del país. Ellos forman parte de la Administración Pública, recibirán recurso (si los necesitan) para realizar sus actividades y tales actividades deberán estar contempladas en el Plan de la Nación, relacionadas con las demás a cargo del Estado.

2) Disposiciones especiales

a) La actuación presupuestaria de los entes públicos que lleven a cabo las actividades nacionalizadas, debe estar de acuerdo con "los lineamientos de la política sectorial" que les imparta el Ministro de Energía y Minas.

La decisión política correspondiente no es por tanto facultad del propio ente sino del Ministro como órgano del Presidente de la República. El ente ejecuta esa política.

El régimen presupuestario es quizá la forma práctica más importante de expresar ese principio que tiene carácter general.

- b) El proyecto de presupuesto, aparte de ser elaborado conforme a las instrucciones que imparta la Oficina Central de Presupuesto, debe ser aprobado por el Ministro de Energía y Minas, como ratificación de su autoridad política sobre los mismos. Posteriormente, antes de ser someridos al Congreso, tienen que recibir la aprobación definitiva del Presidente de la República en Consejo de Ministros.
- c) Cuando se trata de empresas estatales el Ejecutivo debe verificar, antes de aprobar el presupuesto respectivo, el grado de adecuación del mismo en cuanto a la forma de lograr objetivos, metas y programas propios y los del Plan de la Nación.
- d) El Ejecutivo Nacional debe decidir sobre el monto de las utilidades que deberán ser ingresadas al Fisco Nacional y la oportunidad de su entrega.
- e) Cuando las circunstancias lo aconsejen, el Presidente de la República puede limitar determinados programas o proyectos de las empresas y señalar los gastos de operación o de inversión que quedarán afectados.

El régimen presupuestario de estos entes públicos, los coloca bajo la dependencia directa del Presidente de la República en cuanto a la fijación de la política que deben seguir, la imposición de formas de actuar acordes con los lineamientos del Plan de la Nación, el control permanente sobre la ejecución de programas y proyectos y la colecta de las utilidades líquidas en beneficio del Fisco.

Estos entes públicos son por lo tanto medios de acción para el logro de recursos que serán destinados a los fines y metas señalados en el Plan de la Nación, bajo la suprema dirección del Presidente de la República, como Jefe del Poder Ejecutivo y por órgano del Ministerio de Energía y Minas.

Este aspecto pone de relieve la transformación habida en el Estado venezolano, con el proceso de nacionalización, al incorporar a los medios de gobierno del Presidente de la República un nuevo y poderoso instrumento (los entes de que se viene hablando) como medio para el logro de los objetivos determinados por el mismo Presidente en el Plan de la Nación y la nueva ubicación que corresponde al Ministro de Energía y Minas como medio y órgano del Presidente en esas labores.

El Ministerio de Energía y Minas, de simple inspector técnico de la actividad de explotación de minerales y de hidrocarburos, como lo era fundamentalmente antes de la nacionalización del hierro y del petróleo, se convierte así en el instrumento fundamental de gobierno del Presidente de la República.

XVII. USO DEL CREDITO PUBLICO POR LOS ENTES QUE LLEVEN A CABO LAS ACTIVIDADES NACIONALIZADAS

Por expreso mandato de la Ley Orgánica de Crédito Público (Art. 2, numerales 1, 2 y 3), todos los entes públicos están sujetos a las normas de dicha ley en las operaciones de crédito público que puedan realizar.

En general, se considera como de crédito público el asumir obligaciones por entes públicos cuyo cumplimiento esté previsto para ejercicios fiscales distintos del corriente.

El uso del crédito público por los entes públicos está sujeto al control superior del Presidente de la República, quien en Consejo de Ministros debe aprobar toda operación de esta naturaleza para que tenga validez, supuestas además las autorizaciones complementarias del Congreso, mediante ley, y la opinión que debe expedir el Banco Centra Ide Venezuela.

El régimen de crédito público en cuanto a los entes que tiene a su cargo llevar a cabo las actividades necionalizadas, tienen dos modalidades que lo diferencian del régimen general. Una que el sistema aplicable a la CVG, que es el ordinario previsto en la Ley Orgánica de la materia. Otro es el específico de las empresas creadas, tanto por la CVG, conforme al Decreto 580, como por el Ejecutivo Nacional en la forma prevista en la Ley de 1975. Para estas últimas, no se aplica el régimen de la Ley de Crédito Público (parágrafo único de su Art. 50), en tanto en cuanto las operaciones respectivas no estén avaladas o garantizadas

en alguna forma por la Nación. Tales operaciones estarán dentro de las que deben estar contempladas en su sistema normal de actuación y previsto en los respectivos presupuestos y sometido al mecanismo de aprobación propio de los presupuestos señalados y que ya ha sido estudiado.

XVIII. ESPECIAL JURISDICCION JUDICIAL PARA LOS ENTES PUBLICOS QUE LLEVEN A CABO LAS ACTIVIDADES NACIONALIZADAS

Ha querido el legislador que las cuestiones judiciales que puedan originar actividades nacionalizadas, no estén sometidas a la jurisdicción ordinaria, sino a otra especial regulada en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

La razón tenida para ello es simple: es lógico que la actividad fundamental de carácter económico que el Estado realiza esté amparada por los privilegios de que goza el Estado mismo, ya que quien realiza tales actividades es el Estado mismo y los medios que él utiliza para llevarlas a cabo únicamente son simples instrumentos administrativos que no alteran la esencia de la actividad estatal. Es a través de ellos como actúa el Estado venezolano, no otro diferente.

Por esa situación fue sugerido al legislador y aceptado por éste que las acciones de cualquier naturaleza que se propongan contra los entes públicos referidos (la Corporación Venezolana de Guayana y las empresas estatales que llevan a cabo las actividades nacionalizadas) queden sometidas:

- a) A la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, cuando la cuantía exceda de cinco millones de bolívares y su conocimiento no esté atribuido a otra autoridad (Ley Orgánica de esa Corte, Art. 42, numeral 15, en concordancia con Art. 43).
- b) A la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, cuando la cuantía exceda de un millón de bolívares y no llegue a cinco, e igualmente el conocimiento de la causa no esté atribuido a otra autoridad (Art. 185, numeral 6°).
- c) A los Tribunales a los cuales corresponda la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando la cuantía no exceda de un millón de bolívares y tampoco su conocimiento sea de la competencia de otra autoridad (Art. 182, numeral 2°).

En todos estos casos se aplicará el procedimiento propio del juicio ordinario:

a) En una única instancia cuando corresponda su conocimiento a la Corte Suprema de Justicia;

b) Si la materia es propia de los otros dos Tribunales, cuando conozca en Primera Instancia la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo irá en apelación a la Corte Suprema de Justicia (Art. 185, in fine), pero si en Primera Instancia ha conocido uno de los otros Tribunales que tengan atribuida la jurisdicción contencioso-administrativa, conocerá en apelación la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo (Art. 181 in fine).

XIX. LA REGULACION INTERNACIONAL DE LA ACTIVIDAD PETROLERA

Entre los días 10 y 14 de septiembre de 1960 se reunió en Bagdad una Conferencia, integrada por representantes de Irak, Irán, Kuwait, Arabia Saudita y Venezuela, todos países productores y exportadores de petróleo y que tenían y continúan teniendo programas, necesarios para su desarrollo, financiados con las entradas derivadas de la explotación y exportación de petróleo y que además cuentan, en alto grado con el petróleo, para poder financiar sus presupuestos de gastos anuales.

Esa situación fue considerada como unida a otras dos, igualmente graves: la una que en las condiciones tecnológicas del mundo para poder mantener y mejorar niveles de vida se depende del uso del petróleo como fuente de energía; la otra que el petróleo es una riqueza perecedera, que se agota con el uso y que debería ser paulatinamente reemplazada.

En tal estado de cosas se hizo evidente que cualquier alteración en los precios del petróleo afectaría, necesariamente, a la ejecución de los programas mencionados y causaría también graves perjuicios a todas las naciones consumidoras del producto.

Lo enunciado se estimó agravado por el hecho de que por estar la explotación del petróleo en manos de compañías multinacionales, las modificaciones ya efectuadas por ellas n los precios del producto alteraban los intereses de los países productores en forma incompatible con su soberanía.

Se planteó así un problema de suma gravedad, ante el cual los países presentes en la reunión decidieron:

- 1. Crear un sistema que, mediante la regulación de la producción, atendiere a las siguientes finalidades:
 - a) Asegurar una entrada estable a los países productores.
- b) Asegurar un abastecimiento eficiente, económico y regular de petróleo a las naciones consumidoras.

- c) Asegurar una justa ganancia para su capital a quienes inviertan en petróleo.
- 2. Comprometerse a una conducta unánime y coordinada de los países presentes para evitar cualquier situación de orden particular que pudiere ser creada fuera de ellos para impedir los efectos del sistema previsto.
- 3. Formar un organismo permanente, la Organización de Países Exportadores de Petróleo, para consultas regulares entre sus miembros, unificación de sus políticas y adopción de actitudes coincidentes ante los problemas planteados a la reunión, todo para salvar sus intereses individuales y colectivos.

La decisión produjo graves consecuencias en el orden jurídico internacional y que iban a transformar la posición de los países en desarrollo frente al conjunto de los países industrializados, al ser tratado el tema bajo sus dos modalidades posibles: el derecho en sí de crear organizaciones como la OPEP y las posibilidades de acción de ese tipo de organizaciones.

La organización, una vez creada, tuvo necesidad de ordenar su régimen interno, normas contenidas en sus Resoluciones II-5 y II-6, adoptadas entre el 15 y el 21 de enero de 1961. En ellas se distinguieron dos cuerpos plurales, uno denominado La Conferencia, integrada por representantes de los países miembros y que deberá reunirse dos veces por año, preferentemente en las capitales de los países miembros (u otro sitio aconsejable), y la Junta de Gobernadores, designados por la Conferencia, a razón de un Gobernador y su suplente por cada país, uno de los cuales tendrá el carácter de Presidente, designado por la Conferencia para períodos de dos años y con la doble función de Secretario General de la Organización y su representante legal. Esta Junta de Gobernadores tiene un carácter permanente y debe reunirse al menos cada tres meses. Se hace notar que mientras la Conferencia debe actuar por unanimidad, la Junta de Gobernadores necesita mayoría simple.

La Secretaría General dispondrá de personal con el carácter de funcionarios internacionales y de departamentos de carácter técnico, de administración y de relaciones públicas. En el primero de los departamentos existen secciones geológicas, de producción, de mercado, jurídicas y financieras.

La OPEP ha dedicado su actuación a ir estudiando la situación del mercado petrolero en el mundo para adoptar medidas, que aplicadas unánimemente por sus miembros, permitan obtener los fines perseguidos. Esas medidas han sido el control de la producción, la fijación de los precios y la creación de sus fuentes informativas suficientes para la mejor preparación de lo que fuera a ser decidido.

Paulatinamente los estados miembros de la OPEP han ido adoptando, cada uno dentro de su propia estructura jurídica, resoluciones encaminadas a nacionalizar la industria de producción del petróleo, con cuyas medidas se facilita al máximun la capacidad del Estado para llevar a cabo el ejecutar las decisiones de la OPEP.

Conviene hacer notar que la OPEP no es un organismo especializado de las Naciones Unidas, sino propio de sus países miembros; por tanto, no está sujeto al control de la Asamblea General ni del Consejo de Seguridad. Tampoco es necesario a sus miembros someter sus diferencias internas a la Corte Internacional de Justicia y según la doctrina más generalmente admitida, la OPEP como tal no podría ser parte en ninguna controversia ante la misma Corte. Por razones adicionales de orden político más que jurídico, no parece probable que los miembros de la OPEP estén interesados en someter los problemas propios de la organización al Tribunal Internacional.

Se debe advertir, por último, que la Carta de los Derechos y Deberes económicos de los Estados, en su Art. 5 reconoce el derecho de todos los Estados productores de materias primas de asociarse para el logro de sus fines propios de desarrollo y exige a los demás Estados el reconocer ese derecho, absteniéndose y abstenerse de adoptar medidas económicas y políticas que lo puedan limitar.

En la práctica tenida hasta ahora, la representación de Venezuela en la Conferencia de la OPEP la ha tenido el Ministro que actualmente se denomina de Energía y Minas (antes de Minas e Hidrocarburos), situación que si bien podía ser no del todo clara bajo el régimen del Estatuto Orgánico de Ministerios de 1950, quedó definida en la Ley Orgánica de la Administración Central, conforme a la cual la representación de la República en organismos internacionales, conferencias y cualquiera otros actos internacionales, corresponde al Ministro de Relaciones Exteriores, "a menos que el Presidente de la República encargue la representación a otro Ministro o funcionario público" (Art. 25, numeral 1).

Como quiera que el Gobernador correspondiente a Venezuela no es designado por el Gobierno venezolano sino por la Conferencia, no se plantea el problema de si debe o no ser aplicada la designación a dicho funcionario el dispositivo constitucional conforme al cual los Jefes de las misiones permanentes venezolanas deben contar con la previa autorización del Senado.

El Gobernador por Venezuela no tiene por tanto el carácter de Jefe de Misión, lo cual no impide que si el Gobierno venezolano lo tiene a bien le confiera el rango de Embajador.

Las resoluciones de la Conferencia se han venido publicando en la Gaceta Oficial de la República, contenidas en una Resolución del Ministerio antes de Minas e Hidrocarburos y hoy de Energía y Minas. Se ha interpretado, al parecer, que tales actos son de los llamados "ordinarios" en las relaciones internacionales y que por tanto, conforme al Art. 128 de la Constitución, requieren aprobación por ley del Congreso.

En la estructura actual derivada de la nacionalización de la industria del petróleo y la creación de Petróleos de Venezuela, esta compañía, en su actuación internacional en el mercado petrolero y en el control que debe ejercer sobre la explotación petrolera en el país, debe ser ejecutora de la política que en la Organización de Países Exportadores de Petróleo hubiere aceptado el Ejecutivo Nacional: recuérdese que al ser creada dicha empresa, fue señalado como cometido suyo "cumplir y ejecutar la política que en materia de hidrocarburos dicte el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministro de Energía y Minas". La política puede derivarse de decisiones internas o de ejecución de acuerdos de la OPEP.

XX. LA REGULACION INTERNACIONAL DE LA EXPLOTACION DEL HIERRO

Los países en desarrollo productores de hierro no controlan la mayoría de la producción mundial de ese mineral, ya que parte importante y decisiva en esa producción corresponde a Suecia, Canadá y Australia.

Esa razón, unida al hecho de que sus diferentes volúmenes de existencia y los niveles distintos de explotación, condicionan actitudes políticas diferentes en lo que a precios se refiere, han impedido la creación de una Organización Internacional de Países Productores de Hierro. Sólo se ha logrado, después de varios esfuerzos, llegar a la creación de un Comité Gubernamental Consultivo, en el cual se reúnen las informaciones mundiales sobre el material de hierro y que sirve de foro de conversación, trato y negociación entre los distintos productores. Los objetivos perseguidos van hacia la regulación de la producción mundial, la defensa de los precios, la regulación de los transportes internacionales de mineral y el estudio de la tecnología de su explotación y uso, y la transferencia de la misma para estar al alcance de los países en desarrollo.

CONTENIDO



	Pág.
DERECHO CONSTITUCIONAL	
RAFAEL CALDERA, EL REGIMEN PRESIDENCIAL EN LA CONSTITU- CION VENEZOLANA	17
GUSTAVO TARRE BRICEÑO, TEORIA DEL ORGANO Y ORGANO REPRESENTATIVO	
CLASIFICACION DE LOS ORGANOS TEORIA DEL ORGANO Y CONCEPCION CLASICA FRANCESA ACERCA DE LA REPRESENTACION EL ORGANO REPRESENTATIVO	30 31 32
DERECHO ADMINISTRATIVO	
Allan R. Brewer-Carías, LA EVOLUCION DEL CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO	
I. INTRODUCCION	42
1. La importancia del tema de los contratos administrativos	42
2. El problema de la autonomía del Derecho Administrativo y la sustantividad del contrato administrativo	44
II. LAS DIVERSAS FORMAS CONTRACTUALES DEL ACTUAR ADMINISTRATIVO	45
1. Los contratos interadministrativos	46
A. Los contratos entre entidades político-territoriales B. Los contratos entre entes de derecho público territoriales	46 47
y no territoriales	48
2. Los contratos Administración-Administrados	49

		Pág.
A	A. Las diversas formas contractuales	49
E	3. Los contratos de contenido patrimonial	49
C	C. Los nuevos contratos no patrimoniales como técnica de Administración	50
	a. El arreglo amigable expropiatorio	50
	b. Los convenios fiscales	51
	c. Los convenios de ejecución de planes de desarrollo	51
I	D. La figura ampliada de los contratos de interés nacional	52
TOS .	NTIDO ACTUAL DE LA DISTINCION ENTRE LOS CONTRA- ADMINISTRATIVOS Y LOS CONTRATOS DE DERECHO PRI- D DE LA ADMINISTRACION	54
		54
	El origen de la distinción	74
	El concepto del contrato administrativo y la autonomía del lerecho administrativo	56
	El régimen común de derecho público de todos los contratos le la Administración	59
	El régimen preponderante de derecho público en la ejecución de ciertos contratos de la Administración	61
A	A. Algunos contratos con régimen preponderante de derecho público y sus consecuencias	61
F	3. Las llamadas cláusulas exorbitantes	62
	a. Las decisiones unilaterales de la Administración en la ejecución de los contratos	63
	b. Los poderes de modificación unilateral de los con-	64
	tratos	
	c. Los efectos de los contratos respecto de terceros	66
C	C. La ausencia de un régimen jurídico unitario para los contratos de la Administración con régimen preponderante de	
	derecho público	67
CONC	LUSION	67

	Pág.
JESÚS CABALLERO ORTIZ, EL FUNCIONARIO PUBLICO Y LA LEGISLACION LABORAL	
INTRODUCCION	71
I. LA EXCLUSION DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS DEL CAMPO DE APLICACION DE LA LEGISLACION LABORAL	72
1. Fundamentos de la exclusión	73
A. La previsión legal	73
B. Las razones de orden estatutario	77
2. Principales consecuencias de la exclusión	78
A. Fijación unilateral de la remuneración	78
B. Derecho de sindicación sui generis	80
C. La jurisdicción administrativa	80
D. El condicionamiento del derecho de huelga	81
II. INFLUENCIAS EJERCIDAS POR EL DERECHO DEL TRABAJO EN EL CAMPO DE LA FUNCION PUBLICA	85
1. La aceptación del Derecho del Trabajo	87
A. Aceptación de instituciones propias del Derecho del Tra- bajo	87
a. El pago de prestaciones sociales	87
b. El reparto de las utilidades	92
B. Aceptación del Derecho del Trabajo como régimen su-	
pletorio	94
C. Aplicación genérica del Derecho del Trabajo	94
2. Las resistencias del Derecho y la aceptación en los hechos. La contratación colectiva	96
A. Razones de la contratación colectiva	97
B. Problemas derivados del contenido del contrato colectivo con respecto al Derecho de la Función Pública	101
C. Posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la validez de los contratos colectivos suscritos por la Administración	
con sus funcionarios	103

	Pág.
a. Posición que rechaza la contratación colectiva	103
b. Posición que admite en ciertos casos la contratación colectiva	105
c. Posición que admite en todo caso la contratación co-	101
lectiva	106 106
c.1. La posición de Hildegard Rondón de Sansó	100
D. Nuestra opinión	107
a. La prohibición constitucional y legal impuesta a los funcionarios públicos de celebrar contratos con la ad-	
ministración b. El carácter estatutario de la relación funcionario Ad-	107
ministración Pública y la contratación colectiva	108
c. Necesidad de la remisión al Derecho del Trabajo	110
d. La convención colectiva en el marco del convenio 98	112
CONCLUSION	113
ELOY LARES MARTÍNEZ, CONTRATOS DE INTERES NACIONAL	117
MANUEL RACHADELL, NATURALEZA Y EFECTOS DE LA DECLARA- TORIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA	
INTRODUCCION	143
I. ASPECTOS JURIDICOS DE LAS AVERIGUACIONES ADMINISTRA- TIVAS Y DE LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD ADMINIS-	1 & 5
TRATIVA	145
1. El órgano investigador: la Contraloría General de la República	145
2. Las averiguaciones administrativas	149
A. Los reparos a las cuentas de los funcionarios y las ave-	
riguaciones administrativas	150
B. El procedimiento de las averiguaciones administrativas	151
3. La declaratoria de responsabilidad administrativa	154
A. Los sujetos pasivos de la declaratoria de responsabilidad administrativa	154

	Pág.
B. La naturaleza de la declaratoria de responsabilidad administrativa	157
C. Los efectos de la declaratoria de responsabilidad administrativa	163
las sanciones disciplinarias	163
nales	165 166
4. La impugnación jurisdiccional de la declaratoria de responsabi-	
lidad administrativa	167
 A. Recurribilidad del auto de responsabilidad administrativa B. Organos jurisdiccionales competentes para conocer de los 	167
recursos contra los autos de responsabilidad administrativa	169
II. LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO CONTRA LA CORRUPCION ADMINISTRATIVA	173
1. La revisión de las instituciones de control	174
2. Reorientación de la declaratoria de responsabilidad adminis-	176
trativa	176 176
 A. La finalidad del auto de responsabilidad administrativa B. La publicidad del auto de responsabilidad administrativa 	178
-	176
3. Aproximación del Contralor General de la República a la figura del Ombudsman	181
A. El Ombudsman en la Administración Comparada	181
B. La búsqueda de un Ombudsman venezolano	183
C. La Contraloría y el Ombudsman	186
Nelson-Eduardo Rodríguez García, LA POSICION ESPECIAL DE LA ADMINISTRACION EN EL PROCESO CONTENCIOSO-AD- MINISTRATIVO VENEZOLANO	,
I. INTRODUCCION: LA POSICION PRIVILEGIADA, LA AUTOTUTELA Y LA EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO	191
II ANTECEDENTES	193

1. Protagonismo inicial de la Hacienda Pública				Pág.
2. La situación actual		1.	Protagonismo inicial de la Hacienda Pública	193
1. Particularidades relativas a los presupuestos del proceso contencioso-administrativo		2.		195
tencioso-administrativo	ш	LOS	PRIVILEGIOS	197
pública 197 B. Necesidad de autorización para demandar en nombre de la República 197 C. Privilegio de jurisdicción 198 2. Especialidades relativas al desarrollo del proceso 198 A. El privilegio de la suspensión de plazos por notificación al Procurador General de la República 198 B. Las demandas se tienen por contradichas e igualmente las excepciones 200 C. Los privilegios en materia de prueba 200 3. Particularidades relativas a la terminación del proceso y a sus efectos 202 A. Convenimiento, desistimiento y transacción de la Administración 202 B. La técnica del recurso obligatorio 202 C. El privilegio de la exención de gastos y cauciones 203		1.		197
B. Necesidad de autorización para demandar en nombre de la República			•	197
C. Privilegio de jurisdicción			B. Necesidad de autorización para demandar en nombre de	
A. El privilegio de la suspensión de plazos por notificación al Procurador General de la República				
al Procurador General de la República		2.	•	198
excepciones			· · · ·	198
C. Los privilegios en materia de prueba				200
A. Convenimiento, desistimiento y transacción de la Administración				
A. Convenimiento, desistimiento y transacción de la Administración		3.		202
B. La técnica del recurso obligatorio			A. Convenimiento, desistimiento y transacción de la Admi-	
C. El privilegio de la exención de gastos y cauciones 203				
D. La prerrogativa de exceptuación de ejecución judicial 203				203
			D. La prerrogativa de exceptuación de ejecución judicial	203
	I.			208
I. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EN GENERAL Y LAS FORMAS Y CONTENIDOS QUE ADOPTA		1.	Nociones fundamentales	208
Y CONTENIDOS QUE ADOPTA			A. Actividad administrativa. Función. Potestad	208
Y CONTENIDOS QUE ADOPTA			B. Notas definidoras de la administración	210
Y CONTENIDOS QUE ADOPTA		2.	Modalidades de la actividad administrativa	214

			Pág.
		A. Actividad jurídica y actividad material	214
		B. Actividad de Derecho Público y actividad de Derecho Pri-	
		vado	217
		C. Actividad neutra	219
		D. Actividad de dirección y actividad de ejecución	220
		E. Distinción fundada en el contenido de la actividad. Especial análisis de la Administración Pública de la eco-	
		nomîa	222
		F. Actividad organizativa	225
		G. Actividad técnica	225
		H. Actividad administrativa y técnicas de gestión (Manage-	
		ment)	226
		I. Distinción fundada en la función de los órganos	228
		J. Criterio de distinción basado en el procedimiento	228
		K. Renovación de la distinción entre actividad jurídica y actividad social	229
II.	PRIN	NCIPIOS QUE RIGEN A LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SO-	
	MET	TIDA AL DERECHO PUBLICO	231
	1.	Principio de supremacía de la Administración	231
		A. Las potestades públicas	231
		B. La potestad reglamentaria	232
		C. La potestad revocatoria	233
		D. La potestad disciplinaria	233
		E. La potestad sancionatoria	233
		F. La potestad organizativa	234
		G. Los privilegios de la Administración	234
	2.	Principio de legalidad administrativa	234
		A. Legalidad sustancial y legalidad formal	236
		B. Primacía de la ley y reserva legal	237
		C. Derivaciones inmediatas del principio de legalidad	238
	3.	Principio de discrecionalidad	239
		A. Orígenes. Tesis relativas a su fundamentación. Discrecionalidad y autonomía de la voluntad	239

	Pág.
B. Elementos sobre los cuales recae la discrecionalidad	245
C. Fórmulas legales identificadoras de la discrecionalidad	246
D. Análisis de la discrecionalidad técnica	254
4. Principio de tipicidad o nominatividad	259
DERECHO MUNICIPAL	
Ana Elvira Araujo García, LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES Y LA NUEVA LEY ORGANICA DE REGIMEN MUNICIPAL	
I. LA EVOLUCION CONSTITUCIONAL DE LAS COMPETENCIAS MU- NICIPALES EN EL SIGLO XX	265
II. LA LEY ORGANICA DE REGIMEN MUNICIPAL	269
1. Autonomía municipal	270
2. Las competencias	272
3. Competencias urbanísticas municipales (en Venezuela)	280
III. PERFIL JURIDICO DE LAS ESTRUCTURAS LOCALES EN EL DERE- CHO POSITIVO VENEZOLANO. CONTRASTE CON LA SITUACION DE HECHO EXISTENTE	285
1. Perfil administrativo de la estructura del Estado	285
Observaciones sobre la coordinación como mecanismo de organización para integrar las competencias concurrentes entre las Ad-	207
ministraciones Central y Municipal	286
3. Formas jurídicas de control sobre los municipios	289
4. Observaciones finales	291
Alfredo Arismendi A., REGIMEN CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO DE LOS ESTADOS Y MUNICIPIOS EN VENEZUELA	
I. FEDERALISMO VENEZOLANO	293
II. EL GOBIERNO ESTADAL	295
A. Servicios públicos estadales	295
1. Educación pública	296
2. Construcción de obras públicas	296
3. Asistencia social	297

			Pág.
٠		4. Atribuciones policiales	297
	В.	Organización del gobierno estadal	297
		1. El Poder Legislativo	298
		2. El Poder Ejecutivo	299
		a. El Procurador del Estado	300
		b. El Contralor General del Estado	300
		3. El Poder Judicial	301
III.	EL	GOBIERNO MUNICIPAL	302
	A.	Servicios públicos municipales	302
		1. Acueductos, cloacas y drenajes	302
		2. Salubridad e higiene	303
		3. Caminos y carreteras	303
		4. Educación	303
		5. Policía	304
		6. Bomberos	304
		7. Urbanismo	304
		8. Espectáculos públicos y recreación	305
		9. Empresas de servicios públicos	305
	B.	Organización del gobierno municipal	305
		1. Los distritos metropolitanos	307
		2. Las mancomunidades y otras formas asociativas	307
		3. El Secretario Municipal	308
		4. El Administrador Municipal	308
		5. El Síndico Procurador Municipal	309
	C.	La participación de la comunidad	309
	D.	Organización judicial municipal	310
	E.	El régimen político de los distritos	310
		1. Organización	310
		2. El gobierno de los distritos	311
		a. Los prefectos	312
		b. Los alcaldes	312

	<u>-</u>	Pág.
Γ	DERECHO URBANISTICO	
LOS ASPECTOS LI	TE, ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE MITATIVOS DE LA PROPIEDAD EN EL PIEDAD HORIZONTAL	
INTRODUCCION		317
I. PRINCIPALES ETAP	AS HISTORICAS	319
1. Los Códigos C	iviles	320
2. Las primeras l	eyes especiales	322
3. Principales ley	es actuales y reformas recientes	324
	LOS PRINCIPALES ELEMENTOS QUE CONFIGU- DE PROPIEDAD HORIZONTAL	326
_	ativos, elementos comunes y limitaciones que con-	3 27
U	de la vida colectiva: asamblea, administración, minio y documento de condominio	333
	A PROPIEDAD HORIZONTAL Y SUS ACTUALES	337
1. Diversos sistem	nas propuestos	337
2. Situación actual	l y opinión personal	339
	ESARROLLO DEL REGIMEN DE PROPIEDAD HO.	34 0
1. En su ámbito	interno: crecimiento de la vida colectiva	341
2. En su ámbito e	externo: elemento clave del desarrollo urbano	343
CONCLUSIONES		344
BIBLIOGRAFIA BASICA		345
	PADRÓN, ORGANIZACION ADMINISTRA- ISMO EN VENEZUELA	
I. INTRODUCCION		350
II. EL URBANISMO EN	I EL CONTEXTO DE LA ORGANIZACION AD-	354

1. La función urbanística en la Constitución venezolana de 1961 354

			Pág.
	2.	Interpretación jurisprudencial de las disposiciones constitucionales en materia de urbanismo	355
III .		TRIBUCION DE COMPETENCIA EN MATERIA DE URBANISMO IIVEL NACIONAL	357
IV.		ORGANOS URBANISTICOS DE LA ADMINISTRACION CEN- L A NIVEL NACIONAL	360
	1.	Organos de decisión	361
	2.	Organos técnicos o de consulta	362
		A. Cordiplán	362
		rritorio	362
		C. Comisión Nacional de Coordinación del Desarrollo Urba-	
		nístico	363
	3.	Organos de ejecución	363
		A. Ministerio del Desarrollo Urbano	364
		B. Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables	365
		C. Ministerio de Transporte y Comunicaciones	366
		D. Ministerio de Información y Turismo	366
	4.	Organos de financiamiento	366
	5.	Organos de coordinación	367
		A. Ministerio de Desarrollo Urbano	367
		B. Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Re-	
		novables	367
		C. Comisión Nacional de Coordinación del Desarrollo Urba-	
		n ís tico	367
	6.	Organos de control	368
		A. Ministerio de Desarrollo Urbano	368
		B. Comisión Nacional del Desarrollo Urbanístico	368
ν.	CLA	SIFICACION DE LOS ENTES URBANISTICOS DESCENTRALIZA-	
	DOS	A NIVEL NACIONAL	368
	1.	Entes de ejecución	368
	2.	Entes de financiamiento	369
		A. Instituto Nacional de la Vivienda	369

			Pág.
		B. Fondo Nacional de Desarrollo Urbano	369
	3.	Entes de control	370
	4.	Entes técnicos o de consulta	371
VI.		OS ENTES ESTATALES DE ACTUACION URBANISTICA CON MA JURIDICA DE DERECHO PRIVADO	372
	1.	El Centro Simón Bolívar	372
		A. Empresa Inmobiliaria Parque Central, C. A	373
		B. Empresa de Renovación Urbana de Caracas, C. A	374
		C. Empresa de Desarrollo Inmobiliario de Caracas, C. A	374
	2.	Fundación para el Desarrollo de la Comunidad y Fomento Municipal	374
VII.	LOS	ORGANOS MUNICIPALES DE ACTUACION URBANISTICA	375
	1.	El caso de la Mancomunidad Urbanística del Distrito Federal y Distrito Sucre del Estado Miranda	375
		A. Organos de decisión	377 377
		B. Organos de ejecución	377
		a. La Comisión Metropolitana de Urbanismo	377
		b. La Oficina Metropolitana de Planeamiento Urbano	378
		c. Las Ingenierías Municipales	378
		D. Organos de financiamiento	379
		E. Organos de coordinación	379
		F. Organos de control	379
		a. La Oficina Metropolitana de Planeamiento Urbano	379
		b. Las Ingenierías Municipales	379
	2.	El caso de la Mancomunidad Urbanística del Distrito Bolívar	
		y Distrito Sotillo del Estado Anzoátegui	380
		A. Organos de decisión	380
		a. Las Municipalidades	380
		b. La Oficina Local de Planeamiento Urbano	380
		B. Organos técnicos o de consulta	381

	Pág.
b. Junta Consultiva Intermunicipal de Planeamiento Urbano	381 381 381
Luis Torrealba Narváez, EL REGIMEN JURIDICO DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA VIVIENDA	
I. EL INAVI COMO INSTRUMENTO DEL ESTADO Y SU PROYECCION JURIDICO-ADMINISTRATIVA	383
A. Sobre materia urbanística, servicios y viviendas B. Sobre aspectos administrativos y económicos	392 393
11. COMENTARIOS AL DECRETO-LEY QUE CREA AL INAVI Y SUS RELACIONES CON EL REGIMEN JURIDICO	393 393 401 403 410 412 414 415 419
DERECHO MINERO Y DE LOS HIDROCARBUROS	
JESÚS NOGUERA MORA, NATURALEZA JURIDICA DE LOS CONTRA- TOS DE CONCESIONES PETROLERAS EN LOS PAISES ARABES MIEMBROS DE LA OPEP	
USO DEL TERMINO "CONCESION"	424 425
MINISTRATIVO?	425 428

		Pág.
	5. Aspecto tecnológico en la resolución	458
	6. La figura de la reversión minera en la resolución	459
	CONCLUSIONES	460
	N J. DUQUE CORREDOR, LIMITES DE LA RESERVA DEL COMERCIO EXTERIOR DE LOS HIDROCARBUROS	
I.	POSICION QUE LIMITA LA ASOCIACION EN MATERIA DE COMERCIO EXTERIOR	463
Ι.	POSICION QUE ADMITE LA ASOCIACION EN MATERIA DE NE- GOCIACIONES INTERNACIONALES	464
III.	CREACION DE LA GESTION O MONOPOLIO POR PARTE DEL ESTADO	465
ν.	RESERVA Y GESTION DEL COMERCIO EXTERIOR	467
٧.	FORMAS DE GESTION DE LAS ACTIVIDADES RESERVADAS	468
	1. Forma de Gestión	468
Ί.	INTERPRETACION DE LOS ARTICULOS 1°, 2°, 3°, 4° y 5° DE LA LEY DE NACIONALIZACION	471
II.	PRECISION DE LOS ALCANCES Y LIMITES DE LA DECLARATORIA DE RESERVA DEL COMERCIO EXTERIOR DE LOS HIDROCARBUROS	470
Ι.	DISCUSION PARLAMENTARIA EN TORNO AL AMBITO DE LA RE- SERVA DEL COMERCIO EXTERIOR	472 475
Χ.	EL DEBATE PARLAMENTARIO EN TORNO AL ARTICULO 5º QUE CONTEMPLABA LAS ASOCIACIONES CON ENTES PRIVADOS	475
	1. Interpretación del Artículo 5º como una verdadera limitación asociarse el Ejecutivo y sus empresas con particulares	para 476
	2. Interpretación del Artículo 5º como una limitación para asociarse el Ejecutivo y sus empresas en cuanto se trate de acti-	
	vidades reservadas	477
Χ.	CONCLUSION FINAL	479
N II	S POLANCO ALCÁNTARA, ESQUEMA INTERPRETATIVO DE LAS NORMAS VENEZOLANAS SOBRE NACIONALIZACION DE LA NDUSTRIA EXTRACTIVA DEL HIERRO Y DE LOS HIDROCARBUROS	
~		

		Pág.
И.	CARACTER DE LOS "RECURSOS NATURALES Y DE SU EXPLO- TACION"	486
III.	LOS PROBLEMAS PLANTEADOS POR EL HIERRO Y LOS HIDRO-CARBUROS	488
IV.	POSICION JURIDICA DE AMBAS ACTIVIDADES DE EXPLOTACION	489
\mathbf{V} .	UBICACION JURIDICA DEL CONCEPTO DE NACIONALIZACION	489
VI.	FORMA DE LA NACIONALIZACION	491
VII.	MATERIAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE ESTUDIO	492
VIII.	SISTEMATIZACION ADMINISTRATIVA DE LA NACIONALIZACION	493
IX.	LAS ACTIVIDADES NACIONALIZADAS CONVERTIDAS EN COMETIDOS ESTATALES	494
	A. Dirección política de la actividad explotadora	495
	B. Dirección técnica, administrativa y comercial de las actividades nacionalizadas	495
х.	LA EJECUCION DE LAS ACTIVIDADES NACIONALIZADAS	496
	1. Organos competentes	496
	A. Organos encargados de las decisiones políticas	496
	B. Organos encargados de las decisiones técnicas, administra-	
	tivas y comerciales	496
	2. Titulares de esos órganos y su designación	497
	3. Finalidades y competencia de cada uno	497
XI.	REGIMEN ADMINISTRATIVO DE LA ACTIVIDAD EXPLOTADORA	499
	1. El hierro	499
	2. El petróleo	499
XII.	EL RESULTADO FINANCIERO DE LA NACIONALIZACION	503
XIII.	LOS ADMINISTRADORES DE LAS EMPRESAS	504
XIV.	EL OBJETO DE LAS EMPRESAS	505
	1. El hierro	505
	2. El petróleo	505
XV.	SISTEMAS DE CONTROL JERARQUICO Y DE AUTOCONTROL	506
	1. Principio general de control	507

		Pág.
	2. Forma de ejercicio del control	507
	A. El control parlamentario	508
	B. La intervención de la Contraloría General de la República	509
XVI.	REGIMEN PRESUPUESTARIO DE LOS ENTES PUBLICOS QUE LLE- VAN A CABO LAS ACTIVIDADES NACIONALIZADAS	510
	1. Principios generales	511
	2. Disposiciones especiales	512
XVII.	USO DEL CREDITO PUBLICO POR LOS ENTES QUE LLEVEN A CABO LAS ACTIVIDADES NACIONALIZADAS	513
XVIII.	ESPECIAL JURISDICCION JUDICIAL PARA LOS ENTES PUBLICOS QUE LLEVEN A CABO LAS ACTIVIDADES NACIONALIZADAS	514
XIX.	LA REGULACION INTERNACIONAL DE LA ACTIVIDAD PETRO- LERA	515
XX.	LA REGULACION INTERNACIONAL DE LA EXPLOTACION DEL HIERRO	518

IMPRESO DURANTE SEPTIEMBRE DE 1981 EN LA IMPRENTA UNIVERSITARIA DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

