

Derecho y Sociedad

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
de la Universidad Monteávila

No. 15 - 2019



supra montem posita
2 octubre 1998

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
de la Universidad Monteávila

Derecho
y Sociedad
15

Octubre 2019

Derecho y Sociedad

Entrevista del Director de la Revista al profesor Román J. Duque Corredor

La aprobación de la Ley de Presupuesto al margen del Parlamento Nacional
Alejandro Gallotti

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (primera parte)

Andrés Álvarez Iragorry

El Control de Cambios en Venezuela a Fines del Año 2019

Carlos Eduardo Acedo Sucre

La historia del Derecho Mercantil venezolano en la obra del profesor Alfredo Morles Hernández

Carlos García Soto

Autotutela Administrativa Vs. Intervención Judicial. Reflexiones a la luz de las Providencias Administrativas de las Inspectorías del Trabajo

Jonás E. Aponte A.

Comienzo de una reflexión filosófica acerca del Derecho actual

Julio Rodríguez Berrizbeitia

El acta de misión o término de referencia como garantía iusfundamental del arbitraje

Víctor Jiménez Escalona

Implicaciones laborales del secondment petrolero

Victorino Márquez Ferrer

Reflexiones sobre los ciclos políticos en la Historia de Venezuela y la “apoptosis” de un régimen, que “tiene sus días contados”

Allan R. Brewer-Carías

La política social y construcción de un sistema nacional de protección social y laboral para los venezolanos

Maikel Bello, Pedro Rosas y Francisco Rojas

Colaboran en este número

Carlos Eduardo Acedo Sucre

Ha sido Profesor de Responsabilidad Civil en los Cursos de Postgrado de Derecho Mercantil de la Universidad Central de Venezuela (1989-1992), Abogado Auxiliar de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (1991-1994), Asistente Legal Ad Honorem del Ministro de Hacienda (1994-1995), Director y luego Vicepresidente de la Asociación Venezolana de Derecho de Seguros, AVEDESE (1998-2011). Actualmente es Director de la Asociación Venezolana de Derecho Privado y es Coordinador del Consejo Consultivo del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, CEDCA. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Andrés Álvarez Irigorry

Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello, 1987. Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Católica Andrés Bello, 1991. Ganador del Quinto Premio Anual “Procuraduría General de la República” (1991) y “Premio a la Excelencia” otorgado por FUNDAYACUCHO (1992). Profesor en el Postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello (2006-2010). Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA).

Jonás E. Aponte A.

Abogado por la Universidad Central de Venezuela, 2008. Licenciado en Ciencias Fiscales Mención Rentas, Escuela de Administración y Hacienda Pública. 2013. Especialización en Derecho Tributario por la Universidad Central de Venezuela (esperando acto de grado). Profesor de Armonización Tributaria en la Escuela de Administración y Hacienda Pública. Editor del Portal Jurídico www.vitrinalegal.com.ve.

Maikel Bello

Economista por la Universidad Católica Andrés Bello. Con estudios de Maestría en Economía Aplicada en la Universidad Católica Andrés Bello; de Liderazgo y Gerencia de Hidrocarburos en el Instituto de Estudios Superiores Administración (IESA); y de Gestión Pública en ESADE (Barcelona, España). Ha sido profesor en la Universidad Monteávila de Economía Empresarial. Fue Economista en la Unidad de Investigaciones Económicas del Banco Mercantil; Economista Senior en Ecoanalítica; Consultor Senior de Estrategia en Europraxis Consulting (Barcelona, España); Director en DS Services Group (empresa de consultoría estratégica) y Jefe de la Unidad de Investigación en la Oficina de

Apoyo Parlamentario de la Fracción del Partido Primero Justicia en la Asamblea Nacional de Venezuela.

Allan R. Brewer-Carías

Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela. Ha sido Profesor Visitante (1972-1974) y Profesor de Post Grado (1985-1986) en la Universidad de Cambridge, Inglaterra; Profesor de Postgrado en las Universidades de Paris II (1989-1990), del Rosario en Bogotá y del Externado de Colombia (2000-2006); y Profesor Visitante (2002-2004) y Profesor Adjunto de Derecho (2006-2008) en la Columbia Law School, en Nueva York.

Alejandro Gallotti

Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de pre y postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello. Ha sido profesor de pregrado en la Universidad Monteávila.

Carlos García Soto

Abogado, magna cum laude, Universidad Monteávila (2004). Investigador Visitante, Universidad de Navarra (2009). Investigador visitante, Universidad de Columbia, New York (2010). Diploma en Estudios Avanzados en Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid (2009). Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, sobresaliente cum laude por unanimidad (2014). Ha sido Director de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Monteávila. Es Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela y Profesor de Historia del Derecho, Universidad Monteávila. Director de Derecho y Sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila. Subdirector de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano. Secretario General de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo.

Víctor Jiménez Escalona

Abogado por la Universidad José María Vargas. Cursante de la Especialización en Derecho Procesal y de la Maestría en Derecho Constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Miembro del Comité Académico de la Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional (REDIAJ).

Victorino Márquez Ferrer

Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello, 1991) con Maestría en Leyes de la Universidad de Harvard, 1994). Ha sido Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad Católica Andrés Bello (2001-2013) y del Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA) (2008-2012). Es árbitro de la Cámara los Centro de Arbitraje de Venamcham y de la Cámara de Comercio de Caracas. Su práctica legal se centra en los aspectos laborales de las transacciones de compra y venta de empresas y otras combinaciones empresariales, due diligence, compensación y beneficios, terminaciones sensibles, movilidad internacional, reestructuraciones de empresas, negociación y conflictos colectivos y litigio laboral.

Julio Rodríguez Berrizbeitia

Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad Monteávila. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Francisco Rojas

Economista por la Universidad Central de Venezuela. Con estudios de Organización de Empresas. Fue profesor de Estadística en la Universidad Alejandro de Humboldt. En la parte laboral, se ha desempeñado como investigador en diversos entes como el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Consejo Nacional de Promoción de Inversiones de Venezuela (CONAPRI), también fue Director de Estudios Económicos en la Alcaldía de Baruta en Caracas. También fue jefe de la Unidad de Investigación en la Oficina de Apoyo Parlamentario de la Fracción del Partido Primero Justicia en la Asamblea Nacional de Venezuela.

Pedro Rosas

Economista por la Universidad Católica Andrés Bello. Diploma de Postgrado en Economía y Finanzas, Mención Economía Matemática (Birbeck, University of London); y Magister en Estudios Políticos y Gobierno (UNIMET). Actualmente se desempeña como Economista en la Consejería Comercial de la Embajada de Turquía en Caracas.

Derecho y Sociedad

**REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD MONTEÁVILA**

Final Ave. Buen Pastor, Boleíta Norte, Caracas, Venezuela

derechoysociedad@uma.edu.ve

Teléfonos: (+58 212) 232.5255 / 232.5142 – Fax: (+58 212) 232.5623 Web:

www.uma.edu.ve

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA
UNIVERSIDAD MONTEÁVILA**

Eugenio Hernández-Bretón

Decano

Geraldine Cardozo

Directora de la Escuela de Derecho

CONSEJO EDITORIAL DE DERECHO Y SOCIEDAD

Carlos García Soto

Director

Fernando Sanquírigo Pittevil

Subdirector

Caterina Jordan Procopio

Asistente del Consejo Editorial

CONSEJO ASESOR DE DERECHO Y SOCIEDAD

Guillermo Tell Aveledo

María Bernardoni de Govea

Marcos Carrillo

Jesús María Casal

María Alejandra Correa

Résmil Chacón

Rafael J. Chavero G.

Faustino Flamarique

José Ignacio Hernández

Pedro Jedlicka

Rogelio Pérez Perdomo

Gonzalo Pérez Salazar

Pedro A. Rengel N.

Alejandro Silva Ortiz

Diana Trías Bertorelli

Daniela Urosa Maggi

Vicente Villavicencio

Mendoza

Carlos Weffe

HECHO EL DEPÓSITO DE LEY

ISSN: 1317-2778

Departamento de Promoción y Desarrollo Institucional
Universidad Monteávila

ÍNDICE

Editorial	1
<i>Derecho</i>	2
Entrevista del Director de la Revista al profesor Román J. Duque Corredor	3
La aprobación de la Ley de Presupuesto al margen del Parlamento Nacional Alejandro Gallotti	8
I. A modo de introducción	8
II. La República y el Parlamento	9
A. De la naturaleza del Parlamento venezolano	11
B. El Presupuesto Público Nacional	14
III. El control de constitucionalidad de la Sala Constitucional del TSJ	16
IV. La aprobación del presupuesto nacional por la Sala Constitucional del TSJ	19
A. Los antecedentes judiciales a la aprobación de los Decretos Ley 7 y 8	20
B. La aprobación del presupuesto nacional por las sentencias Nros 814 y 1190	29
V. La aprobación del presupuesto nacional por la Asamblea Nacional Constituyente	33
A. El Poder Constituyente Originario y la Iniciativa de Convocatoria a la ANC	33
B. La aprobación del presupuesto nacional 2018 por parte de la ANC	35
VI. Conclusiones	39
Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (primera parte)) Andrés Álvarez Iragorry	41
I. Introducción	41

II. Fundamento jurídico del nuevo Decreto-Ley. Su entrada en vigencia. Su reimpresión por “fallas en los originales”. ¿Nueva Ley o reforma parcial?	44
III. Normas tomadas de la antigua Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras	48
IV. Disposiciones modificadas (incluye nuevas previsiones y derogatorias parciales, al interior de las normas).....	61

El Control de Cambios en Venezuela a Fines del Año 2019

Carlos Eduardo Acedo (colabora Luisa Lepervanche Acedo).....	98
--	----

I. Posibilidad de hacer operaciones de cambio sin intervención del Estado y a una tasa libremente convenida a partir del 7 de septiembre de 2018.....	98
II. Posibilidad de hacer operaciones de cambio sin intervención del Estado y a una tasa libremente convenida entre el 19 de febrero de 2014 y el 7 de septiembre de 2018.....	108
III. Ningún hecho del príncipe impide pagar en divisas las obligaciones pagaderas en moneda extranjera	111
IV. Pago en bolívares de obligaciones cuya moneda de cuenta es extranjera	114
V. La peculiar jurisprudencia venezolana.....	115

La historia del Derecho Mercantil venezolano en la obra del profesor Alfredo Morles Hernández

Carlos García Soto.....	119
-------------------------	-----

I. Introducción.....	119
II. “La codificación en Venezuela”; una primera referencia a la historia del Derecho Mercantil venezolano en el Curso de Derecho Mercantil.....	120
III. Historia del Derecho Mercantil Venezolano.....	120
IV. Historia del pensamiento jurídico mercantil venezolano en el siglo XX e inicios del siglo XXI.....	122
V. El Derecho Mercantil en la Universidad venezolana.....	123
VI. El estudio de las instituciones jurídicas mercantiles con una perspectiva histórica	123

Autotutela Administrativa vs. Intervención Judicial Reflexiones a la luz de las Providencias Administrativas de las Inspectorías del Trabajo

Jonás E. Aponte A.	125
-------------------------	-----

I. Planteamiento del Problema	125
-------------------------------------	-----

II.	Advertencia preliminar	126
III.	La Ejecución de los Actos dictados por las Inspectorías	126
	A. Situación Legal Actual.....	126
	B. Situación Jurisprudencial Actual	128
	C. Fallo Guardianes Vigiman	129
IV.	Trance de la Ejecución de los Actos de las Inspectorías	131
V.	Inacción de la Administración Pública	132
VI.	¿El Interés del Administrado es Igual al Interés de la Administración?.....	134
VII.	Ejecutividad y Ejecutoriedad	135
VIII.	Reflexiones Finales.....	138

Comienzo de una reflexión filosófica acerca del Derecho actual

Julio Rodríguez Berrizbeitia.....	140
-----------------------------------	-----

El acta de misión o término de referencia como garantía iusfundamental del arbitraje

Víctor Jiménez Escalona.....	190
------------------------------	-----

I.	El proceso arbitral: justicia a-jurisdiccional.....	190
II.	Propuesta: la necesaria positivización del acta de misión o término de referencia como garantía iusfundamental	198

Implicaciones laborales del *secondment* petrolero

Victorino Márquez Ferrer	207
--------------------------------	-----

I.	El contrato de <i>secondment</i> como derivación de los acuerdos de operación conjunta en materia petrolera	209
II.	El <i>secondment</i> petrolero como supuesto de tercerización.....	212
	A. Los términos del <i>secondment</i> petrolero y su relacionamiento con los supuestos de tercerización ilícita	213
	B. El <i>secondment</i> como contratación de terceros para realizar actividades permanentes dentro de la contratante, relacionadas en forma directa con el proceso productivo.....	215
	C. El <i>secondment</i> como supuesto de contratación de trabajadores a través de intermediarios.....	217
	D. El <i>secondment</i> petrolero como supuesto de intermediación laboral y su licitud	218
III.	Responsabilidad laboral del <i>Second</i> y del Operador ...	223
	A. Responsabilidad laboral del <i>Second</i> y el Operador en materia de infortunios de trabajo	223

B.	Responsabilidad del Seconder y el Operador en materia de obligaciones prestacionales	224
C.	Responsabilidad laboral en materia de reenganche y pago de salarios caídos	225
IV.	Algunas consideraciones sobre el secondment petrolero internacional (“international assignment”)	228
A.	Validez de la escogencia de ley efectuada por las partes en la carta-oferta de secondment	229
B.	Validez del sometimiento a una jurisdicción extranjera de las controversias con ocasión del contrato de trabajo derivado del secondment	233
C.	Salario base cálculo para las prestaciones y demás beneficios laborales de los <i>Secondees</i>	237
V.	Conclusiones y reflexiones finales.....	239
	Sociedad	242
	Reflexiones sobre los ciclos políticos en la Historia de Venezuela y la “apoptosis” de un régimen, que “tiene sus días contados”	
	Allan R. Brewer-Carías	243
	La política social y construcción de un sistema nacional de protección social y laboral para los venezolanos	
	Maikel Bello, Pedro Rosas y Francisco Rojas	259
I.	Introducción.....	260
II.	Por qué la necesidad de un Sistema Nacional de Protección Social y Laboral.....	265
A.	Qué es un Sistema Nacional de Protección Social y Laboral.....	266
B.	Qué son las Redes de Protección Social	268
C.	Tipos de programas que componen las Redes de Protección Social (SSN)	270
III.	Avance de los Sistemas de Protección Social en el mundo: Experiencias internacionales.....	277
IV.	Consideraciones relevantes al implementar programas de protección social	280
V.	Beneficios de un adecuado sistema de protección social	282
A.	Consideraciones de la economía política de las reformas para Venezuela	282

B.	Impacto positivo en crecimiento económico y bienestar social	283
VI.	Breve recuento de la política social en Venezuela (1958-2016)	285
A.	La consolidación de la democracia (1958-1978)	285
B.	El estancamiento del modelo rentista (1979-1988)	286
C.	Los años de los ajustes macroeconómicos (1989-1998)	287
D.	La revolución bolivariana (1999-2016)	288
VII.	Venezuela más parecido a un país Frágil y/o en conflicto que a uno “normal”	294
A.	Particularidades al ser Venezuela un país en situación de fragilidad	297
VIII.	Recomendaciones de Política Pública	298
A.	Programas sociales recomendados	298
IX.	Conclusiones	305

Editorial

Este número 15 de Derecho y Sociedad contiene varios trabajos de Universidades venezolanas, sobre distintas áreas, junto con una entrevista al profesor Román Duque Corredor, para continuar así con la serie de entrevistas que hemos realizado en los números anteriores.

Tal como lo señalamos en el Editorial del número anterior, el propósito de estas entrevistas es conocer cómo ha sido el proceso de formación de estos profesores y que nos contaran cómo fue el desarrollo de su actividad profesional y académica. Además, les pedimos que dieran consejos útiles para los estudiantes universitarios y jóvenes profesores.

Creemos que estas entrevistas pueden ser un instrumento útil para que los lectores puedan identificar modelos de estudio y trabajo, hoy necesarios sobremedida debido al ambiente circundante.

Este número implica un cambio en la presentación de la Revista, que ahora cuenta con una nueva portada.

Por otra parte, este nuevo número será puesto a la disposición de los lectores en la nueva página web de la Revista: www.derysoc.com.

Esa página web, además, va a alojar el *Blog* de Derecho y Sociedad, que pretende ser un lugar para el análisis y discusión de los temas que habitualmente tratamos en la Revista, pero de una forma más ágil e inmediata.

Este N° 15 refleja la incorporación del profesor Fernando Sanquírigo Pittevil como subdirector y de la estudiante de Derecho Caterina Jordan Procopio como asistente al Consejo Editorial. La labor del profesor Sanquírigo y de la bachiller Jordan han sido fundamentales para la creación de la web de la Revista, y para las nuevas ideas que queremos impulsar desde Derecho y Sociedad.

Carlos García Soto
Director

Derecho

Román J. Duque Corredor: “La disciplina del estudio y el análisis crítico y la búsqueda de soluciones a los problemas sociales fue una constante en el proceso de mi formación”

El profesor Román J. Duque Corredor es uno de los juristas más completos en Venezuela. Sus intereses académicos y profesionales han abarcado variedad de áreas, en las cuales ha sido maestro de generaciones de abogados.

Abogado (*Cum Laude*) por la Universidad Católica Andrés Bello, 1965. Doctor en Derecho por Universidad Católica Andrés Bello, 1976. Doctor Honoris Causa por Universidad de Los Andes, 2004.

Ha sido profesor de *Legislación Minera y Petrolera* en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Católica Andrés Bello (1969-1994); de *Contencioso Administrativo* en la Universidad Católica Andrés Bello (1982-1992); de *Técnicas de Interpretación Constitucional* en la Universidad Católica Andrés Bello y en la Universidad Monteávila (2002-presente) y de *Fuentes de Derecho Constitucional* en la Universidad Católica Andrés Bello y en la Universidad Monteávila (2002-presente). Es Profesor Honorario de la Universidad Católica de La Plata, Argentina y Profesor Meritorio de la Universidad Católica Andrés Bello.

Magistrado de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (1989-1992); Magistrado de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, (1982-1986); Consultor Jurídico de la Presidencia de la República (1979-1982); Gerente Legal de Maraven, filial de Petróleos de Venezuela (1974-1979); Consultor Jurídico del Instituto Agrario Nacional (1972-1974). Ejerció como Presidente del Colegio de Abogados de Caracas (1982-1984); Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (2010-2012); Presidente de la Asociación Venezolana de Arbitraje (2013-2015), y Presidente de la Fundación “Alberto Adriani”, adscrita a la Academia Nacional de Ciencias Económicas (2011-2014).

1. ¿Cómo fue su proceso de formación jurídica en la Universidad y en el postgrado?

Me formé en la Universidad Católica Andrés Bello como abogado con alto nivel académico y docente. La disciplina del estudio y el análisis crítico y la búsqueda de soluciones a los problemas sociales fue una constante en el proceso de mi formación. Por eso participé en los primeros proyectos de prácticas de asistencia jurídica. Mi orientación fue hacia el Derecho Público, pero, sin embargo, el Derecho Procesal me atrajo. En mi formación influyó el pensamiento humanista en el tratamiento de los problemas jurídicos, de modo que siempre he

tenido la ética y la justicia social como ideas inspiradoras, tanto como abogado en ejercicio, como funcionario y como juez.

2. ¿Quiénes han sido los profesores y/o autores que más han influenciado en su vida académica y por qué?

Ciertamente el Padre Luis Maria Olosó influyó en mi formación jurídica, porque aparte de lo sencillo de sus explicaciones, me ayudó a distinguir los fines del Derecho, sus valores y sus instituciones, a través de los textos que nos recomendó, y sobre todo porque sus enseñanzas me formaron una mentalidad jurídica de naturaleza ética y social.

En el aspecto del Derecho Positivo, el Dr. José Luis Aguilar fue determinante en mi afición a la materia de Bienes y Derechos Reales, fundamentalmente en la posesión como una situación de hecho protegida frente a la simple titularidad de los derechos. Al igual que despertó mi interés por los diferentes tipos de contratos, que me permitieron entender mejor la materia de obligaciones, porque para mí el contrato es la principal fuente de las obligaciones.

Mi Padre, José Román Duque Sánchez, a través de sus enseñanzas en Casación y Procedimientos Especiales, incentivó aún más mi interés por el Derecho Procesal, y dentro de este de la Casación, puesto que en su técnica se aprende a combinar la forma y la norma, que me llevó a profundizar más la teoría general de la interpretación del Derecho.

3. ¿Puede señalar cinco libros fundamentales para su formación como jurista?

Un libro que considero que contribuyó a mi formación jurídica fue *Introducción al Derecho* de Eduardo García Máynez, porque me ayudó a entender las nociones fundamentales de la ciencia jurídica. Así como *Filosofía del Derecho* y *Sociología* de Luis Recasens Siches, por la vinculación de los hechos sociales con el orden normativo. *Instituciones Políticas y Constitucionales* de Allan Brewer-Carías me hizo ver el Derecho Constitucional y la Teoría General del Estado de una forma más experimental. Igualmente, el libro *Manual de Derecho Administrativo* de Eloy Lares Martínez, sin duda, que me inclinó hacia el estudio de este Derecho en el ámbito nacional, después de haber leído obras clásicas como el *Derecho Administrativo* de Maurice Hauriou y el *Tratado de Derecho Administrativo* de Enrique Sayagués Laso. En mi formación de Derecho Administrativo tuvo que ver mucho, por su aspecto más experimental, el libro *Derecho Administrativo Especial* del Dr. Tomás Polanco. Los Manuales de *Personas*, de *Cosas, Bienes y Derechos Reales* y de *Contratos y Garantías* del Dr. José Luis Aguilar Gorrondona, y el libro *Bienes y Derechos Reales* del Dr. Gert Kumerrov, completaron mi formación en materia civil, que complementaba

Román J. Duque Corredor: “La disciplina del estudio y el análisis crítico y la búsqueda de soluciones a los problemas sociales fue una constante en el proceso de mi formación”

con el *Manual de Derecho Civil y Comercial* de Francesco Messineo. No puedo dejar de mencionar los *Apuntes de Obligaciones* del Dr. Oscar Palacios Herrera, que ciertamente me permitió, por los ejemplos y la sencillez de sus explicaciones, adquirir una formación adecuada en esta materia. A estos libros las obras de Manuel Kant, entre otras *Crítica de la Razón Pura*, y la *Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen, me interesaron para mi formación. Finalmente, *El Alma de La Toga*, de Ángel Osorio, o, *Demasiados Abogados* de Piero Calamandrei, fueron libros que me hicieron ver la nobleza de la abogacía.

4. ¿Cuáles han sido las investigaciones que ha realizado que han sido más formativas para usted?

Mis trabajos sobre Derecho Procesal (Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario), sobre Derecho Público (Temas de Derecho Público y de Derecho Constitucional y Sistema de Fuentes de Derecho Constitucional y Técnicas de Interpretación Constitucional), han sido las que más han reforzado mi formación jurídica. Al igual que mi sentido social del Derecho contribuyó a que escribiera sobre Derecho Agrario (Contratos Agrarios, mi tesis doctoral. Instituciones de Derecho Agrario y Derecho Procesal Agrario).

5. ¿Cuál ha sido el trabajo (libro o artículo) que más ha disfrutado escribiendo?

Pienso que mi libro *Sistemas de Fuentes de Derecho Constitucional y Técnica de Interpretación Constitucional* ha sido el trabajo que más he disfrutado.

6. ¿Puede dar tres consejos para la investigación en su área de trabajo académico?

De una manera muy general, la investigación jurídica es un proceso de identificación de las fuentes del conocimiento jurídico en un sistema, en el cual el planteamiento de problema y su marco teórico, así como la metodología a emplear y la búsqueda de la información relevante y el método comparativo, son los elementos básicos a tener en cuenta en un trabajo académico.

7. Cuáles son algunas líneas fundamentales del desarrollo y/o involución que ha tenido su área de trabajo académico en las últimas décadas?

Yo pienso que el adentrarme más en las categorías jurídicas del Derecho Público, así como en el trabajo académico de la interpretación del derecho, sobre todo Constitucional, han representado para mí un desarrollo de mi área de trabajo académico en las últimas décadas.

8. ¿Puede señalar algunas líneas fundamentales para orientar la reforma y/ o reconstrucción en Venezuela de su área de trabajo académico?

Pienso que el método de la interpretación evolutiva del Derecho, a través de la axiología jurídica, y, de la importancia de los valores y principios generales del Derecho en su aplicación, refuerzan el trabajo académico formativo, de modo que no se limite al exégesis de los textos legales.

9. ¿Por qué se decidió a ser profesor de Derecho?

Yo diría que el ser hijo de un profesor de Derecho tuvo decisiva influencia en mi dedicación a la docencia, así como mi sentido de compartir lo aprendido.

10. ¿Cuáles han sido las materias o cursos que más le ha gustado dictar?

Han sido varias, pero yo diría, que la interpretación jurídica, así como el proceso, como instrumento de la Justicia, y el derecho procesal constitucional, son de los más preferidos.

11. ¿Puede dar tres consejos a los jóvenes profesores de Derecho?

Es clave tener claro que se va a enseñar y no a dar demostración de que se sabe. La sencillez en la explicación es más importante que todos los textos que se pueden recomendar. La utilización de ejemplos o casos es también una manera de estimular la comprensión de lo jurídico. Lo magistral no implica petulancia ni superioridad en la docencia.

12. ¿Cuáles lecciones le dejó el período inicial de su carrera profesional?

Que en el Derecho nunca se deja de estudiar y de aprender y que antes de consultar se debe tener un criterio.

13. ¿Cuáles han sido las etapas que usted considera más importantes de su actividad profesional?

Mi actividad como consultor jurídico de la administración pública, ni etapa de abogado en la industria petrolera nacionalizada, pero sobre todo mi actividad judicial

14. ¿Cuál aspecto de su trabajo como abogado es el que más ha disfrutado?

Mi trabajo como juez y el de docente.

Román J. Duque Corredor: “La disciplina del estudio y el análisis crítico y la búsqueda de soluciones a los problemas sociales fue una constante en el proceso de mi formación”

15. ¿Puede dar tres consejos para el ejercicio de la profesión de abogado?

No te conformes con ser un buen abogado, sino uno de los mejores, por lo que el estudio del Derecho es una disciplina religiosa. Lee los textos jurídicos y analiza con lógica y racionalidad las normas legales y consulta la jurisprudencia, que es como se vive el Derecho en la realidad.

La aprobación de la Ley de Presupuesto al margen del Parlamento Nacional

Alejandro Gallotti

Sumario

- I. A modo de introducción
- II. La República y el Parlamento
- A. De la naturaleza del Parlamento venezolano
- B. El Presupuesto Público Nacional
- III. El control de constitucionalidad de la Sala Constitucional del TSJ
- IV. La aprobación del presupuesto nacional por la Sala Constitucional del TSJ
- A. Los antecedentes judiciales a la aprobación de los Decretos Ley 7 y 8
- i. Estado de Excepción y Emergencia Económica
- ii. El “Desacato” de la Asamblea Nacional
- B. La aprobación del presupuesto nacional por las sentencias Nros 814 y 1190
- i. Del Decreto Ley de Presupuesto y Decreto Ley de Endeudamiento 2017
- V. La aprobación del presupuesto nacional por la Asamblea Nacional Constituyente
- A. El Poder Constituyente Originario y la Iniciativa de Convocatoria a la ANC
- B. La aprobación del presupuesto nacional 2018 por parte de la ANC
- i. De las competencias de la ANC
- ii. La aprobación del presupuesto para el año 2018
- VI. Conclusiones

I. A modo de introducción

Como es bien sabido, el estado venezolano se encuentra constitucionalmente estatuido a través de una serie de principios fundamentales que más que pretender adjetivar el estado, buscan materializar la República y el Estado de Derecho, circunstancia que resulta evidente cuando observamos los primeros nueve artículos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), así como los artículos 136 y 137 donde se consagran, entre otros, el principio de supremacía constitucional, separación de poderes y legalidad, lo cual, junto al principio de igualdad consagrado tanto en el artículo 2 como en el artículo 21 *eiusdem*, disponen las bases para garantizar los denominados “valores republicanos”. Todo esto supone una serie de consecuencias jurídicas en el desarrollo de las funciones del Poder Público y sus

relaciones con los ciudadanos, siempre en la procura de la libertad y garantías fundamentales para alcanzar el desarrollo de la persona humana y la vida digna.

Para poder analizar el polémico tema de la aprobación del presupuesto nacional primero por la Sala Constitucional (SC) del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) y luego por la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) al margen del control parlamentario, resulta indispensable examinar los principios y valores antes indicados, por cuanto, a través de esos elementos constitucionales es posible establecer por qué el Parlamento debe aprobar el presupuesto nacional, cuáles son los límites del ejercicio de control de constitucionalidad de la SC del TSJ y si resulta admisible, al menos en casos excepcionales, la aprobación del presupuesto al margen del poder legislativo.

Siguiendo lo expuesto, se procederá a examinar la consagración constitucional de nuestra República, así como la naturaleza jurídica del Parlamento Nacional, para proceder ulteriormente al estudio de las decisiones emitidas por la SC del TSJ que culminaron no solo con la aprobación del presupuesto nacional al margen del Poder Legislativo, sino también con su supresión funcional, generando una modificación del texto constitucional e incluso una transformación del Estado.

II. *La República y el Parlamento*

Cuando una nación a través de un pacto social como es su constitución acuerda que será una República, surge inmediatamente una serie de valores y principios que deberán cumplirse para poder materializar la idea de *república*¹. En este sentido, en las *repúblicas*, si bien cada constitución y cada nación puede dibujarla con detalles propios que resulten de la cultura o historia de esa nación, existen bases mandatorias que son indispensables como sería el principio de igualdad y la representatividad del pueblo en los asuntos de gobierno, ello en la búsqueda de una sociedad que sea justa, de hecho Platón siempre vinculó la idea de *República* con la idea de *justicia*, de manera que, para responder qué es la República había que responder qué es la justicia². Esto lógicamente significa ciertos inconvenientes para aproximarnos a un concepto objetivo y más todavía si buscamos una definición, por cuanto, la justicia es igualmente una idea (cada uno de nosotros puede tener una apreciación propia de lo que es justo o injusto), de hecho, la República “...comienza como un diálogo que plantea, *socráticamente, qué es la justicia, mas no como una investigación teórica, sino*

¹ Tema que analizo con mayor detalle en el trabajo titulado “*Los límites del control de constitucionalidad sobre los actos parlamentarios de la Asamblea Nacional*”, publicado en REDIAJ N° 8, páginas 386 y siguientes (2017).

² Platón. *La República*. Introducción, Traducción y Notas de Rosa M. Mariño Sánchez-Elvira, Salvador Mas Torres y Fernando García Romero. Ediciones Akal, S.A. 2008. España. Pág 6.

*porque la adecuada respuesta a esta pregunta nos motivará a obrar de manera justa...*³ y es precisamente en referencia a Sócrates que tenemos como uno de los conceptos más conocidos de la justicia “...*lo justo consiste en dar a cada uno lo que resulta apropiado...*”⁴.

Así, precisamente con base en lo expuesto, vemos como las repúblicas tradicionalmente asumen el principio de separación de poderes, el principio de igualdad, la supremacía constitucional y el principio de legalidad como bastiones esenciales para estructurar el Estado Democrático de Derecho, lo que nos dirige precisamente a la conformación de un parlamento a través del cual los ciudadanos podrán ser escuchados y coadyuvar, a través de sus representantes (diputados), en la formación de las leyes y demás asuntos parlamentarios, para conceder el poder al pueblo, es decir, lograr que los propios ciudadanos actúen en los asuntos públicos que los afectan y conciernen.

En el Diccionario de la Real Academia Española podemos apreciar no solo el significado de República sino también varios de sus elementos. De esta manera, tenemos que el vocablo proviene del latín *res pública* que significa *cosa pública* y es definido como una forma de organización del Estado “*cuya máxima autoridad es elegida por los ciudadanos o por el Parlamento para un período determinado*”, de igual manera es definido como una “*forma de gobierno*”, empleándose también como modelo que se opone a los gobiernos tiránicos, despóticos e injustos, encontrándose regida por el interés común, la justicia y la igualdad⁵. En similar sentido, el Diccionario Italiano *la Repubblica.it*, nuevamente entiende por República “*una forma de gobierno donde todos los ciudadanos participan del poder supremo*”, indirectamente a través de los representantes elegidos libremente o directamente a través del referéndum, siendo el cargo de jefe de Estado temporal y no heredable⁶. Por su parte, el diccionario inglés *The Free Dictionary* nos presenta algunas consideraciones interesantes, puesto que si bien define a la República una vez más desde su origen latín -ya indicado-, la presenta desde una óptica “actual” como un estado soberano gobernado por representantes elegidos por un electorado universal, agregando que es una forma de gobierno que se contrapone a la monarquía y que posee un control popular del estado y una concepción de bienestar social, donde el Estado se encuentra constitucionalmente limitado.

Es difícil concebir una República sin parlamento, de hecho en los estados modernos donde todavía se presenta la monarquía en la estructura estatal, vemos que la figura del parlamento también suele hacerse presente (Inglaterra y España

³ Ob cit. Pág. 17

⁴ Ob cit, pág 7

⁵ Ver Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española <http://dle.rae.es>

⁶ Dizionario Italiano la Repubblica.it <http://dizionari.repubblica.it>

por solo nombrar casos conocidos), puesto que se ha constituido como el vehículo esencial de la representatividad del pueblo, de modo que para garantizar las libertades en contraposición al abuso de autoridad, los estados democráticos han reservados una serie de materias al acto legislativo, ello con el fin de canalizar esa manifestación popular a través del poder legislativo. Cuando un Estado asume como forma de gobierno la República está condicionando “...*el sentido de la propia Democracia que debe ser un instrumento republicano, o sea, una herramienta para conferir y garantizar el Interés de la Mayoría y su aplicación en los más diversos aspectos de la vida en Sociedad...*”⁷. En este sentido, nos refiere Cruz, P. (2009) que “...*La República es la forma de gobierno en la cual la Democracia se funde al Estado de Derecho...*”, de allí que la materialización de los principios a los que nos hemos referido y la imperiosa necesidad de canalizar la soberanía popular hacia la participación en asuntos públicos y formación de las leyes resulta en la existencia del Parlamento. Es así como Cruz, R. en referencia a Barbalho, J. nos afirma que el Principio Republicano supone “...*la búsqueda por el Interés de la Mayoría para la formación del ‘espacio público’ a partir de la utilización de otros principios constitucionales político-ideológicos, destinados a auscultar la Sociedad y a garantizar derechos a la mayoría y a las minorías...*”⁸.

Es por ello que podemos afirmar que el Parlamento es inherente a la República, lo que implica que difícilmente podemos hablar de República si no tenemos un órgano integrante del Poder Público que se encargue del desarrollo de la Constitución con la opinión del pueblo, siendo este último quien en definitiva estará estableciendo a través de sus representantes parlamentarios las atribuciones de los órganos que conforman al Poder Público, entre las que destacan los límites del gasto público, las metas y programas que se ejecutarán a través del presupuesto anual, así como el control de esos gastos y recursos que han sido o serán ejecutados por el Gobierno Nacional.

Teniendo en consideración lo expuesto debemos proceder a examinar cómo se encuentra conformado nuestro Parlamento para luego delimitar las facultades del poder judicial en materia de control constitucional.

A. De la naturaleza del Parlamento venezolano

La Asamblea Nacional venezolana es un órgano constitucional al que le corresponde la función legislativa nacional, en consecuencia, tenemos que su origen, composición y competencias vienen establecidas en forma directa por la Constitución. De esta forma, al tratarse de un órgano constitucional, tanto por su

⁷ Cruz, P. (2009) Sobre el Principio Republicano. Universidade Do Vale do Itajaí

⁸ Ob cit, páginas 26 y 27

base constitucional como por su relevancia para el tipo de Estado que se proclama en nuestra Constitución (Venezuela se declara República y se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia⁹), tenemos que se sitúa al vértice de la organización del Poder Público en una clara situación de igualdad, paridad e independencia frente a los demás poderes¹⁰.

Asimismo, dado que es el órgano de representación popular por excelencia tenemos que es una manifestación del poder soberano, no solo para la creación de normas, sino también para el ejercicio de controles y funciones de gobierno. Por lo tanto, al ser un órgano constitucional no tiene personalidad jurídica y es esencial para la vida del estado¹¹, siendo que entre sus principales funciones destacan las siguientes:

- Legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional.
- Proponer enmiendas y reformas a la Constitución, en los términos establecidos en esta Constitución.
- Ejercer funciones de control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional, en los términos consagrados en esta Constitución y la ley.
- Discutir y aprobar el presupuesto nacional y todo proyecto de ley concerniente al régimen tributario y al crédito público.
- Autorizar los créditos adicionales al presupuesto.
- Dar voto de censura al Vicepresidente Ejecutivo y a los Ministros. La moción de censura sólo podrá ser discutida dos días después de presentada a la Asamblea, la cual podrá decidir, por las tres quintas partes de los diputados o diputadas, que el voto de censura implica la destitución del Vicepresidente Ejecutivo o del Ministro.¹²

Además, tenemos la atribución para declarar el abandono del cargo del presidente de la República tal y como lo contempla el artículo 233 de la CRBV¹³, situación que de suscitarse conllevaría a la falta absoluta del presidente, así como

⁹ Artículos 1 y 2 de la CRBV

¹⁰ Fernández Hontoria, J.A. “*A Propósito del Defensor del Pueblo: Los Rasgos Definidores de la Posición Jurídica de los Órganos Auxiliares*”.

¹¹ Ver *El Derecho a la Defensa en Sede Administrativa*. FUNEDA. 2013

¹² artículo 187 de la CRBV

¹³ Artículo 233. Serán faltas absolutas del Presidente o Presidenta de la República: la muerte, su renuncia, la destitución decretada por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, la incapacidad física o mental permanente certificada por una junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia y con aprobación de la Asamblea Nacional, el abandono del cargo, declarado éste por la Asamblea Nacional, así como la revocatoria popular de su mandato...” (Subrayado añadido).

también la facultad para considerar y aprobar los decretos que declaren Estado de Excepción (artículo 339).

De esta manera, cuando observamos que el texto constitucional expresamente otorga al Parlamento venezolano la facultad de discutir y aprobar el presupuesto nacional y todo proyecto de ley concerniente al régimen tributario y al crédito público, es importante mencionar que ello no es simple casualidad o mero capricho del constituyente, por el contrario, ello tiene una razón de ser que se basa en los principios antes estudiados, por cuanto, la aprobación del presupuesto nacional se conecta directamente con la soberanía popular y, consecuentemente, con la participación ciudadana en asuntos públicos, ya que el presupuesto nacional tiene entre sus distintos ingresos de origen ordinario y extraordinario, no solo los recursos provenientes del subsuelo, sino también de los tributos obtenidos del patrimonio de los ciudadanos. De allí la evidente necesidad de que el ciudadano -a través de su representante parlamentario- haga un control sobre la forma y cómo se pretenden usar esos recursos, no solo porque pudiéramos considerarlos los recursos de los ciudadanos, sino porque la ejecución de ese presupuesto tendrá un impacto inmediato en todos aquellos que hacen vida en el país.

Siguiendo lo expuesto, tenemos que las funciones de la Asamblea Nacional no se limitan a la formación y sanción de leyes, sino que también es un órgano que participa en el control político y financiero del Estado, como en la organización del Poder Público, lo que podríamos resumir en funciones (i) legislativas, (ii) de control y de (iii) organización.

La función legislativa de la Asamblea Nacional es uno de los pilares fundamentales no solo del Principio de Separación de Poderes, sino también de la participación ciudadana y de la soberanía popular, tal y como mencionamos precedentemente, por cuanto, es a través de la representación parlamentaria, la cual se formaliza a través de la elección por cada ciudadano de cada rincón de nuestra geografía de un representante parlamentario (diputado) para que proceda a hacer las leyes que deberán regir tanto a las demás ramas del Poder Público como a las relaciones jurídicas que se susciten día a día en la sociedad. A través de esa función se logra la ejecución directa e inmediata de la Constitución, materializándose el Principio de Legalidad, así como el aseguramiento de las libertades de los individuos.

Por otra parte, conforme al artículo 222 de la CRBV, la Asamblea Nacional podrá ejercer su función de control mediante los siguientes mecanismos: las interpelaciones¹⁴, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias. También podrán declarar la responsabilidad política

¹⁴ Artículos 113 y ss del Reglamento de Interior y Debates.

de los funcionarios públicos y solicitar al Poder Ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad, siendo uno de los controles más relevantes -desde el punto de vista político- el denominado “voto de censura” al Vicepresidente Ejecutivo y a los ministros, pudiendo decidir por las 3/5 partes de los diputados que el voto de censura implica la destitución del funcionario (numeral 10 art. 187). De igual modo, una moción de censura con el voto de las 2/3 partes implicaría su remoción conforme al artículo 240 de la CRBV.

Finalmente, podemos destacar la facultad que tiene la Asamblea de autorizar el nombramiento del Procurador General de la República y de los jefes de Misiones Diplomáticas Permanentes (vgr. Embajadores), así como también cuenta con la atribución de nombrar y destituir a algunas de las máximas autoridades del Poder Público Nacional.

B. El Presupuesto Público Nacional

Cuando hablamos del presupuesto público nos encontramos con un instrumento que comporta una naturaleza variada, por cuanto, además de ser un proyecto de carácter jurídico dada su conformación constitucional y legal, es sin duda un acto técnico, económico y financiero que habilita -de ser debidamente aprobado- la ejecución de los recursos y egresos del Estado mediante la estimación de gastos con sus correlativos límites, metas y programas.

El Observatorio Económico de la Universidad del Rosario en Argentina nos indica que el presupuesto nacional es “...la estimación de un gasto que deberá concretarse para realizar algo. Se trata de un cálculo estimativo respecto al dinero que implicará una cierta actividad o la concreción de un proyecto...”¹⁵. Para el exministro venezolano Giordani J., el presupuesto nacional se refiere a los gastos e ingresos estimados que tiene el Estado relativos a un año calendario en particular, teniendo entre sus propósitos “...realizar una evaluación del total de los ingresos y los gastos del Estado...” para establecer un razonable equilibrio entre los mismos “...haciendo posible una evaluación de los efectos que ellos producirán sobre la economía...”¹⁶.

De la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público venezolana (LOAFSP) podemos inferir que el presupuesto público es la expresión de “...*los recursos y egresos vinculados a los objetivos y metas de los planes nacionales, regionales, municipales, locales y sectoriales (...) en aquellos aspectos que exigen, por parte del sector público, captar y asignar recursos*”

¹⁵ Ver <http://www.observatorio.unr.edu.ar/presupuesto-nacional/> última vez consultado 3 de noviembre de 2017.

¹⁶ Publicado en Quantum N° 37 <http://www.voltairenet.org/article122555.html>.

conducentes para el cumplimiento de las metas de desarrollo económico, social e institucional de la Nación..."¹⁷.

El presupuesto público es -por regla general- aprobado en los países de corte democrático por el Parlamento Nacional, siendo además un acto -usualmente- con forma de ley, lo que se compagina con las consideraciones de participación ciudadana en asuntos públicos antes estudiados, por cuanto, mediante la reserva legal del presupuesto o bien su imperiosa aprobación por parte del Poder Legislativo respectivo, los ciudadanos de las distintas locaciones del territorio de ese país estarían participando, indirectamente, en la aprobación y correlativo control del presupuesto y gasto público. Así, los artículos 311 y siguientes de la CRBV son inequívocos al consagrar la reserva legal del presupuesto imponiendo al Ejecutivo Nacional la obligación de requerir la aprobación del mismo por parte del Parlamento. En similar sentido la LOAFSP ratifica esa obligación en los artículos 28 y siguientes.

Esto se observa de manera muy similar en las democracias republicanas donde podemos hacer referencia al numeral 8 del artículo 75 de la Constitución Nacional de Argentina donde se estipula que entre las facultades del Congreso se encuentra "*Fijar anualmente (...) el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional...*", imponiendo correlativamente la obligación en el jefe de gabinete de ministros de "*Enviar al Congreso los proyectos de ley de ministerios y de presupuesto nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo*"¹⁸. Así, sostiene el Observatorio Económico de la Universidad del Rosario¹⁹, que la sanción del presupuesto es de carácter legal y por lo tanto debe cumplir con todos los pasos legales que esto requiere.

Igualmente puede mencionarse el artículo 81 de la Constitución de la República Italiana que contempla que las cámaras del parlamento aprobarán cada año mediante ley el presupuesto presentado por el Gobierno, indicando que la ejecución del presupuesto solo puede habilitarse mediante ley²⁰.

Lo expuesto resulta completamente razonable en las democracias, sean estas republicanas o no, puesto que, al someter al presupuesto nacional al control parlamentario y, en especial, al reservar su aprobación a la ley, se materializa el ejercicio de la soberanía popular, así como los pesos y contrapesos que deben verificarse en la separación de poderes.

¹⁷ Ver artículo 9 de la LOAFSP.

¹⁸ Numeral 6 del artículo 100 de la Constitución Nacional.

¹⁹ Ob cit.

²⁰ "...Le Camere ogni anno approvano con legge il bilancio e il rendiconto consuntivo presentati dal Governo. L'esercizio provvisorio del bilancio non puo' essere concesso se non per legge...".

Por lo tanto, más allá que nuestro orden jurídico consagra el deber del Ejecutivo de presentar al presupuesto anual ante la Asamblea Nacional y siendo una facultad constitucional y legal de esta su aprobación y control, es lógico que el instrumento que hará posible la ejecución de los créditos y recursos de la Nación así como el logro de las metas del Estado, conlleve la participación ciudadana, dada la relevancia e intrínseca relación entre la ejecución de los recursos públicos y la soberanía popular, puesto que, al menos de forma indirecta, sería el propio ciudadano el que aprobaría los niveles máximos de gastos y programas de su gobierno.

III. *El control de constitucionalidad de la Sala Constitucional del TSJ*

Como es bien sabido, la tendencia en la mayoría de los países en el que funciona el Principio de Separación de Poderes es la de someter al sistema de administración de justicia a todos los actos emanados del Poder Público, situación que forma parte del denominado *Control Universal de los Actos*, que si bien suele referirse a los actos administrativos, lo cierto es que es posible extenderlo a cualquier acto emanado del Poder de Imperio del Estado, buscando así la mayor *justiciabilidad* posible sobre el Poder Público en aras de garantizar la supremacía constitucional y consecuentemente los derechos y libertades de los ciudadanos.

Es precisamente con base en esa facultad de control de constitucionalidad que la SC del TSJ ha procedido a asumir diversas funciones parlamentarias de la Asamblea Nacional, lo cual, forma parte de una serie de decisiones judiciales suscitadas durante el año 2016 que debemos analizar en su conjunto para poder llegar a conclusiones concretas respecto a si con base en esa facultad de control de constitucionalidad es posible que el Poder Judicial apruebe el presupuesto presentado por el Ejecutivo Nacional, desplazando consecuentemente al Parlamento de sus típicas facultades constitucionales y de control jurídico, político y financiero.

Ante todo, es menester recordar que al referirnos al control de constitucionalidad sobre los actos del Estado vale referirse al denominado *judicial review*, entendido como el poder de los tribunales para examinar las acciones o actuaciones derivadas de las distintas funciones ejercidas por las ramas del Poder Público²¹. De esta manera, nos relata Neal Tate, C. que el término comúnmente utilizado para referirse al *judicial review* es el de *constitutional review*, esto es, revisión constitucional, la cual tiene como punto de partida el caso *Marbury vs. Madison* (1803) con el juez Jhon Marshall de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, donde se determinó la supremacía constitucional y la imposibilidad de que una ley que resultase contraria al marco

²¹ Ver www.judiciary.gov.uk consultado el 15 de febrero de 2017.

constitucional pudiera tener validez²². Así, Escudero, M. (2005), resume lo dispuesto por el Juez Marshall indicando que “...*si están en conflicto la Constitución y otra ley y si los tribunales deben observar la Constitución y ésta es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, es la Constitución y no el acto ordinario el que debe gobernar el caso...*”²³. De esa manera, a pesar de que el *judicial review* no se encontraba de forma expresa en el texto constitucional concluyó Marshall que de la propia Constitución y de su naturaleza (norma suprema) se desprende ese principio “...*de que una ley contraria a la Constitución es nula...*”²⁴, por lo tanto, el poder judicial debe observar la norma suprema ante cualquier otro acto y ejecutar con prevalencia la primera²⁵.

En lo que concierne a Venezuela nos señala Fernández Segado, F. en referencia a la acción popular de constitucionalidad que “...*Venezuela siempre ha tenido conforme al modelo norteamericano, un sistema difuso de justicia constitucional (...) con la sola excepción de un breve período de tres años entre 1901 y 1904...*”²⁶.

En este orden de ideas, y dirigiéndonos al marco jurídico vigente en nuestro país, tenemos que de conformidad con el artículo 334 constitucional todos los jueces, en el ámbito de sus competencias y conforme al orden jurídico, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución. Esto viene a concretar el denominado control difuso de la constitucionalidad donde “*En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente*”. Tal facultad se aplica a un caso concreto y dentro del mismo proceso judicial en el que se verificó la infracción constitucional, por lo tanto, tal y como lo señala Hakansson Nieto, C. se trata de un control de carácter incidental pues “...*se efectúa en el seno de cualquier proceso judicial...*” y concreto puesto que “...*la validez de la norma se analiza a partir de un caso judicial...*”²⁷.

Así, esa disposición constitucional agrega como competencia exclusiva de la Sala Constitucional “...*declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley...*”, lo que denota un claro control

²² www.britannica.com/topic/judicial-review revisado el 15 de febrero de 2017.

²³ El Control Judicial de Constitucionalidad sobre las Ramas Legislativa y Ejecutiva del Poder Público. UCV. Pág 147.

²⁴ *Ob cit.*

²⁵ Para mayor detalle acudir a: Gallotti, A. (2017) *Los Límites del control de constitucionalidad sobre los actos parlamentarios de la Asamblea Nacional*. Revista N° 8 de Investigación Jurídica de la Asamblea Nacional.

²⁶ *Ob cit.*, pág. 476.

²⁷ *Ob cit.*, pág. 360.

universal de los actos emanados del Poder Público en ejecución de atribuciones otorgadas por la norma constitucional²⁸.

Ahora bien, en lo que respecta a la interpretación de la Constitución, pues en adición a lo ya indicado en el artículo 334 donde se establece que todos los jueces deben asegurar la integridad de la Constitución -lo que supone la facultad para interpretarla-, tenemos que el artículo 335 *eiusdem* dispone que el Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales agregando que:

“...será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República...” (subrayado añadido).

Vemos que el máximo y último intérprete de la Constitución es el TSJ, que como bien sabemos está conformado por 6 salas, lo que permite afirmar que cada una de esas Salas en el ejercicio de sus competencias puede y debe interpretar la Constitución, siendo además “máximo y último intérprete”, lo que haría suponer que la Sala Constitucional debería respetar ese ámbito de interpretación que le corresponde a cada Sala. De cualquier manera, cuando la Sala Constitucional haga la interpretación “...sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales...” tendrá efectos vinculantes, es decir, para que una sentencia de la Sala Constitucional pueda ser vinculante ello deberá suponer una interpretación en los términos establecidos en esa disposición constitucional (contenido, alcance o principios constitucionales)²⁹.

En síntesis, las atribuciones en materia de control de constitucionalidad de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia podemos resumirlas de la siguiente forma:

- Declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley (art. 334 CRBV)
- Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de los cuerpos legislativos nacionales que colidan con esta Constitución (art. 336.1)
- Revisar, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción (art. 336.6)

²⁸ Gallotti, A. ob cit.

²⁹ Gallotti, A. ob cit.

- Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador (art. 336.7)

Se seleccionan las anteriores atribuciones no solo porque ellas se dirigen al control de la constitucionalidad, sino también porque fueron esas disposiciones las que se emplearon particularmente en las diversas decisiones judiciales que se emitieron frente a los actos parlamentarios durante el año 2016.

Ahora bien, cuando observamos las facultades de control de constitucionalidad de las leyes, así como de otros actos que se entienden ejecución directa de la Constitución, ciertamente podemos afirmar que esa Sala ostenta la capacidad para anular leyes, revisar la constitucionalidad -aún de oficio- de los decretos que declaran estado de excepción, e incluso “declarar” la inconstitucionalidad de omisiones legislativas, se trata pues de un control amplio sobre los actos del Poder Legislativo y en general del Poder Público -en cualquiera de sus ramas- cuando este ejecute atribuciones constitucionales o bien viole la Constitución en la ejecución de sus funciones o potestades.

IV. La aprobación del presupuesto nacional por la Sala Constitucional del TSJ

Ya hemos podido observar el vínculo que existe entre República y Parlamento, entre Parlamento y soberanía popular, así como también el objetivo que persigue el control de constitucionalidad de los actos emanados del Poder Público, lo que nos permite ahora examinar las decisiones que ha adoptado la SC del TSJ frente a la Asamblea Nacional, concretamente la Sentencia N° 814 del 11 de octubre de 2016 a través de la cual la SC estableció que actualmente “...*el Presidente de la República está constitucionalmente relevado de presentar el presupuesto nacional ante la Asamblea Nacional, así como de cualquier otro pretendido control político que ejerza ese órgano legislativo...*”, siendo que conforme a esa sentencia, el presidente de la República procedió a dictar el Decreto N° 2.482 de fecha 14 de octubre de 2016, que contiene el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley N° 7 (Decreto Ley 7), a través del cual se promulgó el Presupuesto para el Ejercicio Económico Financiero 2017, acto que además se fundamentó en el marco del Estado de Excepción y Emergencia Económica que se viene imponiendo desde el año 2015 en Venezuela. A su vez, ese Decreto Ley 7 fue declarado constitucional mediante sentencia N°1190 de la SS del TSJ del 15 de diciembre de 2016, donde también fue declarado constitucional el Decreto Nro. 2.483 con Rango Valor y Fuerza de Ley N° 8 de Endeudamiento para el Ejercicio Fiscal 2017 (Decreto Ley 8).

Ahora, no podemos entrar a examinar esas decisiones judiciales (Nros 814 y 1.190) sin considerar todo el contexto jurisprudencial en el que se aprobó el

presupuesto nacional, puesto que, con base en diversas sentencias dictadas por la SC del TSJ durante el año 2016 se fundaron las bases para apartar al parlamento del control y aprobación de ese instrumento indispensable en las finanzas públicas, motivo por el cual procedemos a considerarlas seguidamente:

A. Los antecedentes judiciales a la aprobación de los Decretos Ley 7 y 8

Hay dos acontecimientos relevantes a destacar previo a la lectura de las decisiones de la SC del TSJ, el primero fue el acto del 23 de diciembre de 2015, donde la saliente Asamblea Nacional nombró 13 magistrados principales y 21 suplentes para el Tribunal Supremo de Justicia, al margen de las reglas y procedimientos previstos en el artículo 264³⁰ de la CRBV), de las propias normas procedimentales previstas en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia

³⁰ Artículo 264. Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos por un único período de doce años. La ley determinará el procedimiento de elección. En todo caso, podrán postularse candidatos o candidatas ante el Comité de Postulaciones Judiciales, por iniciativa propia o por organizaciones vinculadas con la actividad jurídica. El Comité, oída la opinión de la comunidad, efectuará una preselección para su presentación al Poder Ciudadano, el cual efectuará una segunda preselección que será presentada a la Asamblea Nacional, la cual efectuará una tercera preselección para la decisión definitiva.

Los ciudadanos podrán ejercer fundamentadamente objeciones a cualquiera de los postulados ante el Comité de Postulaciones Judiciales, o ante la Asamblea Nacional.

(artículos 38³¹, 70³², 71³³, 73³⁴ y 74³⁵), del Reglamento Interno del Comité de Postulaciones Judiciales (artículos 24 y 31) e incluso del Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional (RID) (artículos 58 y 64)³⁶.

Vale destacar entre las violaciones constitucionales y legales en el procedimiento de selección de los magistrados, la inobservancia al requerimiento de mayoría calificada de la Asamblea Nacional (mayoría modificada por vía legislativa y judicial), el carácter público del proceso, la publicidad de los postulados, el baremo de preselección de los postulados (el cual nunca fue enviado al Poder Ciudadano para la segunda preselección), la falta de pronunciamiento sobre las impugnaciones formuladas e incluso el carácter apolítico de los mismos³⁷.

³¹ **Período y procedimiento de designación**

Artículo 38. Los Magistrados o Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán designados o designadas por la Asamblea Nacional, por un período único de doce años, mediante el procedimiento siguiente: Cuando sea recibida la segunda preselección que consigne el Poder Ciudadano, de conformidad con el artículo 264 de la Constitución de la República, y la presente Ley, en sesión plenaria que sea convocada, por lo menos, con tres días hábiles de anticipación, la Asamblea Nacional hará la selección definitiva con el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de sus miembros. En caso de que no se logre el voto favorable de la mayoría calificada que se requiere, se convocará a una segunda sesión plenaria, de conformidad con este artículo; y si tampoco se obtuviese el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes, se convocará a una tercera sesión y, si en ésta tampoco se consiguiera el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los miembros de la Asamblea Nacional, se convocará a una cuarta sesión plenaria, en la cual se harán las designaciones con el voto favorable de la mayoría simple de los miembros de la Asamblea Nacional.

³² **Carácter público del proceso**

Artículo 70. El proceso de preselección de candidatos o candidatas será público...

³³ **Publicidad de los postulados o postuladas**

Artículo 71. Una vez concluido el plazo para las postulaciones, el Comité de Postulaciones Judiciales publicará, el día hábil siguiente, en un diario de circulación nacional, los nombres de los postulados o postuladas con indicación expresa de que los interesados o interesadas podrán impugnar ante ese mismo órgano, mediante prueba fehaciente, a cualquiera de los candidatos y candidatas, en un plazo de quince días continuos (...) el Comité de Postulaciones Judiciales se pronunciará sobre la admisión de las objeciones que hayan sido recibidas en un lapso de ocho días continuos, y notificará por cualquier medio al afectado o afectada, para una audiencia dentro de los tres días siguientes, para que exponga sus alegatos y probanzas que contradigan las impugnaciones en su contra.

³⁴ **Baremo de preselección de los postulados o postuladas**

Artículo 73. El Comité de Postulaciones Judiciales aprobará, por las dos terceras (2/3) partes de sus integrantes, el baremo que se utilizará para la preselección de los postulados o postuladas...

³⁵ **Segunda preselección**

Artículo 74. El Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, dentro de los diez días continuos a la recepción de la documentación enviada por el Comité de Postulaciones Judiciales, hará una segunda preselección que será presentada a la Asamblea Nacional...

³⁶ Gallotti, A. ob cit.

³⁷ Ver *Acceso a la Justicia*

<http://www.accesoalajusticia.org/noticias/detalle.php?notid=13280#.VnxtYvnhBdg>

El segundo acontecimiento fue la suspensión de los 4 diputados electos y proclamados del Estado Amazonas, de los cuales, 3 formaban parte de la Mesa de la Unidad Democrática MUD (conjunto de partidos políticos que afirman ser opositores al gobierno). Así, el 28 de diciembre de 2015, la Sala Electoral del TSJ interrumpió el receso judicial para recibir 6 recursos de impugnación y uno más el 29 del mismo mes, contra diversos procesos electorales celebrados el 6 de diciembre de 2015 en diversos circuitos. Dichos recursos estaban acompañados de amparos cautelares para lograr la suspensión de efectos de esas elecciones. Precisamente el amparo propuesto en ese último recurso incoado por Nicia Marina Maldonado ex ministra de Estado para la Región Estratégica de Desarrollo Integral se declaró procedente por la referida Sala mediante sentencia N° 260 del 30 de diciembre de 2015. Como consecuencia de esa decisión quedaron suspendidos “...hasta que la Sala Electoral resuelva el caso de manera definitiva...”, impidiéndose correlativamente integrar la Asamblea Nacional el próximo 5 de enero de 2016³⁸.

Posteriormente, dado que la Asamblea Nacional en pleno ejercicio de su autonomía procedió a juramentar el 5 de enero de 2016 a los 3 diputados de la MUD por el Estado Amazonas (el diputado electo del PSUV no compareció), la Sala Electoral en sentencia N° 1 del 11 de enero de 2016, declaró lo siguiente:

1. Ratifica la decisión de suspensión de la proclamación de los diputados del estado Amazonas.
2. “Procedente” el desacato de esa decisión tanto por la Junta Directiva de la Asamblea, como por los diputados juramentados por la misma.
3. Ordenó a la Junta Directiva de la Asamblea Nacional la “desincorporación inmediata” de los diputados juramentados.
4. Declaró “nulos absolutamente” los actos de la Asamblea Nacional que “se hayan dictado o que se dictaren, mientras se mantenga la incorporación de los ciudadanos” antes descritos.

³⁸ Es menester señalar que la anterior decisión constituye una inobservancia a la propia jurisprudencia de la Sala Electoral que en sentencia del 4 de agosto de 2000, declaró inadmisibles una acción de amparo constitucional (caso: Junta Electoral Municipal de Cabimas) por la supuesta “...amenaza grave e inminente de la Junta Electoral del Municipio de proclamar al candidato de Acción Democrática, Hernán Alemán y de la Cámara Municipal de juramentarlo inmediatamente como Alcalde del Municipio Cabimas...”. Se trataba de una acción por parte del candidato derrotado en las elecciones celebradas ese año. Así, la decisión que declaró inadmisibles el amparo sostuvo que dado que “...los alegatos formulados están orientados a la revisión de la conformidad de la votación en la que participó tanto él, como el candidato electo con el bloque de la legalidad que rigió las elecciones del pasado Domingo 30 de julio...”, se trataba entonces de una controversia que escapaba del objeto del amparo constitucional, agregando que debía seguirse el procedimiento de impugnación de resultados ante el Consejo Nacional Electoral.

Aquí cabe destacar que, para declarar el desacato, hecho con calificación penal, se requiere un proceso judicial especial para determinar si en efecto existió o no el desacato, situación que nunca ocurrió en el caso mencionado. Además, correspondería en virtud de la naturaleza penal del desacato, obtener la decisión por parte de un juez penal. Por el contrario, fue la propia Sala Electoral sin procedimiento judicial previo quien declaró inmediatamente el desacato violando el derecho al juez natural, a la defensa y debido proceso de los afectados. Además, declaró nulos los actos de la Asamblea Nacional incluso a futuro, a pesar de que esa Sala no tiene competencia para conocer la legalidad de los actos de la Asamblea Nacional, como tampoco puede declarar válida o inválida la constitución del Poder Legislativo Nacional. Por el contrario, la Sala Electoral solo puede conocer de recursos de contenido electoral en los términos del artículo 27 de la LOTSJ³⁹.

Empleando como base argumentativa los acontecimientos políticos y judiciales antes mencionados, la SC emitió diversas decisiones que básicamente implicaron la supresión del Parlamento Nacional y que sirvieron como fundamento para asumir la atribución de aprobar el presupuesto nacional hacia finales de 2016, se destacan las siguientes:

i. Estado de Excepción y Emergencia Económica

A través de la decisión N° 7 del 11 de febrero de 2016⁴⁰ la SC anuló el acuerdo de la Asamblea Nacional del 22 de enero de 2016 en el que se había negado la aprobación del Decreto N° 2184 de Emergencia Económica (modalidad de estado de excepción) en todo el territorio por un lapso de 60 días, imponiendo con esa sentencia la vigencia y eficacia de ese Decreto a pesar de su desaprobación parlamentaria. Fundamentalmente la Sala sostuvo que el control político de la Asamblea no era relevante desde la perspectiva jurídica y que por tanto no podía afectar la vigencia y eficacia del Decreto.

³⁹ **Artículo 27.** Son competencias de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia:

1. Conocer las demandas contencioso electorales que se interpongan contra los actos, actuaciones y omisiones de los órganos del Poder Electoral, tanto los que estén directamente vinculados con los procesos comiciales, como aquéllos que estén relacionados con su organización, administración y funcionamiento.
2. Conocer las demandas contencioso electorales que se interpongan contra los actos de naturaleza electoral que emanen de sindicatos, organizaciones gremiales, colegios profesionales, organizaciones con fines políticos, universidades nacionales y otras organizaciones de la sociedad civil.
3. Conocer las demandas de amparo constitucional de contenido electoral, distintas a las atribuidas a la Sala Constitucional.

⁴⁰ Igualmente el 19 de mayo de 2016, la Sala Constitucional mediante sentencia N° 411, declaró la constitucionalidad del Decreto N° 2.323, que declara el Estado de Excepción y Emergencia Económica en todo el territorio nacional por un lapso de 60 días, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.227 Extraordinario del 13 de mayo de 2016.

Esta sentencia es una de las más relevantes de las suscitadas en el año 2016, puesto que no solo disminuyó el control parlamentario y suprimió algunas de sus atribuciones, sino que además, al proceder la propia SC a convalidar el estado de excepción, ha permitido que el mismo siga vigente a través de reiteradas prórrogas emitidas por el Ejecutivo Nacional, siendo que ese decreto (s) que contiene el estado de excepción por emergencia económica ha sido empleado como base jurídica para emitir el Decreto Ley 7, es decir, se utilizó para aprobar vía decreto-ley el presupuesto nacional para el año 2017.

De este modo, vale destacar que la formación y aprobación de un estado de excepción supone la participación de las tres ramas esenciales del Poder Público, puesto que el Ejecutivo lo dicta, el Parlamento lo debe considerar y aprobar y en caso de aprobación, la SC deberá pronunciarse sobre su constitucionalidad tal y como se aprecia del artículo 339 de la CRBV que dispone lo siguiente:

“El Decreto que declare el estado de excepción, en el cual se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, será presentado, dentro de los ocho días siguientes a su promulgación, a la Asamblea Nacional, o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad...” (Subrayado añadido).

Ahora bien, le letra de la norma es clarísima al indicar que el Decreto de Estado de Excepción debe enviarse a la Asamblea para su aprobación, es decir, que luego de emitido el Decreto existe un procedimiento que prevé una condición para otorgar validez al acto, esto es, la aprobación del Poder Legislativo Nacional, por lo tanto, de no verificarse esa aprobación el acto carecería de validez y, en consecuencia, no surtiría efectos en el mundo jurídico. Sin embargo, surge la interrogante respecto a si la Sala Constitucional podía de cualquier manera ejercer control de constitucionalidad sobre ese acto ello a tenor de su control automático de la constitucionalidad previsto tanto en el artículo 336 como en el 339 de la CRBV.

La respuesta luce más que obvia, si el Decreto no fue aprobado, pues no tiene validez ni eficacia, en consecuencia, no cabría el control de constitucionalidad ya que se trataría de un acto que nunca surtió ni surtirá efectos en el mundo jurídico, por lo tanto, no hay nada que controlar, en especial porque al no tener eficacia jurídica es imposible que menoscabe la letra constitucional. Tal y como lo sostuvo la ONG *Acceso a la Justicia* “...el decreto que declara la emergencia está sujeto a una condición, que es la aprobación de la Asamblea Nacional. Si ésta no lo aprueba, no se constituye el acto y por tanto, no hay decreto cuya constitucionalidad revisar...”.

Debemos recordar que el Decreto que declara el Estado de Excepción debe observar los típicos presupuestos de validación: que sea dictada por el órgano competente, siguiendo el procedimiento legalmente establecido y respetando el ordenamiento jurídico (especialmente la norma superior en lo que Brewer, A. denomina Formación del Derecho por Grados⁴¹). Así, tenemos que en el caso que nos ocupa el órgano competente es el Ejecutivo y la Asamblea Nacional de forma conjunta, por cuanto, el primero dicta el acto y el segundo lo aprueba. Además, vale mencionar que el artículo 33 de la Ley Orgánica de Estado de Excepción prohíbe a la Sala Constitucional pronunciarse luego que la Asamblea Nacional haya desaprobado la declaratoria de excepción, lo que llevó a que la Sala Constitucional en la sentencia bajo estudio desapplicara esa norma, por cuanto, a su criterio era inconstitucional argumentando su facultad de controlar cualquier acto del Poder Público⁴².

En este orden de ideas, cabe citar adicionalmente lo establecido en la Exposición de Motivos de nuestra Constitución, donde en el capítulo de los estados de excepción dispone respecto al tema bajo estudio, lo siguiente:

“...se prevé la intervención de los tres Poderes clásicos en la declaración de los estados de excepción: en virtud de la urgencia que los caracteriza, se faculta al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, para dictar el Decreto respectivo, pero se prescribe su remisión a la Asamblea Nacional, la cual, como instancia deliberante y representativa por excelencia de la soberanía popular, puede revocarlo si estima que las circunstancias invocadas no justifican la declaración de un estado de excepción o si considera que las medidas previstas para hacerle frente son excesivas. Si la Asamblea Nacional se encuentra en receso al dictarse el decreto correspondiente, éste debe ser remitido a la Comisión Delegada, la cual ejercerá las facultades respectivas.

A lo anterior se suma un control judicial automático atribuido a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual habrá de pronunciarse sobre la constitucionalidad o no del estado de excepción y de lo establecido en el decreto que lo declaró, a menos que la Asamblea Nacional, o la Comisión Delegada, haya revocado previamente ese decreto”. (subrayado añadido).

Con la exposición de motivos se termina de cerrar cualquier espacio a interpretaciones, puesto que la facultad del Poder Legislativo sobre el decreto de estado de excepción condiciona su validez, siendo que, en caso contrario, el decreto quedará sin efectos, tal y como se ratifica en la disposición citada cuando indica que la Asamblea “puede revocarlo”, y como bien sabemos, revocar un acto supone dejarlo sin efectos en el mundo jurídico. Además, la exposición de motivos hace la expresa salvedad de que el control de constitucionalidad se verificará a menos que el Poder Legislativo hubiese revocado el decreto. Por otra

⁴¹ Ver Principios Fundamentales del Derecho Público (2005). Editorial Jurídica Venezolana.

⁴² Para mayor detalle acudir a: Gallotti, A. REDIAJ N° 8 (2017) ob cit.

parte, sí podría plantearse el control sobre el acto de la Asamblea que revocó o desaprobó el Decreto de Estado de Excepción, pero aun en el caso que el acuerdo del Legislativo se hubiese verificado en contravención a la CRBV, no podría aceptarse la sustitución de la Sala en la declaratoria de aprobación requerida en el artículo 339 constitucional⁴³.

ii. *El “Desacato” de la Asamblea Nacional*

Hemos observado que la SC declaró la constitucionalidad de un estado de excepción que había sido desaprobado por la Asamblea Nacional, igualmente observamos la reducción de las funciones contraloras del Parlamento, situación que incidirá directamente en lo que más adelante será la aprobación del presupuesto nacional por vía judicial, pero a ello hay que agregar la que sería probablemente la decisión más severa contra el Poder Legislativo venezolano, esta es, la sentencia N° 108 del 1° de agosto de 2016 que declaró lo siguiente:

“1. EL DESACATO a las sentencias de la Sala Electoral número 260 de fecha 30 de diciembre de 2015 y número 1 del 11 de enero de 2016, y en caso de mantenerse el desacato de las referidas decisiones, se reservan todas aquellas acciones o procedimientos judiciales a que haya lugar.

2. LA INVALIDEZ, INEXISTENCIA E INEFICACIA JURÍDICA por violación flagrante del orden público constitucional en el pretendido acto de juramentación de los ciudadanos Julio Ygarza, Nirma Guarulla y Romel Guzamana en el cargo de Diputados de la Asamblea Nacional realizado el 28 de julio de 2016 por la Junta Directiva del órgano legislativo nacional, así como de aquellos actos o actuaciones que dictare la Asamblea Nacional con la juramentación de los prenombrados ciudadanos.”

Vemos como nuevamente se desconoce no solo las funciones parlamentarias de la Asamblea Nacional quien en ejercicio de sus atribuciones y autonomía juramentó a tres diputados que fueron electos y proclamados por el órgano competente, sino que también desconoce la voluntad popular y representatividad de los ciudadanos de Amazonas que hasta la presente fecha carecen de representante legislativo ante la Asamblea Nacional. Pero lo más grave de esta sentencia es además de declarar que *“dicho acto carece de validez, existencia y no produce efecto jurídico alguno”* agrega que los *“...actos o actuaciones que dictare la Asamblea Nacional con la juramentación de los prenombrados ciudadanos...”* también serán nulos y no tendrán efectos.

Desde este momento la Asamblea Nacional quedó suspendida de manera plena, por cuanto, cualquier acto que realizara con la presencia de esos diputados sería nulo ya de forma anticipada.

⁴³ Gallotti, A. ob cit.

Esto supone varias trasgresiones a los límites del control de constitucionalidad, ante todo la falta de proceso judicial que garantizara derecho a la defensa y debido proceso para establecer si hubo o no hubo desacato (cuando lo correcto era haber aplicado el principio de presunción de inocencia⁴⁴), pero apartando eso, la Sala Constitucional no puede declarar nulo un acto que todavía no existe en el mundo jurídico.

Así, debemos tener en cuenta que el desacato supone un “...*tipo de desobediencia a la autoridad...*”⁴⁵ situación que acarrea una consecuencia jurídica que debe estar establecida en la ley, la cual, generalmente, puede conllevar el arresto -como ocurre en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales- o bien el pago de una multa, según establezca el texto aplicable (ejemplo de ello es el artículo 122 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia). Ahora, lo más significativo a examinar es si la Asamblea Nacional realmente podía incurrir en desacato.

Lo primero a recordar es que -tal y como se explicó en este trabajo- la Asamblea Nacional es un órgano constitucional, ello supone que es esencial al Estado, se encuentra al vértice de la organización del Poder Público y está en un grado de paridad con los demás órganos constitucionales. Pero, además, se presenta como el órgano fundamental de representación popular haciendo posible la materialización de la República y la democracia.

De esta forma, al ser la Asamblea un órgano constitucional no tiene personalidad jurídica, por lo que debemos examinar sobre quién recaería entonces un eventual desacato y la respuesta solo puede ser en la República Bolivariana de Venezuela ya que esta sería el centro de imputación de las acciones y omisiones de la Asamblea Nacional, por ser la organización personificada estatal a la que el Parlamento está integrada (ver nuevamente artículo 136 de la CRBV). Otra posición sería la de sostener que los responsables del supuesto hecho ilícito (desacato) fueron los diputados que procedieron a juramentar a los disputados de Amazonas, el detalle está en que esos diputados gozan de irresponsabilidad e inmunidad en el ejercicio de sus funciones (artículos 199 y 200 de la CRBV), por lo tanto, tampoco podían ser castigados por desacato, ya que esa juramentación e incorporación supuso ejercicio de las funciones de esos diputados⁴⁶.

Aun en el caso que se asuma una postura donde el órgano constitucional incurre en desacato no podría admitirse la anulación de sus actos hacia el futuro, puesto que establecer que cualquier acto parlamentario de la Asamblea Nacional es ineficaz a futuro y hasta que la Sala disponga lo contrario, supondría la

⁴⁴ Tal y como lo indica el artículo 49 de la CRBV.

⁴⁵ Rionero/Bustillos (2005). *El desacato*. Vadell Hermanos Editores.

⁴⁶ Para mayor detalle acudir a: Gallotti, A. REDIAJ N° 8 ob cit.

suspensión de un órgano constitucional, lo que conllevaría a la modificación del Estado, la supresión de la representatividad popular, la soberanía popular, el Principio de Separación de Poderes y en definitiva la desaparición de la República, puesto que esta es inviable sin parlamento⁴⁷.

En este orden de ideas, en el supuesto negado que aceptáramos que la Asamblea Nacional incurrió en desacato, tenemos que considerar que las sanciones o consecuencias jurídicas de esa inobservancia a la autoridad deben circunscribirse a lo establecido en la ley aplicable, lo cual, nos lleva a considerar el artículo 122 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que dispone que:

“Las Salas del Tribunal Supremo de Justicia sancionarán con multa equivalente hasta doscientas unidades tributarias (200 U.T.) a las personas, funcionarios o funcionarias que no acataren sus órdenes o decisiones o no le suministraren oportunamente las informaciones, datos o expedientes que solicitare de ellos, sin perjuicio de las sanciones penales, civiles, administrativas o disciplinarias a que hubiere lugar.” (subrayado añadido)

Considerando lo expuesto, tenemos que a lo sumo cabía una multa sobre la Asamblea Nacional, resultando inviable una medida de privación de libertad, por cuanto -aun en el entendido que se aplicara la figura de desacato prevista en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales-, un órgano constitucional no puede ser privado de libertad y, segundo, porque los diputados -que serían en todo caso las personas naturales susceptibles de privación- gozan de irresponsabilidad e inmunidad en el ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, mal podría admitirse que la Sala Constitucional invente mediante una sentencia las consecuencias jurídicas del supuesto desacato, donde destaca la invalidez de todos los actos emitidos por ese órgano constitucional hasta que la Sala determine que el supuesto desacato culminó⁴⁸.

⁴⁷ Gallotti, A. ob cit.

⁴⁸ A pesar de que la Asamblea Nacional cedió ante la presión de la Sala Constitucional y decidió desincorporar el 15 de noviembre de 2016 a esos diputados, a criterio de la Sala Constitucional el desacato permanecía por no haberse verificado la desincorporación bajo ciertos parámetros o formalidades. Incluso, con la nueva Junta Directiva del año 2017 el 9 de enero se volvieron a desincorporar en los términos exigidos por la Sala y sin embargo esta insistió que el desacato permanecía por cuanto la nueva Junta Directiva había sido nombrada inconstitucionalmente. Vemos que no hay un parámetro objetivo, puesto que, si el desacato constituyó el hecho de haber juramentado e incorporado esos diputados, pues su desincorporación tenía que suponer el cumplimiento de lo decidido por la Sala Electoral culminando así el supuesto desacato, por el contrario, la Sala Constitucional aprecia elementos de interpretación subjetiva y mantiene indefinidamente el desacato.

B. La aprobación del presupuesto nacional por las sentencias Nros 814 y 1190

Habiéndose establecido el desacato de la Asamblea Nacional, y dejando por tanto suspendida funcionalmente la misma, la SC determinó mediante Sentencia N° 814 del 11 de octubre de 2016 que actualmente “...*el Presidente de la República está constitucionalmente relevado de presentar el presupuesto nacional ante la Asamblea Nacional, así como de cualquier otro pretendido control político que ejerza ese órgano legislativo...*”, ello hasta tanto permanezca el desacato declarado e impuesto por dicha Sala. Así, agrega la SC lo siguiente:

“Finalmente, de acuerdo a lo expuesto y, en especial, a las circunstancias excepcionales que motivan la solicitud bajo análisis, en esta oportunidad el Presidente la República deberá presentar el presupuesto nacional ante esta máxima instancia de la jurisdicción constitucional, bajo la forma de decreto, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente decisión.”

Lo precedente implica que la SC mediante sentencia suprimió una atribución que por mandato constitucional le corresponde al Parlamento, pero además aparta a ese órgano constitucional del control financiero del presupuesto. Lo decidido por la SC constituye otro exceso a los límites del control de constitucionalidad, por cuanto, no solo se desconoce una función que le es exclusiva y excluyente a la Asamblea Nacional, y que es propia al control parlamentario del gasto público y al denominado principio de legalidad presupuestaria, que supone un elemento de los pesos y contrapesos que deben observarse frente al denominado Principio de Separación de Poderes, sino que además la referida Sala, mediante una sentencia, se *autoatribuyó* una vez más una función parlamentaria en clarísima contravención al texto constitucional.

Debemos enfatizar que el control de constitucionalidad no puede suponer la usurpación de funciones de otros poderes públicos o bien la sustitución del Poder Judicial en la función legislativa de la Asamblea Nacional.

i. Del Decreto Ley de Presupuesto y Decreto Ley de Endeudamiento 2017

El presidente de la República, valiéndose de la sentencia N° 814 y del estado de excepción de emergencia económica (convalidado inconstitucionalmente por la SC), emitió el Decreto Ley 7 y el Decreto Ley 8 que contienen el “Presupuesto para el Ejercicio Económico Financiero 2017” y el “El Endeudamiento para el Ejercicio Económico Financiero 2017”, respectivamente. Vemos que se tratan de instrumentos que no constituyen leyes en sentido formal sino de decretos con rango valor y fuerza de ley que se justifican fundamentalmente en el referido estado de excepción y las decisiones de la SC.

Si bien ya fue analizado que el estado de excepción fue desaprobado por la Asamblea Nacional y que el presupuesto nacional debe ser aprobado mediante ley, nos encontramos con un Decreto Ley -sin habilitación legislativa previa- que contiene el presupuesto y endeudamiento para el año 2017.

Ahora, la primera interrogante es si resultaba constitucionalmente posible suplir la “legalidad” presupuestaria, es decir, la reserva legal del presupuesto, mediante decreto ley, ya que el presidente de la República no solo está presentando el presupuesto anual a la SC, sino que además pretende subrogarse en la función legislativa al consignar ante el TSJ un acto con rango valor y fuerza de ley.

Ya hemos mencionado que el artículo 187 de la CRBV dispone expresamente que corresponde a la Asamblea Nacional:

6. Discutir y aprobar el presupuesto nacional y todo proyecto de ley concerniente al régimen tributario y al crédito público.
7. Autorizar los créditos adicionales al presupuesto.

Vemos que se consagra no solo la función legislativa de la Asamblea dada la referencia expresa a “proyecto de ley”, sino que también se dispone una función aprobatoria como parte de las facultades de control del gasto público que ostenta el Poder Legislativo, lo que se ratifica además como un acto de reserva legal en el artículo 311 eiusdem donde se dispone que:

“El Ejecutivo Nacional presentará a la Asamblea Nacional para su sanción legal un marco plurianual para la formulación presupuestaria que establezca los límites máximos de gasto y endeudamiento que hayan de contemplarse en los presupuestos nacionales. La ley establecerá las características de este marco, los requisitos para su modificación y los términos de su cumplimiento.” (subrayado añadido)

Tenemos que la Carta Magna prevé expresamente la reserva legal en materia presupuestaria, situación que se ratifica en el artículo 312 que dispone que *“La ley fijará límites al endeudamiento público”*, agregando que *“las operaciones de crédito público requerirán, para su validez, una ley especial que las autorice, salvo las excepciones que establezca la ley orgánica”*, calificándola además de “ley especial”, carácter jurídico que se reitera en los artículos subsiguientes, siendo contundente el artículo 314 al indicar que *“No se hará ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la ley de presupuesto”*. Lo que se ratifica en la LOAFSP al establecer en el artículo 40 que el proyecto de *Ley de Presupuesto* será presentado por el Ejecutivo Nacional a la Asamblea Nacional

antes del 15 de octubre de cada año, dando clara naturaleza legal a ese instrumento⁴⁹.

Las referidas disposiciones constitucionales deben ser compaginadas con el concepto de ley previsto en nuestro propio texto fundamental, entendida esta como todo acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador (artículo 202), lo que nos permite sostener que el presupuesto nacional y endeudamiento público son materias reservadas a la ley en sentido estricto, es decir, se requiere de ley formal para la aprobación del presupuesto lo que consecuentemente implica la imposibilidad de que el presidente de la República dicte la ley de presupuesto por vía decreto, ni siquiera con habilitación legislativa en los términos del artículo 203 de la CRBV, en virtud que, por su naturaleza y clara delimitación formal y estricta de reserva legal y función legislativa del Parlamento, quedaría al margen de las materias susceptibles de delegación o habilitación por ley habilitante⁵⁰.

En consecuencia, el presidente no solo no contaba con la facultad para dictar un acto con rango valor y fuerza de ley de presupuesto o endeudamiento anual (tal y como lo hizo con los Decretos Ley 7 y 8) sino que además no cabía esa posibilidad constitucionalmente.

Independientemente de lo expuesto, la SC del TSJ mediante sentencia N° 1190 del 15 de diciembre de 2016 determinó que:

⁴⁹ Ver igualmente artículos 33 y 34 eiusdem.

⁵⁰ Una postura estricta conllevaría a que todas aquellas materias que la Constitución expresamente ha indicado que deben regularse por “ley” queden al margen de habilitación legislativa. Desde este punto de vista, y tomando cada referencia a “ley” en sentido formal como acto sancionado por la Asamblea Nacional, nos encontraríamos seguramente con muchísimas limitaciones a la delegación. Esto sería una posición que igualmente mantendría bien delimitado la autonomía de cada rama del Poder Público y que restringiría los poderes del Presidente de la República. En contraste, podemos mencionar que ciertas disposiciones constitucionales no se hace referencia a “ley” sino a “disposición legislativa” (ejemplo artículo 24) o “normas” (por ejemplo las *normas de gobierno* de las universidades), estas últimas puede que tengan rango de ley o no, pero no se limita a *ley formal*, como tampoco a Ley Nacional, salvo lo expresamente dispuesto en la Constitución.

Otra postura sería examinar las referencias a “ley” previstas en la Constitución y observar igualmente el contenido íntegro de la norma para concluir si la intención del constituyente era circunscribir la materia a ley formal sancionada por la Asamblea Nacional o a cualquier acto con rango valor y fuerza de ley.

Por ejemplo, la incorporación de territorios a la República (artículo 14), por su propia redacción se presenta como algo que no debería ser susceptible de delegación. Misma situación con la ley de presupuesto (artículo 313) cuya aprobación está claramente sometida a la Asamblea Nacional y a un procedimiento que amerita la revisión del órgano legislativo. Igualmente la aprobación de tratados y acuerdos internacionales celebrados por el Ejecutivo Nacional (186.18). Asimismo, ante las claras competencias en materia presupuestaria y económica que ostenta la Asamblea, el fondo de estabilización macroeconómica tampoco debería ser objeto de delegación (artículo 321).

“...ambos decretos con rango y fuerza de ley resultan conformes con las normas, principios y valores previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por cuanto, en ellos se respetan las disposiciones establecidas para la formulación del presupuesto anual y de la ley que limita el endeudamiento público para el ejercicio económico financiero, en cuanto a su contenido esencial y ámbito procedimental.”

De esta forma, con la referida sentencia se desconoció la estricta reserva legal en materia presupuestaria, lo que si bien supuso la convalidación de los referidos decretos presidenciales significó, en concordancia con las sentencias Nros 7, 9, 108 y 814, antes estudiadas, la supresión del Parlamento Nacional transformando nuestro Estado, al eliminar -al menos funcionalmente- al poder legislativo, lo que significa que actualmente los venezolanos no ejercen soberanía en los términos del artículo 5 de la CRBV⁵¹, puesto que ya no existe un medio de participación popular en la formación de las leyes nacionales, por lo tanto, no son capaces de establecer las atribuciones del ejecutivo nacional -lo que en el caso concreto de este estudio implica la imposibilidad de actuar indirectamente en el sistema de control de los ingresos y gastos del Estado-, soslayando los pesos y contrapesos que son propios del Principio de Separación de Poderes, concentrando consecuentemente el Poder Público en las ramas ejecutiva y judicial.

Las severas consecuencias al orden constitucional y republicano no culminan allí, puesto que las decisiones de la SC cometen también una directa trasgresión al Principio de Legalidad⁵², puesto que la referida Sala a través de sus propias decisiones procedió a *autoatribuirse* las facultades de la Asamblea Nacional en diversas materias (aprobación de estados de excepción, nombramiento de autoridades, aprobación de egresos y créditos, entre otros), pero además ha dejado en un absoluto limbo jurídico las funciones contraloras del presupuesto y gasto público, siendo que, la SC no solo no tiene esas facultades sino que tampoco ostenta la experticia técnica requerida para llevarlo a cabo.

La aprobación del presupuesto anual por parte de la SC ha significado una usurpación a la soberanía popular y una aniquilación a la República.

⁵¹ Artículo 5. La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.

Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos.

⁵² Artículo 137 de la CRBV.

V. *La aprobación del presupuesto nacional por la Asamblea Nacional Constituyente*

Mediante Decreto Nro. 2.830 del 1° de mayo de 2017, publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria Nro. 6.295 de la misma fecha, la máxima autoridad del Ejecutivo Nacional procedió a convocar unilateralmente una Asamblea Nacional Constituyente (ANC). Las circunstancias de crisis económica, social y política que vive Venezuela fueron presentadas como argumento de ese acto de la presidencia de la República.

A. El Poder Constituyente Originario y la Iniciativa de Convocatoria a la ANC

Algo de suma relevancia a la hora de interpretar cualquier norma jurídica, sea esta de rango constitucional o no, es entender que las normas no son una isla dentro del ordenamiento jurídico, sino por el contrario, constituyen un todo en la procura de la regulación de las conductas humanas y, en lo que concierne al texto fundamental, las bases de conformación del Estado y punto de partida para el desarrollo de todas las disposiciones normativas del país. Se expone esto porque no se puede analizar el artículo 348 de la CRBV sin observar el resto del texto constitucional, en especial, no es posible entender el alcance de la “iniciativa de convocatoria” prevista en esa norma si no se observa simultáneamente el contenido del artículo 347 *eiusdem*.

En este sentido, tenemos que el artículo 348 indica que la iniciativa de convocatoria a la ANC podrá hacerla el Presidente de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; los Consejos Municipales constituidos en cabildos, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos; y el quince por ciento (15%) de los electores inscritos en el registro electoral.

Efectivamente se consagra como facultad del Presidente la “iniciativa de convocatoria” de la ANC ¿pero qué implica y cuál es el alcance de ello? Para responder esto tenemos que leer el resto de la Constitución, donde inicialmente debemos considerar el artículo 5 que dispone que “*La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público...*”. Esto es propio de los valores republicanos, donde la igualdad y la elección de autoridades son elementos inherentes a la República tal y como fue analizado en el primer capítulo de este trabajo. Del mismo modo, es inherente a la democracia, donde se parte del principio que el poder reside en el pueblo y es este quien en definitiva ejerce las

funciones de gobierno bien directamente o bien a través de personas elegidas para ello.

Considerando esto, tenemos que observar integralmente el Capítulo III del Título IX de la Constitución, que inicia con el artículo 347 que dispone que “*El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario*”, siendo que, en ejercicio de dicho poder “*puede convocar a una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución*”, esto implica que es el pueblo quien puede convocar la ANC, es el pueblo quien decide si quiere transformar su Estado y su Constitución. Solo examinando esto es que podemos apreciar el artículo 348 ya expuesto.

Así, la iniciativa de convocatoria tiene que ejecutarse en atención al poder constituyente originario, es decir, el pueblo, por lo tanto, si se estimara que la “iniciativa de convocatoria” prevista en el artículo 348 supone una habilitación para que las autoridades allí indicadas puedan convocar una ANC unilateralmente, entonces el artículo 347 es letra muerta, puesto que, no es posible que en una República Democrática donde la soberanía la ejerce el pueblo, siendo reconocido como el poder constituyente originario, se acepte simultáneamente que el Presidente de la República puede convocar la ANC de manera unilateral sin la participación del constituyente originario, de nuevo, el pueblo.

Vale agregar que, si bien el Presidente de la República es elegido por el pueblo en ejercicio de su soberanía, el contenido del artículo 347 es bastante claro en afirmar que el constituyente originario es únicamente el pueblo, no hace mención a las autoridades electas por este, como tampoco hace referencia a ejercicio de soberanía indirecta. Es, por tanto, los ciudadanos venezolanos quienes deben manifestarse de forma directa respecto a su deseo de convocar una ANC.

Lo precedente se puede incluso apreciar en el Diario de Debates de la ANC de 1999 (convocada para modificar la Constitución de 1961), en sesión del 9 de noviembre de 1999, donde precisamente se discutió la figura de la ANC del nuevo texto constitucional, originalmente contenida en los artículos 390 al 393, en los que se indicaba expresamente un **referéndum de convocatoria**, presupuesto esencial para aprobar la “iniciativa de convocatoria”, en donde incluso, debían agregarse las “las bases para elegir la Asamblea Constituyente”. Ciertamente los artículos 392 y 393 no se encuentran en el vigente texto constitucional, pero fueron retirados por el simple hecho que se estimó innecesario normar esa evidente necesidad de consultar al constituyente originario.

Además, el artículo 70 de la CRBV expresamente contempla que son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político:

“...la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros...” (Subrayado añadido)

Por su parte, el artículo 71 *eiusdem* agrega que las materias de especial trascendencia nacional podrán ser sometidas a referendo consultivo por iniciativa del presidente de la República en Consejo de Ministros; por acuerdo de la Asamblea Nacional, aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; o a solicitud de un número no menor del diez por ciento de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

Esto nos lleva a afirmar que la “iniciativa de convocatoria” supone como punto de partida la consulta del constituyente originario para habilitar así su activación y desarrollo ulterior, es entonces, esa facultad prevista en el artículo 348, una propuesta que se presenta al pueblo para que éste determine si quiere refundar su Estado y texto constitucional.

B. La aprobación del presupuesto nacional 2018 por parte de la ANC

Para el estudio de la aprobación del presupuesto nacional 2018 por parte de la ANC, si bien es posible ratificar lo ya analizado previamente, esto es, que la aprobación del presupuesto es una atribución exclusiva del Parlamento y que la ANC surgió en contravención al marco constitucional y la soberanía popular, procederemos a examinar las actuaciones y argumentos empleados por los integrantes de la ANC, situación que requiere de un análisis previo de lo que son las competencias de ese órgano constituyente.

i. De las competencias de la ANC

Para delimitar cuáles son las competencias de la ANC primero debe recordarse que la CRBV sigue vigente. Partiendo de ese punto debemos entonces recordar sus principios fundamentales donde destaca el Principio de Supremacía Constitucional que establece que “*La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico...*”, (artículo 7).

La disposición citada es clara al sostener que la Constitución es el fundamento del orden jurídico de nuestro país lo que implica que toda actuación (ejecutiva, parlamentaria, judicial, social, política, etc.), debe desarrollarse en apego a la norma constitucional. La segunda parte del referido artículo reitera el

carácter supremo de la Constitución al señalar que “todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”.

Considerando lo expuesto, los mecanismos para la “Reforma Constitucional” previstos en el Título IX de nuestra Constitución tendrían que ejecutarse respetando la CRBV, por tanto, la convocatoria de una ANC tendría que respetar la norma suprema, lo que supone estimar que mientras la Constitución se encuentre vigente, todos los actos de la ANC deberán respetar ese Texto Fundamental.

No hay duda que de esto surge cierta paradoja, puesto que, se puede afirmar que la ANC debe circunscribirse a la norma suprema, pero su objetivo será modificar esa norma (ciertamente el poder constituyente surge para oponerse al poder constituido). En cierto modo sería estimar que la ANC debe cumplir la Constitución para poder transformarla. Y en efecto es así, porque en el ejercicio de su función constituyente se debe seguir el orden jurídico preexistente, por cuanto, la ANC no puede estimarse como un órgano ajeno al Estado de Derecho concebido, suponer lo contrario implicaría habilitar a los integrantes de la ANC para cometer cualquier clase de atrocidad o acto antijurídico, por tanto, la única forma de mantener el Estado de Derecho y la Democracia ante la convocatoria y desarrollo de una ANC es ratificando a la Constitución vigente como la norma suprema⁵³.

Ahora, todo esto queda en una rotunda incertidumbre cuando se observa el artículo 349 de la Constitución que nos indica que “Los poderes constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Constituyente.”, ¿significa esto que la ANC no está sujeta -por ejemplo- a control de constitucionalidad?, pues pareciera que si “los poderes” no pueden impedir sus decisiones, entonces, al menos como apreciación inicial, no cabría el control de constitucionalidad, puesto que ello supondría la posibilidad de que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (un poder constituido) anulara o suspendiera los efectos de alguna decisión de la ANC, sin embargo, esto debe ser examinado con detalle puesto que llegar a esa posición de *injusticiabilidad* o inmunidad de control total, nos dejaría en un punto donde pudiera estimarse que la ANC debe cumplir con la Constitución pero en caso que no lo haga no habría manera de someterla a ella. Es obvio que esto luce como un sinsentido o al menos una contradicción entre nuestras normas constitucionales, pero ello podría aclararse, hasta cierto punto, si delimitamos cuáles son las “decisiones” que la ANC puede emitir de conformidad con los 3 artículos que regulan su existencia.

⁵³ Esto sirve igualmente para argumentar la inconstitucionalidad de la ANC de 1999 ya que ello no tenía cabida en el orden jurídico preexistente.

Reiterando que la ANC es un órgano de surgimiento extraordinario y reafirmando que la misma debe subordinarse a la Constitución vigente, cabe observar cuáles son sus competencias. Para ello debemos observar una vez más los artículos 347 al 349 de la CRBV. Así, cuando vemos el artículo 347 tenemos que se indica no solo que el pueblo es el constituyente originario (como ya analizamos), sino que además nos indica el objeto de la convocatoria, esto es (i) transformar el Estado, (ii) crear un nuevo ordenamiento jurídico y (iii) redactar una nueva Constitución. En cierto modo, esos tres objetivos se resumen en la redacción de una nueva Constitución ya que de ella se derivarán los otros dos, es decir, la transformación del Estado se logrará en la medida que esa nueva constitución sea aprobada y consecuentemente, al haberse aprobado una nueva constitución, pues todo el orden jurídico podrá verse modificado en el futuro, bien porque las nuevas normas deberán dictarse conforme al principio de supremacía constitucional⁵⁴, bien porque pudiera surgir en ciertos casos la inconstitucionalidad sobrevenida de algunas normas en la medida que contradigan ese nuevo texto.

La creación del nuevo orden jurídico indicado en el artículo 347 no puede suponer la posibilidad de dictar leyes, por cuanto, al someterse la ANC al texto constitucional vigente, debe entonces observar el artículo 202 de la CRBV que expresamente dispone que la ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador, es decir, las leyes las dicta el Poder Legislativo, siendo una atribución reiterada en diversas normas constitucionales. Esto deberá sostenerse durante el proceso constituyente, puesto que, como hemos ya señalado, la ANC está obligada a respetar la Constitución vigente de conformidad con el artículo 7 de la CRBV. En definitiva, ese nuevo orden jurídico proviene de la creación de una nueva constitución que deberá ser aprobada por los ciudadanos mediante referéndum.

Lo expuesto nos llevaría a concluir que la única competencia de la ANC es la preparación, redacción y presentación al soberano de un nuevo proyecto de constitución. Tenemos entonces un órgano extraordinario unicompetencial, cuya existencia jurídica se reduce a su convocatoria por el pueblo y a su decisión respecto al proyecto constitucional propuesto.

Si se concuerda con lo antes indicado podemos suponer que las “decisiones” inobjetables o incontrolables por los otros poderes previstas en el artículo 349 se refieren únicamente a ese proceso de formación y emisión del proyecto constitucional, es decir, solo esas actuaciones o decisiones de la ANC

⁵⁴ Aunque la nueva Constitución no lo establezca de todos modos debe entenderse que esa nueva constitución es una norma suprema y por tanto la base de las normas que de su ejecución emanan, de lo contrario no sería entonces una norma constitucional.

gozan de *injusticiabilidad*⁵⁵ o inmunidad de control. Por otra parte, si la ANC pretende salir de esa estricta facultad de presentar un nuevo proyecto constitucional, forzosamente hay que sostener que sí cabe el control de constitucionalidad, ya que ello no podría ser entendido como una de las “decisiones” que no pueden ser objetadas por los poderes constituidos. De hecho, al extralimitarse de su ámbito unicompetencial, ese acto o decisión de la ANC sería claramente inconstitucional por el solo hecho de no respetar el Principio de Competencia y el Principio de Legalidad⁵⁶.

El detalle es que esas “decisiones” de la ANC, aun cuando se circunscriban a su competencia, pudieran ser ejecutadas en contravención de ciertos principios fundamentales o simplemente inobservar reglas y derechos constitucionales. De allí que, aun en el entendido que se traten de “decisiones” dentro del referido privilegio de *injusticiabilidad*, debería garantizarse la posibilidad de control de constitucionalidad y tutela de derechos. Por ejemplo, qué ocurre si el desarrollo del proceso constituyente pretende ser llevado desde una óptica ideológica y excluyente. Estaríamos claramente ante un proceso constituyente antidemocrático y contrario a los Principios Fundamentales de la Constitución vigente. Esto lógicamente debería admitir control de los poderes constituidos.

Lo expuesto luce insignificante cuando observamos que el 18 de agosto de 2017 los miembros de la ANC aprobaron por unanimidad un decreto en el que asumieron unilateralmente las competencias del Parlamento Nacional, argumentándose que la Asamblea Nacional no quiso asistir a la sesión ordinaria de la ANC pautada para ese mismo día, decretando lo siguiente:

“...decreta: Asumir las competencias para legislar sobre las materias dirigidas directamente a garantizar la preservación de la paz, la seguridad, la soberanía, el sistema socioeconómico y financiero, los fines del Estado y la preeminencia de los derechos de los venezolanos, así como para dictar actos parlamentarios en forma de ley vinculados con las referidas materias conforme al mandato del artículo 349 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y las normas para garantizar el pleno funcionamiento institucional de la Asamblea Nacional Constituyente en concordancia con la declaración de supraconstitucionalidad de las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente en sentencia del Poder Judicial del año 1999”.

Vemos que la ANC no solo se *autoatribuyó* una función legislativa que le corresponde constitucionalmente a otro órgano, sino que, además, le otorga un alcance completamente diferente a las normas 347, 348 y 349 de la Constitución,

⁵⁵ Se propone como conclusión pero debemos ser sumamente críticos y rechazar la posibilidad de que existan órganos capaces de afectar el mundo jurídico que gocen del privilegio de injusticiabilidad, por tratarse de un escenario sumamente peligroso para la democracia.

⁵⁶ Ver artículo 137 de la CRBV.

ya que cataloga las normas de su funcionamiento como “supraconstitucionales”. Esto nos pudiera llevar a pensar que un acto de la ANC siempre estará por encima de la Constitución, por lo tanto, no puede violar sus normas ya que para ese órgano extraordinario y unicompetencial, la Constitución no sería la norma suprema sino que la norma suprema será toda aquella que provenga de la ANC. Un decreto como este debería, sin duda, estar sujeto a anulación por parte de los poderes constituidos.

ii. La aprobación del presupuesto para el año 2018

En Gaceta Oficial N° 41.293 del 5 de diciembre de 2017, fue aprobado por la ANC (2017) el presupuesto de la nación para el año 2018 por un monto que asciende a 36,1 billones 102 mil 59 millones de bolívares, a través de la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Económico Financiero 2018 y la Ley Especial de Endeudamiento Anual y el Plan Operativo Anual del mismo año.

Valiéndose de los actos ya estudiados en el presente trabajo y reiterando que en su “función constituyente” la ANC (2017) es supraconstitucional, se procedió a aprobar por segundo año el presupuesto de la nación al margen del control parlamentario.

Estimando lo suscitado, podemos sostener que esta ley de presupuesto 2018 se trata de un acto ya analizado indirectamente en este trabajo, en primer lugar la ANC (2017) surgió inconstitucionalmente, por tanto, cualquier acto que dicte es nulo de nulidad absoluta puesto que se dictaría en contravención a la Carta Magna; segundo, el presupuesto nacional es de estricta reserva legal y debe ser sometido por mandato constitucional a la aprobación del Parlamento, por lo tanto, siendo un órgano constitucional y pilar esencial de la República, sus atribuciones constitucionales no pueden ser usurpadas por ningún otro órgano del Poder Público; tercero, aun en el supuesto que una ANC surgiera dentro de los parámetros de soberanía popular exigidos por la CRBV, se trataría de un órgano unicompetencial, solo podría limitarse a preparar y presentar un nuevo proyecto de constitución para su ulterior aprobación, por tanto, no cabe la usurpación de las funciones legislativas del Parlamento, como sería la emisión de leyes o aprobaciones que corresponden a otros órganos del Poder Público constituido.

VI. Conclusiones

De este modo, luego de que hemos examinado los principios y valores republicanos, queda reconocida la necesidad de la función legislativa como mecanismo de representación popular para poder garantizar la existencia material de una República. De esta forma, y mediante esa representación legislativa es posible garantizar la soberanía popular y acercar al Estado a la democracia. Es precisamente por ello que nuestro Texto Constitucional prevé que Venezuela es

una República y un Estado Democrático de Derecho, incorporando expresamente el Principio de Supremacía Constitucional, el Principio de Separación de Poderes y el Principio de Legalidad -entre otros-, para forzar la materialización de los valores democráticos y reconocer así las libertades de los individuos.

El control de constitucionalidad no puede conllevar a la inobservancia de resultados electorales, ni la autonomía de la Asamblea Nacional en su constitución y funcionamiento, como tampoco puede generar obstáculos en la participación ciudadana en las funciones parlamentarias o demás actos en los que se admita su contribución o intervención. Así, con la suspensión de las funciones del Parlamento mediante la declaración de desacato, los ciudadanos de Venezuela han visto denegada su soberanía popular en la formación de leyes, control de asuntos financieros, políticos y parlamentarios, por cuanto, las decisiones de la Sala Constitucional han invalidado a futuro todo lo que ese Órgano Legislativo realice mientras esa Sala considere que existe un desacato.

El acto de aprobación del presupuesto anual es de innegable naturaleza legal, resultando inviable su aprobación bien por decreto con rango valor y fuerza de ley, como por sentencia de la SC del TSJ, no solo porque ello conllevaría a la usurpación de las funciones del Parlamento Nacional, sino que además se trata de una facultad que la CRBV expresamente ha otorgado al Parlamento, por tanto, sea su aprobación como su ulterior control no pueden ser desempeñadas sino por el órgano competente.

Lo suscitado en las sentencias de la SC supone una trasgresión a la Supremacía de nuestra Constitución (artículo 7 de la CRBV), al Principio de Separación de Poderes (artículo 136), al Principio de Legalidad (artículo 137), a las competencias de la Asamblea Nacional (artículos 187, 311 y siguientes), pero en especial, ha denegado el ejercicio de la soberanía popular (artículo 5), fulminando la democracia representativa y los valores republicanos de Venezuela.

Finalmente, la convocatoria unilateral de la ANC sin consulta popular, sus excluyentes y antidemocráticas bases comiciales y en definitiva la usurpación de competencias que ese órgano extraordinario y de surgimiento inconstitucional han venido desarrollando desde el año 2017 en Venezuela, fue el último golpe a la moribunda República de Venezuela, donde a través de la manipulación de la figura de la ley y la justicia se está perpetrando en este momento la transformación de un estado conforme a las necesidades de un pequeño grupo de personas que ejerce el poder.

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (primera parte)¹

Andrés Álvarez Irigarroy

Sumario

- I. Introducción
- II. Fundamento jurídico del nuevo Decreto-Ley. Su entrada en vigencia. Su reimpresión por “fallas en los originales”. ¿Nueva Ley o reforma parcial?
- III. Normas tomadas de la antigua Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras
- IV. Disposiciones modificadas

I. Introducción

Con fecha 19-11-2014 se publicó en la GORBV N° 6.154-E, el *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de la Ley de Instituciones del Sector Bancario*, que para nuestra sorpresa, no se plantea como una reforma parcial, sino como una nueva ley reguladora de la actividad bancaria, por lo que el objeto primordial de nuestro estudio radica en determinar la extensión de las supuestas innovaciones de la actual Ley. Sin embargo, pronto se constata que aún cuando son bastante numerosas las modificaciones hechas al texto de la Ley de 2011, el nuevo texto no prescindió totalmente de la estructura y contenido de este, y en muchos casos, no se trata de verdaderas innovaciones, sino normas que fueron tomadas de la antigua Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras o normas sublegales dictadas por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario o por el Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios, que fueron elevadas a la categoría de normas de rango legal.

¹ El presente trabajo tuvo una primera versión en el último trimestre de 2015. Mientras se hicieron las gestiones para lograr su publicación, fue revisado para evitar su desactualización.

En el presente trabajo se utilizan las siguientes abreviaturas: BCV = Banco Central de Venezuela; E = Número (de Gaceta Oficial) Extraordinario; FOGADE = Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios, antes Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria; GORBV = Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela; GORV = Gaceta Oficial de la República de Venezuela (hasta 1999); LISB = Ley de Instituciones del Sector Bancario; SC = Sala Constitucional; SCS = Sala de Casación Social; SPA = Sala Político-Administrativa; SUDEBAN = Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (antes Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras); TSJ = Tribunal Supremo de Justicia.

El referido Decreto-Ley es publicado, junto con otros Decretos-Leyes, el último día de vigencia de la ley habilitante, Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor, Fuerza de Ley en las Materias que se delegan (GORBV N° 6.112-E del 19-11-2014), de conformidad con lo previsto en su artículo 3, con lo que se hace patente la forma improvisada como se sanciona en nuestro país la legislación delegada dictada al amparo de una ley habilitante. Solamente entre el 17 y el 19-11-2014, se imprimieron diez (10) Gacetas Oficiales Extraordinarias contentivas de unos cuarenta y cinco (45) Decretos-Leyes. Unas pocas leyes fueron sancionadas al poco tiempo de publicada la Ley Habilitante, como fue el caso del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, publicado en la GORBV N° 40.340 del 23-1-2014, y sin embargo, luego de casi diez (10) meses de vigencia, fue reformada por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, publicado en la GORBV N° 6.156-E del 19-11-2014, y este último, a su vez, fue sustituido casi un (1) año después, por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos (GORBV N° 6.202-E del 8-11-2015; corrección por error material: GORBV N° 40.787 del 12-11-2015).

Como era de esperarse, la capacidad de impresión del Servicio Autónomo Imprenta Nacional y Gaceta Oficial debió colapsar, con lo que la Gaceta Oficial contentiva del *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de la Ley de Instituciones del Sector Bancario* no circuló en la fecha de supuesta publicación sino trece (13) días después, el dos (2) de diciembre de 2014, creando evidentemente una situación de inseguridad jurídica. Para más improvisación y desconocimiento de la realidad, el legislador ni siquiera prevé este tipo de incidencias, como la circulación tardía de la Gaceta Oficial en relación con su fecha de publicación, y establece sin más, que la ley entrará en vigencia con su publicación en Gaceta Oficial.

Por si no hubiera sido suficientemente grave tal situación de precariedad y zozobra jurídica, y ya concluido el lapso para legislar en forma delegada, el 8 de diciembre de 2014, surge una reimpresión por supuestas "*fallas en los originales*", que no fue otra cosa que una corrección de un error material insignificante, lo cual aparte de no estar permitido por la Ley de Publicaciones Oficiales, ya el Ejecutivo Nacional había perdido competencia para hacer cualquier modificación y además no era el único error y falla de forma existente en la ley como veremos en el desarrollo del presente estudio, por lo que en el fondo, terminó siendo una reimpresión inútil, siendo necesario más bien que la Asamblea Nacional interviniera a fin de corregir al menos, las fallas de forma de la nueva Ley. Ello sin contar, fallas de fondo y posibles colisiones con otras leyes como el *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Trabajadores y Trabajadoras de la*

Administración Pública Nacional, Estadal y Municipal y el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.

Entrando de lleno al texto del nuevo *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de la Ley de Instituciones del Sector Bancario*, nos corresponde analizar el alcance de esta reforma, que la propia estructura de la ley plantea con una reforma total o nueva ley, pues no hay anuncio alguno de modificaciones parciales, y es que estimamos que la nueva ley modifica más del cincuenta por ciento (50%) de las disposiciones de la ley anterior, por lo que quizás etiquetar este cambio como una mera reforma parcial hubiese sido insuficiente, pero al mismo tiempo, la estructura y contenido de buena parte de la ley anterior se mantiene en pie.

Como ya lo señalamos con anterioridad, buena parte de los cambios no constituyen verdaderas “*innovaciones*”. Se trata de normas que existían en las últimas leyes que regulaban la materia, que llevaban el nombre de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, y fue necesaria su reincorporación al nuevo texto legal. Así, por ejemplo, el trato diferenciado a los *operadores cambiarios fronterizos* en cuanto al número de accionistas, pues asimilarlos a otras instituciones financieras casi supuso su desaparición al no poder cumplir con los mismos requisitos exigidos a estas; o la necesidad de incluir a los institutos de crédito municipal dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Instituciones del Sector Bancario. En otros casos, se corrigen desaciertos de la ley anterior, tales como la necesidad de la consulta pública para la elección del auditor interno de la institución financiera, o la tipificación como delito, de faltas graves del Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario o del Presidente del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios, que constituían por lo general, conductas omisivas. Pero en otros casos, aparte de no corregirse fallas de forma, se “*crearon*” nuevas fallas y además se perdió la oportunidad para corregir fallas de importancia tales, como el solapamiento de competencias entre el Presidente de la República y el Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario (artículo 8°), así como el alcance de la condición de “*servicio público*” de la actividad bancaria (prevista en el mismo artículo 8°).

Hay también algunas normas que la nueva Ley toma de otros textos legislativos, como son la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional, la Ley Orgánica de Comunas y la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo: en el primer caso, se recoge lo relativo a la prohibición expresa -que admite excepciones- de la existencia de los “*grupos financieros*” que venían siendo regulados por la legislación bancaria desde la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras de 1993. En el segundo caso, se recoge la excepción en cuanto a la aplicación de la Ley del Instituciones del Sector Bancario a los bancos creados conforme a la legislación comunal, lo cual

obedece a criterios de tipo político e ideológico y no de tipo técnico y jurídico. Igual comentario podemos hacer en relación con la exclusión del Banco de la Mujer, que terminó siendo inútil dado que este se fusionó con otros bancos; otra manifestación de improvisación legislativa. Afortunadamente, se sometió, en cambio, al Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH) al ámbito de aplicación de la ley bancaria. En el tercer caso, se recoge el cambio de adscripción de la Unidad Nacional de Inteligencia Financiera (UNIF), que hasta el presente, no se ha puesto en ejecución. También hay normas de rango sublegal que han sido incorporadas a esta nueva Ley como son las “Normas que establecen los lineamientos y requisitos que deben consignar las Asambleas de Accionistas de las Instituciones Bancarias, Casas de Cambio y Operadores Cambiarios Fronterizos” y las “Normas para la liquidación de instituciones del sector público y personas jurídicas vinculadas”.

Básicamente, una de las innovaciones más importantes de la Ley, aunque no deja de ser polémica, es la relativa a los principios que rigen la actividad de la banca pública, y que por lo general se manifiestan como excepciones a principios aplicables al funcionamiento y la actividad de la banca privada, con lo que se descarta la posibilidad de dictar una ley especial para la banca pública, lo cual estaba planteado en la ley anterior. Otra es la relativa a la redefinición de las funciones del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional (OSFIN).

Un último punto al que queremos hacer referencia especial, producto de nuestra actividad y experiencia profesional, es el relativo a la condición de los interventores de instituciones financieras y empresas vinculadas o relaciones desde el punto de vista de la función pública, así como nuestra opinión sobre el particular.

Lamentablemente, y a pesar de la cantidad de modificaciones que tuvieron lugar en esta oportunidad, la nueva Ley de Instituciones del Sector Bancario adolece de muchas fallas de forma y fondo, será necesario esperar hasta una nueva reforma, o incluso una nueva Ley. Sirva el presente estudio, como una modesta contribución para el momento en que tenga lugar la reforma o la elaboración de un nuevo texto legislativo en esta materia.

II. Fundamento jurídico del nuevo Decreto-Ley. Su entrada en vigencia. Su reimpresión por “fallas en los originales”. ¿Nueva Ley o reforma parcial?

Mediante Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor, Fuerza de Ley en las Materias que se delegan (GORBV N° 6.112-E del 19-11-2013), se delega al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, la potestad de “dictar y/o reformar las normas y/o medidas destinadas a planificar, racionalizar y regular la economía (...)” y

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (primera parte)

“Regular lo concerniente al uso de las solicitudes de divisas a objeto de evitar el uso contrario para el fin solicitado” (artículo 1º, numeral 2, literales “c” y “e”). Es con este fundamento que se dicta el Decreto-Ley in commento, que en lo sucesivo, denominaremos LISB.

La LISB fue dictada mediante Decreto N° 1402 del 13-11-2014, publicado en la GORBV N° 6.154-E del 19-11-2014. Sin embargo, tal como lo constatamos personalmente y lo acotaron además algunos medios impresos², la referida Gaceta no entró en circulación sino a partir del 2-12-2014, es decir, trece (13) días después de la fecha de su publicación, y a pesar de que la nueva Ley: a) Debía entrar en vigencia a partir de su fecha de su publicación en la GORBV (*Disposición Final Tercera*) ; b) Deroga la Ley anterior, publicada en la GORBV N° 39.627 del 2-3-2011 (*Disposición Derogatoria Tercera*) ; c) Obliga a las instituciones del sector bancario autorizadas por SUDEBAN a someter a su consideración un plan de ajuste que deberá ser presentado “dentro de los treinta (30) días continuos”, *contados a partir de su publicación en la GORBV (Disposición Transitoria Segunda)*³.

A los pocos días de publicada la LISB, luego de la larga espera, surge una reimpresión de esta, “por fallas en los originales”, esta vez publicada en la GORBV N° 40.557 del 8-12-2014. Sin embargo, no se indicó al inicio de la reimpresión, en qué consistió la supuesta falla⁴; dicha reimpresión, sin embargo,

² Véase al respecto, entre otros:

a) El artículo del diario “Últimas Noticias” del 2-12-2014, titulado: “Publican en Gaceta la Ley de Instituciones del Sector Bancario”;

b) El artículo del Profesor JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G., ¿Cuáles son los 8 cambios más importantes en la nueva Ley de Instituciones del Sector Bancario?, incluido en su “blog” en la página prodavinci.com:

<http://prodavinci.com/blogs/cuales-son-los-8-cambios-mas-importantes-en-la-nueva-ley-de-instituciones-del-sector-bancario-por-jose-i-herandez/>

Comentarios sobre la nueva LISB puede verse igualmente en la página web de las firmas Deloitte y Travieso, Evans, Hughes, Arria y Paz:

[http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ve/Documents/legal/ve-legal-](http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ve/Documents/legal/ve-legal-leyinstitucionessectorbancario-noexp.pdf)

[leyinstitucionessectorbancario-noexp.pdf](http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ve/Documents/legal/ve-legal-leyinstitucionessectorbancario-noexp.pdf)

<http://www.traviesoevans.com/t&e.php?t=ley-de-instituciones-del-sector-bancario-29-12-2014>

Más recientemente, apareció un artículo del Profesor RAFAEL BADELL MADRID: “Consideraciones sobre la Ley de Instituciones del Sector Bancario”, *Revista de Derecho Público* N° 140, oct.-dic. 2014, Estudios sobre los Decretos-Leyes 2014, pp. 282-291.

³ Ya hace varios años se presentó una situación similar con la publicación de un *Reglamento del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional de los Estados y de los Municipios* (GORV N° 3.680-E del 3-1-1986), que según cuenta la Profesora y exMagistrada HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ (“*Régimen Jurídico de la Carrera Administrativa*”, Caracas, EJV, 1986, p. I), “solo circuló a finales de enero de 1986, como clara manifestación de inseguridad jurídica”, afirmación esta última que puede aplicarse perfectamente a la circulación tardía de la Gaceta Oficial contentiva de la nueva LISB.

⁴ Resulta que las supuestas “fallas en los originales” consistieron en un error en la sucesión de los numerales del artículo 171 de la actual LISB publicada en la GORBV N° 6.154-E del 19-11-2014,

relativo a las *Atribuciones* de SUDEBAN: 1, 2, 3, 3, 5 (...), aun cuando la atribución del “segundo” numeral 3 era distinta. Con la reimpresión “*por falla en los originales*” se pretendió corregir ese error, por lo que en la reimpresión de la LISB en la GORBV N° 40.557 del 8-12-2014, los numerales del artículo 171 aparecen como 1, 2, 3, 4, 5.

Afortunadamente la supuesta falla no pasó de ese *error material* que en todo caso, no afectó al texto de ninguna norma. Sin embargo, dado que no se explicó en la GORBV N° 40.557 del 8-12-2014 en qué consistía la referida falla, por más “*insignificante*” que fuera, es pertinente señalar que el tema de la corrección de textos legales por “*errores materiales*” o “*fallas en los originales*” empieza a ser motivo de preocupación en nuestra doctrina patria. Sobre el particular, el Profesor ALLAN BREWER-CARIÁS (“*Autoritarismo e inseguridad jurídica en Venezuela. O sobre la irregular forma utilizada para “reformular” la Constitución y las leyes*”, en RAFAEL VALIM, JOSE ROBERTO PIMENTA OLIVEIRA y AUGUSTO NEVES DAL POZZO [Coords.], “*Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo*”, Editora Fórum, São Paulo, 2013) ha expresado lo siguiente:

“La Ley de Publicaciones Oficiales (...) ha regulado expresamente el tema de la posibilidad de republicaciones de las leyes por errores materiales al indicar que:

Artículo 4º.- Cuando haya evidente discrepancia entre el original y la impresión de una ley, se la volverá a publicar corregida en la Gaceta Oficial; pero entonces deberá acompañar a dicha publicación un Aviso Oficial firmado por el Ministro a cuyo ramo corresponda la materia de la Ley indicando en que consistió el error de la publicación primitiva. En este caso, la Ley se tendrá por promulgada desde su primera publicación, pero no podrá darse efecto retroactivo a la corrección.

Por supuesto se trata de una norma tendiente a asegurar la certeza en cuanto al texto de las leyes que ha sido sancionado, de manera que en caso de que se adviertan ‘discrepancias entre el original y la impresión de la ley’ pueda efectuarse la republicación o reimpresión, corrigiéndose el error material.

En los últimos años, la técnica excepcional, de republicar textos legales por errores materiales de transcripción puede decirse que se ha multiplicado, contradictoriamente en la misma proporción cómo ha progresado la digitalización de los textos legales e incluso mediante su escaneo de los mismos, lo que hace que sea casi imposible que haya efectivamente ‘errores de transcripción’ o entre el texto original y el impreso. Así, una técnica de corrección de errores materiales en la publicación de textos legislativos que podía haber tener justificación en la época del linotipo y de las correcciones de prueba de imprenta, por los errores de transcripción que se originaban en el copiado de textos mediante medios mecánicos, y que sin embargo, décadas atrás era de uso escaso; se ha convertido en una técnica de uso casi cotidiano en la Gaceta Oficial, precisamente cuando ya no hay transcripción mecánica de textos, sino escaneo de los mismos, lo que hace que las copias sean más precisas y apegadas a los originales y haya menos posibilidades de ‘errores de tipeo o transcripción’”.

El referido trabajo está disponible en el siguiente enlace:

<http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2013/08/775.-752-Brewer.-Autoritarismo-e-inseguridad-jur%C3%ADDica-en-Venezuela-Libro-Valin-2011.pdf>

Por su parte, la Profesora MARÍA AMPARO GRAU, en un artículo titulado “*Error material*”, aparecido en la edición del diario “*El Nacional*” del 3-12-2014, expresó lo siguiente:

“En derecho, el error material se define como una equivocación numérica o gramatical contenida en un acto, para cuya corrección no es necesaria ningún razonamiento o juicio de valor, por lo cual se permite hacerla mediante un nuevo acto sin procedimiento alguno. Este nuevo acto sustituye al original en su texto, pero se mantienen los efectos en el tiempo desde la primera vez que fue publicado, ello porque nada de fondo se ha cambiado. El error material es, por tanto, eso, un defecto ostensible que amerita corrección, para lo cual no se requiere ningún tipo de labor de interpretación ni de hermenéutica jurídica. Para los actos administrativos, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos dispone que la administración podrá en cualquier tiempo corregir errores materiales o de cálculo.

no afecta la vigencia original de la Ley, además de que la corrección no tiene efecto retroactivo, según lo previsto en el artículo 4 de la *Ley de Publicaciones Oficiales* (Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 20546 del 22-7-1941).

Si bien la LISB actualmente vigente tiene como punto de partida la original Ley del mismo nombre, publicada en la GORBV N° 6.015 Extraordinaria del 28-12-2010 y parcialmente reformada mediante Decreto-Ley N° 8.079 del 1-3-2011, publicado en la GORBV N° 39.627 del 2-3-2011, fue concebida como una nueva ley y en nuestro criterio debe considerarse efectivamente como tal, dado que -sin contar aquellas normas en las que solo se sustituye la mención de la “Ley” por la de “Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley”⁵, se colocan plazos no solo en letras (como ya lo hacía la anterior LISB) sino también en números, se corre el número de los artículos a los que remiten ciertas normas, se fusionan párrafos dentro de un mismo artículo de la ley, o se hacen cambios de redacción sin mayor trascendencia- fueron afectados unos ciento cuarenta (140) artículos entre normas modificadas y eliminadas, y se incorporaron unas veinticinco (25) normas totalmente nuevas, tanto artículos como disposiciones derogatorias, transitorias y finales, lo cual no es poca cosa tomando en consideración que la LISB derogada constaba de doscientos setenta y un (271) artículos, dos (2) disposiciones derogatorias, dieciocho (18) disposiciones

Respecto de la ley, el tema es un poco distinto, la Ley de Publicaciones Oficiales establece que la misma podrá corregirse y volverse a publicar cuando haya evidente discrepancia entre el original y la impresión. Obsérvese que no se trata siquiera de la posibilidad de corregir errores materiales, sino de remendar las discrepancias entre el texto original y el que resulte impreso, para lo cual la ley exige que se acompañe a la nueva publicación “...un Aviso Oficial firmado por el Ministro a cuyo ramo corresponda la materia de la Ley indicando en qué consistió el error de la publicación primitiva (artículo 4)”. Precisa esa norma que la Ley se tendrá por promulgada desde su primera publicación, pero no podrá darse efecto retroactivo a la corrección.

En síntesis, que la técnica de corrección por error material en ningún caso implica la posibilidad de hacer adiciones o cambios de fondo al acto original, y en el supuesto de la ley, ni siquiera es posible enmendar errores del texto que se ha mandado a imprimir.

Pues bien, el uso indebido de la técnica de corrección de errores materiales se une a la malsana práctica de anunciar en la Gaceta Oficial Ordinaria del último día del plazo de la Habilitante, 49 decretos leyes que hasta el día de hoy siguen apareciendo, muchos días después de vencido el mismo, burlándose el límite temporal y haciéndolas todas ellas inconstitucionales”.

La Profesora GRAU señala igualmente que con las reimpressiones por supuestas “fallas en los originales” a la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos y la Ley Antimonopolio (GORBV N° 40549 del 26-11-2014 ; por error se citó en el artículo *in commento* la GO del día anterior) se hicieron reformas a dichas leyes, a pesar de que el plazo de doce meses conferido al Presidente de la República por el artículo 3 de la Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor, Fuerza de Ley en las Materias que se delegan de 2013 había ya expirado.

⁵ Se llegó incluso al extremo de sustituir una referencia genérica a “las leyes” por “los Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley” (véase artículo 260, numeral 2 de la actual LISB correlativo del artículo 263, numeral 2 de la anterior LISB).

transitorias y dos (2) disposiciones finales⁶. En muchos casos, sin embargo, no hubo una verdadera innovación, por cuanto se retomaron algunas disposiciones contenidas en la última LGBOIF (GORBV N° 39.491 del 19-8-2010) y algunas, incluso, de la LGBOIF de 2008 (GORBV N° 5.892-E del 31-7-2008). A continuación haremos una exposición de las normas tomadas de la derogada LGBOIF, las totalmente nuevas, las suprimidas y las modificaciones de las normas de la anterior LISB. Posteriormente, nos referiremos a algunos puntos en particular, como son la supresión, transferencia o asunción de competencias del órgano superior del sistema financiero nacional (OSFIN); el tratamiento especial a la banca pública en la nueva LISB y el “*rescate*” de la exclusión de la condición de funcionarios públicos de los administradores y miembros de las juntas administradoras de las instituciones bancarias.

III. Normas tomadas de la antigua Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras

Se somete nuevamente de manera expresa a los *institutos municipales de crédito* al ámbito de aplicación de la LISB, en cuanto a su funcionamiento, supervisión, control, regulación, vigilancia y sanción; a la normativa prudencial de SUDEBAN y a las normas del BCV sobre encaje y tasas de interés, pero se rigen por la ordenanza municipal en cuanto a su administración (artículo 3°, aparte tercero). En realidad, se trata de una norma tomada del artículo 5° de la última LGBOIF⁷.

Se excluye del sector bancario a las personas naturales y jurídicas que se dediquen regular o habitualmente al otorgamiento de créditos, o a efectuar descuentos o inversiones con sus propios fondos, pero quedan sujetos a algunas previsiones especiales (artículo 7°, aparte primero al tercero). Se trata de una previsión existente en el último artículo 4 de la última LGBOIF.

Se prevé que también las *personas jurídicas* (la anterior LISB solo hablaba de *personas naturales*) pueden ser *promotores* (llamados *organizadores* en la anterior LISB) de una institución del sector bancario (artículo 9°, aparte primero),

⁶ La LISB vigente consta de doscientos setenta y cuatro (273) artículos, cuatro (4) disposiciones derogatorias, ocho (8) disposiciones transitorias y tres (3) disposiciones finales.

Nuestra opinión contrasta en tal sentido con la del Profesor JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ (*¿Cuáles son los 8 cambios más importantes en la nueva Ley de Instituciones del Sector Bancario?*, o.c.), quien señala que “*al leer detenidamente el texto del nuevo decreto puede apreciarse que en realidad se hicieron pocos cambios a la Ley derogada*”.

⁷ Incluso puede recordarse el hecho de que mediante Resolución del antiguo Ministerio de Hacienda N° 2067 del 22-1-1993 (GORV N° 35.138 del 25-1-1993) fue intervenido el Instituto Municipal de Crédito Popular, adscrito a la Alcaldía del Municipio Libertador del extinto Distrito Federal. Sin embargo, dicha medida fue revocada por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras mediante Resolución N° 086-94 del 29-7-1994 (GORV N° 35.516 del 3-8-1994).

posibilidad que ya estaba contemplada en el artículo 7, aparte primero, numeral 2. Paralelamente, el artículo 18 es denominado “*Promoción y funcionamiento*” en lugar de “*Organización y Funcionamiento*” y se sustituye el vocablo *organizadores* por el de *promotores* en otras normas (artículo 19). La LGBOIF hablaba también de *promoción y promotores* (Título I, Capítulo II, artículo 7 y siguientes).

Se excluye a los *operadores cambiarios fronterizos* de la exigencia de que sus acciones sean nominativas, de una misma clase y no convertibles al portador (artículos 9º, encabezamiento y aparte quinto)⁸. La última LGBOIF preveía para los *operadores cambiarios fronterizos* unos requisitos para la autorización de funcionamiento (artículo 155) distinto de los requisitos exigidos a los *bancos, entidades de ahorro y préstamo, demás instituciones financieras y casas de cambio* (artículo 11); entre estos últimos requisitos figuraba aquél según el cual las acciones debían ser *nominativas y no convertibles al portador* (numeral 1 del referido artículo 11). Este tratamiento diferenciado se suprimió con la primera LISB de 2010 (GORBV N° 6015-E del 28-12-2010), y permaneció intacto con la reforma de 2011, por lo que también las acciones de los *operadores cambiarios fronterizos* debían ser *nominativas* (artículo 36).

Se excluye expresamente a los *operadores cambiarios fronterizos*, del requisito exigido a las instituciones bancarias y no bancarias, de tener un mínimo de diez (10) accionistas (artículos 9º, encabezamiento y aparte quinto y 35, aparte cuarto), con lo cual se vuelve al régimen diferenciado previsto en la extinta LGBOIF⁹.

⁸ De manera inelegante, el artículo 35, encabezamiento de la misma LISB parece contradecir la exclusión del artículo 9º, aparte quinto, cuando señala que “*Las acciones de una institución bancaria, casa de cambio y demás sujetos sometidos a la supervisión de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario deberán ser nominativas, de una misma clase y no convertibles al portador*” (subrayado nuestro). Entre los “*demás sujetos*” están los *operadores cambiarios fronterizos*. Sin embargo, no habría contradicción si se parte del hecho de que el encabezamiento del artículo 35 de la actual LISB suprimió la mención expresa que hacía su correlativo, el artículo 36, encabezamiento de la anterior LISB, de los *operadores cambiarios fronterizos*.

⁹ En realidad, la última LGBOIF hacía dicha exigencia a los *bancos, entidades de ahorro y préstamo, demás instituciones financieras y casas de cambio* (artículo 11, numeral 2), por lo que debía entenderse que los *operadores cambiarios fronterizos* estaban excluidos de la obligación de tener más de diez (10) accionistas.

La redacción del artículo 35, aparte cuarto no resulta feliz cuando señala que “*La institución bancaria, sociedades de garantías recíprocas, fondos nacionales de garantías recíprocas, sociedades y fondos de capital de riesgo y casas de cambio, organizadas como sociedades anónimas deben estar en todo momento constituidas por un mínimo de diez (10) accionistas, a excepción de los Operadores Cambiarios Fronterizos*”. Hubiera sido mejor poner un punto y seguido (.) luego de accionistas, y decir que dicho requisito no se exigirá a los *operadores cambiarios fronterizos*.

Sobre la exclusión de los *operadores cambiarios fronterizos* en la actual LISB, puede verse la reseña periodística aparecida en el diario *La Nación* de San Cristóbal, Estado Táchira del 19-2-2015, titulada

“Restableció la Ley de Instituciones Bancarias figura de Operadores Cambiarios Fronterizos” y suscrita por JOSÉ G. HERNÁNDEZ.

Sin embargo, dicha reseña contiene una serie de conceptos erróneos o inexactos que vale la pena aclarar:

a) No se trata de que la primera LISB eliminara “prácticamente” la figura de los *operadores cambiarios fronterizos* como se señala en la reseña, ni que la nueva LISB los “restableciera”. Lo que ocurrió fue que la primera LISB de diciembre de 2010 los incluyó dentro de la exigencia de que debían constituirse con un mínimo de diez (10) accionistas (artículo 36, aparte segundo, que quedó intacto en la reforma parcial de 2011), al igual que las *instituciones bancarias* y las *casas de cambio*. Este tratamiento uniforme y no diferenciado, al parecer, fue de difícil cumplimiento por parte de los *operadores cambiarios fronterizos*, al punto de que SUDEBAN les aplicó la medida de *revocación de la autorización de funcionamiento*. En consecuencia, la LISB vigente les vuelve a dar el tratamiento diferenciado que les daba la LGBOIF.

b) En cuanto al “capital oneroso” exigido a los *operadores cambiarios fronterizos*, según esta reseña periodística, debe aclararse que tanto la extinta LGBOIF como la LISB les han exigido siempre un capital significativamente menor en comparación con las instituciones bancarias y casas de cambio: así por ejemplo, la última LGBOIF contemplaba un capital mínimo de doce mil bolívares (Bs. 12.000,00) para los *operadores cambiarios fronterizos* (artículo 154, encabezamiento), mientras que la LISB elevó el monto a doscientos mil bolívares (Bs. 200.000,00) (artículo 14, encabezamiento en la LISB de 2010 y su reforma en 2011 ; artículo 13, encabezamiento en la actual LISB). Por contraste, la última LGBOIF exigía un capital mínimo de doscientos mil bolívares (Bs. 200.000,00) para las *casas de cambio* (artículo 139, encabezamiento), mientras que la LISB elevó el monto a un millón doscientos mil bolívares (Bs. 1.200.000,00) (artículo 13, encabezamiento en la LISB de 2010 y su reforma de 2011, así como en la actual LISB). Para los *bancos universales*, la última LGBOIF exigía un capital mínimo de cuarenta o veinte millones de bolívares (Bs. 40.000.000,00-Bs. 20.000.000), según tuvieran su asiento o no, respectivamente, en el Área Metropolitana de Caracas (artículo 75, encabezamiento), mientras que la LISB elevó esos montos a ciento setenta u ochenta y cinco millones de bolívares (Bs. 175.000.000,00-Bs. 85.000.000,00), según tuvieran su asiento o no, respectivamente, en el Área Metropolitana de Caracas, Guarenas y Guatire, Altos Mirandinos, Valles del Tuy y Estado Vargas (artículo 11 en la LISB de 2010 ; 12 en la reforma de 2011 y 11 en la actual LISB). Y para los *bancos de desarrollo*, mientras la última LGBOIF exigía un capital mínimo de dieciséis millones de bolívares (Bs. 16.000.000,00) (artículo 112), la actual LISB, al retomar esta figura, desaparecida en la primera LISB y su reforma, requiere de un capital mínimo de ciento cincuenta millones de bolívares (Bs. 150.000.000,00) (artículo 12, aparte primero). Lo que ocurrió fue que el impacto de la elevación del monto mínimo de capital en términos de valor nominal fue significativamente mayor para los *operadores cambiarios fronterizos*: mientras que para estos, dicho monto fue elevado dieciséis (16) veces, para las *casas de cambio* fue elevado seis (6) veces y para los *bancos universales*, solo fue elevado cuatro (4) veces.

c) Solo en 2014, SUDEBAN, mediante Resoluciones Ns.: a) 073.14, 074.14 y 075.14 del 6-6-2014 (GORBV N° 40.440 del 25-6-2014); b) 081.14 del 11-6-2014 (GORBV N° 40.446 del 3-7-2014) ; c) 079.14 y 080.14 del 11-6-2014 (GORBV N° 40.448 del 7-7-2014); d) 093.14 del 4-7-2014 (GORBV N° 40.457 del 18-7-2014); e) 095.14 del 4-7-2014 y 060.14 del 7-5-2014 (GORBV N° 40.488 del 2-9-2014); f) 100.14 del 11-7-2014, 090.14 del 25-7-2014, 094.14 del 4-7-2014, 097.14 del 11-7-2014 y 099-14 del 11-7-2014 (GORBV N° 40.533 del 4-11-2014) y ; g) 098.2014 del 11-7-2014 (GORBV N° 40.548 del 25-11-2014), aplicó la medida de *revocación de autorización de funcionamiento* a quince (15) *operadores cambiarios fronterizos*. Sin embargo, dicha medida no fue aplicada únicamente por no cumplir con el requerimiento del número mínimo de diez (10) accionistas, sino además por otros incumplimientos, por lo que estimamos que si los demás requerimientos legales no satisfechos que dieron lugar a la aplicación de esa medida no fueron suprimidos con la reforma de la LISB en 2014, la sanción se mantendrá en pie. De todos modos, al momento de escribir estas líneas, las *Cortes de lo Contencioso-Administrativo* han declarado su competencia para conocer de los

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (primera parte)

recursos contencioso-administrativos de nulidad contra algunas de las mencionadas Resoluciones de SUDEBAN; dichas sentencias pueden consultarse en la sección de la web oficial del Tribunal Supremo de Justicia correspondiente a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

a) Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo:

- N° 2015-0021 del 22-1-2015 (*Operador Cambiario Fronterizo Sandoval*).
- N° 2015-0560 del 18-6-2015 (*Operador Cambiario Fronterizo La Redoma*).
- N° 2016-0135 del 1-3-2016 (*Operador Cambiario Fronterizo El Dorado*).
- N° 2016-0388 del 31-5-2016 (*Operador Cambiario Fronterizo El Uranio*).

Posteriormente, el Juzgado de Sustanciación de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo dictó sentencias interlocutorias mediante las cuales, admitió los recursos contencioso-administrativos ventilados ante dicho Tribunal:

- N° 2015-0150 del 22-9-2015 (*Operador Cambiario Fronterizo Sandoval*).
- N° 2015-0219 del 08-12-2015 (*Operador Cambiario Fronterizo La Redoma*).
- N° 2016-0131 del 25-10-2016 (*Operador Cambiario Fronterizo El Dorado*).
- N° 2016-0142 del 15-11-2016 (*Operador Cambiario Fronterizo El Uranio*).

b) Corte Segunda de lo Contencioso-Administrativo:

- N° 2015-0019 del 23-3-2015 (*Operador Cambiario Fronterizo Carrillo's*).
- N° 2015-0109 del 23-3-2015 (*Operador Cambiario Fronterizo Alex*).
- N° 2015-2110 del 23-3-2015 (*Operador Cambiario Fronterizo Yaneth*).
- N° 2015-0169 del 15-4-2015 (*Operador Cambiario Fronterizo El Amigo*).
- N° 2015-0186 del 15-4-2015 (*Operador Cambiario Fronterizo La Esquina*).
- N° 2015-0551 del 30-6-2015 (*Operador Cambiario Fronterizo Los Teques*).
- N° 2015-0552 del 30-6-2015 (*Operador Cambiario Fronterizo Cachito*).
- N° 2015-0968 del 22-10-2015 (*Operador Cambiario Fronterizo Barinas, C.A.*).
- N° 2016-0080 del 18-2-2016 (*Operador Cambiario Fronterizo La Antigua*).

Posteriormente, el Juzgado de Sustanciación de la Corte Segunda de lo Contencioso-Administrativo dictó sentencias interlocutorias mediante las cuales, admitió los recursos contencioso-administrativos ventilados ante dicho Tribunal:

- N° 2015-0019 del 23-3-2015 (*Operador Cambiario Fronterizo Carrillo's*).
- N° 2015-0077 del 5-5-2015 (*Operador Cambiario Fronterizo Yaneth*).
- N° 2015-1106 del 2-6-2015 (*Operador Cambiario Fronterizo La Esquina*).
- N° 2015-0123 del 11-6-2015 (*Operador Cambiario Fronterizo Alex*).
- N° 2015-0130 del 18-6-2015 (*Operador Cambiario Fronterizo El Amigo*).
- N° 2015-0150 del 21-7-2015 (*Operador Cambiario Fronterizo Los Teques*).
- N° 2015-0167 del 11-8-2015 (*Operador Cambiario Fronterizo Cachito*).
- N° 2016-0004 del 13-7-2016 (*Operador Cambiario Fronterizo Barinas, C.A.*).
- N° 2016-0060 del 23-5-2016 (*Operador Cambiario Fronterizo La Antigua*).

Para el momento de consignar el presente trabajo para su publicación (feb. 2018), ninguno de los recursos contencioso-administrativos ejercidos por los operadores cambiarios fronterizos contra las Resoluciones de SUDEBAN de 2014, antes identificadas, ha sido sentenciado.

Aunque *los operadores cambiarios fronterizos* objeto de la sanción de SUDEBAN tenían la expectativa de que dicho ente revirtiera las medidas adoptadas, ya habían anunciado la decisión de acudir ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa en caso de que no se revirtieran, como en efecto ya está ocurriendo. Véase al respecto, la reseña periodística aparecida en el diario *La Nación*, de San Cristóbal, Estado Táchira del 24-2-2015, titulada "*Esperan que la Superintendencia revierta decisión que revocó a Operadores Cambiarios*" y firmada con las iniciales "JGH" (presumiblemente, JOSÉ G. HERNÁNDEZ).

Se dice que para el momento en que fueron revocadas las autorizaciones, operaban diecisiete (17) *operadores cambiarios fronterizos* en el eje fronterizo San Antonio del Táchira-Ureña. Véase en tal sentido, la reseña periodística aparecida en el diario *La Nación*, de San Cristóbal, Estado Táchira del

Se retoma la figura de los *bancos de desarrollo* (artículo 12), que ya existía en la extinta LGBOIF, hasta que fueron suprimidos por la primera LISB, que redujo a dos los tipos de bancos que podían operar en el país: *bancos universales* y *bancos microfinancieros* (artículos 11 y 12 de la primera LISB), mientras que a las demás categorías de bancos, entre ellos, los *bancos de desarrollo*, se les dio un plazo de noventa (90) días continuos contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de la primera LISB para que transformaran su naturaleza jurídica a los dos tipos de bancos mencionados (*Disposición Transitoria Segunda* de la primera LISB), so pena de verse sometidos a los Mecanismos de Resolución previstos en el Título XII, particularmente la intervención y la liquidación¹⁰.

Se agrega, como objeto de los *operadores cambiarios fronterizos*, “*las demás operaciones compatibles con su naturaleza*” y se atribuye competencia al BCV para asignar la cantidad de sujetos que actuarán como *operadores cambiarios fronterizos* en cada localidad de zonas fronterizas (artículo 14), regulación que ya existía en el artículo 153 de la última LGBOIF.

Se establece la aplicación subsidiaria de la LISB a los *almacenes generales de depósito* (artículo 15, encabezamiento)¹¹, previsión incluida en el artículo 2, aparte segundo de la última LGBOIF.

Se prevé como impedimento para ser promotor o accionista, “Las personas que hayan resultado administrativamente responsables por actos que han merecido sanción o hayan sido condenados penalmente, mediante sentencia definitivamente firme que implique privación de libertad, por un hecho punible relacionado directamente con la actividad financiera, mientras dure la condena, más un lapso de diez (10) años a partir de la fecha del cumplimiento de la condena” (artículo 19, numeral 8). Existía un impedimento similar en el artículo 12, numeral 4 de la última LGBOIF, aunque solo se refería a la condena penal y no a la sanción administrativa. Lamentablemente no se hizo una previsión en

15-7-2014, titulada “*Publican en Gaceta Oficial la revocatoria de funcionamiento a operadores cambiarios*” y firmada por JOSÉ G. HERNÁNDEZ.

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G. (“*Libertad de empresa y sector bancario*”, en AA.VV.: “*Análisis y comentarios a la Ley de Instituciones del Sector Bancario*”, Caracas, FUNEDA, 2011, p. 198) considera arbitraria e innecesaria la exigencia de diez (10) accionistas para constituir una institución bancaria, pues, señala que deberían ser los accionistas quienes determinen quiénes van a ser los accionistas. En realidad, esta es una exigencia que data de la LGBOIF de 1993, en su artículo 8°, numeral 2, pues todavía la *Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito* de 1988 (GORV N° 4.121-E del 4-2-1988), exigía solo un mínimo de cinco (5) accionistas.

¹⁰ Véase al respecto: MANTELLINI OVIEDO, Héctor: “*El Sistema Bancario Venezolano. Análisis con fines prácticos, de las nuevas leyes que lo regulan*”, may. 2011, pp. 198-199, disponible en la siguiente dirección:

<http://www.badellgrau.com/upl/elsistemabancariovenezolano.pdf>

¹¹ Los *almacenes generales de depósitos* se rigen por la *Ley de Almacenes Generales de Depósito* (Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 19.105 de fecha 7-11- 1936).

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (primera parte)

cuanto a la duración del impedimento en caso de sanción administrativa, como se hizo con la condena penal.

Se extiende la aplicación de los impedimentos para ser promotor o accionista a las *casas de cambio y operadores cambiarios fronterizos* (artículo 19 *in fine*). Esta extensión ya la hacía el encabezamiento del artículo 12 de la última LGBOIF.

Se somete el cambio de domicilio o de ubicación de los representantes y la designación de las personas naturales que sean responsables de la representación en el país, de las instituciones bancarias del exterior, a la autorización de SUDEBAN (artículo 25, aparte único), lo cual estaba previsto en el artículo 178 de la última LGBOIF.

Se establece el requisito de que la junta directiva u órgano equivalente que ejerza la administración de la institución bancaria estar integrada por siete (7) directores o directoras principales, quienes deben ser personas naturales que tengan experiencia en materia económica y financiera en actividades relacionadas con el sector bancario (artículo 30, apartes primero y segundo), regulación que contemplaba el artículo 11, numeral 2 de la LGBOIF.

Se prevé la posibilidad de que SUDEBAN autorice la existencia de distintos tipos de acciones, tales como acciones de voto reducido, acciones de una clase especial y acciones preferidas, así como obligaciones convertibles en acciones (artículo 35, encabezamiento). Se trata de una previsión que ya incluía el artículo 16, encabezamiento de la última LGBOIF.

Se vuelve a utilizar la expresión *accionista principal* (artículo 35, aparte sexto), tal como se preveía en el artículo 12, aparte segundo de la última LGBOIF, sustituyendo la expresión *accionista mayoritario* contenida en el artículo 19, aparte único de la anterior LISB.

Se exime del número mínimo de promotores o accionistas cuando se trate de instituciones bancarias propiedad de bancos extranjeros (artículo 35, aparte último), previsión que existía en el artículo 173, aparte único de la última LGBOIF.

Se declara nulo todo *traspaso o gravamen, limitaciones o condiciones de las acciones*, que no tenga la autorización de SUDEBAN o, cuando en caso del traspaso accionario que no requiera la autorización de conformidad con la LISB, no sea notificado por la institución de que se trate, en un lapso no mayor de cinco (5) días hábiles bancarios siguientes a la fecha en que se efectúe el traspaso (artículo 36, encabezamiento). El artículo 16, aparte primero de la última LGBOIF tenía una norma similar cuando declaraba nulos los *gravámenes, limitaciones o condiciones* sobre las acciones que representen en forma individual

o conjunta el diez por ciento o más del capital social o del poder de voto en la Asamblea de Accionistas de un banco, entidad de ahorro y préstamo, otras instituciones financieras o casas de cambio, que no hayan sido expresamente autorizados por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

Se establece el deber de remitir a SUDEBAN los proyectos de acuerdos entre dos (2) o más instituciones del sector bancario, con el propósito de aplicar políticas comunes, coordinar sus actividades operacionales y compartir riesgos de manera habitual, remisión que deberá hacerse con quince (15) días continuos de anticipación a la fecha de suscripción ; asimismo, debe remitirse a SUDEBAN un ejemplar de los acuerdos, dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de la firma (artículo 51). Existía una norma similar en el artículo 33 de la última LGBOIF.

Se prevé que las inversiones en títulos valores distintos a los mencionados en el encabezamiento y aparte primero del artículo 52, o las inversiones realizadas a través de *títulos desmaterializados* deben mantenerse en custodia en el BCV o en una Caja de Valores, conforme a lo dispuesto por la Superintendencia Nacional de Valores y la Ley que las rige (artículo 51, aparte segundo). Existía una disposición similar en el artículo 34 de la última LGBOIF, aunque referida únicamente a las inversiones a través de *títulos desmaterializados*¹².

Se define el *arrendamiento financiero* a que se refiere el numeral 1 del artículo 58 (aparte segundo y tercero del mismo artículo 58)¹³. En realidad, esta definición estuvo incluida en el artículo 120, encabezamiento y aparte primero (no se trasladó a la actual LISB el texto del aparte segundo) de la última LGBOIF.

Se establece la responsabilidad exclusiva del arrendatario financiero, en lugar de la responsabilidad que establezcan otras leyes a cargo del propietario del bien arrendado, en caso de accidentes, daños a terceros o utilización inadecuada del bien (primera parte del aparte cuarto del artículo 58), previsión ya existente en el artículo 123, encabezamiento de la última LGBOIF¹⁴.

¹² La norma tenía el siguiente texto:

“Cuando dichas inversiones se realicen a través de títulos desmaterializados, los mismos deberán mantenerse registrados en el Banco Central de Venezuela, o en una Caja de Valores, conforme a lo dispuesto por la Comisión Nacional de Valores y la ley que las rige, en un agente de colocación o una institución de custodia, de los utilizados por el Banco Central de Venezuela, o por la República Bolivariana de Venezuela, o en un banco extranjero domiciliado fuera del territorio nacional”.

¹³ La eliminación de la definición del contrato de *arrendamiento financiero* en la anterior LISB fue objeto de comentario por RICARDO A. CARBONELL CORNEJO (*“Principales innovaciones en la Ley de Instituciones del Sector Bancario”*, en AA.VV.: *“Análisis y comentarios a la Ley de Instituciones del Sector Bancario”*, o.c., pp. 146-147), cuando señala que habiéndose detectado la ausencia de dicha definición en el proyecto y advertido de ello, no se hicieron los correctivos.

¹⁴ Como bien señala RICARDO A. CARBONELL CORNEJO (o.c., p. 147), se trata de una regulación derogatoria de los principios del Código Civil.

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (primera parte)

Se declara la inaplicabilidad, de la *ley que regule el arrendamiento inmobiliario*¹⁵ y de las disposiciones legales sobre arrendamiento establecidas en otras leyes¹⁶, al *arrendamiento financiero* (segunda parte del aparte cuarto del artículo 58), regulación esta contemplada en el artículo 123, aparte único de la última LGBOIF.

Los *criterios de vinculación*: se prevé la posibilidad de que SUDEBAN establezca que existe unidad de decisión o de gestión, cuando una institución del sector bancario tiene respecto de otras sociedades y empresas, o cuando personas naturales o jurídicas tienen “*respecto del mismo*” (*sic*)¹⁷: a) Participación directa o indirecta igual o superior al cincuenta por ciento (50%) de su capital o patrimonio ; b) Control igual o superior a la tercera parte (1/3) de los votos de sus órganos de dirección o administración ; c) Control sobre las decisiones de sus órganos de dirección o administración. Adicionalmente, se prevén y definen otros dos criterios, como son “*la vinculación accionaria, financiera, organizativa o jurídica*” y la “*influencia significativa*” (artículo 64). Se trata de una norma tomada del artículo 161 de la última LGBOIF¹⁸.

Se prevé la posibilidad de que los *bancos de desarrollo y microfinancieros* puedan ser autorizados por SUDEBAN para actuar como fiduciarios y efectuar mandatos, comisiones y otros encargos de confianza, cuando sea necesario para el cumplimiento de sus operaciones (artículo 71, aparte primero). El artículo 45 de la última LGBOIF tenía una previsión que facultaba, entre otras instituciones financieras, a los *bancos de desarrollo* para que realizar estas actividades.

Se señala expresamente que las instituciones no bancarias, específicamente las sociedades de garantías recíprocas, sociedades y fondos de capital de riesgo y casas de cambio (se excluye de esta enumeración a los operadores cambiarios fronterizos) deberán someterse a las normas de contabilidad dictadas por SUDEBAN (artículo 76). En el artículo 78 de la anterior LISB solo se consagraba este deber para las instituciones de sector bancario. Sin embargo, el artículo 193 de la última LGBOIF sometía a las demás empresas sometidas a la supervisión de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones

¹⁵ Se trata del *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial* (GORBV N° 40.418 del 23-5-2014).

¹⁶ Específicamente, la *Ley para la Regulación y Control de los Arrendamientos de Vivienda* (GORBV N° 6.053-E del 12-11-2011).

¹⁷ Es evidente que existe un error de concordancia, pues esta norma fue inadecuadamente copiada del artículo 161 de la última LGBOIF, en el cual, cuando decía “*respecto del mismo*”, ese “*mismo*” era el “*grupo financiero*”.

¹⁸ Sobre la problemática de la conceptualización de la “*empresa vinculada*” o “*relacionada*”, véase: TURUHPAL CARIELLO, Héctor: “*El falso supuesto de la condición de empresa relacionada como motivo determinante de intervención administrativa en el sector bancario*”, en AA.VV.: “*Temas de Derecho Bancario. Libro Homenaje a la memoria del Dr. Oswaldo Padrón Amaré*”, Caracas, FUNEDA, 2009, pp. 581-619.

Financieras a la normativa prudencial, al Código de Cuentas e instrucciones que para cada tipo de empresas estableciera dicho ente supervisor.

Se otorga a SUDEBAN la facultad para ordenar a las instituciones del sector bancario la contratación de *auditorías especiales*, así como también la posibilidad de *contratar directamente* la realización de dichas auditorías, cuando lo considere necesario, con cargo a dichos entes (artículo 81, aparte segundo). Se trata de una potestad que ya estaba prevista en el artículo 204, aparte único de la última LGBOIF.

Se faculta a SUDEBAN para convocar a los auditores externos a celebrar *reuniones confidenciales* con su personal, sin la presencia de los trabajadores o directores del ente supervisado (artículo 82, aparte segundo), facultad que existía ya en el artículo 195, encabezamiento de la última LGBOIF.

Se contempla el deber de los auditores externos de suministrar a SUDEBAN toda la información que esta les exija, así como permitir a dicho organismo la revisión de sus papeles de trabajo (artículo 82, aparte tercero). Se trata de una obligación ya prevista en el artículo 195, aparte primero de la última LGBOIF.

Se señala que SUDEBAN establecerá mediante normativa prudencial, las obligaciones de los auditores externos en relación con la forma de presentar los informes de auditoría de las instituciones del sector bancario sometidos a la supervisión de dicho organismo (artículo 83, aparte cuarto), norma similar al artículo 195, aparte segundo de la última LGBOIF.

Se amplía el número de denominaciones reservadas a las instituciones bancarias autorizadas por la LISB (artículo 93), aunque extrañamente se vuelve a hacer referencia a categorías de bancos que ya habían sido abolidas por la primera LISB y no fueron retomadas por la actual LISB: “*banco comercial*”, “*banco hipotecario*”, “*banco múltiple*”, “*banco de inversión*”, “*banco de segundo piso*” y “*entidad de ahorro y préstamo*” (*Disposición Transitoria Segunda* de la primera LISB). Igualmente se hace referencia a “*grupo o consorcio financiero*”, que en todo caso, solo podría utilizarse para *instituciones bancarias públicas* (artículo 37, aparte último), o para *instituciones bancarias privadas* en los supuestos de excepción previstos en la ley (artículo 37, encabezamiento y aparte cuarto de la actual LISB), pues por regla general, los “*grupos financieros*” están prohibidos (artículos 37, aparte primero y 7° de la *Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional*, GORBV N° 39.447 del 16-6-2010; corrección por error material: GORBV N° 39.578 del 21-12-2010). En realidad, se trata de una mala copia del artículo 184 de la última LGBOIF.

Se atribuye competencia a SUDEBAN para que, previa opinión vinculante del OSFIN, modifique el porcentaje a partir del cual rige la prohibición de otorgar

préstamos para el financiamiento de servicios o bienes de consumo; actualmente el porcentaje es más del veinte por ciento (+20%) (artículo 97, numeral 1). En el artículo 109 de la última LGBOIF existía dicha prohibición para los *bancos de inversión*, categoría ya desaparecida.

Se establece una prohibición en el numeral 18 del artículo 97, cuyo texto es el siguiente:

Prohibiciones generales de orden operativo, financiero, preventivo y de dirección

Artículo 97. Queda prohibido a las instituciones bancarias:

18. Otorgar créditos de cualquier clase a personas naturales o jurídicas que no presenten un balance general o estado de ingresos y egresos suscrito por el interesado, formulado cuando más con un año de antelación, a menos que constituya garantía específica a tales fines. En el caso de personas jurídicas, deben presentar sus estados financieros auditados por contadores públicos en ejercicio independiente de su profesión, cuando el crédito solicitado exceda de un monto equivalente a cuatro mil unidades tributarias (4.000 U.T.). La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario podrá exigir, si se trata de personas naturales, que sus balances o estados de ingresos y egresos sean dictaminados por contadores públicos en ejercicio independiente de su profesión, cuando el crédito solicitado exceda de un monto equivalente a ocho mil unidades tributarias (8.000 U.T.).

Dicha prohibición es similar a la prevista en el numeral 5 del artículo 185, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 185

Prohibiciones

“Queda prohibido a los bancos, entidades de ahorro y prestamo y demás instituciones financieras regidas por la presente ley:

5. Otorgar créditos de cualquier clase a personas naturales o jurídicas que no presenten un balance general o estado de ingresos y egresos suscrito por el interesado, formulado cuando más con un año de antelación, a menos que constituya garantía específica a tales fines. En el caso de personas jurídicas, deben presentar sus estados financieros auditados por contadores públicos en ejercicio independiente de su profesión, cuando el crédito solicitado exceda de un monto equivalente a dos mil cuatrocientas unidades tributarias (2.400 U.T.). La Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras podrá exigir, si se trata de personas naturales, que sus balances o estados de ingresos y egresos sean dictaminados por contadores públicos en ejercicio independiente de su profesión, cuando el crédito solicitado exceda de un monto equivalente a cuatro mil ochocientas unidades tributarias (4.800 U.T.)”.

Se modifica la prohibición establecida en el actual numeral 14 del artículo 97 de la LISB referida a la *prohibición de inactivar las cuentas bancarias*, pues

deja de ser una prohibición absoluta para condicionarla a la inmovilidad de la cuenta durante doce (12) meses. Con esta modificación se regresa a los términos previstos en el artículo 97, numeral 14 de la última LGBOIF. Se exceptúan sin embargo, aquellas cuentas cuya apertura haya sido ordenada por el Estado para el pago de personas jubiladas o pensionadas u otros pagos del estado de naturaleza similar.

Se establece como prohibición específica para los *bancos de desarrollo*, la de “*Otorgar créditos por plazos mayores a diez (10) años*” (artículo 98, aparte único, numeral 2), lo cual ya estaba contemplado en el artículo 115, numeral 1 de la última LGBOIF. Sin embargo, se establece una nueva excepción (mal redactada): “*salvo que se trate de programas de financiamientos para sectores específicos de los así decretados por el ejecutivo nacional*”.

Se establece un período de cinco (5) años para el Presidente de FOGADE, pudiendo ser designado por igual período (artículo 106, aparte único). Así se previó hasta la LGBOIF de 2008 (artículo 291), mientras que con la reforma de 2009 (GORBV N° 5.947-E del 23-12-2009), el Presidente de FOGADE pasó a ser funcionario de libre nombramiento y remoción por el Presidente de la República (artículo 283) y así se mantuvo en la primera LISB de 2010 y su reforma de 2011.

La dirección y administración de FOGADE pasa nuevamente a estar en manos de una *Junta Directiva*, integrada esta vez por un Presidente y cuatro (4) Directores con sus respectivos suplentes (artículo 105 de la actual LISB), en lugar de un Presidente, como ocurrió hasta la anterior LISB (artículo 107). La LGBOIF de 2008 preveía la existencia de una *Junta Directiva* (artículo 286), mientras que las leyes anteriores, en particular las de 1993 (GORV N° 4.623-E del 19-11-1993)¹⁹ y 2001 (GORBV N° 5.555-E del fecha 13-11-2001), hablaban de una *Asamblea General*, y en las reformas a la LGBOIF en 2009 y 2010 solo mereció una mención marginal²⁰. Esta Junta Directiva absorbe parte de las atribuciones que correspondían a su Presidente en la anterior LISB (artículo 109, numerales 1,2, 4, 7, 8, 11, 12, 14, 17 y 18 de la actual LISB).

Se prevén dos normas sobre *oportunidad de las reuniones y quórum de la Junta Directiva* de FOGADE (artículos 107 y 108). Similares normas existieron en los artículos 289 y 290 de la última LGBOIF.

¹⁹ Esta fue la primera LGBOIF que incluyó un Título sobre FOGADE en su articulado. Con anterioridad, dicho ente estaba regulado por su *Estatuto* de creación (GORV N° 33.190 del 22-3-1985; reforma parcial: GORV N° 33.236 del 3-6-1985).

²⁰ En el artículo 299 de ambas reformas sobre *Emisión de Títulos* estaba mencionada la Junta Directiva de FOGADE.

Se retoma la figura del *Vicepresidente de FOGADE*, quien será el Secretario de la Junta Directiva y a quien se fijan sus atribuciones (artículo 114). Se trata de un cargo que existía en la última LGBOIF (artículos 286 y 287).

Se prevé la posibilidad de enajenar, y específicamente, vender viviendas unifamiliares o multifamiliares de propiedad de FOGADE o de instituciones bancarias en proceso de liquidación o personas jurídicas vinculadas, a personas naturales que tengan una posesión no interrumpida, pacífica, pública y no menor de cinco (5) años sobre dichas viviendas, según los términos y condiciones que fije la Junta Directiva de FOGADE (artículo 136). Existía una disposición similar en el artículo 450 de la última LGBOIF, introducida en la LGBOIF de 2001 (artículo 503), que exigía que el tiempo de la posesión fuera no menor de un (1) año; con posterioridad, la reforma de la LGBOIF en 2009 introduce una *Disposición Transitoria Décima* que no se distinguía muy bien del mencionado artículo 450, y resultaba incluso contradictoria, entre otras razones, porque exigía que el tiempo de la posesión fuera no menor de cinco (5) años ⁽²¹⁾. No obstante que se trata entonces de una norma con antecedente en la extinta LGBOIF, nos causa particular extrañeza su redacción; en efecto: ¿cómo se explica que personas naturales puedan poseer una vivienda de interés social sin que previamente les haya sido vendida mediante contrato de compraventa, o adjudicada mediante contrato de donación, debidamente protocolizados por ante una Oficina de Registro Público? En todo caso, esta norma, tiene cierto paralelo con los artículos 79 y 80, encabezamiento del “*Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat*” (GORBV N° 39.945 del 15-6-2012), cuyo texto es el siguiente:

²¹ El texto de las dos normas era como sigue:

a) *Venta de inmuebles de interés social* Artículo 450. “*La enajenación de viviendas unifamiliares o multifamiliares financiadas de acuerdo con lo establecido en el Subsistema de Política Habitacional, que sean propiedad del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria, o de las instituciones financieras que sean objeto de medidas de intervención, rehabilitación, liquidación, estatización, otorgamiento de auxilio o asistencia financiera, o respecto de las cuales se hayan establecido mecanismos de transferencia de depósitos, así como de sus empresas relacionadas, podrán ser efectuadas directamente a las familias que tengan una posesión no interrumpida, pacífica, pública y no menor de un año sobre dichas viviendas, contado a partir de la fecha de la respectiva medida*”.

b) *(Disposición Transitoria) Décima*. “*La enajenación de viviendas unifamiliares o multifamiliares financiadas de acuerdo con lo establecido en la ley que regule el Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat o cualquier otra forma de financiamiento o plan social que proponga el Ejecutivo Nacional, así como los inmuebles que cumplan con los objetivos de desarrollo productivo que para la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley sean propiedad del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria, o de las instituciones financieras objeto de medida de liquidación, así como de sus empresas relacionadas, podrá ser efectuada directamente a las familias o personas que tengan una posesión no interrumpida, pacífica, pública y no menor de cinco años sobre dichas viviendas o inmuebles donde se hayan venido desarrollando actividades de carácter productivo, contados a partir de la fecha de la respectiva medida*”.

a) Artículo 79:

Transmisión de propiedad u otros derechos reales de bienes de los entes públicos

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

b) Artículo 80:

Prohibición de invasiones u ocupaciones ilegales e intervención del Estado

“La invasión u ocupación de terrenos públicos o privados por parte de personas naturales o jurídicas impide el disfrute de los beneficios previstos en la presente Ley y las propietarias o los propietarios afectados podrán ejercer las acciones judiciales de protección que establece el ordenamiento. Los entes públicos de carácter nacional, estatal o municipal no formalizarán en ningún caso la propiedad de las viviendas o terrenos ocupados ilegalmente”.

(omissis)

La intervención a *puerta cerrada* vuelve a denominarse intervención *con cese de la actividad financiera* (artículo 129, encabezamiento), tal como lo preveía el artículo 426 de la última LGBOIF.

Se establecen tres atribuciones a cargo de SUDEBAN, referidas a: a) Las normas prudenciales para regular los aspectos en materia de prevención y control de las operaciones relacionadas con los delitos de legitimación de capitales y el financiamiento del terrorismo ; b) Las autorizaciones para la adquisición de acciones de las instituciones bancarias y casas de cambio cuando, por virtud de ellas, el adquirente u otras personas, jurídicas o naturales, vinculadas a él, pasen a poseer diez por ciento (10%) o más del capital social o del poder de voto de la Asamblea de Accionistas de la misma ; c) La adopción de las medidas necesarias para evitar o corregir irregularidades o faltas que advierta en las operaciones de las instituciones que conforman el sector bancario, que, a su juicio, pudieran poner en peligro los intereses de sus depositantes, acreedores o accionistas; la estabilidad de la propia institución financiera, o la solidez del sistema bancario; debiendo informar de ello inmediatamente al Ministro del Poder Popular con competencia en materia de Finanzas, al Presidente del Banco Central de Venezuela y al Presidente del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios (artículo 171, numerales 15, 21 y 22). Estas atribuciones estaban ya previstas en los artículos 236 (aunque este solo hablaba de *legitimación de capitales*) y 235, numerales 8 y 15 de la última LGBOIF.

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (primera parte)

Se restablecen cuatro supuestos de infracciones administrativas, agrupadas ahora en una norma denominada *irregularidades en las operaciones* por parte de las instituciones del sector bancario (artículo 202, numerales 13, 15, 16 y 20):

Irregularidades en las operaciones

Artículo 202. “Las instituciones del sector bancario serán sancionadas con multa entre el cero coma dos por ciento (0,2%) y el dos por ciento (2%) de su capital social cuando incurran en las siguientes irregularidades relacionadas con sus operaciones”:

13. “Infrinjan las limitaciones y prohibiciones previstas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, la normativa prudencial que dicte la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario y las regulaciones emanadas del Banco Central de Venezuela”.

Corresponde al artículo 363, numeral 5 de la última LGBOIF.

15. “Publicar en sus estados financieros informaciones inexactas o bajo rubros que no les correspondan”.

Corresponde al artículo 361, numeral 7 de la última LGBOIF.

16. “Negarse a publicar nuevamente los balances con todas las correcciones ordenadas por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario”.

Corresponde al artículo 361, numeral 8 de la última LGBOIF.

20. “Ofrecer instrumentos de captación sin que tengan las características que se les atribuyen en la oferta”.

Corresponde al artículo 361, numeral 5 de la última LGBOIF.

IV. *Disposiciones modificadas (incluye nuevas previsiones y derogatorias parciales, al interior de las normas)*

Se prohíbe a las *personas naturales y jurídicas excluidas del sector bancario* que actúen sin necesidad de autorización de SUDEBAN, y que se dediquen regular o habitualmente al otorgamiento de créditos, o a efectuar descuentos o inversiones con sus propios fondos, *cobrar intereses sobre intereses (anatocismo, interés compuesto o capitalización de intereses)*, (artículo 7º, aparte primero). Esta prohibición de cobrar intereses sobre intereses está también establecida con carácter general para las *instituciones bancarias* en la LISB (artículo 59 de la actual LISB; artículo 61 de la anterior LISB, donde representó una innovación respecto de la última LGBOIF), en los siguientes términos (²²):

²² Sobre esta prohibición de cobrar *intereses sobre intereses*, aparecida en la primera LISB, CLAUDIA MADRID MARTÍNEZ (“La defensa de los usuarios en el marco de del Decreto Ley de Instituciones

Prohibición de cobro de intereses sobre intereses

Artículo 59. Se prohíbe el cobro de intereses sobre intereses y la capitalización de los mismos en las operaciones de crédito. Los intereses a cobrar se calcularán

del Sector Bancario”, en AA.VV.: “Análisis y comentarios a la Ley de Instituciones del Sector Bancario”, o.c., p. 437) comenta lo siguiente:

“El Decreto Ley proscribió expresamente el anatocismo en el artículo 61, al prohibir ‘el cobro de intereses sobre intereses y la capitalización de los mismos en las operaciones de crédito’. Esta norma es de alguna manera novedosa en nuestro sistema, pues la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, no excluía expresamente esta figura. El anatocismo solo era limitado por el artículo 530 del Código de Comercio, disposición que, sin embargo, dejaba abierta la posibilidad a las partes de pactar lo contrario.

La consideración de la prohibición absoluta de cobrar intereses sobre intereses se debe, sin lugar a dudas, a lo resuelto por la sentencia de los créditos indexados, en la cual se sostuvo sobre el particular que la financiación de intereses que se opera en este tipo de créditos constituye anatocismo, por lo tanto, ‘no se deben los intereses sobre intereses no liquidados previamente’ y a partir del fallo, se prohíbe tal práctica y se ordena ‘que se reestructure a partir de esta fecha, de común acuerdo entre las partes, los créditos concedidos y actualmente vigentes’ y ‘los intereses no debidos, que se cobraron sobre intereses, se imputarán sobre el pago del capital’. La “sentencia sobre créditos indexados” es la del TSJ-SC N° 85 del 24-1-2002, que mencionamos a continuación.

Sin embargo, RICARDO A. CARBONELL CORNEJO (“Principales innovaciones en la Ley de Instituciones del Sector Bancario”, o.c., p. 149) afirma, en relación con esta prohibición, lo siguiente: “Esta figura que está permitida por el Código de Comercio, y que constituye un mecanismo de reestructuración de acreencias u obligaciones y facilita las negociaciones para las partes <acreedor y deudor>, ha sido prohibida. Ahora bien, cuando los bancos son los deudores, cuentas de ahorro o cuentas corrientes, en los cuales se capitalizan los intereses, si se permiten. Esto refleja inconsistencia o quizás una motivación política y una actitud de incompreensión de la operativa de los negocios, que hace retroceder al sistema bancario”.

Previamente, OSWALDO PADRÓN AMARÉ se había pronunciado sobre la legalidad del anatocismo en su trabajo: “Algunas consideraciones sobre la legalidad y legitimidad de la concesión de créditos hipotecarios indexados por los bancos venezolanos”, en AA.VV.: “Una aproximación al régimen jurídico de la banca virtual”, en AA.VV.: “Temas de Derecho Bancario. Libro Homenaje a la memoria del Dr. Oswaldo Padrón Amaré”, o.c., pp. 35-79.

Con anterioridad a la promulgación de la primera LISB, el TSJ-SC tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la admisibilidad del cobro de intereses sobre intereses, mediante sentencia N° 85 del 24-1-2002 (ASODEPRIVILARA), cuyo criterio fue ratificado mediante sentencia N° 1419 del 10-7-2007 (ANAUICO). Dichas sentencias pueden consultarse en los siguientes enlaces:

a) TSJ-SC N° 85 del 24-1-2002:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.HTM>

Comentarios sobre esta sentencia pueden verse en: MADRID MARTÍNEZ, Claudia: “Las limitaciones a la autonomía de la voluntad, el estado social de derecho y la sentencia sobre los créditos indexados”, en FERNANDO PARRA ARANGUREN (Editor): “Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley”, Caracas, TSJ (Colección Libros Homenaje, N° 14), Caracas, 2004, pp. 757-814.

b) TSJ-SC N° 1419 del 10-7-2007:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1419-100707-04-0204.HTM>

Comentarios sobre esta sentencia pueden verse en: GUANIPA V., José Manuel: “La reciente sentencia de la Sala Constitucional sobre las Tarjetas de Crédito”, en Cuestiones Jurídicas (Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta), Vol. I, N° 2 (jul.-dic. 2007), pp. 101-110.

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (primera parte)

solamente sobre el saldo de capital y no sobre todo el capital inicialmente adeudado.

En el caso de los créditos a través del sistema de tarjetas de crédito o cualquier medio informático, magnético o telefónico, a los consumos del mes en curso no le serán aplicables intereses financieros o corrientes; estos serán aplicables solo a partir del mes siguiente si el usuario opta por el financiamiento.

Las instituciones bancarias, que incumplan esta prohibición estarán obligadas a rembolsar al usuario las cantidades percibidas que excedieran del monto que resulte de calcular los intereses aplicables sin la capitalización, y deberán indemnizar los daños ocasionados por el cobro indebido de estos intereses; todo ello sin perjuicio de la responsabilidad penal y administrativa que corresponda a la institución, sus directivos, sus socios, administradores o empleados, según el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.

Previamente, la prohibición de cobro de intereses sobre intereses había sido prevista en los artículos 5 y 18 de la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico (GOBRV N° 39.021 del 22-9-2008) ⁽²³⁾, en los siguientes términos:

a) Artículo 5:

Cargos por servicios o cargos por intereses financieros

“Se establece que los montos de los intereses corrientes por financiamiento no podrán ser sumados, en ningún caso, al capital adeudado sin que pueda cobrarse intereses sobre intereses. La violación a esta disposición será sancionada por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN). En ningún caso el pago de la multa exonera al emisor de su obligación a devolver al o la tarjetahabiente el monto cobrado en exceso”.

b) Artículo 18:

Prohibición de cobro de intereses sobre intereses

“Se prohíbe el cobro de intereses sobre intereses y la capitalización de los mismos en las líneas de crédito que se otorguen a los y las tarjetahabientes. En el entendido de que a los consumos del mes en curso no le serán aplicables intereses financieros a corrientes; estos serán aplicables solo a partir del mes siguiente si el o la tarjetahabiente opta por el financiamiento. Los intereses a cobrar se deberán calcular solamente sobre el capital remanente y no sobre todo el capital inicialmente adeudado”.

²³ Esta Ley, según señala CLAUDIA MADRID MARTÍNEZ (“La defensa de los usuarios en el marco de del Decreto Ley de Instituciones del Sector Bancario”, o.c., p. 435) fue producto de la sentencia del TSJ-SC N° 1419 del 10-7-2007 (ANAUCO), supra mencionada.

Esta prohibición de cobro de *intereses sobre intereses* se ha producido también en otros países, tanto por vía legal, e incluso constitucional, como jurisprudencial:

- a) El *anatocismo* ha sido prohibido por vía constitucional en Ecuador, primero por la Constitución de 1998 (artículo 244, numeral 4), y luego en la Constitución de 2008 (artículo 290, numeral 4), actualmente vigente²⁴.
- b) En Colombia se logró proscribir el *anatocismo* en materia de créditos hipotecarios para adquisición de vivienda a través de una sentencia de la Corte Constitucional de ese país²⁵.
- c) En España se logró lo mismo, mediante una reforma de la *Ley Hipotecaria*²⁶.

²⁴ Ambas Constituciones pueden consultarse en los siguientes enlaces:

a.1) Constitución de 1998: <http://www.ecuanex.net.ec/constitucion/indice.html>

a.2) Constitución de 2008:

<https://www.cec-epn.edu.ec/wp-content/uploads/2016/03/Constitucion.pdf>

²⁵ Mediante sentencia de la Corte Constitucional C-747 del 6-10-1999 (Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra), fue declarado “*inexequible*” (inconstitucional) el artículo 121, numeral 1 del *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, que permitía la capitalización de intereses en operaciones a largo plazo, “*únicamente en cuanto a los créditos para la financiación de vivienda a largo plazo*”, pues es estos casos, se viola el artículo 51 de la Constitución colombiana, que establece el “*derecho a vivienda digna*” como uno de los derechos sociales y económicos de los colombianos. Referencias sobre dicha sentencia pueden encontrarse en los siguientes enlaces:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-747-99.htm>

<https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/PublicacionesJuridicas/viviendauno/capitalizacion069.html>

²⁶ Mediante el artículo 3, apartado dos de la “*Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*” (BOE Nº 116, del 15-5-2013), se añade un tercer párrafo al artículo 114 la “*Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946*” con el siguiente texto:

“*Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil*” (subrayado nuestro).

Ahora bien la Disposición Transitoria Segunda de la citada Ley 1/2013 estableció lo siguiente en cuanto a la entrada en vigencia de la prohibición de capitalizar intereses:

Disposición transitoria segunda. Intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual.

“*La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado Dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.*

Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos”.

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (primera parte)

- d) En Italia, una reforma al *Testo Unico Bancario* dio lugar a interpretaciones jurisprudenciales contradictorias a partir de marzo de 2015, sobre si se había producido o no, la eliminación del anatocismo por obra del solo texto legal, o si requería de una norma sublegal que la complemente ⁽²⁷⁾. Sin embargo, con posterioridad, mediante artículo 17-

(omissis)

La “Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social”, publicada en el Boletín Oficial del Estado N° 116, del 15-5-2013, pp. 36373-36398, puede consultarse en el siguiente enlace:

http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-5073

En consecuencia, esta limitación debía regir a partir del 15-5-2013, fecha en que se publicó la Ley 1/2013. Ahora bien, mediante sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante N° 128/14, Sección Octava, Rollo de Sala n° 161 (M-65)/14 del 10-6-2014 (sentencia dictada en segunda instancia - Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual), se considera abusiva la cláusula, en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, que permite que los intereses impagados se unan al principal pendiente para seguir generando nuevos intereses de demora, criterio este que se aplicaría a los préstamos hipotecarios anteriores a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 1/2013. El texto de esta sentencia (y otras sentencias), que en todo caso, dejó a salvo la posibilidad que contra ella, se ejerciera recurso de casación, puede consultarse a través del siguiente enlace de fecha 30-5-2017:

<http://prouespeculacio.org/2017/05/30/la-capitalizacion-de-intereses-o-anatocismo-tocado-de-muerte-como-clausula-hipotecaria-abusiva/?print=pdf> .

Referencias sobre esta sentencia, la primera en esta materia en España, pueden encontrarse en los siguientes enlaces:

- Los artículos de CARLOS J. ZARCO PLEGUEZUELOS (abogado que introdujo la demanda que dio lugar a la sentencia in commentto), contenidos en su blog personal:

a) “Primera sentencia declarando abusiva la cláusula del supuesto ‘pacto’ de anatocismo en préstamos con consumidores”, publicado el 26-6-2014:

<https://carloszarcoblog.wordpress.com/2014/06/26/primera-sentencia-declarando-abusiva-la-clausula-del-supuesto-pacto-de-anatocismo-en-prestamos-con-consumidores/>

b) “El principio del fin del supuesto ‘pacto’ de anatocismo en préstamos con consumidores”, publicado el 22-7-2015:

<https://carloszarcoblog.wordpress.com/2015/07/22/el-principio-del-fin-del-supuesto-pacto-de-anatocismo-en-prestamos-con-consumidores/>

- Las reseñas de los diarios “ABC” de Madrid y “La Vanguardia” de Barcelona, del 16-6-2014, titulada “Una sentencia pionera en España anula el pacto de anatocismo en una hipoteca”:

<http://agencias.abc.es/agencias/noticia.asp?noticia=1608181>

<http://www.lavanguardia.com/local/valencia/20140616/54409071463/una-sentencia-pionera-en-espana-anula-el-pacto-de-anatocismo-en-una-hipoteca.html>

- La reseña del diario “La Verdad-Edición Alicante” del 17-6-2014, titulada “Un tribunal anula la capitalización de los intereses de demora en una hipoteca”:

<http://www.laverdad.es/alicante/201406/17/tribunal-anula-capitalizacion-intereses-20140617005558-v.html>

Hay también sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (s. 15ª) de 25 de febrero de 2016 (Dª. María Elena Boet Serra), cuyo texto puede consultarse en el siguiente enlace:

<https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-42-2016-ap-barcelona-sec-15-rec-403-2014-24-02-2016-47618400>.

²⁷ En efecto, mediante el artículo 1, parágrafo 629 de la “Legge 27, dicembre 2013” (Legge di Stabilità 2014), se reformó el artículo 120, parágrafo 2 del “Testo Unico Bancario. Decreto Legislativo N° 385, 1° settembre 1993, n. 385” (TUB), atribuyendo al Comitato Interministeriale Credito e Risparmio

(CICR - Comité Interministerial de Crédito y Ahorro) la competencia para establecer las modalidades y los criterios para la generación de intereses en las operaciones bancarias, debiendo prever que los intereses periódicamente capitalizados no generarán nuevos intereses (letra “b”). De acuerdo con recientes sentencias (ordinanze) del Tribunal de Milán: RG n. 3558/2015 del 25-3-2015 (Presidente: Dott. Laura Cosentini; Juez Relator: Dott. Silvia Brat) ; RG n. 3562/2015 del 3-4-2015 (Presidente: Dott.ssa. Laura Cosentini; Juez Relator: Dott. Francesco Ferrari); la prohibición establecida actualmente por el artículo 120, parágrafo 2, letra “b” del TUB es de aplicación inmediata, a partir de la fecha de entrada en vigencia de la “Legge di Stabilità 2014” (1-1-2014) y no está condicionada a que el CICR dicte o no la providencia correspondiente. El texto de las mencionadas sentencias puede consultarse en los siguientes enlaces:

a) Sentencia RG n. 3558/2015 del 25-3-2015:

a.1) <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/12533.pdf>

a.2) <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/12598.pdf>

b) Sentencia RG n. 3562/2015 del 3-4-2015:

b.1) <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/12532.pdf>;

b.2) <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/12597.pdf>.

Asimismo, referencias sobre estas novedades legislativas y jurisprudenciales pueden verse en los siguientes enlaces:

Gazzetta Ufficiale Della Repubblica Italiana: Legge 27 dicembre 2013, n. 147:

<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2013/12/27/13G00191/s>

GRECO, Angelo: “Anatocismo vietato per legge”:

https://www.laleggepertutti.it/86344_anatocismo-vietato-per-legge

TIDONA, Maurizio: “Il Tribunale di Milano ha deciso che il divieto dell’anatocismo previsto dall’art. 120 T.U.B. è già in vigore dal 1° gennaio 2014 per tutti i contratti bancari”:

<http://www.tidona.com/publicazioni/20150417.htm>

Igual criterio fue sustentado en sentencia del Tribunal de Cuneo (Piamonte) -Sala (*Sezione*) Civil N.R.G. 1832/2015 de fecha 29-6-2015 (Juez: Massimo Scarabello):

http://ariannaweb.edilab.it/doc_pdf/29_06_15.pdf

No obstante, han surgido también sentencias con el criterio opuesto, emanadas de tribunales de otras ciudades italianas, es decir, que el artículo 120, parágrafo 2, letra “b” del TUB *no* es de aplicación inmediata. Véase al respecto:

a) Sentencia del Tribunal Ordinario de Cosenza (Calabria)-Primera Sala Civil del 27-5-2015 (Juez: *dott.ssa*. Urania Granata):

<http://www.expartecreditoris.it/images/joomd/1432890235tribunalecosenza.pdf>

Comentarios sobre esta sentencia, pueden verse en: EMILIA FRANCESCA ARTURI: “*Dubbia la immediata operatività del nuovo art. 120 TUB*”, artículo de fecha 29-5-2015:

<http://www.expartecreditoris.it/provvedimenti/anatocismo-dubbia-l-immediata-operativita-del-nuovo-art-120-tub.html>

b) Sentencias del Tribunal Ordinario de Turín-Primera Sala Civil: b.1) N.R.G. 2015/10883 del 16-6-2015 (Juez: *dott.* Luca Martinet) y ; b.2) 5-8-2015 (Presidente: Scotti ; Relator: *dott.ssa* Grillo), cuyo texto puede consultarse en los siguientes enlaces:

http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/tribunale_di_torino_16_giugno_2015.pdf

<http://www.expartecreditoris.it/images/joomd/1438852419tribunale torino.05.08.2015.pdf>

Comentarios sobre estas sentencias, pueden verse en: MARIA LUIGIA IENCO: “*Anatocismo: Inoperante il nuovo art. 120 tub in mancanza di delibera CICR*”, artículo de fecha 24-6-2015 y “*Anatocismo: L’art. 120 TUB non è norma operativa. Respinto reclamo dei consumatori*”, artículo de fecha 6-8-2015:

<http://www.expartecreditoris.it/provvedimenti/anatocismo-inoperante-il-nuovo-art-120-tub-in-mancanza-di-delibera-cicr.html>

<http://www.expartecreditoris.it/provvedimenti/anatocismo-l-art-120-tub-non-e-norma-operativa-respinto-reclamo-dei-consumatori.html>

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (primera parte)

bis del “*Decreto-Legge 14 febbraio 2016, n. 18*” se modificó el artículo 120, parágrafo 2 del “*Testo Unico Bancario. Decreto Legislativo N° 385, 1° settembre 1993, n. 385*” (TUB), generando una nueva discusión sobre si quedó eliminado el anatocismo bancario en Italia o si se volvió nuevamente a este (tesis esta última, sustentada por la mayoría de la doctrina)²⁸.

Se establece el principio *in dubio pro cliente*, conforme al cual, en caso de dudas sobre la aplicación de la LISB, se aplicará la que favorezca al cliente y/o usuario de las instituciones del sector bancario (artículo 8º, aparte primero).

Se aumenta de quince (15) a treinta (30), el plazo -contado en días hábiles- de que dispone SUDEBAN para *aprobar las modificaciones estatutarias de las instituciones del sector bancario* (artículo 10)²⁹.

c) Sentencias del Tribunal de Parma del 26-6-2015 (Juez: *dott. Antonella Ioffredi*) y 30-7-2015 (Presidente: *Dott. Pietro Rogato* ; Juez Relator: *Marco Vittoria*), cuyo texto puede consultarse en los siguientes enlaces:

http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/tribunale_di_parma_26_giugno_2015.pdf
http://www.expartecreditoris.it/images/joomd/1438351844trib.parma_30072015.pdf

Comentarios sobre la primera sentencia (26-6-2015), pueden verse en: ANTONIO DE SIMONE: “*Anatocismo: il nuovo art.120, secondo comma T.U.B. e la tutela d’urgenza. Respinto il ricorso di un’associazione dei consumatori*”, artículo de fecha 6-7-2015:

<http://www.dirittobancario.it/giurisprudenza/anatocismo/anatocismo-nuovo-art120-secondo-comma-tub-e-tutela-urgenza-respinto-ricorso-associazione-consumatori>

Sobre los criterios contradictorios de los tribunales italianos en esta materia puede verse: SIMONA DAMINELLI-GIORGIO ZURRU: “*Il nuovo articolo 120 T.U.B.: L’anatocismo non trova tregua*”, *La Scala Studio Legale. Iusletter*, Jul. 2015:

<http://iusletter.com/wp-content/uploads/focuson-10.07.2015.pdf>

²⁸ El texto del nuevo “*decreto-legge*” puede verse en el siguiente enlace:

<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/04/14/16A02910/sg>

Comentarios sobre esta innovación:

SGANZERLA, Andrea: “*Il ritorno dell’anatocismo bancario*”:

<http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/dirittoCivile/2016-04-13/il-ritorno-anatocismo-bancario-101440.php>

CIVALE, Fabio: “*Il ‘valzer’ degli interessi nei rapporti bancari*”:

<http://www.dirittobancario.it/approfondimenti/credito/1-art-120-del-tub-versione-2016-il-valzer-degli-interessi-nei-rapporti-bancari>

²⁹ Sobre el sometimiento de las modificaciones estatutarias a la aprobación de SUDEBAN, el Profesor ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ (“*Breve introducción al Estudio de Ley de Instituciones del Sector Bancario*”, en AA.VV.: “*Análisis y comentarios a la Ley de Instituciones del Sector Bancario*”, o.c., pp. 41-42 y “*La banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*”, Caracas, UCAB, 2011, pp. 76-77) considera que “*Las potestades autorizatorias han de ceñirse a los ámbitos de la autorización para tener acceso al mercado y a la autorización para la celebración de actos y contratos*” y que “*la actuación administrativa autorizatoria, sobre todo en cuanto concierne a las relaciones internas del ente social que presta el servicio, es excesiva*”, pues, por más amplias que sean las potestades que la LISB atribuye a SUDEBAN, “*ellas no pueden incidir en el ámbito de las relaciones internas de la sociedad anónima bancaria, en las relaciones de los*

Se transforma la norma sobre *bancos microfinancieros* en una categoría superior denominada *instituciones bancarias especializadas*, que incluye a aquéllos y a los *bancos de desarrollo*, figura esta última retomada de la extinta LGBOIF (artículo 12).

Se prevé la aplicación subsidiaria de la LISB a las *sociedades de garantías recíprocas* y los *fondos nacionales de garantías recíprocas* (artículo 15, encabezamiento)³⁰.

Se elimina de la norma sobre *otras instituciones no bancarias*, la mención de las personas naturales o jurídicas que presten servicios financieros o servicios auxiliares a las instituciones bancarias, casas de cambio y *operadores de cambio fronterizos* cuyo objeto social sea exclusivamente la realización de las siguientes actividades: sociedades y fondos de capital de riesgo, transporte de especies monetarias y valores, servicios de cobranza, cajeros automáticos, servicios contables y de computación y *arrendadoras financieras* (artículo 15 de la anterior LISB)³¹.

accionistas entre sí, en las relaciones de los accionistas con la sociedad, en todo aquello que carezca de relevancia para los terceros o no surta efectos frente a ellos”.

³⁰ Las *sociedades de garantías recíprocas* y los *fondos nacionales de garantías recíprocas* se rigen por el *Decreto con Rango y Fuerza de Ley que regula el Sistema Nacional de Garantías Recíprocas para la Pequeña y Mediana Empresa* (GORV N° 5.372-E del 11-8-1999).

³¹ Las *sociedades y fondos de capital de riesgo* se rigen por el *Decreto con Fuerza de Ley de los Fondos y las Sociedades de Capital de Riesgo* (GORBV N° 5554-E del 13-11-2001), y son mencionados igualmente en algunos artículos de la actual LISB: 28, encabezamiento; 36, apartes tercero y cuarto y 76, encabezamiento.

La supresión de la mención de las *arrendadoras financieras* como *instituciones no bancarias* trae como consecuencia que solo las instituciones bancarias pueden realizar la actividad de *arrendamiento financiero*. En efecto, si bien, las *arrendadoras financieras* sobrevivieron en la primera LISB, esta las calificaba de *servicios financieros auxiliares*, por lo que no eran *instituciones bancarias*, lo que de acuerdo con RICARDO A. CARBONELL CORNEJO (“*Principales innovaciones en la Ley de Instituciones del Sector Bancario*”, o.c., p. 132), significaba que no podían realizar actividades de intermediación financiera, lo que a su vez “*no tiene sentido ni explicación técnica alguna*”.

Por su parte, ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ (“*Breve introducción al Estudio de Ley de Instituciones del Sector Bancario*”, o.c., pp. 92-93 y “*La banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*”, o.c., pp. 136-138) señalaba en relación con la caracterización de las *arrendadoras financieras* como instituciones no bancarias en la anterior LISB lo siguiente:

“Las arrendadoras financieras dejaron de existir legalmente como instituciones bancarias, ahora la ley las califica como instituciones no bancarias (artículo 15) y el arrendamiento financiero está incluido entre los contratos de crédito de los bancos, de modo que el arrendamiento financiero podrá ser celebrado por los bancos y por las arrendadoras financieras. Las arrendadoras financieras podían financiar sus operaciones de adquisición de bienes destinados al arrendamiento y de concesión de crédito mediante la obtención de recursos por la vía de la emisión de bonos quirografarios y certificados de ahorro. Este mecanismo fue eliminado, de modo que el arrendamiento financiero que concedan los bancos depende ahora de la disponibilidad ordinaria de recursos, a menos que se dicten normas por parte del Osfin o de la Sudeban sobre el particular. La

Se agregan dos nuevos impedimentos para ser promotor o accionista, uno referido a “Los accionistas y directores, de personas jurídicas a quienes se les haya cancelado su autorización de operación, o su inscripción en cualquier registro requerido para operara o realizar oferta pública de valores, por infracción legal en la República Bolivariana de Venezuela o en el extranjero” y otro relativo a “Las personas jurídicas que estén constituidas en países de baja imposición fiscal” (artículo 19, numerales 10 y 12). Consideramos que este último impedimento no está adecuadamente formulado, pues no sabemos con certeza cuándo un país debe considerarse “de baja imposición fiscal”; se trata de un concepto relativo y no obvio.

Se eliminan dos *impedimentos para ser promotor (organizador* en la anterior LISB) de una institución bancaria (artículo 19, numerales 5 y 8 de la anterior LISB): a) Uno que se aplicaba a las personas que ejerzan funciones públicas³² y; b) El otro, se trataba de una reproducción casi idéntica de un numeral anterior, siendo la única diferencia que el numeral 7 hablaba de “*personas jurídicas a quienes*”, mientras que el numeral 8 se refería a una “*persona jurídica a la que*”. En realidad, debió haberse eliminado el numeral 7, pues la expresión “*a quienes*” solo puede utilizarse con personas naturales.

Se suprime en el numeral 9 del artículo 19 de la anterior LISB (numeral 7 del mismo artículo en la actual LISB), referido a las personas que en los últimos diez (10) años desde la fecha de la solicitud de autorización, hayan ocupado los cargos que en la norma se especifican, en instituciones del sistema financiero nacional que hayan sido intervenidas por SUDEBAN o por los entes de regulación del mercado de valores y de las empresas de seguros: a) La mención de las personas que hayan sido *auditores externos y gerentes de área*; b) La salvedad de que “*No se considerará para estos efectos la participación de una persona por un plazo inferior a un año, acumulado dentro del plazo de los diez años*”.

Se establece el requisito de que la Asamblea de Accionistas de las *instituciones no bancarias* se efectúe dentro de los noventa (90) días siguientes al cierre de cada ejercicio anual, así como otras previsiones en materia de Asamblea de Accionistas, tanto de *instituciones bancarias* como *no bancarias*, básicamente las obligaciones de remitir a SUDEBAN copia certificada del proyecto de acta de asamblea (pudiendo dicho ente requerir un diferimiento de la celebración de la

actividad de las arrendadoras financieras como instituciones no bancarias depende de las normas que dicte la Sudeban (aparte único, artículo 15)”.

³² Resulta particularmente inelegante la eliminación de este impedimento, que tal como lo acota RICARDO A. CARBONELL CORNEJO (“*Principales innovaciones en la Ley de Instituciones del Sector Bancario*”, o.c., p. 153) había sido incorporado a la primera LISB, pues da a entender que un funcionario público no está impedido ya de ser promotor de una institución bancaria.

asamblea), así como del acta de la asamblea ordinaria o extraordinaria del acta de asamblea inscrita en el Registro Mercantil correspondiente (parte final del encabezamiento y aparte primero al quinto del artículo 28; el aparte sexto se corresponde con el aparte segundo del artículo 29 de la anterior LISB). En realidad, estas “nuevas” previsiones ya estaban contempladas en la Resolución de SUDEBAN N° 063.11 del 18-2-2011, mediante la cual se dictan las “Normas que establecen los lineamientos y requisitos que deben consignar las Asambleas de Accionistas de las Instituciones Bancarias, Casas de Cambio y Operadores Cambiarios Fronterizos” (GORBV N° 39.628 del 3-3-2011)³³.

Se contempla la exigencia de que la junta directiva u órgano equivalente que ejerza la administración de la institución bancaria esté integrado -además de los siete (7) directores principales- por sus respectivos *suplentes*, mientras que un tercio (1/3) tanto de los principales como de los suplentes, no puede ser accionista de la institución bancaria, directa o indirectamente (artículo 30, aparte primero).

Se modifica, dentro de las *atribuciones de la junta directiva de las instituciones bancarias*³⁴, el porcentaje de cada operación activa y pasiva individual que debe ser aprobado por dicha junta directiva, pasando de más del dos por ciento (+ 2%) a más del cinco por ciento (+ 5%) (artículo 30, aparte cuarto, numeral 3)³⁵. Igualmente, se menciona, junto con la facultad de la junta

³³ Comentarios sobre esta Resolución pueden verse en: MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: “Breve introducción al Estudio de Ley de Instituciones del Sector Bancario”, o.c., pp. 62-64 y “La banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela”, o.c., pp. 93-97. Sobre la norma in *commento* (artículo 29 de la anterior LISB; 28 de la actual LISB), el mismo autor afirma que cuando se señala que “La Asamblea Ordinaria Accionistas de las instituciones bancarias se reunirá en la forma y para los efectos determinados por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario dentro de los noventa (90) días siguientes al cierre de cada ejercicio semestral, con el fin de conocer y resolver sobre el informe de la junta directiva”, es contraria a los estatutos, no solo de las instituciones del sector financiero, sino de todas las sociedades anónimas, sino que además contradice el artículo 275 del *Código de Comercio*, arrebata a los administradores la competencia de fijar el objeto de la asamblea, y deroga principios conforme a los cuales se desempeñan las sociedades anónimas, en violación a los principios de libertad de iniciativa, libertad de asociación y principio de la propiedad privada (“Breve introducción al Estudio de Ley de Instituciones del Sector Bancario”, o.c., pp. 59-62; “La banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela”, o.c., pp. 93-95). Sin embargo, elogia la previsión sobre el contenido del informe de la junta directiva, coordinada esta con el artículo 81 de la anterior LISB, correspondiente al 79 de la actual LISB (“Breve introducción al Estudio de Ley de Instituciones del Sector Bancario”, o.c., p. 64; “La banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela”, o.c., p. 97).

³⁴ Al respecto, JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ (*Libertad de empresa y sector bancario*), o.c., pp. 196-197) afirma que la LISB es “indebidamente penetrante” al definir las atribuciones de la Junta Directiva de las instituciones bancarias, pues considera que algunas de ellas deberían dejarse al funcionamiento interno de la empresa y no a la decisión del Estado.

³⁵ Sobre este numeral 3, señala RICARDO A. CARBONELL CORNEJO (“Principales innovaciones en la Ley de Instituciones del Sector Bancario”, o.c., pp. 137-138) lo siguiente:

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (primera parte)

directiva para emitir opinión, bajo su responsabilidad, sobre los estados financieros y el informe de auditoría interna que incluya la opinión del auditor sobre el cumplimiento de las normas de prevención, no solo de la *legitimación de capitales*, sino también del *financiamiento al terrorismo* (artículo 30, aparte cuarto, numeral 4)³⁶.

Se establecen nuevas causales de *inhabilitación para ser director de una institución del sector bancario* (artículo 31, numerales 4 y 8) ⁽³⁷⁾ de la actual LISB); la modificación de cuatro causales (artículo 31, numerales 3, 5, 6 y 9 de la actual LISB) ⁽³⁸⁾ y la eliminación de otras dos (artículo 32, numerales 8 y 11

“Respecto del contenido del numeral 3, debemos expresar que las instituciones bancarias y el público en general tienen clara conciencia de las operaciones crediticias deben cumplir con parámetros de información y de procedimientos que tienen cierta duración en el tiempo.

Ahora bien, consagrar en manos del máximo órgano societario de administración de un banco, la aprobación de operaciones pasivas, a saber, la recepción de depósitos, sean en efectivo o cheques, en cualquiera de las cuentas, de ahorro o corriente, apertura de certificados de depósitos o aceptación de transferencias electrónicas, resulta impracticable en nuestro país e incomprensible a los usuarios. Desde el punto de vista técnico no es posible establecer parámetros de autorización”.

Por su parte, ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ (*“Breve introducción al Estudio de Ley de Instituciones del Sector Bancario”*, o.c., pp. 71-72 y *“La banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela”*, o.c., p. 103) afirma que esta disposición *“debería obligar a los bancos a poner en práctica sistemas electrónicos de detección de depósitos que alcancen esta cantidad para que se rechacen automáticamente tales operaciones, bien por el sistema informático cuando la operación sea online o por los funcionarios correspondientes cuando la operación sea presencial, exceptuando por supuesto, los depósitos que provengan de las operaciones del mercado interbancario de fondos”*; asimismo, que *“esta limitación guarda relación con el combate de la corrupción y de la legitimación de capitales de origen ilícito”*.

³⁶ Sobre esta norma, ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ (*“Breve introducción al Estudio de Ley de Instituciones del Sector Bancario”*, o.c., p. 72 y *“La banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela”*, o.c., pp. 103-104) señala que *“La supuesta obligación de los directores de emitir opinión sobre los estados financieros y sobre el informe de auditoría interna (...) es parte de la confusión creada por el artículo 29 [actual artículo 28] que ha sido ya comentada”* (corchetes nuestros).

³⁷ Se trata de inhabilitaciones en función del desempeño de ciertos cargos en la institución bancaria de que se trate. El numeral 8 contiene una imprecisión cuando señala que *“Las personas que en los últimos diez (10) años contados desde la fecha de la autorización (...)”*, sin mencionar para qué se requiere dicha autorización; entendemos, sin embargo, que se trata de la autorización que debe dar SUDEBAN a la institución bancaria para nombrar a las personas postuladas para ocupar un cargo de director (artículo 33).

³⁸ El numeral 3 agrega entre los cargos, *“presidentas, presidentes, presidenta y presidente ejecutivo”*, quedando el texto de dicho numeral así:

“Los directores o directoras, presidentas, presidentes, presidenta y presidente ejecutivo, representantes legales o quienes ocupen cargos de administración o de dirección, consejeros o consejeras, asesores o asesoras, consultores o consultoras, tesoreros o tesoreras, comisarios o comisarias, auditores internos y externos o auditoras internas o externas, gerentes de área, secretarios o secretarias de la junta directiva o cargos similares, de hecho o de derecho de otras instituciones bancarias y del resto de instituciones del Sistema Financiero Nacional”.

Sobre este numeral, ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ (*“Breve introducción al Estudio de Ley de Instituciones del Sector Bancario”*, o.c., pp. 69 y *“La banca en el marco de la transición de sistemas*

de la anterior LISB) ⁽³⁹⁾. Además, y como novedad, se declara aplicable la inhabilitación prevista en el numeral 10 ⁽⁴⁰⁾ a “*los representantes legales, vicepresidentes o vicepresidentas, gerentes y auditores internos o auditoras internas de una institución bancaria, así como a los representantes legales de las personas jurídicas que fuesen designados vocales del directorio*” (artículo 31, aparte primero); se suprime la mención de la inhabilitación prevista en el numeral 8 del artículo 32 de la anterior LISB, debido a la supresión de dicho numeral como causal de inhabilitación, así como la mención del numeral 4 de la misma norma, dado que en la actual LISB pasa a ser el numeral 5. Por otra parte, se elimina el aparte tercero del artículo 32 de la anterior LISB.

Se sustituye la obligación de informar a SUDEBAN, las designaciones de diversos cargos en las instituciones bancarias (artículo 34 de la anterior LISB), por la obligación de informar a dicho ente supervisor, de las personas a ser

económicos en Venezuela”, o.c., p. 101), comenta que las inhabilitaciones “que se relacionan con el ejercicio de las funciones de administración y dirección, de hecho o de derecho, en otras instituciones bancarias y en el resto de instituciones del sistema financiero nacional (...) prácticamente impiden utilizar el conocimiento y la experiencia de personas calificadas para cargos de director; eliminan, de modo drástico, la práctica de intercambiar directores entre empresas del mismo sector o de sectores próximos; y reducen la elección a directores independientes, cosa difícil de lograr”.

El numeral 5, referido a las personas que hayan incurrido en “*castigo*” de sus obligaciones por parte de cualquier institución financiera, elimina la mención que hacía el numeral 6 del artículo 31 de la anterior LISB de que dicha situación haya ocurrido “*en el transcurso de los últimos cinco años*”. Una obligación “*castigada*” es aquella que ha sido cargada a pérdida en los libros de la institución financiera prestamista: véase en tal sentido, HÉCTOR MANTELLINI OVIEDO, “*El Sistema Bancario Venezolano. Análisis, con fines prácticos, de las leyes que lo regulan*”, o.c., p. 113.

El numeral 9 agrega como “*inhabilitadas*” a “*Las personas que hayan resultado administrativamente responsables por actos que han merecido sanción*”, pero no prevé un lapso por el cual se mantiene vigente la inhabilitación, como ocurre con la condena penal.

³⁹ El numeral 8 del artículo 32 de la anterior LISB se refería a impedimentos en razón del parentesco o la existencia de una relación de trabajo. Sobre este numeral, ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ (*ibidem*, ambas obras citadas en el numeral anterior), señalaba lo siguiente:

“La inhabilitación referida al parentesco por consanguinidad y afinidad es también sumamente estricta. En lugar de una prohibición absoluta se hubiera podido permitir la presencia de un número restringido de parientes, de modo que no se comprometiera el equilibrio del directorio. La prohibición, sin embargo, puede ser suspendida por la Sudeban, lo cual es beneficioso para las empresas cerradas o para aquellas que tienen el capital concentrado en muy pocas manos, generalmente integrantes de una familia”.

En efecto, el referido numeral preveía la posibilidad de que SUDEBAN autorizara el nombramiento como director de una persona comprendida dentro de este supuesto de inhabilitación.

Por su parte, el numeral 11 del mismo artículo, se refería a los niños, niñas y adolescentes, impedimento cuya consagración resulta innecesaria pues, de conformidad con el aparte segundo del artículo 30 de la LISB vigente prevé que la junta directiva o el órgano equivalente debe estar integrada por personas naturales que tengan experiencia en materia económica y financiera en actividades relacionadas con el sector bancario, requisito que evidentemente no puede cumplir un niño, niña o adolescente.

⁴⁰ En el aparte primero del artículo 32 de la anterior LISB se mencionaban los numerales 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9; en el aparte primero del artículo 31 de la actual LISB son los numerales 2, 3, 5, 6, 7, 9 y 10.

postuladas, previamente a su designación, como directores, presidentes, representantes legales, consejeros, tesoreros o cargos similares; en consecuencia, SUDEBAN tiene ahora la potestad de dejar sin efecto, no un nombramiento ya consumado, sino una postulación (artículo 33 de la actual LISB); se modifica además el plazo de ocho (8) días de que disponía SUDEBAN para analizar la calidad moral y ética de las personas que opten a los mencionados cargos y disponer que quede sin efecto el respectivo nombramiento, o en su defecto, decidir la remoción inmediata de los referidos empleados, reemplazándolo por un plazo de quince (15) días con el mismo fin, salvo la posibilidad de dejar sin efecto la respectiva postulación⁴¹.

Se excluye expresamente la posibilidad de que las acciones de las *sociedades de garantías recíprocas* sean convertibles al portador (artículo 35, aparte primero). Hasta entonces, el *Decreto con Rango y Fuerza de Ley que regula el Sistema Nacional de Garantías Recíprocas para la Pequeña y Mediana Empresa* solo preveía en su artículo 8 el carácter nominativo para las acciones del Estado.

Se obliga a toda persona natural o jurídica adquiera acciones en una institución bancaria, directa o indirectamente, por un monto de diez por ciento (10%) del capital social en el curso de doce (12) meses, o que con esas compras alcance una participación de diez por ciento (10%) o más, a proporcionar a SUDEBAN la información que este organismo le solicite para la identificación de sus actividades económicas (artículo 35, aparte quinto) ; esta obligación se extiende a las opciones de compraventa de acciones, promesas, acuerdos de venta o negociaciones similares (artículo 35, aparte séptimo).

⁴¹ Al respecto, señala RICARDO A. CARBONELL CORNEJO (“*Principales innovaciones en la Ley de Instituciones del Sector Bancario*”, o.c., p. 140) que este “*derecho de veto*” que tiene SUDEBAN sobre el nombramiento de determinadas categorías de personas en las instituciones bancarias (no nos gusta calificarlas de “*funcionarios*” como hace el mencionado autor) “*constituye una intromisión exagerada, pero también implica una corresponsabilidad por parte del organismo, ya que al no vetar a la persona, por interpretación en contrario, emite una opinión favorable sobre el funcionario*”. Dentro de la misma opinión se encuentra JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ (*Libertad de empresa y sector bancario*”, o.c., pp. 197-198), quien afirma que el artículo *in commento* (33 de la actual LISB ; 34 de la anterior LISB) menoscaba el contenido esencial de la libertad económica y de la propiedad privada al someter al control de SUDEBAN, la designación, no solo de los administradores, sino además de algunos trabajadores y contratados que prestan servicio a la institución bancaria, lo cual debería quedar entregado a la autonomía privada de la empresa. Por su parte, ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ (“*Breve introducción al Estudio de Ley de Instituciones del Sector Bancario*”, o.c., p. 82 y “*La banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*”, Caracas, o.c., pp. 112-113) señala que dicha norma no tiene precedentes en la legislación venezolana y que “*Su alcance puede ser excesivamente perturbador de la marcha normal de la empresa bancaria y ser estimado como una restricción intolerable del derecho de propiedad*”.

Se aumenta del cinco (5%) al veinte por ciento (20%) del capital social en el porcentaje de participación directa o indirecta en una institución del sector financiero nacional, a partir del cual no puede una persona natural o jurídica ser accionista de otra institución bancaria, “conforme a las normas que establezca la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario con la opinión vinculante del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional” (artículo 37, encabezamiento de la actual LISB ; artículo 38, encabezamiento de la anterior LISB). Esta norma se erige en una excepción a la *prohibición de conformación de “grupos financieros”* a la que haremos referencia a continuación⁴².

Se establece de manera explícita e inequívoca en ley, la prohibición de la conformación de los “*grupos financieros*”⁴³, sin perjuicio de lo establecido en el encabezamiento del artículo 38 de la actual Ley, cuando se señala que “*queda expresamente prohibida la conformación de grupos financieros, entendiéndose como tales, el conjunto de bancos, instituciones no bancarias, instituciones financieras y demás empresas que constituyan una unidad de decisión o gestión, de acuerdo con lo establecido en los criterios de vinculación previstos en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley*” (artículo 37, aparte primero). Anteriormente, esta prohibición se desprendía de otras normas de la primera LISB y del artículo 7° de la *Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional*:

a. Artículo 38 de la anterior LISB (artículo 37 de la actual LISB):

Prohibición de participación de otras instituciones del Sistema Financiero Nacional en el capital social de las instituciones bancarias

“No puede ser accionista de una institución bancaria, aquella persona natural o jurídica que posea directa o indirectamente en otra institución del Sistema

⁴² En tal sentido, CARBONELL CORNEJO (o.c., p. 144) afirma, con razón, lo siguiente: “El artículo 38 [de la anterior LISB, correspondiente al 37 de la actual LISB] no prohíbe que las Instituciones Bancarias sean accionistas de otros bancos. En todo caso, esta disposición debe ser complementada por la normativa correspondiente” (corchetes nuestros).

Extrañamente, y tal como lo advierte el mismo autor (o.c., pp. 144-145), la *Disposición Transitoria Décimo Primera* de la anterior LISB (suprimida en la actual LISB) preveía un plazo de treinta (30) días siguientes a la fecha de entrada en vigencia de dicha Ley, para que las personas naturales y jurídicas sujetos de aplicación del artículo 38 de la anterior LISB desincorporaran el exceso al porcentaje máximo permitido en dicha norma. Dicha previsión carecía de sentido si de todos modos, dicha limitación estaba sujeta a la normativa prudencial que dictara SUDEBAN.

⁴³ Sobre los *grupos financieros* durante la vigencia de la LGBOIF puede verse:

a) USTÁRIZ FORERO, Nasly: “*Los grupos financieros, especie de los grupos económicos. Consideraciones en cuanto al alcance de los efectos atribuidos por la ley*”, en AA.VV.: “*Ensayos de Derecho Mercantil. Libro Homenaje a Jorge Enrique Núñez*”, Caracas, TSJ (Colección Libros Homenaje N° 15), 2004, pp. 1032-1088.

b) MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: “*Breve introducción al Estudio de Ley de Instituciones del Sector Bancario*”, o.c., pp. 55-58 y “*La banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*”, o.c., pp. 88-91.

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (primera parte)

Financiero Nacional una participación accionaria igual o superior al cinco por ciento (5%) del capital social o poder de voto de la asamblea de accionistas, conforme a las normas que establezca la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario con la opinión vinculante del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional.

La fusión entre instituciones bancarias debe ser autorizada con anticipación, a la adquisición de las acciones, por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, previa opinión vinculante del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional”.

- b. Artículo 99, numeral 9 de la anterior LISB (artículo 97, numeral 9 de la actual LISB):

Prohibiciones generales de orden operativo, financiero, preventivo y de dirección

“Queda prohibido a las instituciones bancarias:

9. Realizar inversiones en acciones o cualquier otra forma de posesión de capital o de deuda en empresas sometidas a la Ley que regula el mercado de valores o a la Ley que rige la actividad aseguradora”.

- c. Artículo 172, numeral 7 de la anterior LISB (artículo 171, numeral 7 de la actual LISB)⁴⁴:

Atribuciones y funciones de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario para la protección de los usuarios y usuarias

“La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, con la finalidad de hacer más eficaz y transparente la prestación del servicio bancario, en el ejercicio de su competencia deberá:

7. Determinar los supuestos de vinculación y de unidad de decisión y gestión para tipificar la conformación de grupos financieros, económicos o mixtos, conglomerados y cualquier otro tipo de vinculación prohibido en la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional”.

- d. Artículo 7° de la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional⁴⁵:

⁴⁴ El texto del numeral 7 del artículo 171 de la actual LISB es el siguiente: “Determinar los supuestos de vinculación y de unidad de decisión y gestión para tipificar la conformación de grupos financieros, mixtos, conglomerados y cualquier otro tipo de vinculación, tomando en consideración lo previsto en el artículo 37 y el numeral 9 del artículo 97 del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley”.

⁴⁵ Sobre el impacto de la eliminación de los “grupos financieros” en virtud de la prohibición expresa del artículo 7° de la *Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional* puede verse: MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: “Breve introducción al Estudio de Ley de Instituciones del Sector Bancario”, o.c., pp. 51-55 y “La banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela”, o.c., pp. 85-88.

En un artículo que comenta la primera LISB, de 2010, aparecido en la publicación *VenEconomía. Economía y Finanzas*, titulado “Nuevo marco regulatorio para el sector bancario”, Vol. 28, N° 7,

“Las instituciones que integran el Sistema Financiero Nacional ⁴⁶ no pueden conformar grupos financieros entre sí o con empresas de otros sectores de la economía nacional, o asociados con grupos financieros internacionales para fines distintos a los previstos en las definiciones establecidas en esta Ley”.

La nueva LISB atribuye a SUDEBAN la competencia para determinar la existencia de “*grupos financieros*” (artículo 37, aparte segundo), caso en el cual deberá notificar de ello al Ministro con competencia en materia de Finanzas. Pero además se señala que también se notificará “*al Ente Regulador o Supervisor de la institución financiera de que se trate*”, previsión esta última que, tal como está redactada, carece de sentido pues, a menos que por *instituciones financieras* se entienda algo distinto de *instituciones bancarias*, el ente regulador o supervisor de las instituciones financieras es el propio SUDEBAN. En todo caso, se obliga a la junta directiva de los bancos y demás sujetos bajo la tutela de SUDEBAN a

abr. 2011 y firmado por SILVANA PEZZELLA ABILAHOU, se pretendió explicar la desaparición de los “*grupos financieros*” por otros motivos, sin tomar en consideración que ya el artículo 7° de la *Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional* los había prohibido expresamente, ni citar las normas que hemos mencionado de la anterior LISB, *supra* citado:

“Adiós a los 'grupos financieros'

Los Bancos no podrán realizar operaciones activas, pasivas o contingentes con un solo cliente por sumas superiores a un 10% de su patrimonio. Tampoco podrán efectuar operaciones con personas naturales o jurídicas vinculadas directa o indirectamente con su administración o su propiedad. Se colocó un techo de 20% del total de la cartera a los préstamos para el financiamiento de servicios o bienes de consumo. Se les prohibió a los bancos vender o comprar bienes de cualquier naturaleza directa o indirectamente a sus accionistas, presidentes, miembros de la junta directiva, administradores, auditores internos o externos, comisarios, consejeros, asesores, consultores jurídicos, gerentes o a cualquier empleado de rango ejecutivo. De igual forma se les prohíbe realizar operaciones de compra, venta, cesión y traspasos de activos o pasivos con empresas situadas en el extranjero, sin la autorización previa de SUDEBAN. Ningún banco podrá poseer un total de activos que supere al 15% de la totalidad de los activos del Sector Bancario Nacional. Tampoco podrán otorgar directa o indirectamente créditos de cualquier clase, a sus presidentes, vicepresidentes, directores, consejeros, asesores, gerentes de área y secretarios de la junta directiva, o cargos similares, ni a sus cónyuges, separados o no de bienes, y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Los bancos no pueden invertir en acciones o cualquier otra forma de capital en empresas sometidas a la Ley que regula el Mercado de Valores o la Ley que rige la actividad aseguradora. Así que todo parece indicar que bajo la nueva Ley no podrán existir los llamados grupos financieros que eran tan comunes en el país. Sin embargo, hay analistas que opinan que aún hay que esperar la reglamentación para corroborar que esto es definitivamente así”.

La Ley que precedió a la *Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional*, es decir, la *Ley Marco que Regula el Sistema Financiero Público del Estado Venezolano* (GORV N° 5.396-E del 25-10-1999) no contenía ninguna norma sobre “*grupos financieros*”. Estos, sin embargo, ya estaban regulados en la LGBOIF de 1993 (artículo 101 y siguientes).

⁴⁶ El artículo 5 de la *Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional* señala que “*El Sistema Financiero Nacional está conformado por el conjunto de instituciones financieras públicas, privadas, comunales y cualquier otra forma de organización que operan (sic) en el sector bancario, el sector asegurador, el mercado de valores y cualquier otro sector o grupo de instituciones financieras que a juicio del órgano rector deba formar parte de este sistema. También se incluyen las personas naturales y jurídicas de las instituciones financieras que integran el mismo*”.

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (primera parte)

“consignar ante esta, finalizado cada período semestral, la declaración institucional donde se discrimine la participación en el capital social por parte del banco y sus accionistas en otros bancos, instituciones no bancarias, instituciones financieras y demás empresas, con el propósito de verificar la no existencia de grupos financieros” (artículo 37, aparte tercero).

La nueva LISB establece una segunda excepción a la prohibición de existencia de “grupos financieros”, cuando prevé que dicha limitación “no será aplicable en el caso de los bancos universales que pretendan adquirir la totalidad del capital social de otro banco; siempre y cuando el banco universal adquirente, presente por ante la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, conjuntamente con la solicitud de autorización para la adquisición del capital social de la misma, solicitud de fusión con la institución que pretenda adquirir” (artículo 37, aparte cuarto).

Se reduce de diez (10) a cinco (5) días el plazo para que los Presidentes de las instituciones bancarias que tengan acciones no inscritas en bolsa, o estando inscritas⁴⁷, las negocien fuera de ella, remitan a SUDEBAN la *relación de transferencias ocurridas* (artículo 38, aparte primero).

Se incorporan cuatro nuevos apartes en materia de *transferencia de acciones*, específicamente referidos a la necesidad de una autorización de SUDEBAN para la adquisición, en bolsa de valores, de acciones de instituciones bancarias o casas de cambio por un diez por ciento (10%) o más del capital social (artículo 38, aparte segundo al quinto).

Se establecen nuevas previsiones en materia de *transferencia de acciones por encima del diez por ciento (10%)* (artículo 39).

Se prevé, en la norma sobre *aumento del capital social*, una excepción a la prohibición de *aumento de capital proveniente de operaciones crediticias del accionista* y una limitación a la aplicación de dicha excepción (artículo 40, aparte segundo y tercero).

Se modifica la *transferencia semestral* de utilidades a la cuenta de reserva voluntaria a que se refería el artículo 43 de la anterior LISB, previéndose ahora una *transferencia anual* (artículo 43 de la actual LISB).

⁴⁷ La redacción de este aparte es algo confusa: “*Tratándose de instituciones bancarias que no tengan inscritas sus acciones en bolsa o que teniéndolas, las negocien fuera de ella, será responsabilidad del Presidente de la institución bancaria o quien ejerza sus funciones, remitir a la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ocurrencia de dicha operación, la relación de las transferencias ocurridas*” (subrayado nuestro). Sería mejor decir, “*estando inscritas dichas acciones*” en lugar de “*teniéndolas*”.

Se elimina el plazo previsto en el aparte primero del artículo 49 de la anterior LISB para que las instituciones del sector bancario presenten a SUDEBAN un informe explicativo de los acuerdos adoptados sobre la declaración de dividendos u otra forma de aplicación de utilidades o de disposición de recursos, sin que se establezca un plazo alternativo (artículo 46 de la actual LISB).

Se establece un nuevo criterio para la ponderación de riesgos: la magnitud y fórmula de cálculo del índice incorporando los riesgos del crédito, mercado y operativos (artículo 48, numeral 7)⁴⁸.

Se agrega el adjetivo “contable” a los índices de liquidez y solvencia (artículo 50).

Se aumenta de siete mil quinientas unidades tributarias (7.500 U.T.) a quince mil unidades tributarias (15.500 U.T.) el monto máximo del crédito al consumo (artículo 58, numeral 2) (⁴⁹).

⁴⁸ Además el numeral 4 del artículo 48 es modificado para agregar el adverbio “contablemente”: “Las operaciones que no estando reflejadas contablemente (...)”.

⁴⁹ Sobre el particular, el exSuperintendente de Bancos y Otras Instituciones Financieras ALEJANDRO CÁRIBAS señaló que dicha medida aumentaría el riesgo de la morosidad, porque habrá más dinero que probablemente algunos prestatarios no podrán cubrir. Véase en tal sentido, el artículo aparecido en el diario *El Mundo*, titulado “Aumentan tope de crédito al consumo a Bs. 1,9 millones”, de fecha 4-12-2014 y firmado por STEPHANIE LOZADA MADRIZ:

<http://www.elmundo.com.ve/noticias/economia/banca/aumentan-tope-del-credito-al-consumo--a-bs-1-9-mi.aspx>. En realidad, el referido monto de “uno coma nueve millones de bolívares con 00/100” (Bs. 1.900.000,00) fue deducido partiendo del valor de la unidad tributaria vigente para la fecha en que apareció la referida nota de prensa. Al momento de consignar el presente trabajo para su publicación (feb. 2018), aún se encontraba vigente la Resolución del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) N° SNAT/2017/0003 del 20-2-2017 (GORBV N° 6.287-E del 24-2-2017), la Unidad Tributaria fue reajustada de CIENTO SETENTA Y SIETE (Bs. 177,00) a TRESCIENTOS BOLÍVARES CON 00/100 (Bs. 300,00), por lo que el monto máximo actual de crédito al consumo, para la presente fecha, es de CUATRO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL BOLÍVARES CON 00/100 (Bs. 4.650.000,00). Más adelante, en el capítulo correspondiente a nuestra apreciación general, nos referiremos a otras normas jurídicas de fecha reciente que reducen el ámbito de aplicación de la Unidad Tributaria dictada por el SENIAT.

En todo caso, las instituciones bancarias tienen prohibido otorgar préstamos para el financiamiento de servicios y bienes de consumo por cantidades que excedan el veinte por ciento (20%) del total de su cartera de crédito (artículo 97, numeral 1 de la actual LISB; artículo 99, numeral 1 de la anterior LISB). Al respecto, ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ (“Breve introducción al Estudio de Ley de Instituciones del Sector Bancario”, o.c., pp. 91-92 y “La banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela”, o.c., pp. 134-135) hace el siguiente comentario:

“Esta es una nueva prohibición que no discrimina entre el consumo suntuario y el consumo necesario. Este último es la parte más importante del crédito al consumo y es utilizado por las personas para la adquisición de bienes y servicios esenciales, de modo que limitar la capacidad de endeudamiento de las familias tiene serias consecuencias en términos de calidad de vida de los habitantes del país, tal como lo ha señalado la Asociación Bancaria de Venezuela”.

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (primera parte))

Se establece, en materia de *mejora continua del servicio bancario*, que SUDEBAN deberá obtener la opinión previa vinculante del BCV cuando la normativa prudencial a ser dictada pudiera incidir en el correcto funcionamiento del sistema nacional de pagos, en aras de evitar posibles perturbaciones en el mismo y a sus participantes (artículo 70, aparte segundo).

Se elimina entre las obligaciones del fiduciario (artículo 72 de la actual LISB), la de “*Proteger con pólizas de seguro, los riesgos que corran los bienes fideicomitidos (...)*” (artículo 74, numeral 4 de la anterior LISB).

Se suprime entre las prohibiciones del fiduciario (artículo 75 de la actual LISB), la de realizar, con recursos provenientes de fondos fiduciarios, contratos a futuro y sus derivados (artículo 77, numeral 5 de la anterior LISB).

Se especifica que la prohibición de adquirir o invertir en títulos u obligaciones que no estén inscritos en el Registro Nacional de Valores, se refiere a aquellos casos en los que el emisor sea del sector privado (artículo 75, numeral 5).

Se modifica la redacción del supuesto de hecho por el cual SUDEBAN puede suspender las operaciones que realice una institución bancaria autorizada para actuar como fiduciario mediante un contrato de fideicomiso, mandato, comisión u otro encargo de confianza: cuando sean “*contrarias a los términos y condiciones que rigen el cumplimiento de su objeto*” (artículo 75, aparte primero de la actual LISB), en lugar de ser “*no compatibles con la naturaleza de dichas figuras jurídicas*” y se suprimen los deberes, tanto del fiduciario, mandatario o comisionista, de informar de inmediato la decisión del ente regulador al fideicomitente, como de SUDEBAN, de informar la negativa u omisión del fiduciario, mandatario o comisionista (artículo 77, aparte primero de la anterior LISB).

Se exige que los estados financieros e indicadores a que se refieren los numerales 1, 2 y 3 del artículo 76 también sean publicados en la página web de las instituciones bancarias.

Se modifican los requisitos que debe contener la *memoria semestral* que deben presentar las instituciones bancarias a los accionistas y poner a disposición del público en general (artículo 79): a) Los estados financieros de los *dos últimos semestres* (numeral 2), en lugar de los de los *dos últimos años* como preveía el numeral 2 del artículo 81 de la anterior LISB; b) Un nuevo requisito: cualquier información que sea necesaria revelar entre las que se incluyan aquellos avances en Planes de Negocios, de Desarrollo, Estratégicos y de otro tipo, requerimientos de provisión e incidencias en el patrimonio en el semestre que se reporta (numeral 9).

Se prevé que el Auditor Externo será designado de una terna que presentará la Junta Directiva a la Asamblea de Accionistas (artículo 81, encabezamiento). Se elimina, en consecuencia, la consulta pública para la designación del Auditor Externo (artículo 83, aparte segundo de la anterior LISB)⁵⁰.

Se extiende el período inicial en funciones del Auditor Externo, de tres (3) a cinco (5) años, manteniéndose la limitación de que solo podrá ser contratado luego de transcurridos tres (3) años después de la culminación del período (artículo 81, aparte primero)⁵¹.

Se elimina el impedimento según el cual no puede ser auditor externo la persona jurídica que hubiese prestado servicios remunerados a la institución en el año inmediatamente anterior, así como las personas *naturales* vinculadas a esta (artículo 83, aparte cuarto de la anterior LISB). Esta última parte constituía un absurdo, por cuanto solo las personas jurídicas pueden ser auditores externos de las instituciones bancarias.

Se extienden los impedimentos de los socios de la firma de auditoría externa en razón del parentesco, y en tal sentido, se señala que aquéllos no podrán tener parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con los accionistas, directores, presidentes, vicepresidentes, tesoreros, auditor interno y comisario de las instituciones a ser auditadas (artículo 83, aparte cuarto).

Se establece la no obligatoriedad de la rotación del “*auditor en ejercicio independiente de la profesión*” o la firma de auditoría seleccionada para las sucursales de instituciones bancarias extranjeras establecidas en el país (artículo 81, aparte cinco). Resulta extraña la utilización de esta expresión “*auditor en ejercicio independiente de la profesión*”, dado que en nuestro país, a diferencia de otros, no existe la carrera universitaria de auditor, y por supuesto, tampoco

⁵⁰ Al respecto, RICARDO A. CARBONELL CORNEJO (“*Principales innovaciones en la Ley de Instituciones del Sector Bancario*”, o.c., p. 159) señaló que “*La elección popular de los Auditores Externos no tiene sentido, no agrega valor y no tiene explicación alguna*”. Sobre este método de selección de la firma de auditoría externa, señaló en ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ (“*Breve introducción al Estudio de Ley de Instituciones del Sector Bancario*”, o.c., pp. 79-80 y “*La banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*”, o.c., pp. 110-111):

“*Dada la dificultad de hacer contacto con un eventualmente elevado número de personas, que se puede cifrar en millones en algunos casos, algunos intérpretes de la ley bancaria pensaban en una selección electrónica a través de la página web del banco, con una simple encuesta para que los interesados votaran o en una consulta a una muestra representativa y no a todo el universo de usuarios, asunto demorado y costoso. Se escogió un proceso electoral con campaña divulgativa en todas las oficinas del banco y en la página web*”.

⁵¹ Este nuevo plazo debe contarse a partir de la fecha de entrada en vigencia de la actual LISB, y no se aplica a períodos que estuvieren transcurriendo para dicha fecha (MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *ibídem*, ambas obras citadas en el numeral anterior).

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (primera parte)

existe como profesión regulada por ley especial. En Venezuela, la *Ley del Ejercicio de la Contaduría Pública* (GORV N° 30.273 del 5-12-1973) da a entender que los contadores públicos pueden actuar como auditores, cuando se señala que la actuación de los auditores internos no constituye ejercicio profesional de la contaduría pública (artículo 9) y que los auditores externos de órganos y determinados entes del Estado deben ser venezolanos (artículo 10) ⁽⁵²⁾. De hecho, el artículo 253 de la última LGBOIF preveía que “*Las auditorías externas que deban realizar los bancos, entidades de ahorro y prestamo, y otras instituciones financieras de conformidad con la ley deberán ser suscritas por profesionales inscritos en el Registro de Contadores Públicos en el ejercicio independiente de la profesión, que lleva la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras*”.

Se elimina el aparte único del artículo 86 de la anterior LISB, correlativo del artículo 83 de la actual LISB, relativo los aspectos sobre los cuales el auditor externo debía emitir opinión y remitir información.

Se incluye en el artículo 85, referido a las *obligaciones de los acreditados para emitir informes*, a las empresas asesoras en materia de financiamiento al terrorismo.

Se excluye a los directores y trabajadores del OSFIN de la obligación de cumplir con el secreto bancario (artículo 88, numeral 2 de la anterior LISB).

En la norma sobre el *Alcance de las prohibiciones* del Capítulo III sobre Sigilo Bancario: se denomina erróneamente la ley que regula la legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, como *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, que regula la prevención de legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo* (artículo 86, aparte segundo), lo que contrasta con el denominación correcta prevista en la Disposición Transitoria Quinta, *Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo*.

Se modifica el supuesto conforme al cual no rige el secreto bancario para el Ministerio Público, no limitándose a casos de enriquecimiento ilícito, sino “*en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso determinado*” (artículo 87, numeral 4).

⁵² Debe aclararse que de conformidad con el artículo 43 de la *Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal* (GORBV N° 6.013-E del 23-12-2010), las funciones de control fiscal externo son realizadas por la Contraloría General de la República y las contralorías estatales, municipales y de los distritos metropolitanos, mientras que los auditores, consultores y profesionales independientes solo pueden actuar como contratados en apoyo de dichos órganos de control fiscal.

Se agrega, al final de la norma sobre *Relaciones entre las instituciones del sector bancario* (artículo 92), aunque con redacción confusa (⁵³), un aparte sobre la intervención del BCV a través de operaciones en el mercado interbancario de fondos.

En el artículo 94 sobre *Límite para operaciones*: no solo se modifican los porcentajes máximos de las operaciones activas y contingentes que pueden realizar las instituciones bancarias y contingentes permitidas con personas naturales o jurídicas, sino que además se agrega un nuevo supuesto con redacción defectuosa y el texto final de la norma termina siendo ilógico, ininteligible y contradictorio⁵⁴.

Se agrega un nuevo supuesto de presunción de deudor relacionado (artículo 95, numeral 6): cuando “Una persona, natural o jurídica, cancele préstamos bancarios a otro deudor con crédito otorgado por la misma o por otra institución bancaria”.

⁵³ En el artículo 92, último aparte de la LISB se señala lo siguiente:

“La intervención del Banco Central de Venezuela a través de operaciones en el mercado financiero de fondos a los fines de promover la adecuada liquidez del sistema financiero nacional y cualquier otro objetivo que considere en atención a dicha función, adoptarán (sic) la modalidad crediticia que estime pertinente en los términos y condiciones establecidos al efecto por ese Instituto”.

⁵⁴ El artículo 96 de la anterior LISB señalaba lo siguiente:

Límite para operaciones

Artículo 96. *“Las instituciones bancarias realizarán las operaciones activas, pasivas y contingentes, permitidas por la presente Ley y por las normas previstas por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, con una persona natural o jurídica por una suma que no exceda, en conjunto, del diez por ciento (10%) de su patrimonio. Este límite se elevará al veinte por ciento (20%) si lo que excede del diez por ciento (10%) corresponde a obligaciones garantizadas de bancos nacionales o extranjeros de reconocida solvencia o por garantías adecuadas admitidas como tales, por las normas prudenciales expedidas por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario” (subrayado nuestro).*

Por su parte, el artículo 94 de la actual LISB tiene la siguiente redacción:

Límite para operaciones

Artículo 94. *“Las instituciones bancarias realizarán las operaciones activas, pasivas y contingentes, permitidas por el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y por las normas previstas por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, con una persona natural o jurídica por una suma que no exceda, en conjunto, del diez por ciento (10%) de su patrimonio y en caso de que constituya un solo sujeto no deberá exceder del veinte por ciento (20%). Estos límites se elevarán al diez por ciento (10%) si lo que excede corresponde a obligaciones garantizadas de bancos nacionales o extranjeros de reconocida solvencia o por garantías adecuadas admitidas como tales, por las normas prudenciales expedidas por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario” (subrayado nuestro).*

Al comentar esta norma, JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ (*“Libertad de empresa y sector bancario”*, o.c., pp. 201-202) señala: *“Literalmente, esta norma limita las operaciones pasivas de las instituciones, es decir, los depósitos, lo que puede también afectar la autonomía en la gestión de la actividad de intermediación financiera”.*

Se simplifica el aparte único del artículo 95, referido este a las *presunciones para la calificación de deudores relacionados*. Dicho aparte único se refiere únicamente al numeral 1 (y no a los demás numerales), pues es el único que prevé un porcentaje de participación accionaria.

Se crean cuatro nuevos supuestos de *personas vinculadas* a los fines de la *prohibición de operaciones con personas vinculadas* (artículo 96, aparte único, numerales 6 al 9):

“Se considerarán vinculadas a la propiedad o administración de la institución bancaria, además de los supuestos previstos en el artículo 64 del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, las siguientes:

6. Cuando el deudor sea una sociedad que forma parte de un conjunto de sociedades con socios o accionistas comunes en un porcentaje igual o superior al veinte por ciento (20%), que constituyan un grupo de intereses económicos y que no muestren un giro individual efectivo o un patrimonio e ingresos suficientes para justificar los créditos concedidos.

7. Cuando los créditos del deudor se encuentren garantizados por una persona natural o jurídica relacionada con el banco acreedor.

8. Cuando el deudor haya garantizado créditos o asumido obligaciones de una sociedad relacionada al banco respectivo.

9. Cuando las obligaciones del deudor sean honradas con recursos de una persona natural o jurídica relacionada con el banco acreedor, conforme a los criterios previstos en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley”.

Se prevén diversas excepciones a la prohibición de operaciones con personas vinculadas (artículo 96, aparte tercero): “Quedan exceptuadas de la prohibición prevista en el presente artículo la apertura de cuentas, operaciones de créditos al consumo, créditos de vehículos y créditos hipotecarios para vivienda principal, para accionistas, personas que ejerzan cargos de administración o de dirección, consejeros o consejeras, asesores o asesoras, consultores o consultoras, auditores internos y externos, gerentes de áreas, secretarios o secretarías de la Junta Directiva o cargos similares, de hecho o de derecho; así como, para los empleados de la institución y de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario”.

Se modifica el numeral 8 del artículo 97, referida a la prohibición de traslado de los centros de cómputos y bases de datos al extranjero, cuando se señala que las bases de datos serán las *“determinadas como principales”*, y que la calificación de los centros de cómputos y las bases de datos se hará según la normativa prudencial que dicte SUDEBAN, previa opinión vinculante del BCV. Asimismo, se elimina la mención conforme a la cual, la referida prohibición se extendía a sucursales de una institución regidas por leyes extranjeras.

Se elimina la excepción a la prohibición a las instituciones bancarias de emitir títulos, certificados o participaciones sobre sus activos para ofrecer a sus usuarios o usuarias (artículo 99, numeral 10 de la anterior LISB, correlativo del artículo 97, numeral 10 de la actual LISB).

Se elimina la prohibición consistente en tener activos que superen el quince por ciento (15%) de la totalidad de los activos del Sector Bancario Nacional (artículo 99, numeral 14 de la anterior LISB).

Se agregan dos nuevas *prohibiciones generales de orden operativo, financiero, preventivo y de dirección* (numerales 17 y 19 del artículo 97), básicamente, efectuar operaciones de *reporto* en contravención con la normativa dictada por SUDEBAN, salvo las que se realicen con el BCV, así como otorgar préstamos sin establecer condiciones y/o plazos⁵⁵.

⁵⁵ La redacción del numeral 17 del artículo 97 resulta inelegante:

“Efectuar operaciones de reporto, ya como reportadores o reportados, en contravención a la normativa dictada por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario; ello, salvo las que se realicen con el Banco Central de Venezuela”. El pronombre “ello” está fuera de lugar y debió haberse colocado como (.) en lugar de punto y coma (;).

En cuanto al “*reporto*”, el artículo 58, numeral 1, aparte segundo de la actual LISB (relativo a la definición de “*crédito*”) señala que *“Las instituciones bancarias podrán efectuar operaciones de reporto únicamente con títulos valores emitidos o avalados por la República Bolivariana de Venezuela o por empresas del Estado, ya como reportadores o como reportados. La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario dictará las normas prudenciales para regular estas operaciones con la opinión vinculante del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional”*. La LISB no define el “*reporto*” como sí lo hacía el artículo 46 de la última LGBOIF en los siguientes términos:

Operaciones de Reporto

“Los bancos, las entidades de ahorro y prestamo y demás instituciones financieras podrán efectuar operaciones de reporto, ya como reportadores ya como reportados, en virtud de las cuales el reportado, por una suma de dinero convenida, transfiere la propiedad de títulos de crédito o valores al reportador, quien se obliga a transferir al reportado en un lapso igualmente convenido, la propiedad de otros títulos de la misma especie, contra devolución del precio pagado, más un premio. El reporto debe celebrarse por escrito y se perfecciona con la entrega de los títulos, y cuando se trate de acciones con el asiento en el libro de accionistas de la transferencia de dichos títulos. En el contrato respectivo debe expresarse el nombre completo del reportador y del reportado, y los datos necesarios para la identificación de la clase de títulos dados en reporto, así como el precio y el premio pactado o la manera de calcularlos, y el término de vencimiento de la operación”.

La supresión de la definición del contrato de reporto fue reseñada por RICARDO A. CARBONELL CORNEJO (*“Principales innovaciones en la Ley de Instituciones del Sector Bancario”*, o.c., p. 146), quien señala que *“Es curioso que habiendo regulado que las operaciones de reporto deben hacerse con valores públicos <artículo 60 [, numeral 1, aparte único de la anterior LISB]>, simple y llanamente se omite su definición, que necesariamente debe tener consagración legal”* (corchetes nuestros). Esta observación se mantiene vigente, toda vez que la actual LISB, -a diferencia de la definición de “*arrendamiento financiero*”, que fue retomada- no retomó la definición de “*reporto*” prevista en la antigua LGBOIF.

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (primera parte))

Se establece como prohibición específica nueva para los *bancos de desarrollo*, la de “*Otorgar fianzas y cauciones*” (artículo 98, aparte único, numeral 1).

Se elimina la parte final del artículo 106 (ahora 104), numeral 2 de la anterior LISB, referida a la función de FOGADE como liquidador de las instituciones bancarias y sus *empresas relacionadas*, ahora denominadas *empresas vinculadas*, cuando señalaba: “*sin perjuicio a lo contemplado en el artículo 261*” (norma esta última que corresponde al actual artículo 258), pues se trataba de una salvedad innecesaria.

Se fija un período de dos (2) años para los Directores y suplentes, pudiendo ser designados por un nuevo período; sin embargo, a diferencia del Presidente de FOGADE, designado por el Presidente de la República, los Directores serán nombrados por el Ministro con competencia en materia de Finanzas; no obstante se señala que sus cargos son de libre nombramiento y remoción (artículo 106, aparte único).

La Junta Directiva de FOGADE absorbe parte de las funciones antes encomendadas en la anterior LISB al Presidente de dicho instituto (artículo 109, numerales 1, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 17 y 18), pero también asume nuevas funciones (artículo 109, numerales 19 al 22):

a) Funciones que antes correspondían al Presidente de FOGADE:

“1. Autorizar los actos que sean necesarios para que el Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios cumpla con el objeto y las funciones que le atribuye el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.

4. Dictar el Reglamento Interno, sus Normas administrativas y el Estatuto Funcionario.

7. Designar y remover a los Representantes Judiciales del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios y fijarles su remuneración.

8. Designar a los apoderados judiciales del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios, sin perjuicio de las atribuciones conferidas a los Representantes Judiciales.

9. Designar y remover a los auditores externos del Fondo y fijarles su remuneración.

10. Conocer y aprobar el Presupuesto Anual del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios.

11. Presentar informes trimestrales sobre las operaciones y los resultados de la gestión del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios al Ministro o Ministra con competencia en materia de Finanzas.

12. *Presentar informe técnico semestral ante el Ministro o Ministra con competencia en materia de Finanzas sobre el aporte que deben hacer al Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios las instituciones reguladas por el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, para garantizar los depósitos del público, tomando en consideración los índices macroeconómicos y financieros, así como en lo relativo al fondo óptimo que debe mantener el mencionado Instituto, para el pago de la garantía de depósitos, en caso de intervención con cese de intermediación financiera o liquidación administrativa de una o más instituciones del sector bancario.*

14. *Conocer y aprobar los Estados Financieros Semestrales del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios.*

17. *Dictar las normas que regulen los requisitos y el procedimiento para hacer efectivo el pago de la garantía de los depósitos amparados por el Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios.*

18. *Dictar las normas que regulen la recuperación por parte del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios de los créditos de las instituciones bancarias en proceso de liquidación y de sus personas jurídicas vinculadas”.*

b) Nuevas funciones a cargo de la Junta Directiva de FOGADE:

“19. *Dictar las normas que regulen los procesos de liquidación de las instituciones bancarias y sus personas jurídicas vinculadas.*

20. *Dictar las normas que regulen los procesos de enajenación de los activos propiedad del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios, así como la enajenación de los activos pertenecientes a las instituciones bancarias y sus personas jurídicas vinculadas en proceso de liquidación.*

21. *Dictar las normas que regulen la compensación de las obligaciones existentes entre las instituciones bancarias y sus personas jurídicas vinculadas en proceso de liquidación, así como la compensación de las obligaciones existentes entre cualquier persona natural o jurídica y cualquier institución bancaria o persona jurídica vinculada en proceso de liquidación, incluyendo la compensación de las obligaciones existentes entre cualquier persona natural o jurídica y el Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios.*

22. *Aprobar que el Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios actúe como fiduciario, cuando ello sea necesario a los efectos de agilizar o culminar los procesos de liquidación de las instituciones bancarias y sus personas jurídicas vinculadas”.*

Se prevé que cuando FOGADE solicite al Ministro con competencia en materia de Finanzas, la modificación del monto de la garantía de depósitos, dicha solicitud deberá acompañarse de un *informe técnico* que la justifique (artículo 128, aparte primero).

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (primera parte)

Se modifica la forma de pago de la garantía de depósitos: se excluye el pago en efectivo y se incluye el pago en *cheque* y por *transferencia electrónica* (artículo 129, encabezamiento).

Se establece que la subrogación de FOGADE en los derechos, acciones y privilegios de los beneficiarios del pago de la garantía de depósito opera *de pleno derecho*, ya que no es necesario que estos den su consentimiento ni que suscriban documento alguno (artículo 131, aparte único).

Se prevé que FOGADE *podrá* disponer de los recursos líquidos no utilizados en la realización de sus operaciones para invertirlos en títulos u obligaciones rentables, seguros y de fácil realización, *preferentemente emitidos por la República o cualquier otro ente de la Administración Pública*. Igualmente, FOGADE destinará a los fondos de inversión social que determine el Presidente de la República, hasta un diez (10%) por ciento calculado sobre los resultados obtenidos del exceso de ingresos en el semestre inmediato anterior (artículo 132).

Se suprime la posibilidad de que FOGADE adquiera títulos emitidos por la República en moneda extranjera (parte último del artículo 130 de la anterior LISB).

Se prevé la posibilidad de que FOGADE continúe el giro social de las empresas operativas en las cuales tenga participación accionaria dicho ente o las instituciones bancarias en proceso de liquidación, previa opinión favorable del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de finanzas (artículo 133, aparte tercero).

Se establece que cuando el avalúo que se realice a fin de enajenar, mediante oferta pública o transferir a título oneroso a la República o cualquier órgano⁵⁶ u ente del sector público, los bienes de FOGADE tenga una antigüedad mayor de dos (2) años, se podrá actualizar mediante la aplicación de los procedimientos técnicos correspondientes, según el tipo de activo (artículos 134, encabezamiento y 135, aparte primero).

Se atribuye competencia a la Junta Directiva de FOGADE para establecer el procedimiento aplicable para determinar el valor de las acciones u otros títulos-valores a los fines de su liquidación (artículo 134, aparte único).

⁵⁶ Si partimos de las definiciones de “*órgano*” y “*ente*” previstas en el artículo 15 del *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública* (GORBV N° 6147-E del 17-11-2014), podemos considerar inapropiada la mención de “*órgano*” prevista en esta norma, pues los “*órganos*” son solo unidades administrativas de los entes territoriales, carentes de personalidad jurídica, mientras que las transferencias de bienes se hacen entre personas jurídicas, independientemente de que puedan ser destinados a un “*órgano*”.

Se establece un procedimiento para la enajenación de bienes de su propiedad a los órganos y entes del sector público (artículo 135, aparte segundo al sexto).

Se simplifica la norma que faculta a FOGADE para ceder sus bienes en comodato (artículo 136).

Se agrega una nueva acción que puede tomar FOGADE en caso de *créditos irrecuperables*: no solamente puede abstenerse de demandar judicialmente, sino que además puede resolver no continuar los procesos judiciales ya instaurados (artículo 140).

Se simplifica la norma sobre obligaciones del banco pagador (artículo 142)⁵⁷.

Se prevé que la rendición de cuentas por parte de la institución bancaria que actúe como pagador de la garantía de depósitos deberá cumplir con los requisitos establecidos por FOGADE (artículo 143, numeral 2). Se elimina la mención de los documentos e información que debe suministrar de la institución bancaria pagadora, así como el plazo para la rendición de cuentas (artículo 142, numeral 2 de la anterior LISB).

Se atribuye a la Junta Directiva de FOGADE la facultad para aprobar la rendición de cuentas por parte de la institución bancaria que actúe como pagador de la garantía de depósitos (artículo 143, aparte segundo).

⁵⁷ En la anterior LISB tenía la siguiente redacción:

Artículo 141

Obligaciones del banco pagador

“La institución bancaria a través del cual se efectúe el pago de la garantía de depósitos, remitirá al Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios:

- 1. El cronograma de pago de los depósitos del público que se garantizan.*
- 2. La relación de los pagos de los depósitos realizados, a más tardar semanalmente.*
- 3. La relación de los certificados de subrogación por pago de depósitos garantizados, debidamente firmados, sellados y fechados, de conformidad con la normativa que haya dictado el Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios a tal efecto.*
- 4. Cualquier otra información que sea requerida”.*

La redacción actual es la que sigue:

Obligaciones del banco pagador

Artículo 142.

“La institución bancaria a través del cual se efectúe el pago de la garantía de depósitos, deberá remitir al Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios la relación de los pagos realizados por concepto de la garantía de depósitos, con la frecuencia que establezca dicho Instituto, así como cualquier otra información que le sea requerida a dicha institución bancaria”.

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (primera parte)

Se suprime la parte final del artículo 144 de la anterior LISB (actual 145), referente a la facultad del Presidente de FOGADE para establecer mediante resolución los requisitos y documentación para el pago de la garantía de depósitos⁵⁸.

Se modifica la norma sobre *acciones de cobro judicial* que intenten las instituciones bancarias objeto de intervención, rehabilitación y liquidación, previendo que: a) Los instrumentos donde consten las acreencias o la nota de liquidación, son suficientes para fundamentar la vía ejecutiva ; b) La experticia a que se refiere el artículo 249 del *Código de Procedimiento Civil* (GORV N° 4.209-E del 18-9-1990) la realizará un solo perito ; c) Cuando se trate de acciones judiciales de cobro interpuestas por FOGADE, los bancos en liquidación y personas jurídicas vinculadas contra tres o más codemandados, la suspensión de la citación, de conformidad con el artículo 228 del mencionado *Código de Procedimiento Civil*, no tiene efecto respecto de las personas ya citadas, siendo suficiente la notificación de los citados para la continuidad del proceso (artículo 148)⁵⁹.

⁵⁸ El resto de la norma sufre un cambio de redacción sin afectar el fondo. El artículo 144 de la anterior LISB tenía la siguiente redacción:

Beneficiarios de la garantía

“Gozarán de las garantías del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios, los titulares de los depósitos y otros instrumentos financieros para el momento en que se declare la intervención a puerta cerrada o la liquidación de la institución bancaria. Los requisitos y documentación para el pago de la garantía serán los que establezca el Presidente del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios mediante resolución”.

Por su parte, el artículo 145 de la actual LISB tiene el siguiente texto:

“Están amparados (sic) por el Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios, las personas naturales o jurídicas titulares de los depósitos garantizados desde el momento en que se publique en Gaceta Oficial la resolución de intervención con cese de intermediación financiera o de liquidación administrativa”.

Nótese el error de concordancia entre *“amparados”* y *“personas”*.

⁵⁹ En relación a esta previsión especial sobre acciones de cobro judicial intentadas por FOGADE, o las instituciones bancarias en proceso de liquidación y sus personas jurídicas vinculadas, contra tres o más codemandados, comenta el Profesor RAFAEL BADELL MADRID, en su artículo *“Consideraciones sobre la Ley de Instituciones del Sector Bancario”*, o.c., p. 290, lo siguiente:

“La Ley acogió el criterio jurisprudencial establecido por el Juzgado de Sustanciación de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, del 12 de noviembre de 2014, en los casos de acciones judiciales de cobro ejercidas por FOGADE, las instituciones bancarias en proceso de liquidación y sus personas jurídicas vinculadas, cuando se traten de tres o más codemandados. En efecto, conforme a la referida decisión y ahora llevado a la Ley que se comenta en las acciones de cobro judicial en contra de varias personas, en caso de que no constare en el expediente el resultado de todas las citaciones a practicar, se estableció expresamente que no surtirá efecto la suspensión de la citación prevista en el artículo 228 del Código de Procedimiento Civil, con respecto de aquellas personas que ya fueron citadas, teniendo validez las citaciones ya practicadas y siendo suficiente la notificación de los citados para continuar el proceso. Obsérvese que la referida norma establece:

‘Artículo 228 Cuando sean varios quienes hayan de ser citados y el resultado de todas las citaciones no constare en el expediente, por lo menos dos días antes de aqué en que debe verificarse el acto, este

Se suprimen dos excepciones a la prohibición de intentar o continuar ninguna gestión de cobro contra la institución bancaria afectada: a) cuando se trate de obligaciones cuya procedencia haya sido decidida por sentencia definitiva u forme, antes del ejercicio de la acción respectiva; b) o de reclamaciones derivadas de una relación laboral (artículo 150, *in fine* de la anterior LISB).

Se prevé que la Intendencia de Inspección de SUDEBAN, pasa a denominarse “*Intendencia de Inspección de banca privada*” (artículo 153, aparte único), pues ya la primera LISB de 2010 había creado la figura del “*Intendente o Intendenta de Instituciones Públicas del Sector Bancario*”, actualmente “*Intendente o Intendenta de Inspección de Banca Pública*”, dividiendo así las funciones atribuidas exclusivamente al Intendente de Inspección en la antigua LGBOIF.

Se establece que SUDEBAN estará integrada por las gerencias y dependencias que establezca la actual LISB (artículo 153, aparte único). Dicha norma no estableció, sin embargo, gerencia ni dependencia alguna, como tampoco las contempló ninguna otra norma de dicho instrumento jurídico.

Se prevé que el Intendente o Intendenta de Inspección Banca Pública puede ahora suplir las faltas temporales del Superintendente o Superintendenta de las Instituciones del Sector Bancario, al igual que el Intendente o Intendenta de

quedará diferido para la misma hora del día que fije el Tribunal. Esta fijación no podrá exceder del término ordinario concedido para el acto, ni ser menor de dos días. En todo caso, si transcurrieren más de sesenta días entre la primera y la última citación, las practicadas quedarán sin efecto y el procedimiento quedará suspendido hasta que el demandante solicite nuevamente la citación de todos los demandados. Si hubiere citación por carteles, bastará que la primera publicación haya sido hecha dentro del lapso indicado’ ”.

El auto del Juzgado de Sustanciación de la SPA del TSJ a que se refiere el Profesor BADELL es el N° 413 del 12-11-2014, cuyo texto puede verse en el siguiente enlace:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/jspsa/noviembre/171531-413-121114-2014-2005-4761.HTML>.

Sobre la no aplicación del artículo 228 del Código de Procedimiento Civil en estos casos, el mencionado Juzgado expresó lo siguiente:

“Si bien es cierto que el artículo 228 del Código de Procedimiento Civil busca evitar que el transcurso del tiempo genere indefensión al primero de los citados, no deja de ser menos cierto que dicha finalidad puede alcanzarse con una medida menos gravosa que la nulidad o el decaimiento de las citaciones.

En efecto, estima este Juzgado que el fin perseguido por la norma puede ser [alcanzado] a través de otras acciones que -a diferencia del referido decaimiento- se armonizan con el derecho a la tutela judicial efectiva del actor, toda vez que cabe recordar que esta sería la tercera vez que el demandante tendría que soportar los efectos perniciosos del artículo 228 del Texto Adjetivo Civil.

Específicamente, considera este órgano jurisdiccional que bastaría con notificar a los demandados de la continuación de la causa una vez que conste en autos la última de las citaciones, ya que con ello se lograría la finalidad consagrada por el legislador en el citado artículo, a saber, que el emplazamiento no se mantenga vigente indefinidamente y con ello se genere indefensión.

Tal situación se adapta a la propia naturaleza de los procesos contenciosos que generalmente involucran una pluralidad de personas demandadas” (corchetes nuestros).

Inspección Banca Privada, antes denominado simplemente, Intendente de Inspección (artículo 158).

En la norma sobre *facultades del Superintendente o Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario*: se incluye expresamente al Ministro con competencia en materia de finanzas entre las personas, órganos y entes a los que SUDEBAN debe requerir opinión (artículo 159, numeral 12).

Se suprime la facultad del Superintendente o Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario para establecer el monto a partir del cual los gerentes de las instituciones sujetas al control de SUDEBAN, deberán informar a sus juntas directivas de los créditos, garantías, inversiones y ventas que hubiesen efectuado (artículo 160, numeral 6 de la anterior LISB).

Se amplía el “*fuero judicial especial*” en materia penal, a los exfuncionarios que conforme al Reglamento Interno de SUDEBAN sean considerados como de alto nivel, por los actos realizados en ejercicio de sus funciones, o que ejerzan funciones de supervisión en las instituciones del sector bancario por la presunta comisión de delito en ejercicio de sus funciones (artículo 160, aparte único). En realidad, la determinación de cuáles funcionarios son de alto nivel debe hacerse tanto en el Reglamento Interno como en el Estatuto Funcionarial de SUDEBAN (artículo 164, aparte primero). En la práctica el Reglamento Interno no ha sido dictado.

Se fusiona -extrañamente- la limitación o prohibición al personal de SUDEBAN, de adquirir directa o indirectamente acciones de las instituciones bancarias sujetas a su supervisión con la prohibición de desempeñar cargos directivos o gerenciales en SUDEBAN (artículo 162, numeral 5 de la actual LISB ; cf. artículo 164, numeral 5 y aparte primero de la anterior LISB), cuando en realidad se trata de supuestos distintos.

Se modifica el rango del monto dentro del cual oscila el aporte de las instituciones bancarias a SUDEBAN, pasando de cero coma cuatro por mil a cero coma seis por mil ($0,4 \times 1.000 - 0,6 \times 1.000$) como se preveía en la anterior LISB (artículo 169, numeral 1), a cero coma cuatro por mil a cero coma ocho por mil ($0,4 \times 1.000 - 0,6 \times 1.000$) en la actual LISB (artículo 168, numeral 1).

Se establece en dos mil unidades tributarias (2.000 U.T.) el monto máximo del aporte semestral que podrá establecer SUDEBAN, previa opinión favorable del Ministro con competencia en materia de finanzas, para las instituciones no bancarias o personas sujetas a su control (artículo 168, numeral 2).

Se modifica el numeral 1 del artículo 173 (174 en la anterior LISB), referido a las *atribuciones y funciones de SUDEBAN en materia de seguridad bancaria*, eliminándose en dicha norma la referencia a la competencia de

SUDEBAN para “evitar la participación en actividades de legitimación de capitales provenientes de actividades ilícitas, tanto a nivel nacional como internacional”, aunque la competencia del referido ente en dicha materia se mantiene intacta, tal como se desprende de diversas normas (artículos 7°, aparte tercero ; 88, aparte primero ; 171, numerales 3, 15 y 18).

Se modifica la fecha para publicar el *informe de gestión anual* (antes *memoria anual*) de SUDEBAN: deberá ser publicada antes del treinta y uno (31) de marzo de cada año (artículo 174 de la actual LISB) y ya no, antes del treinta y uno (31) de mayo (artículo 175 de la anterior LISB).

Se reduce la frecuencia mínima con que SUDEBAN debe realizar las inspecciones a cada una de las instituciones del sector bancario: una inspección *anual* (artículo 177 de la actual LISB), en lugar de una inspección *semestral* (artículo 178 de la anterior LISB).

Se modifica el *supuesto para la aplicación de las sanciones administrativas*, previsto en el artículo 181, numeral 9 de la anterior LISB, ahora 180, numeral 8 de la actual LISB: se habla ahora de “*índice patrimonial*” en lugar de “*patrimonio*”, y se incluyen “*cualesquiera de los índices*”.

Se elimina el supuesto para la aplicación de las sanciones administrativas, previsto en el artículo 181, numeral 3 de la anterior LISB, referido al pago “en cualquiera de las modalidades de las captaciones, tasas de interés muy superiores al promedio vigente en la institución bancaria en instrumentos semejantes, a ciertos depositantes, en concordancia con lo establecido como trato preferencial por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario en la normativa prudencial respectiva”.

Se transforma la conducta de *realización de actividades ajenas a su objeto*, prevista en el artículo 199 de la anterior LISB, pasando de ser *infracción administrativa* generadora de multa del uno al tres por ciento (1%-3%) del capital social⁶⁰, a *tipo penal o delito*, cuya consecuencia jurídica es la prisión de ocho (8) a doce (12) años (artículo 198 de la actual LISB)⁶¹. Sin embargo, el desarrollo del

⁶⁰ En efecto, el artículo 199 de la anterior LISB señalaba lo siguiente:

Realización de actividades ajenas a su objeto:

“Las instituciones del sector bancario que realicen actos u operaciones ajenas a su objeto exclusivo previsto en la presente Ley, en la normativa prudencial emitida por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario o por el órgano superior del sistema financiero nacional del sistema financiero nacional, serán sancionados con multa del uno (1%) al tres por ciento (3%) de su capital social”.

En consecuencia, se *despenalizó* la conducta de *realización de actividades ajenas a su objeto* como *infracción administrativa*.

⁶¹ En relación con la incorporación o reforma de delitos o tipos penales en materia bancaria por Decreto-Ley, la doctrina se ha pronunciado sobre su inconstitucionalidad. Véase al respecto:

nuevo tipo penal nada tiene que ver con su enunciado, y más grave aún, tal como lo observa el Profesor RAFAEL BADELL MADRID⁶², su redacción coincide, al menos parcialmente, con el delito de *captación indebida*, regulado en el artículo 212 de la actual LISB⁶³, tal como podemos observar a continuación:

a) Realización de actividades ajenas a su objeto

Artículo 198. Serán sancionados con prisión de ocho (8) a doce (12) años, las personas naturales o jurídicas que sin estar autorizados, practiquen la intermediación financiera, crediticia o la actividad cambiaria, capten recursos del público de manera habitual, o realicen cualesquiera de las actividades expresamente reservadas a las instituciones sometidas al control de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.

b) Captación indebida

Artículo 212. Serán sancionados con prisión de ocho a doce años, quienes sin estar autorizados, practiquen la intermediación financiera, la actividad cambiaria, capten recursos del público de manera habitual, o realicen cualesquiera de las actividades expresamente reservadas a las instituciones sometidas al control de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.

Se reducen las sanciones a las personas naturales responsables de las infracciones, a multa entre el diez y el cincuenta por ciento (10%-50%) del ingreso anual percibido en el año inmediatamente anterior (artículo 210).

Se agrega una nueva causal de intervención de una institución bancaria: “Cuando las medidas administrativas impuestas no fueren suficientes para resolver las situaciones que las motivaron” (artículo 247, numeral 7).

a) MARTÍNEZ CAMPO, José Tadeo - VICENTE GÓMEZ, Vera Mariana: “*Los delitos bancarios. Notas sobre su inconstitucionalidad. Análisis típico*”, *Lextra/Revista del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas* N° 1, Caracas, UCV-Eds. Liber, 2003, pp. 204-273. Este trabajo analiza la incorporación de tipos penales en la LGBOIF de 1993, sancionada mediante Decreto-Ley.

b) SIERRALTA PERAZA, Morris - ROJAS PÉREZ, Manuel: “*¿Principio o fin de la legalidad? Los límites de los Decretos-Leyes y la inconstitucionalidad de los delitos bancarios*”, Caracas, FUNEDA, Colección de Dictámenes y Alegatos Forenses N° 1, 2008. Este trabajo se fundamenta en la acción de nulidad por inconstitucionalidad conjuntamente con medida cautelar de suspensión, contra los artículos 430 al 449 de la LGBOIF de 2001, sancionada mediante Decreto-Ley. En este caso, la acción fue admitida mediante sentencia del TSJ-SC N° 287 del 28-2-2008, aunque fue declarada sin lugar la medida cautelar:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/287-280208-07-1183.HTM>. Luego de la admisión, el último acto referido a esta acción de nulidad, publicado en la web del TSJ, ocurrió el 1-3-2011: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/jskon/marzo/29-1311-2011-07-1183.HTML>.

⁶² “*Consideraciones sobre la Ley de Instituciones del Sector Bancario*”, o.c., p. 291.

⁶³ Este tipo penal fue incorporado con la promulgación de la LGBOIF de 1993. Referencias sobre el particular pueden verse en: VILLAVICENCIO MENDOZA, Vicente: “*Los Delitos Bancarios*”, en AA.VV.: “*Análisis y comentarios a la Ley de Instituciones del Sector Bancario*”, o.c., pp. 453-454.

Se modifica la redacción de la norma sobre *plan de rehabilitación*, pero no sufre modificaciones significativas, *vgr.* se sustituye la expresión “*cubrir*” las pérdidas por “*enjuagar*” las pérdidas (artículo 253 de la actual LISB, correspondiente al artículo 256 de la anterior LISB).

Se elimina la definición de *liquidación administrativa* (artículo 260 de la anterior LISB, cuyo correlativo es el artículo 257 de la actual LISB), acaso por considerarse innecesaria dado que la norma establece los supuestos para su procedencia.

Se elimina la primera causal de *liquidación administrativa* consistente en la disolución de la institución del sector bancario por decisión voluntaria de sus accionistas, siempre que dicha institución se encuentre en condiciones de devolver a depositantes y acreedores sus haberes (artículo 260, numeral 1 de la anterior LISB).

Se agregan dos nuevos supuestos de *liquidación administrativa*: a) Si vencido el plazo de duración de funcionamiento de la institución bancaria, no se hubieren adoptado las medidas necesarias para que continúe con su giro comercial; b) Si resultare no ser procedente la disolución por decisión voluntaria de los accionistas (artículo 257, numerales 2 y 4).

Se modifica la *prelación en el pago de las obligaciones en caso de liquidación de la institución bancaria*, estableciéndose un nuevo supuesto (artículo 259, numeral 4)⁶⁴, desdoblando un supuesto de la anterior LISB en dos (artículo 259, numerales 5 y 6 de la actual LISB, correspondiente al 262, numeral 4 de la anterior LISB)⁶⁵ y se establecen dos previsiones adicionales, sobre *fideicomisos de carácter laboral y obligaciones contraídas por la institución*

⁶⁴ Numeral 4: “*Los cheques de gerencia, cuyos titulares sean personas naturales y personas jurídicas del sector privado; así como las acreencias a favor de proveedores de bienes y servicios correspondientes a la institución bancaria de la que se trate*”.

⁶⁵ Numerales 5 y 6:

“5. *Las acreencias a favor del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios.*

6. *Las acreencias a favor de los órganos y entes de la Administración Pública, y de las otras ramas del Poder Público*”.

En relación con el numeral 4 del artículo 259 de la anterior LISB, cuyo texto era: “*Las acreencias a favor del Poder Público*”, señalaba AURILIVI LINARES MARTÍNEZ (“*Los mecanismos de resolución bancaria en la nueva Ley de Instituciones del Sector Bancario*”, en AA.VV.: “*Análisis y Comentarios a la Ley e Instituciones del Sector Bancario*”, o.c., pp. 345-346) que las referencias a las “*acreencias a favor del Poder Público*” y “*acreencias del Poder Público*” eran incorrectas por cuanto el Poder Público no es un sujeto de derecho sino una potestad estatal que se ejerce.

Esa anomalía también se presentaba en el numeral 3 del artículo 263 de la anterior LISB, referido a la *Prelación para personas jurídicas vinculadas*, pero afortunadamente fue corregida en la norma correlativa de la actual LISB: el numeral 3 del artículo 260.

Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (particular referencia a sus innovaciones respecto del Decreto-Ley precedente (primera parte)

bancaria con posterioridad a la publicación de su liquidación en la GORBV (artículo 259, apartes primero y segundo).

En la norma sobre *prelación para las personas jurídicas vinculadas*: se sustituye acertadamente la palabra “*institución*” (que debe reservarse a las instituciones del sector bancario) por la de “*persona jurídica*” y se elimina la mención de las obligaciones a favor del ente intervenido en liquidación (artículo 260, numerales 1 y 3 de la actual LISB).

En la norma sobre el *ente liquidador* (artículo 261), es decir, FOGADE: se amplía el plazo para la liquidación de las instituciones del sector bancario y sus personas jurídicas vinculadas, a *dos (2) años*, prorrogables por igual período previa autorización del Ministerio con competencia en materia de Finanzas; dicho plazo se empieza a contar a partir de la fecha de publicación de la resolución de liquidación en la GORBV. En consecuencia, se elimina el plazo de *dieciocho (18) meses* establecido en el artículo 264 de la anterior LISB. Asimismo, se incluyen tres apartes nuevos: a) Se autoriza a FOGADE para actuar como fiduciario ; b) Las instituciones bancarias o sus personas jurídicas vinculadas pueden compensar obligaciones con terceros sin atender al orden de prelación previsto en la LISB ; c) La posibilidad de desincorporar las carteras de créditos pertenecientes a las instituciones bancarias en proceso de liquidación y sus empresas vinculadas, cuando sean incobrables o se encuentren provisionadas en un cien por ciento (100%) (artículo 261, aparte segundo al quinto).

Se modifica el texto de algunas *funciones del ente liquidador* (artículo 265, numerales 1, 4, 5, 6, 8 -producto este de la fusión de los numerales 8 y 9 del

artículo 265 de la anterior LISB- y 13, antes 12)⁶⁶; se agregan dos nuevas funciones (numerales 11 y 12 del artículo 262)⁶⁷.

Los artículos 267 y 268 de la anterior LISB, denominados *Régimen de administración y enajenación* y *Tratamiento especial para bienes muebles*, respectivamente, y contenidos en el Capítulo IV “*De la liquidación administrativa*” del Título XII “*DE LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN*” son fusionados, pasando a ser el artículo 133 de la actual LISB, contenido en el Capítulo IV “*De las operaciones del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios*” del Título VIII “*DEL FONDO DE PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS DEPÓSITOS BANCARIOS*”. Se elimina el aparte segundo del artículo 267, referida a la *prohibición para FOGADE de contratar a ciertas empresas o personas jurídicas*⁶⁸.

⁶⁶ El numeral 1, cuyo texto era: “*Elaborar el inventario de activos y pasivos de la institución del sector bancario o persona jurídica vinculada a liquidar*”, pasa a tener el siguiente texto: “*Elaborar el Balance de Liquidación de la institución del sector bancario o persona jurídica vinculada en proceso de liquidación*”.

El numeral 4, cuyo texto era: “*Resolver recursos de reconsideración a través de su máxima autoridad, cuya decisión agotará la vía administrativa*”, pasa a tener el siguiente texto: “*Resolver recursos de reconsideración a través de su Junta Directiva, cuya decisión agotará la vía administrativa*”.

El numeral 5, cuyo texto era: “*Pagar a los acreedores calificados*”, pasa a tener el siguiente texto: “*Pagar las obligaciones aprobadas, en el orden de prelación de pagos correspondiente, con los recursos disponibles de la masa de bienes en liquidación de la institución bancaria o persona jurídica vinculada, según sea el caso*”.

Los numerales 8 y 9, cuyo texto era: “*8. Participar al Registro Mercantil respectivo el inicio del proceso de liquidación administrativa de la institución del sector bancario o empresa de que se trate; 9. Participar al Registro Mercantil respectivo, la finalización del proceso de liquidación administrativa del ente fallido, con indicación expresa de la extinción de su personalidad jurídica participación esta que deberá ser publicada luego en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*”, se reducen a un solo numeral, el 8, que pasa a tener el siguiente texto: “*Participar al registro mercantil respectivo, el inicio y la finalización del proceso de liquidación de la institución bancaria o persona jurídica vinculada*”.

El numeral 12, cuyo texto era: “*Informar de forma mensual a los acreedores de la institución del sector bancario o empresa de que se trate, información adecuada y actualizada sobre el estado y desarrollo de la respectiva liquidación*”, pasa a ser el numeral 13, con el siguiente texto: “*Colocar mensualmente a disposición de los acreedores de la institución del sector bancario o persona jurídica vinculada de la que se trate, información adecuada y actualizada sobre el estado y desarrollo del respectivo proceso de liquidación*”.

⁶⁷ Estas funciones son:

“*11. Actuar como fiduciario, cuando ello sea necesario a los fines de culminar el proceso de liquidación respectivo.*”

“*12. Compensar obligaciones cuando entre la respectiva institución bancaria o persona jurídica vinculada en proceso de liquidación y terceros existan deudas recíprocas, líquidas y exigibles, sin limitación alguna respecto al orden de prelación de las obligaciones correspondientes*”.

⁶⁸ El texto de esta aparte era el siguiente: “*En todo caso, no podrá contratar con empresas privadas especializadas no financieras, cuyos directores o directoras o accionistas, tengan vínculo conyugal o parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad con los directivos o administradores del ente liquidador; tampoco podrá contratarse con personas jurídicas que se*

encuentren vinculadas a un banco o institución financiera sometida a medidas administrativas, mecanismos extraordinarios de transferencia, intervención o liquidación”.

El Control de Cambios en Venezuela a Fines del Año 2019

Carlos Eduardo Acedo Sucre¹

Sumario

- I. Posibilidad de hacer operaciones de cambio sin intervención del Estado y a una tasa libremente convenida a partir del 7 de septiembre de 2018
- II. Posibilidad de hacer operaciones de cambio sin intervención del Estado y a una tasa libremente convenida entre el 19 de febrero de 2014 y el 7 de septiembre de 2018
- III. Ningún hecho del príncipe impide pagar en divisas las obligaciones pagaderas en moneda extranjera
- IV. Pago en bolívares de obligaciones cuya moneda de cuenta es extranjera
- V. La peculiar jurisprudencia venezolana

- I. *Posibilidad de hacer operaciones de cambio sin intervención del Estado y a una tasa libremente convenida a partir del 7 de septiembre de 2018*

La Ley del Banco Central de Venezuela, cuya última versión es la publicada el 30 de diciembre de 2015 (la “**Ley del BCV**”), establece, en su artículo 34, que “*El diseño del régimen cambiario será regulado por medio de los correspondientes convenios cambiarios que acuerden el Ejecutivo Nacional, a través del Ministro o Ministra del Poder Popular con competencia en materia de finanzas y el Banco Central de Venezuela, por intermedio de su Presidente o Presidenta.*” Además, el artículo 124 de la Ley del BCV dispone que “*Los convenios cambiarios que celebren el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela regularán todo lo correspondiente al sistema cambiario del país. Éstos podrán establecer limitaciones o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda nacional cuando se considere necesario para su estabilidad, así como para la continuidad de los pagos internacionales del país o para contrarrestar movimientos inconvenientes de capital.*” De conformidad con lo anterior, el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Finanzas del Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas (el “**Ministerio de Finanzas**”) y Banco Central de Venezuela (el “**BCV**”), han emitido, a través de los años, numerosos convenios cambiarios. Actualmente, el único convenio cambiario en vigor es el Convenio Cambiario N° 1, celebrado entre el Ministerio de Finanzas y el BCV, y publicado en la Gaceta Oficial N° 6.405 de fecha 7 de septiembre de 2018 (el “**Convenio Cambiario N° 1**”).

¹ Con la colaboración de Luisa Lepervanche Acedo

En el Convenio Cambiario N° 1, las autoridades cambiarias, que son el Ministerio de Finanzas y el BCV, dieron por bueno el Decreto Constituyente publicado en la Gaceta Oficial N° 41.452 de fecha 2 de agosto de 2018 (el “**Decreto Constituyente**”), dictado por la Asamblea Nacional Constituyente (la “**Asamblea Constituyente**”), que derogó, entre otras cosas, la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos. La Asamblea Constituyente fue establecida en violación de los requisitos constitucionales,² y, en todo caso, no está facultada para derogar leyes;³ pero el régimen la considera “soberana y plenipotenciaria”.⁴ Si bien la validez de las decisiones de la Asamblea Constituyente está, con razón, cuestionada, el Ministerio de Finanzas y el BCV, que son los órganos encargados de diseñar y ejecutar las políticas cambiarias, emitieron el Convenio Cambiario N° 1 en aplicación del Decreto Constituyente, que nosotros también daremos por bueno, a los efectos del presente análisis. En consecuencia, en los párrafos que siguen, partimos de la premisa de que la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos está abrogada, lo mismo que otras normas legales a las que se refiere el Decreto Constituyente.

El Convenio Cambiario N° 1 establece un sistema de subastas de divisas organizadas por el BCV, que denomina “*Sistema de Mercado Cambiario*” (las “**Subastas Organizadas por el BCV**”); y contempla la aplicación de una tasa de cambio única referencial para la generalidad de las operaciones cambiarias, la cual resulta de las Subastas Organizadas por el BCV (el “**Tipo de Cambio de Referencia**”). ¿Cuál es el alcance de esto? La respuesta a esa pregunta es muy importante, pues puede dar lugar a considerar que no es lícito celebrar operaciones cambiarias fuera de las Subastas Organizadas por el BCV, o que sólo son lícitas las operaciones cambiarias fuera de las Subastas Organizadas por el BCV si se realizan al Tipo de Cambio de Referencia. En los párrafos que siguen expondremos nuestra opinión de que es lícito celebrar operaciones cambiarias fuera de las Subastas Organizadas por el BCV, a una tasa distinta del Tipo de Cambio de Referencia.

La norma del Convenio Cambiario N° 1 sobre el Tipo de Cambio de Referencia es su artículo 9, que alude al “tipo de cambio promedio ponderado de las operaciones transadas en el Sistema de Mercado Cambiario a que se contrae el presente Convenio Cambiario” –las Subastas Organizadas por el BCV–, y

² Véase el pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales del 20 de junio de 2017: [http://aciropol.org.ve/cmaciropol/Resources/Pronunciamientos/Pronunciamiento%20sobre%20Bases%20Comiciales%20de%20la%20ANC.%20\(.pdf](http://aciropol.org.ve/cmaciropol/Resources/Pronunciamientos/Pronunciamiento%20sobre%20Bases%20Comiciales%20de%20la%20ANC.%20(.pdf)

³ Véase el pronunciamiento de las Academias Nacionales del 15 de agosto de 2017: <http://aciropol.org.ve/cmaciropol/Resources/Pronunciamientos/2017-08-15%20Pronunciamiento%20Academias%20ante%20ilegitima%20ANC.pdf>

⁴ Por ejemplo, Acuerdo Constituyente publicado en la Gaceta Oficial N° 41.454 del 6 de agosto de 2018.

luego expresa principalmente lo siguiente: "El tipo de cambio de referencia dispuesto en el presente artículo aplicará para todas aquellas operaciones de liquidación de monedas extranjeras del sector público y privado; y será el de referencia de mercado a todos los efectos".

Actualmente, el Tipo de Cambio de Referencia es publicado por el BCV en su página web, como "el promedio ponderado resultante de las operaciones diarias de las mesas de cambio activas de las instituciones bancarias participantes". Estas mesas de cambio están previstas en la Resolución N° 19-05-01 del BCV, publicada en la Gaceta Oficial N° 41.624 de fecha 2 de mayo 2019, mediante la cual se establecen y regulan las mesas de cambio de los bancos operadores cambiarios, destinadas a realizar operaciones de compra y venta de moneda extranjera (la "**Resolución sobre Mesas de Cambio**"). En efecto, el artículo 3 de la Resolución sobre Mesas de Cambio dispone que "El Banco Central de Venezuela, conforme a la información que suministren los operadores cambiarios, publicará diariamente en su página web el tipo de cambio promedio ponderado de las operaciones transadas en las mesas de cambio de los operadores cambiarios, el cual será el tipo de cambio de referencia al que alude el artículo 9 del Convenio Cambiario N° 1 del 21 de agosto de 2018". De manera que las Subastas Organizadas por el BCV son ahora, sin que se haya modificado el Convenio Cambiario N° 1, las operaciones de las mesas de cambio de los bancos operadores cambiarios, de las que resulta el Tipo de Cambio de Referencia.

Las Subastas Organizadas por el BCV, que ahora se realizan en las mesas de cambio de los bancos operadores cambiarios, teóricamente están sujetas al artículo 11 del Convenio Cambiario N° 1, que señala que (i) "*Las operaciones de compra y venta de monedas extranjeras por parte de las personas naturales y jurídicas del sector privado a través de los operadores cambiarios autorizados, se realizarán mediante el uso de las facilidades que brinda el Sistema de Mercado Cambiario, bajo la regulación y administración del Banco Central de Venezuela*"; (ii) "*Dicho Sistema operará automatizadamente de manera organizada y transparente, sin que los participantes conozcan las cotizaciones de oferta y demanda durante el proceso de cotización y cruce de las transacciones, información esta que conjuntamente con la identificación de la contraparte resultante, se conocerá luego del proceso de pacto a los fines de la liquidación de las transacciones pactadas*"; y (iii) "*El Sistema de Mercado Cambiario corresponde a un sistema de compra y venta de moneda extranjera, en bolívares, en el que demandantes y oferentes participan sin restricción alguna*". Sin embargo, estos requisitos, en la práctica, nunca fueron cumplidos por el BCV, pues sólo algunas personas podían acceder a divisas asignadas en las Subastas Organizadas por el BCV, quien usualmente les asignaba tales divisas a una tasa cambiaria muy inferior al tipo de cambio del mercado. La intervención de las mesas de cambio no resultó en mayor transparencia, pues, según el artículo

1 de la Resolución sobre Mesas de Cambio, las operaciones de cambio resultan de “*pactos*” de las instituciones financieras, “*sin necesidad que exista ante ellas una operación que se corresponda con alguna cotización de compra o venta específica registrada por los participantes*”, lo que estimamos violatorio del artículo 11 del Convenio Cambiario N° 1. No creemos que las operaciones de las mesas de cambio encajen dentro del esquema previsto en el Convenio Cambiario N° 1 para las Subastas Organizadas por el BCV, porque, entre otras razones, el BCV no participa, salvo para publicar el Tipo de Cambio de Referencia, tal como se desprende de la Resolución sobre Mesas de Cambio. Por lo tanto, la Resolución sobre Mesas de Cambio es nula, en cuanto contradice el Convenio Cambiario N° 1, de mayor jerarquía. Sin embargo, la Resolución sobre Mesas de Cambio está siendo aplicada y emana del BCV, quien es, junto con el Ministerio de Finanzas, el órgano encargado de diseñar y ejecutar las políticas cambiarias. Entonces, a efectos de nuestra argumentación, partimos de la base, en los párrafos siguientes, de que la Resolución sobre Mesas de Cambio es válida.

Estando en vigor el Convenio Cambiario N° 1 y no existiendo todavía la Resolución sobre Mesas de Cambio, las autoridades continuaron utilizando la expresión tasa DICOM (que alude al extinto Sistema Complementario de Divisas), ahora refiriéndose al Tipo de Cambio de Referencia. A raíz de la Resolución sobre Mesas de Cambio, las autoridades sustituyeron el llamado tipo de cambio DICOM, resultante de operaciones del BCV (que podían encajar mejor en el concepto de las Subastas Organizadas por el BCV), por la tasa cambiaria resultante de las operaciones de las mesas de cambio. Con ello, las autoridades dieron a entender que ahora las operaciones de las mesas de cambio califican como el mecanismo oficial previsto en el artículo 11 del Convenio Cambiario N° 1. En virtud de lo antes dicho y dado el rol que tienen el Ministerio de Finanzas y el BCV, trataremos, en este trabajo, las operaciones de las mesas de cambio, bajo la Resolución sobre las Mesas de Cambio, como que si fueran Subastas Organizadas por el BCV, bajo el Convenio Cambiario N° 1; así que asumiremos que el Tipo de Cambio de Referencia es el que resulta de promediar tales operaciones.

Con base en lo anterior, tenemos que el artículo 9 del Convenio Cambiario N° 1 y el artículo 3 de la Resolución sobre Mesas de Cambio establecen que el Tipo de Cambio de Referencia (i) es “*el tipo de cambio promedio ponderado de las operaciones transadas en las mesas de cambio de los operadores cambiarios*”; (ii) se “*aplicará para todas aquellas operaciones de liquidación de monedas extranjeras del sector público y privado*”; y (iii) constituye la tasa cambiaria “*de referencia de mercado a todos los efectos*”.

Sin duda, el Tipo de Cambio de Referencia se aplica cuando las partes o la ley no establecen otra tasa cambiaria. En nuestro criterio, las partes pueden

pactar operaciones de cambio fuera de las mesas de cambio, y aplicar una tasa cambiaria distinta del Tipo de Cambio de Referencia. Nos explicamos:

El artículo 6 del Código Civil señala que "No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres", es decir, (i) hay leyes en cuya observancia el orden público y las buenas costumbres no están interesados, y (ii) es posible renunciar o relajar, por convenios particulares, estas últimas leyes.

Por lo tanto, una norma, dependiendo de su contexto, puede ser (i) una disposición imperativa, que es inderogable por los particulares; o (ii) una disposición supletoria, que admite pacto en contrario.

Dados el contexto del artículo 9 del Convenio Cambiario N° 1, y la forma como está redactado este artículo debe ser considerado una norma en cuya observancia el orden público y las buenas costumbres no están interesados, a la luz del artículo 6 del Código Civil. En efecto, el Convenio Cambiario N° 1 no expresa que su artículo 9, relativo al Tipo de Cambio de Referencia, es de orden público. El Convenio Cambiario N° 1 tampoco expresa que la generalidad de sus disposiciones son de orden público. Además, dicho artículo 9 emplea las palabras "*de referencia*", que no son compatibles con una disposición imperativa, inderogable por los particulares. En consecuencia, dicho artículo 9 debe ser considerado una disposición supletoria, que admite pacto en contrario. Por consiguiente, las partes pueden acordar el establecimiento de una tasa de cambio diferente. Por ende, el Tipo de Cambio de Referencia sólo se aplica en caso de que las partes no hayan establecido una tasa distinta.

Las afirmaciones precedentes son la consecuencia de lo siguiente:

- A. El Tipo de Cambio de Referencia no se utiliza en las operaciones cambiarias de las mesas de cambio, sino que es el promedio de las tasas de dichas operaciones del día anterior. De manera que el Tipo de Cambio de Referencia no es una tasa de cambio única. Por lo tanto, en el artículo 9 del Convenio Cambiario N° 1, el concepto mismo de Tipo de Cambio de Referencia ("*el tipo de cambio promedio ponderado de las operaciones transadas en las mesas de cambio de los operadores cambiarios*") está reñido con la afirmación, en el mismo artículo, de que el Tipo de Cambio de Referencia se "*aplicará para todas aquellas operaciones de liquidación de monedas extranjeras del sector público y privado*". Una norma sub-legal con estas características no puede razonablemente ser considerada una disposición de orden público. Por lo tanto, en las operaciones de cambio, las partes

pueden acordar expresamente una tasa de cambio diferente del Tipo de Cambio de Referencia. En nuestro criterio, el Tipo de Cambio de Referencia es una tasa oficial, que se aplica principalmente a la contabilidad y a las operaciones de cambio en las cuales las partes no hayan acordado expresamente una tasa de cambio diferente.

- B. Interpretar que el artículo 9 del Convenio Cambiario N° 1 es una norma de orden público, contradice el Decreto Constituyente. En efecto, dicho artículo establece un Tipo de Cambio de Referencia, que, si no admitiera pacto en contrario, sería contrario a las siguientes disposiciones:
- a. La Asamblea Constituyente, en el Decreto Constituyente, hizo referencia a (i) la Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos (el nombre del Decreto Constituyente es *“Decreto Constituyente mediante el cual se Establece la Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos”*); (ii) la necesidad de *“que los particulares puedan realizar transacciones cambiarias entre privados propias en divisas, de origen lícito, sin más limitaciones que las establecidas por la ley”* (primer considerando del Decreto Constituyente); (iii) *“las garantías para que los particulares, sean personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, puedan participar más activamente en emprendimientos socio económicos, inversiones, actividades productivas y de desarrollo social, y con el firme propósito de brindar las máximas seguridades para la inversión extranjera productiva”* (segundo considerando del Decreto Constituyente); y (iv) el *“objeto”* de *“establecer la derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos..., con el propósito de otorgar a los particulares, tanto personas naturales como jurídicas, nacionales o extranjeras, las más amplias garantías para el desempeño de su mejor participación en el modelo de desarrollo socio-económico productivo del país”* (artículo 1 del Decreto Constituyente).
 - b. La Asamblea Constituyente, a través del Decreto Constituyente, derogó (i) toda la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos, (ii) la parte del artículo 138 de la Ley del BCV relativa al *“ilícito referido a la actividad de negociación y*

- comercio de divisas en el país*”, y (iii) cualquier otra norma que colida con el Decreto Constituyente.
- C. Interpretar que el artículo 9 del Convenio Cambiario, antes citado, es una disposición de orden público, contradice otros artículos del mismo. En efecto, el Ministerio y el BCV, mediante el Convenio Cambiario N° 1, establecieron que (i) “*El presente Convenio Cambiario tiene por objeto establecer la libre convertibilidad de la moneda*” (artículo 1 del Convenio Cambiario N° 1); y (ii) “*se restablece la libre convertibilidad de la moneda en todo el territorio nacional, por lo que cesan las restricciones sobre las operaciones cambiarias*” (artículo 2 del Convenio Cambiario N° 1).
- D. Interpretar que el artículo 9 del Convenio Cambiario N° 1 es una disposición de orden público, es inconsistente con el primer considerando de la Resolución sobre Mesas de Cambio, que ratifica “*la libre convertibilidad de la moneda en todo el territorio nacional*”.
- E. Se necesita una ley para establecer restricciones sobre las operaciones cambiarias que realicen los particulares fuera de las Subastas Organizadas por el BCV (las “**Restricciones para los Particulares**”). En efecto, tal como señalamos antes, el primer considerando del Decreto Constituyente exige “*que los particulares puedan realizar transacciones cambiarias entre privados propias en divisas, de origen lícito, sin más limitaciones que las establecidas por la ley*” (resaltado nuestro). No existe ninguna ley que establezca Restricciones para los Particulares.⁵ Tampoco existe ninguna ley que establezca sanciones por aplicar una tasa distinta del Tipo de Cambio de Referencia. Pretender imponer el Tipo de Cambio de Referencia para operaciones cambiarias celebradas fuera de las Subastas Organizadas por el BCV, sería ilegal e inconstitucional, pues el Convenio Cambiario N° 1 no es una ley.
- F. Si bien existen dudas muy fundadas relativas a la validez del Decreto Constituyente, el Ministerio y el BCV emitieron posteriormente el Convenio Cambiario N° 1, el cual, en aplicación del Decreto Constituyente, restablece –repetimos– la

⁵ Esto es asumiendo que la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos fue correctamente abrogada por el Decreto Constituyente.

libre convertibilidad. De manera que los órganos encargados de diseñar y ejecutar las políticas cambiarias dieron por buena la “*Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos*” proclamada por el Decreto Constituyente. Mal pueden ahora las autoridades cuestionar la realización de operaciones cambiarias a una tasa distinta del Tipo de Cambio de Referencia.

- G. El artículo 13 del Convenio Cambiario N° 1 establece que “*Las operaciones de compra y venta de monedas extranjeras a través del Sistema de Mercado Cambiario, podrán ser realizadas con posiciones mantenidas por personas naturales y jurídicas del sector privado que deseen presentar sus cotizaciones de oferta y demanda, en cualquier moneda extranjera*” (resaltado nuestro). El verbo *poder* denota una *facultad*, y no una *obligación*. Además, para que haya una prohibición, tiene que ser expresa, y en este caso no hay ninguna disposición que prohíba expresamente que los particulares realicen operaciones fuera de las Subastas Organizadas por el BCV, a la tasa cambiaria que acuerden.
- H. El artículo 19 del Convenio Cambiario N° 1, que regula las operaciones al menudeo, establece que las personas “*interesadas en realizar operaciones de ventas de moneda extranjera*” por menos de € 8.500 “*podrán hacerlo a los operadores cambiarios autorizados*” (resaltado nuestro). Nuevamente, el uso del verbo *poder* implica que también pueden hacerlo privadamente.
- I. El artículo 11 del Convenio Cambiario N° 1 establece que “*las operaciones de compra y venta de monedas extranjeras por parte de las personas naturales y jurídicas del sector privado a través de los operadores cambiarios autorizados, se realizarán mediante el uso de las facilidades que brinda el Sistema de Mercado Cambiario, bajo la regulación y administración del Banco Central de Venezuela.*” En ausencia de una prohibición expresa, debe interpretarse que hay otra categoría: las operaciones de compra y venta de monedas extranjeras por parte de las personas naturales y jurídicas del sector privado que no se realicen a través de los operadores cambiarios autorizados. Es decir, si las personas desean hacerlo a través de los operadores cambiarios autorizados, se obtendrían las “*facilidades que brinda el Sistema de Mercado Cambiario*” organizado por el BCV. En

el otro caso, las personas pueden hacerlo privadamente, sin contar con dichas “*facilidades*”.

- J. El Convenio Cambiario N° 1 establece, en su artículo 81, lo que sigue: *"Todas aquellas operaciones de liquidación de moneda extranjera se tramitarán a través del mercado cambiario, en los términos de su regulación"*. Puede interpretarse que el “*mercado cambiario*” de dicho artículo 81 incluye, tanto las operaciones de las Subastas Organizadas por el BCV, para las que el Convenio Cambiario N° 1 utiliza la expresión “*Sistema del Mercado Cambiario*”, como las operaciones fuera de este sistema. Lo mismo puede decirse del artículo 10 del Convenio Cambiario N° 1, que señala que los particulares pueden realizar compra y venta de posiciones propias en moneda extranjera en los términos en que *"tales operaciones han sido convenidos en el marco de la regulación del mercado cambiario contemplado en el presente Convenio Cambiario"*. Las normas que imponen restricciones a libertades y limitan derechos deben ser interpretadas de la forma más restrictiva posible, es decir, de la manera que menos afecten adversamente a los particulares.
- K. El artículo 128 de la Ley del BCV establece que *"Los pagos estipulados en monedas extranjeras se cancelan, salvo convención especial, con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar"* y *"la fecha de pago"*. Nada impide que las partes acuerden aplicar esta tasa. La Ley del BCV, a diferencia del Convenio Cambiario N° 1, es una ley. El “*tipo de cambio corriente en el lugar*” y “*la fecha de pago*” es una tasa de cambio real que resulta de la oferta y la demanda en un sitio y momento dados; es una verdadera tasa de mercado, que varía constantemente y que está disponible para la generalidad de las personas que desean acceder a divisas. No creemos que este concepto es compatible con el Tipo de Cambio de Referencia, que es una tasa referencial, obtenida promediando operaciones que, según el artículo 1 de la Resolución sobre Mesas de Cambio, resultan de “*pactos*” de las instituciones financieras, *"sin necesidad que exista ante ellas una operación que se corresponda con alguna cotización de compra o venta específica registrada por los participantes"*; y las cuales no cubren sino una parte del mercado. Volveremos sobre esto más abajo.

- L. Conforme al artículo 128 de la Ley del BCV, es válido celebrar contratos que creen obligaciones en divisas. Además, de acuerdo con el mismo artículo, es legalmente posible convenir que las obligaciones en divisas tienen que ser cumplidas mediante la entrega de la moneda extranjera de que se trate. Finalmente, según dicho texto legal, en ausencia de tal convenio, dichas obligaciones pueden ser pagadas mediante la entrega del equivalente en bolívares a la tasa de cambio corriente en el lugar y la fecha de pago. En consecuencia, existe una norma general según la cual las partes son libres de contratar en divisas. Esa libertad debe extenderse a la fijación de la tasa cambiaria en las operaciones de cambio, la cual puede ser, como dijimos antes, el “*tipo de cambio corriente en el lugar*” y “*la fecha de pago*” o cualquier otra tasa cambiaria. La norma general del artículo citado es en un todo compatible con la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación consagradas en el Código Civil. Durante el actual control de cambios, que se inició en el año 2003, ha habido varias reformas de la Ley del BCV, que no han tocado ese artículo. Entonces, el legislador reconoció, después de la emisión de las diversas normas sobre control de cambios, la posibilidad de que las partes de una relación jurídica establezcan una obligación denominada en moneda extranjera y pacten que el deudor sólo podrá liberarse mediante la entrega de la divisa seleccionada, en cuyo caso se aplica, por ley, el “*tipo de cambio corriente en el lugar*” y “*la fecha de pago*”, o sea, la tasa de mercado, la cual, por ende, rige en todos los negocios jurídicos que las partes deseen. La libertad de contratación, en todo lo que no esté regulado por una ley, y su ejercicio sin miedo a sanciones, son valores protegidos por la Constitución. Por un lado, las prohibiciones deben establecerse expresamente por ley, entre otras razones, porque así lo dispone el artículo 112 de la Constitución, que prevé que todas las personas pueden dedicarse libremente a cualquier actividad económica, y que esta libertad solo puede ser limitada por la ley o por la Constitución misma, en razón de varios fines contemplados en el mismo artículo. Por otro lado, las penas de prisión, multas y otras sanciones deben ser expresamente establecidas por la ley, entre otras razones, porque el artículo 49, número 6, de la Constitución establece que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren

previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

En consecuencia, los particulares pueden realizar operaciones cambiarias fuera de las Subastas Organizadas por el BCV, a una tasa distinta del Tipo de Cambio de Referencia. Sin embargo, existe falta de comprensión de las autoridades respecto de las normas cambiarias y falta de coherencia en su aplicación por parte de las mismas, lo cual se refleja en una jurisprudencia criticable. Volveremos sobre esto más abajo.

II. Posibilidad de hacer operaciones de cambio sin intervención del Estado y a una tasa libremente convenida entre el 19 de febrero de 2014 y el 7 de septiembre de 2018

La posibilidad de realizar operaciones de cambio sin intervención del BCV a tasas distintas de la oficial no es ninguna novedad, a pesar de las posturas que han tomado las autoridades arbitrariamente.

En efecto, antes del Decreto Constituyente y el Convenio Cambiario N° 1, el artículo 11 de la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos establecía lo siguiente:

“Mercado alternativo de divisas

Artículo 11. Sin perjuicio del acceso a los mecanismos administrados por las autoridades competentes del régimen de administración de divisas a los que se refiere este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, las personas naturales y jurídicas demandantes de divisas, podrán adquirirlas a través de transacciones en moneda extranjera ofertadas por:

1. Personas naturales y jurídicas del sector privado,
2. Petróleos de Venezuela, S.A.,
3. Banco Central de Venezuela, y,
4. Bancos del Estado.

Dichas transacciones se realizarán en los términos dispuestos en los convenios cambiarios que se dicten al efecto entre el Banco Central de Venezuela y el Ejecutivo Nacional, así como, conforme a las regulaciones que en su desarrollo establezcan los términos, requisitos y condiciones que rigen la participación en dicho mercado, y la normativa prudencial que dicten las Superintendencias competentes en materia bancaria y de valores a tales fines”.

Durante este período hubo varias tasas oficiales de cambio (por ejemplo, DICOM). Pero, en todos los casos, para comprar o vender divisas al tipo de cambio aplicable, los interesados debían someterse a procedimientos

centralizados en las autoridades cambiarias, quienes, de hecho, adjudicaban las divisas que deseaban a los solicitantes que querían. En algunos casos, la tasa era establecida por la propia normativa; y, en los demás casos, la tasa era determinada por la propia autoridad, de manera unilateral (por ejemplo, DICOM). En nuestra opinión, las operaciones correspondientes no podían razonablemente ser consideradas como constitutivas de un mercado, pues, para que haya un mercado (en este caso un “*Mercado alternativo de divisas*”), se necesita que la generalidad de las personas naturales y jurídicas del sector privado pueda comprar y vender moneda extranjera libremente, bajo las reglas de la oferta y la demanda, al precio resultante de dichas reglas.

La participación del sector privado en el mercado de divisas no estaba regulada por la ley. En efecto, eran normas sub-legales las que establecían dicho procedimiento regulado que se verificaba en el BCV. Es más, “*el Banco Central de Venezuela y el Ejecutivo Nacional*”, mediante “*convenios cambiarios*”, o “*las Superintendencias competentes en materia bancaria y de valores*”, mediante resoluciones, podían establecer “*los términos*” de dicho “*Mercado alternativo de divisas*”; pero no podían eliminarlo, ni desvirtuarlo, pues fue previsto en el artículo citado, que preveía que “*las personas naturales y jurídicas demandantes de divisas*” pudieran adquirirlas de “*Personas naturales y jurídicas del sector privado*” en dicho “*Mercado*”.

A partir del 19 de febrero de 2014, no existió ninguna prohibición de rango legal contra el mercado paralelo de divisas. Justo antes de esta fecha, estuvieron prohibidas por ley las operaciones de cambio no centralizadas en el BCV, a la tasa determinada por éste. Nos referimos a la Ley contra los Ilícitos Cambiarios que estuvo vigente hasta 2014, cuya última reforma fue del 4 de diciembre de 2013. Esta ley establecía, en el primer párrafo de su artículo 9, que era “*competencia exclusiva del Banco Central de Venezuela... la venta y compra de divisas por cualquier monto*”. El mismo párrafo disponía que “*Quien contravenga esta normativa está cometiendo un ilícito cambiario y será sancionado con multa*”. El segundo párrafo del mismo artículo preveía un incremento de la multa para “*Quien en una o varias operaciones en un mismo año calendario, sin intervención del Banco Central de Venezuela, compre, venda o de cualquier modo ofrezca, enajene, transfiera o reciba divisas*”, en caso de que los montos totales excedieran de diez mil dólares de los EE. UU. de A. anuales. De acuerdo con el tercer párrafo de dicho artículo, si el monto total excedía de veinte mil dólares por año, la persona que comprara, vendiera, o de cualquier manera ofreciera, enajenara, transfiriera o recibiera divisas, era penada con prisión.

Pero la Ley contra los Ilícitos Cambiarios del 4 de diciembre de 2013 fue derogada por la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos del 19 de febrero de

2014, que a su vez fue abrogada por la ley con el mismo nombre del 18 de noviembre de 2014, que a su vez fue derogada por la ley llamada igual del 30 de diciembre de 2015. Ninguna de las tres Leyes del Régimen Cambiario y sus Ilícitos tenía una norma similar al artículo 9 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, antes citado. Por el contrario, el artículo 9 de la ley del 19 de febrero de 2014, el artículo 9 de la ley del 18 de noviembre de 2014 y el artículo 11 de la ley del 30 de diciembre de 2015 establecían, idénticamente, que *“las personas naturales y jurídicas demandantes de divisas, podrán adquirirlas a través de transacciones en moneda extranjera ofertadas por”* –entre otras– *“Personas naturales y jurídicas del sector privado.”* Según los artículos citados, esas personas podían realizar tales operaciones de cambio, *“Sin perjuicio del acceso a los mecanismos administrados por las autoridades competentes del régimen de administración de divisas”* a los que se referían las leyes mencionadas. Las dos últimas leyes precisaban, en los artículos citados, que se trataba de un *“Mercado alternativo de divisas”*. Por lo tanto, en el momento en que el Decreto Constituyente derogó la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, ésta (i) reconocía la existencia de dos mercados distintos, (a) el mercado oficial, que consistía en los *“mecanismos administrados por las autoridades”*, y (b) el mercado paralelo, denominado *“mercado alternativo de divisas”*; y, por ende, (ii) no prohibía operaciones cambiarias que no estuvieran reguladas.

En consecuencia, desde el 19 de febrero de 2014 hasta la presente fecha, es legalmente posible realizar operaciones de cambio aplicando el *“tipo de cambio corriente en el lugar”* y *“la fecha de pago”* o, lo que es lo mismo, la tasa de cambio de mercado, conforme al artículo 128 de la Ley del BCV. Esto también era legalmente posible antes de la vigencia del citado artículo 9 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, cuya última reforma fue del 4 de diciembre de 2013, la cual fue derogada el 19 de febrero de 2014, pues to que hubo períodos en los que estuvieron permitidas las operaciones de cambio realizadas mediante la adquisición o permuta de títulos valores; por ejemplo, una persona compra un bono de la deuda pública por un precio en bolívares y lo vende por un precio en dólares de los EE.UU. de A.

Pretender que se aplique una tasa de cambio única tampoco es ninguna novedad. En efecto, esto estaba previsto en el Convenio Cambiario N° 39 celebrado entre el BCV y el Ministerio de Finanzas, publicado el 26 de enero de 2018, reimpresso el 29 de enero de 2019, que fue derogado por el Convenio Cambiario N° 1. El Convenio Cambiario N° 39 era una normativa de rango sub-legal, y, por ende, no podía contradecir a ninguna ley. El Convenio Cambiario N°

39, sin embargo, establecía lo siguiente: sus artículos 3⁶, 11⁷ y 12⁸ disponían que el “*el tipo de cambio complementario flotante de mercado*” –también conocido como tasa DICOM– será la tasa más baja adjudicada en el sistema de subastas DICOM administrado por el BCV; y sus artículos 28⁹ y 30¹⁰ establecían que ese “*tipo de cambio complementario flotante de mercado*” o tasa DICOM será la tasa aplicable a todas las operaciones del sector público y privado. Dicho artículo 30 llegaba al exceso de decir que el Convenio Cambiario N° 39 regía con respecto a las operaciones no reguladas en el mismo. Ahora bien, la validez de estos artículos sería cuestionable, si se les tuviera por disposiciones de orden público, puesto que estos artículos limitarían la libertad de contratación y la libre convertibilidad, y habrían sido impuestos por vía sub-legal con cuestionable delegación legal, por lo que estarían viciados de nulidad, por ilegales e inconstitucionales.

III. Ningún hecho del príncipe impide pagar en divisas las obligaciones pagaderas en moneda extranjera

De acuerdo con lo expresado anteriormente, el artículo 128 de la Ley del BCV es una norma general según la cual las partes son libres de contratar en divisas, la cual es compatible con la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación consagradas en el Código Civil y protegidas por la Constitución. Efectivamente, cuando el legislador, en el artículo citado, dispuso que “*Los pagos estipulados en monedas extranjeras se cancelan, salvo convención especial, con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal*”, dejó claro que las partes pueden decidir obligarse en divisas, e, inclusive, pactar que el pago sólo pueda realizarse en la moneda extranjera seleccionada. En los casos en los que el deudor puede liberarse de su obligación en divisas pagando a su acreedor el equivalente en bolívares, la moneda extranjera seleccionada es la moneda de cuenta, en cuyo caso se aplica el “*tipo de cambio corriente en el lugar*” y “*la fecha de pago*”. En

⁶ El artículo 3 dispone lo siguiente: “*El valor del tipo de cambio en bolívares resultante de la subasta, será el menor precio propuesto por las personas jurídicas demandantes de moneda extranjera que resultare adjudicado, es decir, el valor marginal sobre las demandas adjudicadas a las personas jurídicas.*”

⁷ El artículo 11 señala, en parte, lo que sigue: “*...El tipo de cambio vigente será el de la última subasta.*”

⁸ El artículo 12 dispone, en parte, que: “*Los operadores cambiarios autorizados deberán anunciar en sus oficinas el Tipo de Cambio Complementario Flotante de Mercado (DICOM) vigente al que se contrae el artículo 11 del presente Convenio Cambiario...*”

⁹ El artículo 28 del Convenio Cambiario N° 39 dispone, en parte, lo que sigue: “*El tipo de cambio de referencia previsto en el artículo 11 del presente Convenio Cambiario, aplicará para todas aquellas operaciones de liquidación de monedas extranjeras del sector público y privado.*”

¹⁰ El artículo 30 señala que: “*Todas aquellas operaciones de liquidación de monedas extranjeras no previstas expresamente en el presente Convenio Cambiario, se tramitarán a través de los mercados alternativos regulados en la normativa cambiaria, al tipo de cambio complementario flotante de mercado.*”

cambio, si existe la “*convención especial*” a la que alude el artículo citado artículo 128, dicha divisa es también la moneda de pago, en cuyo caso el único pago liberatorio es el realizado en la moneda extranjera escogida. De modo que, en los contratos en moneda extranjera, la divisa seleccionada por las partes es, en principio, la moneda de cuenta, y, si existe la referida “*convención especial*”, dicha divisa es, más bien, la moneda de pago. Esta “*convención especial*” puede ser una cláusula en el contrato que crea la obligación en divisas, estableciendo que su pago se hará en la moneda extranjera escogida; o un contrato adicional que establezca que la deuda en divisas debe ser pagada en la moneda extranjera escogida. En ambos casos, dicha “*convención especial*” ha de ser respetada, en virtud de la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación, por lo que el pago no puede ser realizado mediante la entrega del equivalente en bolívares.

Durante el actual control de cambios, que se inició en el año 2003, ha habido varias reformas de la Ley del Banco Central de Venezuela, que no han tocado el artículo que acabamos de transcribir. Entonces, el legislador reconoció, después de la emisión de las diversas normas sobre control de cambios, la posibilidad de que las partes de una relación jurídica establezcan una obligación denominada en moneda extranjera y pacten que el deudor sólo podrá liberarse mediante la entrega de la divisa seleccionada.

Las operaciones del BCV, de donde resultaba el tipo de cambio DICOM, y las operaciones de las mesas de cambio, de donde resulta el Tipo de Cambio de Referencia, tienen el denominador común de estar reguladas por el BCV; y el tipo de cambio DICOM y el Tipo de Cambio de Referencia son tasas oficiales. Las normas sobre control de cambios (i) nunca han impedido tener divisas en cuentas bancarias en el exterior; y (ii) prevén, desde hace años, la posibilidad de que las personas interesadas en participar en operaciones reguladas por el BCV mantengan divisas en cuentas bancarias en Venezuela. De manera que las divisas no son bienes cuya tenencia esté prohibida.

La circunstancia de que las personas naturales o jurídicas, en la práctica, no puedan acceder a divisas a través de los sistemas regulados por el BCV, o no puedan acceder a divisas a una tasa oficial, si fuere el caso, no significa que esas personas queden liberadas de sus obligaciones en moneda extranjera. Los deudores no pueden pretender incumplir sus obligaciones en divisas basándose en un supuesto hecho del príncipe. En efecto, para que una persona quede liberada de su obligación, se requiere que exista un hecho imprevisible e irresistible que le impida pagar, es decir, una causa extraña que no le es imputable, tal como un caso fortuito o de fuerza mayor, que haga imposible el cumplimiento. Esto está previsto en los artículos 1271 y 1272 del Código Civil, que disponen respectivamente lo siguiente:

El Control de Cambios en Venezuela a Fines del Año 2019

“El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe.

“El deudor no está obligado a pagar daños y perjuicios, cuando, a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, ha dejado de dar o de hacer aquello a que estaba obligado o ha ejecutado lo que estaba prohibido.”

Dicha causa extraña no imputable al obligado, calificable como caso fortuito o de fuerza mayor, puede ser, por ejemplo, un acto del gobierno que obstaculice totalmente el cumplimiento, es decir, lo que comúnmente es conocido como hecho del príncipe. Ahora bien, en el caso de aquellas obligaciones en moneda extranjera que sean pagaderas en la misma moneda, opinamos que el control de cambios no califica como hecho del príncipe. De hecho, cuanto más, el control de cambios ha dificultado o encarecido el pago en divisas, pero no ha imposibilitado su pago. En los momentos, antes del 19 de febrero de 2014, en los que estaban penalizadas las operaciones de compraventa de divisas, podía suceder que la parte deudora tuviera divisas o pudiera obtener divisas por otra vía. Y, a partir de esa fecha, son válidas las operaciones del mercado paralelo de divisas. Además, hablar de imprevisibilidad con respecto a un control de cambios que tiene casi dos décadas de vigencia es, por decir lo mínimo, ridículo.

Para pagar las divisas que adeuden, las personas pueden disponer de las divisas de que ya sean titulares, salvo en los casos en los que estén obligadas a vendérselas al BCV (casos éstos que son puntuales). Además, las personas pueden tener activos o ingresos en el exterior, con los que honrar sus obligaciones en moneda extranjera; por ejemplo, si un deudor en divisas tiene algún bien en el exterior, debe venderlo por un precio en moneda extranjera, para pagar su deuda con cargo a dicho precio, y no puede excusarse en el control de cambios venezolano para dejar de cumplir con su obligación en divisas. Entonces, el control de cambios no es un hecho imprevisible e irresistible, que impide cumplir con una obligación en divisas, sino que forma parte de la realidad diaria de todo venezolano desde hace muchos años.

De modo que los obligados en moneda extranjera pueden responder, aunque no tengan acceso a divisas a una tasa oficial. La mayor onerosidad o dificultad no cuadra dentro del género *causa extraña no imputable*, ni dentro del sub-género *caso fortuito o de fuerza mayor*, ni tampoco dentro de la especie *hecho del príncipe*. Para que un evento sea liberatorio, la mayor onerosidad o dificultad no es suficiente, sino que se necesita la imprevisibilidad e irresistibilidad, que hacen imposible el cumplimiento.

De manera que no es posible excusarse de pagar la moneda extranjera prometida, con el alegato de que las autoridades cambiarias y monetarias no les dan a los particulares acceso a divisas a una tasa oficial.

En el supuesto negado de que el control de cambios fuera calificable como un hecho del príncipe, esta calificación dejó de tener sentido a partir del 19 de febrero de 2014, pues, tal como señalamos antes, desde esa fecha existe la posibilidad de hacer operaciones de cambio sin intervención del Estado y a una tasa libremente convenida.

IV. Pago en bolívares de obligaciones cuya moneda de cuenta es extranjera

Las partes pueden acordar una obligación en divisas como moneda de cuenta, y no como moneda de pago. Desde que se instauró el actual control de cambios, es muy raro que un contrato establezca expresamente una obligación en divisas como moneda de cuenta. Ahora bien, esto puede darse por inadvertencia de las partes, pues, si guardaron silencio sobre una obligación en divisas, la moneda extranjera escogida es sólo la moneda de cuenta, y no la moneda de pago. En estas situaciones, no existe el “*convenio especial*” a que se refiere el citado artículo 128 de la Ley del BCV. En estos casos, conforme al mismo artículo, procede pagar el equivalente en bolívares al “*tipo de cambio corriente en el lugar*” y “*la fecha de pago*”. Entonces, si el acreedor demanda al deudor para que le pague en divisas, la condena debe ser en la moneda extranjera correspondiente, por no existir dicho “*convenio especial*”. Ahora bien, ¿qué significa que el deudor puede pagarle al acreedor el equivalente en bolívares al “*tipo de cambio corriente en el lugar*” y “*la fecha de pago*”? Según algunos, se trata de la tasa oficial, actualmente el Tipo de Cambio de Referencia. En nuestra opinión, se trata del tipo de cambio de mercado, también conocido como tasa del mercado paralelo.

Cuando existe una brecha entre la tasa de mercado y la oficial, la posibilidad de entregar el equivalente en moneda nacional ha sido vista por algunos como una manera de pagar sólo una fracción de la deuda en divisas, pues, en vez de aplicar la tasa de mercado, pretenden aplicar la tasa oficial, normalmente más baja. Esto no es razonable, ni precedente. Nos explicamos:

Conforme al citado artículo 128 de la Ley del Banco Central, si no existe un “*convenio especial*” que establezca que las obligaciones en divisas sean cumplidas mediante la entrega de la moneda extranjera seleccionada, el deudor puede liberarse “*con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal*”. Ahora bien, ¿a qué tipo de cambio? Para determinar la tasa de conversión de la unidad monetaria foránea en bolívares, dicho artículo no remite a una tasa oficial, a pesar de que, para la época de las reformas de la Ley del BCV que han tenido

lugar desde hace aproximadamente diecisiete años, ya estaba en vigor un régimen de control de cambios. Efectivamente, dicho artículo hace referencia a lo que sigue: “*lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar de la fecha de pago*” (los antecedentes de dicho artículo muestran que el legislador quiso decir *en el lugar y la fecha de pago*).

De modo que el legislador utilizó la expresión *tipo de cambio corriente*, y no la expresión *tasa oficial* ni otra equivalente.

Por lo tanto, pensamos que no procede aplicar una tasa oficial a una deuda en moneda extranjera que pueda ser pagada en bolívares, ya que procede aplicar, más bien, el “*tipo de cambio corriente en el lugar*” y “*la fecha de pago*”; y, ciertamente, ninguna de las tasas oficiales que ha habido en Venezuela es calificable como una tasa con esas características, o sea, como un tipo de cambio de mercado. Aplicar una tasa oficial normalmente no resulta en el pago de “*lo equivalente*”, sino que resulta en el pago de muchísimo menos. Sólo en momentos muy puntuales ha sucedido que una tasa oficial ha sido superior a la tasa de mercado.

En cualquier caso, es viable que las partes de un contrato en moneda extranjera pacten la aplicación de una tasa de cambio específica, para convertir en bolívares el monto correspondiente. En efecto, ninguna norma de orden público ordena acordar que la conversión se realice al Tipo de Cambio de Referencia, y creemos que se puede seleccionar una tasa distinta. En estos casos, rige el tipo de cambio que ha sido escogido, es decir, la tasa aplicable es la seleccionada por las partes en el contrato correspondiente, sea cual sea; mientras que, si no ha habido escogencia de ninguna tasa en particular (que, por cierto, es lo que usualmente sucede), debe aplicarse el artículo 128 de la Ley del Banco Central, tantas veces citado, en virtud del cual el tipo de cambio aplicable es el corriente en el lugar y la fecha de pago, o sea, la tasa de mercado, por oposición a una tasa oficial o de referencia.

V. *La peculiar jurisprudencia venezolana*

Existen varias sentencias que ordenan pagar en bolívares las obligaciones en divisas, incluso en presencia de la “*convención especial*” de que estos pagos sean hechos en divisas, a la cual se refiere el citado artículo 128 de la Ley del BCV. También existen sentencias que ordenan pagar en divisas las obligaciones en divisas. En esto, la jurisprudencia es contradictoria. Nos explicamos:

En algunos casos, nuestros juzgados ordenan que las obligaciones pactadas en divisas como moneda de pago sean pagadas bolívares, aplicando una tasa de cambio oficial. Por ejemplo, el 13 de diciembre de 2018, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentenció, en el caso de Univar

USA, Inc., contra Corimon Pinturas, C.A., lo siguiente: “*la Sala observa, que en lo referente a los pagos en moneda extranjera de obligaciones demandadas en vía judicial, el mismo puede ser honrado mediante el pago equivalente, en moneda de curso legal, de la suma recibida en dólares, habida cuenta de la objetiva imposibilidad de obtener divisas para el pago de deuda interna, ya que el régimen de control cambiario en vigor impone diversas restricciones al mercado privado de divisas, pues se basa en la centralización de la compra y venta de dólares en el Banco Central de Venezuela, al punto que éste sólo puede desarrollarse en el marco de los controles que se derivan de los Convenios Cambiarios promulgados por el Ministerio de Finanzas y el Banco Central de Venezuela, de lo que se desprende que la cancelación de las cantidades convenidas a pagar en bolívares, sean calculadas con base al vigente convenio cambiario*” (los resaltados son de la Sala). Ahora bien, tal como señalamos antes, (i) desde el 19 de febrero de 2014 son legales las operaciones del mercado paralelo de divisas; y (ii) la normativa en materia cambiaria siempre ha permitido (a) mantener divisas fuera del país (excepto en los casos excepcionales en los que éstas deben ser vendidas al BCV), (b) contraer obligaciones en divisas y pactar pagarlas en divisas o en bolívares (salvo en supuestos muy puntuales donde leyes expresamente prohíben tales obligaciones), y (c) acordar que obligaciones asumidas en una moneda sean pagadas en otra moneda. En consecuencia, no es verdad la “*objetiva imposibilidad de obtener divisas para el pago de deuda interna*” afirmada por la Sala, ni que “*el régimen de control cambiario en vigor impone diversas restricciones al mercado privado de divisas, pues se basa en la centralización de la compra y venta de dólares en el Banco Central de Venezuela, al punto que éste sólo puede desarrollarse en el marco de los controles que se derivan de los Convenios Cambiarios*”. Tal como explicamos anteriormente, debe aplicarse lo dispuesto el artículo 128 de la Ley del BCV, para determinar si la obligación en divisas se paga en la moneda extranjera seleccionada o en bolívares.

En otros casos, nuestros juzgados, incluyendo el Máximo Tribunal, ordenan, por el contrario, que las obligaciones pactadas en divisas como moneda de pago sean pagadas en la unidad monetaria extranjera de que se trate.

En esta materia, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo de Justicia es confusa, contradictoria y absurda.

En el laudo dictado el 29 de septiembre de 2017 por los árbitros Hernando Díaz-Candia, como presidente, y Guillermo Gorrín Falcón y Adolfo Hobaica Ramia, como coárbitros, en el arbitraje de Proyectos y Construcciones Payloader Padre e Hijos, C.A. contra Constructora Norberto Odebrecht, S.A. (el cual es del conocimiento público, por haber sido demandada su nulidad), se trató de conciliar

esa jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo de Justicia, que nosotros consideramos confusa, contradictoria y absurda.

En efecto, en dicho laudo, los prenombrados árbitros se refirieron a *“las obligaciones... en moneda extranjera como moneda de pago”*, y seguidamente sostuvieron que hay *“supuestos en los cuales se permite la convertibilidad”* de las mismas en obligaciones de moneda de *“cuenta, ... según la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la República”*. También afirmaron, después de citar varias sentencias de nuestro máximo juzgado, que transformar una *“obligación inicialmente pactada en moneda extranjera de pago”*, en una obligación en *“moneda extranjera de cuenta”*, por exigencia del *“régimen de control de cambio como un hecho del príncipe”*, es una *“convertibilidad”* que sólo tiene *“aplicación”* en el caso siguiente: *“es necesario que se trate de obligaciones que deben ser pagadas necesariamente dentro del territorio de la República y no en otros casos. De manera que si la obligación puede ser cumplida fuera del territorio de la República Bolivariana de Venezuela, los criterios dispuestos al respecto en las sentencias mencionadas no aplicarán y por tanto la condenatoria al pago de la obligación en moneda extranjera sí será procedente”*.

Pero el problema de fondo, en realidad, es que no existe ninguna regla, ni lógica, ni tampoco jurídica, ni siquiera dentro de nuestro peculiarísimo control de cambios, que permita, sin el mutuo acuerdo de las partes, convertir una *“obligación inicialmente pactada en moneda extranjera de pago”*, en una obligación en *“moneda extranjera de cuenta”*, y mucho menos que ordene esta conversión. Es más, esta conversión viola el artículo 128 de la Ley del BCV, antes citado. Afortunadamente, los prenombrados árbitros, fundamentándose en la muy particular jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo de Justicia sobre el tema, pudieron, en dicho laudo, llegar a la conclusión de que esa *“convertibilidad”* no procede cuando *“la obligación puede ser cumplida fuera del territorio”*. Y lo cierto es que, respecto de toda obligación pecuniaria en divisas, existe la posibilidad de pactar el cumplimiento en el exterior; es más, es lo normal.

Los prenombrados árbitros, en dicho laudo, sostuvieron que, cuando se acuerdan pagos en divisas en el extranjero, permitir pagar bolívares en Venezuela, a una tasa oficial, tendría el siguiente resultado: *“implicaría autorizar a la demandada a incumplir con el contrato. Además se le estaría permitiendo ejecutarlo en franca contravención a lo dispuesto en el artículo 1.160 del Código Civil venezolano, que establece el deber de ejecutar el contrato de buena fe y la obligación de cumplir con sus consecuencias según la equidad”*.

Finalmente, los prenombrados árbitros, en dicho laudo, llegaron a la conclusión de que *“no es posible”*, legalmente hablando, *“que en la oportunidad cuando se reclama el cumplimiento de la obligación pueda alegarse la imposibilidad de pagar en moneda extranjera y pretender pagarla ahora en*

moneda venezolana”, por cuanto estas pretensiones, en las circunstancias actuales, “atentan contra el justo valor de lo que se paga y lo que se recibe”, lo cual constituye una “inequidad”, así que ocurre lo siguiente: “es imposible sustituir el cumplimiento de las obligaciones de pago en moneda extranjera por sus equivalencias en moneda nacional dado que en cualquiera de los casos no se cumple con la finalidad de la justicia que debe ser el norte del Estado democrático y social de Derecho y Justicia que en el artículo 2º de nuestra Constitución se estatuye. No se puede conceder a una de las partes una ventaja ni penalizarla sin justa causa bien por exceso o por disminución de la cantidad objeto de la obligación reclamada. Por ello, lo ajustado a derecho es pagar en la moneda convenida por las partes, a menos de que existiese una imposibilidad objetiva y absoluta para la obligada, lo cual no es el caso de autos. **Así se declara.**”

Estamos de acuerdo con lo anterior. Y nos permitimos agregar lo siguiente:

En los casos de obligaciones en divisas en los que la moneda extranjera escogida es sólo la moneda de cuenta, y no la moneda de pago, no existe ninguna regla legal que ordene aplicar una tasa distinta del “*tipo de cambio corriente en el lugar*” y “*la fecha de pago*”, que es el único apropiado para calcular el “*equivalente en moneda de curso legal*”. La aplicación del tipo de cambio oficial podría resultar en una “*inequidad*”, pues generalmente la tasa oficial o de referencia ha artificialmente baja lo cual va en contra del “*justo valor de lo que se paga y lo que se recibe*”, y está reñido con “*el deber de ejecutar el contrato de buena fe*”; todo lo cual es una exigencia formulada, con toda la razón, en dicho laudo arbitral. No fue menester, en ese arbitraje, que los prenombrados árbitros dijieran cuál es el “*tipo de cambio corriente en el lugar*” y “*la fecha de pago*”, puesto que ordenaron el pago en divisas, y no el pago de su “*equivalente en moneda de curso legal*”. Sin embargo, sostenemos que es la tasa del mercado paralelo, de acuerdo con lo explicado anteriormente.

Nuestros tribunales siempre aplican una tasa oficial cuando hay que determinar el equivalente en bolívares de una suma en dólares. No toman en cuenta la tasa de mercado, a pesar de que el citado artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela ordena que se calcule el “*equivalente en moneda de curso legal*”, considerando el “*tipo de cambio corriente en el lugar*” y “*la fecha de pago*”, lo cual, a nuestro juicio, excluye las tasas oficiales.

La historia del Derecho Mercantil venezolano en la obra del profesor Alfredo Morles Hernández

Carlos García Soto

Sumario

- I. Introducción
- II. “La codificación en Venezuela”; una primera referencia a la historia del Derecho Mercantil venezolano en el Curso de Derecho Mercantil
- III. Historia del Derecho Mercantil Venezolano
- IV. Historia del pensamiento jurídico mercantil venezolano en el siglo XX e inicios del siglo XXI
- V. El Derecho Mercantil en la Universidad venezolana
- VI. El estudio de las instituciones jurídicas mercantiles con una perspectiva histórica

I. Introducción

1. La Historia del Derecho puede ser estudiada por medio de distintas perspectivas, desde la historia del pensamiento jurídico, hasta la historia de los procesos judiciales. Pasando por el estudio de la evolución jurisprudencial, entre otras aproximaciones. Toda la riqueza de enfoques propia de la perspectiva histórica puede ser aplicada al estudio –histórico- del Derecho, con resultados interesantes y sugerentes.

2. En algunos casos, la historia de una disciplina está íntimamente vinculada a una determinada figura, como ocurriría con la relación entre el Derecho Administrativo y el profesor Eduardo García de Enterría en España, o con la relación entre el Derecho Administrativo y el profesor Allan R. Brewer-Carías, en Venezuela, por señalar sólo un par de ejemplos.

3. En el caso que nos ocupa, se da esa feliz vinculación: el Derecho Mercantil venezolano de las últimas décadas está indisolublemente unido a su principal figura, el profesor Alfredo Morles Hernández, quien ha sido actor decisivo en el desarrollo que esa disciplina ha podido tener en Venezuela en las últimas décadas.

4. Pero ya dentro de ese enfoque, lo que nos interesa resaltar con estas notas es que no sólo el profesor Morles Hernández ha sido un actor fundamental en el Derecho Mercantil venezolano de las últimas décadas, sino que el profesor Morles ha estudiado a profundidad la historia del Derecho Mercantil venezolano,

construyendo la crónica de ese Derecho, desde su primigenia formulación en nuestro Derecho Indiano.

II. “*La codificación en Venezuela*”; una primera referencia a la historia del Derecho Mercantil venezolano en el *Curso de Derecho Mercantil*

5. Una primera referencia a la historia del Derecho Mercantil venezolano podrá encontrarse en el mismo tomo I del *Curso de Derecho Mercantil*¹. El primer capítulo de ese tomo se dedica a la “Introducción al estudio del Derecho Mercantil. Concepto de Derecho Mercantil”. Allí el profesor Morles hará una breve revisión de los principales Códigos venezolanos en materia mercantil en los siglos XIX y XX (1862, 1873, 1904 y 1919). Allí se delinea la historia de nuestra codificación mercantil, que será un tema ampliamente desarrollado en su libro *Historia del Derecho Mercantil*², como veremos de inmediato.

III. *Historia del Derecho Mercantil Venezolano*

6. Pero el profesor Morles relatará por completo la *Historia del Derecho Mercantil Venezolano*, un magnífico libro, modelo a la hora de narrar la historia de alguna de las disciplinas del Derecho venezolano³.

7. En efecto, la *Historia del Derecho Mercantil Venezolano* del profesor Morles es un libro de Historia del Derecho, escrito por un profesor de Derecho Mercantil, pero con toda la rigurosidad que el estudio histórico del Derecho exige. Como resume el profesor Eugenio Hernández-Bretón en el prólogo al libro:

“Una exploración de la historia venezolana, mas particularmente, de la historia del derecho mercantil venezolano, a la luz de la evolución de la codificación mercantil, es la que ahora nos presenta el incansable investigador que es el profesor doctor Alfredo Morles Hernández”⁴.

¹ (*Introducción. La empresa. El empresario*), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, primera edición en 1986.

² El tema había sido desarrollado por el profesor Morles con más amplitud en “Evolución histórica y tendencias de la legislación mercantil en Venezuela”, en *Centenario del Código de Comercio de México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1991. Véase igualmente Alfredo Morles Hernández, “El Derecho Mercantil venezolano en el umbral del siglo XXI”, en *Las ciencias jurídicas venezolanas en el umbral del siglo XXI*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 1993, pp. 131-133.

³ Universidad Monteávila-Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015. El profesor Morles dedicaría el libro “A la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, ente de herencias y lealtades, en el año centenario de su fundación”.

⁴ P. 8.

La historia del Derecho Mercantil venezolano en la obra del profesor Alfredo Morles Hernández

8. El libro consta de cuatro grandes partes: (i) breve explicación del Derecho Indiano; (ii) el ordenamiento jurídico colonial; (iii) la actividad legislativa republicana inicial y (iv) la codificación de la materia mercantil en la época republicana.

9. La primera parte, referida al Derecho Indiano, es un interesantísimo aporte a nuestra historia del Derecho, porque se trata del capítulo más difícil de precisar de nuestra tradición jurídica, y el menos estudiado. Allí el lector puede encontrar un resumen de qué es ese monumento jurídico del cual los iberoamericanos debemos sentirnos muy orgullosos. Como resume el propio autor:

“El derecho indiano ha sido definido, en sentido estricto, como el conjunto de disposiciones legislativas que promulgaron los monarcas españoles o sus autoridades delegadas, para ser aplicadas, con carácter general o particular, en todos los territorios de las Indias; y en sentido amplio, como el sistema jurídico que estuvo vigente en América durante los tres siglos de la dominación española”⁵.

10. La segunda parte, que se dedica al ordenamiento jurídico colonial, es una explicación completa sobre cómo se verificó ese Derecho Indiano en el caso venezolano, desde la perspectiva específica del Derecho Mercantil. Tal y como anuncia el autor:

“El presente trabajo parte de la idea de examinar la historia del derecho mercantil venezolano alrededor del proceso de codificación, a cuyo efecto el estudio se inicia con el análisis de las manifestaciones del derecho mercantil en el período colonial, una etapa de larga duración en que aparecen las demostraciones del derecho estatutario medieval, específicamente las Ordenanzas de Bilbao, la primera codificación conjunta europea de la materia mercantil marítima y terrestre; y la instalación en Caracas del tribunal mercantil por antonomasia, el Real Consulado, cuyo proyecto de ordenanzas fue preparado por los propios caraqueños. En las Ordenanzas de Bilbao está vertido el derecho mercantil de la época, el régimen de los comerciantes y su matrícula, del registro mercantil y de la contabilidad; de los buques, capitanes, empresas, sucesos y negocios marítimos; de los contratos mercantiles; de las compañías de comercio; de la letra de cambio, los vales y pagarés; de los atrasos y las quiebras; de los seguros y de la justicia consular”⁶.

11. En tercer lugar, se analiza la legislación en los inicios de la República, época particularmente turbulenta, en la que sin embargo se quiso sentar las bases jurídicas de la sociedad venezolana. Se trata por ello del

“estudio del proceso de codificación mercantil que sucede a la independencia, cuyas vicisitudes se resumen, dejando constancia de que permanece la herencia del pasado colonial en el derecho sustantivo y adjetivo codificado. Antes, del período

⁵ P. 18.

⁶ P. 13.

de la República de Colombia que incluye a Venezuela, se destaca la creación de la Corte de Almirantazgo y de la Ordenanza de Corso redactada por Francisco Javier Yáñez, primer ordenamiento marítimo de la república, totalmente inspirado en el derecho colonial; y del período republicano posterior a 1830 se examina la ley de 10 de abril de 1834 sobre libertad de contratos, por la gran conmoción que produjo antes del inicio de la codificación republicana”⁷.

12. En cuarto lugar, se estudia la codificación mercantil en la época republicana, para efectuar

“una valoración del trabajo de codificación de los siglos XIX y XX, con precisiones acerca de las materias incorporadas en cada uno de los códigos de 1862, 1873, 1904 y 1919; se da razón del debate doctrinal y se toma posición sobre el fenómeno de la codificación mercantil y la unidad del derecho privado en un solo código; y, finalmente, se deja constancia de la incertidumbre que rodea la vigencia efectiva de las normas mercantiles, fundadas en la libertad de comercio, con vistas del proceso de legislación inconstitucional que se dicta en el período de transición de la economía de mercado a la economía colectiva propia del socialismo, así como de la incertidumbre que existe en el año 2015 en torno a unos hipotéticos proyectos de reforma mercantil”⁸.

IV. Historia del pensamiento jurídico mercantil venezolano en el siglo XX e inicios del siglo XXI

13. Pero en paralelo al libro *Historia del Derecho Mercantil Venezolano*, el profesor Morles prepararía otro ensayo de carácter histórico, concretamente sobre la historia del pensamiento jurídico venezolano en materia mercantil. El ensayo titulado “Historia del pensamiento jurídico mercantil venezolano en el siglo XX e inicios del siglo XXI”, supone un recorrido por las bases conceptuales de nuestro Derecho Mercantil en estos siglos, lo que implica un completo estudio de los enfoques dogmáticos con los cuales se han estudiado las distintas instituciones del Derecho Mercantil en Venezuela⁹. Tal y como señala el autor en la introducción a su estudio:

“Este estudio tiene como propósito informar a grandes rasgos cual ha sido la historia del pensamiento jurídico mercantil venezolano, expresado a través de la doctrina o manifestado en la jurisprudencia, partiendo del derecho positivo vigente a lo largo del siglo XX y en los primeros años del siglo XXI, específicamente hasta los inicios del año 2015”.

⁷ Pp. 13-14.

⁸ P. 14.

⁹ Este ensayo del profesor Morles será publicado en una obra colectiva que el autor de esta nota coordina junto con el profesor Eugenio Hernández-Bretón, referida a la historia del pensamiento jurídico venezolano en los siglos XX y XIX.

La historia del Derecho Mercantil venezolano en la obra del profesor Alfredo Morles Hernández

V. *El Derecho Mercantil en la Universidad venezolana*

14. Una perspectiva relacionada a la anterior será la que el profesor Morles ofrezca en el primer número de la Revista de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, con su trabajo sobre “La presencia del derecho mercantil en la universidad venezolana”, en el que Morles se referirá de forma particular a los modos, y sus protagonistas, de la enseñanza del Derecho Mercantil en las Universidades venezolanas, en el que hace un recorrido histórico de toda la enseñanza del Derecho Mercantil en nuestra Universidad.

VI. *El estudio de las instituciones jurídicas mercantiles con una perspectiva histórica*

15. Pero el profesor Morles no sólo ha estudiado la evolución histórica del Derecho Mercantil venezolano en estudios especialmente dedicados a ello, sino que ha fundamentado su comprensión de las instituciones del Derecho Mercantil a partir de una perspectiva histórica.

16. Por eso, es muy frecuente que cuando el profesor Morles aborda el estudio de una institución o de una figura mercantil, fundamente su análisis con una fundamentación histórica, lo que le permite explicar el sentido último de la institución, así como su evolución. En muchos casos, la fundamentación histórica alcanza incluso al origen de la institución en el Derecho Comparado, como ocurre por ejemplo con el caso de la evolución del régimen de las patentes¹⁰, o con la figura de la sociedad anónima¹¹.

17. Pero la fundamentación histórica de las instituciones y figuras que acostumbra el profesor Morles también mira a la evolución en el Derecho venezolano. Es el caso, por ejemplo, cuando estudia el régimen de la publicidad mercantil¹², o cuando analiza los antecedentes de la regulación de la competencia en el Derecho venezolano¹³, o como cuando estudia la evolución histórica de la legislación en materia de títulos-valores¹⁴.

¹⁰ Véase *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I (*Introducción. La empresa. El empresario*), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2014, pp. 304-305.

¹¹ Véase *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II (*Las sociedades mercantiles*), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2017, pp. 180-181.

¹² Véase *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I (*Introducción. La empresa. El empresario*), cit., p. 374.

¹³ Véase *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I (*Introducción. La empresa. El empresario*), cit., pp. 466-475.

¹⁴ Véase *Curso de Derecho Mercantil*, tomo III, (*Los títulos valores*), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012, pp. 1.632-1.635.

18. La obra del profesor Morles, de tal manera, es un compendio del Derecho Mercantil en todas sus dimensiones, en la que la perspectiva histórica tiene un lugar muy esencial. Ello hace del profesor Morles Hernández un jurista completo, en el que la comprensión de las instituciones jurídicas se fundamenta en la evolución histórica y en las experiencias propias del Derecho Comparado, que también ha sido objeto de constante atención por parte del profesor Morles. Un jurista excepcional, sensibilizado con la historia de nuestro Derecho Mercantil, como es reconocido en Venezuela y en el extranjero desde hace varias décadas.

Autotutela Administrativa vs. Intervención Judicial

Reflexiones a la luz de las Providencias Administrativas de las Inspectorías del Trabajo

Jonás E. Aponte A.

Sumario

- I. Planteamiento del Problema
- II. Advertencia preliminar
- III. La Ejecución de los Actos dictados por las Inspectorías
 - A. Situación Legal Actual
 - B. Situación Jurisprudencial Actual
 - C. Fallo Guardianes Vigiman
- IV. Trance de la Ejecución de los Actos de las Inspectorías
- V. Inacción de la Administración Pública
- VI. ¿El Interés del Administrado es Igual al Interés de la Administración?
- VII. Ejecutividad y Ejecutoriedad
- VIII. Reflexiones Finales

I. Planteamiento del Problema

La ejecución de los actos representa un gran reto para el derecho contemporáneo, en virtud de la reciente proliferación de instrumentos de carácter normativo que atribuyen, casi de forma exclusiva, competencias ejecutivas a la Administración Pública, soslayando la intervención del Poder Judicial de cualquier clase de control, fiscalización y tutela, dando cuenta de la desigualdad en la cual se encuentra el individuo, que gradualmente lo va convirtiendo en un David (sin honda) en su lucha contra Goliat.

Ello así, un claro ejemplo del éxodo que se ha venido reproduciendo desde hace algunos años en cuanto a la ejecución de los actos administrativos, es ostensible en la reforma del Código Orgánico Tributario de 2014, y especialmente, en lo relativo al procedimiento del Juicio Ejecutivo y cómo la competencia fue modificada a favor de la Administración Pública, en detrimento de las que tenía atribuido al Poder Judicial.

Para explicitar en qué consiste la problemática a la cual nos ocuparemos, serán analizadas –bajo criterios empíricos– las deficiencias de las Inspectorías del Trabajo –en algunos casos– para lograr la ejecución de sus actos, en aquellos supuestos en los que ordenan el reenganche y pago de salarios caídos, que paradójicamente, pueden resultar difuminados, pese a los superlativos poderes

que le han sido asignados, que, sin una formulación clara, son susceptibles de lesionar el derecho a la defensa y al debido proceso de los intervinientes.

En ese sentido, se brindarán algunas reflexiones de contenido práctico a favor de la tesis que se decanta porque el Poder Judicial sí tiene jurisdicción para ejecutar los actos de las inspectorías y para cuestionar la ilegalidad de aquellas ejecuciones que se realizan de espaldas al sistema jurídico.

II. Advertencia preliminar

Antes de empezar, es preciso señalar que, bajo ningún concepto, con este trabajo se pretenden analizar las graves consecuencias que ha traído consigo el Decreto de Inamovilidad laboral, así como sus ulteriores prórrogas. Este Decreto, lejos de atacar problema del desempleo como una magnitud económica, ha provocado una sinuosa distorsión de la relación laboral; el escollo no es ahora intentar balancear una supuesta desigualdad en términos formales entre trabajo y patrono, sino, lograr que los Inspectores del trabajo se deslastren, fenomenológicamente, de los prejuicios que le han sido inoculados antes de dictar cualquier medida o providencia, y se criminalicen *ipso facto* a los empleadores.

En efecto, con este trabajo sólo se pretende analizar, en condiciones de *ceteris paribus*, cuáles es el viacrucis de aquellos trabajadores que luego de haberse sustanciado un procedimiento, en el que se garantizaron todas las condiciones procedimentales, obtuvo una Providencia que ordena su reenganche, ello por mor de una escisión de las competencias que de ordinario tenía el Poder Judicial para ejecutar los actos administrativos dictados por ciertos órganos administrativos.

Por último, en estricta vinculación con lo anterior, con este trabajo tampoco se pretende justificar actuaciones de la Inspectoría del Trabajo cuando ordenan el reenganche y pago de salarios caídos, se trata, en todo caso, valga la insistencia, de estudiar cómo la intención impedir que el Poder Judicial pueda fiscalizar sus actuaciones se ha traducido en denegación de justicia.

III. La Ejecución de los Actos dictados por las Inspectorías

A. Situación Legal Actual

Hecha la advertencia anterior, es oportuno señalar que la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, publicada en el año 2012¹, estableció un conjunto de normas y regulaciones, que fortalecieron las

¹ Gaceta Oficial N° 6.076, extraordinario del 7 de mayo de 2012.

competencias de la Inspectoría (como institución). La creación de la figura del inspector de ejecución, así como la tipificación del arresto como medida represora para aquel patrono que desatase el mandamiento de una Providencia, son algunas de las novedades –que en esta materia– trajo consigo la Ley. En ese sentido, los artículos 512, 537 y 538 establecen lo siguiente:

Inspector o Inspectora de Ejecución

“Artículo 512. Cada Inspectoría del Trabajo tendrá Inspectores o Inspectoras de Ejecución con la suficiente jerarquía, facultad y competencia para ejecutar y hacer cumplir todos los actos administrativos de efectos particulares, que hayan quedado firmes y que requieran medios y procedimientos para hacer cumplir el contenido de los mismos, que garanticen la aplicación de las normas de orden público del trabajo como hecho social y protejan el proceso social de trabajo.

Serán facultades y competencias de los Inspectores o Inspectoras de Ejecución:

- a) Ejecutar los actos administrativos de efectos particulares que le sean aplicables a los patronos y las patronas.*
- b) Dictar medidas cautelares en los supuestos en que el acto administrativo no se cumpla en el plazo de ley, ni acatadas sus condiciones, pudiendo ordenar el procedimiento de sanción por reincidencia o rebeldía del patrono o patrona.*
- c) Solicitar la revocatoria de la Solvencia Laboral hasta que se demuestre el cumplimiento del acto administrativo de que se trate.*

A los efectos de ejecutar las previsiones mencionadas y en caso de necesidad, cuando exista obstrucción por parte del patrono o patrona o de sus representantes, los Inspectores e Inspectoras de Ejecución podrán solicitar el apoyo de la fuerza pública que estará en la obligación de prestarlo. El Inspector o Inspectora de Ejecución podrá solicitar, además, la actuación del Ministerio Público para el procedimiento de arresto del patrono, patrona o sus representantes que obstaculicen la ejecución de la medida, de lo cual informará al ministro o ministra del Poder Popular en materia de trabajo y seguridad social.

(...Omissis...)

Infracción a las garantías a la negociación colectiva Artículo

Artículo 537. El patrono o patrona que viole las garantías legales del derecho a la negociación colectiva será sancionado o sancionada con multa no menor del equivalente a ciento veinte unidades tributarias, ni mayor del equivalente a trescientas sesenta unidades tributarias.

Causas de arresto

Artículo 538. El patrono o patrona que desate la orden de reenganche de un trabajador amparado o trabajadora amparada por fuero sindical o inamovilidad laboral; el que incurra en violación del derecho a huelga, y el que incumpla u obstruya la ejecución de los actos emanados de las autoridades administrativas

del trabajo, será penado con arresto policial de seis a quince meses. Esta pena, tratándose de patronos o patronas asociados o asociadas, la sufrirán los instigadores o instigadoras a la infracción, y de no identificarse a éstos o estas, se aplicará a los miembros de la respectiva junta directiva. El inspector o inspectora del trabajo solicitará la intervención del Ministerio Público a fin del ejercicio de la acción penal correspondiente”.

B. Situación Jurisprudencial Actual

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (SPA), en aquellos casos en los que por Ley conoce sobre la regulación de jurisdicción (artículos 59 y 62 del Código de Procedimiento Civil), por haber declarado un Tribunal la falta de jurisdicción del Poder Judicial frente a la Administración Pública, ha indicado que corresponde a la Inspectoría del Trabajo conocer lo relativo a la ejecución de las Providencias dictadas por aquella, formulando de esta manera, una interpretación gramatical y literal de lo establecido en la Ley².

En ese sentido, señaló la SPA que los actos administrativos gozan de los principios de ejecutividad y ejecutoriedad, lo que implica, que la Administración en el ejercicio de su potestad de autotutela, puede realizar todas las actuaciones materiales tendentes a obligar o constreñir a los particulares a cumplir con sus mandamientos, con lo cual, se establece *ipso facto* que el poder judicial no tiene jurisdicción para conocer de la ejecución de los actos dictados por las inspectorías del trabajo.

El fundamento de las disertaciones expuestas por la Sala, tienen su expresión en la vigente Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, que tal como se precisó *supra*, prevén en sus artículos 512, 532, 538, 547 y 548 una serie de herramientas y mecanismos para que el Inspector pueda ejecutar sus actos, entre las cuales destacan: i) la posibilidad de aplicar al patrono que desacate la orden de reenganche de un trabajador tanto sanciones pecuniarias como penas privativas de libertad, v.g. el arresto policial; ii) la creación de la figura del Inspector de Ejecución, con el objeto de ejecutar todos los actos administrativos de efectos particulares que hayan quedado firmes; iii) los Inspectores e Inspectoras de Ejecución podrán dictar medidas cautelares en los supuestos en los cuales el acto administrativo no se cumpla en el plazo establecido en la Ley, ni hayan sido acatadas sus condiciones; y por último, tendrán la potestad de solicitar la revocatoria de la solvencia laboral hasta que el patrono demuestre el cumplimiento de la orden emanada de la Inspectoría del Trabajo.

² Sala Político Administrativa, sentencia N° 00064 de fecha 30 de enero de 2013, caso: Avi Blanca, C.A.

C. Fallo Guardianes Vigiman

Para poner en contraste el estado actual de la ejecución de los actos de las inspectorías del trabajo, es preciso seguir la estela que dejó la Jurisprudencia de la Sala Constitucional bajo la vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 (L.O.T) y, esencialmente, por las circunstancias fácticas que giraban en torno a la ejecución de sus actos y, que ponían de relieve la insuficiencia práctica por parte de dicho órgano para hacer cumplir sus mandamientos, bien sea por la conducta cismática del patrono o por una insuficiencia operativa estructural.

En tal sentido, para los fines arriba propuestos, resulta oportuno citar el contenido y soluciones brindadas por el fallo de la Sala Constitucional, Guardianes Vigiman, S.R.L.³, que de alguna forma terminó por zanjar las dificultades prácticas que para dicho momento suponía la ejecución de una Providencia dictada por un Inspector del trabajo. Las principales ideas del fallo, pueden resumirse de la siguiente manera:

Primero, la sentencia dejó constancia del vaivén que había operado en la materia de ejecución de los actos administrativos hasta ese momento. Por ello, precisó que había sido criterio de dicha Sala⁴, que los actos administrativos debían ser ejecutados forzosamente por el órgano emisor, sin que mediase la intervención del poder judicial, concluyendo, que el procedimiento de amparo constitucional, no era la vía idónea para ejecutar el acto que ordenó el reenganche.

Segundo, contrariamente a lo que para ese entonces se había señalado en esa materia, el fallo Guardianes Vigiman citó la sentencia No. 3569 de fecha 6 de diciembre de 2005, caso: Saudí Rodríguez Pérez⁵, en la cual se dispuso que los actos dictados por las Inspectorías del Trabajo, debían ser exigidos primeramente en la vía administrativa y en caso que no sea fructífera la ejecución del mismo y agotado como haya sido el procedimiento de multa, recurrir a los mecanismos jurisdiccionales ordinarios.

Este último argumento, se vería reforzado por una actividad de ponderación entre dos (2) principios contrapuestos, como lo son, la necesidad de mantener los poderes de la administración (ejecutoriedad) y el respeto de los derechos de los particulares que no pueden verse negados en caso que las vías ordinarias demuestren su ineficacia, dándole prevalencia a este último.

³ Sala Constitucional, sentencia N° 2308 de fecha 14 de diciembre de 2006, caso: Guardianes Vigiman, S.R.L.

⁴ Sala Constitucional, sentencias Nos. 2122 y 2569 de fechas 2 de noviembre y 11 de diciembre de 2001, casos: Regalos Coccinelle C.A. e Inversora el Rastro C.A. y otro, respectivamente.

⁵ Sala Constitucional.

Por último, indicaría el fallo en referencia como corolario de lo anterior, que sería la acción de amparo el mecanismo idóneo para hacer ejecutiva una decisión del Inspectoría, una vez se hubiera agotado el procedimiento de multa (multa coercitiva), en los términos siguientes:

“[e]n todo caso, sí procedería el amparo –sin lugar a dudas- en los supuestos que, pese a la diligencia del interesado en solicitar la actuación de la Administración, no consiga satisfacción a su primigenia pretensión –el desalojo, el reenganche, por ejemplo-, pues **es sabido que el poder de los órganos administrativos, a los efectos de la ejecución de cierto tipo de decisiones, es limitado, por lo que, en caso de desacato, apenas cuenta con instrumentos indirectos de presión, como las multas, las cuales en ocasiones se presentan como insuficientes para influir realmente en la conducta del obligado**”. (Negrillas nuestras).

Es una constante en materia de ejecución de actos de las inspectorías, el vacilante oscilamiento entre uno u otro extremo en la jurisprudencia. En ese sentido, resulta menester apuntar que antes del criterio Guardianes Vigiman, S.R.L., en sentencia de la misma Sala, N° 1318 de fecha 3 de agosto de 2001, caso: Teresa Suárez de Hernández, se establecieron interesantes precisiones a propósito de todas las vicisitudes que perjudican la ejecución de un acto que ordene el reenganche y pago de los salarios caídos. La referida decisión hizo pisar tierra a las dificultades técnicas que privan en este tema y brinda una panorámica de las complejidades en cuanto a las ejecuciones de los actos de las inspectorías.

Entre los principales planteamientos expuestos por el criterio *ut supra* señalado, pueden resumirse los siguientes:

Primero, que de las actas procesales se desprende haberse consumado el procedimiento sancionatorio que concluyó con la multa impuesta al patrono, sin que de cualquier modo se hiciera posible la orden contenida en el acto administrativo, es decir, el reenganche y el pago de los salarios caídos.

Segundo, que existe una ostensible diferencia entre quienes recurren de un acto de Inspectoría, de aquellos que no lo hacen y queda firme. En efecto, si contra la decisión administrativa se opone resistencia a través del ejercicio de los mecanismos jurisdiccionales (recurso contencioso administrativo), es factible su ejecución posterior, pero si queda firme en sede administrativa, no sería posible su ejecución, lo que evidentemente es censurable.

Tercero, que no existe o no se prevé un procedimiento específico en la L.O.T. que deba servir a la Administración autora para la ejecución forzosa en caso de contumacia del patrono, salvo un procedimiento sancionatorio (consistente una serie de multas que el condenado deba pagar).

Cuarto, que el desacato sólo es posible concebirlo como un mecanismo dirigido a preservar la autoridad de la voluntad administrativa, mientras la

situación del trabajador se eterniza ante la imposibilidad del cobro del dinero que le sirva de sustento. Jurídicamente, no puede ser el procedimiento de multa el destino procesal de la ejecución, pues su objeto constituye una premisa distinta a la que anima al trabajador, es decir, si lo que quiere es su reenganche, ¿Qué interés puede tener que se multe a su patrono?

Quinto, que no se pretende desconocer la falta de jurisdicción en determinadas circunstancias –artículo 59 del Código de Procedimiento Civil– sino, que ante la indiferencia de la Administración –justificada o no– para ejecutar sus actos, deben los órganos del Poder Judicial conocer las conductas omisivas de aquéllos, a los fines de garantizar el ejercicio de los legítimos derechos de los administrados que en tales condiciones, se hallan desamparados e impotentes para alcanzar su objetivo.

Por último, advirtió a los jueces que ningún acto de la Administración Pública **puede estar excluido del control jurisdiccional, por tanto, no resulta posible declarar la falta de jurisdicción frente a situaciones que, de no proveerse la actuación judicial correspondiente, constituirá una denegación de justicia.**

En el mismo orden de ideas, en el caso 3569/2005, arriba citado, en el cual se reiteró el criterio según el cual las Providencias Administrativas deben ser ejecutadas por la Autoridad que las dictó, se rindió un voto salvado aduciendo que la ejecutividad y la ejecutoriedad (artículo 8 de la LOPA) no impide que cuando la Administración se niegue a ejecutar sus actos, sea el Juez, quien mediante el ***control de esa negatividad*** ordene su ejecución a través de las vías contencioso administrativas.

Los fallos arriba descritos no hacen más que reivindicar la realidad sobre las formas y abonar el camino para que el trabajador pueda satisfacer sus pretensiones.

IV. Trance de la Ejecución de los Actos de las Inspectorías

El dilema de la ejecución de los Actos Administrativos dictados por las Inspectorías, es cíclico y de memoria corta, y en el cual privan criterios excesivamente formales, que lejos de brindar soluciones claras y explícitas al problema, producen dificultades tanto para empleados como para patronos.

En primer lugar, la jurisprudencia no termina por definir lapidariamente si debe o no la Administración ejecutar por sí mismas sus actos, situación que se viene reproduciendo *per seculon seculorum*, más allá de una repetición literaria de lo expresado en la Ley. En todo caso, lo que ha hecho recientemente la SPA es dar al traste con un problema que no le es ajeno, sin al menos analizarlo

apropiadamente, así como tampoco proporciona las posibles soluciones en el caso que la Inspectoría no pueda ejecutar sus actos. Es decir, la SPA muestra poco interés en verificar si la Administración está haciendo correctamente su trabajo, cuya inacción afecta una determinada categoría de derechos y personas.

En segundo lugar, que exista el artículo 8 en la LOPA y que la actividad de la Administración se fundamente en los principios de ejecutividad y ejecutoriedad, no significa que el deber ser, se traduzca en ser. Parece que dichos principios (ejecutividad y ejecutoriedad) fungen como gárgolas que generan cierta incompreensión de la realidad y un gran desosiego, en cuanto a las dificultades reales y materiales para que la Administración ejecute y haga cumplir su Providencia.

Mientras los casos que se presentan en las inspectorías se cuentan en miles y exponencialmente, no podemos decir lo mismo de los funcionarios que los atienden, quienes no terminan por darse abasto a la gran cantidad de controversias que deben resolver.

En tercer lugar, la declaratoria de falta de jurisdicción del Juez frente a la Administración Pública, obliga al trabajador a seguir deambulando por las zarzas de ese desierto que no le propicia soluciones claras, y sin querer, tendrá –obligado por las circunstancias– que adorar a otro Dios distinto de la justicia.

V. *Inacción de la Administración Pública*

Una de las principales causas que motivan la inejecución de las Providencias Administrativas dictadas por las Inspectorías del Trabajo, es producto de una inacción o inactividad de la Administración Pública, situación ésta que es inadvertida por la Sala Político Administrativa, quien en su pronunciamiento afirma vehementemente que el Poder Judicial no tiene jurisdicción para conocer sobre un “reenganche”.

Luis Lafont⁶, a propósito de la falta de actuación de la Administración señaló que aún cuando no exista un deber legal de hacerlo si produce como

⁶ Lafont N, Luis. “La inactividad administrativa y el derecho de reunión y manifestación. La intervención del Ministerio Fiscal”, *Revista jurídica de Navarra*, N° 40, Navarra, 2005, p. 230. Aunque no es tema del presente ensayo, es propicia la ocasión para referirnos, así sea de forma sucinta, a una serie de trabajo que han tocado el tema de la inactividad de la Administración pública, en el entendido que es este el fenómeno que ha provocado parte de las regulaciones sobre la ejecución de los actos de inspectoría. En ese sentido, tenemos los trabajos de: Nieto García, Alejandro. “La inactividad material de la administración: veinticinco años después”, *Documentación Administrativa*, N° 208, abril-diciembre, 1986. En este espectacular documento histórico, el autor señala, entre otros muchos aspectos, que la inactividad se puede dar, al menos, bajo las siguientes tres (3) modalidades: i) **Inactividad material negativa**. Como regla general se ha pensado que la Administración deba sustanciar un procedimiento administrativo con la finalidad de emitir un acto final, sin embargo, en

La historia del Derecho Mercantil venezolano en la obra del profesor Alfredo Morles Hernández

consecuencia “*la lesión de un derecho fundamental*”, que es susceptible de ser revisado por los Jueces y tribunales por la vía del proceso correspondiente; a renglón seguido, en autor en referencia citaría la Ley 29/1998, de 13 Julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), que establece lo siguiente:

“El art. 29 LJCA establece dos posibilidades en la producción de la inactividad administrativa:

a. Si la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación; o en virtud de un acto, contrato o convención administrativa, está obligada a realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas

ocasiones, lo que se requiere de su parte es la emisión de una actividad material, v.g. la ejecución de funciones de vigilancia. Tiene transcendencia jurídica, en virtud que la obligación de actuar fue impuesta directamente por normas o por un acto de autovinculación; *ii*) **Inactividad material positiva**. Esta inactividad resulta cuando la Administración no quiere cesar en sus actuaciones ilegales y perjudiciales, pese a las denuncias de los interesados; *iii*) **Inactividad formal o silencial**. Esta inactividad se produce cuando el interesado requiere que, en medio de un procedimiento administrativo o luego de incoada determinada petición, la Administración de respuesta y la misma no es obtenida. En Venezuela, una autora que ha ofrecido un interesante abordaje sobre el tema es Daniela Urosa Maggi, quien señala que la inactividad en tanto manifestación del actuar antijurídico de la Administración no puede limitarse estrictamente a la ausencia de la actuación legalmente debida, ni siquiera como el incumplimiento de ciertas obligaciones consagradas en las normas, por cuanto no sólo la ley y demás normas jurídico-formales son fuentes de deberes y obligaciones administrativas. Cfr. Urosa M., Daniela. *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el derecho español y venezolano*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2003, p. 48. En otro trabajo de esta connotada académica, ofreció los antidotos que en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Administrativa están consagrados para hacerle frente a la inactividad de la Administración Pública. Cfr. Urosa M., Daniela. “Tutela judicial frente a la inactividad administrativa a la luz de la Ley Orgánica de la jurisdicción contencioso-administrativa venezolana”. Obra Colectiva, *III Congreso de Derecho Procesal Constitucional y I Congreso de Derecho Administrativo: La justicia constitucional y la justicia administrativa como garantes de los derechos humanos reconocidos en la Constitución: homenaje a Gonzalo Pérez Luciani y en el marco del vigésimo aniversario de FUNEDA*, FUNEDA, Caracas, 2013. Para Gómez Puente, el concepto jurídico de inactividad está erigido sobre dos jambas, a saber: una material, la constatación de una situación de pasividad o inercia de la Administración; y otra formal, que transforma tal situación en una omisión por infracción de un deber legal de obrar o actuar y que determina su antijuridicidad. Gómez., Manuel. *La inactividad de la Administración*, Editorial Arazandi, Navarra, 2002, p.62. Un trabajo que ofrece importantes ideas a propósito de la inactividad del Estado, en el marco de la fórmula de Estado Social es ofrecido por Armando Rodríguez, que aduce que los alcances de la inactividad serán diferentes, según se vea afectado el interés colectivo o sólo incida en una situación subjetiva individual. Seguidamente, añade que además del supuesto genérico de inactividad, se destacan: el silencio, la negatividad y la abstención, frente a los cuales se regulan supuestos diferentes. Cfr. Rodríguez G., Armando. “La inactividad del Estado como objeto de la pretensión del administrado”, Obra Colectiva, *Ensayos de Derecho Administrativo. Libro homenaje a Nectario Andrade Labarca*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, p. 473-475. En otro trabajo en el que hilvanan interesantes ideas sobre la inactividad es el de Rodríguez C., Manuel. *Control de la inactividad administrativa*, FUNEDA, 2005. Por último, y no menos importante, la compilación de trabajos que sobre este tema realizó Hernández Mendible, es realmente notable. Cfr. *La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso-administrativa*, Víctor R. Hernández-Mendible (Coordinador), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.

determinadas, quienes tuvieran derecho a ella podrán reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no ha dado cumplimiento a lo solicitado o no ha llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

b. Si la Administración no ejecuta sus actos firmes, los afectados podrán solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde su petición, los solicitantes podrán formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por las normas del procedimiento abreviado”.

En Venezuela frente a las abstenciones o carencias, como forma inactividad de la Administración Pública, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Administrativa consagró la aplicación de un procedimiento breve en el artículo 65⁷. En el caso particular, la inactividad de la Inspectoría del Trabajo podría sustanciarse por este procedimiento, más aún, cuando se demuestre que no ha cumplido con una competencia que le ha sido asignada por Ley. No obstante ello, pese a ser un procedimiento instrumentalizado para contrarrestar la inactividad, no deja de preocuparnos el hecho que la Administración pueda argüir como mecanismo de defensa, e inclusive demostrar, que ha realizado algunos actos para ejecutar su Providencia, pero no ha sido posible lograr su cumplimiento.

Dicha situación que pudiera contrarrestar los efectos perseguidos con ese procedimiento y terminar legitimando la inacción de la administración. Lo escabroso del tema hace que sea cada vez más difícil controlar la actividad de la Administración, pero si durante ese juicio se logra determinar que efectivamente existió y existe una inactividad o abstención el Tribunal deberá ordenar el cumplimiento de su mandato y la obligación que constitucional y legalmente le fue impuesta.

VI. ¿El Interés del Administrado es Igual al Interés de la Administración?

Es diferente la autotutela en la cual la Administración interviene en cumplimiento de sus fines o invocando su poder de imperio, de aquella que se gesta en torno a formas de composición de controversias, que pese a tutelar situaciones y relaciones jurídicas específicas –como lo es el trabajo como hecho social– no dejan de intervenir dos (2) partes con posiciones antagónicas y cuyas

⁷ La abstención se produce por la inactividad de la Administración, bien sea por la inexistencia de un acto administrativo o por su omisión al no realizar una determinada actuación a la cual está obligada legalmente, lo cual constituye una lesión al derecho constitucional que tienen todos los ciudadanos y ciudadanas de obtener oportuna y adecuada respuesta (Artículo 51 CRBV). Tómense como muestra de ello, los casos en que el Poder Ejecutivo incumpla con su deber legal de dictar reglamentos, la reglamentación de una Ley permite que la operatividad de ésta se haga efectiva. Cfr. La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Comentada, Emilio Ramos González (Coordinador), Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2013, p. 451.

decisiones, en la mayoría de supuestos, son especialmente “hacer”, con grandes complejidades para lograr su ejecución, y que sin importar el marco en el cual se construyan, sólo interesa a las partes en conflicto, vale decir, trabajador y patrono.

En esta clase de procedimientos en los cuales la Administración actúa como un tercero “imparcial”, no interviene por un interés propio, en su lugar, se motoriza precisamente por el interés que el imprimen las partes en conflicto.

Constituye una falacia considerar que el Poder Judicial no tiene jurisdicción para “Ejecutar” un acto dictado por la Administración Pública, salvo que entendamos cognición y ejecución como conceptos análogos e indivisibles, o bien, que existe una irrestricta división de poderes o bien, que no exista división de poderes, comportando que los actos de la Administración precisen de inmunidad, caso contrario, el particular afectado, sin negar la ejecutividad y ejecutoriedad del acto de inspección, puede –sin vacilaciones– solicitar al Poder Judicial lo revista de doble firmeza, situación que sin duda alguna impele a quien va dirigido a cumplirlo, en principio, voluntariamente.

Si el Poder Judicial no tuviera jurisdicción para ejecutar los actos de la Inspección del Trabajo, entonces el Estado no podría demandar, bajo el procedimiento de demandas de contenido patrimonial, a cualquier particular para la ejecución de fianzas, cumplimiento o ejecución de contratos, entre otros. No con estos ejemplos pretendo construir un sofisma reduccionista, pero sin duda alguna, autotutela no en todos los casos puede suponer la negación del Poder Judicial.

Habría que apuntar, igualmente, que la Administración no solicita la homologación ni espera la anuencia del Poder Judicial (artículo 79 de la LOPA) para ejecutar su propio acto, es el interesado (el trabajador) quien acude a los tribunales en auxilio de la falta o inactividad de la inspección. Ahora bien, es evidente que el inspector no requiere de la habilitación del poder judicial para ejecutar sus actos, pero en supuestos de la inactividad de éste, negar la intervención del Poder Judicial con base a los principios de ejecutividad y ejecutoriedad, carece de fundamento coherente con los principios de tutela judicial efectiva.

VII. Ejecutividad y Ejecutoriedad

Hildegard Rondón de Sansó, al referirse a la ejecución de los actos cuasi-jurisdiccionales en los cuales la Administración “no actúa como parte tutora de sus propios intereses” sino, “destinada a declarar ante varios sujetos en conflicto quien tiene la razón y quien no la tiene”, situación análoga a la función

jurisdiccional, adujo, en cuanto a la ejecución forzosa, que se origina por cargas que tiene el administrado frente a la Administración⁸.

Continuó indicando la autora en referencia que, la situación anteriormente descrita se diferencia de las ejecuciones que se ventilan en los procedimientos cuasi-jurisdiccionales en los cuales la Administración no establece ninguna carga u obligación que la beneficie, salvo, que se impongan multas, las cuales sí pueden ser susceptibles de ejecución forzosa por constituir una carga contra el administrado (patrono) en beneficio de ella (Inspectoría del Trabajo).

Seguidamente, la mencionada autora analizaría la sentencia de la Sala Político Administrativa de la otrora Corte Suprema de Justicia de fecha 8 de noviembre de 1989, ratificada el 21 del mismo mes y año, en la que manifestó que la “ejecución opera por su propia virtualidad y con los mismos efectos de una sentencia judicial”; sin embargo, son los votos salvados de José Duque Corredor y Pedro Alid Zoppi, los que establecieron diferencias significativas entre la ejecutividad y la ejecutoriedad de los actos administrativos. De los mismos se desprenden lo siguiente:

En primer lugar, la ejecutoriedad a diferencia de la ejecutividad, no es propia de todos los actos administrativos, sino, de alguno de ellos que *per se* requieren actos de ejecución.

En segundo lugar, la sentencia confunde ejecutividad con ejecutoriedad, siendo que la Administración no tiene el poder de ejecutar la decisión de un acto cuasi-jurisdiccional, ya que el procedimiento de ejecución forzosa de la LOPA está previsto para aquellos que imponen cargas a los administrados y que, desde un punto de vista práctico, es evidente que la Administración que dirime un conflicto entre particulares, no tendrá nunca por sí misma los medios para hacer efectiva su decisión, ya que con ella no se obliga a un particular a hacer algo que la autoridad le impone, sino, que se condena frente a otro administrado.

A criterio de los Magistrados, la dificultad para ejecutar un acto dictado por la inspectoría deviene producto de la obligación de hacer de un particular frente a otro particular, y no frente a la propia administración quien lo dicta.

En tal sentido, salvo que el patrono decida ejecutar voluntariamente el acto de la inspectoría, debe esta última ejecutar forzosamente su providencia y sin un procedimiento específico, queda por aplicar sanciones coercitivas o coacciones indirectas como el arresto, y aún en ese caso difícilmente pueda ejecutarse el acto.

⁸ Rondón De Sansó, Hildegard. *Los actos cuasijurisdiccionales*. Ediciones Centauro. Caracas, 1990, p. 3-5.

La historia del Derecho Mercantil venezolano en la obra del profesor Alfredo Morles Hernández

En orden a lo anterior, merece la pena señalar que existe una diferencia entre la autotutela declarativa y la ejecutiva; en efecto, en la segunda, se acude a la coacción o a la colaboración de terceros para ejecutarlo en casos de resistencia pasiva de su destinatario⁹ y, de ordinario, es el interesado de quien depende la ejecución (ejecución impropia, indirecta o involuntaria)¹⁰.

El problema pasa por pretender enfrentar a los extremos –si es que los hay– Administración o Poder Judicial. Dicha situación constituye un grotesco error pragmático y que en materia laboral se agudiza aún más, por cuanto, es el trabajador quien termina sufriendo la inactividad de la administración y absolucón de la instancia del Poder Judicial.

Que el Poder Judicial pueda ejecutar un acto que en principio dependa de la Administración, no significa en lo absoluto la negación de la autotutela y, fundamentalmente, cuando aquélla está sometida a los principios de legalidad y universalidad de control de los actos administrativos.

Asimismo, que la Administración esté provista “legalmente” de ciertos recursos para la propensión de la ejecución de sus providencias por virtud de ciertos mecanismos de admonición, v.g. imposición de multas, no significa que el patrono vaya a cumplir con la providencia dictada; inclusive, puede encontrarse el patrono en desacato y solicitar el Inspector la intervención del Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal, ser arrestado y, aún así, mantenerse reticente, negándose a cumplir con el reenganche.

En efecto, constituye una contradicción evidente considerar que el Inspector, con motivo de un desacato, pueda hacerse asistir del Ministerio Público en su condición de titular de la acción penal, quien necesariamente debe accionar ante los tribunales penales (Poder Judicial) para que éste procure la condena de un infractor por incumplir cualquier de sus órdenes y no pueda el trabajador en medio de su viacrucis para lograr la reincorporación a su puesto de trabajo y el pago de los salarios dejados de percibir, solicitar auxilio de los Tribunales Laborales como un órgano con competencia constitucional para poder ejecutar los actos de la Administración.

Es preciso destacar, que el *substratum* de la Providencia de Inspectoría es una orden, que puede significar, por ejemplo, el reenganche y pago de los salarios caídos, situación que interesa sólo al trabajador y en un segundo plano a la

⁹ Peña S. José. *Manual de Derecho Administrativo: La Actividad de la Administración Pública, de Policía Administrativa, de Servicio Público, de Fomento y de Gestión Económica*, Vol. 9. Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2005, p. 77.

¹⁰ Araujo J., José. *Tratado de Derecho Administrativo Formal*. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2007, p. 338.

Administración, por lo que, el desacato *per se* no debería ser el único pábulo susceptible de poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional.

El trabajador se transforma entonces en mendicante de justicia, quien observa que la Administración no logra dar satisfacción a su solicitud, por las razones que fuesen, y los tribunales le manifiestan la misma imposibilidad, por mor de una incorrecta interpretación del concepto de autotutela administrativa.

Las circunstancias de cada caso dictarán si el poder judicial debe intervenir y no negar de plano su participación. Al momento que los Tribunales de Justicia señalan –para todos los casos– que no tienen jurisdicción de un acto de inspectoría, no está siguiendo *ad pedem litterae* la Ley, sino, negándole a un trabajador la tutela judicial efectiva.

Estaría el tribunal obligado a ejecutar el acto, si en efecto, el inspector agotó todos los trámites correspondientes, quedando excluido el arresto, actuación que, no depende de éste y forzado a examinar –tal y como lo hacía la jurisprudencia– que la providencia administrativa que ordenó el reenganche y pago de salarios caídos, fue dictada sin imprecisiones en su objeto, y que por ende, su inexecución no constituya violaciones del orden e hilo constitucional, que hagan procedente el amparo a los fines de resguardar derechos o garantías constitucionales¹¹.

En consecuencia, si de las actas contenidas en el expediente se desprende que tanto el trabajador como el Inspector realizaron todos los actos tendentes a ejecutar la providencia, por qué no conocerá el Tribunal de la acción correspondiente e intentar dar protección a los derechos de trabajadores y optar en su lugar por mantenerse inerte frente a las ominosas condiciones a las cuales se somete quien reclama justicia.

Soluciones de este tipo, acentúan negativamente superlativos poderes de la Administración; prácticas atávicas que podrían incrementar injustificadamente la arbitrariedad, efluvio que sin correctos controles harían de aquella un cuerpo que decide a plena discrecionalidad cómo y de qué manera se realizan sus actos, si los ejecuta o no, dejando a los administrados en cierta medida desprotegidos.

VIII. Reflexiones Finales

A corolario de lo anterior, y como apreciaciones finales, si la Inspección se negase a ejecutar sus actos o habiendo realizado o puesto en funcionamiento todos los dispositivos para lograrlo, y aun así, no fuese imposible, se hace imprescindible que intervenga el Poder Judicial, bien sea a los fines que ordene a

¹¹ Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, N° 2010-581.

La historia del Derecho Mercantil venezolano en la obra del profesor Alfredo
Morles Hernández

la Administración cumplir lo establecido en su providencia o hacerlo ejecutar por ella misma; no obstante lo anterior, intentar amurallar las competencias de la Administración ante intromisiones de los jueces, produce un efecto perverso: aísla las decisiones por ésta adoptada, bien sea por acción u omisión, cuyo *desiderátum* puede quedar *in albis*.

Comienzo de una reflexión filosófica acerca del Derecho actual

Julio Rodríguez Berrizbeitia

No vamos a perder mucho tiempo en definir algo –en este caso la filosofía– cuando lo importante, en realidad, no son las conceptualizaciones sino el efecto que en nuestras vidas tiene la forma de adoptarlas (ello no se refiere solo a nosotros sino a los que pueden hacerlas propias en lugar de nosotros). El tema central de lo que alguna vez asumimos como la “infalibilidad de la observación” considerando como hacen los científicos algo que no se pone en duda, nos lleva a repensar las máximas jurídicas (como el producto de la observación) como algo que no es tan infalible como creíamos.

Si vemos al Derecho como parte de nuestro mundo, no evidentemente natural, se nos plantean algunas matizaciones relativas a la revisión de las teorías acerca de: el salvado de la data que ha contribuido a la elaboración de las mismas; ¿cómo manejar las conceptualizaciones pasadas en término de lo observable hoy en día?; ¿cuáles son los objetos jurídicos a analizar y qué dice la teoría de ellos?; ¿podemos hablar de un método científico del Derecho o simplemente nos resignamos a observarlo en las ciencias que determinan su forma de ser?; ¿cuál es el valor de los hábitos y las costumbres a la hora de establecer parámetros generales de actuación que en primer lugar son sociales y luego jurídicos?; ¿cuál es la relación con el lenguaje común que parece ser una expresión más natural que el jurídico a la hora de definir formas de actuar?; ¿cómo debe definirse, al final, el rol de la moral y la justicia en el Derecho con miras a especificar los límites de cada uno? y finalmente, en una enumeración que no pretende ser taxativa, vale la pena tomarnos algún tiempo para pensar en la penumbra, obscuridad y vaguedad que a veces puede acompañar al Derecho como institución llamada a poner algún grado de orden a las relaciones sociales.

No es ajeno a nuestra forma de observar el mundo el tratar de dilucidar lo evidente de las cosas para inmediatamente extrapolarlo a lo jurídico. Dicho proceso puede ser desvirtuado fácilmente por el observador como a menudo ocurre en la política. No deja de estar presente en muchos, aquella idea de Nietzsche relativa a que no hay verdades sino interpretaciones. El mismo camino, en un lenguaje más actual, fue recorrido por Michel Foucault. Pero en todo caso como en los comentarios que realizamos recurrimos a lo que la filosofía le puede aportar al Derecho, en ello no podemos dejar de pensar en las primeras causas de todas las cosas. Lo anterior adquiere matices de mayor complejidad cuando entramos en el terreno del pensamiento y pudiera complicarse algo más cuando al mismo lo vemos desde la perspectiva señalada por algunos filósofos de “cuestión de sentido”. ¿Cómo se ve al Derecho a la hora de comparar lo logrado

—al menos en lo que al Derecho positivo se refiere— frente a la cuestión relativa al pensamiento como “cuestión de sentido”?

A veces las respuestas no son tan positivas (en lo relativo al Derecho) y recurrimos no solo a lo planteado por el Derecho natural sino también a lo formulado por la fenomenología para referirnos a la “esencia de las cosas” la cual es anterior a la ley positiva (esencialidad vs. positividad). No es accidental que la obra de Reinach *Los fundamentos a priori del Derecho civil* haya adquirido en los últimos años toda una necesidad de revisión vinculada con determinaciones diferentes al Derecho natural pero previas a cualquier positivización del Derecho. Lo anterior supone de forma más que evidente algo difícil de aceptar por el positivismo: que el Derecho es algo previo al Derecho positivo. Pero volviendo a la filosofía la gran clave de todo no solo radica en el pensamiento sino también en su interpretación. Aquí entramos en algo más complejo que requiere dar explicaciones a la forma en que percibimos al mundo, a nosotros mismos y a los demás a través de la forma sico-social de relacionarnos con ellos.

No puede pasar desapercibido para nosotros que nuestra forma de asumir el Derecho no puede desligarse de nuestras creencias. Lo difícil del caso se refiere a cómo construir las mismas en un mundo el cual parece razonable, siguiendo a Descartes dudar de todo (menos de que por pensar existo). En cualquier caso el escepticismo en su expresión argumentativa parece marcar una tendencia, extensible al Derecho acerca de una línea de expresión en la cual nos podemos estar refiriendo a: argumentos acerca de la justificación de las oraciones (incluyendo las jurídicas); las proposiciones y las declaraciones y las creencias. La palabra “si” parece obtener su vía de reconocimiento para salirnos de lo que no puede tener o representar valores absolutos. La dificultad radica en que muchas veces el uso del “si” condicional no está determinado por niveles de objetivación adecuados o por un conocimiento más o menos integral por parte de quien lo formula.

Más de una vez podemos haber pensado acerca de cómo liberar al Derecho del “demonio” cartesiano que evita el análisis objetivo de la realidad. La “ilusión” planteada por Descartes parece afianzarse en algunas sociedades —a menos por parte de los que las gobiernan— que se ponen de espaldas frente a la realidad con la ilusión de que la misma pueda cambiar y se ajuste a lo que requieren. Cuanto se alejan de Berkeley que decía que “ser es ser percibido”. Percibido tal como se es para precisar más el contenido de su idea. En este caso la percepción no se refiere solo al mundo natural sino al social que se rige por necesidades muy distantes —en algunos casos— a las que percibe el gobernante o quien pretenda asumir ese rol. Lo que nunca puede dejar de verse es que cualquiera que sea la forma que tenga el Derecho de relacionarse con el ciudadano —no en forma abstracta para disfrazar sus necesidades— debe asumir —como enseña la filosofía—

que el pensamiento y la extensión son atributos del alma y del cuerpo. Por cierto, que esa doble dimensión del ser humano es frecuentemente desdeñada por la política y el Derecho actual para quienes a veces los ciudadanos son solo individuos y no personas.

En una mejor aproximación a la realidad determinamos que no es solo la experiencia sensorial la que determina nuestra forma de vivir sino que se hace indispensable separar lo que nos viene de la experiencia de los sentidos de lo originado en la conciencia. Lamentablemente el Derecho, a lo largo de su historia, ha optado por aceptar lo que no es verdadero pero es más fácil de explicar. En nuestro trabajo sobre la “Intención” pudimos constatar un largo desarrollo de ideas difíciles de armonizar con la conciencia humana. Así como Edmund Husserl planteaba prescindir de su rabia frente al eslogan político expresado en el pizarrón con el objeto de ir a la pura esencia insertada en el contenido de los llamados estados mentales así el Derecho debería hacer un esfuerzo por –así no estemos de acuerdo con la llamada “reducción fenomenológica”– ir a lo esencial contenido en las cosas y prescindir de las aproximaciones poco confiables –a veces falaces– del mundo que nos rodea.

Puede que haya algo de razón en Fichte cuando señalaba que la persona debe conocerse ella misma como objeto. Lo cierto es que somos más que eso pero frente al conocimiento y a la conciencia que hace un recuento vivo de cómo actuar frente al mundo somos un objeto de conocimiento más. La perspectiva de ver las cosas desde el punto de vista de la primera persona puede ayudar a profundizar lo anteriormente señalado. Quizás uno de los problemas del Derecho es su análisis de un tercero que a veces exige explicaciones más conspicuas y repletas de presunciones. Al final cuando no sabemos algo a ciencia cierta lo presumimos. De cualquier manera el tratar de conocer los estados mentales de las personas – como ha hecho el Derecho– por presunciones no es la forma más adecuada de hacerlo (posiblemente no es la más científica). El privilegio derivado del conocimiento de primera persona como lo señaló Anscombe no puede fácilmente ser substituido por otra forma explicativa de la acción humana. Al final solo uno mismo conoce (como señaló Anscombe) sus propias intenciones. Wittgenstein se refería a los estados mentales como aquello que yo creía que era y siempre me era revelado. Por ejemplo, los demás podían dudar de mi dolor pero yo nunca podía dudar de él. Es más que obvio que para el autor que acabamos de mencionar los estados mentales no son como en Descartes privados y se refieren a algo relacionado con nuestros sentimientos.

Por su parte el jurista tiene una visión correctiva de la vida social. Pretende en el fondo de su razón de ser como jurista, mejorarla. Lo anterior exige una metodología adecuada para tomar decisiones efectivas y que se alejen de los intereses que podríamos tener. Para John Rawls se trataba de libertad e

imparcialidad. Ello exigía colocarnos dentro del “velo de la ignorancia”. Pudiéramos seguir la fórmula de Santo Tomas del bien común para orientar lo que queremos. El problema de cualquier alternativa es la definición del concepto adoptado lo cual va a exigir desde el punto de vista social un estricto análisis de contenido.

Si siguiéramos la evaluación del utilitarismo inglés y más recientemente la escuela económica del Derecho deberíamos concentrar nuestro análisis en aquello que produce el mayor bienestar posible entre la mayoría. El problema de estos análisis –al estilo de R.H. Coase– es que lo “justo” no siempre es un tema de mayorías. Pensemos en el niño que se muere de cáncer porque el industrial prefiere contaminar que pagar menos impuestos porque esa es una de sus alternativas aunque a la larga sea más costosa. No es fácil medir los valores en términos de costo y ello es una variable a veces no considerada.

En la obra de Quine estos temas valorativos de naturaleza subjetiva no son determinantes. Para él el filósofo y el científico están en el mismo bote. Podríamos montar también al jurista. Para Kant vivimos en un mundo de cosas observables en el cual nuestros conceptos adquieren sentido mediante la experiencia (ello no es contrario a Quine). El asunto esencial es que para Kant la estructura de nuestro conocimiento se refiere a la idea de un mundo más allá (si se puede decir así) de la experiencia. Un mundo en el cual la naturaleza de las cosas es independiente de su apariencia (de ese análisis viene al final el concepto de noumenón).

En la filosofía actual muchos filósofos del Derecho como Leiter siguen a Quine en el sentido de señalar al “naturalismo” como una forma metodológica de aproximarse a la realidad en virtud de la cual acercamos la teoría filosófica a la investigación empírica de las ciencias. En la filosofía jurídica norteamericana naturalismo y pragmatismo se han combinado tal como dice Brian Leiter en *Naturalismo y teoría del Derecho* para resolver problemas filosóficos tradicionales (que no se pueden solucionar con métodos tradicionales a priori de los filósofos) que requieren ser implantados o reemplazados por teorías empíricas. Para Joseph Singer el naturalismo es una forma de concebir al Derecho (desde el punto de vista del ser y del deber ser) como basado en la experiencia humana, la política y la ética. Desde esta perspectiva nos alejamos de la concepción kantiana según la cual los principios jurídicos no obedecen a ningún sistema lógico, universal y atemporal. No olvidemos que para Kant “una doctrina jurídica únicamente empírica es como la cabeza de madera de la fábula de Fedro, que puede ser hermosa, pero que lamentablemente no tiene seso”. No puede la filosofía jurídica actual desvincularse de H.L.A. Hart para quien el Derecho es un ensayo de sociología descriptiva en el que no puede faltar el recurso al empirismo.

De alguna forma las expresiones relevantes dependen de un contexto social que no siempre es visible para nosotros, al menos en la forma de expresarse.

Lo que a ciencia cierta no va a dejar de generar dudas es cómo construir al Derecho actual, de forma empírica, sobre una base social que pudiera no ser entendible por todos los actores. No es que sea manipulable a la hora de interpretarla, ello siempre es un riesgo, sino que siempre debemos tener en cuenta cómo incorporar esos factores fundamentales que en la vieja discusión del primado de la razón entre Fichte y Scheler se refería a “una forma de vida moral duradera”. Aquí surge para los filósofos el tema de la conciencia que a veces puede no ser fácil de explicar en un mundo de eventos conectados causalmente. Ello hace que el Derecho se pregunte acerca de lo que verdaderamente somos responsables. Responsabilidad en el sentido de relacionar al sujeto consciente con su acción. El tema tiene una complejidad adicional si añadimos el tema de la libertad. ¿Somos verdaderamente libres? Más bien no será que el Derecho se comporta como una forma de expresión (al menos en su manera de comunicarse) que al igual que el lenguaje común exige un conocimiento de las reglas que gobiernan el uso de los términos individuales para que seamos capaces de derivar de dichas reglas las verdaderas condiciones de las oraciones que puedan ser construidas a partir de ellas. Lo anterior es expresado por Marianne Constable en los siguientes términos: “para muchos es evidente que el Derecho es una cuestión del lenguaje que no puede ser capturado por reglas”. Ciertamente Constable no se refiere a las reglas del lenguaje sino a las jurídicas. La dificultad que parece derivarse de esa presunta antinomia regla del lenguaje *vs.* regla jurídica podría ser la de la utilización (como legal) de un lenguaje no filtrado por ningún tipo de técnica formal lo cual ha llevado en países como el nuestro a la utilización, bajo la excusa de una pretendida revolución en curso, de un vocabulario incoherente en el cual se pierde el sentido de las palabras. Pareciera ante ello que la exigencia lógica de Russell se nos evade en un mar de desinterés frente al cual la lógica no es sino una manera de vender un producto difícil de entender por los nuevos gestores de los asuntos públicos. Me refiero a Russel no porque lo vayan a escuchar más que a nosotros sino más bien por haber mantenido el predominio lógico en medio de posiciones personales muchas veces divergentes con los poderes establecidos en la sociedad. En tal sentido señalaba: “Nosotros podemos construir nuestra lógica dentro de la idea de que las palabras se refieren a las cosas: nombres para los objetos, oraciones para los valores verdaderos y términos generales para las “clases” (cosas que tienen otras cosas como sus miembros)”.

Lo difícil es tratar de construir un mundo lógico que contradiga la aparente lógica de nuestras propias necesidades: políticas, familiares, ideológicos y todo tipo de interés que al final determina lo que expresamos aun sin entenderlo. Desde esta visión el Derecho es un instrumento privilegiado para expresar lo no entendible que exige un cumplimiento similar a lo entendible. De paso la filosofía

ha mantenido algún grado de constancia al enseñarnos que las verdades más evidentes son las más difíciles de explicar.

Tal como señala Alexius Meinong la filosofía ha sido capaz de crear muchos objetos metafísicos indefinidos pero lo peor es crear frases sin sentido para referirse a ellos. Sería perverso para todos hacer una lista de frases sin sentido para explicar las realidades más extravagantes que vivimos. Pero el que las anuncia parece adquirir un poder extra-natural para hacerlo a pesar de la hilaridad que pudiera provocar. En algunas ocasiones pudiera parecer exagerado abusar de la capacidad del pensamiento (por más limitado que sea en algunos) para crear una realidad que el mismo es incapaz de crear y que con toda certeza no controla. Que grave problema encaramos cuando nuestros dirigentes se comportan como si fueran únicos en el mundo (incluyendo a lo local) o el centro del mundo dando lugar a ocurrencias tan extraordinarias que no hay ejemplos en la historia. En realidad, les cuesta pensar que no creamos la realidad más bien se nos impone como nuestra propia imagen frente al espejo. No es casual que en estos días se hable de “hibris” como una forma de confianza excesiva en nosotros o una actitud soberbia frente a lo que nos rodea. Ello podría ser entendido en el Lucifer del “Paraíso Perdido” de Milton pero de ninguna forma en la Venezuela de hoy en día la cual no puede mostrar ningún tipo de logro de los que vale la pena mostrar. No es solo lo que es verdadero sino lo que lo hace verdadero lo que debemos asimilar a nuestro análisis si queremos superar dogmatismos recurrentes en nuestra manera de vivir. Aunque podemos pensar con el pragmatismo que la verdad supone utilidad quisiera pensar que la utilidad pudiera estar ausente en decisiones que exigen un requerimiento a la moral permanente o absoluta. Si coincidieran utilidad con moral podríamos estar jugando una carta peligrosa para la moral o sencillamente llegando a un nivel de ajuste entre utilidad y moral difícil pero no imposible de lograr.

Posiblemente, respetando las creencias de cada quien, deberíamos pensar en Dios como algo que siembra su inmanencia dentro del mundo, pero a la vez lo trasciende. Con Nagel podríamos decir que nos aporta una verdad absoluta. Lo cual nos introduce a la exigencia de la misma (verdad) frente a una sociedad como la nuestra en la cual se relativiza todos los días. Se ha pretendido en nuestro medio dividir al mundo arbitrariamente o de acuerdo a ideologías e intereses. Se prescinde de un orden intrínseco de valores y principios totalmente independiente de posturas ocasionales.

Como hace falta –incluso sin utilizar conceptos de identidad como el planteado por Geach con respecto a la cuestión referente a “igual que”– preguntarnos cuál es nuestra identidad frente a lo que hemos sido y queremos seguir siendo. Ello tiene un peso determinante a la hora de valorar moralmente nuestras nuevas formas de ser frente a situaciones que pudieran parecer que son

favorables a nosotros (independientemente de los cambios éticos que debamos realizar). No creo que se trata de ir tan lejos como profundizar en las llamadas “leyes de Leibniz” de identidad o en el “sortal concept” de Geach. Se trata de una pregunta cuestionadora entre lo que somos día a día como personas, miembros de un grupo, empresarios, etc. Es la medida exacta de asumir al mundo sin dejar que la moralidad de la permanencia siga presente. En el fondo está esa lógica que le da algún grado de integridad y continuidad a lo que somos. Aunque para muchos es aplicable lo que decía Russell acerca de Hegel: “En la medida que su lógica es peor más interesante resulta”. Lo lógico es que lo interesante –en muchas ocasiones– no cambia nada en nuestras vidas ni en la sociedad.

Pero a pesar de lo dicho por Russell Hegel nos aporta un concepto interesante acerca de la realidad, la cual para él está determinada por la forma que tenemos de concebirla. Lo anteriormente señalado parece hacer coincidir la estructura del mundo con la del pensamiento. Lo que pudiera parecer complicado es su construcción del encuentro del concepto abstracto (inmediato e indeterminado) que se deriva del pensamiento con el mediato producto de concepciones rivales. De tal encuentro (conflicto entre lo abstracto y lo determinado) surge gracias a la “trascendencia intelectual” una concepción verdadera que abarca a ambos conceptos. Es como si en el Derecho lo abstracto de las ideas y de los conceptos se funde con los aportes de la realidad. Para Hegel toda determinación es una negación. Es todo ese movimiento permanente de la dialéctica que nunca produce un fin. No es extraño que en su relación con Marx sus ideas sirvan hasta cierto punto. La filosofía del Derecho de Hegel defiende temas inaceptables para Marx como el “mayorazgo” y la institución carcelaria. No es casual que Marx pretendiera juzgar las líneas políticas de Hegel (algunas de ellas interesadas) a la luz de su ideología política. En tal sentido Marx le reprochaba el acomodamiento de Hegel a la religión, al Estado, a la Constitución, etc., ya que ello –en opinión de Marx– era contrario a sus propios principios. Pero tal como ha señalado Isaías Berlin para Marx la idea hegeliana había acabado por ser una expresión sin significado alguno, pareciéndole que Hegel había erigido algo así como un sistema espacioso de palabras sobre palabras, un método que su generación debía substituir por símbolos que expresaran en lo empíricamente observable objetos reales en el tiempo y en el espacio. Para Maritain la noción marxista de la historia derivó directamente de Hegel, con una transformación del idealismo al materialismo. Con dicha transformación pensamos que el Derecho no fue el más favorecido. De tal forma que puede ser ignorado por el gobernante marxista aunque sirva por un tiempo si da la idea de que se mantiene la institucionalidad por él representada. En otras palabras, si por un rato beneficia al proyecto asumido, hasta que el triunfo del proletariado (o el de los líderes de la revolución) lo elimine por innecesario. De cualquier manera hay algunos elementos que nos llaman la atención en el ir y venir de Hegel: su compromiso

con un conocimiento que solo está limitado por las ideas absolutas y no por las imperfecciones del mismo; la progresiva unidad entre el que piensa (ser humano cognoscente) y lo pensado (objeto del conocimiento); desde el punto de vista estricto del jurista se plantea (por la unidad entre el ser y el pensamiento) la posibilidad de llegar a una regla jurídica justa como consecuencia del mejor entendimiento del ser; lo anterior supone traspasar el abismo entre el ser y el deber ser que en la filosofía post humeana tantas dificultades ha creado.

En el fondo de la filosofía del Derecho de Hegel (al menos de su historia) parece relevante señalar que se produce una legitimación del Derecho positivo ya que este es “históricamente inevitable en el camino hacia el Derecho justo”. El problema reside en los que estamos transitando ese camino hacia la justicia que no siempre llega.

Lo que no puede dejar de intrigarnos, por los efectos que pueden derivarse para el Derecho, es lo que Kant distinguía entre lo analítico y lo sintético (sin pretender adentrarnos en la totalidad de la metafísica kantiana). Algunos filósofos hablan de proposiciones y otros de creencias, pensamientos, oraciones, etc. En realidad, para muchos una proposición es necesaria si es verdadera. La proposición contingente es verdadera pero pudiera sin embargo ser falsa. La proposición es a priori cuando su verdad puede solamente ser probada por un razonamiento sin recurrir a la experiencia. Es a posteriori cuando la verdad debe ser expresada a través de la experiencia. Pero el centro de todo es la distinción kantiana entre analítico y sintético. Si bien entre Kant y algunos filósofos la explicación pudiera tener algunos matices diferentes se podría decir con autores como Scruton que lo analítico se refiere a lo verdadero de las proposiciones solo en base a los conceptos incluidos en ellas. Mientras que lo sintético es lo que no es analítico.

Mencionamos los conceptos anteriores solo como instrumento referencial para manifestar nuestra preocupación con respecto a la moral, al Derecho, a la dicotomía entre hechos y valores que ha sido puesta en evidencia (aparentemente) por la ciencia actual. A fin de cuentas, con Kant la aplicación del uso práctico de la razón. En este orden de ideas la discusión en la que podemos involucrarnos radica en lo planteado por Hilary Putnam acerca de la dicotomía entre hechos y valores. En una obra nuestra en la cual nos referimos a Hilary Putnam lo citamos cuando mencionaba: “Yo muestro como la idea de una absoluta dicotomía entre hechos y valores es dependiente desde el comienzo de una segunda dicotomía, que no es muy familiar para los filósofos, la relativa a juicios analíticos y sintéticos ... hechos *versus* juicios de valor y hechos *versus* verdades analíticas, han corrompido nuestro pensamiento acerca del razonamiento ético y acerca de nuestra descripción del mundo y no menos importante han evitado que veamos cómo la evaluación y la descripción son entrelazadas e interdependientes”. Pero

a pesar de las críticas a Kant por su clasificación de analítico y sintético su rol para el Derecho sigue siendo de cierta consideración. Probablemente en uno de los libros de filosofía política más importantes del siglo veinte: *A Theory of Justice* de Rawls se menciona la siguiente frase de Kant: “actuar injustamente es actuar de tal manera que fallamos en expresar nuestra naturaleza como seres libres e igualmente racionales”.

De alguna manera el pensamiento moral kantiano ha quedado expuesto a las críticas que en la filosofía actual, ha generado el resto de su análisis metafísico especialmente lo relativo a su noción de la verdad sintética a priori. Esa caída de credibilidad le ha dado argumentos a los positivistas lógicos para renovar una inflada versión de la idea de Hume de que los juicios son analíticos (tienen que ver con relación de ideas) o sintéticos a posteriori (se relacionan con materias de hecho), adicionalmente este razonamiento los lleva a expandir lo analítico, desde que los empiristas clásicos se ocuparon de mostrar que las matemáticas como “sintéticas a posteriori” simplemente no funcionaban.

En razón de lo anteriormente señalado la falta de credibilidad filosófica de la noción kantiana de “razones prácticas puras”, tal como lo expuso al comienzo de su *Metafísica de las costumbres* dio pie a los positivistas lógicos a volver a Hume (de forma a veces exagerada) para señalar que los juicios éticos no eran declaraciones (statements) de hecho sino más bien expresiones de sentimientos o de imperativos ocultos. De lo anterior, tal como lo señalaba Carnap, se deriva el poco o ningún fundamento científico que puedan tener.

Al no ser científicos podemos ser más cautelosos con respecto a los efectos de las causas que siempre podemos observar, al menos desde el punto de vista mecánico. Ello en nada obscurece un ámbito de actuación frente al mundo en el cual el análisis de los hechos a través de los sentidos y de la razón se combinan para darnos el único resultado posible desde la perspectiva del actuar humano. En todo caso la manipulación de los hechos, con vista a un resultado deseado, no cambia en lo más mínimo la falsedad de lo que se pretende lograr. Seguimos frente a un tema de verdad que es tan exigida para la ciencia como para la moral y el Derecho. En el fondo de todo pareciera que si la verdad no hace sentido para las ciencias tampoco lo hace para otros tipos de actividad humana independientemente de la consideración que le demos o que le queramos dar.

Lo que no podemos dejar pasar por alto es que la razón se acomoda a los fines y a los bienes estableciendo “razones básicas para la acción”.

Aristóteles demostró el valor del razonamiento práctico y Santo Tomás lo puntualizó de forma extraordinaria. Kosgaard escribió: “que realmente hay un solo principio de la razón práctica. El principio de que nosotros debemos escoger nuestras máximas como derecho universal”.

Podemos pedirle a Kant que nos aproxime al Derecho. Su vía puede ser a veces reductiva. En todo caso hay afirmaciones como el libre arbitrio de cada uno compatible con la libertad y el libre arbitrio de los demás que lo lleva a afirmar que “el Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley universal de libertad”.

El tema de la libertad es de una esencialidad básica para el Derecho. Si bien es capaz de limitarla para obtener la mayor felicidad posible de los ciudadanos es también capaz de garantizarla por la misma razón. Su consideración por parte del jurista debe ser objeto de una revisión permanente frente a uno de los valores fundamentales de la persona humana. Los grados que tenemos de ella solo son percibibles cuando, como en el caso venezolano, empezamos a perderla. De cualquier forma, el considerarla jurídicamente puede evocar al gran maestro de Königsberg.

Desde otra perspectiva siempre nos ha llamado la atención la diferenciación que la filosofía siguiendo análisis como los de Quine ha hecho entre la necesidad “de dicto” y la necesidad “de re”. La primera se soporta sobre las palabras que escogemos y la segunda sobre la naturaleza de las cosas. Con alguna frecuencia la lógica modal señala que lo que es necesario no cambia de mundo a mundo. Lo anterior puede crearnos algún grado de desilusión al pensar que no va a cambiar, por ejemplo, lo que tenemos en Venezuela que no vale la pena enumerar. El tema aquí se refiere al tópico de la necesidad natural que al relacionarlo con causa siguiendo la tradición aristotélica nos lleva, al menos, a tener una explicación(s) válida. El gran problema en el manejo de la sociedad es que pareciera desbordar a lo natural y lo imposible se vuelve necesario (al menos para quien decide que sea así).

En un reciente estudio nuestro sobre la “Intención” tratamos de usar la teoría de Anscombe para introducir uno de los grandes temas del Derecho como es la intención. Entendiendo que en el caso de Anscombe el alcance no coincide con el de “intencionalidad” de Brentano y Husserl. Lo cierto del tema es que muchos filósofos de hoy prefieren hablar de mente, estados mentales, consciencia y el ser en lugar de alma. Pero lo que no podemos dejar de lado en el Derecho igual que en la filosofía de la mente es que tenemos mentes. Es decir, pensamos, razonamos y tenemos deseos. El gran riesgo para el jurista es ignorar la complejidad de la mente humana y reducir todo a resultados difíciles de relacionar con el actuar humano. Al tratar de entablar un diálogo con el alma para hablar en términos de lo que nos acostumbramos surge la pregunta con respecto a su relación con el cuerpo, más cuando muchos científicos pretenden convertirla en una parte de él. Lo otro se refiere a nuestra capacidad estrictamente humana de conocernos a nosotros mismos. No podemos quedarnos tranquilos cuando desarrollamos en nuestras vidas los aspectos más resaltantes de una naturaleza

con alma para resignarnos a pensar que todo desaparece con el cuerpo. Aristóteles se refería a un principio vital que es poseído por todo ser vivo.

Posiblemente en el Derecho volvamos a retomar la fenomenología –al mejor estilo de Adolf Reinach– para volver sobre las irreducibles cualidades de los estados mentales. Los anteriores planteamientos a pesar de las divergencias filosóficas podrían con Scruton entenderse o bien como el punto de vista de la primera persona; o algo que ayuda a entender y explicar la conducta o más bien algo relacionado con la intencionalidad. Sobre este aspecto señalábamos en *Los llamados actos intencionales en la consideración del filósofo de hoy* que Searle se refería a la intencionalidad como “una característica de los estados mentales por la cual ellos son dirigidos a o acerca de los objetos y estados de cosas diferentes a ellos”.

Sobre el tema de la intencionalidad mucho tenemos que explorar los juristas especialmente el asunto relativo a si los estados mentales fueran físicos. En tal sentido filósofos como Dennett han trabajado el tema relativo a “sistemas intencionales” lo cual nos permite considerar de forma precisa como una máquina (computadora) puede mostrar intencionalidad. No es accidental que hace ya treinta años en libros como *An Artificial Intelligence Approach to Legal Reasoning* de Anne Von der Lieth Gardner, publicado en 1987 por MIT Press, se citara a Searle en Derecho contractual para explicar “estados intencionales expresos”. Pero lo que no podemos subestimar en esta materia es que la discusión con respecto al problema alma (mente)-cuerpo no se produciría en los términos en que se manifiesta si no fuera por nuestra propia conciencia. Nagel hablaba que las teorías científicas pretenden no solo descubrir al mundo físico sino todo lo contenido en él incluyendo animales y personas. Pero lo que no se describe es un hecho fundamental que yo solo puedo descubrir y no es otra cosa que lo que se me revela de mí mismo (alegrías, penas, etc.) que solo puede ser percibido por mi habilidad de situarme en el mundo como yo mismo. Pero el Derecho debe vivir al igual que la metafísica con dos grandes acertijos humanos: auto conciencia y libertad. Si no reconociéramos en el Derecho la posibilidad de ser libres lo único que podríamos hacer es recurrir a medir el poco espacio que nos dejan las leyes causales inmutables para hacernos responsables en función de ello. Algunos filósofos señalan que las leyes fundamentales del universo no nos permiten deducir el futuro del pasado. Otros señalan ratificando lo anterior que la libertad solo requiere que la conducta del hombre sea impredecible. Lo anterior sin tener en la mira la relación de Dios con el hombre en el entendido de que puede conocer un futuro que no está sujeto a cambio. Al menos por nosotros. A veces la fórmula de Hobbes era más sencilla ya que suponía que la libertad implicaba elección (*choice*). Para G.E. Moore la libertad era la *ratio essendi* del Derecho moral (la causa de la existencia del mismo podríamos decir) y el Derecho moral era la *ratio cognoscendi* de la libertad (razón por la cual conocemos algo).

En todo caso Moore utiliza lo descrito para atribuir a Kant una relación libertad-derecho-moral que muestra, al menos para los adversarios de Kant, que o no existe la libertad o no existe el Derecho moral. No me atrevo a pensar que no existan los dos. Si lo que acabo de mencionar, solo a título conceptual para mostrar los desafueros a los que podemos llegar, pudiera suceder nos encontraríamos con la difícil situación de que es posible –en algunas circunstancias– que sea mejor actuar de acuerdo con la libertad que con la moral. En ese juego la dicha y la infelicidad pudieran estar una frente a otra. Tal como decía Platón “En el umbral de Zeus están colocados dos toneles, llenos el uno de suertes dichosas, y de aciagos el otro, y que aquel a quien Zeus da una mezcla de los dos, “le va unas veces mal, y otras bien”.

En realidad, el Derecho moral nos obliga en conciencia –aunque los filósofos morales actuales pretendan devaluarlo– pero la libertad nos permite actuar de acuerdo a esa conciencia o no. Lo nefasto de nuestros análisis es que pretendemos juzgar a la libertad solo frente a las cosas negativas de la vida ignorando todo lo afortunado de las decisiones libres que tomamos todos los días. En el fondo la búsqueda del bien es un motor gigantesco –aunque a veces no lo vemos– de nuestra forma de actuar acorde con el Derecho moral (lo reconozcamos o no).

A veces, no sin algún dolor, la filosofía nos ha enseñado como decía Max Weber (interpretado por Wilhelm Dilthey) que el entendimiento intencional se vincula directamente con el mundo tal como lo percibimos, su objetivo no es explicar las cosas, sino sentirnos como en casa con ellas. Entiendo que a veces es casi imposible sentirnos “como en casa” con lo que vivimos (nuestro país es muestra de ello) pero tal situación no nos puede inducir a renunciar a las explicaciones (al menos para no olvidarnos de nuestra racionalidad natural). De alguna manera podemos señalar lo que algunos dicen en el sentido de expresar que la filosofía es el “último intento de salvar las apariencias”. No puede haber para el Derecho duda con respecto a la voluntad humana. Para filósofos modernos –siguiendo a Kant y Schopenhauer– la voluntad es el proceso consciente de toma de decisiones basado en el razonamiento y la argumentación. Para Nietzsche la voluntad de poder no era la voluntad de tener poder sino la voluntad de voluntad. Es decir, la voluntad que quiere por ella misma y no limitada por conflictos internos, culpas y conflictos no resueltos sino actuar sin ningún (gran estilo) tipo de limitación.

Antony Kenny piensa que en la filosofía clásica no existía el concepto de voluntad. En tal sentido en la filosofía aristotélica no había una expresión como la que utilizamos hoy de “voluntad libre”. En los tiempos modernos –dice Kenny– los filósofos piensan normalmente que la voluntad es un fenómeno de la conciencia introspectiva. Actos de la voluntad, o voliciones, son eventos mentales

que preceden y causan ciertas acciones humanas; su presencia y su ausencia hace la diferencia entre las acciones voluntarias y las involuntarias. La libertad de la voluntad debe ser localizada en la indeterminación de estas voluntades introspectivas. Otros filósofos simplemente nos dicen que la voluntad es siempre libre de querer o no querer un objeto cualquiera.

Lo cierto es que la voluntad –tan olvidada por las determinaciones científicas– ha adquirido un cierto interés en la filosofía reciente.

Para Brian O’Shaughnessy la voluntad es una clase de fuerza no racional, espíritu en movimiento, que es otra cosa que un mero deseo y otra razón práctica pero que se manifiesta en fenómenos tales como el “esfuerzo de voluntad”, la misma se desarrolla (trying and succeeding) en momentos de primordial importancia. La libertad requiere dos cosas: voluntad de actuar y el poder de actuar o no. No tenemos que andar muy lejos para saber que una acción puede ser voluntaria pero no libre.

La libertad es lo opuesto a la necesidad pero la voluntariedad es compatible con la necesidad. Aunque la voluntariedad no es condición suficiente para la libertad es un prerequisite esencial.

Para Locke la voluntad es un poder, no un agente, y la libertad pertenece solo a los agentes. Para el mismo filósofo la voluntad es un acto de la mente llamado a dirigir o restringir una acción. Pero el tema de la libertad de la voluntad sigue ocupando el interés de los filósofos de la mente.

Harry G. Frankfurt en un conocido estudio publicado en *The Journal of Philosophy* en enero de 1971 señalaba:

Una persona que es libre de hacer lo que quiere hacer puede no estar en posición de tener la voluntad que él quiere para hacerlo. Supongamos, sin embargo, que él disfruta tanto de libertad de acción y libertad de voluntad. Entonces él no es solo libre de hacer lo que él quiere hacer, él es también libre de querer lo que él quiere. Me parece que él tiene, en ese caso, toda la libertad que es posible de desear o concebir. Hay otras cosas buenas en la vida y él puede no poseer algunas de ellas. Pero no hay nada en su camino de libertad que le falte.

Probablemente el tema de discusión de los contractualistas siga girando alrededor de la voluntad real o interna del sujeto (*Willenstheori*) y la voluntad relevante jurídicamente en cuanto comunicada o declarada (*Erklärungstheorie*). En materia penal el análisis podrá seguir siendo el relativo “al carácter voluntario de la conducta” y a los temas relativos a la falta de voluntad. En todo caso para el Derecho la filosofía del espíritu aborda elementos nuevos que podrían modificar nuestras consideraciones sobre el tema. Una de ellas es la de la “voluntad libre”.

En otro orden de ideas Roger Scruton refiriéndose a la teoría del lenguaje de Frege que posiciona de nuevo cuestiones centrales para la filosofía, ya que desarrolla correcciones sistemáticas entre lenguaje y verdad, señala:

La unidad del significado es la oración que expresa un pensamiento completo; la oración tiene un verdadero valor y la verdad es el valor preferido de cada oración que tenga sentido; y el pensamiento que se expresa por una oración está dado por sus condiciones de verdad es decir aquellas que determinan cuando es verdadero”.

Lo anterior ocupa un valor significativo para el Derecho. El tema es esencial en autores como J.L. Austin (*How to do things with words*) y Searle con su teoría de los actos del lenguaje que tiene antecedentes en la obra del gran filósofo alemán Adolf Reinach (*Los fundamentos a priori del Derecho civil*). Reinach en la obra ya mencionada señala:

De la esfera infinita de posibles vivencias destacamos una especie determinada: las vivencias que no solo pertenecen al yo, sino en las que el yo se muestra activo. Dirigir la atención a un objeto, tomar una resolución. Tales vivencias no solo están en contraste con los casos en los que algo, por ejemplo, un ruido o un dolor se nos impone, sino también con aquellos en los que no se puede hablar de una real posibilidad del yo, como cuando, por ejemplo, estamos alegres o tristes, nos entusiasmos o indignamos por algo, o cuando tenemos o llevamos en nosotros un deseo o un propósito...

Más adelante señala:

La necesidad de manifestación propia de los actos sociales no podría ser realizada entre los hombres si los actos no apareciesen de algún modo. Como toda otra vivencia ajena, también los actos sociales solo pueden captarse mediante algo físico...

La afirmación de Reinach relativa a “leyes esenciales a priori” marca toda una nueva línea de análisis en la filosofía del Derecho con respecto a la relación de dichas leyes con el Derecho positivo. El tema no parece tan sencillo como para subsumirlo en el Derecho natural como pudiera pretenderse sino que marca una determinación particular de lo social previo a cualquier regulación positiva. Lo anterior (en opinión de Reinach) no obliga a subordinar lo positivo a lo a priori pero deja algunas dudas sobre la eficacia social del mismo. Marianne Constable en una obra relativamente reciente (2014) titulada: *Our Word is Our Bond* señala “que para muchos es evidente que el Derecho es una cuestión del lenguaje que no puede ser capturado por reglas”. Sobre los actos del lenguaje señala “que hay que entender la relevancia de los *Speech Acts* para el Derecho y la manera en que lo que legalmente se dice es igual a otras cosas que se dicen”.

Para la misma autora el análisis de los actos del lenguaje ofrece una alternativa para entender el Derecho ya sea desde el punto de vista doctrinal o proposicional o bien fundamentalmente como una materia de impacto empírico

de presión social. En todo caso la autora *in comento* –de forma conservadora como Reinach– se adelanta en dar su punto de vista sobre el Derecho positivo:

El Derecho positivo no siempre ha sido el exclusivo o al menos el sistema predominante de Derecho considerado por los estudiosos de la filosofía legal y los de la sociología legal: señalando esto no es que queramos recurrir a un retorno del Derecho natural que afirma que Dios, la moralidad o la razón son la fuente de Derecho y que representa la alternativa tradicional al positivismo legal en la filosofía del Derecho.

No sin razón Mariano Crespo en su estudio preliminar de la obra de Reinach ya comentado señala: “...tanto la teoría del Derecho a priori como el iusnaturalismo comparten la defensa de la existencia de determinados elementos pre-positivos a priori, independientemente del acto del legislador”.

Probablemente lo anterior lleve a un análisis más exhaustivo de las relaciones existentes sin pensar que la eliminación del Derecho natural es una exigencia de los tiempos modernos (actuales) ignorando los aspectos más profundos del ser humano. Siempre podemos, como acertadamente señala Searle, maravillarnos frente a la existencia de la “conciencia” en un mundo compuesto enteramente de partículas físicas. O frente a la notable capacidad de la mente de dirigirse a los objetos y a los estados de cosas en el mundo de forma separada de ella misma. O la habilidad de la mente, actuando en cooperación, de crear una realidad social objetiva. Pero probablemente una de las cosas más fascinantes es ver cómo a través de una cavidad abierta en la parte inferior de nuestro rostro somos capaces de emitir “ruidos” hacia afuera. En la mayoría de los casos esos ruidos son causados por el paso del aire a través de las cuerdas vocales en la laringe. Pero eso que pudiera parecer un fenómeno fisiológico trivial tiene enormes consecuencias. Esa ráfaga acústica que va hacia afuera de la boca puede ser una declaración, una pregunta, una explicación, una orden, una exhortación, una promesa, etc. Desde el punto de vista jurídico pudier ser una forma de comunicar a los demás como debemos regir la vida social.

Yuval Noah Harari en *Sapiens A brief History of Humankind* (2015) señala:

¿Cuál es el secreto del éxito de los sapiens? ¿Cómo se las arreglaron para establecerse tan rápidamente en hábitats tan distantes y ecológicamente diferentes? ¿Cómo pusieron a otras especies humanas en el olvido? ¿Por qué especies tan fuertes, inteligentes y que probaron frialdad frente a las adversidades como los neardentales no fueron capaces de soportar el embate de los sapiens? El debate continúa desarrollándose. Pero la respuesta más probable es la misma cosa que hace al debate posible: Los Homo Sapiens conquistaron al mundo, sobre todo, por su lenguaje único”.

Más adelante en su controversial obra señala Harari:

Mismo desde la revolución cognoscitiva los sapiens han vivido una realidad dual. De un lado, la realidad objetiva de los ríos, árboles, leones; y de otro lado, la realidad imaginaria de los dioses, naciones y corporaciones. En la medida que el tiempo transcurre, la realidad imaginaria se transforma en más poderosa, así hoy en día la sobrevivencia de ríos, árboles y leones depende de la gracia de entidades imaginarias como los Estados Unidos y Google.

No es casual que Marianne Constable en el libro que ya hemos mencionado de ella señale que el objetivo es:

...mejorar la manera en que nosotros pensamos y hablamos acerca del Derecho y la justicia y además, en nombre del Derecho y la justicia mejorar la apreciación a través de la cual nos aproximamos al lenguaje y al hábito.

En una oportunidad Raz señalaba “que la tarea más importante de la teoría legal es adelantar nuestro entendimiento de la sociedad ayudándonos a entender cómo las personas se entienden ellas mismas”. Es evidente que cualquier esfuerzo de la filosofía en tal sentido se traduce en un apoyo más a lo que no siempre es tan evidente como quisiéramos. En todo caso al Derecho puede aplicarse –como actividad social– lo que la filósofa francesa Sandra Laugier señala sobre los actos del lenguaje: “...si la teoría de los actos del lenguaje ha nutrido la reflexión social, su descubrimiento principal es también que eso que nosotros decimos no adquiere sentido sino en un contexto social real”. Para el Derecho la presencia de lo moral se ha vuelto indispensable a la hora de darle sentido a su justificación. En nuestra obra *Fundamentación moral del Derecho* (2014) comentábamos citando la obra de Sylvie Delacroix:

Para Delacroix las exigencias morales y de la prudencia están presentes en cualquier análisis que hagamos a la hora de crear obligaciones jurídicas. Si no le queremos quitar al Derecho su fuerza normativa debemos discutir los problemas de legitimidad como una excelente oportunidad para revisar las expectativas morales y sociales sobre las cuales se condiciona y define la dimensión normativa del Derecho. No solo es una cuestión doctrinaria como la que aportaron Hart y Dworkin acerca de la moralidad. Es un tema inquietantemente práctico que toca a una sociedad cuando no está conforme con la manera en que se crea y se aplica el Derecho. La moral implícita en el Derecho no es la de un grupo, es objetiva y en función de ello debe tomar en cuenta a todos los actores sociales para producir decisiones buenas y justas.

Bernard Williams en *Ethics and the Limits of Philosophy* señala:

La vida moderna es tan predominantemente reflexiva, y un alto grado de autoconciencia es fundamentalmente requerido, que esas cualidades no pueden ser las que principalmente distinguen a la filosofía de otras actividades como el Derecho por ejemplo, el cual es cada vez más consciente del mismo como creación social... La filosofía en el mundo moderno no puede exigir que se le haga ningún

reconocimiento especial por su capacidad de reflexión, pero sí puede hacer un uso especial de ella.

En ese uso especial del que habla Williams se plantea lo moral. No sin dejar de reconocer como hace Scruton que el tema con frecuencia ha sido mal entendido.

Pero a qué se refiere la moralidad. ¿Es un tema de juicio al cual le podríamos aplicar palabras de naturaleza evaluativa? O siguiendo a Kant ¿debería ser un asunto relativo a la acción y a la razón práctica? Siguiendo a Hume y a algunos representantes de la ilustración escocesa pudiéramos hablar de emociones, motivos e incluso de simpatía (empatía). Pero también pudiéramos recurrir a Aristóteles para definir nuestro asunto alrededor del carácter y de la educación. Tenemos probablemente soluciones para todos los gustos lo cual no quiere decir, necesariamente que sean las correctas. Por ejemplo, Scruton criticando a los seguidores de G.E. Moore (autor de *Principia Ethica*) en el círculo de Bloomsbury indicaba que los miembros de dicho círculo intelectual coincidían con las ideas morales de Moore no porque cambiara sus mentes sino más bien porque el libro coincidía con sus predilecciones.

Imaginemos el mundo de hoy donde no hay necesidad –al menos para la mayoría de la gente– de leer un libro. Basta con ver el chat (cibercharla) varias veces al día. Pero frecuentemente en los temas morales actuamos como el caso del paciente frente a su médico citado en la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles: “Escucha atentamente a sus médicos pero no hace ninguna de las cosas que le mandaron a hacer”. No podemos aquí analizar con el detalle requerido lo que la filosofía nos aporta con respecto a la lógica de discurso moral (falacia naturalística; emotivismo, prescripcionismo, realismo moral, etc.).

En todo caso este tema, por lo que señala Scruton, los filósofos han hecho una asociación rápida de la llamada ley de Hume con la falacia naturalística que supone ontológicamente dividir hecho (*fact*) de valor (*value*). Algunos sociólogos como Weber hacen esa distinción argumentando que la sociología debe lidiar solo con hechos y estar libre de analizar los valores. En tal sentido la ciencia (como el Derecho) debe ser analista de hechos y no de valores (estos son subjetivos y determinados por las preferencias de la gente). Para muchos filósofos el discurso moral es esencialmente evaluativo; la palabra “bueno” como señalaba Moore se refiere a una propiedad “no natural” o más bien no se refiere a ninguna propiedad. Este apasionante tema, clave para el Derecho, ha sido revisado por nosotros tomando en cuenta las ideas de Hilary Putnam en: *Integración y orientación en la obra filosófica de Dworkin, Putnam y Hart: relación del filósofo y el jurista con el mundo de hoy* (2015). Opinión contraria a lo anteriormente señalado con respecto a la división *fact-value* la encontramos en Richard M. Hare. En sus obras *The Language of Morals* (1952) y *Freedom and Reason* (1963)

citadas por Scruton y Anthony Kenny: (conectando su teoría con la de Austin de los *Speech acts* y la teoría de la “razón práctica”) se señala:

Los juicios morales no pueden ser vistos como subjetivos solo porque ellos incluyen un compromiso. Todo lo contrario, los compromisos morales son de naturaleza racional. Ellos imponen al sujeto una obligación de mirar más allá de su inmediata decisión hacia los principios de los cuales ella se deriva.

Pero tal como señala Aristóteles en su *Ética* a la cual hemos hecho referencia “bueno” no nos hace sentido como un adjetivo aislado. Siempre debemos preguntarnos (yo diría incluso en el Derecho) ¿bueno como qué? y ¿bueno para qué? Cuando lo “bueno” se aleja del Derecho la posibilidad de reducirlo a cualquier interés se nos impone como mal inevitable. La decisión en función comparativa y justificativa nos garantiza que las determinaciones jurídicas, al menos, van a contar con algo que todos podamos entender. No sucede eso con la mayoría de las que se están tomando hoy en día en nuestro país las cuales solo pretenden la preservación de lo existente independientemente de los méritos de ello. En todo caso como ha resaltado Bernard Williams –criticando al individualismo indirecto– la diferenciación entre teoría y práctica no puede hacerse en términos psicológicos en vez de sociales. Los sujetos de esta crítica opinan en términos de teorizar y en términos de práctica como si se tratara de cosas diferentes. La práctica (el conocimiento práctico) nos enseña a aplicar los principios de la forma adecuada. Es como pretender ubicarnos con una brújula sin conocer como funciona y no habiéndola utilizado nunca. Es parte de la tragedia que vivimos cuando ponemos de lado la moral porque no la conocemos y porque no sabemos cómo y a qué se aplica. Al final nos creemos con derecho a negar su espíritu objetivo porque pensamos que nuestra sola experiencia basta para determinar nuestros actos. El mundo de hoy que oportunistamente recurre a Nietzsche y Marx para justificar en un caso las debilidades de la tradición cristiana con respecto a los esclavos naturales y en el otro como una forma de los poderosos de oprimir a los débiles no muestra sino con dos contenidos distintos una forma de desacreditar lo que ve, pretende que neguemos sin dar ninguna prueba racional de ello. Tal como dice Scruton:

Probablemente lo mejor que uno puede decir es que no podemos creer que la moralidad ha sido minada hasta que tengamos una prueba frente a nuestros ojos. El mero hecho de que alguien ha pensado en una vía para explicar la moralidad sin referencia a su verdad no licencia nuestra prescindencia de la misma.

Al final el Derecho no recurre a la moralidad social –independientemente de su origen– solo para justificarse sino más bien para encontrar una parte de él que solo la moralidad nos permite entender. Así se descubrió en la historia humana la cual el mundo presente ha desconocido. Por tal razón Alasdair MacIntyre en *After Virtue* señala:

Government and law are, or ought to be, neutral between rival conceptions of the good life for man, and hence, although it is on the liberal view the task of government to promote law abidingness, it is on the liberal view no part of the legitimate function of government to inculcate any one moral outlook.

By contrast, on the particular ancient and medieval view which I have sketched political community not only require the exercise of the virtues for its own sustenance, but it is one of the tasks of parental authority to make children grow up so as to be virtuous adults.

No sabemos si la época de la virtud –lamentablemente– se fue para no volver pero la misma como imperativo ético-moral se impone en todos los niveles a través de los cuales pensamos hacer más humana la vida en sociedad y el Derecho no se escapa a ello.

De alguna manera pensaba hace unos días que pudiéramos utilizar el título de la obra de Max Scheler: *La esencia de la filosofía y la conducción moral del conocer filosófico* para aplicarlo al Derecho. El conocer jurídico se relaciona con la moral ya sea para reconocer o negar su relación con ella. Siempre me ha llamado a reflexión una cita de Strindberg que Gustav Radbruch hace en el capítulo quinto de su *Filosofía del Derecho* relativo a Derecho y moral:

Por lo demás se ha querido siempre mantener vacilantes a las leyes morales en el mayor grado posible. ¿Por qué no se escriben y graban tan fijamente como la ley divina y la civil? Quizá porque una ley moral honradamente escrita debería absorber también los derechos de los hombres.

Aunque el positivismo ha insistido que es moralmente y prácticamente importante que el Derecho se identifique con leyes sin relación con la moral o con deliberaciones que no sean jurídicas en los últimos tiempos el positivismo contemporáneo ha tendido a negar la llamada tesis de la separación entre el Derecho y la moral. Ha tenido que reconocer las complejas relaciones e interacciones que existen entre el Derecho, la política y otros factores sociales (entre los cuales está la moral). Una gran parte del Derecho actual es controversial (open-ended), es decir íntimamente conectado y animado con factores de moralidad, corrección y otros valores no legales. No se trata aquí de analizar la “inner morality of law” de Fuller tan ampliamente discutida con Hart sino reconocer lo poco probable de la separación entre el Derecho y la moral. Al final el argumento de Hart relativo a “el contenido mínimo del Derecho natural” no logra (con el argumento de la supervivencia como objetivo) dar razones para la total separación entre Derecho y moral. Ello a pesar de insistir en el contenido específico de cada uno (lo cual pudiera admitirse al menos condicionalmente). La evolución posterior de sus discusiones con Dworkin parecen ratificar la duda precedente.

No obstante, volviendo al tema estrictamente filosófico autores como Kenny han resaltado dos aspectos centrales en la filosofía de finales del siglo pasado y comienzos de este. La primera se refiere a que los filósofos han ido abandonando su atención a temas fundamentales como el de la naturaleza del lenguaje moral, o las relaciones entre los principios o temas de carácter, suerte y virtud para centrarse en problemas morales concretos como: la mentira; la corrupción; el aborto; la eutanasia; la ética en la medicina y en los negocios, etc. Esta última tendencia apoyada por filósofos como Foot y Williams ha sido acogida en distintos cursos universitarios.

El segundo aspecto se refiere a la recepción en la filosofía norteamericana de la tesis de Rawls relativa a la “justicia” como lo “imparcial” (fairness). Dicha teoría que introdujo una nueva versión de la teoría del contrato social dentro de la ética tuvo más repercusiones en los temas relativos a las instituciones políticas que los referentes a la moral individual. En todo caso volviendo al Derecho, los juristas debemos mantener –en cuanto a las formas– un delicado equilibrio entre lo técnicamente correcto y lo suficientemente claro en el entendido de que las leyes van dirigidas a la sociedad como un todo. Desde el punto de vista moral sería conveniente tener presente, además del bien común de la sociedad los aspectos que son fundamentales de la teoría ética y que han sido olvidados por algunos filósofos de hoy para centrarse en lo particular. Desde este punto de vista el jurista no tiene ninguna excusa –por la propia esencia de su disciplina– a olvidar los grandes temas de la moral lo cual va a contribuir a asumir con mayor profundidad los casos particulares. Algunas de las discusiones anteriores que hemos tenido derivada de la condición de juristas nos obligan a dirigirnos a la filosofía para preguntarnos lo que somos antes de todo en el supuesto de que partimos de una naturaleza humana a la cual vamos añadiendo “cosas” a lo largo de la vida. Como pudiera ser difícil definir lo que es “ser humano” debemos seguir a algunos filósofos y tratar de encontrar un concepto crítico que nos defina como tales (incluso a los juristas). En tal sentido hablamos de la racionalidad como la característica esencial que sirve para distinguirnos. Pero si algo tenemos claro, en este mar de confusiones que es la vida, es que la tenemos. Por lo menos en el momento en que escribo esto. Leibniz argumentaba que cada monada (cada substancia básica) poseía una “vis viva” o fuerza vital; ella explica no solo sus estados sino también el orden de su generación. La filosofía actual se sigue preguntando con Michael Thompson (*Life and Action*, 2008) si “Can Life be Given a Real Definition”). En la obra ya mencionada, a la cual hicimos referencia en nuestro trabajo acerca de los “Actos intencionales”, Thompson señala: “La noción abstracta de “existencia”, en el sentido de actualidad (Wirklichkeit) evidentemente tiene la misma relación que tiene la de “vida”: ser, para una cosa viviente, es vivir” (la expresión anterior es tomada por Thompson de *De Anima* de Aristóteles).

Como señala Scruton el concepto de vida ha sido tomado por los filósofos en su búsqueda de lo que es “verdaderamente individual”. Ya entrando en lo substancialmente individual debemos señalar dos características: unidad e identidad. En tal sentido señala el autor que comentamos: “There is an organization with makes it non arbitrary that this part and that part belong to one thing; and also non arbitrary that this thing at one time is the same as that thing at another”. Locke propuso un criterio de identidad que ha sido adscrito como la continuidad de la conciencia. Hasta tanto mi memoria me vincula con el pasado y mis deseos e intenciones me proyectan hacia el futuro yo sigo siendo la misma persona a lo largo del tiempo.

Somos seres vivientes y nuestra identidad es fijada por nuestra vida. Ella constituye un solo camino donde recordamos lo recorrido y pensamos lo que vamos a recorrer. En todo ese recorrer siempre está presente el final. Pongámonle el nombre que queramos todo lo que vive también muere al menos en el reino en el cual se unen lo material con lo espiritual. Robert Nozick en sus *Meditaciones sobre la vida* señalaba:

No me agrada pensar que ya he recorrido la mitad del camino del importante cometido que me he propuesto. Hay un margen para decidir qué es esto, sin embargo, así que ajusto los límites para crear nuevos puntos medios.

Aun no estoy en la mitad del camino de la vida: eso me servía hasta los cuarenta años; llegué hasta los cuarenta y cinco con la mitad de la vida laboral después de la universidad; la mitad después de la universidad hasta el final me dejó en mi posición actual. Ahora necesito encontrar otro punto medio a poca distancia, y espero continuar haciendo estos ajustes al menos hasta la vejez, que por un tiempo también habré recorrido solo a medias. Así podré pensar que hay tantas cosas adelante como, otras cosas igualmente buenas. Lo raro es que esta triquiñuela de desplazar los límites para crear un nuevo punto medio y otra mitad da resultado aún mientras me arranca una sonrisa irónica”.

Kempis en su *Imitación de Cristo* decía que “los días de este mundo son pocos y malos”. Es más fácil estar de acuerdo con lo primero. Lo segundo implica que los que vienen van a ser mejores que los que tenemos. En todo caso es lo que tenemos y debemos vivirlo como eso.

En nuestro trabajo sobre *Integración y orientación...* ya mencionado nos referimos a una obra póstuma de Ronald Dworkin titulada *Religion without God* Dworkin allí menciona: “Nosotros enfrentamos la muerte creyendo que hemos hecho algo bueno en respuesta a los grandes retos que los mortales tenemos frente a nosotros”. Ángel Cristóbal Montes nuestro siempre recordado profesor en el *Enigma humano* (2013) señala: “las ansias de eternidad e infinitud que experimentamos los humanos no ayudan a resolver nuestro enigma, sino que forman parte y aun refuerzan el mismo”.

El hombre del Derecho vive todos los días frente a su opción como ser humano y frente a su compromiso por asegurar la mejor forma de vida para los demás. En este segundo aspecto no puede dejar de horrorizarnos, en el sentido más estricto de la palabra, una sociedad en la que la muerte se ha constituido como un elemento frecuente en la manera de vivir de dicha sociedad. Es un reto que no solamente el Derecho puede resolver pero si dar pautas que aseguren una mayor convivencia social en la cual la opuesta por la vida marque una diferenciación importante frente a lo que hemos tenido en las últimas dos décadas.

Como decía Ortega y Gasset el hombre debe hacer su propia existencia en cada momento particular. No puede ser extraño al jurista recurrir a la filosofía para buscar las raíces más profundas del conocimiento. No pareciera que hoy en día –al menos en nuestro país– el conocer las leyes ayudara mucho. A fin de cuentas, el conocimiento del jurista no puede limitarse a la ley positiva la cual con el desarrollo (que algún día llegará aquí) de la inteligencia artificial cambiará necesariamente la manera de asumir ese conocimiento. La mezcla requerida no es sencilla: doctrina, ley positiva, jurisprudencia, costumbres, valores, Derecho internacional, etc. La fórmula pudiera reducirse preguntando qué piensan los jueces (especialmente los de la Sala Constitucional) o algunos poderes como por ejemplo la Asamblea Constituyente venezolana de 2017. Lo anterior no nos exime de interrogarnos acerca del conocimiento y de cómo lo valoramos. Para Platón el conocimiento era una creencia verdadera. ¿Podríamos preguntarnos si una creencia verdadera obedece a hechos impuestos por un grupo con finalidades derivadas de esa creencia impuesta? Creo que hemos perdido, como señalaba el mismo Platón, la posibilidad de diferenciar la opinión del conocimiento. En los últimos años la teoría del conocimiento se ha ido moviendo de un énfasis en la experiencia a un particular interés por los elementos prácticos y afectivos. Mucho de lo anterior bajo la influencia de Husserl y Wittgenstein. Pero probablemente uno de los grandes temas que tenemos en la vida es conocer a los otros hombres. Wittgenstein en sus *Investigaciones filosóficas* se hacía la pregunta ¿puede aprenderse el conocer a los hombres? Sí; algunos pueden aprenderlo. Pero no tomando lecciones sino a través de la experiencia. ¿Puede ser otro nuestro gran maestro en esto? Sin duda. De vez en cuando nos hace la advertencia correcta. Así con aquí “aprender” y enseñar. Lo que se aprende no es una técnica; se aprende a hacer juicios correctos. “También hay reglas, pero no constituyen un sistema, y solo el experto puede aplicarlas correctamente. A diferencia de las reglas de cálculo”.

No podemos olvidar la famosa película de 1973 “The Paper Chase” basada en la novela de John Jay Osborn Jr. En la cual se narra la historia de un alumno de Derecho de Harvard James T. Hart y sus compañeros. En dicha obra el profesor Kingsfield de contratos señalaba: “Enséñense ustedes mismos el Derecho. Yo voy

a entrenar sus mentes. Ustedes vienen aquí con una cabeza llena de arena, si logran sobrevivir, ustedes dejarán la universidad pensando como abogados”.

Al final del proceso esperamos que el jurista a lo largo de toda la cadena en la cual le toque actuar tome las mejores decisiones. Actuar de esta forma no es exclusivo del Derecho ya que en la sociedad existen otras instituciones que deben actuar –al menos intentarlo– de la misma manera. Probablemente la diferencia entre el Derecho y otras instituciones sea de grado. Lo es porque el Derecho o quien lo crea, interpreta y aplica debe considerar que entre una decisión que aparezca como la mejor probablemente debe inclinarse por otra que no sea de igual grado de perfección pero que se acople mejor con los valores de una sociedad. Al final el tema valorativo va a estar siempre tocándonos la puerta, si la abrimos o la cerramos, es una reflexión permanente que el jurista debe hacerse. Muchas veces comprometiendo su integridad y hasta su vida en eso.

Quisiera dedicar algunas breves reflexiones a lo imaginario. ¿Es posible pensar jurídicamente acerca de lo que nos parece no real (imaginario)? En los últimos tiempos los juristas se acercan a la literatura (que no siempre es irreal) para tratar de extraer enseñanzas útiles para entender lo jurídico. De hecho, en el tema que nos ocupa, Lèvi Strauss se preocupó de entender la diferencia entre lo imaginario y lo simbólico todo ello en orden a poder explicar la importancia de lo simbólico en las relaciones sociales. Yuval Noah Harari del cual hemos hablado afirma que los mitos sostienen imperios y entre sus ejemplos menciona uno especialmente conocido por los juristas: El Código de Hamurabi. Dicho código sostenía que el orden social babilónico está sustentado en principios eternos y universales de justicia dictados por los dioses. Más adelante el autor que mencionamos señala: “No hay camino fuera del orden imaginado. Cuando salimos de nuestra prisión hacia la libertad estamos caminando hacia un espacio de ejercicio de una prisión más grande”. Los juristas estamos acostumbrados a recurrir a teorías como la de “ficción” para explicar lo casi imposible o difícil en el mundo real.

Tomando como ejemplo las teorías que explican la persona jurídica podríamos referirnos con Salvat citado en el excelente estudio de Leandro Javier Caputo acerca de la *Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria* (2006) para mencionar la teoría de la ficción, que entiende que las personas jurídicas tienen una existencia meramente ideal, constituyendo ficciones creadas por el legislador, desprovistas de realidad, asimilándolas a las personas humanas. Lo anterior tiene su origen en la teoría de F.C. Von Savigny sobre la persona jurídica la cual se aparta de la persona *moralis* del Derecho natural, esta última teoría sostenía una relación de identidad entre el ente corporativo y sus integrantes como tal. La teoría de Savigny encuentra su reconocimiento total con Olivecrona para quien se permitía solucionar de un modo práctico y convincente el dilema jurídico

que planteaba el hecho de que los socios respondieran exclusivamente con su aportación a la sociedad. La teoría de “levantamiento del velo corporativo” pretende, a veces abusivamente, volver a llevarnos a la realidad.

De cualquier manera, como ha señalado Aquilino Iglesia Ferreiras en un excelente trabajo sobre *El libro del Consulado de Mar* (1997) no siempre la culpa es de la imaginación. Así señalando los trabajos en los cuales se pretende desprenderse de “el análisis crítico de los testimonios del pasado” señala:

Esta maniquea simplificación conduce fácilmente a la tentación de confundir novedad con originalidad y, fascinados por este fácil y cómodo recurso se hace irresistible la tentación de dejarse deslizar por una atractiva pendiente, para confundir arbitrariedad con imaginación.

Collingwood diferenciaba en su *Idea de la historia* (1965) entre la imaginación del novelista y la del historiador. Pudiéramos añadir la del jurista. Al final la reflexión se refiere a la cantidad de veces a lo largo de la historia que los juristas han –como los artistas– forzado a la realidad –al día a día impuesto por la sociedad– para pensar en nuevas posibilidades que van a poder ser alcanzadas antes de lo que imaginamos. De cualquier forma, como dicen los filósofos la imaginación no solo es un hecho sino un valor. Lo que a veces no reflexionamos suficientemente es que la imaginación es una capacidad racional. Cada vez que imaginamos comparamos contra la realidad diaria cada frase, palabra, línea, etc. Siempre la pregunta por qué, igual que en la intención de Anscombe, está presente. Pero lo probablemente clave del proceso mental de la imaginación es que en ella hay un juicio que nos permite enfrentar, como lo hacía Freud, la vuelta de la imaginación a la realidad. En dicha vuelta la pregunta por lo correcto o incorrecto nunca deja de acompañarnos. De alguna manera lo concebible es un test de lo posible. No podemos dejar de sentirnos –aun los juristas– atraídos por la idea de que la ficción es algo así como un mundo posible o al menos como señala Scruton una primera mirada a eso.

Pero de la imaginación nos dirigimos a algo que ella pudiera hacernos olvidar por un rato la dimensión de espacio y tiempo. Leyendo lo que la ley nos dice vemos que se ocupa de lo mismo en forma convencional. Tal como se hablaba de eso desde el comienzo del pensar humano. Nos preocupa la ley aplicable a un lugar así como los tiempos en los cuales trabaja o no un tribunal. No pretendo prescindir de ello (al menos por los momentos que no sabemos si en realidad lo son). El tema central es que la filosofía ha venido preguntándose desde hace algún rato qué ha pasado desde que la física se ha metido en el tema de “espacio” y “tiempo”. Podemos interrogarnos como juristas la hora de una clase, de un acto judicial, de la firma de un documento, etc. pero, a pesar de ello, como filósofos debemos –al menos– analizar la creencia en la falta de realidad del

tiempo. Lo anterior se constituye en uno de los temas centrales de nuestra existencia.

Pero volviendo al espacio nos encontramos con una teoría de la relatividad de Einstein (construida alrededor de la geometría de Minkowski) que plantea la idea de que el espacio es relativo. El concepto de un espacio ocupado, que es lo que aceptamos la mayoría de los comunes, es cuestionado por los filósofos. Como dicen algunos la relación de “ser en” necesita ser clarificada. A lo mejor es algo que no le debemos a los matemáticos sino a los físicos (por el origen de la idea). No pretendo explicarles lo que no es del todo claro para la propia filosofía pero conceptos como validez, rigidez y cohesión son necesarios para darle sentido al lugar que ocupamos. Lo anterior sugiere –tal como señala Scruton– que la noción de “espacios ocupados” es más difícil de entender de lo que podemos pensar. Ella es, tal como argumentó Kant, fundamental para nuestras concepciones de un mundo objetivo, en el cual las cosas están en el espacio y consecuentemente pueden ser identificadas y reidentificadas por medio de su localización. Pero mientras podemos describir el espacio en términos de una geometría Hilbertiana (se refiere al matemático alemán David Hilbert) de puntos, las cosas en el espacio son algo más que los puntos que ellas ocupan.

Otra cosa distinta es la relativa a si debemos existir en un solo espacio. Al menos mi sentido común me puede decir que sí pero Lord Quinton afirma que no. En su famoso artículo “Space and Times” él describe lo que podría ser vivir en otros mundos espacialmente no relacionados. En todo caso, guardemos la idea del filósofo británico que dijo que “la filosofía es pensar acerca de pensar” para, por los momentos, resignarnos con el espacio que podemos entender ya que a fin de cuentas todo se reduce –en el fondo– a un problema de identidad (que en los dos espacios hablemos de la misma persona).

Con el tiempo entramos en un terreno que no es más sencillo. Karl R. Popper en su libro *Búsqueda sin términos. Una autobiografía intelectual* (2002) narra una reunión con Einstein en Princeton:

Yo intenté persuadirle de que abandonara su determinismo, que conducía a la concepción de que el mundo era un universo cerrado parmenideo de cuatro dimensiones, en el que el cambio era una ilusión humana o algo muy parecido (él corroboró que esta había sido su concepción y mientras discutíamos lo llamé Parménides). Yo argumenté que si los hombres, u otros organismos, podían experimentar el cambio y la sucesión genuina en el tiempo, entonces es que éste era real. No podría darse razón de él mediante una teoría de apariciones sucesivas en nuestra conciencia de láminas de tiempo que coexisten en algún sentido; porque este aparecer en la conciencia tendría precisamente el mismo carácter que el de la sucesión de cambios que la teoría trata de justificar ... Traté entonces de presentar a Einstein-Parménides de la manera más rigurosa posible mi convicción de la necesidad de adoptar una actitud rotunda contra cualquier concepción idealista del

tiempo. Yo también traté de mostrar que, aunque la concepción idealista era compatible tanto con el determinismo como con el indeterminismo, habría que tomar una postura clara a favor de un universo abierto –un universo en el que el futuro no estuviera en sentido alguno contenido en el pasado o en el presente, aun cuando estos imponen severas restricciones sobre aquel– y argüí que no deberíamos permitir que la influencia de nuestras teorías nos llevase a renunciar, con demasiada facilidad, al sentido común.

Para mucha gente el misterio del tiempo es difícil de aceptar justo como el espacio es decir como otra dimensión. Pero lo que es evidente es que no hablamos de una posición en el tiempo como sí hablamos de una posición en el espacio. El tiempo no tiene una ubicación que uno pueda escoger ocupar. Todo lo cubre y es inexorable. Lo anterior lleva a hacernos preguntas complicadas acerca de él tal como señala Scruton:

En primer lugar ¿es necesario? ¿Puede haber un mundo sin tiempo? En segundo lugar ¿es real? ¿Puede ser el tiempo de cierta manera una creación de la mente pensante o una manera de ver las cosas que no están de hecho situadas en él? En tercer lugar ¿puede una y la misma cosa existir en el tiempo y fuera de él? ¿Nos podríamos emancipar de la prisión del tiempo y seguir siendo las cosas que somos?

Si tuviéramos que caracterizar al tiempo diríamos que tiene una dirección, se mueve siempre desde el pasado hacia el futuro; no podemos movernos a través del tiempo como lo nacemos en el espacio; todo lo que está en el tiempo ocupa la totalidad del tiempo durante el cual existe.

No quisiera apesadumbrarlos con la discusión acerca de lo irreal del tiempo (común para muchos filósofos) pero el siguiente comentario de Schopenhauer es revelador:

El hombre se encuentra a sí mismo, para su gran sorpresa, existiendo de repente, después de miles de años de no existencia él vive por un rato; y después otra vez, vive igualmente un largo período durante el cual él no existe más. El corazón se rebela frente a esto y piensa que no puede ser verdad. El intelecto crudo no puede especular acerca de esto sin tener el presentimiento de que el tiempo es algo ideal en la naturaleza.

Probablemente recurrimos a la memoria para al menos acercarnos al tiempo pasado, al presente que ya se convirtió en pasado. La memoria proporciona una visión única en la cual el orden temporal se subordina al pensamiento.

Marcel Proust en su libro *En busca del tiempo perdido* (edición de Gallimard 1938) inspirado en Bergson (que diferenciaba tiempo y duración) trata de mostrarnos que el tiempo que recordamos tiene un orden que no tiene el físico. Se trata de un orden de “sentido” en el cual los últimos eventos vacían su luz sobre los eventos anteriores y los iluminan. De tal manera que el orden en la

memoria es un orden de sentido en vez de secuencia. No sin alguna razón se ha comparado la obra cumbre de Proust con Einstein al cual se refería Popper. En este sentido señaló Benjamín Carrión introduciendo la obra de Proust: "...lo han comparado ¿con quién?, pues nada menos que con Albert Einstein. Y se ha dicho que "a la recherche es la curva de un universo relativista en trance de ensancharse y contraerse sobre una curva continuidad espacio tiempo". De alguna manera la angustia de Schopenhauer está presente en Proust:

Pero, cuando de un viejo pasado nada subsiste, después de la muerte de los seres, después de la destrucción de las cosas, solas, más débiles pero más vivaces, más inmatrimales, más persistentes, más fieles, el olor y el saber se mantienen largo tiempo, como almas, a acordarse, a aguardar, a esperar, sobre la ruina de todo el resto, a sobrellevar, sin doblarse, sobre su gotita casi impalpable, el edificio inmenso del recuerdo.

En lo referente a Bergson parece haber en la filosofía de las ciencias todo un nuevo interés en él. Tal como señala Gilles Deleuze en *Bergsonism* (1997):

En su obra maestra, *Matter and Memory* Bergson descubre desde una concepción científica del cerebro a la cual hace importantes contribuciones, el requerimiento por una nueva metafísica de la memoria. Para Bergson la ciencia nunca es reduccionista pero, por otra parte, sí exige una metafísica sin la cual permanecería abstracta, privada del sentido de la intuición. Continuar el proyecto de Bergson hoy en día, implica por ejemplo constituir una imagen metafísica del pensamiento correspondiente a las nuevas líneas, indicios, dinamisismos, etc., descubiertos por la biología molecular del cerebro: nuevas conexiones y reconexiones en el pensamiento.

En otra línea acerca del tiempo Alfred North Whitehead (*Process and Reality* 1978) nos habla de la teoría atómica del tiempo. Aunque su discurso es difícil de llevar a muchas de las discusiones actuales de la filosofía. El autor que comentamos nos aporta el ejemplo de la antigua doctrina en la cual nadie cruza el mismo río dos veces. Ningún pensador piensa dos veces y poniendo las cosas más generales, ningún sujeto experimenta dos veces. Para Whitehead esto es lo que quería decir Locke con su doctrina del tiempo como "perpetual perishing". Pero para el autor que comentamos (en la filosofía del organismo) no es la substancia la que es permanente sino la forma. Las formas sufren relaciones cambiantes, las entidades actuales perpetuamente perecen desde el punto de vista subjetivo pero son inmortales objetivamente. De hecho, pereciendo adquieren objetividad mientras pierden subjetividad inmediata. Lo anterior lleva al autor que analizamos a la doctrina de la "inmortalidad objetiva". Para Whitehead

Throughout the perishing occasions in the life of each temporal creature, the inward source of distaste or of refreshment, the judge arising out of the very nature of things, redeemer or goddess of mischief, is the transformation of itself, everlasting in the being of God. In this way, the insistent craving is justified the insistent

craving that zest for existence be refreshed by the ever-present, unfading importance of our immediate actions, which perish and yet live for evermore.

Perecer y vivir por siempre es la paradoja del ser humano siempre presente en nuestra propia contradicción derivada del tiempo. Volviendo al Derecho podemos pensar en lo evidente, que las normas jurídicas no son eternas. Los cambios en las mismas se suceden y pareciera que las leyes de hoy están sujetas a transformaciones más drásticas que en el pasado. Tal como indica Luis Prieto Sanchís en sus *Apuntes de Teoría del Derecho* (2011):

El tiempo de las normas no es uniforme, no ya en el sentido obvio de que su duración sea diferente, sino en el sentido algo más complejo de que el tiempo de una misma norma no tiene por qué ser idéntico en todos sus aspectos. Las normas son artificios, no fenómenos naturales y como tales artificios admiten distintas combinaciones

El comentario anterior es valioso en el sentido de anticipar el futuro. Es posible un mundo en el cual el legislador establezca regulaciones muy generales relacionadas con valores que la comunidad quiere preservar y que una forma inteligente de tomar decisiones (que no tiene que ser necesariamente humana) establezca los detalles de acuerdo con un exigente análisis socio-económico (por ejemplo). Con la forma anterior de ajustar las reglas generales acordes con los valores, por ejemplo, los constitucionales y los demás que hayan no podido ser reconocidos constitucionalmente pero que imperen en el ser social o las realidades sociales, no sería complicado establecer las propiedades formales de los sistemas para utilizar la expresión de Alchourrón y Bulygin. En realidad, el Derecho trata acerca de hechos a los cuales le da una significación jurídica. Los cambios de los mismos pueden ser anticipados con soluciones particulares previamente moldeadas. No me refiero a lo que necesariamente va a suceder en un mundo donde todavía la inteligencia artificial se aplica fundamentalmente al Derecho en temas como investigación legal, revisión y descubrimiento de documentos y revisión de contratos. A lo que quiero referirme es que los juristas gracias a la filosofía están teniendo una visión del tiempo que no alcanzamos con nuestros análisis jurídicos o al menos no pensamos como podría transformar nuestra ciencia en el futuro. Ello va a ser erróneamente significativo en temas como *tempus regit actum*; entrada en vigor de las normas; *vacatio legis*; pérdida de vigencia de las normas; derogación, etc.

No es casual que muchos autores hoy en día que trabajan temas de inteligencia artificial aplicable al Derecho recurran a la filosofía legal (jurídica) señalando:

Una aproximación computacional en esta materia, puede llevar a abstenernos de viejas cuestiones y a la apertura de nuevas. Ese desarrollo puede ser de ayuda porque el análisis de algunos tópicos corrientes hoy como casos claros,

razonamiento con ejemplos y razonamiento de acuerdo con el propósito de la ley son enormemente imprecisos.

Al final de cuentas todos preferiríamos tener un modelo legal, por más general que sea, que no en el cual el que ejerce arbitrariamente el poder lo cambie todos los días de acuerdo con sus mejores estimaciones.

Lamentablemente en el Derecho –a menos que se reconozca como una ciencia igual a las demás– no tenemos lo que Quine llamaba “oraciones eternas” que para él son el repositorio de la verdad en sí misma independientemente del momento y de quien lo diga. A pesar de que un reduccionista como Quine no lo admitiría yo pienso que las únicas verdades eternas que tenemos los juristas son las que provienen del Derecho natural que no siempre están presentes en la forma jurídica asumida por una sociedad.

En todo caso el Derecho positivo es paradójico. A veces por tatar de ser justo con una parte de la población es injusto con otra. Otras veces para garantizar unos derechos atenta contra otros. El equilibrio entre derechos y deberes no es siempre sencillo. Finnis en su clásico libro acerca de *Ley Natural y Derechos Naturales* (1980) señala:

La búsqueda de cualquier forma de comunidad humana en la que los derechos humanos sean protegidos mediante la imposición de deberes supondrá necesariamente tanto la selección de algunas concepciones del bien común como el rechazo de otras, y restricciones considerables a las actividades de todos (incluidos los legisladores mismos) en su condición privada como personas sujetas al egoísmo y a la indiferencia respecto del verdadero bienestar de los demás. Algunas formas de buscar el bien común a través de la legislación yerran por olvidar que la autenticidad personal, el auto-gobierno y la privacidad para la contemplación o el juego o la amistad son aspectos y atributos importantes del bienestar humano. Los programas paternalistas culpables de esta inadvertencia deberían ser criticados por esto –una falta de justicia conmutativa– y no por el vicio bastante diferente de la discriminación, el prejuicio de grupo, la negación de igual consideración y respeto, una suerte de egoísmo refinado, una falta de justicia distributiva. Juzgar que otro hombre está equivocado y actuar según ese juicio, no se ha de considerar equivalente, en ningún área del discurso y del juicio humanos, a despreciar a ese hombre o preferirse a uno mismo.

Las paradojas en la Alemania nazi estuvieron a la orden del día. En un acucioso estudio Herlinde Pauer-Studer y el filósofo norteamericano J. David Velleman elaboran una biografía moral de Konrad Morgen. La obra titulada *Konrad Morgen. The Conscience of a Nazi Judge* pretende entender cómo Morgen (abogado y doctor en Derecho) asumió las contradicciones derivadas de su cargo juez de los SS (Waffner SS. Unidad de Reserva). La función del sistema judicial especial del que formaba parte Morgen era el de tratar las ofensas criminales de los miembros de las Waffen-SS; fuerzas especiales de la policía y

policía de seguridad. Lo curioso de la actuación de Morgen (en campos como Buchenwald, Auschwitz) es que empezando con temas de ofensas pecuniarias y corrupción termina en los de homicidios. En los primeros se juzgaba la apropiación de bienes indebidos los cuales eventualmente debían pasar de los particulares al Estado. En los segundos se procesaban faltas contra el Derecho internacional (específicamente la Convención de La Haya de 1907 que no sancionaba delitos contra la humanidad); exterminio de prisioneros no autorizado por las leyes vigentes; desaparición de testigos; obstrucción de justicia; desaparición de evidencias, etc. Las leyes que aplicaba el personaje en cuestión podían ser calificadas como contrarias a los derechos humanos, pero había que aplicarlas conforme a Derecho. Para ilustrar jurídicamente la época Pauer-Studer y Velleman señalan:

Los asesinatos de miembros de la SS y oponentes políticos en la purga de Röhm le chocaron a muchos alemanes porque evidenciaban hasta qué punto el régimen iba a llegar para asegurar el poder único del Führer. El Ministro de Justicia Franz Gürtner fue forzado a autorizar las muertes por una ley retroactiva, la Ley relativa a Emergencia Nacional por Medidas de Defensa de tres de julio de 1934. El jurista de la “corona” del Tercer Reich, Carl Schmitt, publicó un artículo titulado “El Führer protege al Derecho” en el cual, no solamente defiende las muertes sino que las declara legales. Él argumentaba que Hitler actuando como el “Supremo justiciero” (oberster gerichtsherr), había protegido al Derecho en contra del mal uso creando su propio Derecho en momentos de peligro.

Pero volviendo a Morgen que es la reflexión que nos ocupa y su interés por aplicar bien el Derecho que existía y buscar ser estricto para prevenir su mal uso, es conveniente señalar el núcleo de la obra de los autores que venimos comentando:

¿Qué pueden los estudiosos de la moral y la teoría legal aprender del caso de Konrad Morgen? Para empezar, nosotros podemos aprender de la sicología moral que las personas que viven en situaciones de atrocidades masivas como la del Holocausto no pueden ser categóricamente calificadas con conceptos como bueno y malo. Konrad Morgen no fue ni negro ni blanco sino gris. Él apoyó, y nunca se rebeló en contra del ethos de las SS nazis, y su conciencia durmió con las noticias de progroms y ejecuciones solo para despertarse frente a las muertes que se produjeron a escala industrial. Pero él mostró genuina compasión por los judíos presos en Buchenwald y reconoció su derecho a la vida. A pesar de su apoyo a las SS, él fue una espina para su jerarquía y al final, él usó su poder en contra de algunos de los peores perpetuadores, corriendo grandes riesgos. Morgen no fue un santo, al menos a primera vista, pero tampoco fue un demonio. Él fue, como ya dijimos, un estudio en complejidad moral.

Muchos de los fallos de Morgen se deben a una incorrecta caracterización de lo que tenía frente a sus ojos. La caracterización de la opresión como pacificación, liquidación como eutanasia, maltratos y muerte como investigación médica. Su

caso ilustra lo inadecuado de los valores sostenidos o de los principios aplicados sin el ejercicio del escepticismo acerca de los términos recibidos para la calificación de los actos.

El texto anterior es ilustrativo de la posición que los juristas asumen a la hora de dejarse envolver por caracterizaciones distorsionadas. Otro alemán, en terrenos opuestos, en su *Filosofía del Derecho* se refiere a “las antinomias de la idea del Derecho”. Su idea comienza con una cita de Ibsen la cual señala: “¿Habreis pensado alguna vez una idea hasta su último término, sin tropezaros con alguna contradicción?”. Radbruch llega a un resultado en el cual

La justicia, la finalidad y la seguridad del Derecho dominan conjuntamente en todos sus aspectos, aunque puedan surgir entre estos elementos entre sí agudas contradicciones. Hay épocas que se inclinan a marcar el tono sobre uno u otro principio. Así el Estado-policía intentó que predominase el principio de la finalidad, olvidando en las decisiones de su justicia de cámara (kabinettjustiz) a la justicia y a la seguridad. La época del Derecho natural intentó derivar al conjuero de la idea formal de la justicia la totalidad de los contenidos jurídicos al par que su vigencia. La pasada época del positivismo, con fatal unilateralidad, solo vio la positividad y la seguridad del Derecho y ocasionó que por largo tiempo quedara silenciosa la investigación metódica de los fines y hasta de la justicia del Derecho establecido... Hemos mostrado contradicciones sin poderlas resolver.

La filosofía nos habla de muchas contradicciones que debemos resolver, no por resolverlas, sino para no seguir perdiendo tiempo con lo que no nos aporta mayores luces para entender.

No obstante, la filosofía vive con paradojas. Ellas pueden enseñarnos el valor de las contradicciones a la hora de no entregarnos algo que pudiera ser revisable. Probablemente las contradicciones de Radbruch no tengan una solución definitiva sino tratamos de volver a entender las ideas; si no las vemos de una forma diferente; si no las descartamos; si no introducimos otras, etc. El cerrar el camino con lo que tenemos no es la forma adecuada de cambiar cosas que por sí solas van a exigir un cambio. Por eso las paradojas de las cuales nos habla la filosofía son valiosas. A veces los juristas elaboran teorías sofisticadas que se aceptan porque nadie, a pesar de no estar de acuerdo con ellas, se atreve a conducirlas al análisis de la razón.

Para los filósofos la realidad es paradójica. Paradoja significa una proposición contraria a nuestras creencias y son de dos tipos: aquellas que desafían cualquier ortodoxia que nos es familiar (frecuentemente sin suficientes explicaciones); y aquellas que comienzan con premisas intuitivamente aceptables y derivan de ellas contradicciones, es decir algo que no puede ser verdad. Este segundo tipo de paradoja es la de mayor interés para los filósofos modernos debido a que la misma proporciona un tipo de test objetivo acerca de lo contundente de un sistema filosófico: una contradicción es una *reductio ad*

absurdum de las ideas que la producen. Ahora bien, si la realidad es paradójica como decíamos más arriba los filósofos tienen más simpatía por la filosofía que las registra que por aquello que las resuelve. Esta era la esperanza de Kant, en el desarrollo de su filosofía de la libertad. Todos los seres racionales pueden ser llevados a ver, creía Kant, tanto que tenían libertad como que los postulados de la libertad son desde el punto de vista intelectual inherentemente paradójicos. Otros desde una forma de ver las cosas, más mística, han mostrado su voluntad de asumir la paradoja en cada esfera como una forma de reconocer las limitaciones humanas y nuestra necesidad por la guía divina y la revelación.

La paradoja puede ser un acto de desafío, en el cual las cosas ordinarias pueden ser puestas a distancia y ridiculizadas. Kierkegaard (citado por Scruton) mencionaba que “el pensador sin una paradoja es como el amante sin sentimientos, una mísera mediocridad”. Pero en la historia de la filosofía Kant y Hegel (la magnifican) le dan un sentido diferente a la paradoja. Para ellos la razón cae en contradicción no porque desobedezcan sus propias leyes sino porque las obedecen estrictamente. Es la razón la que nos lleva a la paradoja y es ella misma que la debe vencer. Para Hegel (en una época donde la fe declinaba) la paradoja reside en la naturaleza de las cosas y la dificultad de creer en lo que nos consuela reside solo en el letargo de nuestros poderes mentales.

Sin intentar meternos en el análisis detallado de paradojas como cuando si y cuando no uno o unos granos de sal hacen un montón (esto debido a que las conclusiones a las que se llegó establecieron que cada colección de granos es tanto un montón como no) o la paradoja de Zenon referente a la tortuga de Aquiles o la más significativa para los filósofos de hoy referente a los cuervos de Hempel que llevó a la filosofía de las ciencias a pensar que el método científico no puede ser resumido en el principio de la inducción.

Wittgenstein en sus *Investigaciones filosóficas* aportaba con curiosos ejemplos (tal como si ayer sabía el poema de memoria hoy no lo sé). ¿En qué caso tiene sentido la pregunta cuándo he dejado de saberlo de memoria? lo que llamaba la gramática de ajustar, poder y entender. En tal sentido señalaba:

Los criterios que admitimos para ajustar, poder, entender son más complicados de lo que pudiera parecer a primera vista. Es decir, el juego con estas palabras, su empleo en el tráfico lingüístico cuyo medio son, es más intrincado –el papel de estas palabras en nuestro lenguaje es más diferente– de lo que estamos tentados a creer (este papel es el que tenemos que entender para resolver paradojas filosóficas...).

En otra parte de sus *Investigaciones filosóficas* Wittgenstein se refiere a una paradoja propia:

Nuestra paradoja era esta: una regla no podía determinar ningún curso de acción porque todo curso de acción puede hacerse concordar con la regla. La respuesta era: Si todo puede hacerse concordar con la regla, entonces también puede hacerse discordar. De donde no habría ni concordancia ni desacuerdo... De ahí que exista una inclinación a decir: toda acción de acuerdo con la regla es una interpretación. Pero solamente debe llamarse interpretación a esto: sustituir una expresión de la regla por otra.

Los juristas queremos rodearnos de un mundo de seguridad jurídica que a veces debe vivir con justicia y finalidad. Probablemente la aprobación –altamente cuestionada– de la Asamblea Constituyente venezolana de 2017 marque un hito importante en cómo la finalidad prevalece sobre la justicia y la seguridad jurídica. ¿Qué justicia puede haber al tratar al que ideológicamente no está contigo como un enemigo que no merece la más mínima consideración y atención? ¿Qué justicia puede haber cuando quien la debe administrar lo hace considerando solamente la finalidad de un proyecto político? ¿Qué justicia puede haber cuando el adversario político se constituye en un agente de intereses malignos que debe ser eliminado? Las enumeraciones son muchas en lo relativo a la justicia. ¿Por qué en lo referente a la seguridad jurídica no mencionamos que la misma deja de existir cuando todos los días se recurre a cambios soportados por conceptos etéreos difíciles de entender como por ejemplo: lograr la paz sin el consenso de todos y en beneficio de todos; solucionar los problemas económicos con las mismas decisiones que lo han provocado; anticipar cambios sociales no queridos y no entendidos por la mayoría, etc?

Pero la filosofía nos explica las contradicciones de una forma creativa con el objeto de usarla como un buen referente para lograr una mejor decisión. A fin de cuentas, como hemos visto en líneas anteriores, no podemos crear ningún sistema en el que se desprecie al hombre o en que se privilegien a algunos en contra de otros. El caso de Morgen ilustra ese conflicto entre cumplir el Derecho injusto o impuesto o dejarse llevar por los mandatos de la moral. En el caso analizado el dilema de Morgen lo llevó a extremos tales como utilizar el Derecho injusto de forma tan estricta como para poder evitar que los que ejecutaban medidas inhumanas lo pudieran seguir haciendo con total impunidad. Todo ello sin cuestionar la juridicidad del Derecho aplicado.

Pero las paradojas nos llaman a utilizar el escepticismo en la calificación de actos que pudieran tener soluciones distintas a las que siempre se han seguido. Como Kant enseñaba la libertad implica una gran paradoja. Para el jurista siempre está presente el tema relativo a los límites de ella, sin descuidar una esencialidad que la hace elemento particular de la vida humana. Pero como señalaba Hegel la razón puede caer en contradicción por obedecerla ciegamente. No es este el lugar para considerar la razón teórica y la práctica. Pero debe ser un elemento permanente de reflexión. Los juristas tratamos de ver al fin del camino al Derecho

como una ciencia más. No obstante, como ha demostrado Hempel a través de su paradoja de los cuervos la inducción no puede ser el fundamento de todo conocimiento científico. Podríamos volver a lo largo del tiempo una y otra vez a ese famoso capítulo de Kant relativo a “las antinomias de pura razón”.

En los textos de Wittgenstein se vuelve a poner de relieve la necesidad del “tráfico lingüístico” para dilucidar el papel de las palabras en nuestro lenguaje. Su cuestionamiento de las reglas en el texto citado nos llama a reflexión sobre cómo debemos manejar la interpretación que para el filósofo vienés es sustituir una expresión de la regla por otra. Todo esto se relaciona a lo que el mismo llamó “la regla por la que él procede” que debe ser capaz de ser entendida por todos. Ello exige el determinar en el lenguaje de Wittgenstein “la regla de acuerdo con la que él juega”.

Cuando se es educador las contradicciones son difíciles de explicar más cuando los futuros juristas se han formado una idea del Derecho que es contraria a lo que se maneja a diario. El aceptar esa idea es como anunciar una derrota antes de haber empezado a luchar. Hart en el capítulo IX de *El concepto del Derecho* se esfuerza por mantener lo que él llama “la simple doctrina positivista”. No obstante obligado por las realidades humanas es capaz de decir que en la relación entre el Derecho y la moral vale la pena “que las cuestiones en juego sean identificadas claramente”. Al menos es una concesión, para algunos, pequeña de una gran obra jurídico-filosófica.

Por lo pronto en nuestro país los juristas del futuro tendrán que esperar que llegue su momento en el cual podamos aproximar los ideales a la realidad. Ello no es sencillo pero es la razón más importante por la que se elige esta profesión que no es otra cosa que una aproximación “valorativa” a lo social.

Tal como acertadamente señala Scruton

las paradojas surgen en el pensamiento de un ser racional quien sigue los principios de un argumento deductivo hasta una conclusión que resulta contraria a la razón. Si él es racional no va a aceptar la conclusión. Pero la gente no es siempre racional, y muchas veces su irracionalidad es motivada: ellos adquieren una voluntad de creer lo que estrictamente es increíble.

Sin entrar a fondo en el tema relativo a la irracionalidad humana ello se manifiesta todos los días en acciones y deseos. Los filósofos han tenido un gran interés por las motivaciones irracionales ya que este asunto se conecta con el referente a la razón práctica. La literatura está llena de ejemplos de lo que se ha llamado “el dilema de los prisioneros” el cual ilustra cómo agentes racionales, haciendo escogencias enteramente racionales, pueden perjudicar sus propios intereses cuando hay otro jugador en el juego. Las anteriores consideraciones nos

llevan a pensar cómo un espíritu objetivo como es el humano se traduce en fórmulas de relación-social que reflejen ese espíritu.

En ese orden de ideas podemos pensar en las teorías contractuales de Hobbes, Locke y Rousseau. Para Hobbes en su *Leviatan* (1651):

Dícese que un Estado ha sido instituido cuando una multitud de hombres convienen y pactan, cada uno con cada uno, que a un cierto hombre o asamblea de hombres se le otorgará, por mayoría, el derecho de representar a la persona de todos (es decir, de ser su representante). Cada uno de ellos, tanto los que han votado en pro como los que han votado en contra, deben autorizar todas las acciones y juicios de ese hombre o asamblea de hombres lo mismo que si fueran suyos propios, a objeto de vivir apaciblemente entre sí y ser protegidos contra otros hombres.

Puede ser como señalan los historiadores que muchas de las opiniones del autor recién citado hayan estado influidas por la guerra civil inglesa y la anarquía reinante en la sociedad. En Hobbes la obediencia al Derecho es el costo a pagar por ser parte de la sociedad. Los ciudadanos ofrecen su obediencia a cambio de los beneficios aportados por la paz civil.

Para Locke en su *Segundo tratado del gobierno civil* los hombres entrando en el contrato original no están cambiando paz por guerra sino su libertad natural por las ventajas de la vida civilizada. La sociedad civil que se origina por el contrato civil, debe respetar los derechos inalienables derivados del Derecho natural, entre esos derechos está el derecho a la vida, a la integridad personal y a la propiedad.

Más conocida para nosotros puede ser la teoría de Rousseau contenida en su *Contrato social*. El hombre es bueno por naturaleza y también es libre. Gracias a las instituciones pierde su libertad convirtiéndose en alguien malo. El siguiente texto del *Contrato*... ilustra su posición:

Estas cláusulas, correctamente entendidas, se pueden reducir todas a una sola, a saber, la enajenación total de cada miembro y sus derechos a la comunidad como un todo...

Cada uno pone su persona y su fuerza íntegra bajo la directiva superior de la voluntad general; y cada uno de nosotros recibe, como cuerpo, a cada miembro como parte inseparable del todo.

Las argumentaciones en contra de la teoría referida han sido diversas a lo largo de la historia. Por ejemplo, para Burke el contrato social perjudica los derechos de los que no han tomado parte en él: los muertos y los que no han nacido. Por su parte Hume dice que la teoría –al menos como la sostiene Locke– requiere un consenso difícil de lograr. En todo caso para el mismo Locke siempre había la posibilidad de irse a otro lado (textualmente indicando que había plazas

libres en América). Hegel simplemente acababa con el argumento contractual señalando que la teoría era “ingenua”. La sociedad no se puede fundar en un contrato ya que los mismos no tienen realidad hasta que la sociedad no esté en su sitio. A fin de cuentas, Hegel se soporta en la complejidad de la vida política la cual exige muchos niveles de obligación y compromiso (la última expresión es nuestra).

John Rawls en su *Theory of Justice* (1971) señala:

Que su objetivo es presentar una concepción de la justicia que generalice y lleve a un mayor nivel de abstracción la conocida teoría del contrato social como se encuentra en Locke, Rousseau y Kant. Para hacer esto no estamos pensando en el contrato original como uno capaz de entender a una sociedad particular o de establecer una forma particular de gobierno. En lugar de eso, la idea que me guía es la de que los principios de justicia, para la estructura básica de la sociedad, son el objeto del acuerdo original.

El cambio de Rawls es fundamental ya que no se refiere a un acuerdo para simplemente vivir mejor o sobrevivir en el peor de los casos sino para vivir con justicia. Las personas libres y racionales (Kant) deciden vivir de acuerdo con una justicia que se define por su imparcialidad.

Amartya Sen, premio nobel de economía, en su obra *La idea de la justicia* (2009) evoca el tema de la imparcialidad de la siguiente manera:

¿Puede haber una satisfactoria comprensión de la ética en general y de la justicia en particular que confine su atención a algunas personas y no a otras, con la presunción así sea implícita, de que algunas personas son relevantes y otras no? La filosofía política y moral contemporánea ha seguido de manera general la orientación de Mary Wollstonecraft y niega esa posibilidad al exigir que se vea a todo individuo como política y moralmente relevante.

A pesar de las críticas que podemos hacer a la teoría señalada y sus versiones más contemporáneas hay elementos a guardar en nuestro reservorio legal: Derecho natural; deberes; responsabilidad del Estado; gobierno; justicia; imparcialidad. La última palabra parece golpearnos duramente cuando valoramos al sistema de justicia venezolano actual. Probablemente no podemos pedirle a nuestros jueces lo que Jules Coleman y Brian Leiter le pedían a su juez en un famoso artículo de 1993 mencionado en el libro de Leiter *Naturalismo y teoría del Derecho* (2007) en el capítulo relativo a “Derecho y objetividad”. De cualquier manera, podríamos empezar con la imparcialidad.

En todo caso ir de la teoría del contrato a formulaciones en las cuales se privilegie las decisiones colectivas no resuelve todos los problemas. En los últimos tiempos los filósofos se han ocupado de las paradojas originadas por la democracia y por el ejercicio de la misma a través del voto. Con la introducción

(especialmente en el voto) de teorías como la del matemático y economista Kenneth J. Arrow (premio nobel de economía). El teorema de Arrow se puede expresar así: Si hay al menos dos individuos y al menos tres opciones, no existe una función de utilidad social que verifique las condiciones de universalidad, independencia, principio de Pareto y ausencia de dictadura.

Scruton señala que para Arrow es imposible designar a una constitución, como él se refiere a ese tipo de acuerdo, que vaya a generar rangos completos y consistentes de alternativas de estados en una sociedad si no se satisfacen algunas “condiciones intuitivas”.

Para muchos autores la clave de todo reside en cómo las pruebas puedan definir un estado de bienestar social sujeto a un conjunto de reglas que transformen las preferencias individuales en resultados sociales.

Pero no podemos pasar por alto el tema de la “voluntad general” en Rousseau. En efecto para él todo individuo puede tener una voluntad particular, que se diferencia de la voluntad que tiene como ciudadano. Relacionando esta voluntad general con el contrato llega a decir:

Para que el contrato social no sea una fórmula vacua, contiene tácitamente este compromiso, que solo por sí puede autorizar a los demás y quien no quiera obedecer a la voluntad general será obligado a ello mediante el cuerpo interno.

A fin de cuentas, la voluntad general es clave para entender el fundamento de la ley. Así señala Rousseau:

El ciudadano acepta todas las leyes, aun aquellas que fueron aprobadas contra su voluntad... La voluntad constante de todos los miembros del Estado es la voluntad general... Cuando se propone una ley... lo que se pregunta no es precisamente si los ciudadanos aprueban o rechazan el proyecto, sino si esta es conforme a su voluntad general o no; cada uno con su voto manifiesta su opinión al respecto, y del conjunto de votos resulta la declaración de la voluntad general.

La filosofía política trata de introducirnos en la compleja y dificultosa teoría del Estado. Pasando por teorías como la constitucional; la relativa a la participación y representación del gobierno; la propia naturaleza del Estado; la separación de los poderes y la legitimación se nos pretende explicar cómo un ente ficticio puede determinar el curso de la vida de una generación actual y muchas por venir.

En realidad, si el Estado es como decía Hegel “la realidad de la idea ética” poco importa que su extensión sea inmediata o mediata. La voluntad sustancial del Estado asume el más alto Derecho frente al individuo. No es accidental que la *Filosofía del Derecho* de Hegel termine en la sección tercera con el Estado. Para Hegel

el Estado, como la realidad de la voluntad substancial que posee en la conciencia de sí individual elevada a su universalidad, es lo racional en sí y para sí. Esta unidad substancial como absoluto e inmóvil fin de sí misma, es donde la libertad alcanza la plenitud de sus derechos, así como este fin último tiene el más alto derecho frente a los individuos, cuyo deber supremo es el de ser miembros del Estado.

De alguna manera cabría para explicar lo que somos la misma frase de Hegel citada por Adorno en su estudio de *La sustancia experiencial* (1963): “El individuo, tal y como aparece en este mundo de lo cotidiano y prosaico, no ... es activo por su propia totalidad, ni por sí mismo, sino que es comprensible por lo otro”. Pero a la relación entre los individuos y el Estado (si bien nación y Estado son diferentes para el momento en que Hegel escribió no había un Estado alemán). Pero idealmente el Estado debe ser organizado para que los intereses particulares de los ciudadanos coincidan con los intereses comunes del Estado. Por otra parte la creación del Estado es el principal objeto por el cual el espíritu del mundo usa individuos y gentes como sus instrumentos.

Todo el valor, toda la realidad espiritual que los ciudadanos individuales poseen, lo poseen solo a través del Estado. El Estado para Hegel es la idea divina tal como existe en la tierra. Esa idea no está del todo realizada. Pero contrariamente a lo que podríamos pensar para Hegel el espíritu alemán es el espíritu de un nuevo mundo en el cual la verdad absoluta solo podría realizarse con una libertad ilimitada. Lo anterior no parece posible –en mi opinión– con el rol asignado al Estado. Para muchos historiadores la glorificación del Estado como un fin en sí mismo; el rol cósmico atribuido al pueblo alemán y la evaluación positiva de la guerra que formuló Hegel contribuyeron de alguna forma con las dos grandes guerras mundiales del siglo veinte. Para filósofos como Kenny en Hegel como en Rousseau debemos recordar las consecuencias desastrosas que puede producir una metafísica imperfecta.

Los filósofos desde tiempos inmemoriales se han ocupado de la justicia. No hay una palabra más común en los comienzos de una carrera de Derecho en cualquier parte del mundo. Para la filosofía la justicia –tal como lo señala Luc Ferry en su *A Brief History of Thought* (2011)– es uno de los valores fundamentales de la existencia humana (los otros son la verdad, la belleza y el amor). El autor que acabamos de citar comenta

que los cuatro valores, independientemente de lo que digan los materialistas, permanecen como fundamentalmente trascendentes para el individuo particular, para mí y para ti, igual que para cualquier otro. Déjeme justificarlo un poco más: yo no invento verdades matemáticas, tampoco la belleza de una obra de arte, ni los imperativos de la vida moral; y cuando “caigo enamorado”, como la frase lo describe adecuadamente yo no escojo deliberadamente estar así. La trascendencia de los valores en este sentido es patentemente real. Pero está basada en una experiencia concreta, no en una ficción metafísica, no en la forma de un ídolo como

“Dios” o el paraíso o la república o socialismo. Nosotros podemos construir la fenomenología de esta experiencia, una simple descripción que comienza con el sentido de una necesidad inescapable desde la perspectiva de no ser capaces de pensar o sentir de manera diferente con respecto a un sujeto particular.

Cuantas veces no hemos meditado con respecto a la justicia distributiva y conmutativa de Aristóteles y su rol como virtud esencial. En el libro V de la *Ética a Nicómaco* (libro IV de la *Ética Eudemia*). Aristóteles señala:

Siempre me ha sorprendido la extraordinaria forma de calificar tanto la justicia como la injusticia en función de acciones u obras deseadas o queridas lo cual nos proporciona una fórmula de cómo ser justos o injustos en el entendido de que lo que juzgamos es el carácter ético de una persona.

Para Aristóteles “en la justicia se encuentra resumida toda virtud”. Es una virtud “perfecta”, porque quien la posee puede conducirse virtuosamente con otros y no consigo mismo.

El tema de la justicia e injusticia como “estado” del carácter no deja de generar algunas complicaciones pero constituye un elemento esencial de la moral aristotélica por ejemplo con relación a la platónica. Este hecho es admirablemente analizado por Ronald Polansky en su artículo “Giving Justice Its Due” publicado en *The Cambridge Companion to Aristotle’s Nicomachean Ethics* (2014) en el cual señala:

Platón muestra que lo que es legal es justo..., y también que lo propio de una correcta distribución de bienes, como tareas y propiedad, es justo La República despliega justicia en diferentes niveles: la “polis” o ciudad estado es justa cuando los individuos y las clases de individuos, que son artesanos y agricultores, soldados y reguladores, hagan su tarea propia en la comunidad; la justicia reside dentro de los individuos cuando cada parte del alma –apetitiva, espiritual, y racional– realiza su propia función, el universo entero exhibe justicia desde que todas sus partes mantienen el buen orden. Aristóteles en su trabajo ético, con el aporte de sus predecesores, pretende dar un tratamiento correcto a la virtud crucial de la justicia.

La *Ética a Nicómaco* se concentra alrededor de la justicia y la injusticia como estados del carácter o disposiciones de las personas, en línea con otras virtudes morales. Clarificando el rol de la justicia como virtud, Aristóteles refleja con alguna extensión lo que es justo e injusto ya que la justicia es una disposición a hacer acciones justas y la injusticia a hacer acciones injustas. Pero lo justo y lo injusto son nociones más amplias que justicia e injusticia como disposición. Una acción, derecho o un veredicto judicial pueden ser justos sin ser justos o injustos de carácter o mismo presuponiéndolo. Desde que Aristóteles se focaliza en la justicia e injusticia del carácter se concentra solo en una parte de lo que es justo e injusto. Eso explica por qué en su obra no discute ampliamente temas como crimen y castigo y otros tópicos pertinentes a lo que es justo e injusto. El reconocimiento de esta limitación de tratamiento remueve muchas de las dificultades de sus

intérpretes en lo relativo a la posición de Aristóteles con respecto a lo justo y a lo injusto.

Probablemente no nos resolvió algunos temas jurídicos particulares como sí lo hicieron autores posteriores como Santo Tomás de Aquino en la *Suma teológica*. No puede bajo ningún punto de vista dejar de analizarse permanentemente la obra de Santo Tomás como probablemente una de las obras más integrales que se ha escrito del ser humano en la cual se pretende cubrir toda su vida interna (incluyendo su relación con la divinidad) hasta su vida social en la cual el Derecho es manejado con la experticia de un conocedor profundo del mismo. No es solo un esfuerzo por determinar la relación entre el Derecho y la justicia pregunta que se sigue repitiendo a lo largo de la historia. Es la profundización de un concepto de igualdad relacionado con la justicia que define sus límites (ordenar al hombre en las cosas que están en relación con el otro). En su enfoque logra caracterizar al Derecho como el objeto de la justicia lo cual marca una pauta esencial en la manera de regular nuestras vidas en sociedad. Pero ¿cómo no exigirle a Santo Tomás que nos hablara de esa triple dimensión del Derecho proveniente de lo que Dios como creador del universo establece; de lo que la naturaleza de los seres humanos como hijos de Dios determina y lo que los hombres establecemos para vivir en sociedad? Pero Santo Tomás tiene la inteligencia de transformar el hábito del filósofo en la operatividad de la razón práctica en la elección de lo justo (“la justicia es el hábito según el cual se dice que uno es operativo en la elección de lo justo”).

El análisis de Santo Tomás siguiendo al filósofo no solo dimensiona y rescata el valor de la justicia como virtud esencial, adicionalmente la señala como la esencia del acto humano. Ningún filósofo en la historia de la humanidad ha señalado de forma tan categórica el rol de la justicia como virtud:

La virtud humana es lo que hace bueno al acto humano y bueno al hombre mismo, lo cual, ciertamente, es propio de la justicia; pues el acto humano es bueno si se somete a la regla de la razón, según la cual se rectifican los actos humanos.

Pero su esfuerzo por terminar la tesis empezada por el filósofo acerca de la voluntad (lo que hacemos voluntariamente e involuntariamente) en el aquinense se define en una frase esencial para la psicología actual:

La justicia no se ordena a dirigir algún acto cognoscitivo, puesto que no somos llamados justos porque conozcamos algo rectamente. Por lo cual, el sujeto de la justicia no es el entendimiento o la razón, que es potencia cognoscitiva... De ahí que la justicia no pueda hallarse en lo irascible o en lo concupiscible, sino únicamente en la voluntad.

El valor de lo dirigido a otro de la justicia –ya presente en Aristóteles– se refuerza en Santo Tomás:

...la justicia se ordena a otro, no versa sobre toda la materia de la virtud moral, sino solo sobre las acciones y cosas exteriores, con arreglo a cierta razón especial del objeto, es decir en cuanto que por ella un hombre se coordina con otro.

A menudo he pensado en la simetría de la justicia con la caridad. La filosofía cristiana las encontró en una relación que pudiera ser compleja en sus características esenciales pero no en lo práctico: no puedo ser caritativo cometiendo un acto injusto.

Siempre he revisado en el Dr. Angélico esa definición que aprendemos en primer año de Derecho de la justicia como “dar a cada uno lo suyo”. Esa definición la he acompañado con la cita que Santo Tomás ha hecho de Ambrosio que señala “que la justicia es la virtud que da a cada uno lo suyo, no reivindica lo ajeno y descuida la propia utilidad para salvaguardar la común equidad”. La crítica a la utilidad empezó antes de Rawls en contextos históricos diferentes. No obstante, no se puede criticar a la utilidad como tal si ella se orienta al bien de todos. En este sentido el Dr. Angélico citando al filósofo señala:

Las virtudes más grandes son necesariamente aquellas que son más útiles a otros, ya que la virtud es una potencia bienhechora. Por eso son honrados preferentemente los fuertes y los justos, porque la fortaleza es útil a otros en la guerra; en cambio la justicia lo es en la guerra y en la paz.

El mensaje anterior aristotélico-tomista cuestiona profundamente el hecho de dejar de ser justos por coyunturas especiales como la guerra.

Probablemente no deberíamos prolongarnos con el tema de la injusticia pero su relación con la desigualdad es clave en el Dr. Angélico:

otra forma de injusticia es aquella que entraría cierta desigualdad con respecto a otro; esto es, según que el hombre quiere tener más bienes, como riqueza y honores, y menos males, como trabajo y daños.

Un tiempo antes de estudiar Derecho leí en algún libro de filosofía que Anaximandro (pupilo de Tales de Mileto) se ocupaba de estudiar el balance entre sus elementos (cuatro) como manera de proporción y justicia cósmica. Algunos señalan –como Arhur Herman– que fue la primera vez que los griegos se ocuparon de esa proporción. En todo caso –menos complejo que un tema de proporción– nos preguntamos todos los días acerca de algo tan práctico como ¿por qué no tratamos a todos de la misma forma? Las respuestas –que probablemente ocuparían muchas páginas– no lo van a explicar. De lo anterior se deriva que muchos autores jurídicos simplemente renuncien a la justicia por su relación con la moral. En realidad, hay temas tan profundamente cuestionadores que es mejor dejarlos de lado (no renunciar a ellos) para seguir con nuestra comprensible teoría del Derecho. A lo mejor el esfuerzo debe reducirse –lo que no me hace muy feliz– a una fórmula en función de la cual alguien determine qué

le corresponde a cada quien. Ello encuentra sentido en las llamadas teorías distributivas. Tal ha sido el esfuerzo de Rawls en el sentido de elaborar una teoría de la justicia que se ocupe de cómo distribuir (en los que califican para ello) los bienes de una sociedad. El problema de ello –al menos reconocido en una sociedad capitalista y no reconocido en otra– es que los bienes no llegan a una sociedad sin dueños: ellos son producidos como resultado de empresas, contratos, acuerdos que crean derechos de propiedad. No es posible distribuirlos sin violar, como hacemos en la Venezuela de hoy, esos derechos. Tampoco podemos distribuirlos sin quitárselos a los que los tienen, lo cual constituiría una injusticia.

En todo caso el Derecho debe ser preservado, a pesar de afectar nuestras vidas y estar sujeto a lo que Carlos Nino llamaba la superfluidad del mismo frente a la moral, ya que no hay una manera más eficiente de proteger la vida social. El tema no se reduce al simplismo de pensar que todos los derechos son naturales (lo cual no quiere decir que no existan) y la labor del legislador es descubrirlos (lo cual se podría identificar con una labor científica).

Probablemente ningún libro del siglo veinte haya llamado la atención de los filósofos y juristas como *La teoría de la justicia* de Rawls. En realidad el título parece ser demasiado amplio pero a la vez poco concreto de lo que nos va a decir de nuevo. En realidad su tema focal es la “justicia distributiva”. Ciertamente su esfuerzo –en una sociedad como la norteamericana– va orientado a hablarnos acerca de la distribución de bienes en la sociedad. Su trabajo va dirigido a cómo lograr una distribución justa de dichos bienes. En tal sentido habla de una distribución mejor o más justa e imparcial. Pero también en su idea de justicia están presentes bienes menos tangibles que el ingreso como son la libertad y el poder político. La gran habilidad de Rawls radica en tratar de mostrarnos una serie de principios cuyo contenido va a ser determinante a la hora de tomar decisiones que se rijan por esos principios de justicia distributiva. Evidentemente que el tema de distribución crea discusiones que vienen en muchos casos del terreno de la filosofía como fueron las críticas de Robert Nozick a Rawls con respecto a “justice-preserving transfer”.

Lo cierto es que Rawls con la grandeza intelectual que lo caracterizó fue capaz de responder a estas críticas y a otras muchas más provenientes de autores como: H.L.A. Hart, Joshua Cohen y Amartya Sen. Algunas de sus respuestas vienen en su obra *Justice as Fairness. A Restatement* (2001). En tal sentido señala:

En esta reformulación (restatement) ... justicia como imparcialidad (fairness) es ahora presentada como una concepción política de la justicia. Para llevar adelante este cambio de cómo debe ser entendida la justicia como imparcial se requirió muchos otros cambios además de una “familia” de ideas adicionales que no se encontraban en la *Teoría de la justicia*, o al menos no con el mismo sentido o

significación. Además, la introducción de las ideas de una concepción política de la justicia en sí misma, necesitamos la idea de sobreponer consensus de comprensivo, o parcialmente comprensivo de doctrinas religiosas, filosóficas y morales con la idea de formular una concepción más realista de una sociedad bien ordenada, dado el hecho del pluralismo existente en esas doctrinas en una democracia liberal.

La filosofía (Kant, Bentham, Austin entre otros) se ha preguntado ¿qué es Derecho? Muchas de las respuestas se inclinan como Hart (que habló de regla de reconocimiento) por el concepto de regla. Pero cómo diferenciar ese concepto tan general de regla (puede ser social, moral, religiosa, etc.) de la legal más precisamente que le hace falta a una regla para que adquiera el estatus de legal.

Scruton trata de dar algunas respuestas presentes en la filosofía:

1. Debe ser definitiva. Debemos saber qué cuenta obedeciéndola y qué no desobedeciéndola.

Un Derecho vago no es Derecho y si lo es, es muy injusto.

2. Debe ser anunciada o hecha público.

3. No debe ser retroactiva.

4. Debe pertenecer a un sistema legal que regule a la sociedad como un todo.

No viene al caso repetir aquí lo dicho por filósofos jurídicos como Lon Fuller para completar el recuento de requisitos anteriores. Probablemente baste señalar lo que Hart mencionó en *El concepto del Derecho* cuando se refirió a la “Patología de un sistema jurídico”: “La prueba de la existencia de un sistema jurídico tiene que extraerse por lo tanto, de dos diferentes sectores de la vida social”.

Hart se refería al sector oficial y al privado. Que tragedia es para una sociedad cuando el sector oficial (compuesto por una parte muy reducida de la sociedad) piensa que la delegación que tiene da poder para ser el único creador de Derecho sin consulta con los destinatarios de la ley. La discusión anterior parece tomar cuerpo con una pregunta que no muchas veces nos formulamos de forma expresa y que no puede requerir una sola respuesta. Puede haber algo de este tema en lo referente a la justicia con la revisión propuesta por Rawls a su *Teoría de la justicia*. Probablemente debemos tomar en cuenta las exigencias de la llamada “filosofía social” propuesta por Axel Honneth ampliando su rango de análisis; de cualquier forma, la función del Derecho se relaciona en la filosofía con tres temas fundamentales: el lograr un estado determinado (*end state*); hacer la justicia y resolver conflictos sociales.

En Venezuela al igual que en otros sistemas socialistas se ha privilegiado a la primera función por sobre todas las demás. Que importa hacer justicia o

resolver conflictos si establecemos –aun en contra de la mayoría de la población– una sociedad socialista (comunista). El problema es que este razonamiento de medios-fines justifica desobedecer el Derecho cuando tal desobediencia es necesaria para lograr el fin y obedecerlo por la misma razón.

En términos de juego del lenguaje las reglas son establecidas y cambiadas aun durante el juego por un solo jugador lo que hace totalmente impredecible saber cuál va a ser el resultado. Siempre recuerdo un libro de Gregorio Robles Morchón que lleva por título “La justicia en los juegos. Dos ensayos de teoría comunicacional del Derecho” en el cual cuando analiza “juego limpio y juego sucio: engaños y trampas” señala:

En España tenemos la triste experiencia de que grupos terroristas se benefician del sistema democrático introduciendo sus “brazos políticos” en las instituciones. Hacen así un doble juego, de modo similar al jugador que maneja dos barajas. Este doble juego se concreta en una doble actividad; por una parte actúan violentamente contra el sistema, y por otra, participan en éste, con el consiguiente beneficio político y económico. Esta actitud expresa un considerable cinismo, cuya única respuesta debe ser sacar fuera a quién juega ese doble juego. En suma, el principio de libertad y el principio de lealtad constituyen los dos pilares básicos tanto para el juego como para que funcione medianamente bien una sociedad democrática.

El razonamiento del profesor Robles Morchón no necesita obligarnos a poner las piezas en el tablero. Es algo tan evidente que solo nos obliga a pensar en la democracia en términos de libertad y lealtad.

Posiblemente porque el tema de la democracia en Venezuela nos agobia debemos pensar en términos de cómo recuperarla y ello pasa por volver a nuestra base espiritual –como dice Maritain– que es la ley y el Derecho. Pero ¿son ellos suficientes? La pregunta no tiene una fácil respuesta pero lo grave sería jugar con “maquiavelismo” frente al que enfrentamos. Más cuando ya sabemos el fin perseguido. No puedo dejar de reflexionar en las últimas líneas de un libro de Maritain *Principios de una política humanista* (1969 edición en español) que comienza con un capítulo relativo a “la conquista de la libertad”. Las últimas líneas de la obra a la que hemos hecho referencia señalan:

El totalitarismo vive por el maquiavelismo, pero el maquiavelismo mata a la libertad. El único maquiavelismo de que es capaz cualquier democracia como tal, es el maquiavelismo atenuado y débil. Frente al maquiavelismo absoluto, los estados democráticos, herederos del Ancien Régime y de su vieja política maquiavélica, se encuentran, pues, en un punto crucial o continúan usando su débil maquiavelismo y serán destruidos desde afuera, o se decidieran a recurrir al maquiavelismo absoluto, que es el único posible dentro de la regla y el espíritu totalitario; y en este caso se destruirán a sí mismos desde dentro. Solo sobrevivirán y vencerán a su enemigo con la condición de que rompan con toda especie de maquiavelismo.

En realidad el rescate de la democracia exige la recomposición moral del país. Trabajo que comienza en la familia, sigue con la sociedad civil y termina con el Estado. Lo difícil es hacerlo al mismo tiempo. Sin ese trabajo titánico nunca adquiriremos –como dice Scruton– la concepción de valor y sin ella no podremos justificar nuestras elecciones no solo frente a los demás sino también frente a nosotros mismos.

Vamos a ocuparnos ahora de esa dimensión humana que depende de nuestra condición de seres racionales y nos independiza –al menos de forma temporal– de lo social. Tal como diría un filósofo “los seres humanos obtienen confort no solo en comunidad sino también en soledad”. Sin embargo, algunos de nuestros valores son sentidos con mayor intensidad en la soledad, y atesoran algo más porque sugieren que el mundo tiene un lugar para la personalidad.

Kant señalaba que hay “intereses de la razón” es decir intereses que tenemos solo en virtud de nuestra racionalidad y que no tienen bajo ningún concepto relación con nuestras necesidades, deseos y apetitos. Uno de esos intereses es la moralidad. La razón –según Kant– nos motiva a cumplir con nuestro deber y cualquier otro (empíricamente hablando) interés es descartado. El interés por hacer lo correcto no es un interés mío (de mi naturaleza empírica) sino más bien de la razón que tengo en mí. Los seres racionales son capaces de trascender el interés en el mundo sensible para ir más allá de lo que nuestras necesidades animales requieren satisfacer. Un ser racional obtiene placer con la mera vista de algo como un paisaje sublime, una obra de arte, una flor, etc. Ese interés es desinteresado –para Kant– porque es interés por lo que las cosas son en sí o se muestran ante nosotros como aparentan que son.

Ese interés no podemos referirlo a nuestra naturaleza empírica, sino a la razón que trasciende nuestra naturaleza empírica, y busca en el mundo un sentido que es más profundo y completo que el efímero propósito de vida. Nos introducimos en un mundo como el estético en el cual el Derecho tiene que considerar que su función no es solo promover y proteger lo que para él luce empíricamente natural sino todo aquello que forme parte de la consideración integral del ser humano.

John Finnis en su *Ley natural y derechos naturales* nos habla sobre los valores universales. Uno de esos valores es la experiencia estética (además de la vida; el conocimiento; el juego; la amistad; la razonabilidad práctica y la religión). Pero su conclusión acerca de estos valores y otros que podamos añadir es capital:

Más importante que la descripción y el número preciso de estos valores es el sentido en que cada uno es básico. En primer lugar, cada uno es una forma de bien igualmente evidente. En segundo lugar, ninguno puede ser reducido analíticamente a ser solo un aspecto de alguno de los otros, o a ser meramente instrumental en la búsqueda de cualquiera de los otros. En tercer lugar, cada uno, cuando nos

concentramos en él, puede razonablemente ser considerado como el más importante. De ahí que no hay una jerarquía objetiva entre ellos.

Puede ser complicado explicar algunas de las cosas descritas anteriormente pero la vida diaria las ejemplifica en fórmulas fáciles de entender como las decisiones políticas de privar a la gente de algunos valores básicos como por ejemplo el juego y los estéticos para privilegiar lo que el gobierno de turno considera más esencial.

John Finnis en la obra que acabamos de mencionar usa el experimento propuesto por Robert Nozick en *Anarchy, State and Utopia* para señalarnos:

Haga usted el experimento mental hábilmente propuesto por Robert Nozick. Suponga usted que puede conectarse a una “máquina de experiencias” que, estimulando su cerebro mientras usted yace flotando en un estanque, le proporcionaría todas las experiencias que usted eligiese, con toda la variedad que usted pudiera desear (si desea alguna): pero usted tiene que conectarse de por vida o no conectarse en absoluto. Al reflexionar no está claro, en primer lugar, que usted no elegiría toda una vida de “intensas emociones” o de “estremecimientos placenteros” u otras experiencias de ese tipo? Pero en segundo lugar, no está claro que uno no elegiría las experiencias de descubrir un teorema importante, o de ganar un juego emocionante, o de compartir una amistad gratificadora, o de leer o escribir una gran novela, o incluso de ver a Dios... ni combinación alguna de tales experiencias? El hecho, ¿no es verdad? Es que si uno fuera sensato no elegiría conectarse a la máquina de experiencias en absoluto porque, como concluye correctamente Nozick, uno quiere hacer ciertas cosas (no solo tener la experiencia de hacerlas); uno quiere ser un cierto tipo de persona, a través de la propia autodeterminación y autorrealización auténticas, libres; uno quiere vivir (en el sentido activo) uno mismo, construyendo un mundo real a través de esa búsqueda real de valores que inevitablemente implica construir la propia personalidad en y a través del propio compromiso libre con esos valores.

El repudio hacia lo que nos irrita es una característica del mundo de hoy. Desde ese punto de vista el Derecho moral ha sido objeto de una cacería especial. Tanto Nietzsche como Marx desarrollaron lo que el primero llamó “Genealogía de la moral”. Mediante la metodología señalada se explica la institución de la moral; como nace en la sociedad; que funciones cumple y por qué la gente es inducida a suscribirla. Pero todo ese esfuerzo se realiza con la única función de rechazar los llamados de ella.

Scruton sobre lo expuesto por Nietzsche (en el libro cuyo título coincide con la metodología señalada) indica:

¿Cuándo la explicación de una creencia la debilita? ¿Acaso la verdad de la “genealogía” marxista o nietzscheana en cualquier caso justifica el rechazo de las demandas morales? Es el mismo caso levantado acerca de la religión. Pero es, como he dicho, difícil de responder. Probablemente lo mejor que podemos decir

es que no podemos creer que la moralidad ha sido minada, hasta que no tengamos la prueba frente a nosotros.

Unas páginas más adelante Scruton describe una situación presente para nosotros hoy en día en Venezuela. Reflexión de valor permanente en un país que debe reponer la idea moral si pretende empezar a transitar de nuevo una forma más justa de vivir para todos. Así señala el autor mencionado:

Vaciando al lenguaje de todo vestigio de idea moral, cambiamos la manera en que el mundo es percibido. Esas palabras claves alrededor de las cuales nuestras aspiraciones son percibidas –palabras como “libertad”; “verdad”; “derecho”; “democracia”; “paz”– o bien son descartadas del lenguaje, o usadas para significar simultáneamente dos cosas distintas, como por ejemplo la invocación de Robespierre del “despotismo de la libertad”, o el eslogan comunista de la “lucha por la paz”, o la descripción de Lenin de un gobierno totalitario como una “democracia centralista” ... Los términos son abstractos, burocráticos, casi sin ninguna referencia. Vocabulario, síntesis, lógica y estilo toman un nuevo propósito el cual no es otro que ni describir al mundo ni interpretarlo, sino privarlo de su sentido, de tal manera que los dictados del poder puedan ser inscritos sin resistencia en el resultado en blanco.

Lo que hemos estado acostumbrados a ver en todas las manifestaciones de los poderes controlados por el gobierno (ejecutivo) no es sino una fórmula perfectamente adecuada a lo ya descrito. Por ejemplo una “constituyente para la paz”. De alguna manera al vaciar al Derecho de su fundamento moral se logra destruir la necesidad de dar razones para actuar de tal o cual manera. Ello se evidencia en exposiciones de motivo de textos normativos en los cuales las palabras (prescindamos de su redacción) nos alejan de una realidad que aunque esquiva termina por imponer con contundencia sus resultados. Ante ello siempre habrá una explicación frente a lo sucedido que cada vez cree una menor parte de la población. El fallo en describir e interpretar el mundo siempre pasa su factura independientemente de dónde estemos sentados. Lo trágico del tema es que el engaño se vende con una promesa de sociedad libre de Derecho e instituciones. Históricamente nunca ha funcionado esa idea de liberarnos de todo. Las limitaciones propias de la vida social que podemos controlar y mejorar devienen gracias a un poder dictatorial en limitaciones incontrolables. La “voluntad general” de Rousseau; “el pueblo” de Robespierre; “la comuna” de Marx; el “fascio” de los anarquistas italianos y el “grupo en fusión” de Sartre ofrecieron ese manejo espontáneo del grupo que terminó en la mayoría de los casos con una dictadura más.

Pero nada de lo que somos y de lo que podemos hacer tendría sentido si no fuéramos seres conscientes de nosotros mismos. Si no tuviéramos una concepción de nuestro propio lugar en el conjunto de las cosas. A veces cuando nos vemos en el espejo o quedamos solos en algún lugar nos preguntamos acerca

de ese Yo coincidente con lo que somos. Ciertamente los juristas tratamos de establecer lo mejor que podemos concebir para tener una vida social mejor (una fórmula de expresarlo es lograr el bien común). En esa tarea nos encontramos frente a lo que el mundo es y frente a lo que nosotros somos. El Derecho en unos casos ha concebido nuestra realidad centrándose en el mundo, otras veces lo ha hecho pensando que controlamos nuestra realidad interior. Lo cierto es que las dos cosas están presentes y ello exige un análisis un poco más complicado. Redescubrir la mente como dice la obra clásica de John Searle obliga a pensar en la relación mente-cuerpo. A romper el análisis simplista –entre otras cosas– de pensar que conocemos el fenómeno mental de los demás observando sus conductas. Grave error para el Derecho ya que eso complica el entendimiento de la acción humana. El otro tema, por ejemplo, es no haber sido capaces de aproximarnos a una mejor explicación de las relaciones causales. Al llevarlas al Derecho caemos en un mar de contradicciones como las existentes a la hora de explicar la existencia de los fenómenos mentales de forma causal. Lo mismo pasa con la “intención” tal como lo formuló Anscombe.

Ciertamente en la discusión acerca de la dualidad hechos-valores que desarrollamos de alguna forma en nuestra obra acerca de Dworkin, Putnam y Hart nos preguntamos acerca de ese complejo que las ciencias sociales tienen frente a la física y la matemática. Siempre hemos pensado que en la ciencia lo objetivo está frente a lo subjetivo (es el corazón de la discusión entre hechos y valores). Pero de alguna manera la separación artificial entre objetivo y subjetivo parece – en mi opinión– relacionarse con las concepciones modernas de la racionalidad señaladas por Putnam que pretenden reducir la racionalidad a la ciencia. En *Los llamados “actos intencionales” en la consideración del filósofo de hoy* menciono una frase de Searle que resume muchas de nuestras interrogantes sobre el tema:

No toda la realidad es objetiva; alguna parte de ella es subjetiva. Existe una persistente confusión entre la demanda de que debemos tratar tanto como podamos de eliminar prejuicios personales subjetivos para la búsqueda de la verdad y el reclamo de que el mundo real no contiene elementos que sean irreductiblemente subjetivos. Esa confusión, en su momento, se basó en una confusión entre el sentido epistemológico de la distinción objetivo-subjetivo y el sentido ontológico.

Podemos en el Derecho dejarnos reducir por un materialismo que pudiera pretender darnos una explicación que evite profundizar en aquello que lo material no explica. Pero como señala Searle siempre el materialismo será inconsistente con la realidad y la eficacia causal –si fuere el caso– de conciencia y subjetividad.

El Derecho pone sobre nuestras mentes una cantidad de problemas que lamentablemente no se resuelven positivizando todo lo positivizable. Tomando solo como ejemplo la justicia podemos señalar lo afirmado por Gregorio Robles Morchón en una obra ya citada en este trabajo:

Desde el marco de una teoría de la justicia, sin embargo, el problema sigue en pie: la teoría de la justicia no se conforma con un concepto-valor de persona “positivizado” sino que se plantea abiertamente qué es lo más justo en ese punto. Sus preguntas son: ¿Cuál debería ser el concepto de persona y su extensión en una sociedad en la cual se respeten los valores, y cuál debería ser la jerarquía de dichos valores?

Suponiendo que nosotros fuésemos un poder constituyente, y no simplemente una comisión nombrada a dedo con lo que esto implica, ¿cómo contestaríamos a esa interrogante?

En el presente trabajo hemos pretendido hacernos preguntas que la filosofía se hace y que pueden alcanzar al Derecho. La forma utilizada pretende dejar –con todo un propósito– temas de investigación que nos hemos planteado y que requieren respuesta de los filósofos del Derecho de hoy. Pretendo dar algunos puntos de vista propios, y de filósofos del pasado y de hoy para esclarecer el camino a seguir. En el país actual, en el cual el pensamiento puede verse limitado de alguna manera por la urgencia de responder a temas apremiantes su necesidad no puede perderse de vista como la única forma de construir un futuro que al menos podamos entender mejor que el presente que vivimos. No sabemos cómo será el Derecho del mañana en nuestro país pero lo que sí intuimos es que va a requerir de nosotros un algo, compromiso con un proyecto espiritual e intelectual capaz de renovar nuestra vida social. En el caso del Derecho en Venezuela podríamos decir lo que el filósofo norteamericano Daniel Dennett caracterizó como “la mente como caos”. El caos presente puede resolverse asumiendo posiciones que nos comprometan con la mejor técnica posible y la mejor manera de que ella sea justificada ante la población, los valores fundamentales de la sociedad y el bien común. Después de la obscuridad viene la necesidad de resolver los enigmas. Lo anterior lo expresó William James en *The Will to Believe* (1896):

¿Qué piensas de ti mismo? ¿Qué piensas del mundo? Estas son preguntas que todas las personas deben hacerse porque es bueno para ellas. Son enigmas de la Esfinge, y de una manera u otra tenemos que enfrentarnos a ellos... en todas las transacciones importantes de la vida tenemos que dar un salto en el vacío. Si decidimos dejar los enigmas sin resolver, es una opción. Si vacilamos en dar una respuesta, también es una opción; pero cualquiera que sea la opción que tomemos, la tomamos por nuestra cuenta y riesgo. Si un hombre decide volver la espalda a Dios y al futuro, nadie puede impedirselo. Nadie puede demostrar sin que quede sombra de duda que está equivocado. Si un hombre piensa lo contrario y obra en consecuencia, no sé cómo puede nadie probar que está equivocado. Cada uno ha de obrar como mejor crea, y si está equivocado, peor para él. Estamos en un puerto de montaña en medio de una ventisca y de una espesa niebla, a través de las cuales vislumbramos de vez en cuando caminos que podrían ser engañosos. Si nos quedamos quietos, moriremos congelados. Si tomamos el camino equivocado, moriremos despeñados. No estamos seguros de que haya ninguno bueno ¿Qué

tenemos que hacer? Ser fuertes y tener valor. Obrar lo mejor que podamos, esperar lo mejor y aceptar lo que venga... Si llega la muerte, no podemos tener mejor muerte.

El camino a seguir por la filosofía y el Derecho no es sencillo. Probablemente debemos mencionar lo que Kunh, citado por Richard Rorty, le recomendaba a sus alumnos: “Cuando leemos los trabajos de pensadores importantes, vean primero los aparentes absurdos del texto y pregúntense cómo una persona sensible pudo haber escrito eso. Cuando consigan la respuesta ... cuando esos pasajes tengan sentido, entonces encontrarán que los pasajes más importantes, aquellos que previamente pensaron que habían entendido, cambiaron su sentido”.

El acta de misión o término de referencia como garantía iusfundamental del arbitraje*

Víctor Jiménez Escalona

Sumario

- I. El proceso arbitral: justicia a-jurisdiccional
- II. Propuesta: la necesaria positivización del acta de misión o término de referencia como garantía iusfundamental

I. El proceso arbitral: justicia a-jurisdiccional

La justicia es un valor constitucional que tiene como misión, entre otras tantas, garantizar las libertades de las personas ante la ley. Así las cosas, la justicia entraña tanto ese concepto aristotélico de «darle a cada quien lo que le corresponde» como la noción misma de libertad.

En efecto, ambos términos se interrelacionan en el andamiaje jurídico venezolano cuando en la propia Carta Magna se concreta en el mismo enunciado normativo que los dos configuran los valores jurídicos con los cuales el sistema venezolano se irradiará¹.

La libertad, en sentido genérico, es un principio constitucional que tiene muchas manifestaciones o formas de acción, y estas especies, en cada una de sus parcelas, tienen como objeto regular las relaciones de las personas entre sí.

La libertad plena, cedida por los ciudadanos en ese contrato social que es la constitución, adquiere un reconocimiento razonable y racional por parte de dicha Carta Magna en el sentido de permitirles a los ciudadanos gozar de tan

* El presente *paper* surge de la participación que tuvimos en el III Congreso Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional celebrado en la ciudad de Caracas el miércoles 05 de abril de 2017. Tuvimos la función de *reportero* en la mesa de trabajo que tocó precisamente el tema del acta de misión o término de referencia, en la cual estuvieron los extraordinarios ponentes Marcos Carillo, Humberto Angrisano, José Antonio Elíaz y Carolina González. Dicha participación hizo que surgieran en mí algunas interrogantes sobre la necesidad de la concreción legal del acta de misión en la legislación arbitral venezolana y ese es el fundamento del presente trabajo. Agradezco en estas líneas al Dr. Álvaro Badell Madrid, presidente de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AvA), quien propuso mi nombre para tan inmerecido papel durante el Congreso.

¹ «**Artículo 2.** Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político», CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Gaceta Oficial Extraordinaria número 36.860 del 30 de diciembre de 1999, reimpresa por errores materiales del ente emisor en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 5.453 del 24 de marzo de 2000.

fundamental y natural derecho en una forma delimitada, pero sin que dicha delimitación sea entendido como una restricción indebida: al contrario, lo que se realiza es una circunscripción del derecho en cuestión que le da forma, así como espacio y contenido específico. Entonces, el Estado tiene en su haber tanto una obligación de acción —garantizar la libertad, en cualquiera de sus formas— y de inacción —omisión de desplegar acciones que menoscaben dicho ejercicio—, siendo tales, igualmente, garantías constitucionales.

Las diversas manifestaciones de la libertad, como lo son la de conciencia², de expresión³, o de locomoción⁴, por sólo nombrar algunas, son algunas formas en que el concepto de libertad encuentra un cauce natural y cónsono en el ordenamiento.

La constitución es por definición una carta de garantías, y todas ellas a favor de las personas, de ahí que la separación de poderes y el reconocimiento de los derechos fundamentales y la positivización de sus medios de protección sean

² «Artículo 61. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y a manifestarla, salvo que su práctica afecte su personalidad o constituya delito. La objeción de conciencia no puede invocarse para eludir el cumplimiento de la ley o impedir a otros su cumplimiento o el ejercicio de sus derechos», CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, *op. cit.*

³ «Artículo 57. Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa. / Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades», CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, *op. cit.*

⁴ «Artículo 50. Toda persona puede transitar libremente y por cualquier medio por el territorio nacional, cambiar de domicilio y residencia, ausentarse de la República y volver, trasladar sus bienes y pertenencias en el país, traer sus bienes al país o sacarlos, sin más limitaciones que las establecidas por la ley. En caso de concesión de vías, la ley establecerá los supuestos en los que debe garantizarse el uso de una vía alterna. Los venezolanos y venezolanas pueden ingresar al país sin necesidad de autorización alguna. / Ningún acto del Poder Público podrá establecer la pena de extrañamiento del territorio nacional contra venezolanos o venezolanas», CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, *op. cit.* Al respecto, la jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional de Colombia ha apuntado «*Los rasgos principales de la libertad de locomoción pueden ser resumidos en los siguientes términos: (i) se trata de un derecho fundamental que es ciertos casos es una condición para el goce efectivo de otros derechos fundamentales; (ii) resulta afectada no sólo cuando irrazonablemente por acciones positivas directamente se obstruye la circulación de los ciudadanos, sino también cuando se genera ese efecto indirectamente o por omisión en la remoción de barreras o en la creación de una infraestructura adecuada para la circulación; (iii) se trata por lo tanto de un derecho que tiene una dimensión negativa y una dimensión positiva o prestacional*», Sentencia C-879/2011 (Subrayados del fallo).

imperativos conceptuales para la existencia misma de una constitución, y por ese camino, de un Estado Constitucional⁵.

A este respecto, cabe acotar como indispensable e indisoluble imbricación conceptual, que la garantía de las diversas formas de libertad no afecta negativamente —en sentido de menoscabo— el valor constitucional de la justicia. Al contrario: de la correcta y racional ponderación de ambos bienes constitucionales⁶, se puede tener un sistema garantista pleno. Pero a veces, no luce tan palmaria esta confluencia.

Cuando el Estado ejerce sus obligaciones de función jurisdiccional va encaminado a cumplir con los imperativos constitucionales que, precisamente, tienen como justificación esa «renuncia» a la libertad plena, salvaje, natural, con la que los ciudadanos contaban⁷; y esto lo produce a través de medios que

⁵ «(...) la idea central de que la Constitución moderna surge como un instrumento protector de las libertades individuales, que se sirvió de técnicas organizativas y normativas como la separación o división de los poderes y la reserva legal, a lo cual prontamente se sumaría, en el caso norteamericano, la *judicial review*», CASAL H., Jesús María, *Constitución y Justicia Constitucional*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, año 2014, p. 22.

⁶ BERNAL PULIDO, Carlos, «Estructura y límites de la ponderación» en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 26, Universidad de Alicante, año 2003, pp. 225-238.

⁷ «La actividad judicial o la administración de justicia, cuyo principal objetivo es la pacífica resolución de los conflictos generados dentro de la vida en sociedad, es una de las tareas básicas del Estado, según lo advirtieron desde tiempos remotos los pensadores de las distintas civilizaciones, y se acepta sin discusión en las sociedades contemporáneas, o al menos en todas aquellas que pudieran considerarse democráticas. La sin igual importancia de esta función es tal que las personas o funcionarios a cuyo cargo se encuentra constituyen una de las tres ramas del poder público que históricamente, pero sobre todo en las épocas más recientes, conforman los Estados. Según se ha reconocido también, la autonomía e independencia de la Rama Judicial respecto de las otras ramas, así como la de cada uno de los funcionarios que la conforman, es condición esencial y necesaria para el correcto cumplimiento de su misión. Estas elementales consideraciones se encuentran presentes en la Constitución de 1991, desde su preámbulo y sus primeros artículos, en los que repetidamente se invoca la justicia como una de las finalidades del Estado y se alude a la intención de alcanzar y asegurar la vigencia de un orden social justo. Para ello, más adelante, el Título VIII de la carta política determina entonces el diseño institucional de la Rama Judicial y establece las funciones de los distintos órganos que la integran. Sobre estas bases, en años recientes esta función ha sido definida por el legislador (estatutario) en los siguientes términos: / **CONCEPTO DE LA FUNCION JUDICIAL**-Línea jurisprudencial / La Corte Constitucional ha construido desde sus inicios una sólida y trascendental línea jurisprudencial en torno al concepto de la función judicial, sus características e implicaciones. A partir de su reconocida importancia para el correcto funcionamiento de la vida en sociedad, y del principio consagrado en el artículo 229 superior conforme al cual se garantiza a toda persona el derecho de acceder a la administración de justicia, como vehículo que es de la efectividad de los otros derechos, esta corporación le ha reconocido a esa prerrogativa el carácter de derecho fundamental, protegible entonces a través de la acción de tutela. De otro lado, la importancia de la función judicial y su condición de mecanismo indispensable para la vigencia de los derechos ciudadanos es también relevada por los principales tratados internacionales de derechos humanos, que por la vía del artículo 93 superior hacen parte del bloque de constitucionalidad», Sentencia T-238/2011.

garanticen el acceso de los justiciables a los órganos de administración de justicia⁸, y al establecimiento de condiciones materiales e inmateriales (derechos y garantías legales) que propendan a hacer efectiva la tutela jurisdiccional del Estado.

Pero los órganos jurisdiccionales —órganos estatales atinentes a la tutela jurisdiccional— no son los únicos instrumentos con los cuales los justiciables pueden alcanzar una razonable resolución de sus conflictos. En efecto, la Constitución diseña todo un sistema de administración de justicia donde los tribunales son apenas una pieza más en este rompecabezas.

Así las cosas, tenemos que el artículo 253 de la Constitución enuncia los tipos de medios de resolución de controversias:

«**Artículo 253.** La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.

Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias.

El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio».

Al constitucionalizar los medios alternos de solución de conflictos, se quiere garantizar: (i) la separación de poderes, pues comienza dicho artículo exponiendo que la potestad de administrar justicia no es centralista ni mucho menos centrípeta: proviene de los suscriptores del contrato social, es decir, los ciudadanos; (ii) el Estado tiene como finalidad realizar dos tipos de acciones: a) una acción positiva, en la cual debe proteger los intereses procesales de los justiciables al instituir órganos plausibles para la administración de justicia, y, por

⁸ «Según lo expuesto, el derecho a la tutela judicial efectiva presenta varias fases como son la facultad de acceder a la justicia, la obtención de una justicia impartida conforme al artículo 26 del Texto Fundamental (imparcial, gratuita, accesible, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles), el derecho al debido proceso (que a su vez comprende el derecho a la defensa, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser oído, el derecho al juez natural, la prescripción a declarar contra sí mismo y allegados, la confesión sin coacción, la libertad de pruebas, el nulla crimen nulla pena sine lege, el non bis in idem y la responsabilidad del Estado por error judicial) y finalmente, el derecho a la ejecución del fallo proferido», SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sentencia número 179/15.03.2016, Exp. N°2006-0814, caso: *César Dasilva Maita*, con ponencia del Magistrado Dr. Calixto Ortega Ríos.

supuesto, todo el andamiaje que ello apareja, como lo es un personal altamente calificado para llevar dicho cometido; y b) una negativa, en el sentido de permitir que las personas puedan por sí mismas resolver los conflictos de su interés, de la mejor forma en cuanto a derecho, donde se respeten esas garantías *iusfundamentales* que la Constitución enuncia, así como asegurarle a los tales que sus decisiones serán efectivas —en el marco de la colaboración de los poderes públicos entre sí y de éstos con los medios alternativos de resolución de conflictos— y en cuanto se atengan al ordenamiento jurídico que, precisamente, busca tutelar las libertades públicas; y (iii) reconoce que los ciudadanos, de donde emana la justicia que el Estado habrá de impartir, pueden por sí mismos ejercerla, dentro de los cánones constitucionales y legales razonables para ello; es decir, se les garantiza el ejercicio de su derecho de libertad de escoger cuál es el camino que han de seguir para resolver una controversia suscitada entre ellos.

Es por ello que la propia Constitución establece otros medios para la resolución de conflictos como la justicia de paz⁹ o la jurisdicción indígena¹⁰, pues reconoce que no sólo él puede impartir justicia de forma óptima a los justiciables —aún cuando sólo él posee *imperium*—, sino que en atención a ciertas condiciones definidas por la ley, los ciudadanos pueden realizar otros actos con miras a alcanzar la justicia de sus diferencias, todo con la ausencia —o al menos, poca presencia— del propio Estado. Un concepto, pues, bastante liberal de la justicia.

La justificación más plausible de los medios alternos de solución de conflictos —donde destacamos al arbitraje— se halla en la concepción misma de la justicia como valor constitucional.

Nuestra Norma Fundamental consagra la justicia como el clásico y natural desiderátum del ordenamiento jurídico, pues lo óptimo en todo sistema que se precie ser de derecho es la concreción legislativa de diversos medios que garanticen —al menos teóricamente— que la justicia —material, al menos, en lo deseable— pueda alcanzarse. Allí radica la eficacia del Estado Constitucional de Derecho.

⁹ «Artículo 258. La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley. / La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos», CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, *op. cit.*

¹⁰ «Artículo 260. Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional», CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, *op. cit.*

Al margen de las consideraciones doctrinales que se han diseñado en torno a la Cláusula del Estado de Justicia —posición con la cual somos abiertamente cónsonos—¹¹ no está demás entender que, más allá de la proclamación de la justicia como uno de los elementos constitutivos del Estado Constitucional de Derecho —Estado democrático y social de Derecho y de Justicia—, ésta es una finalidad lógica del mismo, porque todo Estado de Derecho conlleva a la justicia como uno de sus bienes más preciados.

Es por ello que la propia constitución regula las formas —en modo genérico— en las cuales puede materializarse una justicia expedita, cónsona, o digamos, constitucionalmente válida. Allí se inscriben los medios alternos de solución de conflictos, porque los tales son auténticos medios en los cuales la justicia puede alcanzarse incluso con mayor eficacia que la que puede obtenerse a través de los órganos de administración de justicia.

Al efecto, la Sala Constitucional ha proferido criterio cónsono con lo hasta aquí expuesto, indicando que los medios para la materialización de la justicia no se agotan con los órganos jurisdiccionales, pues:

«Al respecto, esta Sala ha señalado que “(...) la Constitución amplió el sistema de justicia para la inclusión de modos alternos al de la justicia ordinaria que ejerce el poder judicial, entre los que se encuentra el arbitraje. Esa ampliación implica, a no dudarlo, un desahogo de esa justicia ordinaria que está sobrecargada de asuntos pendientes de decisión, y propende al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz, célere y ajena a formalidades innecesarias (...). Así, a través de mecanismos alternos al del proceso judicial, se logra el fin del Derecho, como lo es la paz social, en perfecta conjunción con el Poder Judicial, que es el que mantiene el monopolio de la tutela coactiva de los derechos y, por ende, de la ejecución forzosa de la sentencia (...). A esa óptica objetiva de los medios alternativos de solución de conflictos, ha de añadirse su óptica subjetiva, en el sentido de que dichos medios con inclusión del arbitraje, en tanto integran el sistema de justicia, se vinculan con el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz que recoge el artículo 26 de la Constitución. En otras palabras, puede decirse que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente, el arbitraje (...)” (Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08).

Por ello, el deber contenido en el artículo 258 la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no se agota o tiene como único destinatario al legislador (Asamblea Nacional), sino también al propio operador judicial (Poder Judicial), en orden a procurar y promover en la medida de lo posible la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos y adoptar las medidas judiciales necesarias

¹¹ DELGADO, Francisco José, *La idea de derecho en la Constitución de 1999*, Universidad Central de Venezuela, Serie: Trabajos de Grado n° 16, Caracas, año 2008.

para promover y reconocer la efectiva operatividad de tales medios, lo cual implica que las acciones típicas de la jurisdicción constitucional, no sean los medios idóneos para el control de los procedimientos y actos que se generen con ocasión de la implementación de los medios alternativos de resolución de conflictos -Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.541/08, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.055 del 10 de noviembre de 2008-.

Así, se ha reconocido el carácter constitucional del arbitraje y que “el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258) y la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, lo que lleva a la Sala a la interpretación de la norma legal conforme al principio pro actione que, si se traduce al ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta en el principio pro arbitraje” - Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08-; pero dejando a salvo que lo anterior, no significa la promoción de un sistema de sustitución de los remedios naturales de control sobre el arbitraje, por los mecanismos propios de la jurisdicción constitucional (por ejemplo la errónea sustitución del recurso de nulidad de un laudo arbitral, por un amparo constitucional que a todas luces resultaría inadmisibles a tenor de lo previsto en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

También con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, han entrado en vigencia un conjunto de normas que evidencian la aceptación y tendencia del ordenamiento jurídico patrio por incluir y desarrollar al arbitraje como un medio eficaz para la resolución de conflictos. Incluso, ha sido tan generosa la labor legislativa para el desarrollo del desideratum constitucional (ex artículo 258), que se le ha incluido en materias que, tradicionalmente, ni el propio legislador había aceptado la posibilidad de implementar cualquier mecanismo alternativo para la resolución de conflictos.

A juicio de esta Sala, “al ampliar la Constitución el sistema de justicia con la inclusión del arbitraje al de la función jurisdiccional ordinaria que ejerce el Poder Judicial, se replanteó el arquetipo del sistema de justicia, lo cual si bien implica un desahogo de la justicia ordinaria, comporta que el arbitraje no pueda ser considerado como una institución ajena al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz y, por lo tanto, excluye la posibilidad que el arbitraje y demás medios alternativos de resolución de conflictos sean calificados como instituciones excepcionales a la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial. Con ello, en términos generales debe afirmarse que el derecho a someter a arbitraje la controversia, implica que la misma puede y debe ser objeto de arbitraje en los precisos términos y ámbitos que establece el ordenamiento jurídico vigente” - Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.541/08, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.055 del 10 de noviembre de 2008»¹².

¹² Sentencia número 1.067/03.11.2010, Exp. N° 2009-0573, caso: *Astivenca Astilleros de Venezuela C.A.*, con ponencia de la Magistrada Dra. Luisa Estella Morales Lamuño.

Y en esa misma decisión la Sala extiende incluso su visión conceptual sobre el arbitraje, catalogándolo como un derecho fundamental:

«Así, el arbitraje no se limita o se realiza con el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258), sino se materializa en “*la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz*” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08-, lo cual se traduce en que la procedencia y validez del arbitraje, se verifica en la medida en que éste responda a los principios y límites que formal y materialmente el ordenamiento jurídico ha establecido al respecto -vgr. Procedencia del arbitraje, validez del laudo arbitral, entre otras-, por lo que el arbitraje trasciende el simple derecho individual de los particulares a someterse al mismo -en los términos de las normas de derecho comparado- y se erige como una garantía de éstos a someterse a un proceso (arbitral) accesible, imparcial, idóneo, transparente, autónomo, independiente, responsable, equitativo y sin dilaciones indebidas»¹³.

Lo resaltante de todas estas consideraciones jurisprudenciales es que la constitucionalización del arbitraje aparejó la delimitación racional del mismo — efecto propio de la juridificación de un objeto— con lo cual, lejos de menoscabar la fuerza del arbitraje, como auténtica expresión de la justicia, lo otorgó mayor eficacia, pues le circunscribió a un sistema de principios, valores, reglas e instituciones jurídicas que le dotan de legitimidad social y eficiencia estructural.

La Corte Constitucional de Colombia ha sido asertiva al enunciar la finalidad del arbitraje, como una nota teleológica constitucionalmente legítima, pues:

«**JUSTICIA ARBITRAL**-Características básicas de orden constitucional

La justicia arbitral tiene las siguientes características básicas de orden constitucional: (i) es el ejercicio de la función pública de administrar justicia en cabeza de particulares habilitados para el efecto; (ii) tiene origen en la voluntad de las partes que deciden libremente someter sus diferencias a la decisión directa de árbitros; (iii) en consecuencia, su naturaleza es temporal y transitoria, pues las actuaciones arbitrales terminan una vez se da por solucionada la controversia; (iv) los fallos son en derecho o en equidad; y (v) el legislador tiene amplias facultades para definir los términos bajo los cuales se configura este tipo de justicia.

JUSTICIA ARBITRAL-Otras características señaladas por la jurisprudencia constitucional

La jurisprudencia constitucional ha estimado otras características de la justicia arbitral que se desprenden del texto Superior y de su desarrollo legal. En efecto, la Corte ha considerado que la justicia arbitral también se caracteriza por su naturaleza procesal, debido a que está sujeta a las reglas básicas de todo proceso:

¹³ *Ibidem.*

el respeto por los derechos fundamentales de las partes, especialmente de los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y de acceso a la administración de justicia, y el acatamiento de las normas de orden público que reglamentan las actuaciones de los árbitros y de las partes»¹⁴.

Esa última noción dibujada por la Corte —el respeto a los derechos fundamentales de las partes, y la sujeción del arbitraje al proceso debido— permite entender al arbitraje a través de una serie de elementos como que el mismo es: (i) una garantía *iusfundamental* horizontal constitucionalmente con los tribunales de la República; (ii) una patentización del efecto irradiador de los derechos fundamentales de índole procesal que alcanzan a estos medios alternos a la jurisdicción; y (iii) ambas premisas permiten concluir que el arbitraje es una garantía de derecho fundamental que, como tal, no está exento de respetar los derechos y garantías constitucionales procesales de las partes, y por ello, no deja de ser un medio juridificado —limitado por el respeto a los derechos fundamentales y las normas de orden público— legítimamente constituido en nuestro ordenamiento jurídico.

Por ello, concluimos que la noción de a-jurisdiccionalidad del arbitraje es, primero, conteste con su definición más pura, y segundo, una garantía misma de los derechos de libertad de los ciudadanos que, a tenor de la existencia de medios alternos a la jurisdicción, pueden escoger, con base a sus intereses jurídicos privados y a las reglas del ordenamiento, el medio que les parezca más eficaz para resolver sus controversias. Todo lo cual, lejos de erigirlo como un medio inconstitucional, le otorga, más bien, una definición garantista el Estado Constitucional Democrático, pues aunque sólo en cuanto a organicidad se encuentra yuxtapuesto a los tribunales, funciona y teleológicamente no se hallan en antípodas.

II. *Propuesta: la necesaria positivización del acta de misión o término de referencia como garantía iusfundamental*

El acta de misión —también llamado los «términos de referencia»—, objeto, pues, de nuestro trabajo, tiene como fin:

«(...) ordenar la controversia, liberarla de todo lo que las partes hayan invocado al margen de la misma, centrar los argumentos de cada parte y los hechos que cada una desea probar y lo que es más importante, concretar los puntos que van a ser decididos por el Tribunal Arbitral con la finalidad de evitar los vicios de *infrapetita* y de *ultrapetita* que pudiesen llegar a influir en la validez futura del laudo»¹⁵.

¹⁴ Sentencia número T-058/2009.

¹⁵ ARAQUE BENZO, Luis Alfredo, *Manual de Arbitraje Comercial*, serie Doctrina 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, año 2011, pp. 108-109.

El acta de misión o término de referencia como garantía iusfundamental del arbitraje

El acta de misión no se encuentra positivizado en el ordenamiento legislativo. Si lo está, en cambio, en las disposiciones reglamentarias de los dos grandes centros de arbitraje de Venezuela: el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA).

En efecto, en el Reglamento del CEDCA, se establecen los términos de referencia como un acto más del proceso arbitral que tendrá lugar en la propia audiencia:

«Artículo 29. Primera audiencia; términos de referencia; calendario de procedimiento.

29.5. El Acta de Términos de Referencia deberá contener:

- a) La identificación completa de las partes;
- b) La dirección de las partes en la que se podrá efectuar válidamente las comunicaciones o citaciones durante el arbitraje
- c) Una exposición sumaria de la naturaleza de la controversia, las pretensiones de las partes y de las declaraciones y condenas solicitadas, y en la medida de lo posible, la indicación de cualesquiera sumas reclamadas;
- d) La determinación de los puntos controvertidos por resolver, a menos que el Tribunal Arbitral disponga lo contrario;
- e) La identificación completa de los árbitros;
- f) La definición de los parámetros del arbitraje; Sede del arbitraje, idioma del arbitraje; si se tratare de un arbitraje de derecho, precisión en relación a las normas aplicables a la controversia
- g) Si se tratare de un arbitraje de equidad, la mención de los poderes conferidos al Tribunal Arbitral para actuar como árbitros de equidad;
- h) Un resumen de las pruebas que cada una de las partes considera necesarias, a los efectos de elaborar el calendario provisional de instrucción de la causa. El Tribunal Arbitral podrá interrogar a las partes sobre el propósito de cada prueba a fin de procurar acuerdos que permitan evitar la evacuación de pruebas innecesarias;
- i) La determinación de si el Laudo será motivado y de si habrá presentación previa del Laudo;
- j) El calendario que pretenda seguirse en la conducción del proceso arbitral procurando establecer fechas determinadas para las audiencias probatorias y el debate final. El calendario deberá ser elaborado en coordinación con las partes y deberá contribuir con la eficacia y la efectividad del procedimiento. Cualquier modificación posterior del calendario, deberá ser comunicada al Director Ejecutivo y a las partes».

Por su parte, el reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas también contiene una norma relativa al acta de misión:

«**ARTÍCULO 62. El Acta de Misión.** En la Audiencia de Constitución del Tribunal Arbitral, o dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, las partes deberán presentar un proyecto de Acta de Misión. Finalizado este lapso, el Tribunal Arbitral tendrá diez (10) días hábiles para preparar el Acta de Misión definitiva. El Acta de Misión deberá contener lo siguiente:

Nombre o denominación social de las partes.

Dirección y números de fax y teléfono de cada una de las partes, en las que se efectuarán válidamente las notificaciones a que haya lugar.

Exposición sucinta de las pretensiones de las partes.

Determinación de la materia litigiosa a resolver.

Nombres, apellidos y dirección de los árbitros.

Precisiones relativas a las reglas aplicables durante el procedimiento, incluyendo el lapso probatorio.

Cualesquiera otras menciones que, a juicio de los árbitros, sean útiles para el buen cumplimiento de su misión, incluyendo la posibilidad de transmitir escritos o memorias de forma electrónica.

El Acta de Misión deberá ser firmada por las partes o sus representantes y por los árbitros.

Una vez que la Dirección Ejecutiva notifique a las partes que el Acta de Misión está a su disposición para la firma, si una parte rehúsa firmarla deberá manifestar por escrito, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, sus razones para no hacerlo. Los árbitros se pronunciarán sobre tales alegatos y deberán ratificarla o modificarla dentro del plazo de diez (10) días hábiles.

Después de aprobar el acta o bien después que sean incorporadas las enmiendas, el Tribunal Arbitral otorgará a la parte rebelde un plazo de cinco (5) días hábiles para firmar el Acta de Misión. Si aún rehúsa firmar el acta se dejará constancia en el expediente y el procedimiento arbitral continuará sin más dilación.

La fecha del Acta de Misión será la fecha de su firma por la última de las partes que lo haga, y si alguna de ellas rehúsa hacerlo, se considerará como fecha de la misma, el último día del plazo máximo para firmarla».

Al margen de las plasmaciones reglamentarias hechas sobre la figura del acta de referencia, toca apuntar que sobre la misma se puede entender que conceptualmente los términos de referencia son la concreta plasmación en un documento hecho durante la audiencia de constitución del tribunal arbitral en donde se estampan los puntos del conflicto sobre los cuales ha de fijarse el laudo arbitral.

El acta de misión o término de referencia como garantía iusfundamental del arbitraje

Este hecho en el arbitraje no es baladí: la determinación de la controversia sobre la que se suscita el proceso arbitral es un claro requisito de: (i) legitimidad del laudo arbitral como decisión del tribunal; y (ii) es un requisito de validez, de racionalidad y de razonabilidad del laudo en sí mismo, y diríamos, de todo el proceso arbitral, pues precisamente sobre la base de dicha fijación de hechos controvertidos es que el arbitraje en cuestión buscará la solución más justa.

Estas características del acta de misión le asemejan con la garantía de la determinación de la controversia que es intrínseco a toda decisión judicial legítima por mandato del ordinal 3º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, pues como dice la jurisprudencia:

«Ahora bien, sobre el delatado vicio, esta Sala de Casación Civil ha sido constante en asentar la obligación que tienen los jueces de indicar en el cuerpo de la decisión la forma en la que ha quedado planteada la controversia, mediante una síntesis clara, precisa y lacónica del asunto sometido a su conocimiento, con el fin último de permitir una mayor comprensión del fallo. Así ha quedado establecido en reciente sentencia número 452, expediente N° 2007-000803, de fecha 21 de julio de 2008, en la cual se indicó:

“...La Sala en innumerables oportunidades, ha señalado el carácter de orden público de los requisitos formales de la sentencia contemplados en el Código de Procedimiento Civil, y a dicho que “(...) *el estricto cumplimiento por parte de los jueces de instancia de los requisitos legalmente establecidos para la formación de las sentencias, es materia que interesa al orden público, por lo que, al detectarse una infracción en este sentido, le es dable a la Sala ejercer la facultad consagrada en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, para casar de oficio el fallo recurrido (...)*”. (Sentencia N° 417, de fecha 30 de noviembre de 2000, expediente N° 00-198, caso: Marcel Reyes Villoria c/ Nilda Briceño De Reyes y otros).

En aplicación de la jurisprudencia antes citada al caso bajo análisis, encuentra la Sala que la recurrida se encuentra inficionada del vicio de indeterminación de la controversia, lo que genera la violación del ordinal 3º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil.

La jurisprudencia de esta Sala ha establecido que es una obligación de los jueces hacer una síntesis clara, precisa y lacónica de los términos en que quedó planteada la controversia, con la finalidad de permitir tanto a los justiciables como a esta Sala de Casación Civil controlar su pronunciamiento. El mencionado requisito consiste en que el juzgador explique con sus propias palabras cómo –a su juicio- quedó establecido el tema que le corresponde decidir...”

Así mismo, en sentencia N° 422 de fecha 26 de junio de 2006, expediente N° 05-268, se señaló lo siguiente:

“... el precepto normativo contenido en el ordinal 3º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, impone a los jueces y juezas el deber de señalar en, el cuerpo de la decisión, la forma en que ha quedado planteada la controversia, de

manera tal, que antes de proceder a realizar la motivación del fallo, mediante el establecimiento de los hechos y la fundamentación del derecho, deberán exponer con sus palabras en qué sentido y cómo quedó trabado el problema judicial a resolver; exposición en la que deberá observarse una síntesis clara, precisa y lacónica de el asunto sometido a su conocimiento.

Sobre el punto que analiza la Sala estima pertinente invocar la sentencia N° 87, de 13 de marzo de 2003, Exp. N° 2001-000821, dictada en el caso de Inversiones PH-1, C.A., contra Junta de Condominio de la Residencia La Sal, (...) mediante la que se ratificó el criterio en comentario de la siguiente manera:

“...En relación a la falta de síntesis clara, precisa y lacónica de los términos en que ha quedado planteada la controversia, esta Sala de Casación Civil, en sentencia N° 12, de 17 de febrero de 2000, caso Claudia Beatriz Ramírez contra María de Los Ángeles Hernández de Wohler y Reinaldo Wohler, expediente N° 99-417, (...) ratificó el siguiente criterio:

‘...Ha sido reiterada la posición asumida por esta Sala en relación al vicio acusado y en tal sentido se ha dejado sentado que la finalidad que se persigue con la implantación del extremo contenido en el ordinal 3° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, no es otro que la descripción del asunto planteado por las partes, por lo que en los casos en que dicha finalidad sea cumplida por el fallo, no será procedente afirmar la existencia del vicio en comentarios.

Así en anteriores fallos, como el de fecha 18 de marzo de 1998, esta Sala ha indicado sobre el particular que:

‘Lo sustancial de la disposición legal cuya infracción se denuncia, consiste en el deber del juez de establecer en forma previa a su decisión cuáles son los límites de la controversia planteada. Para ello deberá hacer una síntesis de lo demandado, y de la contestación dada; si en tal tarea considera necesario el juez transcribir algún alegato de las partes, no por ello infringe la disposición en cuestión.

El vicio se configura cuando el juez se limita a transcribir las actuaciones de las partes, sin determinar en qué términos quedó planteada la controversia, lo cual no sucede en el caso bajo decisión’»¹⁶.

Ahora bien, esto nos sitúa desde otra perspectiva de la propuesta: siendo una garantía *iusfundamental* el acta de misión ¿resulta imperativa constitucionalmente su positivización en la Ley de Arbitraje Comercial? El objetivo del acta de misión es, además de establecer el tiempo de los actos en que se desarrollará el proceso arbitral —garantizándole a las partes el principio

¹⁶ SALA DE CASACIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, sentencia número RC.00779/19.11.2008, Exp. N° 2008-346, caso: Víctor Manuel Araujo Rivera y Mervin Enrique Ordoñez Machado vs. Seguros Nuevo Mundo, S.A., (Sucursal Ciudad Bolívar), con ponencia del Magistrado Dr. Luis Antonio Ortiz Hernández.

El acta de misión o término de referencia como garantía iusfundamental del arbitraje

*kompetenz-kompetenz*¹⁷ y el principio de preclusión de los lapsos formales¹⁸—, fijar los límites de la controversia; es decir, enunciar cuáles son los puntos donde las partes disienten y sobre la base de ello, elaborar el fallo.

Este hecho, de relevancia capital para el entendimiento de la figura del acta de referencia, nos sitúa en el elemento troncal de la tutela de justicia del Estado: el conflicto. En efecto, si bien es entendible que la función de administrar justicia, como especie de la tutela de justicia que el Estado brinda en atención a los imperativos constitucionales¹⁹, tiene como motivo la existencia de una controversia entre las partes, y como objetivo la solución del mismo, entonces se entiende que como criterio de racionalidad básica la decisión que tomen los árbitros en el fallo ha de versar única y exclusivamente sobre los hechos palmariamente controvertidos, y no sobre argumentos periféricos no debatibles.

La importancia de determinar o parcelar los hechos que han de enjuiciarse en la decisión arbitral garantiza a las partes: (i) que sus pretensiones y defensas serán tratadas con el razonamiento debido, en tanto y en cuanto sus alegatos y probanzas serán valoradas en razón de haberse determinado los puntos verdaderamente controversiales; (ii) esos puntos en conflictos tendrán a su vez el

¹⁷ SALA POLITICO-ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, número 5.249/03.08.2005, Exp. N° 2005-3674, caso: *Servicios Forestales de Extracción SEFOREX, C.A. vs. Fibranova, C.A.*, con ponencia de la Magistrada Dra. Evelyn Marrero Ortíz.

¹⁸ «En primer lugar, es importante precisar que en el ordenamiento procesal venezolano rige la fórmula preclusiva establecida por el legislador por considerarla la más adecuada para lograr la fijación de los hechos en igualdad de condiciones, que obliga a las partes a actuar diligentemente, evitando se subvierta el orden lógico del proceso. Igualmente, dicho principio de preclusividad es una garantía articulada al derecho a la defensa que asiste a las partes, evitando que la causa esté abierta indefinidamente, a la espera de que las partes completen sus actuaciones, sin que el juzgador pueda pronunciarse sobre el fondo a través de fallo definitivo, causando inseguridad jurídica e incertidumbre no sólo a los justiciables, sino a toda la organización judicial y a la sociedad o colectividad, que es en quien repercute, en definitiva, una buen o mala administración de justicia. / De allí, que sea una consecuencia lógica del proceso que los litigantes deban hacer sus peticiones, proposiciones y cuestionamientos dentro de los lapsos y actos prefijados por la ley, que permiten el avance automático del proceso y evitan el marasmo procesal causado por las excesivas e inútiles dilaciones, siendo un imperativo el riguroso respeto de la regulación y ordenación legal de la causa en lapsos y formalidades esenciales, que no puede obviarse, tal y como se deduce del artículo 257 constitucional, so pena de sacrificar la justicia», Sentencia de la Sala Constitucional número 1.855/05.10.2001, Exp. N° 2000-3153, caso: *Joaquín Montilla Rosario y Custodia Molina de Montilla*, con ponencia del Magistrado Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero.

¹⁹ Específicamente a la distribución de funciones —separación de poderes— contenido en el artículo 136 de la Constitución «**Artículo 136.** El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. / Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado».

razonamiento subsuntivo —o ponderativo²⁰— que se requiera pues en teoría, al sanearse el proceso de los elementos no debatibles, lo discutible entonces adquiere la atención debida por parte del decisor; y (iii) permitirá a las partes garantizarles que el laudo contendrá plena correspondencia con cada uno de los argumentos expuestos, y no adolecerá de los vicios de incongruencia negativa²¹ o positiva²².

De manera que visto en esa óptica es entendible el por qué consideramos que es menester legislativo la de incluir al acta de misión como una obligación impermisible del tribunal arbitral. Pero ese hecho, además de tener ribetes de relevancia procesal, posee imperativos *iusfundamental*: el legislador se encuentra en la obligación de garantizar la positivización de los medios que puedan asegurar adecuadamente el desarrollo y la vigencia de los derechos fundamentales.

Nuevamente entramos en el debate sobre si el acta de misión es un derecho fundamental, pero aquí el análisis crítico de dicho postulado no resiste el menor razonamiento: no puede ser un «derecho» por cuanto: (i) por su formulación en el proceso arbitral, no confiere facultades a las partes; (ii) no identifica los sujetos que serán los titulares de esas facultades subjetivas; (iii) mucho menos establece facultades o competencias colectivas; y (iv) sin esa relación derecho-obligación, no hay, pues, una obligación correspondiente.

Al calor de dicho análisis no pareciera existir o mediar una relación obligacional directa entre el acta de misión, como medio, y el árbitro, como uno de los sujetos principales del proceso arbitral. Por lo que dicho de ese modo, los términos de referencia no pueden ser un derecho, y más aún, no pueden ser derechos fundamentales. Pero eso nos lleva a otro razonamiento: si el desiderátum del acta de misión es la de garantizar una decisión —laudo— razonable, entonces podríamos ubicarlo bajo otra perspectiva.

Existe una garantía *iusfundamental* en esos medios: ellos deben asegurar que la decisión que se dicte en cualquier proceso arbitral sea racional y razonable; racional, porque dicho fallo debe contener un razonamiento lógico-deductivo donde se engranan los argumentos plenamente sentados en el proceso por las

²⁰ Nada obsta para que en la justicia arbitral se ponderen los derechos fundamentales en conflicto, por cuanto el mismo es una garantía de los tales, y por ende, un imperativo constitucional.

²¹ «(...) se produce cuando el operador de justicia en la parte motiva del fallo, deja de pronunciarse sobre hechos debatidos en el proceso (...)», BELLO TABARES, Humberto Enrique III, *La Casación Civil. Propuestas para un recurso eficaz y constitucional*, Ediciones Paredes, Caracas, año 2010, p. 517.

²² «En general, la incongruencia positiva puede resultar de fundamenta la decisión en razones de hecho no alegadas por las partes (por ejemplo, declarar de oficio la prescripción extintiva), u otorgar al demandante más de lo pedido, *ultrapetita*, o una cosa diferente de la pedida, *extrapetita*», ABREU BURELLI, Alirio, MEJÍA ARNAL, Luis Aquiles, *La Casación Civil*, 4ª Edición, Ediciones Homero, Caracas, año 2014, p. 294.

partes, y esa conclusión que el decisor ha de realizar; razonable, porque ella debe tener elementos argumentativos que sean plausibles, que convenzan a las partes y al foro jurídico de que la decisión es justa, y por lo tanto, conteste con el Estado Constitucional de Derecho.

Un Estado en el cual se garantice que sus decisiones serán ajustadas a las normativas jurídicas legítimas es un Estado Constitucional que garantiza en cuanto tal a los derechos fundamentales, y una decisión congruente y razonable es una decisión con una motivación plausible, la cual, por cierto, es una garantía *iusfundamental*²³.

Por lo tanto, y en consonancia con lo expuesto, nuestro criterio es que el acta de misión es una auténtica garantía *iusfundamental* y como tal, debe positivizarse en la Ley de Arbitraje Comercial en razón de constituir un imperativo constitucional para el legislador de establecer mecanismos de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En el caso del régimen legal del arbitraje comercial no existe disposición alguna en donde se halle plasmada el acta de misión o término de referencia; sin embargo, una parte de la doctrina y del foro ha considerado que el artículo 24 de dicha ley lo establece implícitamente:

«**Artículo 24.** En la primera audiencia se leerá el documento que contenga el acuerdo de arbitraje y las cuestiones sometidas a decisión arbitral, y se expresarán las pretensiones de las partes, estimando razonablemente su cuantía. Las partes podrán aportar, al formular sus alegatos, todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar»²⁴.

Sin embargo, de un análisis al contenido de dicha norma se colige fácilmente que en su cuerpo no se halla el acta de misión positivizada, pues la

²³ «77. La Corte ha señalado que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”²³. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia²³, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. / 78. El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias²³. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores²³. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso», CORTE INTERAMERICANA DE JUSTICIA, sentencia del 05 de agosto de 2008, caso: Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela.

²⁴ LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL, Gaceta Oficial número 36.430 de fecha 07 de abril de 1998.

frase «se expresarán las pretensiones de las partes» no garantiza la suscripción de un acuerdo donde se fijen los hechos controvertidos, sino solamente una garantía del derecho a ser oído en dicho proceso.

De manera que en razón de las presentes argumentaciones, es entendible considerar que el acta de misión es un vehículo de incuestionable valor para el desenvolvimiento de un proceso arbitral razonable y justo, de manera que su positivización legal —al margen de su existencia en los respectivos reglamentos de los centros de arbitraje— es un imperativo constitucional para el Legislador.

Implicaciones laborales del *secondment* petrolero

Victorino Márquez Ferrer

Sumario

- I. El contrato de *secondment* como derivación de los acuerdos de operación conjunta en materia petrolera
- II. El *secondment* petrolero como supuesto de tercerización
 - A. Los términos del *secondment* petrolero y su relacionamiento con los supuestos de tercerización ilícita
 - B. El *secondment* petrolero como contratación de terceros para realizar actividades permanentes dentro de la contratante relacionadas en forma directa con el proceso productivo
 - C. El *secondment* como supuesto de contratación de trabajadores a través de intermediarios
 - D. El *secondment* petrolero como supuesto de intermediación laboral y su licitud.
- III. Responsabilidad laboral del *Seconder* y del *Operador*
 - A. Responsabilidad laboral del *Seconder* y el *Operador* en materia de infortunios de trabajo
 - B. Responsabilidad del *Seconder* y el *Operador* en materia de obligaciones prestacionales
 - C. Responsabilidad laboral en materia de reenganche y pago de salarios caídos
- IV. Algunas consideraciones sobre el *secondment* petrolero internacional (“*international assignment*”)
 - A. Validez de la escogencia de ley efectuada por las partes en la carta-oferta de *secondment*
 - B. Validez del sometimiento a una jurisdicción extranjera de las controversias con ocasión del contrato de trabajo derivado del *secondment*
 - C. Salario base cálculo para las prestaciones y demás beneficios laborales de los *Secondees*
- V. Conclusiones y reflexiones finales

El propósito de este artículo es discutir las implicaciones laborales del contrato de *secondment* petrolero¹.

¹ En español, el *secondment* puede traducirse como un “Acuerdo de Asignación de Trabajadores”. A lo largo de este artículo, sin embargo, hemos preferido mantener la terminología del idioma inglés pues así se denomina este contrato en el ámbito petrolero, incluso en los países hispanohablantes.

La postura restrictiva asumida por la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras de 2012 (“LOTTT”)² con respecto a la tercerización ha traído como consecuencia que se arroje un manto de sospecha sobre los fenómenos de descentralización empresarial, en especial de aquellos supuestos que suponen transferir a terceros funciones y tareas estrechamente ligadas con el objeto principal de la empresa transferente (beneficiaria) o que suponen la utilización de mano de obra cedida por terceros.

En el caso venezolano, a raíz del paro petrolero del año 2003 y el despido de cerca de 20.000 trabajadores de PDVSA, entre ellos profesionales y técnicos calificados formados en la propia industria, el secondment petrolero adquirió una gran relevancia, pues los socios no operadores y los contratistas de servicios de PDVSA pasaron a ser una fuente de suministro de mano de obra calificada clave para paliar el vacío que originaron los eventos del año 2003 y evitar que la descapitalización humana de la industria petrolera venezolana fuese aún mayor³

A pesar de la importancia que reviste el secondment para las EMO -pieza fundamental del modelo petrolero actual- no conocemos hasta la fecha ningún trabajo que aborde las implicaciones legales del secondment. Al ser el secondment un contrato de suministro o “préstamo” de mano de obra consideramos que esa tarea corresponde a quienes nos desempeñamos en el ámbito del derecho laboral.

De allí que en el presente artículo nos proponemos, en primer lugar, despejar las dudas acerca de la licitud del secondment petrolero como supuesto de intermediación de mano de obra, a la luz de la legislación laboral venezolana. En segundo lugar, pasaremos a analizar el tema de la responsabilidad laboral de cada una de las partes de un contrato de secondment frente a los trabajadores puestos a disposición del Operador a través del Seconder. En tercer lugar, abordaremos la situación de los Secondees contratados por empresas petroleras internacionales para prestar servicios en el territorio venezolano, bien sea para una empresa afiliada a la empresa de origen, o bien sea para una tercera empresa. Sin embargo, antes de adentrarnos de lleno en el análisis de estos aspectos haremos una caracterización del contrato de secondment petrolero como

² Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y Trabajadoras. Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 6.076 de fecha 7 de mayo de 2012.

² Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y Trabajadoras. Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 6.076 de fecha 7 de mayo de 2012

³ Sobre las implicaciones laborales del paro de 2003 véase Márquez, Víctorino: *Aspectos laborales del paro de diciembre de 2002*, en Estudios sobre Derecho del Trabajo, Vol II. Libro Homenaje a José Román Duque, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2003.

derivación de los acuerdos de operación conjunta en materia petrolera, los cuales constituyen una pieza fundamental del negocio petrolero en Venezuela

I. El contrato de secondment como derivación de los acuerdos de operación conjunta en materia petrolera

El contrato de *secondment* petrolero es un acuerdo de voluntades mediante el cual una entidad (“el *Second*”, “Empleador” o “No Operador”) pone a disposición de otra (“el Operador”, “Anfitrión” o “Beneficiario”) uno o más trabajadores calificados en la industria petrolera (“*Secondees*”) por un tiempo determinado y a cambio de una contraprestación fija mensual.

Generalmente, el *secondment* petrolero es un contrato derivado⁴ de un acuerdo de operación conjunta (“*Joint Operating Agreement*” o “*JOA*” por sus siglas en inglés) o de un contrato de servicios petroleros. La característica del *secondment* petrolero como contrato derivado del *JOA* se hace patente desde el mismo encabezamiento del modelo de contrato de *secondment* de la *Association of International Petroleum Negotiators* (“*AIPN*”):

“(B) De conformidad con lo previsto en el acuerdo de operación conjunta celebrado entre el Operador, el Empleador y otras partes (“*JOA*”), el Empleador tiene derecho a suministrar, de acuerdo con el presente acuerdo de *Secondment*, personal calificado para llenar ciertas posiciones en la organización del Operador a los efectos de llevar a cabo determinadas operaciones.”

De igual forma, el modelo de *JOA* de la *AIPN* establece que el Operador y el No Operador (o cualquiera de sus afiliados) (“*Second*”) deben celebrar un contrato especial de *secondment* consistente con las disposiciones del *JOA*, reforzando así la naturaleza subordinada del contrato de *secondment*:

“4.3.D El Operador y el No Operador que emplee o cuyo afiliado emplee al *Second* deberá celebrar un contrato de *secondment* por separado consistente con lo previsto en esta Cláusula.”

Tanto así que si el Operador o el *Second* dejan de tener un interés - participación- en el *JOA* estamos ante una causa de terminación del *secondment*:

6.1. Duración del *secondment*.

⁴ RODNER los llama más bien “contratos satélites” y los define como los contratos auxiliares que se celebran en implementación o como ayuda para la protección de relaciones contractuales en un contrato fundamental. Véase Rodner, James-Otis: *Los convenios de empresa conjunta (“Joint Venture”) y la legislación venezolana*, Ponencia en el XIII Congreso de Derecho Comparado (Montreal, 1990).

Cualquiera de las partes podrá dar por terminado el presente acuerdo de Secondment dando aviso previo a la otra parte cuando: (...)

(b)El Operador o el Empleador deje de tener interés o participación en el JOA. (...)

En Venezuela, la Ley Orgánica de Hidrocarburos dispone que las actividades primarias de extracción, recolección, transporte y almacenamiento iniciales de hidrocarburos pueden ser llevadas a cabo por empresas mixtas en las que la participación de los socios privados no puede exceder el 50% del capital social⁵. Por tanto, en Venezuela los *JOA* suelen materializarse a través de la creación de una empresa mixta Operadora (“*EMO*”) con personalidad jurídica propia, donde el Estado venezolano, a través de la Corporación Venezolana de Petróleo (“*CVP*”), es el accionista mayoritario y los accionistas minoritarios son generalmente empresas petroleras extranjeras (y en mucha menor escala nacionales), privadas o estatales. Son estos socios privados quienes asumen la obligación de suministrar personal calificado a la *EMO*, bajo la figura del secondment. De hecho, además de la aportación de capital y mercados para la *EMO*, la experticia que brinda esta mano de obra calificada suministrada por el socio privado no-Operador, se constituye en un elemento esencial de los contratos de asociación petrolera como parte del proceso de transferencia de tecnología.

En los contratos de empresa conjunta (contratos para la constitución y operación de la compañía mixta), celebrados entre los accionistas que constituyen la *EMO*, es bastante estándar la estipulación mediante la cual los accionistas minoritarios, no Operadores, se obligan a suministrar a la *EMO* los técnicos y expertos que requiera la *EMO*:

“4.3 Personal. Los accionistas harán sus mejores esfuerzos para dar en secondment a la *EMO* los técnicos y otros expertos que la Junta Directiva de la *EMO* requiera razonablemente para la ejecución de sus operaciones, en el entendido de que los honorarios o salarios de dichos técnicos y expertos deben ser previamente aprobados por la *EMO* y reembolsados por esta a los accionistas que los den en secondment. La designación de todo el personal gerencial de la *EMO* debe ser previamente aprobado por la *CVP*. El personal dado en secondment quedará sujeto a las regulaciones, políticas y procedimientos aplicables a los empleados de la *EMO*, la cual deberá cooperar con los accionistas en la obtención de los permisos y visas de trabajo necesarios para el cumplimiento de sus funciones. La gerencia de la *EMO* estará integrada y será designada en la forma establecida en las secciones 26 de los Estatutos Sociales de la *EMO*. Las partes acuerdan que algunas de estas posiciones pueden ser ocupadas por personal de la *CVP* o de los accionistas minoritarios que son dados en secondment a la *EMO* a tiempo parcial y que desempeñan funciones similares en otras empresas mixtas o en compañías titulares de licencias de gas natural no asociado en el territorio de la República.

⁵ Ley Orgánica de Hidrocarburos. Publicada en la Gaceta Oficial Ordinaria de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 38.493 de fecha 4 de agosto de 2006.

Además del personal gerencial, la EMO retendrá aquellos empleados que requiera razonablemente para desarrollar sus actividades, en la forma determinada por la Junta Directiva de acuerdo con la legislación aplicable⁶.

En la misma dirección apuntan las Cláusulas relativas al manejo del personal contenidas en el modelo de *JOA* de la *AIPN*:

4.3.C Ningún *secondment* será implementado, salvo (i) en situaciones que requieran una experticia particular o que envuelvan proyectos exigentes desde el punto de vista técnico, operacional o económico; y (ii) en la forma descrita en los puntos 4.3.C.1 al 4.3.C.7.

4.3.C.1 Cualquiera de las partes podrá proponer un *secondment* para un propósito específico relacionado con la operación conjunta. En todo caso, la propuesta de *secondment* deberá contener:

- (a) El propósito y ámbito del *secondment*, incluyendo incluyendo los deberes, responsabilidades y “entregables”;
- (b) Duración del *Secondment*;
- (c) Número de *Secondees*, calificaciones y experiencia mínima requerida;
- (d) Lugar de trabajo y cargo dentro de la organización del Operador que ocupará cada *Secondee*; y
- (e) Costos del *secondment*.

Desde luego, que fuera del contexto de los *JOA*, es posible encontrar también la figura del *secondment* en los distintos segmentos que conforman la cadena de suministro de la actividad petrolera, siendo frecuente su utilización en los contratos de servicios petroleros donde no existe ninguna vinculación accionaria subyacente entre la contratante-Operadora-anfitriona y el contratista-*Secondee*.

Al igual que ocurre en la mayoría de los contratos, las tres partes que intervienen en un contrato de *secondment* derivado de un *JOA* -y no solo el Operador o Anfitrión- obtienen beneficios de la relación contractual entablada. El Instituto de Estudios del Empleo del Reino Unido, resume dichos beneficios en el siguiente cuadro⁷:

Beneficios para las partes intervinientes en un secondment

⁶ Contrato de empresa conjunta normalmente utilizado entre la CVP y los accionistas minoritarios de la empresa mixta.

⁷ *Secondments: a review of the current research*. Barkworth, Rob, Institute of Employment Studies (IES), 2004.

Secondee	Seconder	Operador-anfitrión
Se le presentan nuevas oportunidades de desarrollo.	El Secondee puede probar nuevas habilidades sin comprometer el negocio del Seconder.	Experticia gratuita o a precios inferiores (Secondee continúa con la nómina del Seconder).
Se expone a nuevos conocimientos y habilidades sobre los cuales no tenía consciencia. Este tipo de experiencias no se obtienen de entrenamientos específicos.	El Secondee regresa con nuevas destrezas adquiridas.	Se incorporan nuevas habilidades a la empresa, que pueden ser aprendidas por los empleados directos de la empresa.
Se crean redes de contacto con profesionales que trabajan en la misma área.	Se forman relaciones con otras empresas.	Se forman relaciones con otras empresas.
Plan de carrera acelerado.	Puede servir como mecanismo de retención para incentivar al trabajador.	Representa una solución ante la falta de personal calificado.

II. El secondment petrolero como supuesto de tercerización

La Ley Orgánica del Trabajo de 2012 (“LOTTT”) adoptó una postura agresiva contra la tercerización y la intermediación laboral⁸. En efecto, la ley prohibió la tercerización y en consecuencia censuró la contratación de terceros

⁸ La embestida del legislador venezolano contra los intermediarios comenzó con la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (Publicada en la Gaceta Oficial Ordinaria de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 38.236 de fecha 26 de julio de 2005), la cual derogó los artículos 23 al 28 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 1999, que regulaban la creación y funcionamiento de las empresas de trabajo temporal (“ETT”), dejando sin anclaje legal a esta figura. Postura que posteriormente mantuvo el Ejecutivo Nacional al omitir en la reforma del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 1999 la regulación de esta forma de intermediación.

para ejecutar obras servicios o actividades (i) de carácter permanente (ii) dentro de las instalaciones de la contratante (iii) relacionadas de manera directa con el proceso productivo y (iv) sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de la misma. Por otra parte, la LOTTT también prohibió la contratación de intermediarios. Sin embargo, la propia ley acepta que “la contratista” no se considerará intermediario o tercerizadora en todos los casos, dejando claro así que no se busca censurar toda forma de descentralización productiva.

Lo cierto es que el contrato de *secondment* petrolero supone la contratación de terceros (el *Seconder*, a través de los *Secondees*) para ejecutar servicios permanentes⁹ dentro de las instalaciones del Operador o anfitrión, que están ligadas de manera directa con el proceso productivo y que son indispensables para su continuidad. Con el elemento adicional de que los *Secondees* no solo laboran en el centro del trabajo del Operador sino que están bajo la supervisión de este, aun cuando permanezcan en la nómina del *Seconder*. Más aún, por las razones que explicaremos más adelante, el *secondment*, más que un supuesto de subcontratación propiamente dicho constituye un supuesto de intermediación de mano de obra, donde el *Seconder* -en ejecución de las obligaciones contenidas en el *JOA*- se limita a poner a disposición del Operador una mano de obra que queda insertada en su estructura organizacional.

A. Los términos del *secondment* petrolero y su relacionamiento con los supuestos de tercerización ilícita

En un contrato de *secondment*, los derechos y obligaciones que regularmente están concentrados en un sólo empleador se desdoblán y se reparten entre el Operador y el *Seconder*. El *Seconder* asigna al *Secondee* al Operador quien tiene el derecho de definir el ámbito de las funciones y la naturaleza de las labores que desempeñará el *Secondee* así como los resultados que éste debe alcanzar. Pero hay más. El Operador designa al *Secondee* para ocupar una posición permanente dentro de su organización, de tal forma que el *Secondee* se integra plenamente a la organización del Operador como un trabajador más. El *Secondee* queda sujeto de lleno a la supervisión del Operador, y el *Seconder* tiene apenas el deber de coadyuvar con el desempeño del *Secondee*, además de garantizar su calificación para el puesto de que se trate, que es la causa fundamental por la que se recurre al *secondment*.

⁹ Si bien el contrato de *secondment* supone una asignación temporal del *Secondee* que generalmente no excede de tres años, la posición que pasa a ocupar el *Secondee* es permanente e indispensable para el desarrollo del proceso productivo.

No obstante lo anterior, el *Second* retiene para sí el ejercicio de las potestades disciplinarias, incluyendo la terminación del contrato con el *Secondee*, todo ello sin perjuicio del derecho que asiste al *Operator* a terminar el contrato de *secondment* solicitando que el *Secondee* sea reasignado por el *Second* a otro destino.

Así mismo, es el *Second* quien se hace cargo del pago de la remuneración del *Secondee*, independientemente de que después ese costo le sea cargado al *Operator* contra la cuenta conjunta del *JOA*, así como de la obtención de las autorizaciones y visas necesarias para que el *Secondee* pueda trabajar en forma legal en Venezuela (en las que el *Operator* puede desde luego coadyuvar). Si bien es cierto que el *Operator* puede asumir ciertas obligaciones como las de ofrecer alojamiento, comida y un ambiente de trabajo seguro en la misma medida que lo hace con sus empleados propios, el grueso de las obligaciones económicas derivadas de la relación de trabajo recaen en el *Second*¹⁰.

A pesar de esta distribución simétrica de los poderes patronales entre el *Second* y el *Operator*, el modelo de contrato de *secondment* de la *AIPN* es categórico en afirmar que el *Secondee* es un empleado del *Second*:

“2.1.A El Empleador declara que el *Secondee* es su empleado y que cuenta con las calificaciones y experiencia indicadas en el Anexo ___.”

“2.3.A Ni el empleador ni el *Secondee* serán considerados como dependientes o empleados del *Operator*.”

En el mismo sentido, el modelo de *JOA* establece que cada *Secondee* continuará siendo en todo momento empleado del *Second* que lo nominó:

“4.3.C.7 Aun cuando el *Secondee* deba reportar y ser dirigido por el *Operator*, cada *Secondee* continuará siendo empleado de la parte, o del afiliado de la parte, que lo nominó para el *secondment*”.

La pregunta que surge es si, a la luz de las normas de tercerización e intermediación venezolanas, esta conclusión es tan categórica o si los *Secondees* deben ser considerados empleados directos del *Operator*, que es la consecuencia última de la aplicación de las normas cuando estamos ante un supuesto de tercerización prohibida.

¹⁰ En los contratos de *secondment*, es bastante estándar la previsión según la cual el *Operator* no puede emplear al *Secondee* ni ofrecerle empleo hasta pasados 24 meses de concluido el contrato de *secondment*, sin el previo consentimiento del Empleador o *Second*. Esta estipulación, conocida en el mundo anglosajón como “*Restriction on Solicitation*” es fundamental para que el *Second* ponga a disposición sus mejores candidatos sin temor a que sean contratados directamente por el *Operator* (“*poaching*”).

Para responder a esta interrogante, conviene repasar los dos supuestos de tercerización prohibida en los que, en principio, podría encuadrarse la figura del *secondment* petrolero.

- B. El *secondment* como contratación de terceros para realizar actividades permanentes dentro de la contratante, relacionadas en forma directa con el proceso productivo

En la doctrina existe un acuerdo bastante unánime en que las actividades periféricas al negocio principal de una empresa pueden ser objeto de subcontratación con terceros (“*outsourcing*”) sin infringir las normas de tercerización¹¹. Este tipo de actividades accesorias o secundarias suelen ser tareas tales como vigilancia, limpieza, comedores, transporte, consultoría, servicios médicos, legales contables y de publicidad y servicios informáticos, entre otros. Desde luego que la distinción entre el negocio principal y las actividades accesorias no siempre es nítida. Por ejemplo, si bien el negocio principal de un banco es la intermediación y los servicios financieros el componente de servicios informáticos en la banca es hoy tan medular que difícilmente puede considerarse una actividad periférica. Lo propio ocurre en el negocio petrolero con los servicios informáticos que brindan soporte a la actividad geosísmica. Con todo, cuando una empresa subcontrata actividades periféricas, el nivel de escrutinio por parte de los entes encargados de aplicar la ley laboral es menor que cuando se trata de actividades que participan de la misma naturaleza (inherentes).

En el caso del *secondment* petrolero, sin embargo, el *Second* y el Operador comparten el mismo objeto social: ambos son empresas dedicadas en forma exclusiva al negocio petrolero. No hay duda alguna que los servicios que presta el *Second* son inherentes a la actividad del Operador. Más aún, la razón de ser del *Secondment* es que el *Second* conoce los aspectos técnicos de la

¹¹ Bontes Calderón, Irma Rosa. “*Tercerización o nuevas formas de trabajo. Realidad legislativa venezolana: ¿deben regularse o eliminarse?*” En: Derecho del Trabajo y Derechos de la Seguridad Social. Estudios en Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Caldera. Coordinadores: Parra Aranguren, Fernando I y Carballo Mena, Cesar Augusto. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello y Universitas. 2011. Volumen I, pp. 305- 306. Pro-Rísquez, Juan Carlos. “*La tercerización y la subcontratación en el marco del Decreto Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras*”. Caracas, Legis. 2015. pp. 2832. García Vara, Juan. “*Sustantivo laboral en Venezuela*”. Caracas, Ediciones Liber. 2012. pp. 124-125. Carballo Mena, César Augusto. “*Breves comentarios en torno al régimen de la tercerización en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras*” en: Jornadas LOTT. Evaluación del primer año de vigencia. Coordinadora: Magaly Vásquez. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello. 2013. pág. 173. Hernández Álvarez, Oscar. “*La tercerización: ¿fraude o forma de descentralización empresarial?*” en: Revista del Derecho del Trabajo N° 16. Barquisimeto, Fundación Universitas. Enero/diciembre 2013, pp. 108-109. *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo* (autores varios), Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Agosto 2000.

operación petrolera. En el modelo de contrato de secondment de la AIPN, el Seconder o Empleador declara que los empleados objeto de secondment tienen las calificaciones y experiencia que se detallan en un anexo específico del contrato, competencias todas ellas ligadas a la industria petrolera. Lo anterior no excluye que algunos Secondees puedan prestar servicios en áreas de apoyo como recursos humanos, finanzas o sistemas, pero aun en estos casos, la razón de ser del secondment es la alta calificación de los mismos y su especialización en esas áreas de la industria petrolera.

Con respecto al carácter permanente de la actividad objeto del secondment, es necesario hacer una distinción. Si bien el contrato de secondment supone una asignación temporal del Secondee que generalmente no excede de tres años, la posición que pasa a ocupar el Secondee es permanente e indispensable para el desarrollo del proceso productivo. No estamos aquí en presencia de posiciones o labores accidentales o esporádicas pues, como hemos dicho, el Secondee se inserta en la estructura organizacional del Operador. Un supervisor de pozo o taladro o un especialista de plataforma, por ejemplo, son posiciones permanentes de la operación. Lo anterior explica que el Seconder esté en la obligación de proporcionarle al Operador los sustitutos del Secondee cuando expire el período de asignación, o incluso antes, si por cualquier razón es necesario reemplazar al Secondee.

Al formar parte de la estructura organizativa del Operador, el Secondee queda bajo la dirección y supervisión del Operador. Salvo en lo que se refiere a la formación y entrenamiento esporádicos, y a las obligaciones económicas y disciplinarias mayores, el Seconder se desliga de los empleados puestos a disposición del Operador y de los resultados del trabajo. No ocurre así con los empleados de las contratistas, aún aquellas que desempeñan actividades inherentes o conexas con la empresa principal o beneficiaria, pues la empresa contratista conserva en todo momento las potestades de dirección y supervisión de los trabajadores encargados de la obra o servicio, y, por tanto, es responsable de los resultados del trabajo realizado.

Este dato es de suma importancia pues pone en cuestión si el Seconder debe ser considerado un contratista del Operador o un mero intermediario de mano de obra. Es decir, que antes de adentrarnos en el análisis de si el secondment es un supuesto de tercerización realizado en fraude a la ley (elemento último y determinante para dilucidar la validez de un esquema de este tipo bajo la ley venezolana) debemos precisar si estamos en realidad frente a una tercerización por medio de contratista (Artículo 48.1 de la LOTTT) o ante una tercerización por medio de intermediario (Artículo 48.2 de la LOTTT)¹². La respuesta que se

¹² "Artículo 48. Prohibición de tercerización: *Queda prohibida la tercerización, por tanto, no se permitirá:*

ofrezca a esta interrogante tiene implicaciones prácticas importantes. La contratación de un tercero para ejecutar obras o servicios inherentes o conexos con la actividad de la empresa principal tiene por efecto la extensión de los beneficios laborales de ésta a los trabajadores de la contratista (además de la responsabilidad solidaria de ambas empresas), aun cuando dicha contratación no se haya hecho en fraude a la ley. No obstante, en el caso de contratación de trabajadores a través de intermediarios, esta extensión de beneficios solo operaría si el esquema de intermediación laboral tiene el propósito y el efecto de defraudar la ley. Sobre este punto volveremos más adelante.

Baste por el momento apuntar que en el *secondment* no estamos en presencia de una empresa principal o beneficiaria (en este caso el Operador) que recurre a otra (en nuestro caso el *Second*) para encargarle un proyecto, una obra o un servicio determinado que ésta última ejecutará con *sus* propios recursos y con un personal bajo *su* dirección, siendo responsable de la calidad y tiempo del objeto entregado. El *secondment* tiene como objeto esencial y exclusivo el suministro de una mano de obra calificada que se sustrae de la supervisión del *Second* y queda enteramente bajo el control del Operador.

C. El *secondment* como supuesto de contratación de trabajadores a través de intermediarios

El lenguaje del modelo de contrato de *secondment* de la AIPN no deja lugar a dudas de que el *secondment* es en realidad un supuesto de intermediación laboral y no un supuesto de contratación de obras o servicios a través de terceros. La Cláusula 2.1.A nos habla de que el Empleador “*asignará*” al *Second* y la Cláusula 2.3.A expresa que es obligación del Empleador “*poner a disposición del Operador*” (“*make Secondee available*” en inglés).

En efecto, el *Second* no le entrega al Operador una prestación (insumo, producto o servicio) que este utiliza o transforma ulteriormente. Más que formar parte de la cadena productiva del Operador el *Second* suministra un personal especializado que se inserta en el organigrama del Operador para gerenciar o perfeccionar la operación, incluyendo la optimización de la cadena de suministro del Operador. Cadena de suministro donde es posible identificar un sinnúmero de contratistas, quienes, con sus propios elementos y recursos, y el personal bajo su dirección, se encargan de entregar un bien y servicio al Operador-beneficiario:

1.- *La contratación de entidad de trabajo para ejecutar obras, servicios o actividades que sean de carácter permanente dentro de las instalaciones de la entidad de trabajo contratante, relacionadas de manera directa con el proceso productivo de la contratante y sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de la misma.*

2.- *La contratación de trabajadores o trabajadoras a través de intermediarios o intermediarias, para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante (...)*”

diseño y construcción de campos petroleros, servicios de pozo, servicios de taladro, servicios de datos sísmicos, combustibles intermedios, alquiler de plataformas, servicios eléctricos y de transporte marítimo, entre otros. No en vano se habla de que el Operador es un anfitrión (“*host*”) de los trabajadores provistos por el Secondar.

No es que el Secondar no tenga una organización empresarial propia con sustancia. Con frecuencia, el Secondar cuenta con una organización empresarial propia más sofisticada incluso que la del propio Operador, en términos de capitalización, ventas, tecnología, clientela y recursos humanos¹³. Es que en virtud del contrato de secondment, y esto se observa aún con más claridad cuando el Secondar es un socio no-Operador en un *JOA* subyacente- el Secondar se limita a poner a disposición del Operador un grupo de trabajadores que quedan bajo la subordinación de este sin llevar el peso de la operación.

La LOTTT de 2012 no contiene una definición como tal de intermediario. La Ley Orgánica del Trabajo derogada de 1997 (“LOT”)¹⁴ definía el intermediario como “*la persona que en nombre propio y en beneficio de otra utilice los servicios de uno o más trabajadores*”. Aun cuando el uso de la palabra “utilice” podía generar confusión y el uso de la palabra “contrate” hubiese sido más pertinente, es obvio que la figura del secondment es asimilable a un supuesto de intermediación laboral y no a uno de contratación de obras o servicios a través de terceros.

Como consecuencia de lo anterior, a la hora de analizar si un contrato de secondment infringe las normas relativas a la tercerización, lo correcto es preguntarse si estamos ante un supuesto de intermediación laboral permitido por la ley, más que preguntarnos si estamos ante un supuesto de contratación de terceros para ejecutar obras y servicios permitido por la ley.

D. El secondment petrolero como supuesto de intermediación laboral y su licitud

En última instancia, el elemento que determina si la contratación de trabajadores a través de intermediarios constituye o no una infracción de la

¹³ Una pista de la solvencia económica de los socios minoritarios de las EMO nos la da la capitalización de mercado de algunas de estas empresas para 2017: Royal Dutch Shell (234 millardos); Chevron (US\$ 198 millardos); Petrochina (US\$ 193 millardos); Total (US\$ 133 millardos); Statoil (US\$ 75 millardos); Petrobras (US\$ 67 millardos); Rosneft (US\$ 60 millardos); Eni (US\$ 60 millardos) y Reliance Industries (US\$ 68 millardos).

¹⁴ Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo. Publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela Nro. 5152. Esta ley fue derogada por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras que entró en vigencia en el año 2012.

normativa laboral en materia de tercerización es el fin perseguido por las partes - y el efecto logrado- con el contrato de intermediación¹⁵. Si el contrato de *secondment* tiene por fin último desmejorar los beneficios que el *Secondee* disfrutaría en caso de ser un empleado directo del Operador, con el objeto de abaratar costos laborales, el *secondment* se erige en un supuesto de tercerización prohibida y el Operador queda obligado a absorber al *Secondee*. Es conveniente recordar que los *Secondees* realizan labores muy similares a los trabajadores directos de la Operadora y lo hacen dentro de los centros de trabajo de esta, lo cual facilita el contraste de las condiciones.

Indicios de que estamos ante una utilización de la figura del *secondment* para evadir las obligaciones laborales son, entre otros, los siguientes:

- El *Seconder* no es una organización empresarial dedicada al negocio de hidrocarburos con capacidad financiera y técnica.
- El *Seconder* depende económicamente del Operador y este es su mayor fuente de lucro.
- El personal suministrado por el *Seconder* carece de las calificaciones técnicas usuales en este tipo de contrato¹⁶.
- EL *Seconder* es una empresa que suministra mano de obra a empresas de distintos ramos económicos.

En general, cuando el contrato de *secondment* petrolero se celebra como consecuencia de un *JOA* no existe ni la intención ni el efecto de producir una desmejora en los beneficios laborales de los *Secondees*. La verdadera causa del contrato de *secondment* es coadyuvar con el proceso de transferencia tecnológica en materia petrolera. Por otro lado, en el caso de los *Secondees* destinados a prestar servicio en las EMO, hemos podido constatar que los *Secondees* gozan de beneficios muy superiores a los de los trabajadores de la CVP o de PDVSA, pues los *Secondees* conservan el estatuto laboral de sus empresas de origen (multinacionales petroleras).

Aun cuando parte de los trabajadores de las EMO están excluidos de la Convención Colectiva de Trabajo Petrolera (“CCP”)¹⁷ por asimilarse sus

¹⁵ El numeral 2° del artículo 48 de la LOTTT dispone lo siguiente: “*Queda prohibida la tercerización, por tanto no se permitirá (...): “2.- La contratación de trabajadores o trabajadoras a través de intermediarios o intermediarias, para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante.”*”

¹⁶ El modelo de *JOA* de la AIPN, como hemos visto, limita de hecho la utilización del *secondment* petrolero a los casos que requieran una experiencia particular o a proyectos que envuelvan aspectos técnicos y económicos, particularmente exigentes y desafiantes (Cláusula 4.3.C).

¹⁷ PDVSA Petróleo S.A. - Federación Unitaria de Trabajadores y Trabajadores del Petróleo, del Gas, Sus Similares y Derivamos de Venezuela (“FUTPV”) - 2015 - 2017. Cláusula 2: Ámbito de aplicación personal de la convención.

funciones a la nómina mayor o directiva allí prevista, y aun cuando en teoría los beneficios de esta clase de trabajadores deben ser superiores en su conjunto a los de los trabajadores amparados por la CCP¹⁸, en la práctica los beneficios de los trabajadores petroleros contratados directamente por la EMO o asignados temporalmente a ella por PDVSA o la CVP se han quedado rezagados de forma muy considerable con respecto a los beneficios que ofrecen las empresas no Operadoras.

Por lo antes dicho, la extensión de los beneficios laborales imperantes en la Operadora (empresa principal o beneficiaria del servicio) a los Secondees resultaría contraproducente para estos, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos patológicos de tercerización, donde la extensión de los beneficios de la empresa principal o beneficiaria a los trabajadores de las contratistas o intermediarios se convierte en una fuente de mejora y equiparación de los beneficios laborales. Los Secondees carecen así de cualquier incentivo para solicitar la aplicación del estatuto laboral de la Operadora.

Más bien, quienes sí podrían tener un incentivo para adherirse al estatuto laboral de los Secondees son los trabajadores propios de la Operadora, aunque el fundamento de su pretensión no serían las normas de tercerización sino el principio de igualdad salarial (“a trabajo igual, salario igual”).

Como es aceptado en materia laboral, a la hora de comparar el estatuto laboral de los Secondees con los trabajadores propios de la Operadora (estén estos en nómina de la compañía Operadora o en la de PDVSA o la CVP) dicha comparación debe hacerse en forma global¹⁹.

¹⁸ La Reforma Parcial del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, publicado en la Gaceta Oficial Ordinaria de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 38.426 de fecha 28 de abril de 2006, estableció en su artículo 146 lo siguiente: “*Exclusiones facultativas del ámbito de validez personal de la convención: En caso de que se excluya de la convención colectiva a los trabajadores y trabajadoras de dirección y de confianza, las condiciones de trabajo y los derechos y beneficios que disfruten no podrán ser inferiores, en su conjunto, a los que correspondan a los demás trabajadores y trabajadoras incluidos en el ámbito de validez personal de la convención colectiva de trabajo*”.

¹⁹ La teoría del conglobamiento conforme a la cual, en caso de existir confrontación de dos regímenes laborales “*se aplicará en su integridad, el sistema normativo que en su conjunto otorgue mayores beneficios y condiciones al trabajador, sin que por ello se pueda pretender, bajo el argumento de la aplicación de la norma más favorable, que en un mismo caso se utilicen a la vez disposiciones de dos sistemas normativos diferentes*” ha sido un criterio ampliamente adoptado por el Tribunal Supremo de Justicia, por citar algunos ejemplos, las sentencias: Nro. 894 de la Sala de Casación Social, de fecha 18 de octubre de 2017. Caso *Vilma Materano contra Asociación Civil Club El Aguasal*; Nro. 922 de la Sala de Casación Social, de fecha 14 de octubre de 2015. Caso *Williams Blanco contra Central El Palmar, S.A.*; Nro. 739 de la Sala de Casación Social, de fecha 5 de junio de 2014. Caso *Segundo Bracho contra Transporte Faga & Bovinelli, C.A.*; Nro. 1208 de la Sala Constitucional, de fecha 16 de agosto de 2013. Caso *Instituto Nacional de Canalizaciones*; entre otros.

Dependiendo de la naturaleza y la forma en que se estructure el *secondment*, podría darse el caso de que ciertas condiciones y beneficios del *Secondee* estén por debajo del mínimo estatutario contemplado en normas de orden público laboral. Lo anterior resulta más común en los *secondments* internacionales, que implican contratos de trabajo con cláusula de movilidad internacional, pues el *Secondee* goza de las condiciones establecidas a nivel global por las políticas internas de la compañía. Así, por ejemplo, esas políticas pueden contemplar un número de días de vacaciones inferior a los de la ley venezolana, o una jornada de trabajo que exceda de los límites previstos por esta, o puede no contar con los permisos especiales de maternidad o paternidad previstos en la legislación laboral venezolana. En estos casos, deben prevalecer las normas imperativas venezolanas de orden público frente a las condiciones pactadas en dichos contratos (véase la sección 4.1).

Aparte de tener un soporte legal sólido, la consideración del *secondment* como un supuesto de intermediación laboral con anclaje legal, y no como un supuesto de contratación de obras y servicios bajo una relación de contratante-contratista, permite inmunizar al *secondment* de las dudas que se ciernen sobre el régimen de contratación de terceros derivadas de la pésima técnica legislativa de las normas de la LOTT de 2012 en materia de subcontratación y tercerización.

Como vimos antes, el *secondment* reúne *prima facie* los elementos del artículo 48.1 de la LOTT. Si bien a diferencia del artículo 48.2, el artículo 48.1 de la LOTT de 2012 omite el propósito de fraude a ley para consumir un supuesto de tercerización prohibida, nosotros entendemos que dicho elemento está implícito en el artículo 48.1 de la LOTT por virtud de la previsión genérica del artículo 47 de la LOTT²⁰. De manera que, sólo cuando la contratación en los términos descritos en el artículo 48.1 persigue el propósito de desvirtuar la aplicación de la ley laboral estamos en presencia de un supuesto de tercerización prohibida. En caso contrario, estamos ante un supuesto de contratación y debemos remitirnos a las regulaciones que, sobre esta materia, trae el artículo 50 de la LOTT.

Esta última norma establece la responsabilidad solidaria del contratista y el beneficiario principal de la obra o servicio cuando se trate de obras inherentes o conexas. Pero además agrega que los trabajadores de este tipo de contratistas gozarán de los mismos beneficios laborales que los trabajadores de la empresa principal.

²⁰ Artículo 47 de la LOTT: “Tercerización: A los efectos de esta Ley se entiende por tercerización la simulación o fraude cometido por patronos o patronas en general, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral. Los órganos administrativos o judiciales con competencia en materia laboral establecerán la responsabilidad que corresponda a los patronos o patronas en caso de simulación o fraude laboral, conforme a esta Ley.”

En otras palabras, aun cuando el secondment sirva un propósito no fraudulento, y por tanto quede al margen del artículo 48.1, si lo reconducimos a un supuesto de contratación de obras y servicios, se aplicaría lo dispuesto en el artículo 50 en lo relativo a la extensión de beneficios laborales, pues la naturaleza de los servicios prestados por el Secondner es incuestionablemente inherente o conexas²¹.

Debe tomarse en cuenta que, desde el punto de vista económico (costo laboral), la extensión de los beneficios de la empresa principal a los trabajadores de la contratista de obras o servicios inherentes o conexas es equivalente a la incorporación en la nómina de la principal, consecuencia que se desencadena cuando estamos ante un supuesto de tercerización fraudulenta. Tomemos el caso de una empresa ensambladora de vehículos que contrata a terceros ciertas autopartes (motores, asientos, volantes) que son fabricadas en sus propios centros de trabajo (fuera de la empresa principal) por una combinación de mano de obra y alta tecnología mecanizada. Supongamos que la razón de esa contratación - como de hecho ocurre- es que gracias a esa tecnología y no necesariamente al costo inferior de la mano de obra, el precio de esas autopartes es menor que hacerlo en la empresa principal. Pues bien, por el solo hecho de ser la obra inherente o conexas, y aún en ausencia de todo propósito fraudulento, habría que extender los beneficios laborales de la contratante a los trabajadores de la contratista, lo cual supone equiparar los efectos -al menos en el plano económico- de una contratación absolutamente legítima a una contratación contraria a la ley. Regulación que de paso está reñida con los procesos de descentralización productiva de la economía moderna. El mismo ejemplo lo podemos aplicar al sector petrolero en el caso de una empresa contratista que fabrique válvulas.

Por las razones antes expuestas, no dudamos en afirmar que el secondment petrolero es un supuesto de intermediación laboral plenamente lícito y necesario para el cabal desarrollo de las capacidades técnicas de la industria petrolera venezolana.

²¹ En todo caso, la Convención Colectiva de la Industria Petrolera vigente para el período 2015-2017 establece en su Cláusula 2 que el personal de empresas contratistas que ejecuten para la empresa principal -PDVSA u otra- obras inherentes o conexas con la actividad petrolera tendrá derecho a disfrutar de las mismas condiciones de trabajo legales y contractuales de los trabajadores de la empresa principal. Se excluyen de esta disposición los trabajadores de nómina directiva y mayor. En cambio, no existe en la LOTTT una norma equivalente que obligue al intermediario legítimo (Secondner) a extender a los trabajadores que pone a disposición de la empresa principal (Operador) los beneficios laborales de este último.

III. Responsabilidad laboral del *Seconder* y del *Operador*

El contrato de *secondment* contiene normalmente ciertas estipulaciones que regulan la responsabilidad en materia laboral, *entre las partes*. Así, el contrato modelo de *secondment* de la AIPN establece que el *Seconder* o Empleador libera al *Operador* y se obliga a indemnizarlo y defenderlo, por cualquier acción derivada de la enfermedad o accidente profesional de cualquier *Secondee* mientras estaba a disposición del *Operador* (Cláusula 4.1).

De igual forma, el contrato de *secondment* suele contener una obligación en cabeza del *Seconder* o Empleador de defender e indemnizar al *Operador* de todos los costos y pasivos incurridos por este en relación con cualquier tipo de reclamación interpuesta por el *Secondee* en relación con sus condiciones y beneficios de trabajo (Cláusula 4.2). Deben incluirse aquí, desde luego, cualquier tipo de acción intentada por el *Secondee* para que se le extiendan las condiciones de trabajo del *Operador*, o para ser considerado un empleado directo de éste o para exigir su responsabilidad solidaria frente a las obligaciones contraídas con respecto a él por su patrono directo el *Seconder*.

A. Responsabilidad laboral del *Seconder* y el *Operador* en materia de infortunios de trabajo

Más allá de lo que establecen las estipulaciones contractuales que obligan solo a las partes, encontramos disposiciones de orden público en materia de responsabilidad laboral que facultan a los trabajadores a exigir la responsabilidad de las partes de un contrato de *secondment*. Así la Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (“LOPCYMAT”) es diáfana en establecer que la empresa contratante o principal responderá solidariamente con los intermediarios, contratistas y subcontratistas por el incumplimiento en materia de la normativa de seguridad y salud laboral, de las obligaciones impuestas por esta Ley en relación con los trabajadores y trabajadoras que laboran en los centros de trabajo de la empresa contratante o principal²².

De la lectura de esta norma se concluye que tanto el *Seconder* (empresa contratante o principal) como el intermediario (*Seconder*) son solidariamente responsables en materia de accidentes y enfermedades de trabajo. No obstante, a

²² La Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, publicada en la Gaceta Oficial Ordinaria de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 38.236 de fecha 26 de julio de 2005, establece en su artículo 57 lo siguiente: “*Condiciones de Seguridad e Higiene de los trabajadores temporales, intermediarios y contratistas:*“(…) Tanto el empleador o empleadora como el o la contratante serán solidariamente responsables de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores y trabajadoras y demás normas laborales y de seguridad social (...)”.

partir de 2008 se abrió paso una corriente jurisprudencial reiterada que considera que la responsabilidad laboral por accidentes de trabajo o enfermedad profesional incumbe exclusivamente al patrono directo de los trabajadores, calificándola, con más o menos fortuna, de una responsabilidad *intuitu personae*²³. El grueso de estas sentencias busca exonerar de responsabilidad a la empresa principal por infortunios de trabajo ocurridos en los centros de trabajo de las contratistas, o mientras los trabajadores están bajo el control y dirección de la contratista, con el argumento de que mal puede responder la empresa principal por un ambiente de trabajo que no controla.

Esta lógica, sin embargo, no opera en el contrato de secondment. En efecto, en el contrato de secondment ocurre exactamente lo opuesto pues quien controla el ambiente del centro de trabajo es la empresa principal (Operador) donde se insertan los Secondees. Es ella quien los dirige y controla, más allá de que el patrono directo a los efectos de las obligaciones económicas y de disciplina mayor, continúe siendo el Seconder. Luego, si aplicamos el razonamiento de esta corriente jurisprudencial, tendríamos que concluir que el Seconder no es solidariamente responsable en casos de infortunios de trabajo y que al trabajador afectado solo le quedaría una acción contra el Operador.

B. Responsabilidad del Seconder y el Operador en materia de obligaciones prestacionales

Fuera del ámbito de los infortunios de trabajo, cabe analizar si el Operador es solidariamente responsable en caso de falta de pago de las prestaciones, beneficios e indemnizaciones por parte del Seconder. Como hemos visto antes, la LOTT omite la regulación de la intermediación legítima de mano de obra. La LOT disponía que el intermediario y el beneficiario respondían solidariamente de las obligaciones legales y contractuales generadas a favor de los trabajadores

²³ Entre otras: Sentencia Nro. 1022 de la Sala de Casación Social, de fecha 1° de julio de 2008. Caso: *Fermín Alfonso Sayago, Servicios Halliburton de Venezuela, S.R.L. y PDVSA Petróleo, S.A.* Sentencia Nro. 1272 de la Sala de Casación Social, de fecha 4 de agosto de 2009. Caso: *Heberth Argenis Nadales Heredia vs. Jeri Producciones Gráficas, C.A.* y solidariamente contra *Gilbert Eduardo Vásquez Torres y Senovia Trigo De Vásquez*. Sentencia Nro. 446 de la Sala de Casación Social, de fecha 12 de mayo de 2010. Caso: *José Gregorio Sánchez contra PDVSA Petróleo, S.A. y otra*. Sentencia Nro. 1349 de la Sala de Casación Social, de fecha 23 de noviembre de 2010. Caso *Oswald Jesús Castillo Figuera contra Venezolana de Prevención C.A. (VEPRECA) y Clariant de Venezuela, C.A.* Sentencia Nro. 1492 de la Sala de Casación Social, de fecha 13 de diciembre de 2011. Caso *William Dib Morarri vs. Sobresalud Servicios Médicos, C.A.; Sobreseguros, C.A.*, y solidariamente a *Toyota de Venezuela, C.A.* Sentencia Nro. 1058 de la Sala de Casación Social, de fecha 10 de octubre de 2011. Caso *Arcelis Marife González Bravo en contra de Taller Los Pinos C.A. (Talpin, C.A.) y Sincrudos de Oriente (Sincor), C.A.*

sujetos de la intermediación, pero esta disposición fue omitida en la LOTT²⁴. Como hemos señalado antes, las partes de los contratos de *secondment* dejan muy claro que es el *Seconder* o Empleador, quien tiene la responsabilidad de todo lo relativo a las obligaciones económicas de la relación de trabajo. Cuando el *secondment* petrolero es un ejercicio legítimo de la libertad de contratar y no un mecanismo formal para defraudar la aplicación de un estatuto laboral más favorable, el *Seconder* es una empresa con solvencia patrimonial, razón por la cual los créditos de los trabajadores se encuentran en nuestra opinión suficientemente asegurados por el *Seconder*. Además, consideramos que la solidaridad es una materia de reserva legal y es excepcional pues comporta que una tercera persona extraña al patrono sea responsable por las obligaciones laborales. A falta de previsión expresa de la ley, estimamos que el Operador no es responsable solidariamente por las obligaciones laborales ordinarias de los trabajadores dados en *secondment*.

C. Responsabilidad laboral en materia de reenganche y pago de salarios caídos

Otra hipótesis que vale la pena considerar en materia de responsabilidad laboral es si un *Secondee* despedido sin justa causa por el *Seconder* puede pretender su reenganche en el cargo que venía desempeñando en la estructura organizacional del Operador. Si esta hipótesis fuera plausible, estaríamos ante un caso de reenganche en el centro de trabajo de una empresa que no es el patrono directo del trabajador²⁵.

²⁴ El primer aparte del artículo 54 de la LOT de 1997 (derogada) disponía lo siguiente: “...*El intermediario será responsable de las obligaciones que a favor de esos trabajadores se derivan de la Ley y de los contratos; y el beneficiario responderá además, solidariamente con el intermediario, cuando le hubiere autorizado expresamente para ello o recibiere la obra ejecutada. Los trabajadores contratados por intermediarios disfrutarán de los mismos beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores contratados directamente por el patrono beneficiario.*”

²⁵ Sobre este tema la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, entre otras, en Sentencia Nro. 2391 de fecha 28 de noviembre de 2007, caso: *Ricardo Enrique Iglesias Hernández vs. Agencia de Festejos San Antonio, C.A. y Servicio de Mesoneros San Antonio, C.A.*, estableció: “En vista a lo antes transcrito, es necesario recalcar el criterio reiterado de esta Sala, el cual consiste en que la solicitud de reenganche y pago de salarios caídos debe incoarse contra el patrono que contrata directamente al trabajador, resultando, entonces, inejecutable la condenatoria realizada contra dos o más empresas por vía de solidaridad, pues, el reenganche constituye para el empleador -en principio- una obligación de hacer, no siendo posible, en consecuencia, subrogar el cumplimiento de la obligación a una empresa distinta a aquella donde se ha contratado”. Por otra parte, cuando se trate de un grupo de empresas y exista imposibilidad de ejecutar en una de las empresas miembros del grupo económico, ha señalado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, entre otras, en Sentencia N° 1299 de fecha 8 de octubre de 2013, caso: *Solicitud de revisión interpuesto por Denis Tortoza contra sentencia de fecha 9 de mayo de 2006, dictada por el Juzgado Cuarto Superior del Área Metropolitana de Caracas*, que es posible la ejecución del reenganche en una de las empresas

De acuerdo con el contrato modelo de secondment de la AIPN, el Operador no tiene potestad de extinguir el contrato de trabajo con el Secondee ni a imponer sanciones disciplinarias de ningún tipo, sin perjuicio de su derecho de dar por terminado el Secondment (2.3.C)²⁶. El Operador tiene derecho a terminar el secondment, con el preaviso previsto en el contrato, en caso de que el Secondee en forma reiterada incumpla con las directrices y políticas del Operador en su centro de trabajo o con las instrucciones impartidas por el Operador (6.2.A.3)²⁷; o en caso de que el Secondee no desempeñe en forma satisfactoria sus servicios a juicio del Operador y luego de haber puesto en conocimiento del Secondee el desempeño insatisfactorio (6.2.A.4)²⁸. Por otra parte, el Operador tiene el derecho de terminar el secondment, sin aviso previo, en caso de que el Secondee incurra en una falta grave o viole alguna norma del ordenamiento legal que le impida, a juicio del Operador, continuar prestando servicios (6.2.B.1)²⁹; o en caso de que el Secondee viole su obligación de confidencialidad (6.2.B.2)³⁰. Cuando el Operador termina el secondment con respecto a dicho empleado, existe un procedimiento normalmente contemplado en el JOA para proceder a su sustitución (Cláusula 4.3 del JOA).

De lo anterior se infiere que la terminación del secondment entre el Operador y el Secondee no implica la terminación de la relación de trabajo que sostiene el Secondee con el Secondee. Cuando el Operador decide retirar al Secondee, este pasa, en principio, a estar de nuevo a disposición del Secondee, quien decidirá si lo asigna o no a otro proyecto (JOA). No obstante, cuando el

que pertenece al grupo económico, distinta a la primigenia, por ser solidariamente responsables y en virtud de que su ejecución resultaba imposible materializarse en la otra empresa ya que se encontraba en proceso de quiebra.

²⁶ Cláusula 2.3 (C): “Para no dar lugar a dudas, el Operador no tendrá potestad para extinguir el contrato de trabajo ni tomar acciones disciplinarias respecto al Secondee, salvo para dar por terminado el Secondment, de acuerdo a la Sección 6. Únicamente el Empleador tendrá la potestad para disciplinar al Secondee.”

²⁷ Cláusula 6.2 (A) (3): “El Operador puede dar por terminado este Contrato de Secondment con _____ días de preaviso por escrito al Empleador: (...) Si el Secondee incumple de manera reiterada las normas, regulaciones y políticas del Operador o directrices impartidas por la gerencia del Operador (...).”

²⁸ Cláusula 6.2. (A) (4): “El Operador puede dar por terminado este Contrato de Secondment con _____ días de preaviso por escrito al Empleador: (...) Si el Secondee no desempeña los Servicios de forma que sea satisfactoria a juicio razonable del Operador, tras haber sido notificado del desempeño insatisfactorio(...).”

²⁹ Cláusula 6.2. (B) (1): “El Operador puede dar por terminado este Contrato de Secondment, sin previo aviso al Empleador: (...) Si el Secondee incurra en una falta grave o viola alguna norma del ordenamiento legal, que a juicio razonable del Operador, limite significativamente la capacidad del Secondee para desempeñar los Servicios o de residir y trabajar en la localidad del Secondment (...).”

³⁰ Cláusula 6.2. (B) (2): “El Operador puede dar por terminado este Contrato de Secondment, sin previo aviso al Empleador: (...) Si el Secondee viola sustancialmente las obligaciones de confidencialidad de acuerdo a este Contrato de Secondment o el Contrato de Secondee, en caso de resultar aplicable (...).”

secondment es celebrado fuera del contexto de un *JOA* (por ejemplo en el contexto de un contrato de servicios petroleros) es frecuente que el *Seconder* (quien en estos casos es la contraparte de PDVSA) de por terminado el contrato de trabajo con el *Secondee* por no tener otro destino disponible para este.

En uno y otro caso, cuando el *secondment* se extingue por una falta grave del *Secondee*, es natural que ello desencadene la terminación del contrato de trabajo del *Seconder* con el *Secondee* y es aquí donde puede sobrevenir una solicitud de reenganche del *Secondee* contra el *Operador*. En efecto, si el *Seconder* procede a terminar a un trabajador ordinario (que no sea de dirección y, por tanto, goce de inamovilidad) unilateralmente, y sin tramitar previamente un procedimiento de calificación de falta ante el Ministerio del Trabajo, existe el riesgo de que se decrete el reenganche del *Secondee* en el centro de trabajo del *Operador*. Recordemos que la orden de reenganche envuelve la restitución del trabajador a su condición anterior al despido y que el lugar de prestación de servicios es el centro de trabajo del *Operador*, pues el *Secondee* está plenamente integrado en su estructura organizacional.

Si bien es cierto que la jurisprudencia venezolana ha considerado que el reenganche sólo puede ser ejecutado frente al patrono directo del trabajador (*Seconder*)³¹, en la práctica las Inspectorías del Trabajo suelen ejecutar los reenganches en el sitio de trabajo del empleado. Aunque sea posible aclarar la situación y revertir el reenganche en el centro de trabajo del *Operador*, el *Secondee* habrá generado una situación de tensión, presionado para lograr, eventualmente, un mejor paquete de salida.

No obstante, en caso de que el *secondment* se constituya en un mecanismo para defraudar los derechos del trabajador y el *Seconder* sea una “*empresa de aire*” contra la cual el trabajador no pueda hacer valer su derecho al reenganche, consideramos que esta petición puede dirigirse válidamente contra el *Operador*, pues en estos casos el *Seconder* no dispone si quiera de una estructura organizacional que le permita absorber al empleado.

³¹ La SC/TSJ en Sentencia Nro. 1299 (arriba citada) estableció que, en caso de grupos económicos, cuando sea imposible ejecutar el reenganche en la empresa contratante por existir alguna imposibilidad (v.gr. quiebra) si puede ejecutarse en otra de las empresas miembros del grupo económico. Aplicando una lógica similar, que no es otra que la de evitar que los derechos de los trabajadores se vean defraudados por la interposición maliciosa de intermediarios de aire, consideramos que el reenganche podría ejecutarse en el *Operador* si el *Seconder* es una empresa de esta naturaleza.

IV. *Algunas consideraciones sobre el secondment petrolero internacional (“international assignment”)*

Es bastante común en el mundo del secondment petrolero que el Secondee provenga de una empresa del grupo domiciliada en el extranjero (“*empresa de origen*”) y sea destinado en forma temporal a una subsidiaria de dicha empresa constituida bajo las leyes venezolanas (“*empresa de destino*” o “*empresa anfitriona*”), la cual, a su vez, lo coloca a disposición de una EMO o de PDVSA, bien en el marco de un JOA o de un contrato de servicios petroleros.

Los términos y condiciones de la relación laboral con el Secondee son plasmados en una carta-oferta (“*offer letter*”) que suele hacer referencia a las condiciones de trabajo a nivel global de dichas compañías contenidas en manuales que regulan de forma uniforme los secondments internacionales. Estas cartas-oferta someten el contrato de trabajo a una legislación extranjera y disponen que las controversias entre las partes serán dirimidas por tribunales o árbitros extranjeros (leyes y tribunales del país sede de la empresa de origen o de un tercer país).

Como en la generalidad de los casos los Secondees no tienen la nacionalidad venezolana, adicionalmente a la carta-oferta, la empresa de destino celebra con el Secondee un contrato de trabajo con una remuneración en moneda local (que las más de las veces resulta nominal) con el solo objeto de obtener de parte del Ministerio del Trabajo, la autorización laboral necesaria para la expedición de una visa de transeúnte laboral³². Esta remuneración suele cubrir los gastos de mantenimiento en moneda local del Secondee y las contribuciones a la seguridad social³³.

En la inmensa mayoría de los casos, sin embargo, el Secondee conserva su vinculación (y su antigüedad) con la empresa de origen y la relación laboral

³² Para obtener la visa de transeúnte laboral se debe contar con la autorización laboral expedida por el Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social del Trabajo. Entre los requisitos para la emisión de la autorización laboral se encuentra una oferta de trabajo emitida por la empresa contratante (que deberá tener su domicilio en Venezuela) con indicación de la duración del contrato de trabajo, costos de repatriación del trabajador, cargo, horas de trabajo, beneficios salariales y la mención expresa de que trabajador extranjero capacitará a trabajadores venezolanos durante la vigencia del contrato de trabajo. La oferta de trabajo debe tener una cláusula de sujeción a la legislación venezolana.

³³ El artículo 27 de la LOTTT establece limitaciones a la contratación de personal extranjero en los siguientes términos: “*El noventa por ciento o más de los trabajadores y de las trabajadoras al servicio de un patrono o una patrona, que ocupen un mínimo de diez, deben ser venezolanos o venezolanas. Así mismo, las remuneraciones del personal extranjero no excederán del veinte por ciento del total de las remuneraciones pagadas al resto de los trabajadores y de las trabajadoras. Se requerirá la nacionalidad venezolana para ejercer ciertas responsabilidades, tales como: jefes de relaciones industriales, de personal, capitanes de buque, aeronaves, capataces o quienes ejerzan funciones análogas, sin que esto pueda considerarse como una discriminación.*”

con esta última no es objeto de suspensión sino de novación con respecto al lugar de trabajo y a las condiciones laborales³⁴. Es decir, que el *Secondee* tiene en la práctica dos patronos: la empresa de origen y la empresa de destino en Venezuela (supuesto de pluralidad de patronos).

Estamos, por tanto, ante una relación de trabajo que presenta elementos de extranjería y que nos plantea las siguientes interrogantes: (i) ¿Es válida la escogencia de una ley extranjera para regir una prestación de servicios que ocurre en Venezuela?; (ii) ¿Es válida la renuncia que efectúa el *Secondee* a la jurisdicción de los tribunales venezolanos como foro competente para dirimir las controversias derivadas de la relación de trabajo?; (iii) ¿A los efectos de calcular las prestaciones, beneficios e indemnizaciones del *Secondee* debe tomarse en cuenta la porción de la remuneración pagada por la empresa de origen o sólo la pagada por la empresa de destino?.

Estas interrogantes suelen emerger con ocasión de la terminación de la relación de trabajo que es cuando se ponen a prueba la solidez del aparato de cláusulas contractuales que configuran los episodios de expatriación. Como hemos visto en la sección anterior, la terminación del *secondment* no necesariamente implica la extinción de la relación de trabajo existente entre el *Secondee* y el *Secondee*, pero esta suele sobrevenir cuando el *secondment* concluye por una falta grave, aunque también puede presentarse en los casos en que el *Secondee* no disponga una plaza para el *Secondee*, bien sea dentro de su propia organización o en otra empresa de destino o proyecto. Y es aún más frecuente que emerjan cuando la terminación del contrato de trabajo se produce en Venezuela, es decir antes de repatriado el trabajador a su país de origen.

A. Validez de la escogencia de ley efectuada por las partes en la carta-oferta de *secondment*

La Ley de Derecho Internacional Privado (“LDIP”)³⁵ permite que las partes indiquen el derecho que rige las obligaciones convencionales; a falta de indicación válida la LDIP dispone que las obligaciones contractuales se rigen por el derecho con el cual se encuentran directamente vinculadas³⁶. En materia

³⁴ Entre las condiciones objeto de novación figuran primas por expatriación que oscilan entre el 10 y el 15% del salario base; primas por riesgo país que oscilan entre el 10% y el 30% del salario base; cláusulas de neutralidad tributaria para que el expatriado no soporte una mayor carga fiscal como consecuencia de la expatriación y dónde la empresa de origen asume la obligación de pagar los impuestos que se generen en ambas jurisdicciones; gastos relacionados con el traslado y la mudanza del trabajador y su grupo familiar, entre otras.

³⁵ Ley de Derecho Internacional Privado. Publicada en Gaceta Oficial Ordinaria de la República de Venezuela Nro. 36.511 de fecha 6 de agosto de 1998.

³⁶ Artículo 29 de la LDIP: “Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes”. Artículo 30 *eiusdem*: “A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen

laboral, ese derecho puede ser el del país donde se prestan los servicios, el lugar donde estos fueron contratados o el lugar donde está domiciliada la empresa contratante dependiendo de las circunstancias que rodean la relación de trabajo.

A diferencia del método que utiliza la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia para resolver los conflictos de jurisdicción que suscitan las relaciones de trabajo con elementos de extranjería (véase infra sección 4.2.2), la Sala Social suele prescindir de los elementos del derecho internacional privado y aplicar en forma tajante los principios contenidos en el artículo 3 de la LOTTT³⁷.

Bajo la óptica de la Sala Social, la elección de las partes del derecho extranjero del país de origen (o país de contratación) como regulador del desplazamiento temporal del *Seconded* no resultaría válida, pues la ley venezolana es de orden público y de aplicación territorial³⁸.

En cuanto a la interacción del derecho laboral venezolano con el derecho laboral extranjero observamos una cierta insolencia, pues el derecho laboral venezolano tiene una pretensión de extraterritorialidad cuando se trata de trabajadores contratados en Venezuela para prestar servicios en el exterior, pero no reconoce la extraterritorialidad de un derecho foráneo a relaciones de trabajo que se desarrollan en Venezuela³⁹. Es decir, mientras la ley venezolana niega la aplicación del derecho foráneo a una prestación de servicios dentro del territorio

por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales.”

³⁷ El artículo 3 de la LOTTT establece: “*Ámbito de aplicación. Esta Ley regirá las situaciones y relaciones laborales desarrolladas dentro del territorio nacional, de los trabajadores y de las trabajadoras con los patronos y patronas, derivadas del trabajo como hecho social. Las disposiciones contenidas en esta Ley y las que deriven de ella rigen a venezolanos, venezolanas, extranjeros y extranjeras con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país y, en ningún caso, serán renunciables ni relajables por convenios particulares. Los convenios colectivos podrán acordar reglas favorables al trabajador y trabajadora que superen la norma general respetando el objeto de la presente Ley. Igualmente se aplicarán las disposiciones de esta Ley a los trabajadores contratados y las trabajadoras contratadas en Venezuela para prestar servicios en el exterior del país.*”

³⁸ Sentencia N° 0112 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 16 de marzo del año 2015. Caso: *Eric Gerardo Cedeño vs. Boc Gases de Venezuela, C.A, sucursal en la República Bolivariana de Venezuela de la empresa The Boc Group, INC., y Compañía Hidrógeno de Paraguán Limitada, sucursal en la República Bolivariana de Venezuela de la empresa The Hidrogen Company Of Paraguán Limited*); Sentencia Nro.562 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 29 de abril del año 2008. Caso: *Sam Kobeissi vs. Tuboscope Brandt de Venezuela, C.* Sentencia Nro. 00065 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 7 de febrero de 2012. Caso: *Yiu Lee vs. Citic International Contracting, Inc.*

³⁹ En tal sentido el último aparte del artículo 3 de la LOTTT dispone que: “*...Igualmente se aplicarán las disposiciones de esta Ley a los trabajadores contratados y las trabajadoras contratadas en Venezuela para prestar servicios en el exterior del país.*”

venezolano, pretende que sea aceptada la aplicación de la ley venezolana a una prestación de servicios ocurrida fuera de Venezuela, como si en otros Estados soberanos no rigiera a su vez el principio de territorialidad de la ley.

Esta contradicción quedaría resuelta, en nuestra opinión, si se entiende que el derecho extranjero -escogido por las partes o que resulte aplicable por estar más estrechamente vinculado a la prestación de servicios-, puede válidamente regular un desplazamiento temporal a Venezuela (*“posting”* o *“secondment”*) cuando el lugar de prestación habitual de servicios del trabajador es su país de origen. A su vez, y en virtud del principio de reciprocidad, el derecho venezolano continuaría siendo aplicable a los desplazamientos temporales al extranjero de los trabajadores venezolanos, cuando el lugar habitual de prestación de servicios continúe siendo Venezuela (y no se haya producido una decisión extintiva de la relación de trabajo antes de abandonar el territorio nacional).

Este enfoque permitiría que la relación de trabajo de los *Secondees* petroleros desplazados a Venezuela sea regulada por el derecho extranjero, sin perjuicio de que se apliquen normas de estricto orden público venezolano, tal como ocurre en los desplazamientos temporales intercomunitarios en la Unión Europea (*“UE”*). Esta conclusión se ve soportada por el artículo 7 de la LDIP cuando señala que: *“las disposiciones del derecho extranjero que deban ser aplicadas de conformidad con esta Ley, sólo serán excluidas cuando su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano”*.

Con respecto a las normas de orden público estricto que deben aplicarse con abstracción de la elección de las partes de un derecho extranjero para regir la relación, estimamos que estas deben limitarse a un conjunto de materias vinculadas con los derechos laborales mínimos y esenciales del trabajador, a saber: tiempo de trabajo (jornada máxima y descansos mínimos); duración mínima de las vacaciones anuales remuneradas; el salario mínimo y las primas por trabajo nocturno o extraordinario; las obligaciones de alimentación del trabajador; la normativa en materia de seguridad y salud laboral; las normas que regulan la protección de personas embarazadas, niños y adolescentes e incapacitados; la igualdad y no discriminación en el empleo. Más allá de este núcleo fundamental de protección, pensamos que son disponibles las normas en materia de prestaciones y beneficios de la relación laboral, así como aquellas que definen los conceptos que forman o no parte del salario, máxime cuando las condiciones del *secondment* son en su conjunto más favorables que las normas nacionales o contienen beneficios que son el equivalente funcional de institutos nacionales. Por ejemplo, si un *Secondeed* está incluido en el programa internacional de bonificaciones que premia el desempeño individual del *Secondeed* y los resultados arrojados por la operación, este beneficio sustituye claramente las

utilidades; si el empleador cuenta con un plan de ahorro y un plan de retiro esta estipulación reemplaza el régimen de prestaciones sociales.

Nótese que también hemos excluido de las materias indisponibles lo relativo a la terminación de la relación de trabajo. En efecto, si aceptamos que el desplazamiento temporal del *Seconded* puede regirse por un derecho extranjero, carece de sentido someter esta relación al régimen de estabilidad e inamovilidad laboral venezolano. No debe perderse de vista que al ser el *Seconded* un trabajador calificado que entiende y acepta *ab initio* las condiciones asociadas al trabajo internacional, el mismo no requiere el mismo nivel de protección que un trabajador ordinario. En este tipo de relaciones, la autonomía de voluntad de los sujetos contratantes debe tener un ámbito de incidencia mayor.

A diferencia de lo que ocurre en Europa, en las Américas no existe -al menos para la materia laboral-, una normativa de conflicto similar a la contenida en el Reglamento 593/2008 CE del Parlamento y del Consejo Europeo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales del 17 de junio de 2008 y en la Directiva 96/71CE del Parlamento y del Consejo Europeo del 16 de diciembre de 1996.

El Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales establece que los contratos de trabajo se rigen *por la ley elegida por las partes*. A falta de elección, el contrato se rige:

- i. Por la ley del país en el cual, o en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país.
- ii. Cuando en virtud del apartado anterior no pueda determinarse la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde se encuentre el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador.
- iii. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto a los indicados en los apartados (i) y (ii), se aplicará la ley de ese otro país.

Por su parte, la Directiva 96/71 CE regula el desplazamiento de trabajadores, *por un tiempo determinado*, efectuado en el marco de una prestación de servicios transnacional. Esta directiva define como “trabajador desplazado” a todo trabajador que, *durante un período limitado*, realice su trabajo en el territorio de un estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaje habitualmente. Si bien la Directiva 96/71 no indica el tiempo que puede durar el desplazamiento,

en el proyecto de reforma que actualmente se discute⁴⁰ se indica que en caso de desplazamientos (“*postings*”) que duren *más de dos años* se considera que el trabajo se realiza habitualmente en el país de destino y por tanto resulta aplicable la legislación de este último, a falta de elección de una ley distinta por las partes. Sin embargo, incluso en este último supuesto se aplican las disposiciones laborales de orden público del estado receptor, estado de destino o Estado anfitrión.

Hemos traído a colación la normativa europea que regula los conflictos de leyes en casos de relaciones de trabajo con elementos de extranjería, para evidenciar que bajo ella resulta posible que un trabajador desplazado a otro estado miembro en forma temporal pueda continuar rigiéndose por el derecho del estado de origen, si éste es donde realiza habitualmente su trabajo y siempre que el desplazamiento no sea de carácter permanente. Es decir, que bajo esta normativa el desplazamiento temporal de un *Seconded* puede continuar rigiéndose por la ley del país de origen, sin perjuicio de que se apliquen una serie de normas mínimas de derecho necesario del país de acogida. Si el desplazamiento supera un determinado umbral temporal que la reforma de normativa propuesta coloca en 2 años, entonces se aplicará en un todo la normativa laboral del país de destino.

B. Validez del sometimiento a una jurisdicción extranjera de las controversias con ocasión del contrato de trabajo derivado del *secondment*

Las cartas-oferta que plasman las condiciones del contrato de trabajo celebrado entre el *Second* y el *Seconded* suelen contener una cláusula de elección de foro en el que ambas partes se someten a una jurisdicción extranjera para resolver las controversias derivadas del *secondment*. El foro extranjero elegido es generalmente el del domicilio de la casa matriz, aunque hay casos donde se escoge una jurisdicción de un tercer estado cuya vinculación con la relación contractual y con el conflicto es bastante tenue⁴¹.

Recordemos que además del contrato antes mencionado suele celebrarse un contrato de trabajo entre la subsidiaria o sucursal de la empresa extranjera domiciliada en Venezuela y el trabajador para fines de obtención de una visa de trabajo. Si bien las partes en este último contrato acostumbran ratificar la elección de foro extranjero contenida en la carta-oferta, nos hemos topado con casos donde

⁴⁰ Propuesta 2016/0070 (COD) de reforma a la Directiva 96/71/EC del Parlamento y el Consejo del 16 de diciembre de 1996 concerniente al “*posting*” de trabajadores en el marco de la prestación de servicios.

⁴¹ Por ejemplo, hemos encontrado cartas-ofertas que someten a la jurisdicción de las Islas Vírgenes Británicas un contrato celebrado entre una empresa norteamericana o francesa y un *Seconded* destinado a Venezuela.

el contrato local queda sometido -por descuido de los redactores- a las leyes y tribunales venezolanos, lo cual entra en contradicción con la jurisdicción elegida en el primer contrato y pone en tela de juicio la sumisión a la jurisdicción extranjera.

A falta de una sumisión expresa o tácita a una jurisdicción extranjera, existen elementos para sostener que correspondería a la jurisdicción venezolana el conocimiento de las controversias derivadas del contrato de trabajo celebrado entre el *Secunder* y el *Secondee*. En primer lugar, porque la subsidiaria o sucursal está domiciliada en Venezuela (Art.39 LDIP). En segundo lugar, porque si bien la empresa matriz no está domiciliada en Venezuela, se trata de acciones relativas a obligaciones que deben ejecutarse en el territorio venezolano (Art. 40 LDIP).

No obstante, aun cuando las partes se sometan en forma expresa a una jurisdicción extranjera, cabe preguntarse si por tratarse de una materia laboral dicha elección resulta válida para el ordenamiento legal venezolano.

Para resolver los conflictos jurisdiccionales entre varios estados, la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha recurrido acertadamente al artículo 1 de la LDIP⁴². Norma esta que también resulta aplicable según la Sala cuando una relación de trabajo tenga otros elementos de extranjería como lo son: que las partes tengan distinta nacionalidad o domicilios en distintos estados; los contratos se celebren en un estado, pero deban cumplirse en otros; cuando las partes sean de un mismo estado, pero celebren el contrato en un tercer país⁴³.

Cuando el conflicto jurisdiccional se suscita entre varios estados que han ratificado el Código Bustamante⁴⁴, éste resulta el tratado internacional aplicable

⁴² Artículo 1 de la LDIP: *“Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán, por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados”*.

⁴³ Curiosamente, cuando se trata un conflicto por la ley aplicable a una relación laboral con elementos de extranjería, es decir, conectada con varios ordenamientos jurídicos, la SCS del TSJ no suele acudir al derecho internacional privado para dirimir el conflicto, limitándose a aplicar el artículo 3 de la LOTTT).

⁴⁴ La Convención Sobre Derecho Internacional Privado (Código Bustamante) fue adoptado el 20 de febrero de 1928 en la 6ª Conferencia Internacional Americana. Este Convenio fue suscrito por: Argentina (1928), Colombia (1928), México (1928), Paraguay (1928) y Uruguay (1928); y depositados y ratificados por: Bahamas (2017), Bolivia (1932), Brasil (1929), Chile (1933), Costa Rica (1930), Cuba (1928), Ecuador (1933), El Salvador (1931), Guatemala (1929), Haití (1930), Honduras (1930), Nicaragua (1930), Panamá (1928), Perú (1929), República Dominicana (1929), y Venezuela (1932).

para dilucidar si la sumisión a la jurisdicción extranjera es o no válida⁴⁵. En tal sentido, el artículo 318 dicho Código establece lo siguiente: “Será en primer término juez competente para conocer de los pleitos a que de origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, *aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente*, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario”.

La exigencia de que una de las partes sea nacional o esté domiciliada en el Estado al cual las partes hayan decidido someterse para resolver sus disputas busca evitar según la doctrina más autorizada el fraude o la mala fe garantizando un vínculo entre el problema judicial planteado y la autoridad llamado a decidirlo⁴⁶. Esta exigencia es importante pues no resultaría válido, por ejemplo, que en un contrato de trabajo celebrado entre una empresa domiciliada en Colombia y un trabajador peruano, cuya ejecución se hace en territorio venezolano, las partes acordaran someterse a la jurisdicción chilena.

Con respecto a la frase “*salvo el derecho local contrario*”, nos explica MADRID, la jurisprudencia de la extinta Corte Suprema de Justicia considera que dicha frase se refiere a aquellos casos en los cuales la legislación interna determina que la jurisdicción venezolana es excluyente, estableciendo que *en materia laboral no existe norma alguna que impida el funcionamiento de los criterios atributivos de competencia contenidos en el Código Bustamante, pues la única norma que se refiere a la aplicación imperativa de la legislación laboral es el artículo 10 de la Ley Orgánica del Trabajo* (actual artículo 3 de la LOTT) *disposición referida al derecho aplicable y no a la jurisdicción*.

Ahora bien, si el conflicto jurisdiccional de índole laboral se plantea entre Estados que no han ratificado el Código Bustamante, debe acudir a lo dispuesto por las normas de derecho internacional privado venezolanas, en particular al artículo 47 de la LDIP. Situación esta que se plantea con mayor frecuencia en materia de contratos de trabajo derivados de un *Secondment* pues ni los Estados Unidos, ni los países europeos o asiáticos, han celebrado tratados internacionales con Venezuela para delimitar los conflictos de jurisdicción.

⁴⁵ En estos casos, no se aplica el artículo 47 de la Ley de DIP, la cual, en virtud del orden de prelación de las fuentes, sólo resulta aplicable en ausencia de un tratado entre los Estados que se plantea el conflicto jurisdiccional.

⁴⁶ Sánchez de Bustamante y Sirven Antonio: *Derecho internacional privado*, Cultural, S.A 3° ed. Tomo III, La Habana, 1947, p.86, citado por Madrid, Claudia en *Criterios atributivos de jurisdicción en el sistema venezolano de derecho internacional privado*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 88, Caracas 2010.

En efecto, el artículo 47 de la LDIP⁴⁷ dispone que la jurisdicción de los tribunales venezolanos no puede ser derogada convencionalmente a favor de tribunales extranjeros cuando se trate de “*materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano*”. ¿Es la laboral una de esas materias? ¿Ha contemplado el legislador un supuesto de jurisdicción exclusiva de los tribunales laborales venezolanos?

La jurisprudencia en materia de derogabilidad de la jurisdicción laboral venezolana ha fluctuado en el tiempo. Mientras una línea de decisiones sostuvo que no era posible derogar la jurisdicción de los tribunales laborales venezolanos por ser la materia laboral de orden público⁴⁸, otra línea de casos más reciente parece avalar la validez de dicha derogatoria por vía convencional⁴⁹. Desafortunadamente, las sentencias que afirman que es posible derogar convencionalmente la jurisdicción de los tribunales laborales venezolanos no contienen fundamentación alguna de por qué consideran a la materia laboral al margen de los “principios esenciales del orden público venezolano”.

Si bien la Constitución y la LOTTT disponen que los derechos laborales son irrenunciables, tal y como dispone numeral 2° del artículo 89 de la Constitución⁵⁰, así como el numeral 4° del artículo 18 y el artículo 19 de la LOTTT⁵¹, no es menos cierto que es posible celebrar transacciones al término de

⁴⁷ Artículo 47 de la LDIP: “*La jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos, según las disposiciones anteriores, no podrá ser derogada convencionalmente en favor de tribunales extranjeros, o árbitros que resuelvan en el extranjero, en aquellos casos en que el asunto se refiera a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano*”.

⁴⁸ Sentencia Nro. 249 de fecha 13 de febrero de 2007. Caso: *Arturo Casado Salicetti vs. Leo Burnett-Venezuela, C.A.* Sentencia Nro. 065 de fecha 7 de febrero de 2012. Caso: *Yiu Lee vs. Citic International Contracting, Inc.*

⁴⁹ Sentencia Nro. 1114 de fecha 23 de julio de 2014. Caso: *Pablo Enrique Salas Pérez vs. Control Components INC.* Sentencia Nro. 1395 de fecha 7 de diciembre de 2017. Caso: *Álvaro Rubén González Almeida vs. Hanseatic Consultoría Naval, C.A.*, y solidariamente contra la empresa *Bernhard Schulte Shipmanagement (Cyprus) Limited.* Sentencia Nro. 648 de fecha 21 de junio de 2016. Caso: *Jean-Louis Martin Vs. ECF Company, C.A.* Respecto a ésta última decisión la Sala Político Administrativa confirma la jurisdicción de los tribunales venezolanos para conocer de la causa, y lo hace haciendo valer una cláusula de elección de foro (las partes acordaron expresamente someterse a la jurisdicción venezolana, aunque la firma del contrato y prestación de servicios se llevó a cabo en Chile).

⁵⁰ Sobre la irrenunciabilidad de los derechos laborales establece el numeral 2° del artículo 89 de la Constitución dispone lo siguiente “(...) 2. *Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. Sólo es posible la transacción y convenimiento al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley.*”

⁵¹ En este sentido, el numeral 4° del artículo 18 de la LOTTT: “(...) 4.- *Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique la renuncia o menoscabo de estos derechos. Asimismo, el artículo 19 ejusdem establece: “Irrenunciabilidad de los derechos*

la relación laboral. De forma tal que no puede afirmarse que en materia laboral “no cabe transacción” sino que la misma está sujeta a ciertas condiciones y requisitos.

Por otra parte, afirmar que todas las disposiciones de la legislación laboral venezolana son de orden público es desconocer la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha categorizado las normas laborales en normas absolutas o de derecho necesario absoluto y normas imperativas relativas o de derecho necesario relativo –disponibles- que permiten pactos siempre que se realice el objetivo de la norma⁵², considerando que el orden público laboral se limita a las primeras.

Dependiendo pues de la noción más o menos amplia que se tenga de orden público laboral variará la conclusión con respecto a la posibilidad de someter a una jurisdicción extranjera la resolución de los conflictos laborales conectados con el ordenamiento jurídico venezolano.

C. Salario base cálculo para las prestaciones y demás beneficios laborales de los *Secondees*

Los *Secondees* internacionales suelen devengar una remuneración compuesta o mixta (“*split pay*”). Por una parte, reciben los salarios, primas y bonos de la empresa de origen en moneda extranjera⁵³; y, por la otra, reciben una

laborales. En ningún caso serán renunciables los derechos contenidos en las normas y disposiciones de cualquier naturaleza y jerarquía que favorezcan a los trabajadores y a las trabajadoras. Las transacciones y convenimientos sólo podrán realizarse al término de la relación laboral y siempre que versen sobre derechos litigiosos, dudosos o discutidos, consten por escrito y contengan una relación circunstanciada de los hechos que la motiven y de los derechos en ella comprendidos...”

⁵² Sentencia N° 1209 de la Sala de Casación Social, de fecha 31 de julio de 2006. Caso: *Lisandro Antonio García Armas vs. Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE)*.

⁵³ Si bien una interpretación literal de los artículos 91 de la Constitución (“*Todo trabajador o trabajadora tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantizará el pago de igual salario por igual trabajo y se fijará la participación que debe corresponder a los trabajadores y trabajadoras en el beneficio de la empresa. El salario es inembargable y se pagará periódica y oportunamente en moneda de curso legal, salvo la excepción de la obligación alimentaria, de conformidad con la ley*”) y 123 de la LOTTT (“*El salario deberá pagarse en moneda de curso legal. Por acuerdo entre el patrono o la patrona y el trabajador o la trabajadora, podrá hacerse mediante cheque bancario o por órgano de una entidad de ahorro y préstamo u otra institución bancaria, conforme a las normas que establezca el Reglamento de esta Ley. No se permitirá el pago en mercancías, vales, fichas o cualquier otro signo representativo con que quiera sustituirse la moneda. Podrá estipularse como parte del salario, cuando ello conlleve un beneficio social para el trabajador o la trabajadora, la dotación de vivienda, la provisión de comida y otros beneficios de naturaleza semejante*”) parecen apuntar en el sentido de que el salario debe ser pagado en bolívares, un análisis del verdadero sentido y alcance de estas normas permite concluir que el salario puede ser pactado y pagado en moneda extranjera. Los artículos 91 de la Constitución y 123 de la LOTTT prohíben el

remuneración en bolívares de la empresa local que los contrata, muchas veces con el sólo fin de obtener la visa laboral, pero también para que el empleado pueda cubrir sus gastos en bolívares.

Existe la percepción bastante extendida, pero errónea, de que el salario base de cálculo de las prestaciones, beneficios e indemnizaciones del Seconded está constituido únicamente por la porción del salario pagado en moneda local por la empresa domiciliada en Venezuela con la que se celebra el contrato de trabajo suplementario. De hecho, en los regímenes de “*split pay*” es frecuente que la remuneración pagada por la empresa de origen siga siendo utilizada como base para pagar los impuestos y contribuciones de la seguridad social en el país de origen, pues la relación laboral con la empresa de origen no es objeto de suspensión ni de extinción con ocasión del episodio de expatriación. Lo anterior lleva con frecuencia a subestimar los pagos por estos conceptos, generándose una contingencia laboral.

Lo cierto, sin embargo, es que la remuneración del trabajador es una sola y el hecho que le da origen es el trabajo prestado en territorio venezolano, razón por cual la porción de la remuneración pagada en moneda extranjera deberá ser convertida a la tasa de cambio oficial a los efectos del cumplimiento de todas las obligaciones fiscales, laborales y de seguridad social⁵⁴. Lo anterior pone en evidencia, una vez más, las limitaciones de las legislaciones nacionales para abordar un fenómeno cada vez más transnacional como lo es la movilidad internacional de trabajadores, en especial aquellas legislaciones que por tener un concepto estricto del orden público laboral limitan la aplicación (escogencia) de una ley extranjera a relaciones de trabajo que se desarrollan en forma temporal en otro estado, como es el caso de las relaciones de trabajo que son producto de los secondment internacionales.

pago del salario a través de cualquier medio con que quiera sustituirse la moneda como fichas o vales (pago en especie o “*truck system*”), pero no ordenan que el pago del salario deba hacerse necesariamente en la moneda de curso legal venezolana. Aun asumiendo que los artículos 91 de la Constitución y 123 de la LOTTT consagrasen una prohibición del pago del salario en moneda extranjera, se trata en todo caso de normas de imperatividad relativa que pueden ser relajadas por convenios particulares en interés de ambas partes, y más aún si estos convenios son para favorecer al trabajador. Por tanto, la utilización del dólar o de cualquier moneda extranjera como mecanismo de liberación de las obligaciones, sean estas laborales o de cualquier naturaleza, no está proscrito -por regla general- en la legislación monetaria y cambiaria venezolana, *siempre que la moneda extranjera de que se trate haya sido obtenida de forma lícita* de acuerdo con la normativa cambiaria vigente.

⁵⁴ La jurisprudencia del Tribunal Supremo es pacífica en cuanto a que los conceptos que le sean pagados al trabajador en moneda extranjera deben ser convertidos a la moneda local usando la tasa de cambio oficial, véase entre otras la Sentencia Nro. 446 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 25 de abril de 2012. Caso: *Revisión constitucional de la Sentencia N° 1.615 dictada por la Sala de Casación Social de este máximo Tribunal*, en fecha 27 de octubre de 2009.

V. Conclusiones y reflexiones finales

El *secondment* en materia petrolera es un instrumento fundamental para el suministro de mano de obra calificada en el contexto de los *JOA* y de los contratos de servicios en la industria petrolera.

Desde la perspectiva del ordenamiento laboral venezolano, el *secondment* laboral petrolero -más que un supuesto de subcontratación propiamente dicho- constituye un supuesto de intermediación laboral, donde el *Second* -en ejecución de las obligaciones contenidas en el *JOA* o en un contrato de servicios petroleros- se limita a poner a disposición del Operador una mano de obra que queda insertada en la estructura organizacional de este último.

En el caso del *secondment* petrolero el *Second* y el Operador comparten el mismo objeto social: ambos son empresas dedicadas en forma exclusiva al negocio petrolero. No hay duda alguna que los servicios que presta el *Second* son inherentes a la actividad del Operador. Más aún, la razón de ser del *Secondment* es que el *Second* conoce los aspectos técnicos de la operación petrolera que es el negocio principal (“*core business*”) de ambas partes.

La consideración del *secondment* laboral petrolero como un supuesto de intermediación laboral -y no como un supuesto de subcontratación- tiene implicaciones prácticas importantes. La contratación de un tercero para ejecutar obras o servicios inherentes o conexos con la actividad de la empresa principal (como son los que presta el *Second* en materia petrolera) tiene por efecto la extensión de los beneficios laborales de ésta a los trabajadores de la contratista (además de la responsabilidad solidaria de ambas empresas), aun cuando dicha contratación no se haya hecho en fraude a la ley. En el caso de contratación de trabajadores a través de intermediarios, en cambio, esta extensión de beneficios solo operaría si el esquema de intermediación laboral tiene el propósito y el efecto de defraudar la ley.

En general, cuando el contrato de *secondment* petrolero se celebra como consecuencia de un *JOA* o de un contrato de servicios petroleros, no existe ni la intención ni el efecto de producir una desmejora en los beneficios laborales de los *Secondees*. La verdadera causa del contrato de *secondment* es coadyuvar con el proceso de transferencia tecnológica en materia petrolera y no el de defraudar la aplicación de la ley laboral. Por otro lado, los *Secondees* destinados a las EMO gozan de beneficios superiores a los de los trabajadores de la CVP o de PDVSA, al conservar el estatuto laboral de sus empresas de origen (multinacionales petroleras).

Bajo la óptica de la jurisprudencia de la Sala Social en materia de accidentes de trabajo y enfermedad profesional que niega la responsabilidad del

contratante por los infortunios de trabajo que sufran los trabajadores de la contratista, con el argumento de que la primera no controla el ambiente de trabajo de la segunda, consideramos que no existe responsabilidad solidaria del Seconder por los infortunios de trabajo que puedan sufrir los secondees mientras se encuentran destinados a los centros de trabajo del Operador. En el contrato de secondment, quien controla el ambiente del centro de trabajo es la empresa principal (Operador) donde se insertan los Secondees. Es ella quien los dirige y controla, más allá de que el patrono directo a los efectos de las obligaciones económicas y de disciplina mayor, continúe siendo el Seconder.

Cuando el secondment petrolero es un ejercicio legítimo de la libertad de contratar y no un mecanismo formal para defraudar la aplicación de un estatuto laboral más favorable y el Seconder es una empresa con probada solvencia patrimonial, los créditos de los trabajadores se encuentran suficientemente asegurados por el Seconder, razón por la cual consideramos que el Operador no es solidariamente responsable por el incumplimiento de las obligaciones laborales generales por parte del Seconder. La solidaridad es una materia de reserva legal. A falta de pacto expreso y de previsión expresa de la ley, estimamos que el Operador no es responsable solidariamente por las obligaciones laborales ordinarias de los trabajadores dados en secondment.

En caso de que el contrato de trabajo celebrado entre el Seconder y el Secondee esté regido por la ley venezolana y sea terminado sin justa causa, el trabajador solo puede dirigir una acción de reenganche y pago de salarios caídos contra su patrono directo que es el Seconder. No obstante, en caso de que el secondment se constituya en un mecanismo para defraudar los derechos del trabajador y el Seconder sea una “*empresa de aire*” contra la cual el trabajador no pueda hacer valer su derecho al reenganche, consideramos que esta petición puede dirigirse válidamente contra el Operador, pues en estos casos el Seconder no dispone si quiera de una estructura organizacional que le permita absorber al empleado.

La Ley de Derecho Internacional Privado (“LDIP”) permite que las partes indiquen en el contrato de trabajo derivado del secondment el derecho que rige las obligaciones convencionales; a falta de indicación válida, la LDIP dispone que las obligaciones contractuales se rigen por el derecho con el cual se encuentran directamente vinculadas. En materia laboral, ese derecho puede ser el del país donde se prestan los servicios, el lugar donde estos fueron contratados o el lugar donde está domiciliada la empresa contratante, dependiendo de las circunstancias que rodean la relación de trabajo. No obstante, la elección de un derecho extranjero, deberán aplicarse las normas laborales venezolanas de orden público vinculadas con los derechos fundamentales del trabajador.

Dado que el *secondment* petrolero internacional comporta un desplazamiento temporal de un trabajador a Venezuela cuya duración por lo general no excede de tres años, cumplidos los cuales el trabajador retorna a su país de origen o es destinado a un tercer país, es perfectamente plausible sostener que esa relación tiene un vínculo más estrecho con la legislación del país donde está domiciliada la empresa que lo contrató que con la legislación venezolana. De hecho, bajo la óptica de la legislación laboral venezolana, es posible que un trabajador contratado en Venezuela para prestar servicios en el exterior continúe regido por la ley venezolana si esta conserva estrechos vínculos con el contrato.

La jurisprudencia en materia de derogabilidad de la jurisdicción laboral venezolana ha fluctuado en el tiempo. Mientras una línea de decisiones sostuvo que no era posible derogar la jurisdicción de los tribunales laborales venezolanos por ser la materia laboral de orden público, otra línea de casos más reciente parece avalar la validez de dicha derogatoria por vía convencional. Dependiendo pues de la noción más o menos amplia que se tenga de orden público laboral variará la conclusión con respecto a la posibilidad de que las partes de un contrato de trabajo derivado de un *secondment* petrolero puedan someter a una jurisdicción extranjera la resolución de los conflictos laborales conectados con el ordenamiento jurídico venezolano.

La porción de la remuneración pagada en moneda extranjera de acuerdo con el régimen de “*split pay*” que suele pactarse en los contratos laborales derivados del *secondment* sometidos a la ley venezolana deberá ser convertida a la tasa de cambio oficial a los efectos del cumplimiento de todas las obligaciones fiscales, laborales y de seguridad social pues se trata de una remuneración con ocasión de un trabajo prestado en el país.

El *secondment* petrolero internacional pone de manifiesto, una vez más, las limitaciones de las legislaciones nacionales para abordar la movilidad internacional de trabajadores. Los países del continente americano tienen por delante la tarea de preparar los instrumentos internacionales (tratados, convenciones y normas en el marco de los mecanismos de integración regional) que regulen los conflictos de leyes y de jurisdicción que se suscitan con ocasión de los episodios de expatriación de trabajadores.

Sociedad

Reflexiones sobre los ciclos políticos en la Historia de Venezuela y la “apoptosis” de un régimen, que “tiene sus días contados”*

Allan R. Brewer-Carías

La convocatoria de la elección presidencial para el próximo mes de abril de 2018 que ha hecho por la Asamblea Nacional Constituyente es, sin duda, una confirmación más de que Venezuela es un país que simplemente carece de Constitución,¹ conducido por un gobierno asambleario y tumultuario que actúa sin reglas preestablecidas, a través de una montonera agrupada bajo esa denominación de Asamblea Nacional Constituyente.

Esa Asamblea, en mi criterio, viene a ser la última manifestación del régimen político de destrucción institucional, económica, social y cultural del país que caracteriza al que se instaló desde 1999, y que pasó progresivamente de ser un régimen autoritario al régimen totalitario de la actualidad.²

Ese régimen, sin embargo, ya no goza de buena salud, y desde hace ya unos lustros viene entrando en un estado de “apoptosis,” término que si bien se utiliza en el campo de la biología, se puede aplicar a las instituciones, y que consiste en la muerte o suicidio programado de las células o componentes de un cuerpo; es decir, el método que el cuerpo usa para deshacerse de las células innecesarias o anormales,³ pero que cuando todas ya son de esta naturaleza, conduce a su autodestrucción.

Ese fenómeno en relación con el Estado, fue el que detectó el siglo pasado el conocido profesor Maurice Duverger, al identificar al Estado con aquél animal mitológico, llamado el *catoblepas*, una legendaria creatura de Etiopía de la cual dio cuenta Plinio el Viejo hace dos mil años, y que según indicó Duverger, era un

* Texto redactado para la conferencia dictada en el “Foro sobre llamado a elecciones por parte de la Asamblea nacional Constituyente,” organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 15 de febrero de 2018.

¹ Véase por ejemplo, Jesús María Alvarado Andrade, “Sobre la destrucción del “Estado de derecho” (Rule of Law) y la democracia en Venezuela (Reflexiones sobre una obra de Allan R. Brewer-Carías),” en *Revista de Derecho Público*, N° 145-146, (enero-junio 2016), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, pp. 49- 69.

² Véase Allan R. Brewer-Carías, *Estado totalitario y desprecio a la ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, 532 pp.; segunda edición, Caracas 2015, 542 pp.

³ Su descubrimiento se atribuye a la neuróloga Rita Levi-Montalcini, Premio Nobel de Medicina, 2005. Véase sobre la apoptosis, la información. Véase en <https://biotecnologiauem.wordpress.com/2013/03/29/apoptosis-muerte-celular-programada/>

animal “tan estúpido que se comía sus propios miembros sin siquiera darse cuenta.”⁴

Y en eso ha estado últimamente el régimen que gobierna al país desde 1999, destruyéndose a sí mismo, en todos sus componentes, siendo los últimos signos de ese proceso de “apoptosis,” entre otros los siguientes siete, entre muchos otros: *primero*, el mencionado desdibujamiento del propio gobierno del Estado, en su totalidad, al convocarse e instalarse el referido gobierno asambleario y tumultuario a partir de agosto de 2017, a cargo de una Asamblea Nacional Constituyente fraudulenta e inconstitucional que actúa sin reglas ni Constitución; *segundo*, la transformación del régimen político del Estado en un gobierno militar, sujeto además a directrices de un gobierno extranjero, para el cual no existe el imperio de la ley ni de la Constitución, habiendo invadido las estructuras de la Administración del Estado y todos los espacios sociales, apoderándose incluso de los medios de comunicación; *tercero*, el desconocimiento total de las bases de la democracia y de la separación de poderes, con el sometimiento de todos los poderes del Estado al Ejecutivo y la inhabilitación de la Asamblea Nacional electa en diciembre de 2015 por parte de un Tribunal Supremo de Justicia totalmente sometido al poder, lo que de por sí ya imposibilita la realización de elecciones libres y transparentes; *cuarto*, la consideración de la disidencia y de la oposición política como enemigos internos por parte del aparato del Estado; que persigue y se discrimina política y administrativamente, y no sólo con la fuerza policial, que ha sido militarizada, sino con cuerpos paramilitares y delincuenciales insertos en el Estado, y además mediante una policía política que acusa y encarcela como si fuera un juez; *quinto*, la desproporcionada represión, persecución e inaceptable masacre que comenzó masivamente contra los jóvenes y estudiantes por las manifestaciones de protesta contra el gobierno sucedidas en Caracas en julio de 2017, y que ha continuado contra opositores y disidentes, y lo más grave, con la resurrección de los horrendos episodios de otras épocas, de torturas y desapariciones forzadas, y de la abyecta e injustificada ejecución sin fórmula de juicio de un antiguo miembro de su propia policía judicial, y sus acompañantes, quien osó rebelarse contra el régimen; *sexto*, la configuración de un descomunal totalitarismo en materia económica, montado sobre un ineficiente capitalismo de Estado, producto de la destrucción total del aparato productivo del país mediante expropiaciones que han resultado en estruendosos fracasos improductivos, llevando al país al colapso total en materia de servicios sociales y de infraestructura y a la expansión de la

⁴ Véase Maurice Duverger, *Las dos caras de Occidente*, Barcelona 1972, pp. 278–279. El *catoblepas* (del griego “mirar hacia abajo”) que identificó Plinio el Viejo en su *Historia Natural*, 8, 77, era una creatura con cuerpo de búfalo y cabeza de cerdo, pesada, que miraba siempre hacia abajo. Se decía que su mirada o su respiración eran letales, y que podían convertir a la gente en piedra o matarlas. Véase en <http://es.mitologia.wikia.com/wiki/Catoblepas>

corrupción a niveles nunca antes vistos como lo muestran las propias denuncias de última hora formuladas desde dentro del propio régimen; y *séptimo*, incluso, la persecución que ha sido desatada dentro del propio régimen contra antiguos miembros de su nomenclatura, como ha sido el caso contra la ex Fiscal General de la República, precisamente la encargada desde 2005, de llevar a cabo toda la persecución política contra la oposición democrática; el caso contra el ex Embajador y ex Presidente de la empresa petrolera nacional, y principal responsable, como tal y como Ministro de Energía desde 2002, no solo de la destrucción inmisericorde de la industria petrolera nacional, cuya producción ha bajado insólitamente, sino del criminal endeudamiento extremo del país que ha llevado a Venezuela a la quiebra en el marco global; así como los casos contra él mismo exfuncionario y sus principales colaboradores, con cargos de corrupción por montos nunca vistos en la historia de ningún país, salvo quizás, recientemente, lo que se ha publicado sobre algunos príncipes del reino de Arabia Saudita.

Esta “apoptosis,” en mi criterio, pone en evidencia que el régimen efectivamente está en proceso de extinción, al menos en la deformación que ha adquirido como consecuencia de su autodestrucción, lo que en mi criterio amerita tratar de situar en la historia lo que actualmente ocurre desde el punto de vista político constitucional, para tratar de entender el futuro.

Esta apoptosis política no se está produciendo por primera vez en el país en nuestra historia. Todos los regímenes políticos que hemos tenido en el pasado han llegado sucesivamente a su punto de extinción, tal como sucede ahora con el régimen actual, que como bien lo apreció hace unos días (en enero de 2018) el mismo ex Ministro de Energía del régimen al cual sirvió durante 17 años (2000-2017), el régimen – dijo –, “tiene los días contados,”⁵ habiendo sido además, globalmente - en sus propias palabras -, “un estruendoso fracaso,”⁶ lleno de “iniciativas fallidas e improvisadas, con la subsecuente ineficacia o incapacidad del gobierno en la gestión de soluciones a los problemas del pueblo.”⁷ Todas estas

⁵ Véase Rafael Ramírez, “El error fundamental,” en *aporrea.org.*, 21 de enero de 2018, en <https://www.aporrea.org/actualidad/a258154.html>. Otro ex Ministro del gobierno, Felipe Pérez Martí, de Planificación, al referirse a la arbitraria detención del Dr. Enrique Aristeguieta Gramko expresó en el mismo sentido lo siguiente: “Detener a un anciano de la edad de Enrique Aristeguieta Gramko, como dijo un amigo, muestra que este gobierno está a punto de caer. [...] Así que esta acción de ustedes, a través de sus generales y personal cubano aquí, agentes de la dominación militar y económica de una potencia extranjera en nuestro país, muestra que también están cometiendo errores crasos, que van a contribuir a la caída de Maduro.” Véase en Felipe Pérez Martí, “Raúl: ya basta, esto no es Cuba,” en *aporrea.org*, 2 de febrero de 2018, en <https://www.aporrea.org/oposicion/a258799.html>

⁶ Véase Rafael Ramírez, “El error fundamental,” en *aporrea.org.*, 21 de enero de 2018, en <https://www.aporrea.org/actualidad/a258154.html>

⁷ Véase Rafael Ramírez, “Carta abierta al pueblo de Venezuela,” en *La Patilla*, 28 de enero de 2018, en <https://www.lapatilla.com/site/2018/01/28/carta-abierta-al-pueblo-de-venezuela-por-rafael-ramirez/>

expresiones del ex Ministro, si bien las utilizó para referirse al actual gobierno de Nicolás Maduro, al cual sirvió como Ministro de Energía, como Canciller y como Embajador, para tratar de deslindarlo del gobierno de Hugo Chávez, a nadie pueden engañar, pues se aplican a todo el régimen al cual sirvió desde 2000, habiendo sido él, precisamente, uno de los principales responsables de su desfiguración, que es por lo que precisamente “está pagando caro todo el país,” como ahora él mismo lo “descubrió.”⁸

La historia de Venezuela, en efecto, nos muestra que este tipo de colapso recurrente de sus regímenes políticos luego de períodos de crisis que siempre se han prolongado por casi una generación, han marcado el paso de un ciclo político a otro, de los cuatro que hemos tenido en toda la historia republicana: primero, el del Estado independiente semi-federal que va desde 1811 hasta 1863 (52 años); segundo, el del Estado federal que va desde 1863 hasta 1901 (38 años); tercero, el del Estado autocrático centralizado que va desde 1901 hasta 1961 (60 años); y cuarto, el del Estado democrático centralizado que va desde 1961 hasta el presente (57 años).⁹

Y hay que precisar desde ya, para que no haya duda, que a pesar de toda la propaganda oficial, en Venezuela, históricamente, con la Constitución de 1999 no se inició realmente ningún nuevo ciclo político constitucional, sino que la misma y los gobiernos subsecuentes que se instalaron en el poder del Estado lo que montaron fue un sistema político para precisamente desmontar el del Estado democrático centralizado de partidos,¹⁰ que ahora está en proceso definitivo de extinción. En esa forma, dicho sistema político solo han sido un acaecimiento más, parte de la crisis política del ciclo político de dicho Estado democrático de partidos centralizado iniciado en 1961, en el cual se concentraron, desarrollaron y exacerbaron todos los vicios que se denunciaban en los años noventa del siglo pasado.

⁸ Véase Rafael Ramírez, “El error fundamental,” en *aporrea.org.*, 21 de enero de 2018, en <https://www.aporrea.org/actualidad/a258154.html>

⁹ Sobre la identificación de estos cuatro ciclos políticos véase lo que expusimos “Venezuela Historia y crisis política” en *Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila*, N° 3, Caracas, abril 2002, pp. 217-244; en *Informe sobre la descentralización en Venezuela 1993, Memoria del Dr. Allan R. Brewer-Carías, Ministro de Estado para la Descentralización (junio 1993 – febrero 1994)*, Caracas 1994, pp. 17 ss.; y luego en nuestras obras: *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo I, *Evolución histórica del Estado*, Caracas 1996; *Instituciones del Estado Democrático de Derecho. Constitución 1961*, Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015.

¹⁰ Véase sobre el proceso de desmantelamiento del sistema de Estado democrático centralizado, iniciado en 1999, los trabajos publicados en el libro: Diego Bautista Urbaneja (Coordinador), *Desarmando el modelo. La transformación del sistema político venezolano desde 1999*, Instituto de Estudios parlamentarios Fermin Toro, abediciones, Konrad Adenauer Stiftung, Caracas 2017.

A esos cuatro períodos republicanos antes identificados que se iniciaron en 1811 solo podemos agregar además, el período histórico que antecedió al Estado republicano, el del régimen colonial de la Capitanía General de Venezuela que se inició en 1777 y terminó definitivamente en 1821 (44 años).

Cada uno de esos períodos históricos ha tenido una duración de alrededor de medio siglo, es decir, casi dos generaciones; y entre uno y otro ciclo, invariablemente ha habido un proceso de transición que ha sido de crisis política severa, que ha tenido una duración de casi una generación. Exactamente, como si hubiera sido predeterminado históricamente, esos períodos de crisis han sido de 26 años entre el inicio de la crisis en cada ciclo y el logro de estabilidad en el ciclo subsiguiente.

Incluso ello ocurrió en el antecedente mencionado con la crisis del régimen colonial que se consolidó institucionalmente a partir de la creación de la Capitanía General de Venezuela en 1777. La crisis de ese régimen comenzó efectivamente casi 20 años después, en 1795 con la conspiración de San Blas de Madrid de 1795, que inspiró dos años después, en 1797, la conspiración de Gual y España en La Guaira, concluyendo el período de crisis en 1821, luego del fin de las guerras de independencia de Venezuela con la batalla de Carabobo, con la adopción de la Constitución de la República de Colombia de ese mismo año. Con ésta, y con Simón Bolívar a la cabeza, se logró una cierta estabilidad del régimen del Estado independiente que se había constituido después de la declaración de independencia en 1811. El tiempo de crisis y transición de un período a otro, en este caso duró 26 años (1795-1821), y fueron necesarias una guerra de por medio, las de independencia, incluso de carácter social, para que la transición pudiera ocurrir.

En cuanto al primer período republicano del Estado independiente semi federal establecido a partir de 1811, y restablecido en 1830, y que duró hasta 1863 cuando fue sustituido por el ciclo del Estado federal, la crisis política del mismo puede decirse que se inició en 1848 en el llamado día del fusilamiento del Congreso, y que luego de las guerras federales de 1859 a 1863, concluyó en 1874 con el logro de cierta estabilidad del período subsiguiente, el del Estado federal, con Antonio Guzmán Blanco a la cabeza. El tiempo de crisis y transición de un período a otro igualmente fue de 26 años (1848-1874), y también fueron necesarias unas guerras de por medio entre los dos bandos políticos e, incluso, también de carácter social, las guerras federales, para que la transición pudiera ocurrir.

Igualmente sucedió en el caso de la crisis política del período del Estado federal establecido a partir de 1863, que duró hasta 1901 cuando fue sustituido por el del Estado centralizado y autocrático. Esa crisis puede decirse que se inició con el vacío de poder que creó el mismo Guzmán Blanco cuando abandonó el

país en 1888, y que luego de la Revolución Liberal Restauradora de 1899, concluyó en 1914 con el logro de cierta estabilidad del régimen del Estado centralizado y autocrático subsiguiente, con Juan Vicente Gómez a la cabeza. El tiempo de crisis y transición de un período a otro también duró 26 años (1888-1914), y fueron también necesarias unas guerras revolucionarias entre caudillos de por medio, para que la transición pudiera ocurrir.

E igualmente puede decirse que ocurrió en el caso de la crisis del Estado autocrático centralizado establecido a partir de 1901, y que duró hasta 1961 cuando fue sustituido por el del Estado democrático centralizado. La crisis del mismo, también se inició con el vacío de poder que se produjo con el fallecimiento de Juan Vicente Gómez en 1935, y que luego de la Revolución de Octubre de 1945 y de la dictadura militar de Marcos Pérez Jiménez, concluyó en 1961, con el logro de cierta estabilidad del régimen democrático, con Rómulo Betancourt a la cabeza. En este caso, el período de crisis y transición de un período a otro también duró 26 años (1935-1961), y fueron necesarios varios golpes militares y a una dictadura militar de por medio para que la transición pudiera ocurrir.

Ese régimen del Estado democrático centralizado establecido a partir de 1958, y consolidado por la decisión de los partidos políticos a partir de la Constitución de 1961 al comprometerse a fortalecer y defender la democracia (que es el período que el cual hemos vivido), que es el cuarto ciclo político republicano, también entró en crisis política severa, igualmente de carácter terminal tal y como las que se han producido en los ciclos históricos anteriores. Esto, incluso, lo siente todo el país, pero no como historia contada sino como historia vivida.

El detonante de esta crisis del Estado centralizado democrático de partidos de la cual todos somos testigos, se puede fijar, no en el Caracazo de 1989 como muchos piensan, ni en los intentos de golpes de Estado militares de 1992 liderados por Hugo Chávez, sino en realidad en el año siguiente, en 1993, cuando los conductores de los partidos políticos que fueron los responsables de la instauración el régimen democrático, decidieron suicidarse y suicidarlos, uno de los partidos destituyendo y enjuiciando a su propio líder, en el otro caso, el principal líder barriendo a su propio partido; y a partir de allí, los líderes y sus partidos, al no reinventarse ni proceder a aliarse y a pactar para defender y reestructurar la democracia, no quisieron entender las amenazas reales que ya se habían formulado para su destrucción. Con esa actitud generaron igualmente un vacío total de poder que permitió que el primer aprendiz de brujo que pasara por la plaza del pueblo pudiera asaltar el poder, como sucedió al hacerlo junto con

los mismos militares que habían fracasado unos años antes en su intentona de asalto al poder por la fuerza militar.¹¹

Esa crisis política de la cual insisto todos hoy somos testigos, desarrollada desde 1993 y no en los últimos años, pero que ha seguido hasta el presente (2018), ya lleva 25 años de duración, agravándose, en este caso, con la guerra institucional, económica y social que quienes asaltaron el poder con la Asamblea Constituyente de 1999 declararon contra toda la población, para asegurar su sumisión, y con el único propósito de perpetuarse en el poder, pues como lo reconoció el mismo ex alto funcionario del gobierno antes mencionado, quien lo sirvió entre 2000 y 2017, el gobierno mismo – dijo - , ahora “se ha convertido en una plataforma [solo] para el ejercicio del poder.”¹²

En este panorama histórico que he descrito muy brevemente, si nos atenemos al estándar de duración de 26 años de crisis y transición política que ha habido entre los grandes ciclos históricos (1797-1821; 1848-1874; 1888-1914; 1935-1961), podríamos decir que la crisis que actualmente vivimos del último ciclo, del Estado democrático centralizado iniciado en 1961 ya ésta a punto de terminar, y también con una guerra de por medio, la que el Estado ha declarado contra la sociedad. Y ciertamente, después de 25 años, ya no da más el deterioro, ya no hay casi más nada que destruir en el país, habiéndose la crisis tragado ya a una generación.

La diferencia con los anteriores períodos de crisis política en fase terminal, sin embargo, es que en este caso aún no aparece clara la alternativa frente a la deformación del ciclo histórico del Estado democrático centralizado de partidos, luego de su destrucción, que aún está por formularse constitucionalmente. Lo que hoy tenemos después de 25 años desde su inicio, insisto, es solo una Constitución que no se aplica, y la total destrucción del Estado y de la sociedad, y de sus instituciones político constitucionales; siendo la alternativa para la transición el restablecimiento de la vigencia plena de la Constitución que nunca la tuvo.

Pero ahora, sin embargo, lo único que se percibe hacia el futuro en medio de esta crisis política, que no concluye, provocada por un gobierno que ha destruido y deteriorado todo en el país es, *por una parte*, un clamor del país y de

¹¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, Palabras de clausura del II Diálogo Presidencial sobre “¿Hacia la reinención de los partidos políticos?” y presentación de los libros publicados por IDEA: El referendo revocatorio presidencial en Venezuela y el abuso de poder y La crisis de la democracia en Venezuela, la OEA y la Carta Democrática Interamericana: Documentos de Luis Almagro,” Iniciativa Democrática España y las Américas IDEA, Cátedra Mezerhane sobre democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos, Miami Dade College, Miami 25 de octubre de 2017, en: <http://allanbrewer-carrias.net/site/wp-content/uploads/2017/10/1202.-conf.-Brewer-Palabras-de-clausura-IDEA-Miami-1.pdf> y en: <https://www.youtube.com/watch?v=5z6AYKw1gsk>

¹² Véase Rafael Ramírez, “El error fundamental,” en *aporrea.org*, 21 de enero de 2018, en <https://www.aporrea.org/actualidad/a258154.html>

la oposición por el restablecimiento y perfeccionamiento de la democracia, que fue el mismo grito que quedó frustrado en 1998; y *por la otra*, un régimen cuyo único objetivo político es asegurar su permanencia en el poder, lo cual por lo demás, se ha anunciado en forma pública, no recientemente, sino desde cuando el propio Presidente Chávez, amenazare en 2008, que “Lo que tenemos que garantizar es que si a Hugo Chávez le toca entregar el gobierno el 10 de enero de 2013 no sea a un contrarrevolucionario porque vendría la guerra aquí.”¹³ Aserto que ha sido ratificado una y otra vez con frases y tonos similares, por diversos y variados líderes gubernamentales ofreciéndole incluso a los venezolanos reducir a cenizas al país antes de entregar el poder.¹⁴

En Venezuela, por tanto, en estos momentos de crisis terminal se plantean dos opciones: por una parte, la del gobierno, que lo único que pretende hacia el futuro es perpetuarse en el poder y evitar a toda costa que quien quiera que sea de la oposición pueda volver a gobernar en el país, eliminando todo vestigio de democracia, pluralismo y alternabilidad; y por la otra, la de la gran mayoría del país, que lo que quiere es que la crisis desemboque en un proceso de reconstrucción y transición hacia la democracia.

Ante esta coyuntura, confrontándola con los hechos y ciclos históricos a los que antes me he referido, ciertamente podemos preguntarnos si la historia realmente se repite. Recordemos la famosa frase de Karl Marx al iniciare su estudio sobre “El 18 Brumario de Luis Bonaparte,” publicado inicialmente en la Revista *Die Revolution*, Nueva York, 1852. Allí expresó:

“Hegel dice en alguna parte que todos los grandes hechos y personajes de la historia universal aparecen, como si dijéramos, dos veces. Pero se olvidó de agregar: una vez como tragedia y la otra como farsa.”¹⁵

Si retenemos esto último, no hay duda en decir que nuestra historia política está llena de farsas, tragedias, zarzuelas, óperas y comedias que si las analizamos globalmente, encontramos en efecto que muchas veces se han repetido.

Ahora pensemos solo en la coincidencia de los tiempos de los períodos de crisis política entre cada ciclo de nuestra historia política que, como antes he resumido, han sido de 26 años. Y me pregunto: el hecho de que el último período

¹³ Véase en *El Universal*, Caracas 27 de enero de 2008

¹⁴ Iris Valera, Ministra del régimen y miembro de la Asamblea Nacional Constituyente dijo en agosto de 2017: “*Así dejemos a Venezuela en cenizas, no nos iremos del poder*”, y además agregó que todo aquel que venga a querer sacarlos del poder será fusilado.” Ver video en *arepadriario*, 26 de enero de 2018, en <http://arepadriario.com/asi-dejemos-al-pais-en-cenizas-no-dejaremos-el-poder/>. Igualmente en <http://www.tostonconsoda.com.ve/asi-dejemos-al-pais-en-ruinas-no-dejaremos-el-poder/>

¹⁵ Véase Karl Marx, *El 18 Brumario de Luis Bonaparte*, consultado en <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/panama/cela/tareas/tar122/04marx.pdf>

de crisis que es el que actualmente vivimos, ya lleva 25 años, ¿quiere esto decir que entonces que falta poco para que éste concluya? Es evidente que no podemos caer en determinismos históricos, pero por si acaso, al igual que la salvedad que hacen quienes niegan la existencia de brujas, en este caso quizás también tendríamos que decir que “de que vuelan, vuelan.”

En Venezuela, no hay duda de que la repetición de hechos históricos ha ocurrido en los grandes ciclos político constitucionales del país, cuyas respectivas crisis, en todos los casos, siempre han estado condicionadas, entre otros, por los mismos factores fundamentales del poder, que hoy también están presentes: la lucha entre la civilidad y el militarismo; la lucha entre las fuerzas centrífugas y las fuerzas centrípetas del territorio en el dominio del poder; y la lucha entre la democracia y la autocracia; lo que en definitiva, como lo dijo Faustino Domingo Sarmiento, es la lucha de siempre en nuestros países, entre la civilización y la barbarie.¹⁶

Hoy, en la fase final de la crisis política del ciclo histórico del Estado democrático centralizado, puede decirse que estamos precisamente en el vértice de esos tres factores del poder, por una parte, con un gobierno militarista, centralista y autocrático, que maneja un Estado fallido y que lo único que ofrece y pretende es perpetuarse en el poder; y por la otra, con fuerzas opositoras que están apostando por una alternativa civilista, descentralizadora y democrática, que el gobierno anuncia que impedirá que se pueda materializar a toda costa.

Esa es nuestra trágica realidad actual, resultado de las farsas históricas precedentes, siendo importante para comprenderla a cabalidad, recordar, estudiar y analizar los períodos político constitucionales del pasado, para poder tratar de escudriñar el futuro, del cual todos, absolutamente todos estamos ahora más pendientes que nunca, particularmente por la agudeza que percibimos tiene la crisis política que padecemos; la cual por lo demás, es la única que han conocido las nuevas generaciones.

Éstas, en realidad, no han sabido qué significa tener una estabilidad institucional, y más bien, de lo que han sido es testigos ha sido de un gobierno que solo ha estado guiado por el resentimiento demoleedor y por la técnica del desconcierto. Y todo ello agravado por la guerra económica y social declarada y conducida por el propio gobierno contra la población venezolana, para reducirla a mendigar y a la absoluta pobreza, particularmente cuando como ahora ocurre, una vez que ya ha sido destruido todo el aparato productivo del país por el propio Estado, ya no puede haber divisas para importar lo necesario para la

¹⁶ Véase Domingo Faustino Sarmiento, *Civilización o Barbarie*. Vida de Juan Facundo Quiroga (1845). Véase además, Asdrúbal Aguiar, *Civilización y Barbarie*, Editorial Jurídica Venezolana International, Miami 2018

sobrevivencia, pues las pocas que pueda generar la menguada exportación petrolera, excluidos los barriles pre-pagados o que deben entregarse para pagar deudas a China, Rusia y Cuba, o para pagar deuda pública, no alcanzan para nada.

El problema, en definitiva, en Venezuela, ciertamente es el petróleo, cuyo mal manejo después de haberse hecho depender absolutamente todo el país de su exportación será, lo que en definitiva, por la hambruna, desencadenará el desenlace.

Y eso será lo que provocará más temprano que tarde el colapso del régimen, aunado al hecho político de que ahora, como antes dije, el país carece de Constitución, pues la de 1999 desde el inicio se tornó en un papel que no tiene aplicación; agradado todo más recientemente con el desmantelamiento total de la democracia a partir del desconocimiento oficial del resultado de las elecciones parlamentarias de diciembre de 2015,¹⁷ lo que se hizo mediante una repugnante colusión fraguada entre el Ejecutivo, el Poder Electoral y el Tribunal Supremo de Justicia, despojándose completamente a la Asamblea Nacional de todos sus poderes, y dejándola como una entelequia vacía.¹⁸

Para ello, el Tribunal Supremo de Justicia dando un golpe de Estado asumió el rol de verdugo principal de la democracia, usurpando directamente las funciones del Legislador; y cuando ya no hubo posibilidad de continuar con esa tragicomedia, se produjo un nuevo golpe de Estado con la convocatoria inconstitucional y fraudulenta de la Asamblea Constituyente en julio de 2017, asumiendo la misma el poder total en contra de lo previsto en la Constitución de 1999,¹⁹ suplantando ahora la otrora dictadura judicial que comandó el Tribunal Supremo, por una dictadura constituyente.

Para ejercer ese poder absoluto, la Asamblea Constituyente se ha auto atribuido poderes soberanos y supra constitucionales que no puede tener, y ha llegado incluso a formalizar expresamente el golpe de Estado en sus decretos (en las “Normas para garantizar el pleno funcionamiento institucional de la Asamblea Nacional Constituyente en armonía con los Poderes Públicos constituidos” de agosto de 2017), copiando la fórmula tradicional usada en otros golpes de Estado,

¹⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional (De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impuso un gobierno sin legitimidad democrática, revocó mandatos populares de diputada y alcaldes, impidió el derecho a ser electo, restringió el derecho a manifestar, y eliminó el derecho a la participación política, todo en contra de la Constitución)*, Colección Estudios Políticos No. 8, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, 354 pp.; segunda edición, (Con prólogo de Francisco Fernández Segado), 2015, 426 pp.

¹⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La dictadura judicial y la perversión del Estado de derecho. El juez constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela* (Prólogo de Santiago Muñoz Machado), Ediciones El Cronista, Fundación Alfonso Martín Escudero, Editorial IUSTEL, Madrid 2017, 608 pp.

¹⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La inconstitucional convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en mayo de 2017. Un nuevo fraude a la Constitución y a la voluntad popular*, Colección Textos Legislativos, N° 56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 178 pp.

como la que está en las actas de las Juntas de Gobierno de 1947 y 1958, al señalar que “la Constitución de 1999 solo seguirá en vigencia, en todo aquello en lo que la Asamblea Constituyente no disponga lo contrario.”²⁰

Con ello, la Asamblea Nacional Constituyente simplemente borró la Constitución como norma suprema, pudiendo disponer lo que quiera, sin límites, siendo sus decisiones incontrolables por haber sometido a sus designios a todos los poderes del Estado, incluyendo al Tribunal Supremo de Justicia.

La historia, sin duda, puede decirse que con frecuencia se repite, pero aquí con el agravante de que de la farsa de entonces se ha pasado a la tragedia de ahora, pues lo que tenemos los venezolanos en estos últimos años de crisis terminal del período político de Estado democrático centralizado de partidos, que sin duda está próximo a acabar, no es otra cosa, como dije al inicio, sino un gobierno asambleario y tumultuario que actúa sin Constitución, conducido por un reducido grupo de asaltantes del poder, sin control alguno, configurándose como el reino de la arbitrariedad.

Por ello es que podemos decir que lo que actualmente vive Venezuela es una tragedia política; de manera que lo que en su momento pudo haber sido un gobierno de cambio para profundizar la democracia y que hubiera podido permitir iniciar con el propio Siglo XXI un nuevo ciclo histórico político de democracia descentralizada y participativa, como muchos creyeron que era lo que correspondía en 1998, desde 1999 no ha resultado otra cosa sino una deformación y caricatura de todos los vicios del ciclo iniciado en 1961, el cual, por tanto, puede considerarse que no ha concluido y continúa en crisis.

Por ello, en el cuadro de la historia ese será el mayor castigo que tendrá la tropa que asaltó el poder en 1999, que trastocó la democracia venezolana y que destruyó el país: el haberse constituido en la peor parte de los vicios del ciclo del Estado democrático centralizado, que no cambiaron, sino que acrecentaron, agregando a ello todos los problemas económicos y sociales que provocaron con su guerra contra los venezolanos, lo que ha afectado todo, incluso a la propia Administración del Estado. En toda nuestra historia es imposible encontrar, en efecto, mayor ineficiencia en el manejo de la Administración Pública como la que hoy padece el país, cuyos jefes, muchos de ellos militares, como “concejales hambrientos” según la vieja conseja castellana, llegaron al poder para saciarse en el marco de una corrupción nunca antes vista, y de una delincuencia organizada con repercusiones más allá de nuestras fronteras; marco en el cual no aparece el

²⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La gran usurpación basada en una gran mentira: La fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente no puede pretender imponerse sobre los poderes constituidos y menos sobre la Asamblea Nacional,” (documento), agosto 2017, en Allan R. Brewer-Carías, *Usurpación Constituyente 1999, 2017, La historia se repite, una vez como farsa y otra como tragedia*, Editorial Jurídica Venezolana International, 2018, pp. 491-505.

Contralor General de la República, dudándose incluso que realmente tal funcionario exista, habiéndose manifestado solo para inhabilitar opositores.

De todo lo anterior, en todo caso, lo que resulta cierto es que los signos definitivos de la autodestrucción del régimen o de su “apoptosis” no se han producido de la noche a la mañana, ni son manifestaciones del gobierno que se inició en 2013, sino que los mismos comenzaron a manifestarse desde hace lustros, durante todo el gobierno de Hugo Chávez, quien sin duda debe haber terminado sus días consciente de su fracaso; siendo ahora lo trágico de ello, como nos lo enseña la historia, que el fracaso de los dirigentes termina siendo el fracaso de la Nación entera.

Por todo ello, en la situación que tenemos en el país, más temprano que tarde se tendrá que recomenzar un nuevo ciclo de reconstrucción institucional como por los que Venezuela ha pasado en varias ocasiones en su historia, y que han caracterizado cada uno de los tiempos de crisis política que se han sucedido en el paso entre sus grandes ciclos político constitucionales, muchas veces, sin embargo, sin que la dirigencia haya aprendido las lecciones de la historia para corregir los errores hacia el futuro.

Pero queridos amigos, la historia es inexorable. Durante estos últimos 25 años de crisis que llevamos desde 1993, una generación ha desaparecido; hemos perdido 20 años de evolución política y hemos retrocedido décadas; y eso tiene sus consecuencias ineludibles, estando ya el país en una situación en la que el cambio, que es inevitable, parece que ya está por producirse, y pronto; en el cual los militares que gobiernan no tienen otra alternativa que no sea la de terminar de incinerar todo, o la de abrirle paso a un gobierno civil zafándolo de las garras extranjeras.

Es decir, ahora sí, el país, o entrará en el período más oscuro y horrendo de su historia, o saldrá de la pesadilla política que lo aqueja tan severamente. La situación es tan grave que en este mismo estadio, ya no hay posibilidad de que todo continúe igual como va.

El futuro va con todo, pues ya no queda más nada por destruir. Todo está demolido, de manera que con cara en el futuro, ya no hay casi nada que conservar, y lo que habrá que hacer es reconstruir. La democracia misma simplemente ya desapareció, y sin democracia, con un gobierno asambleario dictatorial y totalitario conducido por una Asamblea Constituyente con pretensiones de ser todopoderosa, con poderes ilimitados y sin control ni Constitución, y con posibilidades de funcionamiento *sine die*, no puede haber ejercicio democrático alguno pues no hay posibilidad de garantizar elecciones libres.

Ello nos conduce a que no hay otra alternativa inmediata para los que creen en la democracia que no sea sino la de acordar y pactar entre las fuerzas

democráticas para formar un frente común sólido, de manera que una nueva generación pueda irrumpir y asumir el liderazgo para el cambio que el país requiere. El futuro, en todo caso, si no queremos entrar en la oscuridad definitiva, exige afinar la imaginación creadora que tiene que ser desplegada, pues lo que no podemos hacer ahora, es no hacer nada.

Los partidos políticos, con vista a luchar por el restablecimiento de la democracia, solo pueden actuar con base en pactos y acuerdos políticos. Sin éstos no habrá posibilidad de alternativa contra el acaparamiento del poder y la política definida de no permitir la alternabilidad, como lo anunció el propio Presidente Chávez en 2008 al sentenciar que quienes antes de 1999 habían gobernado el país, “más nunca volverán a gobernar a Venezuela.”²¹ En realidad, en cuanto a las personas, el tiempo se ha encargado de ejecutar esa “orden,” ya que aquellos líderes que otrora gobernaron ya están muy viejos; pero en cuanto a las organizaciones políticas y el nuevo liderazgo, hasta ahora, han sido el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Supremo de Justicia, cabeza de la dictadura judicial, los que se han encargado de ejecutar la “orden,” solícitos, inhabilitando y eliminando los posibles contendores políticos.²²

Y precisamente, en esta situación es que ahora la inconstitucional y fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente ha decidido ordenar la convocatoria de la elección presidencial para el próximo mes de abril de 2018;²³ convocatoria que es totalmente descabellada y violatoria de la Constitución, además, inoportuna por anticipada, estando por supuesto viciada incluso en su motivación. Los motivos que se plasmaron en el texto de la convocatoria, fueron, *primero*, el hecho de que “los Estados Unidos de América y la Unión Europea han impuesto ilegítimas e ilícitas sanciones coercitivas y unilaterales” a funcionarios del régimen por violación de derechos humanos, lo que nada tiene que ver con que se adelante o no la elección presidencial; y *segundo*, que “la oposición venezolana se retiró de la mesa de diálogo alegando excusas fútiles,” – afirmación hecha incluso anticipadamente a lo que en efecto ocurrió después – pero que sin embargo nada explica sobre por qué, en una supuesta “retaliación,” se haya procedido a adelantar la elección presidencial.

Por supuesto, ninguna de esas dos “motivaciones” justifica una decisión política como la convocatoria anticipada de la elección presidencial, la cual por lo demás, ha sido repudiada en toda forma, por todas las instituciones no

²¹ Véase en *El Universal*, Caracas, 21 de enero de 2007

²² Véase Allan R. Brewer-Carías, *La dictadura judicial y la perversión del Estado de derecho. El juez constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela* (Prólogo de Santiago Muñoz Machado), Ediciones El Cronista, Fundación Alfonso Martín Escudero, Editorial IUSTEL, Madrid 2017, 608 pp.

²³ Véase *Gaceta Oficial* N° 41.327 de 24 de enero de 2018; y *Gaceta Oficial* N° 6361 Extra. de 23 de enero de 2018.

gubernamentales del país, como lo han expresado por ejemplo esta Academia, los profesores de derecho público de las Universidades y la Conferencia Episcopal de Venezuela; y además, como también se ha expresado en el ámbito internacional, bastando solo mencionar lo manifestado por ejemplo por los Cancilleres de los gobiernos de los países del Grupo de Lima a finales de enero de 2018, señalando que dichas elecciones, nunca podrán ser “democráticas, transparentes y creíbles,” exigiendo que “sean convocadas con una adecuada anticipación, con la participación de todos los actores políticos venezolanos y con todas las garantías que corresponda, incluida la participación de observadores internacionales independientes.”²⁴ Más recientemente, los mismos Cancilleres del Grupo de Lima, después de respaldar la decisión del Perú de declarar, por la alteración del orden democrático ocurrido en Venezuela, que la presencia del Presidente Nicolás Maduro “ya no será bienvenida” en la Octava Cumbre de las Américas a celebrarse en Lima en abril de 2018,²⁵ el 13 de febrero de 2018 expresaron mediante Declaración:

“1) Su más firme rechazo a dicha decisión, que imposibilita la realización de elecciones presidenciales democráticas, transparentes y creíbles, con la participación de todos los actores políticos venezolanos, con observación y estándares internacionales, y reiteran que unas elecciones que no cumplan con esas condiciones carecerán de toda legitimidad y credibilidad.

2) Exhortan al Gobierno de Venezuela a que reconsidere la convocatoria de las elecciones presidenciales de conformidad con lo señalado en el párrafo anterior y, apegándose a su propia normatividad, presente un nuevo calendario electoral.

3) Subrayan que no puede haber elecciones libres y justas con presos políticos, sin la plena participación de los partidos políticos y líderes detenidos o inhabilitados arbitrariamente, con una autoridad electoral bajo el control del Gobierno, sin la participación de millones de venezolanos en el extranjero imposibilitados de votar, convocada originalmente por la asamblea constituyente, órgano carente de legitimidad y legalidad, cuya existencia y decisiones no reconocemos.”²⁶

Igualmente recientemente, incluso, el Parlamento de la Unión Europea ha rechazado “cualquier decisión adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente por constituir una violación de todas las reglas y normas democráticas,” y ha

²⁴ Véase la información en *NTN24*, 23 de enero de 2018, en <http://www.ntn24america.com/noticia/grupo-de-lima-rechaza-adelanto-de-elecciones-en-venezuela-por-considerar-que-no-seran-transparentes-163435>.

²⁵ Véase la declaración de la Canciller del Perú, Cayetana Aljovín, 13 de febrero de 2018 en <http://cnnespanol.cnn.com/video/cumbre-america-grupo-lima-rescinde-invitation-maduro-sot-canciller-aljovin-vo-panorama/>

²⁶ Véase el texto en http://www.rree.gob.pe/SitePages/declaracion_conjunta.aspx?id=DC-002-18. Véase un resumen en la reseña “Los 10 puntos claves de las declaraciones del Grupo de Lima,” en *El Nacional*, 14 de febrero de 2018, en http://www.el-nacional.com/noticias/latinoamerica/los-puntos-claves-las-declaraciones-del-grupo-lima_223033

expresado que “la Unión [Europea] y sus instituciones, incluido el Parlamento Europeo, únicamente reconocerán unas elecciones que estén basadas en un calendario electoral viable y acordadas en el contexto del diálogo nacional con el conjunto de los actores pertinentes y partidos políticos en las que se cumplan unas condiciones de participación equitativas, justas y transparentes.”²⁷

Ante esta situación, lo único cierto es que el dilema que se le puede plantear a los venezolanos entre participar o no en el proceso electoral, es que de antemano ya se sabe que dicho proceso va a estar viciado y su resultado va a ser un fraude. Lo que se resuelva, por tanto, ante ello, tiene que ser el resultado de una acción política unitaria adoptada por el liderazgo político del país representado en todos los partidos y grupos políticos de la oposición, y en todo caso, con el objeto principal de seguir desenmascarando aún más el fraude que se pretende cometer, y además, boicotear activamente el que se cometa.²⁸

Y la decisión unitaria tiene que adoptarse teniendo siempre en cuenta que una de las variables impuestas por la usurpación constituyente, que es que la Asamblea Nacional Constituyente se auto-fijó un plazo de funcionamiento hasta agosto de 2019 (el cual podría prorrogar *ad libitum*), lo que implica que un presidente que se elija en 2018, para tomar posesión del cargo, deberá juramentarse ante la misma, reconocer su supremacía y someterse a sus designios.

Y ello, sin olvidar que en el ínterin, la Asamblea Constituyente podría simplemente cambiar la estructura del Estado, desdibujar la separación de poderes, eliminar la figura de un Presidente como Jefe del Ejecutivo electo en forma directa por el pueblo y consolidar un gobierno de Asamblea, con un Presidente que supuestamente sea electo por las organizaciones del Poder Popular, designado en forma indirecta por los agregados de los Consejos Comunales. De todo lo cual, la elección presidencial convocada, solo sería una burla más al país, que es lo más probable, como en definitiva y lamentablemente fue la elección parlamentaria de 2015.

²⁷ Véase Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 2018, sobre la situación en Venezuela (2018/2559(RSP)); <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=MOTION&reference=B8-2018-0087&format=XML&language=EN>

²⁸ Como lo apreció José Ignacio Hernández, después de analizar las opciones: “la participación en las elecciones debe ser valorada no en función de la probabilidad de que se admita la libre expresión ciudadana, sino en función de la probabilidad de que esas elecciones, y el fraude que las rodea, puedan propiciar un cambio político y constitucional. Bajo esta perspectiva, participar en las elecciones presidenciales podría ser una condición necesaria –pero no suficiente– para promover un cambio constitucional y político en Venezuela.” Véase José Ignacio Hernández, “Sobre las elecciones presidenciales ordenadas por la “ANC”, en *Prodavinci*, 23 de enero de 2018, en <http://prodavinci.com/sobre-las-elecciones-presidenciales-ordenadas-por-la-anc/>.

Por ello, como conclusión, a comienzos de enero pasado (de 2018) expresé que en la situación actual, en definitiva:

“No hay que hacerse ilusiones y menos hacer que el pueblo se las haga. En Venezuela no podrá haber elecciones libres mientras exista una Asamblea Nacional Constituyente que se ha auto-atribuido poderes supra constitucionales y absolutos, usurpándose los al pueblo, y que exige que los electos se rindan ante ella.”²⁹

Espero que estas reflexiones, aún con todos los inconvenientes que resultan de haberlas formulados desde lejos, puedan haber sido del interés de todos, agradeciendo una vez más la Academia, y particularmente al Dr. Rafael Badell, por la invitación que me formularon para participar.

²⁹ Véase en: Twitter: @arbrewercarias, 9 de enero de 2018.

La política social y construcción de un sistema nacional de protección social y laboral para los venezolanos

Maikel Bello, Pedro Rosas y Francisco Rojas¹

Sumario

- I. Introducción
- II. Por qué la necesidad de un Sistema Nacional de Protección Social y Laboral
 - A. Qué es un Sistema Nacional de Protección Social y Laboral
 - B. Qué son las Redes de Protección Social
 - C. Tipos de programas que componen las Redes de Protección Social (SSN)
 - i. Transferencias monetarias no condicionadas
 - ii. Transferencias monetarias condicionadas
 - iii. Transferencias en especie
 - iv. Programas de trabajo público
 - v. Exoneración de tarifa en servicios públicos
 - vi. Subsidios generales o universales
- III. Avance de los Sistemas de Protección Social en el mundo: Experiencias internacionales
- IV. Consideraciones relevantes al implementar programas de protección social
- V. Beneficios de un adecuado sistema de protección social
 - A. Consideraciones de la economía política de las reformas para Venezuela
 - B. Impacto positivo en crecimiento económico y bienestar social
- VI. Breve recuento de la política social en Venezuela (1958-2016)
 - A. La consolidación de la democracia (1958-1978)
 - B. El estancamiento del modelo rentista (1979-1988)
 - C. Los años de los ajustes macroeconómicos (1989-1998)
 - D. La revolución bolivariana (1999-2016).
- VII. Venezuela más parecido a un país Frágil y/o en conflicto que a uno “normal”
 - A. Particularidades al ser Venezuela un país en situación de fragilidad
- VIII. Recomendaciones de Política Pública
 - A. Programas sociales recomendados
 - i. Primera etapa: Atender la emergencia
 - 1. Programa de transferencias monetarias no condicionadas
 - 2. Medios de pago alternativos, más allá de la bancarización

¹ Los autores agradecen la asistencia de investigación a Yessica Vargas.

3. Programas de Alimentación Escolar
4. Programa de distribución de alimentos
5. Alianzas con ONG's y el sector privado
6. Alcance y costo
- ii. Segunda Etapa: Desarrollo del Capital Humano
 1. Programa de transferencia condicionadas
 2. Programa de Trabajo Público (Infraestructura social)
- iii. Tercera Etapa: Reformas estructurales
 1. Relanzamiento y reforma programas/institutos de capacitación y formación para el trabajo
- IX. Conclusiones

I. Introducción

Después de casi dos décadas de políticas desacertadas y férreos controles sobre la economía, Venezuela se enfrenta hoy a la peor crisis socioeconómica de su historia moderna. Luego de recibir los ingresos de un largo boom petrolero, el Estado venezolano se encuentra en último trimestre del 2016 al borde del impago de su deuda externa, habiendo utilizado estos ingresos petroleros para pagar inmensos booms de consumo privado y público, cubiertos en buena parte por importaciones, en detrimento del aparato productivo nacional. Estos altísimos ingresos petroleros no fueron suficientes para financiar el gasto de esos años, por lo que además se quintuplicó la deuda externa en apenas seis años entre 2006 y 2012. La crisis no puede achacarse a la caída del precio del petróleo, dado que la economía entró en recesión en el segundo trimestre del 2014, al menos un trimestre antes del inicio del desplome del precio de la cesta venezolana. Después de 16 años de la aplicación de distintas versiones de modelos intervencionistas y estatistas en el país, el PIB real per cápita en el año 2015 es, según estimados de investigadores del Centro Internacional de Desarrollo de la Universidad de Harvard, igual al del año 1999. Dieciséis años perdidos.

Con una economía en una vertiginosa trayectoria de deterioro, un Estado con una capacidad de respuesta cada vez menor, y una sociedad asediada por la escasez, altísima inflación, inseguridad, y el colapso de los servicios públicos, existe un amplio consenso alrededor de la necesidad de un cambio de rumbo, incluso entre grupos ideológicos opuestos. El debate público hoy en día se centra primordialmente en cuáles cambios hacer, y no en la pertinencia de hacer cambios.

Los niveles de retroceso y depresión económica son tales que existe una necesidad de reformas y ajustes en todos los ámbitos y sectores: salud, educación, empleo, seguridad, por nombrar los principales. Aun cuando cualquier programa de reformas deberá considerar la jerarquía, orden y ritmo de aplicación de las

distintas reformas, la mayoría de estos sectores requerirán eventualmente intervenciones profundas.

Cualquier programa de reforma que se emprenda, no importa su orientación ideológica, inicialmente afectará negativamente a los venezolanos, y en particular a los más vulnerables. Como se ha visto en experiencias pasadas en el país, y muchos otros ejemplos en el mundo, los ajustes que buscan corregir severos desequilibrios macroeconómicos, la reforma de sistemas de subsidios, y el desmontaje de intervenciones en el mecanismo de precios y demás controles, aun cuando pueden producir indiscutibles beneficios, también pueden afectar negativamente y de manera desproporcionada a amplios sectores de la sociedad. Un programa de reformas puede hacer ganadores de muchas personas, y al mismo tiempo dejar muchos más perdedores.

Un programa de reformas en Venezuela debe tener como uno de sus objetivos el establecimiento de un arreglo institucional que permita la operación eficiente de los mercados libres. Las ventajas y beneficios ofrecidos por estos han sido en buena parte marginados o bloqueados en Venezuela por el modelo crecientemente intervencionista impuesto desde 1999. Este nuevo arreglo institucional debe también reconocer la necesidad de remediar o compensar los efectos negativos o excesos de estos mercados libres, añadiendo entonces al objetivo de operación *eficiente* el de operación *equitativa* de los mercados, como parte del más amplio objetivo de justicia social.

Bajo este criterio, nace entonces la necesidad de programas sociales – conocidos también como medidas compensatorias o redes de protección social– en el corto plazo dadas las consecuencias descritas de las inminentes e impostergables reformas que debe afrontar Venezuela en el futuro próximo. Adicionalmente, es necesario diseñar un Sistema Nacional de Protección Social y Laboral con una visión inclusiva y equitativa del desarrollo, dentro de un marco institucional que fomente la iniciativa individual y la eficiencia, y con un horizonte temporal de mediano y largo plazo.

Existen actualmente en Venezuela subsidios generales altamente ineficientes y costosos, como el subsidio a los hidrocarburos y a las importaciones, que además se caracterizan por ser altamente regresivos, es decir, que benefician más a los segmentos de la población que menos lo necesitan. Un programa de reforma debe iniciar el desmontaje de estos subsidios, y su sustitución por subsidios focalizados. Es decir, reemplazar los subsidios a los productos por subsidios a las personas. Mientras los primeros conllevan la alteración de los sistemas de mercado, y de los mecanismos de precios, los segundos operan dentro del sistema de mercado. Existe en Venezuela precedentes de este tipo de programas y subsidios, como lo fueron el Vaso de Leche Escolar, y el Programa Alimentario Materno Infantil (PAMI). Como se expondrá en este

capítulo, los distintos tipos de subsidios a las personas son mejores herramientas para la corrección y compensación de los resultados no deseados del sistema de mercados libres, además de ser considerablemente más eficientes.

Los programas sociales son necesarios no solo por la pertinencia de sus objetivos (equidad, justicia social, reducción de la pobreza, entre otros), sino también desde el punto de vista de la economía política, por el papel que juegan en fomentar la estabilidad política y social requerida para la completa aplicación de un programa de reformas, y esto cobra mayor relevancia al llevarlo al caso de la Venezuela actual por las dimensiones de las distorsiones acumuladas en numerosos ámbitos. El rechazo social al programa puede llevar a los tomadores de decisiones a sacrificar partes de este, o a la modificación sub-óptima de los objetivos y planes, en aras de garantizar la viabilidad del gobierno. La dirección de dependencia va en ambas direcciones: la sostenibilidad en el largo plazo de un Sistema Nacional de Protección Social y Laboral requiere de políticas económicas y sociales coherentes y bien planificadas, y de un ambiente de estabilidad política y económica. Un ejemplo de esta dependencia es la virtual ausencia de mecanismos de protección social en Venezuela hoy en día, dado que el mal manejo de la economía en los últimos años los ha hecho insostenibles e impagables.

Las medidas compensatorias deben ser entonces partes integrales de cualquier programa de reformas desde su inicio. El diseño de cualquier programa de reformas (incluyendo programas de política social) parte de un conjunto de datos estadísticos e información que permiten realizar un diagnóstico objetivo y certero sobre la situación partida. Sin embargo, dada la opacidad del gobierno venezolano en cuanto a las estadísticas oficiales macroeconómicas, sociales y demográficas, el diseño adecuado de programas sociales por entes o agentes externos al gobierno puede ser bastante difícil. En ausencia de información adecuada sobre las necesidades de la población y de los potenciales beneficiarios, se dificulta la preparación de programas con estipulaciones y características específicas, y con cálculos de costo con niveles de confianza aceptables.

Aun cuando no tenemos acceso a estadísticas oficiales sobre la evolución reciente de pobreza en el país, es ampliamente conocido por los venezolanos que el deterioro en su bienestar y poder adquisitivo ha sido muy acelerado en los últimos tres años. Esto se ve reflejado en los resultados del Estudio de Condiciones de Vida (ENCOVI) realizado por las universidades UCAB, USB y UCV, entre otras instituciones, que ha sido una respuesta ante la falta de publicación de estadísticas por parte del Estado. Otra herramienta importante son las mediciones de consultoras privadas sobre escasez de bienes básicos y estimación de inflación.

De acuerdo con la última edición de Encovi² publicada en febrero de 2017, el 81.8% de los hogares venezolanos se encuentra en situación de pobreza de ingresos, un incremento del 70% en comparación al año 2014, en el que la cifra era de 48%, y del 12% respecto al año 2015, en el que se estimaba que el 73% de los hogares eran pobres de ingresos. El profundo impacto de la crisis y la rapidez del deterioro de la situación social se evidencia en la alta proporción de personas en situación de pobreza reciente, con el 49,38% de la población en situación de pobreza reciente. Sin embargo, el peso de la pobreza reciente ha ido disminuyendo, mientras ha aumentado el peso de la pobreza crónica: en el año 2014, cerca de 33% de los pobres eran pobre crónicos, y 67% eran pobres recientes; para el año 2016, la proporción de pobres crónicos había aumentado a 39%, y la de pobres recientes disminuyó hasta 61%. El informe de Encovi del año 2015 registraba un aumento en el número de pobres de un 53%, de cerca de 15 millones de personas, a 23 millones de personas, o el 75,6% de la población.

² En la ENCOVI para la medición de pobreza se utiliza el método integrado, el cual combina los métodos de la línea de pobreza (usa el ingreso como medida de bienestar) y las necesidades básicas insatisfechas (mide necesidades básicas estructurales), dividiendo a la población en 4 grupos.

- i) **Pobres crónicos:** presentan limitaciones en el acceso a las necesidades básicas (vivienda, educación, salud, infraestructura pública, etc.), y a su vez tienen ingresos o consumos deficientes.
- ii) **Pobres recientes:** tienen sus necesidades básicas satisfechas, pero sus ingresos o gastos están por debajo de la línea de pobreza.
- iii) **Pobres inerciales:** no presentan problemas en ingresos o gastos, pero tienen al menos una necesidad básica insatisfecha.
- iv) **No Pobres o integrados socialmente:** no tienen problemas de necesidades básicas ni de ingresos.

Tabla 1: Método Integrado de Pobreza

		Pobreza Estructural				Pobreza Estructural					
		2014	No Pobre	Pobre			2015	No Pobre	Pobre		
Pobreza Coyuntural	No Pobre	No Pobres	44,7%	Pobreza Inercial	6,1%	Pobreza Coyuntural	No Pobre	No Pobres	23,1%	Pobreza Inercial	5,5%
	Pobre	Pobreza Reciente	33,1%	Pobreza Crónica	16,1%		Pobre	Pobreza Reciente	47,1%	Pobreza Crónica	24,3%

		Pobreza Estructural			
		2016	No Pobre	Pobre	
Pobreza Coyuntural	No Pobre	No Pobres	16,4%	Pobreza Inercial	3,18%
	Pobre	Pobreza Reciente	49,38%	Pobreza Crónica	31,09%

Estudio ENCOVI, 2014, 2015 y 2016

Fuente: Encuesta Nacional de Condiciones de Vida 2014, 2015 y 2016 (UCAB, UCV y USB)

Estas cifras coinciden con la información oficial recientemente divulgada por el INE³, en que se ha registrado un deterioro en las estadísticas de pobreza y de consumo de alimentos hasta principios de 2015.

El estudio de ENCOVI también ofrece indicadores sobre el principal grupo de programas sociales del actual gobierno, las Misiones Sociales. Para finales del año 2015, solo el 28% de la población –de la cual, recordemos, el 81,8% se encuentra en situación de pobreza– era beneficiaria de alguna de estos programas. Las Misiones Sociales sufren además de problemas de selección y focalización de beneficiarios ya que, de acuerdo al estudio, solo el 41% de los beneficiarios se encuentra en situación de pobreza estructural.

Conocer el alcance y el desempeño de las cuarenta y dos Misiones Sociales implementadas en los últimos 13 años es especialmente difícil para observadores externos al gobierno, dada la falta de transparencia sobre estos programas. De acuerdo a Transparencia Venezuela, una Organización No Gubernamental dedicada a la promoción de estrategias contra la corrupción, el gobierno no ha

³ Estadísticas de Pobreza en la página web del INE, disponibles en: http://www.ine.gov.ve/index.php?option=com_content&view=category&id=104&Itemid=45#

ofrecido información que permita saber cuántas personas se han beneficiado de las Misiones, qué resultados se han obtenido, ni cómo ha sido el manejo y destino de los más de 344 millardos de dólares asignados a los programas.

La empresa Datanálisis ofrece también un estimado relevante para el diagnóstico de la situación socioeconómica actual, a saber, un indicador de los niveles de escasez que enfrentan los venezolanos, la cual estima ha fluctuado entre 75-83% a lo largo del 2016. Es decir, los consumidores solo consiguen en los comercios, en promedio, dos de los diez productos básicos que están buscando. Este dato corresponde a estudios en la ciudad de Caracas, la cual por lo general ha gozado de mejores niveles de abastecimiento que el resto del país en los últimos años. Para poner estas cifras en perspectiva, la escasez promedio entre 2007 y 2012 fue de 17% según estudios de Datanálisis.

El tamaño del reto es, sin duda, enorme.

Con miras a ofrecer un resumen de las opciones de programas sociales disponibles para los hacedores de políticas, en este capítulo presentaremos distintos tipos de intervenciones y medidas compensatorias, haciendo énfasis en las que consideramos más adecuadas para Venezuela en el corto y mediano plazo dadas las necesidades de la población que requieren mayor y más pronta atención, y las capacidades del Estado venezolano para ejecutar y monitorear estos programas. Siguiendo la clasificación usada por organismos internacionales como la FAO y el Banco Mundial entre otros, estos programas son: transferencias monetarias, transferencias monetarias condicionadas, programas de obras públicas, transferencias en especie, subsidios generales, y exoneración de tarifas.

II. Por qué la necesidad de un Sistema Nacional de Protección Social y Laboral

Como ya hemos dicho, la situación por la que atraviesa Venezuela pone en evidencia que el modelo implementado de programas sociales a través de las misiones sociales ha fracasado, entre otras cosas en su rol de mecanismos de protección social. Hoy en día existe una virtual ausencia de mecanismos de protección social en Venezuela, dado que el mal manejo de la economía en los últimos años los ha hecho insostenibles e impagables, y además su diseño e implementación los cargó de vicios, como la politización, sectarismo, y exclusión, los cuales desvirtuaron sus objetivos. El hecho de que alrededor de 80% de la población venezolana esté en situación de pobreza o vulnerabilidad siendo un país considerado como de ingresos medio-altos, es un fiel reflejo por un lado de la ausencia de protección y por otro del fracaso de las políticas gubernamentales.

A. Qué es un Sistema Nacional de Protección Social y Laboral

Es por ello, que planteamos la necesidad de construir un verdadero Sistema Nacional de Protección Social y Laboral (SNPSL).

Las definiciones de la protección social abundan, pero nuestro caso usaremos la definición que hace el Banco Mundial en su reporte de estrategia de Protección Social 2012-20.

Los sistemas de protección social y laboral, sus políticas y programas ayudan a los individuos y sociedades a gestionar el riesgo y la volatilidad, los protegen de la pobreza la miseria y la exclusión social, a través de instrumentos que mejoren la resiliencia, equidad y oportunidad.

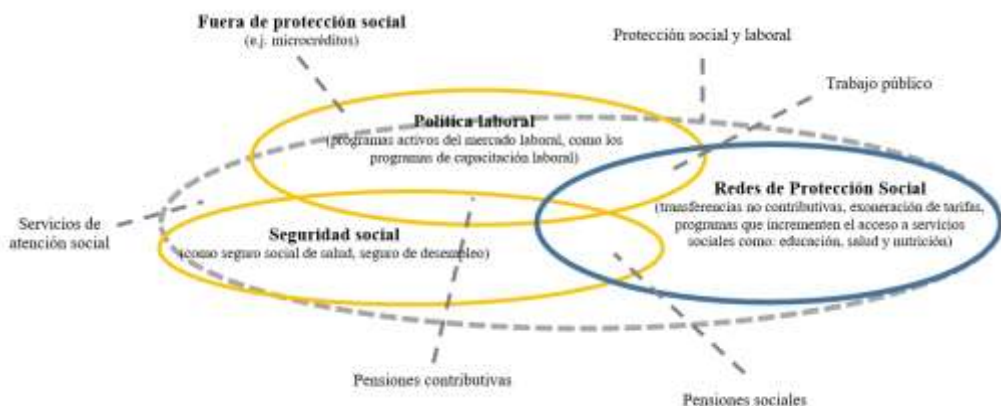
El Banco Mundial es una organización que ha realizado grandes esfuerzos en los últimos quince años en el estudio y promoción de adecuados mecanismos de protección globalmente, y ha participado activamente en el desarrollo de programas, políticas y sistemas de protección social. Otros multilaterales y organismos internacionales también han dedicado tiempo y recursos importantes en esta labor.

A raíz de estos esfuerzos se han obtenido aprendizajes importantes. Entre ellos está el hecho de que cada vez existe mayor consenso en que desarrollar sistemas protección social y laboral no puede asumirse con el enfoque de una “receta para todos”; es necesario considerar los distintos contextos de cada país, aunque apoyándose en la evidencia acumulado de experiencias globales. Es el mismo enfoque recomendado al momento de determinar estrategias de desarrollo para un país en particular.

La protección social puede ser proporcionada en efectivo o en especie, a través de esquemas no contributivos, proporcionando beneficios universales o focalizados en la pobreza como la asistencia social o las redes de protección social (*social safety nets*, en inglés). Un SNPSL también incluye sistemas de seguridad social contributivos como las pensiones, seguro de salud y el seguro de desempleo, así como otras políticas del mercado de trabajo. De estos regímenes contributivos el más común es el seguro social.

La protección social debe promover también la construcción de capital humano, activos productivos e impulsar el acceso a puestos de trabajo productivos a toda la población con especial énfasis en los grupos vulnerables.

Gráfico 1: Componentes de protección social



Fuente: The State of Social Safety Nets, 2015 (Banco Mundial)

Cuando se piensa en los principios rectores que deben regir un SNPSL se habla de Equidad, Resiliencia y Oportunidades. Mientras que en la literatura sobre protección social también se usan los términos equivalentes de Prevención, Protección y Promoción.

La FAO y el BM mencionan como los grandes objetivos de un SNPSL, los siguientes:

- Reducción de la pobreza: para estimular el crecimiento favorable de los pobres, y hacer más inclusivo y sostenible el desarrollo de los países.
- Gestión del riesgo social: proteger ante choques de entorno. Por ejemplo, seguros climáticos.
- Equidad: tales como la redistribución de la tierra, el cumplimiento de los contratos y los derechos de propiedad, educación universal, redes de seguridad o protección social.
- Protección social: incluyendo la política laboral, de seguridad social contributivo, y la asistencia social, así como las redes de seguridad o protección social.

Para aumentar las probabilidades de éxito en la consecución de estos objetivos, en función a la experiencia acumulada, es necesario modificar características clave de los sistemas de protección social. Estos cambios necesarios o recomendaciones de “buenas prácticas” se resumen de la siguiente manera:

- Ir de la fragmentación a sistemas unificados
- Ir de la exclusión a la inclusión
- Ir de menos a más productivos
- Pasar de estructuras inflexibles e inoperantes a estructuras adaptativas con capacidad de respuesta efectiva.

B. Qué son las Redes de Protección Social

Un componente relevante en un SNPSL o política social son las redes de seguridad o protección social (a partir de este momento usaremos las siglas SSN, por las siglas en inglés de “*social safety nets*”, para referirnos a las redes de protección social). Cuando hablamos de estas redes nos referimos a programas de asistencia social y/o transferencias sociales.

La FAO y el BM definen las SSN como medidas o intervenciones diseñadas para proporcionar un apoyo regular y predecible a las personas pobres y vulnerables. Tienen entre sus objetivos:

- Reducir la pobreza a través de la redistribución de la riqueza.
- Proteger a las familias en momentos de crisis de ingresos para asegurar un nivel mínimo de bienestar o piso de subsistencia.
- Asegurar un nivel mínimo de nutrición.
- Ayudar a las familias a manejar el riesgo social.
- Mejorar el nivel de vida.

Ejemplos de programas de SSN incluyen las transferencias monetarias (condicionadas o no), las transferencias en especie (entrega de comida, programas de comida escolar, *vouchers* o cupones, entre otros), la exoneración de tarifas para la educación y la salud, y los programas de trabajo público.

Un sistema de SSN consiste en una combinación de programas (por ejemplo, en las transferencias en especie pueden combinarse con programas de trabajo público como trabajo por alimentos), y la secuencia correcta que permite sinergias y maximiza el impacto en la práctica. La elección y escala de los programas varía según el contexto local.

Los países necesitarán una mezcla de programas de protección social para cubrir diferentes riesgos y los grupos destinatarios. Cada programa requiere una administración diferente y se diseñará de acuerdo a diferentes consideraciones de economía política.

Según la FAO, un buen sistema de protección es más que una colección de programas bien diseñados y bien implementados. También debe exhibir los siguientes atributos para cumplir con sus objetivos:

- Apropiado: Responde a las necesidades particulares del país, y complementa otros elementos de la política pública.
- Adecuado: Cubre los diversos grupos en necesidad de asistencia, por ejemplo, grupos vulnerables (niños, personas de la tercera edad y mujeres), pobres crónicos y transitorios.
- Equitativo: Trata a los beneficiarios de manera justa y equitativa. Es decir, brinda las mismas ventajas a los beneficiarios iguales en todos los aspectos importantes (equidad horizontal), y más generosos beneficios para los beneficiarios más pobres (equidad vertical).
- Costo-Efectivo: Canaliza la mayor parte de los recursos del programa a los grupos objetivo previstos y economiza los recursos administrativos necesarios para implementar el programa.
- Incentivos compatibles: Promueve resultados conductuales positivos entre los beneficiarios.
- Dinámico: Evoluciona con el tiempo ya que la economía crece y cambia, está sujeta a choques imprevistos y existen tendencias globales que aumentan los riesgos sociales como la mayor urbanización, cambios demográficos, entre otros.
- Sostenible: Que sea financiera y políticamente sostenible.

Las SSN, en los últimos años, se han convertido en componentes importantes de la política económica en los países de ingresos bajos y medios. Esto se explica por la creciente comprensión de la necesidad de gestionar el riesgo en sectores importantes de la sociedad como parte de una estrategia global de reducción de la pobreza y de mayor inclusión. Este cambio en cómo se entienden y enfocan las SSN ha facilitado su incorporación cada vez frecuente como parte de estrategias de largo plazo para el desarrollo socio-económico de los países, y no sólo como medidas voluntaristas para tiempos de crisis.

Sin embargo, las SSN en los países de bajos ingresos y en situación de fragilidad están sujetos a una serie de desafíos que incluyen la escasa capacidad administrativa, los limitados recursos disponibles y la baja calidad de los servicios públicos.

Además de lo anterior, es importante aclarar que la tendencia en el mundo es pasar de programas sociales de subsidio general (subsidio a los productos que son altamente regresivos) hacia subsidios focalizados a las personas como los son los SSN, y ahí reside parte de su popularidad.

La experiencia reciente de Venezuela pone en evidencia una vez más que los subsidios generales indiscriminados mantenidos por tiempo prolongado crean estructuras de incentivos perversas, que generan distorsiones que eventualmente crean entornos excluyentes y que limita cualquier posibilidad de generar desarrollo sustentable.

Venezuela debe volver a darle la cara al mundo y al acervo de conocimiento de la humanidad en todos los ámbitos posible. Uno de esos ámbitos en donde se ha acumulado gran conocimiento y aprendizaje es en el diseño e implementación de sistemas de protección social.

C. Tipos de programas que componen las Redes de Protección Social (SSN)

La clasificación de los distintos tipos de programa que componen las SSN se ha ido estandarizando a lo largo del tiempo. Los organismos multilaterales e internacionales usan actualmente la siguiente clasificación de programas de SSN:

- Transferencias monetarias (condicionadas y no condicionadas)
- Transferencias en especie
- Programas de trabajo público o de obras públicas
- Exoneración de tarifas en servicios públicos
- Subsidios generalizados

A continuación, las explicaremos de manera resumida y mencionaremos su posible aplicabilidad y/o utilidad para el caso venezolano.

i. Transferencias monetarias no condicionadas

Este tipo de programas como su nombre lo indica se refiere a transferencias directas de dinero dirigidas a personas u hogares que cumplan con ciertos criterios de selección. Las transferencias monetarias aumentan los ingresos reales y el consumo de los hogares pobres. Su propósito es mitigar la pobreza, promover la equidad, sortear las crisis y facilitar la implementación de programas de reformas. Este tipo de programas o intervenciones son cada vez más populares tanto en países de ingresos bajos como en los de ingreso medio-alto.

Las transferencias monetarias se consideran convenientes en las siguientes circunstancias:

- Cuando hay disponibilidad de productos de primera necesidad, de modo que los beneficiarios puedan comprar en los mercados locales.

- Cuando el suministro de los servicios sociales es muy limitado como para introducir las transferencias condicionadas.
- Para los hogares con altos niveles de dependencia (por ejemplo, hogares monoparentales).

Entre las ventajas que ofrece este tipo de intervenciones destaca que ofrecen flexibilidad y libertad de elección en términos de cómo se puede utilizar el dinero otorgado a los beneficiarios. Además, son un instrumento sencillo para hacer frente a la pobreza en la mayoría de las circunstancias, siempre y cuando haya disponibilidad de alimentos para la población.

Para el caso venezolano, haya o no iniciativas de reformas en el muy corto plazo, los programas del estilo transferencias monetarias no condicionadas debieran implementarse lo antes posible dada la crítica situación actual.

Dada los altos niveles de escases y desabastecimiento en el país, es vital que cuando se implemente este tipo de intervenciones debe complementarse con acciones que aseguren la disponibilidad lo más inmediato posible de los bienes básicos. En una fase inicial de reformas se puede recurrir a acciones complementarias como planes de importaciones de emergencia, aceptación de donaciones de países y organismos internacionales, promoción y reactivación de la producción nacional, fortalecimiento de la institucionalidad y de las capacidades operativas del sector público, entre las más importantes.

El reto que presentan es uno común al resto de las SSN y se refiere a una eficiente selección de la población objetivo, y la determinación del monto de la transferencia.

ii. Transferencias monetarias condicionadas

Los programas de transferencias monetarias condicionadas (TMC) son una parte del rápido crecimiento de las SSN. Las primeras intervenciones de este tipo comenzaron en América Latina durante la década de los noventa, al poco tiempo se convirtieron en programas populares, y ya para 2015 estaban activos en más de 60 países en todo el mundo.

Estos programas ofrecen dinero a las familias y personas objetivo, principalmente pobres, que cumplan con ciertos requisitos o condiciones como, por ejemplo, mantener a sus hijos en la escuela o llevarlos a controles médicos regularmente. Las TMC han demostrado que aumentan los ingresos de los hogares pobres en el corto plazo, y en el largo plazo promueven la inversión en el capital humano de los pobres, rompiendo así el ciclo intergeneracional de la pobreza.

Las TMC se consideran apropiadas cuando:

- Es posible contar con objetivos bien definidos de capital humano, ya que las TMC tienen potencial para mejorar resultados en indicadores de salud y educación, cuando están bien diseñadas e implementadas.
- Hay disponibilidad de servicios como salud y educación.
- Las limitaciones administrativas no sean demasiado grandes, ya que las TMC requieren un mayor nivel de prestación de servicios de administración y seguimiento en comparación con otros tipos de SSN.

Las TMC muestran en numerosos estudios efectos positivos sobre el consumo y mejoras en la acumulación de capital humano entre sus beneficiarios [por ejemplo: Alderman y Yemtsov (2013); Schady y Rosero (2008); Attanasio, Battistin y Mesnard (2012)]. Sin embargo, estos programas no parecieran ser convenientes para incluirlos en una primera fase de medidas de emergencia a nivel de protección social para Venezuela, dadas las restricciones actuales que sufre el país.

Los programas de TMC por sí solos no serán capaces de romper el ciclo de transmisión intergeneracional de la pobreza, si la disponibilidad y la calidad de los centros de salud y escuelas es insuficiente, o si no hay puestos de trabajo o medios de vida adecuados que estén disponibles después que los beneficiarios se gradúen del programa y sean capaces de generar ingresos que les permitan su independencia. Lamentablemente la Venezuela de 2016 no ofrece estas condiciones.

Por otra parte, la selección de las condiciones y la definición de los objetivos que deben alcanzarse es necesario que estén basados en información y estadísticas oficiales de buena calidad, y además deben tener en cuenta la deficiencia específica de desarrollo del capital humano a tratar. Como ya hemos comentado, las condiciones actuales de falta de información oficial dificultan el diseño de políticas públicas por agentes externos al gobierno actual.

Adicionalmente, el Estado también adolece de debilidades en su capacidad burocrática y administrativa. Un aspecto fundamental para la implantación exitosa de las TMC es el contar con una buena capacidad de administración, diseño e implementación del programa, así como también contar con capacidad de seguimiento para la verificación del cumplimiento de las condiciones de los programas.

Esto no quiere decir que las TMC no puedan provechosas para el país, sino que, para asegurar el cumplimiento de sus objetivos y adecuado funcionamiento, se recomienda postergar su implementación para una segunda fase. Aun así, es necesario comenzar a trabajar en las TMC lo antes posible, en distintos frentes como lo son: reconstruir capacidades en la Administración Pública en general, a

través de asistencia técnica de organismos internacionales y/o de instituciones e individuos venezolanos, para fortalecer las capacidades de diseño, gestión y monitoreo de las TMC; y rehabilitar los servicios públicos para que puedan atender a beneficiarios de programas sociales y al resto de la población.

iii. Transferencias en especie

Dentro de los programas de transferencias en especie se destacan los programas basados en la transferencia de alimentos. Estos programas buscan asegurar el acceso a los alimentos para los hogares afectados cuando más lo necesitan y menos posibilidades tienen de proveerse ellos mismos. Entre los distintos esquemas de intervenciones más usados en este tipo de programas están: los programas de alimentación escolar, programas de alimentos por trabajo, la entrega de cupones y vales de comida, la distribución de alimentos de emergencia y la alimentación suplementaria.

Las SSN basadas en la entrega de alimentos son apropiadas cuando:

- Se dispone de alimentos y no de dinero.
- Los precios son demasiado altos o los alimentos no están disponibles debido a ineficiencias de los mercados, o estos se encuentran desplazados o “secuestrados”.
- Se necesitan intervenciones nutricionales para proteger a personas en situación de inseguridad alimentaria.

Las transferencias de alimentos son la primera opción de SSN en contextos de emergencia, ya que se consideran cruciales para salvar vidas y ofrecer los medios de subsistencia durante y después de una crisis. La prontitud en la prestación del apoyo, y la disponibilidad de los recursos necesarios, son elementos clave para su implementación eficiente.

En Venezuela, dada la coyuntura que atraviesa en la actualidad, cualquier gobierno debe plantearse como prioridad garantizar el acceso a la alimentación y medicamentos de toda la población, no sólo de los más pobres y vulnerables. Deberán diseñarse mecanismos diferenciados según condiciones diferenciadas, y prever la evolución del programa en la medida que se avance en la estabilización de la economía.

Por otro lado, estos programas plantean retos como la necesidad de evaluación continua para asegurar que las intervenciones sean apropiadas, y procurar que no tengan impactos adversos en el mercado, o generen una estructura de incentivos no conveniente.

iv. *Programas de trabajo público*

Estos programas proporcionan a los trabajadores no cualificados con empleos en tiempos de crisis. Los programas de empleo público (también conocidos como programas de obras públicas) proporcionan empleo temporal a un nivel de salarios bajos, en comparación a niveles de mercado, con foco en trabajadores no cualificados en proyectos intensivos en mano de obra. El tipo de proyectos difiere significativamente entre países en función a sus necesidades y objetivos.

Este tipo de programas se consideran apropiado cuando:

- El desempleo es alto tras el colapso de un mercado de trabajo, local o nacional, durante crisis económicas y/o en eventos de desastre natural.
- Existe un componente estacional muy marcado en el desempleo y se encuentra en niveles altos.
- El seguro de desempleo es inexistente o con cobertura muy baja.

Los programas de trabajo público se iniciaron, con resultados muy positivos, en países de ingresos bajos con altos niveles de pobreza y en países de ingresos medios.

La mayoría de países suramericanos han implementado algún programa de trabajo público en las últimas décadas.

La justificación de los programas de obras públicas, en un contexto de pobreza o emergencia, se fundamenta en las siguientes consideraciones:

- Los programas proporcionan transferencias de ingresos a los hogares pobres en momentos críticos.
- Los programas de empleo de emergencia, bien diseñados, construyen infraestructura necesaria y por lo tanto minimizan el posible dilema entre direccionar gasto público a transferencias de ingresos en comparación con hacerlo en gasto público para el desarrollo.
- Los activos que crean estos programas, al ser de larga duración, tienen el potencial de generar beneficios en etapas posteriores al desarrollo de la infraestructura necesaria.
- Los programas pueden ser fácilmente enfocados en zonas geográficas específicas que tengan altas tasas de desempleo y de pobreza.

Los programas de obras públicas difieren en relación con el tipo de actividad involucrada, el tipo de modalidad de pago (es decir, dinero en efectivo o alimentos), el tipo de trabajo proporcionado, y el nivel de intensidad de trabajo.

En el caso venezolano, una importante fracción de la fuerza laboral del país se encuentra en situación de vulnerabilidad y/o inestabilidad laboral. Los niveles de informalidad se mantienen en niveles alrededor de 50% o más, y el desempleo y subempleo alcanzan cifras que rondan el 20% de la población. Adicionalmente, muchos venezolanos han seguido la estructura de incentivos creada por el gobierno, al dedicarse al arbitraje del diferencial cambiario de diversas maneras, y a la reventa de productos escasos, en lugar de hacerlo a trabajos productivos.

Los programas de obras públicas son un ejemplo de intervenciones que, al igual que las TMC, pudieran implementarse en Venezuela en una segunda fase de medidas relacionadas con reformas en el área de protección social. El retraso en la implementación responde a características inherentes a este tipo de programas que, por una parte, pueden dificultar su ejecución en el corto plazo y, por otra, que hacen la estabilización de la economía un prerrequisito a su implementación.

Como estos programas tienden a estar asociados a proyectos de infraestructura, el costo de los programas puede ser bastante alto, por lo que puede tomar tiempo disponer de los fondos o el financiamiento necesario. Por otra parte, si las obras escogidas son infraestructuras con altos niveles de complejidad, el diseño y preparación de los proyectos de ingeniería puede a su vez tomar tiempo. También es importante contar con niveles adecuados de capacidades de gestión operativa y financiera en los entes públicos relacionados con la ejecución de los programas y las obras.

Los programas de trabajo público pueden combinar la creación de empleo a corto plazo con el desarrollo de la infraestructura pública, y pueden ser complementados con programas de entrenamiento y capacitación de los empleados, y con incentivos al ahorro de los participantes del programa.

v. *Exoneración de tarifa en servicios públicos*

El objetivo principal de programas de exoneración de tarifas y becas es reducir las barreras financieras que impiden a los pobres acceder a servicios públicos, tales como servicios de educación y salud. Estos programas generalmente reembolsan a los hogares y/o a proveedores de servicios los gastos efectivos asociados a la prestación del servicio.

Estos instrumentos están dirigidos a grupos predeterminados de personas que de otra forma no tendrían acceso a estos servicios, y se considera que es apropiado aplicarlos cuando:

- Los servicios sociales son proporcionados a niveles de tarifas que pueden excluir a los sectores pobres.

- Los servicios de salud y educación están disponibles.
- Existe suficiente capacidad administrativa.
- Los proveedores tienen acceso a fuentes alternativas de ingresos.

Dado el deterioro en la prestación de servicios públicos en Venezuela y a la merma en la capacidad de ejecución del sector público, este tipo de programas sería posible considerarlos en fases posteriores de las reformas.

vi. *Subsidios generales o universales*

Los subsidios de precios generales o universales son medidas dirigidas a controlar los precios para reducir el costo efectivo pagado por los consumidores. Los principales tipos de subsidios desde una perspectiva de las SSN incluyen subsidios a los precios de los alimentos y los subsidios a la energía y de servicios públicos. En la mayoría de los países los subsidios de precios de los alimentos tomaron, en un principio, la forma de subsidios universales de base amplia y son parte de un esfuerzo general de estabilización de precios.

En muchos países los programas de subsidios fueron un instrumento popular, ya que se podían introducir de forma rápida y requerían un mínimo esfuerzo administrativo, en particular si eran subsidios indirectos (o generales).

Los subsidios generales se pueden usar cuando los precios de los productos básicos esenciales son demasiado altos y se necesita una intervención rápida (por ejemplo, después de la aparición de una crisis si existen estructuras adecuadas de mercado).

En los últimos años, sin embargo, las siguientes preocupaciones principales se han planteado:

- Deben ser usados solo por un tiempo limitado (por ejemplo, durante una crisis).
- El costo fiscal de las subvenciones impone una carga para la economía, es difícil de predecir, y puede llegar a ser insostenible.
- La mayoría de los programas de subsidios tienden a ser universales y por lo tanto su impacto distributivo es regresivo; es decir, benefician más a los hogares no pobres que tienden a consumir más de una mercancía en términos absolutos.
- Las subvenciones pueden distorsionar los mercados e incentivos, sobre todo en el consumo de energía.
- Una vez establecidos son difíciles de eliminar debido a las presiones de grupos de interés.

Dadas las preocupaciones anteriores, las reformas a estos subsidios han sido cada vez más frecuentes en varios países durante los últimos años. Son experiencias muy valiosas para Venezuela, puesto que reformar el esquema de subsidios creado por el chavismo es obligatorio e inminente.

El impacto distributivo y los decepcionantes resultados coste-efectividad de los programas de subsidios universales se han convertido en una de las principales preocupaciones de los países en los últimos años, entre los que destacan países latinoamericanos. Es por ello que se ha experimentado con diversos esquemas de reforma de los subsidios para mejorar los efectos distributivos, orientados a la focalización de dichos subsidios. Los objetivos generales de estas reformas son:

- Reducir el número de productos sujetos a las subvenciones.
- Reducir el número de beneficiarios a través de la introducción de tarjetas de racionamiento con comprobación de recursos.
- Cambiar la mezcla de productos disponibles. Por ejemplo, subvención solo de productos consumidos principalmente por los pobres.
- Considerar la posible resistencia que se puedan presentar en contra de la reforma y definir acciones para mitigar estos riesgos.
- Establecer mecanismos compensatorios y comunicar de forma clara y directa a la colectividad.

III. Avance de los Sistemas de Protección Social en el mundo: Experiencias internacionales

La necesidad de SSN es una preocupación fundamental para los gobiernos de todo el mundo y para los miles de millones de hombres, mujeres y niños que se esfuerzan por mejorar sus medios de vida. A medida que el interés y el uso de las SSN sigue creciendo, los países se esfuerzan por hacer que las intervenciones de protección social sean más eficaces, y buscan integrarlas en sus sistemas generales de protección social y laboral.

De acuerdo al Banco Mundial en su reporte *The State of Social Safety Nets 2015* (Banco Mundial, 2015), la estructura de las SSN por país se ha vuelto cada vez más compleja. Por ejemplo, un país en desarrollo cuenta hoy en promedio con alrededor de 20 programas de protección social. A partir de 2015, todos los países del mundo registraron al menos un programa de SSN en funcionamiento.

Las SSN no solo han aumentado en número de programas activos, sino también en el monto de recursos que manejan. Los países de ingresos bajos y medio-alto dedican entre 1,5% y 1,9% del PIB, respectivamente, a estos programas. El gasto total en SSN en 120 países en desarrollo es de US\$ 329

millardos; esta cifra es aproximadamente el doble de la cantidad necesaria para sacar a la gente de la pobreza extrema.

En la actualidad 131 países de un total de 157 países que componen la base de datos del Banco Mundial, ASPIRE, tienen transferencias en especie, específicamente en la forma de alimentación escolar. Esta transferencia fundamental, presente en casi todos los países de bajos ingresos, es también importante en los países de ingresos medios. Pero mientras que los programas de alimentación escolar han existido desde hace mucho tiempo, la tendencia emergente para muchos países es avanzar cada vez más hacia la asistencia basada en dinero en efectivo (transferencias monetarias).

Las transferencias monetarias están presentes en 130 países, con el crecimiento más rápido registrado en África, donde 40 países cuentan con programas de transferencias monetarias no condicionadas, cifra que casi duplica la de 2010. Dentro de las transferencias no condicionadas se incluyen las pensiones sociales.

Tabla 2: Número de países con al menos un tipo de programa de protección social, por región y por tipo de programa social

Tipo de Programa	Región						Países con al menos un programa
	África	Asia Oriental y Pacífico	Europa y Asia Central	América Latina y el Caribe	Medio Oriente y África del Norte	Asia del Sur	
Transferencias Monetarias Condicionadas	18	7	7	22	5	4	63
Transferencias Monetarias No Condicionadas	41	11	29	28	14	7	130
Transferencias No Condicionadas en Especie	42	7	8	24	7	4	92
Programas de Alimentación Escolar	45	12	23	28	16	7	131
Programas de Trabajo Público	39	9	17	17	7	5	94
Exoneración de Tarifas en Servicios Públicos	12	7	14	10	3	3	49
Número de Países en la Región Respectiva	48	21	30	29	19	8	155

Fuente: Banco Mundial, base de datos ASPIRE

Los programas de transferencias monetarias condicionadas (TMC) también se han hecho más frecuentes dentro de los sistemas de protección social de los países. Una de las razones de su mayor difusión en todas las regiones del mundo es que cada día aumenta la evidencia de que las TMC tienen efectos positivos en el consumo de los hogares y en la reducción de la pobreza. Por ejemplo, en América Latina que es la región pionera de este tipo de programas, se registra que el consumo per cápita de las familias beneficiarias en Brasil

aumentó 7%, en México en un 8%, y en Colombia un 10%. Por otra parte, en el programa Chile Solidario han encontrado a través de evaluaciones de impacto que en algunas zonas rurales los beneficiarios del programa experimentaron una reducción de la pobreza del 18%, y una disminución de la pobreza extrema del 35%.

De la misma manera, en los programas de asistencia escolar que han sido sujetos a evaluaciones, los efectos positivos sobre la matrícula escolar encontrados van del 1% al 10%. También se registran mejoras significativas en cobertura de vacunación o visita a centros de salud en niños, niveles de nutrición infantil o trabajo infantil en los grupos beneficiarios.

Tabla 3: Resumen de casos exitosos de implementación de SSN en países de Latinoamérica

País	Sistemas de protección social	Año de creación	Número de beneficiarios	Gasto de protección social (% PIB)	Financiamiento
Chile	Transferencias de efectivo condicional: Subsidio único familiar	2012	2.066.618	2,00	Público
	Transferencias de efectivo incondicional: Programa Solidarios pensiones por vejez	2014	1.000.806		
	Alimentos incondicionales y en especie: Programa de alimentación complementaria	2012	685.510		
	Alimentación escolar: Junta Nacional del estudiante	2011	2.263.000		
	Trabajo público: Programa de creación de empleo (PROEMPLEO)	2012	19.900		
Colombia	Transferencias de efectivo condicional: Familias en acción	2013	12.300.000	0,89	Público
	Transferencias de efectivo incondicional: Programa Colombia mayor	2014	1.258.000		
	Alimentos incondicionales y en especie: Programa de alimentación al adulto mayor- Juan Luis Londoño de la Cuesta	2010	417.230		
	Alimentación escolar: Programa de alimentación escolar	2010	4.032.237		
	Trabajo público: Programa de empleo de emergencia	2012	14.300		
México	Transferencias de efectivo condicional: Prospera	2013	25.631.340	0,72	Público
	Transferencias de efectivo incondicional: 65 y más	2013	5.100.000		
	Alimentos incondicionales y en especie: Beneficio subvención de leche	2009	6.070.993		
	Alimentación escolar: Programa de alimentación escolar	2011	5.164.000		
	Trabajo público: Programa de empleo temporal ampliado	2010	582.044		
Brasil	Transferencias de efectivo condicional: Programa de Bolsa familia	2015	14.014.252	2,42	Público
	Transferencias de efectivo incondicional: Pensiones por vejez	2012	5.852.000		
	Alimentación escolar: Programa Nacional de alimentación escolar	2011	47.271.000		
	Trabajo Público: Economía Solidaria- Programa Economía Solidaria en Desarrollo	2012	534.053		

Fuente: Banco Mundial, base de datos ASPIRE

IV. Consideraciones relevantes al implementar programas de protección social

Desde hace años se ha avanzado a nivel mundial en la identificación de aspectos clave para el diseño, implementación y seguimiento de sistemas y programas de protección social. Los países que han llevado adelante programas de protección social junto con organismos multilaterales han documentado el diseño e implementación de estos programas, y analizado sus resultados y efectos

sobre la economía. Estos estudios han servido para identificar las mejores prácticas, así como las causas de resultados insatisfactorios, en todas las etapas de los programas: diseño, implementación y seguimiento.

Por ejemplo, a nivel de diseño de las SSN, estos hallazgos han permitido avanzar en temas como los mecanismos de focalización para saber qué tipo de métodos usar para la identificación de beneficiarios según el tipo de programas y en contextos específicos. De esta forma se alcanzan niveles de focalización óptima para que los recursos dedicados a los programas lleguen a quienes más lo necesitan. Otros aspectos relevantes a nivel de diseño de SSN son la definición de los criterios de selección y determinación del nivel de beneficio a otorgar, entre otros.

A nivel de la implementación, es necesaria una efectiva comunicación a los potenciales beneficiarios y las partes interesadas, para asegurar que conozcan los derechos que les corresponden y las obligaciones que deben cumplir como contraprestación, en caso de que las hay. Esta etapa inicial de la implementación es denominada normalmente como “extensión a los beneficiarios”.

En la etapa de diseño se identifican los grupos objetivo, y durante la implementación el reto es asegurar que quienes fueron identificados como potenciales beneficiarios se inscriban en el programa para que puedan disfrutar de los beneficios previstos. De esta forma, se pueden alcanzar altos niveles de cobertura de los estratos más pobres. En varios países, al crear sus sistemas nacionales de protección social, se establecen vínculos entre distintos programas sociales buscando que las personas más pobres y vulnerables reciban el apoyo necesario.

En el caso específico de los programas de transferencias monetarias, una consideración importante es el mecanismo de pago a utilizar para asegurar la sincronización, así como la previsibilidad y la transparencia de los pagos. En países de bajos ingresos se han apoyado en las nuevas tecnologías disponibles, como lo es el uso de banca en línea, telefonía móvil, y el uso de tarjetas bancarias para los pagos, entre otros.

Por otra parte, los mecanismos de control y seguimiento son esenciales para el buen funcionamiento de los programas y para contribuir a mejorar su gestión, transparencia y rendición de cuentas. Este punto es y será de importancia en Venezuela, como consecuencia de la opacidad e indicios de corrupción asociada al gasto público total y social.

Aunque estos temas de control y seguimiento requieren de una capacidad administrativa significativa, los organismos internacionales y multilaterales, como el Banco Mundial, pueden brindar asesoría técnica en caso de baja capacidad de gestión de la administración pública.

Uno de los avances logrados en los últimos años, ha sido el concientizar que buena parte de los programas de protección social o SSN deben tener una estrategia de salida para dar término a la participación de un beneficiario. Las políticas de salida suelen cubrir la baja involuntaria (por ejemplo, una persona u hogar deja de cumplir las condiciones exigidas) y la renuncia voluntaria al programa. Esto último puede suceder cuando las circunstancias socioeconómicas del beneficiario mejoran y este ya no necesita sus prestaciones, lo que significa que se han cumplido los objetivos del programa. Este concepto de salida está muy relacionado con el de “graduación”, esto es, que el hogar ha logrado independizarse económicamente del programa. Hay casos de programas que están dirigidos especialmente a grupos vulnerables, como ancianos o discapacitados, que no tienen estrategias de salida.

Existen también temas transversales que pueden afectar el resultado de programas sociales, como son el contar con acuerdos institucionales eficaces para responder a los desafíos que plantean las SSN.

V. *Beneficios de un adecuado sistema de protección social*

A. Consideraciones de la economía política de las reformas para Venezuela

“Los economistas deben no sólo conocer sus modelos económicos, sino que también entender de política, intereses, conflictos, pasiones – es decir- la esencia de la vida colectiva. Por un pequeño período de tiempo, usted puede realizar cambios a través de decretos; pero para que ellos persistan, uno debe construir coaliciones y tener gente que los soporte. Es decir, se debe ser un político”.

Así es como el ex Ministro de Finanzas de Chile, Alejandro Foxley (citado por Drazen, 2000) afirmaba que los hacedores de política tienen la necesidad imperiosa de considerar aspectos políticos para lograr un cambio de política pública exitoso y duradero. Esta es una descripción muy acertada de a qué se refiere la economía política de las reformas.

Por su parte, la literatura de la economía política de las reformas destaca la capacidad de los perdedores potenciales para movilizar y obstruir los cambios de beneficio social en la ausencia de estrategias de mitigación de costos de transición bien elaborados.

Muchos de los factores que afectan a las perspectivas de reforma son claramente exógenos al propio proceso de reforma. Estos incluyen tanto las variables políticas / institucionales y económicas.

Distintos estudios ponen de relieve la importancia de los mandatos electorales y la solidez de las finanzas públicas, lo que proporciona un contexto

favorable para la realización de reformas estructurales. La importancia de estas variables condicionantes implica que las circunstancias y el tiempo son importantes, pero también que, cuando las condiciones marco no son propicias, acciones preparatorias pueden sentar las bases para una posterior reforma. Desde este punto de vista, para el caso venezolano lo ideal para emprender un plan de reforma profundo que tenga mayores oportunidades de éxito y apoyo amplio en la sociedad pasa por una transición política que se concrete a través de los canales regulares que establece cualquier democracia.

La economía política amplía la visión más allá de las consideraciones operativas de las soluciones técnicas para incluir un énfasis en los grupos de interés, las instituciones y los procesos a través de los cuales se negocia y las reglas de juego de las políticas de reforma política. La comprensión de la relación entre los cambios inducidos por las políticas de incentivos y sanciones, por un lado, y los cambios en el comportamiento e intereses, por otro lado, permite a los encargados de llevarla a cabo a participar más eficazmente en las reformas de políticas sociales mediante la incorporación de las perspectivas de los interesados en el diseño e implementación de reformas planteadas.

Por otro lado, existen otros aspectos relacionados con estrategias y tácticas negociadoras, aspectos comunicacionales, la opinión pública y técnica legislativa que han denominado en años recientes como micro economía política. En su conjunto son temas vitales para alcanzar o no los apoyos necesarios en la sociedad como un todo y en sus distintos grupos de poder para emprender cambios verdaderamente significativos en políticas públicas (económicas, sectoriales y/o sociales).

En este último punto, el gobierno chavista fue muy hábil, en particular, el presidente Chávez, quien logró “venderle” a los venezolanos en innumerables veces un modelo económico radicalmente distinto al que prevalecía, incluso yendo en contra de valores considerados en esos momentos como muy arraigados en la población.

Un programa completo de reforma de la política social bien planificada, con una adecuada estrategia comunicacional, será clave para generar apoyo a las reformas en el resto de áreas.

B. Impacto positivo en crecimiento económico y bienestar social

Los países están invirtiendo en SSN para poder contar con mayores niveles de capital humano en el futuro. La evidencia empírica basada en rigurosas evaluaciones de impacto aumenta año a año, y ofrece nuevas luces sobre el papel transformador de las SSN. Alderman y Yemtsov (2013) ofrecen evidencias de cómo las SSN tienen el potencial para superar las limitaciones en el crecimiento

vinculado a las deficiencias del mercado, y clasifican en cuatro vías los canales a través de los cuales se generan estos efectos positivos.

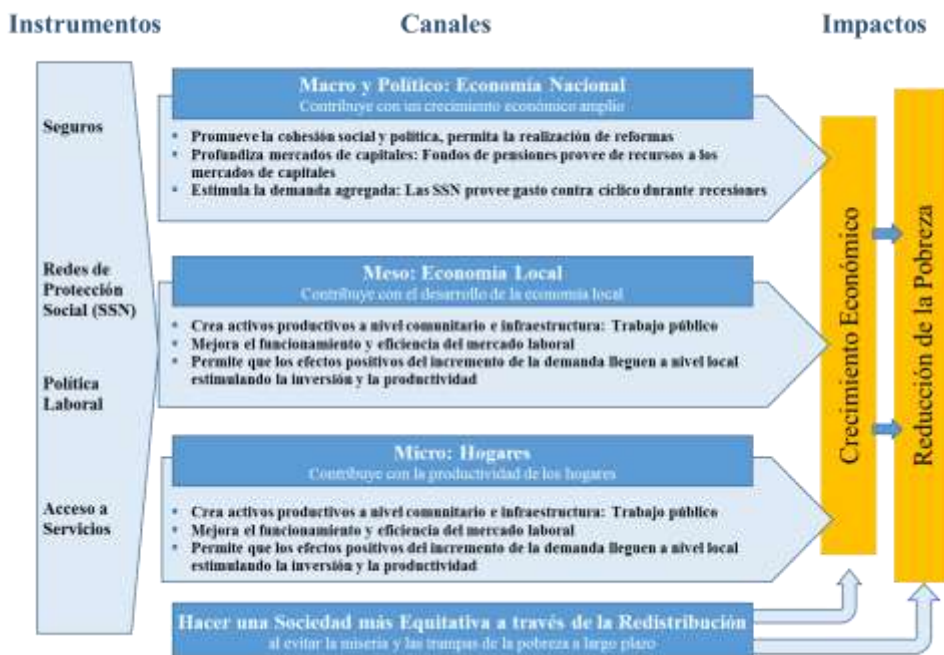
Primero, los programas fomentan la acumulación de activos, al cambiar la estructura de incentivos y hacer frente a las imperfecciones de los mercados financieros causados por las limitaciones en la obtención de crédito y por las asimetrías de información. La superación de dichas fallas ayuda a los hogares a invertir en su capital humano o en bienes de producción. Los autores sugieren que las transferencias directas pueden compensar la falta de acceso al crédito bancario. Segundo, las SSN están ayudando en la gestión del riesgo tanto ex post y ex ante, que permiten superar las fallas en los mercados de seguros, normalmente presentes en contexto de ingresos bajos o situación de fragilidad. Tercero, las SSN fomentan la creación de activos locales compensando la falta de creación de activos a nivel de economías locales. Por último, las SSN han mostrado que pueden minimizar algunas restricciones políticas que limitan el avance de cierto tipo de reformas con grandes potenciales de impulso del crecimiento y desarrollo integral de los países.

Las SSN tienen un doble objetivo que son el aliviar la pobreza de manera directa a través de las transferencias a los pobres, y desencadenar un mayor crecimiento para los pobres para que sea más inclusivo.

Otro gran beneficio que generan las SSN es que contribuyen a la cohesión social, aspecto de vital importancia en situaciones de emergencias y/o de fragilidad.

La política social y construcción de un sistema nacional de protección social y laboral para los venezolanos

Gráfico 2: Cómo un SNPSL contribuye a la Productividad, Crecimiento y Reducción de la Pobreza



VI. Breve recuento de la política social en Venezuela (1958-2016)

Las políticas sociales en Venezuela se pueden dividir en cuatro etapas. La primera abarca los años entre 1958 y 1978, desde el inicio del período democrático hasta finales del último gobierno de Carlos Andrés Pérez I. La segunda etapa, la del estancamiento del modelo rentista, desde el año 1979 hasta 1988. La tercera etapa abarca los años de los intentos de ajustes macroeconómicos entre 1988 y 1998, mientras la cuarta y última etapa comienza con el gobierno de Hugo Chávez, y continúa hasta el día de hoy.

A. La consolidación de la democracia (1958-1978)

Los partidos políticos dominantes en el período posterior al derrocamiento de la dictadura de Marcos Pérez Jiménez compartían, generalmente, una visión

significativamente distinta a la del régimen anterior sobre el uso que debía darse a la renta petrolera. El régimen derrocado había favorecido la inversión en la modernización de la infraestructura física, en detrimento de aspectos sociales como la salud o la educación, y Venezuela incluso llegó a ser el país de América con el menor porcentaje del gasto público dedicado a la educación (Maingón, 2006). Las nuevas fuerzas políticas favorecerían en cambio la distribución de esta renta para incrementar el bienestar de la población, a través del gasto público, y en especial del gasto social.

En estos primeros años de democracia, la política social estuvo orientada a cumplir con esa promesa de una mayor participación en la renta petrolera, y el gasto social fue el medio para intentar cumplir de la forma más rápida posible con las aspiraciones y necesidades de una población que aún mantenía altos niveles de pobreza. La política social en esta época se concretó en la ampliación y universalización de los servicios básicos como educación, salud y seguridad social. Según Villasmil (2005), este es el momento en que se consolidó la idea que ha determinado gran parte de la política y la economía de nuestro país hasta la actualidad: la creencia en un estado rico, paternalista, con el suficiente músculo económico para financiar todas las necesidades de la población.

B. El estancamiento del modelo rentista (1979-1988)

El modelo rentista perdió la capacidad de seguir sosteniendo el incremento en el gasto social, y comienza a hacer agua a partir de 1979. Los precios del petróleo alcanzaron en marzo de 1980 un máximo en términos reales que no se repetiría por treinta años, y entraron en una trayectoria de caída prolongada. De acuerdo a Villasmil (2005), aun cuando el modelo ya mostraba signos de agotamiento en la década de los setenta, durante los años ochenta la capacidad de producción petrolera no era la misma, y no se pudo seguir incrementando la participación del Estado venezolano en la renta, como se venía haciendo en años anteriores. Durante esta década el modelo de política social se caracteriza por ser universal y asistencial.

La caída en los ingresos petroleros hizo insostenible el aparato de protección social, y comenzó también el deterioro de los servicios prestados por el Estado. La caída del gasto fiscal y social –el cual de acuerdo a Puente (2004) era para 1989 la mitad del de 1980– tuvo un profundo efecto en la población, y para finales de 1988 el gobierno carecía de recursos para hacer frente a las reformas económicas y sociales necesarias.

C. Los años de los ajustes macroeconómicos (1989-1998)

El gobierno entrante de Carlos Andrés Pérez toma posesión en un contexto de precios bajos del petróleo, un déficit fiscal de cerca de 10%, un considerable déficit de balanza de pagos, reservas internacionales operativas mermadas, empresas públicas ineficientes y la imposibilidad de mantener el sistema de subsidios generalizados. El programa de ajustes económicos implementado a partir de 1989 buscaba romper con la visión del estado paternalista que prevalecía desde el principio de la democracia en Venezuela.

Dentro del marco de los ajustes económicos, la política social de estos años se caracterizó por cambiar del enfoque general, contenido en los diversos subsidios generales como al precio de la gasolina y el tipo de cambio sobrevaluado, hacia subsidios focalizados, dirigido solamente a los más vulnerables. Este cambio se hizo con el objeto de compensar el impacto de corto plazo de los ajustes económicos, privilegiando programas que atendieran la nutrición, la salud y la educación (Maingon, 2006).

Se crearon y activaron programas sociales que cubrían diferentes áreas y necesidades, desde becas alimentarias para niños en edad escolar y hogares de cuidado diario hasta los macroprogramas dirigidos a la lucha contra la pobreza, entre otros. Todos estos programas fueron concebidos, en su origen, como acciones de carácter compensatorio y transitorio, a la espera de que el crecimiento económico ayudase a superar la desigualdad en el largo plazo. Eran programas que pretendían que los sectores de más bajos ingresos no desmejorasen sus condiciones materiales de vida a consecuencia de los ajustes macroeconómicos, y por lo tanto, no hubo mayores esfuerzos por formular una política social progresiva, redistributiva ni de carácter universal.

El plan diseñado contemplaba que el crecimiento económico producto de la liberalización de los distintos mercados sería un importante contribuyente al alivio de aquellos en situación de pobreza. Sin embargo, estos programas solo lograron compensar una porción pequeña de los ingresos, y además si implementarlos de forma tardía, entre uno y tres años después del comienzo de los ajustes económicos del segundo gobierno de Pérez (Alvarado, 2003).

Tabla 4: Programas Sociales focalizados (1989-1998)

Área	Carlos Andrés Pérez	Rafael Caldera
Nutrición	Beca Alimentaria Beca Láctea Beca de Cereales Merienda Escolar Vaso de Leche Escolar Comedores Escolares Lactocvisoy al Escolar	Programa de Alimentos Estratégicos (PROAL) Programa de Alimentario Escolar (PAE) Programa de Alimentario Materno Infantil (PAMI) Programa de Meriendas y Comedores (del INN)
Salud	Programa Ampliado Materno Infantil	Programa de Suministro de Medicamentos Programa de Dotación de Ambulatorios
Educación	Dotación de Útiles y Uniformes Escolares Ampliación de la Cobertura de Preescolares Compensación Sociopedagógica y Cultural Capacitación y Empleo Juvenil Subsidio al Pasaje Preferencial Infantil	Dotación de Útiles y Uniformes Escolares Programa de Subsidio al Pasaje Estudiantil
Protección Social	Hogares de Cuidado Diario	Programa de Subsidio Familiar Programa Multihogares y H.C.D. Programa de Atención a los Pensionados por Vejez. Programa de Fortalecimiento Social Programa de Protección al Anciano
Empleo y seguridad social	Seguro de Paro Forzoso Programa de Apoyo a la Economía Popular Programa Nacional de Beca Salario	Programa de Capacitación y Empleo Joven
Viviendo e infraestructura social	Vivienda Rural Proyecto de Mejoramiento Urbano en Barrios Programa de Inversión Social Local	

Fuente: Alvarado (2003)

Luego, en el segundo gobierno de Rafael Caldera a partir de 1994, se mantiene la focalización de los programas sociales con algunas reformas parciales, cambios de amplitud o de montos asignados y la inclusión de las “comunidades organizadas” para el seguimiento y control como se estableció en la estrategia social del IX Plan de la Nación. Uno de los principales defectos de esta política, es que la población más pobre no pudo acceder a la atención institucionalizada en las escuelas y ambulatorios (Alvarado, 2002).

D. La revolución bolivariana (1999-2016)

La nueva Carta Magna de 1999 establece la ampliación de los derechos sociales con respecto a la Constitución de 1961. La función social del Estado se

redefine y se establece que será éste el que ejercerá el rol principal en cuanto a la garantía de los derechos sociales.

Aunque el gobierno de Hugo Chávez declaró su intención de diferenciarse de las gestiones gubernamentales anteriores en todos los ámbitos y en las concepciones de la política social, esa diferencia no pasó de ser solo un tipo de discurso. Esto se evidencia claramente a mediados de 1999, cuando se ratificaron nueve de los catorce programas sociales aplicados por el segundo Gobierno de Caldera; esos programas eran de carácter básicamente compensatorio-asistencial.

Aun cuando se ratificaron buena parte de los programas sociales de la administración anterior, en el ámbito institucional se eliminaron o se fusionaron varios ministerios con la intención de reducir gastos y aumentar la eficiencia. El impacto de estos cambios en la gestión de la política social fue un aumento de la desarticulación y la debilidad institucional que se venía arrastrando desde los gobiernos anteriores. Los programas sociales durante los primeros cuatro años del gobierno no mostraron logros concretos.

En los primeros años del gobierno de Chávez se crearon dos instituciones emblemáticas con las que se buscaba concentrar las decisiones y recursos destinados a la política social: el Plan Bolívar 2000 y el Fondo Único Social (FUS). El primero consistió en la participación directa de militares en actividades orientadas a disminuir la pobreza y el hambre. El Plan siguió las prácticas de una política social asistencial y focalizada en los más pobres y excluidos. En el año 2001, el Plan fue blanco de fuertes acusaciones de malversación de fondos.

Por su parte, el FUS se creó a finales de 1999 con la intención inicial de fortalecer los programas de desarrollo social y garantizar que los recursos destinados al sector social llegasen a la población en situación de pobreza y no se quedaran en el camino de la burocracia. El objetivo del FUS fue el de aumentar la eficiencia en la ejecución y cobertura de los programas sociales existentes, para así eliminar la gran desarticulación institucional que reinaba en el sector social. Fue el primer intento dirigido a ordenar la política social, pero, como comentamos con anterioridad, la desarticulación institucional se acentuó.

Como respuesta a la polarización política que caracterizó al país entre los años 2002 y 2003, junto al deterioro de la popularidad del presidente Chávez y su gobierno, nacieron las Misiones Sociales bolivarianas. Desde finales del año 2003, el Gobierno inició un acelerado plan de acción que buscaba la creación de nuevas estructuras políticas, sociales y económicas que le permitieran su consolidación política. La política económica y social estaba supeditada (y lo sigue estando) fundamentalmente a objetivos políticos y electorales.

Durante el gobierno de Chávez tampoco se pudo romper la estrecha relación entre el gasto social con los precios del petróleo, y la resultante dependencia de la política social en Venezuela de los ingresos petroleros.

Gráfico 3: Evolución del Gasto Social per cápita vs Precio petróleo



Fuente: ONAPRE (Presupuesto Nacional para cada año); Ministerio de Energía y Petróleo y cálculos propios

El Gobierno Nacional ha tenido que dedicar cada vez mayor parte de sus egresos a sostener estos programas sociales, pero con menor impacto en la población. En el período 2010-2015 el Gobierno Central dedicó en promedio 50% de su presupuesto final al gasto social, cuando en 1997 era 38%. A pesar de este aumento, de acuerdo con información de la ONAPRE en 2015 el nivel real de gasto social por habitante era prácticamente igual al de 1997.

Gráfico 4: Gasto social como porcentaje del gasto total



Fuente: ONAPRE (Presupuesto Nacional para cada año); Ministerio de Energía y Petróleo y cálculos propios

Las misiones llegaron a ser 38, ampliando la cobertura de la política del gobierno a casi todas las áreas sociales existentes. Una característica importante de las misiones ha sido la participación de las Fuerzas Armadas Nacionales, la cooperación cubana, y el uso de las misiones como medio para la difusión de la ideología mantenida por la revolución bolivariana.

Otra de las principales características de las misiones son sus diversas fuentes de financiamiento: los ingresos ordinarios del gobierno, las contribuciones del Fondo Chino y PDVSA. En el caso de PDVSA, la empresa petrolera estatal venezolana, según sus cifras oficiales esta ha contribuido con 248,2 millardos de dólares al desarrollo social entre 2001 al 2015, de los cuales 53% fueron destinados directamente a las misiones y el resto al Fondo Chino y al FONDEN (desde donde gran parte de estos recursos fueron destinados igualmente a las misiones).

Tabla 5: Aportes acumulados de PDVSA al Desarrollo Social (2001 - 2015)
(Millones de dólares americanos)

Programa	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Misión Ribas	-	-	32	330	371	280	133	330	500	361	322	405	150	157	53
Misión Alimentación	-	-	-	146	303	325	916	212	-	1.210	1.238	317	1.569	1.607	541
Misión Barrio Adentro I, II y III	-	-	34	275	309	1.693	3.258	130	7	3.463	3.781	5.581	3.888	4.321	2.537
Misión Vuelvan Ceras	-	-	-	172	220	240	29	11	-	-	-	-	-	-	-
Misión Milagro	-	-	-	-	125	-	25	9	-	-	-	-	-	-	-
Misión Sueco	-	-	3	113	668	-	-	17	6	156	2	-	-	-	1
Misión Ciencia	-	-	-	-	-	291	28	-	-	-	-	-	-	-	-
Misión Revolución Energética	-	-	-	-	-	210	219	174	745	2.115	2.197	69	196	230	146
Gran Misión Vivienda	-	-	300	500	500	476	650	221	157	1.251	4.010	-	-	-	-
Gran Misión Agua Venezuela	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1.140	-	-	-	-
Gran Misión Hijos de Venezuela	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	598	-	-	-
Gran Misión en Amor Mayor	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1.241	-	-	-
Gran Misión Barrio Tricolor	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	325	-	-
Proveedur Agrícolas	-	-	-	600	600	423	919	848	54	14	362	109	102	17	40
Proyectos de Infraestructura	-	-	-	-	-	-	-	-	-	335	623	63	799	204	414
Proyecto Autogas	-	-	-	-	-	-	-	-	91	202	116	230	89	5	-
Fondo Alba Caribe	-	-	-	-	-	40	72	-	50	-	-	-	-	-	-
Fondo Bicentenario	-	-	-	-	-	-	-	-	-	738	-	-	149	-	-
Fondo Especial de la Juventud	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	40	-	-
Fondo Seguridad	-	-	-	-	-	-	-	-	-	455	84	-	19	-	-
Fondo Mirandú	-	-	-	-	-	-	-	-	-	5.083	4.306	5.113	4.705	687	2.570
Fondo Deporte	-	-	-	-	-	-	-	-	-	28	97	-	-	-	-
Fondo Chino	-	-	-	-	-	-	-	864	2.065	7.507	5.022	5.760	5.817	6.854	6.355
Plan de Vitalidad	-	-	-	113	-	28	77	237	125	93	1.155	210	1.657	50	7
Plan Carnes Bicentenario	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	145	170	77	10	-
Obras Hidráulicas	-	-	-	-	-	27	23	54	14	24	757	6	180	3	-
Núcleos de Desarrollo Esquelero	-	-	-	-	55	47	130	46	5	-	-	-	-	-	-
Aportes Sector Eléctrico PDVSA	-	-	-	-	-	163	650	822	1.089	3.578	1.566	1.435	1.097	691	430
Apoyo a Emergencia por Lluvias	-	-	-	-	-	-	-	-	-	37	219	175	103	-	-
Aportes a Comunidades	34	14	12	133	5	677	418	148	382	245	585	3.808	1.430	413	221
Aporte Social Proyectos de Inversión	-	-	-	-	-	202	262	578	369	297	623	1.680	343	131	59
Otros Misiones y Aportes	-	-	168	57	493	152	230	289	248	31	307	161	503	162	66
Fondo de Ahorro de los Trabajadores	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1.162	102	298	66
Misiones y Programas Sociales	34	14	540	2.316	3.762	5.274	8.048	4.990	6.006	22.223	28.657	28.203	23.340	15.681	13.448
Contribuciones al FONDISA	-	-	-	-	-	1.525	6.855	6.761	12.384	660	1.334	14.728	15.572	16.418	16.400
FONDESIPA	-	-	-	2.000	2.000	229	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Total Aportes	34	14	549	4.316	7.287	12.358	14.809	17.374	6.606	23.557	43.385	43.865	33.758	26.081	14.229

Las misiones han estado generalmente orientadas al corto plazo, y a la creación de cada una fue un proceso improvisado que en muchos casos respondió a órdenes espontáneas del presidente Chávez, o a emergencias coyunturales. La improvisación se mantiene una vez que la misión ya está en marcha, ya que la mayoría del presupuesto de las misiones no está incluido en el Presupuesto Nacional preparado cada año. Su financiamiento es entonces discrecional, depende de créditos adicionales y de fondos parafiscales, y es altamente dependiente de los ingresos petroleros. Adicionalmente, es poco o nula coordinación entre las distintas misiones.

La opacidad del Gobierno con la información referente a las misiones dificulta comprobar, hacer contraloría y seguimiento al uso de estos fondos, lo que obstaculiza la evaluación de estas políticas. La poca información de la que se dispone corresponde a anuncios del gobierno de dudosa credibilidad, generalmente orientados a propaganda política. El aspecto político es prevalente en las misiones, y se utilizan como mecanismo de chantaje durante campañas electorales, siendo entonces programas altamente politizados, llegando al punto de excluir personas por motivos políticos.

Las misiones no han sido integradas de manera uniforme a la estructura del poder ejecutivo. Mientras unas están adscritas (al menos nominalmente) a ministerios relacionados con su área de acción, otras operan de manera independiente, o están adscritas a la Vicepresidencia. Por ejemplo, la Misión Robinson de alfabetización está adscrita al Ministerio de Educación, mientras que la Misión Milagro, que atiende a personas con problemas en la vista, está adscrita a la Vicepresidencia, y no al ministerio relacionado a su área, el Ministerio de Salud.

En cuanto a resultados positivos, se puede mencionar la identificación de cada déficit social y asignación de una política concreta para cada uno (España, 2015). Por otra parte, de acuerdo a los estimados de ENCOVI, el 81.8% de la población se encuentra en situación de pobreza en el año 2016, un retroceso a niveles inclusive mayores a los de los años anteriores a la revolución bolivariana y la creación de las misiones. En cuanto al sector salud, en el cual se enfocan varias de las misiones, los números también son poco alentadores. De acuerdo al Observatorio Venezolano de la Salud⁴, en el año 1995 había en Venezuela 46.000 camas hospitalarias, de las cuales 36.000 dependían del sector público; el número de camas se ha reducido a 29.700 en la actualidad, de las cuales 21.700 dependen del sector público. Las cifras de esta organización también indican que la tasa de

⁴ <http://cronica.uno/rescatar-la-atencion-materno-infantil-paso-salir-la-crisis/>

mortalidad infantil ha aumentado recientemente a 18,7 por cada 1.000 nacidos vivos, comparado con una tasa de 15,5 hace pocos meses.

Una de las principales debilidades de las misiones son su falta de focalización y procesos de identificación de la población objetivo. En la gran mayoría de las misiones puede participar todo el que así lo quiera: solo debe trasladarse al lugar en el que se presta el servicio, y anotarse en la lista correspondiente. La estrategia típica –y a veces la única– de focalización es la selección de la ubicación del lugar donde se prestan los servicios o se registra el deseo de participar.

Estas fallas resultan en pobres niveles de focalización y cobertura. En cuanto a lo primero, de acuerdo a España, Morales y Barrios (2016), usando cifras del ENCOVI del año 2015, el 59.5% de los beneficiarios de las misiones no son pobres (según necesidades básicas). Esta cifra disminuye a 36.5% cuando consideramos también los pobres por ingreso. En cuanto a la cobertura, los autores reportan que solo el 33.7% de los pobres por necesidades básicas insatisfechas (NBI) son beneficiarios de las misiones sociales, y la cobertura disminuye hasta 25.6% cuando incluimos a los pobres por ingresos.

VII. Venezuela más parecido a un país Frágil y/o en conflicto que a uno “normal”

Desde hace años existe un interés creciente en entender lo que han denominado como países en situación de fragilidad, sus características e implicaciones en el diseño de estrategias de desarrollo.

En líneas generales, cuando se habla de que un país se encuentra en situación de fragilidad se refiere que ha entrado en una dinámica de deterioro tan acentuado que ha ido colapsando de forma generalizada y difícilmente tendrá capacidad para recuperarse, o “salir a flote”, sin apoyo externo, ya sea vía mediación de la comunidad internacional, financiamiento, asesoría técnica, y/o ayuda humanitaria de organismos internacionales o países.

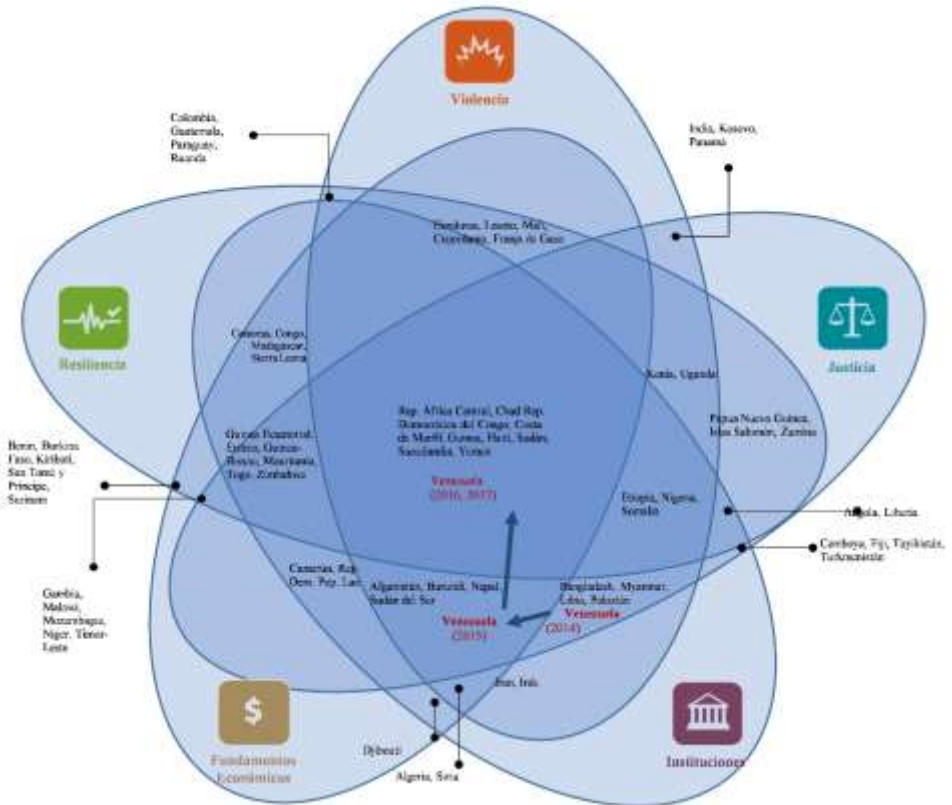
Dicho colapso puede variar sustancialmente de caso en caso, aunque podemos enumerar características generales como los son baja capacidad administrativa del Estado, inestabilidad política significativa, políticas represivas por parte del Estado, deterioro acentuado en el bienestar de los habitantes, la pérdida de control territorial y/o situaciones de conflicto.

Dentro de los esfuerzos realizados por entender este tipo de Estados. En 2014, la OECD y el Centro Internacional de Cooperación de la Universidad de Nueva York (NYU-CIC por sus siglas en inglés) publicaron un informe llamado “Estados de Fragilidad”, en el que definían una metodología para calcular los

niveles de fragilidad de los países del mundo, diferenciándose de estudios anteriores enfocados solo en analizar un listado restringido de países considerados frágiles sin considerar la gradualidad de su fragilidad. La publicación de la OECD liderada por el NYU-CIC presenta un nuevo marco de seguimiento multidimensional que incluye cinco aspectos de la fragilidad: violencia, justicia, instituciones, fundamentos económicos y resiliencia.

En la segunda edición del informe, del año 2015, de los más de 200 países y territorios incluidos en el estudio, Venezuela se encuentra entre los 50 países más frágiles del mundo. De las cinco dimensiones, en tres dimensiones nos encontramos entre los peor evaluados: violencia, justicia e instituciones. Cabe señalar que las cifras usadas para el último reporte son de 2014. Al hacer el ejercicio de actualizar las cifras de Venezuela para 2015 y usar estimaciones de 2016 y 2017, encontramos que para el año pasado Venezuela ya aumentaba a cuatro las dimensiones en las que colapsaba (se incorporó la de fundamentos económicos), y para este año 2016 podríamos estar entrando al grupo de “países frágiles”, los cuales están en la cola de desempeño en las cinco dimensiones.

Gráfico 5: Representación de Clusters de Fragilidad



Fuente: States of Fragility 2015 (OECD) y cálculos propios

El hecho que Venezuela haya alcanzado un nivel de fragilidad tan acentuado tiene varias implicaciones. Por una parte, se hace más evidente que el país muy difícilmente podrá salir de la crisis en la que está inmersa sin apoyo internacional, ya sea vía financiamiento de multilaterales o China, donaciones humanitarias o de cualquier otra forma de apoyo. Además, crea unas condiciones particulares en el plano social, las cuales establecen la necesidad de estrategias muy específicas que tomen en cuenta la debilidad generalizada para emprender reformas y asegurar el alcanzar los objetivos planteados.

A nivel de organizaciones multilaterales desde hace años se ha buscado desarrollar estrategias específicas para participar y trabajar mejor con Estados

frágiles, basados en un adecuado entendimiento de las condiciones particulares de los países en esta situación. Consideramos conveniente aprovechar esa experiencia y aprendizajes acumulado en los últimos para así minimizar los errores cuando en Venezuela se tomen las medidas de emergencia, y se emprendan las reformas necesarias para superar la crisis actual. Más adelante cuando hablemos de las recomendaciones para Venezuela tomaremos en cuenta estas estrategias recomendadas para países en situación de fragilidad.

A. Particularidades al ser Venezuela un país en situación de fragilidad

El estudio de OECD sobre países en situación de fragilidad mencionado anteriormente recomienda que para superar esas condiciones es necesario enfocarse en alcanzar las metas de *peace-building*, o construcción de la paz en español; y *state-building*, o construcción del Estado. Las metas de *peace-building* y *state-building* son cinco:

1. **Política legítima:** Promover acuerdos políticos inclusivos y resolución de conflictos.
2. **Seguridad:** Establecer y fortalecer la seguridad de las personas.
3. **Justicia:** Abordar las injusticias e incrementar el acceso de las personas a la justicia.
4. **Bases económicas:** Generar empleos y mejorar condiciones de vida y sustento.
5. **Ingresos y servicios:** Manejar los ingresos y construir la capacidad de proveer servicios justos y que rindan cuentas.

En el caso venezolano podemos pensar en un objetivo de estas metas como la construcción de confianza en el Estado: que la población vea en el Estado un ente que existe para asegurar unas condiciones mínimas de vida para los menos favorecidos (vía políticas de protección social y laboral), y que estas condiciones son la base para alcanzar la independencia de la población respecto al Estado.

Existe hoy una falta de confianza de entre los venezolanos hacia el Estado, como consecuencia del modelo de excesiva intervención estatal en todos los aspectos de la vida de las personas, y del fracaso de las políticas gubernamentales que han colocado a una gran mayoría de la población es un estado de vulnerabilidad extrema.

Ante la crisis, el Estado ha dejado a la población en situación de indefensión, y no ha prestado protección. Como se ha dicho antes, las deficientes misiones sociales, que son los principales programas sociales del gobierno (sin ser programas de protección), alcanzan a fracciones muy bajas de quienes necesitan asistencia, y su focalización y cobertura son muy pobre.

Aun cuando las políticas sociales por sí solas no pueden atender las cinco metas de peace-building y state-building, sin duda guardan relación con –y serán una parte importante del– alcance de cada una de las cinco metas, y de prestar urgente atención a una población que ha sido prácticamente abandonada por la falta de respuesta del aparato gubernamental.

En una primera etapa, de atención de emergencia, uno de los objetivos debe ser entonces el de llevar hasta un mínimo de condiciones de vida, a la mayor cantidad de la población vulnerable que sea posible, e ir así reparando la falta de confianza en el Estado.

Como podemos ver en las cinco metas, el peace-building y state-building no solo están relacionados con aspectos sociales, sino también económicos. Las reformas deben buscar tanto la reivindicación social como también el superar el entorno adverso y excluyente a los negocios y el emprendimiento en el país.

VIII. Recomendaciones de Política Pública

A. Programas sociales recomendados

La crítica coyuntura que atraviesa Venezuela actualmente exige que cualquier programa económico y de protección social para Venezuela - ya sea se denomine de ajuste, estabilización y/o reforma - necesariamente debe ser implementado en etapas. Las etapas se ordenan de manera que las primeras atiendan los problemas más urgentes (problemas asociados con profundos problemas en aspectos básicos, como disponibilidad de alimentos y medicinas), y los susceptibles a cambios en el corto plazo con la aplicación de las políticas adecuadas. Las etapas posteriores, aun cuando atienden problemas importantes, requieren mayor tiempo de planificación, los programas asociados son más costosos y requieren la acumulación de fondos o financiamiento de largo plazo, y/o el establecimiento de sistema de protección permanentes y no coyunturales. En la medida que avanzamos de una etapa a otra, los programas mencionados requieren mayor capacidad administrativa y de control, y aumenta a la vez el nivel de focalización hacia una población objetivo particular.

Los programas aquí sugeridos deben considerarse como parte de un plan mínimo necesario. Existen otros problemas, y otras poblaciones vulnerables, que los siguientes programas podrían no cubrir. A su vez, estos programas prevén que otros esfuerzos, paralelos o conjuntos, se realizarán para regularizar el abastecimiento y el costo de alimentos y medicinas, así como la provisión de servicios públicos como el agua, la electricidad, transporte público, el aseo urbano y seguridad ciudadana. Así como también la evaluación de la pertinencia de gestionar recursos o apoyo del exterior.

Un aspecto importante a tener en cuenta son las consecuencias del levantamiento de los controles de cambios y precios, el cual puede determinar en buena medida las necesidades que deben atender los programas de protección en la etapa inicial, así como el tamaño de la población objetivo. La restitución del sistema de precios es un complemento absolutamente necesario para que los programas de transferencias monetarias (condicionadas y no condicionadas) tengan un impacto positivo. Mientras no haya un sinceramiento de los precios difícilmente se podrán combatir los problemas creados por la destrucción del sistema de precios como los son: el contrabando de extracción y la reventa de bienes básicos en mercados secundarios. Aunque de vital importancia, escapa el alcance de este trabajo. Para una discusión de los posibles efectos del levantamiento del control de precios, ver España et al (2016).

i. Primera etapa: Atender la emergencia

La primera etapa debe atender los temas más urgentes, en particular los que se refieren a la crisis humanitaria y la satisfacción de las necesidades básicas, la paralización del aparato productivo con el consecuente colapso de la oferta de bienes, y la prestación de los servicios públicos básicos. Para atender estos problemas con celeridad, se deben tomar medidas que puedan brindar resultados en el corto plazo.

Los programas de la primera etapa serán también los llamados a iniciar la reconstrucción de la confianza en el Estado como ente de protección, de la promoción del desarrollo del individuo, y fuente de cohesión social.

1) Programa de transferencias monetarias no condicionadas

Como se ha dicho antes, las transferencias monetarias son efectivas en atender las necesidades básicas de la población objetivo, y permitirle mantener niveles mínimos de sustento y condiciones de vida. Dada la crisis humanitaria que el país atraviesa, se debe atender inmediatamente la insuficiencia de ingresos de la población para comprar alimentos y medicinas.

Se propone la implementación de un programa de transferencias sin condiciones ya que estos son de más fácil y rápida implementación que los programas con condiciones. Un punto relevante es el concerniente a la selección de los beneficiarios, que depende sustancialmente en la disponibilidad de estadísticas sociales. Parte de esos datos necesarios, aunque no públicos, diversos organismos públicos entre los que destaca el INE han continuado levantando y analizando. Siempre y cuando esa información no se pierda de cara a una eventual transición política dentro del gobierno actual u otro, será información vital para las primeras etapas de cambios.

Adicionalmente, los programas condicionales requieren capacidades de administración, control y seguimiento que no pueden ser garantizados por la Administración Pública actualmente. Otra restricción importante de los programas condicionales es que se debe contar con servicios públicos —en especial los de salud y educación, que son los típicamente utilizados en las condiciones— con suficiente capacidad para atender y hacer seguimiento a los beneficiarios del programa. Los servicios de salud y educación han sido severamente afectados por la crisis actual, y en particular los servicios de salud, dada la escasez de insumos, recursos financieros y personal calificado.

2) Medios de pago alternativos, más allá de la bancarización

Tradicionalmente el mecanismo de las transferencias monetarias puede realizarse con depósito en una cuenta bancaria, o con abono al saldo de una tarjeta de débito emitida especialmente para el programa. El programa puede ser una oportunidad para incorporar al sistema bancario (o “bancarizar”) a personas que no cuentan con instrumentos de captación, que son el 35% de la población mayor de 18 años, de acuerdo a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras. Sin embargo, dada la urgencia de atender a la población objetivo, y la alta proporción de personas fuera del sistema bancario (en particular los más vulnerables), se deben considerar e implementar otros medios de pago alternativos.

Existen en varios países medios de pagos que hacen uso de la telefonía celular. En Venezuela, de acuerdo a CONATEL, la telefonía celular tiene una penetración mayor al 95%; un punto de partida superior al de los bancarizados. Los sistemas de pagos móviles (SPM) permiten al usuario recibir y utilizar fondos usando como única referencia su número telefónico, y pueden vincularse o no a cuentas bancarias. Todas las operaciones se realizan con mensajes de texto; pueden hacer pagos a otras personas (incluidos comercios) utilizando mensajes de texto, hacer transferencias a otras personas, pagar servicios, y retirar dinero en efectivo en comercios o agentes afiliados al SPM. Estos sistemas ya están en funcionamiento en Bolivia y Perú, donde se conocen como Billeteras Móviles. Además de servir como medio de pagos y mecanismo de inclusión financiera, los SPM disminuyen la dependencia del dinero en efectivo, y reducen los riesgos asociados al manejo de efectivo puntos que son relevantes en una economía inflacionaria como la venezolana.

Los SPM son utilizados por reconocidos programas de transferencias monetarias en todo el mundo. La ONG GiveDirectly, la cual otorga transferencias no condicionales en Uganda y Kenia es considerado uno de los programas mejor administrados del mundo, utiliza un SPM para los pagos.

Como punto de partida, es necesario establecer un marco legal y regulatorio adecuados para que los SPM alcancen su capacidad potencial.

3) Programas de Alimentación Escolar

Este programa comprendería la operación de comedores gratuitos en escuelas públicas a nivel de guardería, preescolar, primaria y bachillerato. El sistema de educación pública ya cuenta con comedores gratuitos o subsidiados, y tienden a estar ubicados en zonas tradicionalmente vulnerables, pero estos han sido afectados por la actual crisis y la escasez de alimentos.

Diversos reportajes en la prensa han dado cuenta del deterioro o cierre de muchos de estos servicios, y de la baja calidad y densidad nutritiva de los alimentos ofrecidos. En la primera etapa de los programas sociales para atender la crisis se debe recuperar la operación de estos comedores, para así aliviar la carga financiera de las familias de menos recursos, y asegurarse que los niños reciban al menos dos comidas nutritivas cinco días a la semana. En el primer año se debe estudiar la factibilidad de mantener abiertos los comedores incluso en periodos de vacaciones, como lo hizo la Gobernación del Estado Miranda en sus escuelas públicas durante el período de vacaciones del año 2016.

Además de atender a un grupo de la sociedad considerado como vulnerable como son los niños. Un argumento adicional para emprender iniciativas enfocadas en niños y adolescentes se basa en los estudios del premio Nobel de economía James Heckman, en donde afirma que el retorno de inversión social es mayor mientras menos edad tienen los beneficiarios, por lo que además de la alimentación escolar esfuerzos relacionados con la salud y formación de los niños tendrán un impacto positivo significativo en la generación de bienestar social a futuro.

4) Programa de distribución de alimentos

Aun cuando se logre una alta cobertura de la población objetivo en el programa de transferencias monetarias no condicionadas, hay zonas rurales de nuestro país que no cuentan con fácil acceso a alimentos y medicinas, o a servicios bancarios y de telefonía móvil. Ya sea por su distancia de centro urbanos o pueblos de mayor tamaño, o por dificultad de acceso, el abastecimiento de alimentos y medicinas es muy deficiente. Como ejemplos, podemos mencionar las zonas en el oeste del Estado Zulia, en el este del Estado Sucre, y en el sur del Estado Apure. Estas comunidades pueden ser atendidas con un programa focalizado de abastecimiento de alimentos, los cuales pueden ser vendidos a precios subsidiados.

Para garantizar la exitosa implementación de este tipo de programas, se debe considerar los patrones de consumo y preferencias de las zonas objetivo, así

como evaluar si existe algún tipo de fallas de mercado que limiten al sector privado de funcionar eficientemente a través de transferencias monetarias.

5) Alianzas con ONG's y el sector privado

Para la exitosa implementación de los programas de la primera etapa, así como de los subsiguientes, el Estado debe formar alianzas y tender puentes hacia el sector privado y el de sin fines de lucro. Ambos cuentan con un acervo de conocimientos, experticia y capacidades que puede ser de gran utilidad en los programas de protección social. Estas alianzas establecidas en la primera etapa pueden extenderse a programas de las etapas subsiguientes. Este tipo de acercamientos estarían relacionados con los objetivos de construcción de paz y confianza (*peace-building*) que comentamos con anterioridad.

Las ONG y organismos sin fines de lucro en el país han acumulado años de experiencia en la atención de personas en estado de vulnerabilidad, así como en la atención de los problemas que los programas de protección social buscan atender. La Fundación Bengoa para la Alimentación y Nutrición, y el Centro de Atención Nutricional Infantil Antímamo, por ejemplo, tienen una amplia experiencia en la atención de la nutrición de todo tipo de personas y poblaciones, y en el seguimiento de programas con componentes sociales. La experticia de estas y otras organizaciones puede ser valiosa para el diseño de los programas, así como el entrenamiento y capacitación del personal de la administración pública (transferencia de conocimiento).

En cuanto a empresas privadas, el gobierno podría subcontratar temporalmente a empresas que cuentan con amplias redes de distribución en el país el transporte de los alimentos en los programas de abastecimiento focalizado, esto en zonas alejadas de los centros urbanos y de difícil acceso. Un esquema de este tipo será sustancialmente menos costoso y más eficiente que mantener un aparato público viciado.

6) Alcance y costo

Las estimaciones de costos dependerán necesariamente del resultado de estudios que permitan determinar el número de personas a atender. En España et al (2016), estiman que el mínimo sería de 9,4 millones de personas si solo se toman en cuenta los pobres por NBI, y de 19,4 millones si a estos se le suma quienes no son pobres por NBI, pero sí por ingresos. Esto equivale al 63% de los hogares del país. Estas estimaciones están basadas en las cifras de ENCOVI de 2015, y podemos tomarlas como una aproximación. Sin embargo, el diseño apropiado de programas de protección social requerirá el acceso a información estadística que hoy el día el gobierno no ha publicado.

Además, se requiere de mediciones adicionales a tradicionales, un ejemplo de esto serían las estimaciones de la severidad de la pobreza por área geográfica. La severidad de pobreza se refiere a qué tan lejos están los pobres de la línea de pobreza, en la medida que estén más alejados, o sea que sean pobres más extremos, mayor será la necesidad que tendrán.

En lo referente al monto de la transferencia, esta debería ser estimada de modo que permita cubrir las necesidades básicas de sustento, de acuerdo con la severidad. España et al (2016) sugieren la misma consideración, y ofrecen tres opciones para el cálculo: de acuerdo a línea internacional de la pobreza calculada por el Banco Mundial (\$1,25 por día, por persona); según el valor de la canasta alimentaria familiar calculada por el CENDAS-FVM; o de acuerdo a una canasta mínima que cubra los requerimientos nutritivos mínimos. Cabe destacar que si el INE ofreciera las estadísticas oficiales sobre la Canasta Normativa de Alimentos, y de la Encuesta de Hogares, se podría estimar el tamaño de la población objetivo y el valor de la transferencia utilizando esa información oficial.

En el caso de que se implemente un programa de transferencia monetarias, de nuevo usando como base los estimados de España et al (2016), una transferencia monetaria de \$1,25 dólares americanos por día (la línea internacional de pobreza), equivaldría a un costo anual para el Estado de \$8,9 millardos suponiendo una severidad máxima. Esta cifra se puede tomar como un punto de partida tope para el primer año del programa, ya que se espera que – dado que la mayoría de los pobres en el país son pobres por ingresos y no por necesidades básicas– el aumento del ingreso nacional gracias un conjunto de reformas económicas, permita a un buen número de pobres por ingreso superar esta situación. Esto reduciría considerablemente el costo del programa en los años subsiguientes. A modo de comparación, un programa de transferencias que solo atiende a los pobres de necesidades básicas, con una transferencia por el mismo monto, costaría \$4,3 millardos por año.

ii. Segunda Etapa: Desarrollo del Capital Humano

La segunda etapa se dedicará a la estabilización de las poblaciones pobres y vulnerables, con programas enfocados en el desarrollo del capital humano, y no sólo en atender necesidades mínimas. En la medida que se haya avanzado en el desarrollo de capacidades del Estado (*state-building*) en la primera etapa, se impulsará a nivel nacional con programas de transferencias monetarias condicionadas.

1) Programa de transferencia condicionadas

Este programa puede ser una extensión del programa no condicionado sugerido en la primera etapa. Se espera que un buen número de los pobres por ingresos (coyunturales) que fueron atendidos en el programa no condicionado se

“gradúe” de este una vez que sus ingresos aumenten conforme se estabiliza la economía del país. La mayoría de los beneficiarios restantes en el programa serán entonces pobres por NBI, y se espera que serán beneficiarios del programa por lapsos más largos.

En este nuevo programa, o segunda etapa del programa no condicionado, se incluirían condiciones relativas al uso de los servicios de educación y salud. En el caso de hogares con menores de edad, la participación en el programa puede estar condicionada a la asistencia de los niños y adolescentes al colegio (imponiendo un porcentaje mínimo de asistencia). Los niños también deberán asistir a consultas de medicina preventiva al menos dos veces al año, y estar vacunados.

En el caso de hogares sin menores de edad, pero con adultos en capacidad de trabajar, las condiciones pueden estar vinculadas a la asistencia a programas de entrenamiento y capacitación para el trabajo, participación en programas de búsqueda de empleo, y/o programas de empleo temporal en la administración pública o en proyectos de obras públicas. Estas últimas propuestas pudieran requerir modificaciones puntuales en la regulación laboral vigente.

2) Programa de Trabajo Público (Infraestructura social)

Para atender el doble propósito de crear puesto de empleos de mano de obra no calificada, y la recuperación de la infraestructura vinculada a la atención social (salud, educación, etc.), se puede implementar un plan de rehabilitación de infraestructura pública. En esta etapa, se prestaría mayor atención a estructuras existentes, pero en mal estado, y a proyectos que ya se han comenzado, pero su construcción fue abandonada por falta de recursos. En particular, se sugiere atender la rehabilitación de escuelas y de centros de asistencia de salud como ambulatorios y hospitales.

Este programa puede requerir una inversión importante de fondos, como por lo general lo requiere la rehabilitación y construcción de infraestructura. Es por esto que su implementación muy probablemente tendrá como pre-requisito que el gobierno logre obtener financiamiento externo para un plan de ajustes y estabilización. Este tipo de programas tienden a estar vinculados con programas de entrenamiento y capacitación para el trabajo.

iii. Tercera Etapa: Reformas estructurales

Con un horizonte temporal mayor, en esta etapa, se debe buscar sentar las bases de un sistema de protección laboral, con el objetivo de impulsar la independencia de económica y desarrollo integral de los beneficiarios. Se busca en esta etapa ofrecer redes de protección social y laboral en un mayor número de coyunturas o situaciones. Igualmente, se busca atender a personas que no sólo

formen parte de las poblaciones objetivo de los programas de protección tradicional (grupos vulnerables niños y ancianos), sino también de personas que pueden caer en situaciones de vulnerabilidad sin ser elegibles para programas tradicionales de protección. Por ejemplo, personas mayores que aún no alcanzan la edad necesaria para recibir pensiones (o no tienen las cotizaciones necesarias), pero tienen dificultades para conseguir y mantener un empleo.

El establecimiento (o mejora) de estos programas puede requerir iniciativas legislativas, así como la reforma de instituciones ya existentes.

Por otra parte, un objetivo adicional en esta etapa es la de establecer un verdadero sistema de formación técnico y profesional que impulse el desarrollo de capital humano, empodere a una porción cada vez mayor de la población venezolana y que aporte a una mejora sostenida de la productividad laboral.

1) Relanzamiento y reforma programas/institutos de capacitación y formación para el trabajo

Con el objetivo de proveer a la población de la oportunidad de adquirir conocimientos y capacitación laboral que le permita alcanzar mejores condiciones de vida, es necesario relanzar y reformar el Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE). Este instituto puede convertirse en un instrumento de protección para aquellos, en edad laboral, que no califican para otros programas de atención.

El INCE puede permitir el cambio de oficio para aquellos que no consiguen empleo en sus actividades económicas, o para los jóvenes que no puedan o no quieran recibir educación universitaria después del bachillerato. Adicionalmente, la capacitación laboral en el INCE puede ayudar a las personas a navegar el siempre cambiante mundo laboral y tecnológico, y otorgarles mayor flexibilidad y versatilidad en su vida laboral y emprendedora. Por lo que es necesario que se dé una revisión exhaustiva los objetivos, carreras/oficios y pensum de la institución.

Por último, la capacitación en el INCE o en programas similares puede utilizarse como condición de en los programas de transferencias condicionadas, o ser el vehículo que facilite esta graduación.

IX. Conclusiones

Luego de haber realizado un sucinto recuento de la evolución de las alternativas de política y protección social en el mundo en los últimos años, y de haber esbozado muy brevemente la situación social de Venezuela en la coyuntura actual. Queda claro que la necesidad de realizar cambios profundos en la estructura de la política social de Venezuela es impostergable.

Al igual que el resto de áreas en las que es necesario emprender reformas estructurales, se establece la disyuntiva entre la secuencialidad de las reformas o no. Como vimos en una de las secciones precedentes, existen aspectos de economía política imprescindibles para el diseño e implementación de políticas públicas, en particular en el caso de políticas sociales, dado el deterioro socioeconómico de los últimos años. Es importante tomar medidas inmediatas para procurar que la población acepte y apoye el plan general de reformas.

Adicionalmente, en el caso de las políticas de protección social es necesario incorporar el aspecto moral a la ecuación de variables consideradas. Con esto nos referimos a que la atención de la crisis humanitaria debe formar parte integral de la primera etapa de reformas, por cuanto no es moralmente aceptable que la población deba esperar que se materialicen los frutos de la estabilización de la economía y la reactivación de la capacidad productiva para que el bienestar de los ciudadanos alcance unos niveles mínimos aceptables.

Aunque, como hemos dicho, no hay cifras oficiales que confirmen lo crítico de la situación, hay estudios privados que muestran graves problemas temas básicos como lo es el consumo de alimentos. En un estudio de opinión solicitado por la Asamblea Nacional a la encuestadora More Consulting, refleja que para el mes de agosto que 55,8% de la población venezolana comía dos veces al día o menos -en donde 14% de la población comía sólo una vez diaria-, lo que llevaba a que en promedio hubiera una brecha de 25-30% entre los requerimientos diarios de alimentación y lo efectivamente disponible.

La crisis actual amerita que se tomen medidas inmediatas, pero con objetivos tanto de corto, mediano y largo plazo. En la medida que transcurra el tiempo y en Venezuela no se tomen las decisiones que conduzcan a solventar la causa-raíz de los problemas que nos aquejan, la recuperación económica llevará más tiempo y esfuerzo, la debilidad institucional se acentuará todavía más y la población verá su bienestar deteriorarse aún más.

ISSN 1317-2778



9 771317 277003