

EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN NORMATIVA POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*

Apostillas al Fallo N° 1.613 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia¹, que *contra legem* dispuso al Ejecutivo del deber de cumplir el procedimiento (“administrativo”) previo para la aprobación de normas por la Administración Pública

José Antonio Muci Borjas
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, Venezuela

I. INTRODUCCIÓN: LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL Y EL PROCEDIMIENTO (ADMINISTRATIVO) QUE LA ADMINISTRACIÓN DEBE SEGUIR CUANDO SE PROPONE ADOPTAR NORMAS.

En Venezuela la Administración Pública venezolana tradicionalmente no se encontraba sometida a procedimiento alguno cuando de lo que se trataba era de expedir *actos normativos*, esto es, actos de efectos generales. Por la *ausencia de procedimiento previo*, al dictar normas la Administración Pública *no* ejercía una (verdadera) *función estatal*. No cabía hablar de función, sino de *actividad normativa*², porque la actuación –insistimos– no estaba sometida a un procedimiento previo, porque carecía de garantías adjetivas previas.

* Este trabajo ha sido redactado para celebrar la publicación del N° 100 de la Revista de Derecho Público. También, por la naturaleza de las cosas, para rendirle un muy merecido homenaje al Director y motor fundamental de la Revista, Allan Randolph Brewer-Carías, de la mano de quien nos iniciamos, hace ya algún tiempo, en el estudio del Derecho Público.

¹ Sentencia de fecha 17 de agosto de 2004 (asunto “Henry Pereira Gorrin *et alter*”).

² GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Diritto Amministrativo*, Volume Primo, Terza Edizione, Giuffré Editore, Milano, 1993, p. 85. También MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, “La actividad normativa de la Administración Pública”, publicado en *Las Formas de la Actividad Administrativa*, Segundas

La situación descrita en el párrafo que antecede, chocante -sin lugar a duda alguna- con los principios que informan la actuación de la Administración Pública³, varió en el año 2000 con la aprobación, primero, de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cuyo artículo 11 establece que para producir o modificar los actos normativos que a ella incumbe expedir la Administración de las telecomunicaciones debe primero realizar *consultas públicas*⁴, y, segundo, con la ulterior aprobación de la Resolución N° 143⁵, dictada en ejecución de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en la que, por vía reglamentaria, se estableció el *procedimiento* que ha de seguirse en tales consultas. Son estos los antecedentes, en el Derecho venezolano, de los artículos 136 y 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública⁶, que crean un *procedimiento general*, porque es obligatorio para toda la Administración Pública, para la elaboración de actos normativos.

El artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública⁷ establece que cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación, propongan la adopción de normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía, deben primero someter el proyecto a *consulta pública*. El artículo 136 dispone textualmente:

Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, pp. 596.

³ Según el artículo 141 de la Constitución venezolana de 1999, la actuación de la Administración Pública se encuentra *condicionada* -entre otros- por los *principios* de (i) *participación ciudadana*, (ii) *transparencia*, (iii) *eficiencia*, (iv) *responsabilidad* y (v) *rendición de cuentas*.

⁴ Gaceta Oficial N° 36.970, de fecha 12 de junio de 2000. En su encabezamiento el Artículo 11 establece textualmente: “La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, antes de producir o modificar los actos normativos que puede dictar de conformidad con esta Ley, realizará consultas públicas previas con los sectores interesados. A tales efectos establecerá mediante resolución los mecanismos que permitan asegurar la oportuna información de los interesados y la posibilidad que aporten sugerencias o recomendaciones, en los términos y condiciones que se determinen, para lo cual procurará el establecimiento de mecanismos abiertos, electrónicos o audiovisuales”.

⁵ Gaceta Oficial N° 37.073, del 8 de noviembre de 2000.

⁶ Gaceta Oficial N° 37.305, de fecha 17 de octubre de 2001. En torno al alcance de los artículos 136 y 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública puede consultarse a CHAVERO GADZIK, RAFAEL, “La participación social en la gestión pública”, publicado en la obra *Ley Orgánica de Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, p. 123 y ss.

⁷ La norma forma parte del Título VI de la Ley Orgánica, intitulado “De la participación social en la gestión pública”.

“Artículo 136. Cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación, propongan la adopción de normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía, deberán remitir el anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales inscritas en el registro señalado por el artículo anterior. En el oficio de remisión del anteproyecto correspondiente se indicará el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones, y el cual no comenzará a correr antes de los diez días hábiles siguientes a la entrega del anteproyecto correspondiente.

Paralelamente a ello, el órgano o ente público correspondiente publicará en la prensa nacional la apertura del proceso de consulta indicando su duración. De igual manera lo informará a través de su página en la internet, en la cual se expondrá el o los documentos sobre los cuales verse la consulta.

Durante el proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto, sin necesidad de estar inscrito en el registro a que se refiere el artículo anterior.

Una vez concluido el lapso de recepción de las observaciones, el órgano o ente público fijará una fecha para que sus funcionarios o funcionarias, especialistas en la materia que sean convocados y las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales intercambien opiniones, hagan preguntas, realicen observaciones y propongan adoptar, desechar o modificar el anteproyecto propuesto o considerar un anteproyecto nuevo.

El resultado del proceso de consulta no tendrá carácter vinculante”⁸.

⁸ En el caso de las *normas reglamentarias*, el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública debe ser adminiculado con el artículo 88 *eiusdem*, que establece cuanto sigue: “La elaboración de los reglamentos de leyes se ajustará al siguiente procedimiento: 1. La iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se llevará a cabo por el ministerio competente según la materia, mediante la elaboración del correspondiente proyecto al que se acompañará un informe técnico y un informe sobre su impacto o incidencia presupuestaria. 2. A lo largo del proceso de elaboración deberán recabarse, además de los informes, los dictámenes correspondientes y cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar la eficacia y la legalidad del texto. 3. Elaborado el texto se someterá a consulta pública para garantizar el derecho de participación de las personas, de conformidad con lo dispuesto en el Título VI de esta Ley. Durante el proceso de consulta las personas, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones que los agrupen o representen, podrán presentar observaciones y propuestas sobre el contenido del reglamento las cuales deberán ser analizadas por el ministerio encargado de la elaboración y coordinación del reglamento. 4. Aprobado el

Cuando de la elaboración de normas se trata, el procedimiento contemplado por el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública sirve para asegurar el *derecho a la participación*⁹, el derecho a la participación en los asuntos públicos, previsto en el artículo 62 de la Constitución de 1999¹⁰.

El artículo 136 tiene por objeto regular un procedimiento que es *administrativo* sólo “...en un sentido puramente subjetivo...”, porque se ventila ante la Administración, y porque en realidad sirve de “...cauce legal de una *actividad* que no es propiamente administrativa, sino *normativa* o legislativa en su sentido más amplio”¹¹.

Ahora bien, de la infracción del *procedimiento normativo* contemplado por el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública se ocupa el artículo 137 *eiusdem*, que sanciona la omisión de dicho trámite con la *nulidad absoluta*. El artículo 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública reza así:

“Artículo 137. El órgano o ente público no podrá aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos

reglamento por el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, entrará en vigencia con su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, salvo que el reglamento disponga otra cosa”.

⁹ Con base en el artículo 50 de la Constitución venezolana de 1961, en sentencia de fecha 19 de enero de 1999 la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia dejó sentado que “...la consulta a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional”, en resumen, el *derecho a la participación*, es derecho de rango constitucional (asunto “Fundación para los Derechos Humanos (Fundahumanos)”). El aludido artículo 50 disponía textualmente lo siguiente: “La enunciación de los derechos y las garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo *inherentes a la persona humana*, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

¹⁰ El artículo 62 de la Constitución política en vigor reza así: “Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por intermedio de sus representantes elegidos o elegidas. La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el *protagonismo* que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad *facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica*”.

¹¹ González Pérez, Jesús, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, p. 1.175.

normativos que no sean consultados, de conformidad con el artículo anterior. Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento previsto en el presente Título.

En casos de emergencia manifiesta y por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad, el Presidente o Presidenta de la República, gobernador o gobernadora, alcalde o alcaldesa, según corresponda, podrán autorizar la aprobación de normas sin la consulta previa. En este caso, las normas aprobadas serán consultadas seguidamente bajo el mismo procedimiento a las comunidades organizadas y a las organizaciones públicas no estatales; el resultado de la consulta deberá ser considerado por la instancia que aprobó la norma y ésta podrá ratificarla, modificarla o eliminarla”.

II. ANTECEDENTES: EL ESTABLECIMIENTO DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE CAMBIO DE 2003 Y LA APROBACIÓN DE NORMAS

Mediante Decreto N° 2.278, de fecha 21 de enero de 2003¹², el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, habilitó al Ministro de Finanzas para negociar con el Banco Central de Venezuela las medidas, de carácter temporal, que tendrían por objeto limitar o restringir la libre convertibilidad de la moneda nacional y la transferencia de fondos hacia el extranjero (artículo 1°). Esos poderes –y las medidas que con base en ellos debían adoptarse- se justificaban, así reza un de los “considerando” del Decreto, por la necesidad de asegurar la estabilidad de las reservas internacionales.

El Decreto Ejecutivo se fundamentó en la Ley del Banco Central de Venezuela vigente *rationae temporis*¹³, que autorizaba al Instituto Emisor para regular, de común acuerdo con el Ejecutivo Nacional, “...la negociación y el comercio de divisas en el país; las transferencias o traslados de fondos, tanto en moneda nacional como en divisas, del país hacia el exterior o desde el exterior hacia el país, así como los convenios internacionales de pago” (artículo 110). La Ley dispone, además, que en los acuerdos celebrados por el Banco Central de

¹² Gaceta Oficial de la República N° 37.614, del 21 de enero de 2003.

¹³ Gaceta Oficial de la República N° 37.296, del 3 de octubre de 2001.

Venezuela, mejor conocidos como Convenios Cambiarios, pueden establecerse “...limitaciones o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda nacional...” (artículo 112)¹⁴.

Al dictar el Decreto N° 2.278 el Presidente de la República afirmó que la *competencia era propia*, que era a él a quien incumbía negociar –y suscribir- los Convenios Cambiarios.

Con base en el Decreto 2.278, el día 5 de febrero de 2003 la República, por órgano del Ministro de Finanzas, y el Banco Central de Venezuela, suscribieron el Convenio Cambiario N° 1¹⁵.

En el Convenio Cambiario N° 1 se reconoce que las limitaciones impuestas a la libre convertibilidad de la moneda nacional obedecen a la necesidad de preservar las reservas internacionales; de contrarrestar los flujos o movimientos de capital que la autoridad consideraba inconvenientes; y, de asegurar la continuidad de los pagos internacionales. Son esas, entre otras, las circunstancias que justificaron que el Banco Central de Venezuela, obrando en su condición de (único) administrador de las reservas internacionales, suscribiera dicho Convenio con la República.

Con base en las circunstancias de hecho reseñadas tanto en el Decreto N° 2.278 como en el Convenio Cambiario N° 1, en el precitado Convenio se dispone, entre muchas otras cosas, que:

1. En lo adelante, “el Banco Central de Venezuela centralizará la compra y venta de divisas en el país...” (artículo 1°);
2. “Todas las divisas de personas naturales o jurídicas que ingresen al país... serán de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela...” (artículo 34).

¹⁴ El régimen de control de cambio comporta una limitación legal a la libertad de cambio, entendida como el derecho que asiste a todo sujeto para convertir la moneda nacional en moneda extranjera, sin limitaciones ni restricciones en cuanto a montos u oportunidad, al tipo de cambio vigente en el mercado (BREWER-CARIAS, ALLAN RANDOLPH, *Régimen Cambiario*, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, páginas 26 y 27).

¹⁵ Gaceta Oficial de la República N° 37.625, del 5 de febrero de 2003, reimpresso luego, por errores materiales, en las Gacetas Oficiales N° 37.641, del 27 de febrero de 2003, N° 37.649, del 13 de marzo de 2003, y N° 37.653, del 19 de marzo de 2003.

3. “El Banco Central de Venezuela sólo venderá divisas cuando existan disponibilidades...” (artículo 18); y,
4. “El Banco Central de Venezuela obtendrá una utilidad de 0,25% por cada dólar de los Estados Unidos que venda...” (artículo 6°).

III.- LA IMPUGNACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE CAMBIO

La nulidad, por razones de inconstitucionalidad, del Decreto N° 2.278 y del Convenio Cambiario N° 1, así como de un conjunto de Providencias dictadas por la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI) con base en aquéllos fue demandada el 18 de febrero de 2003.

En esa demanda, propuesta ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el actor también solicitaba que se declarase la nulidad, por razones de inconstitucionalidad, del artículo 112 de la Ley del Banco Central de Venezuela¹⁶.

A los efectos de este breve ensayo, de los argumentos de Derecho invocados en la demanda de nulidad interesa destacar sólo uno: La infracción del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública¹⁷. Centremos, pues, nuestra atención en la nulidad del control de cambio impuesto por la Administración Pública, por la omisión del procedimiento (“administrativo”) previo que ha de seguir la Administración cuando se propone adoptar normas.

¹⁶ La demanda de nulidad del artículo 112 de la Ley del Banco Central de Venezuela se fundamentó en la sentencia N° 2.338, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 21 de noviembre de 2001 (asunto “José Muci-Abraham *et alter*”). En esa decisión el más alto Tribunal declaró la nulidad (parcial) de la Ley sobre Régimen Cambiario, que habilitaba al Ejecutivo para restringir la libre convertibilidad de la moneda nacional, argumentando (i) que ese tipo de restricciones es materia de *reserva legal*; (ii) que la garantía de reserva legal es *incompatible con las habilitaciones “en blanco”* al Ejecutivo, para que discipline las materias que, de acuerdo a la Constitución, deben ser reguladas mediante norma de ley sancionada por el Poder Legislativo. Dicho sea de paso, el artículo 112 de la Ley del Banco Central y las normas de la Ley sobre Régimen Cambiario que habían sido anuladas por la Sala Constitucional eran *esencialmente idénticas*.

¹⁷ Gaceta Oficial de la República N° 37.305, de fecha 17 de octubre de 2001.

IV. LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO DE LA SALA CONSTITUCIONAL

En su Fallo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia reconoce que *la aprobación de las normas del régimen de control de cambio no estuvo precedida del procedimiento (administrativo) previo*. Reconoce, dicho en otros términos, que el procedimiento previo contemplado por el artículo 135 de la Ley Orgánica de la Administración Pública resulta aplicable a las normas, impugnadas por el recurrente, mediante las cuales se estableció el control de cambio.

Con esa declaración la Sala Constitucional también reconoce, de manera virtual o implícita, que *el procedimiento para la aprobación de normas resulta aplicable a las regulaciones, oponibles a terceros, establecidas a través de contratos inter-administrativos* (en el caso *sub-iudice*, los Convenios Cambiarios suscritos por la República y el Banco Central de Venezuela), esto es, a las normas de rango sub-legal creadas de común acuerdo por la República y el Instituto Emisor, mediante las cuales se limita o restringe el derecho de los particulares a la libre convertibilidad de la moneda (nacional) en su poder.

En otras palabras, el procedimiento contemplado por el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública resulta aplicable:

1. A los actos estatales normativos *de carácter unilateral*; y,
2. A otros actos, *de carácter contractual*, cuyas previsiones generales y abstractas resultan oponibles a los particulares. En el caso de la especie las normas formaban parte de negocios bilaterales, suscritos por dos sujetos de Derecho Público, a saber, la República y el Banco Central de Venezuela.

La expresión “normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía”, empleada por el Legislador en el artículo 135 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, incluye o comprende esa tipología de actos contractuales de carácter normativo. En virtud del *derecho a la participación en los asuntos públicos*, consagrado por el artículo 70 de la Constitución venezolana, en principio el contenido de los Convenios Cambiarios *no puede ser fraguado a espaldas de los particulares “interesados”*.

Sentadas esas premisas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia observó cuanto sigue:

Primero, que el Decreto N° 2.278, mediante el cual el Presidente de la República "...facultó al Ministro de Finanzas para convenir con al Banco Central de Venezuela la aplicación de medidas de carácter temporal que establezcan limitaciones o restricciones a la convertibilidad de la moneda nacional y a la transferencia de fondos del país hacia el exterior, se fundamentó en las consideraciones que se transcriben a continuación: 'Que la República enfrenta acciones que han mermado los ingresos provenientes de la industria de hidrocarburos, lo cual ha afectado la estabilidad de la reservas internacionales; Que el mercado cambiario se ha visto afectado por movimientos inconvenientes de carácter especulativo, afectando en forma negativa la estabilidad del valor externo e interno de nuestra moneda; Que en las últimas semanas la demanda de divisas sobrepasa en forma excesiva las necesidades reales de la economía nacional; Que la estabilidad económica del país constituye requisito fundamental para el logro de los objetivos del Estado, entre ellos garantizar el desarrollo de los derechos del colectivo y la satisfacción de sus necesidades, todo lo cual se sobrepone a los intereses de cualquier grupo o particular''.

Segundo, que de acuerdo con la motivación del Decreto N° 2.278, "...las circunstancias de hecho... exigían la *urgente instrumentación de medidas* destinadas a paliar o corregir dicha situación en aras del interés general".

Y, finalmente, que por lo expuesto *los actos impugnados* "...no requerían de la *consulta* prevista en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, en virtud de la *excepción* contemplada en el ultimo acápite del artículo 137 *eiusdem* y, en consecuencia, su promulgación no infringió el derecho a la participación en los asuntos públicos previsto en el artículo 62 de la Constitución".

V.- LO QUE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DEJÓ DE APRECIAR. UN GRAVE ERROR IN IUDICANDO.

Al analizar el contenido del Decreto N° 2.278 la Sala Constitucional hace dos afirmaciones dignas de mención:

1. Afirma, en primer término, que por intermedio del Decreto en referencia el Presidente de la República "...*facultó al Ministro de Finanzas* para

convenir con al Banco Central de Venezuela la aplicación de medidas de carácter temporal que establezcan limitaciones o restricciones a la convertibilidad de la moneda nacional y a la transferencia de fondos del país hacia el exterior”.

2. En segundo lugar, afirma que “el acto administrativo impugnado [esto es, el Decreto N° 2.278]... no es más que *una instrucción que el Presidente de la República, en su carácter de Jefe del Ejecutivo Nacional, transmite al Ministro de Finanzas para que avenga con el Instituto Emisor las medidas de política cambiaria pertinentes al objeto de preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria y asegurar el bienestar social, en ejercicio de las atribuciones que el artículo 318 de la Constitución, en concordancia con los artículos 110 y 112 de la Ley del Banco Central de Venezuela, les confieren a los aludidos órganos del Poder Público...*”.

SECCIÓN I. PRIMERA HIPÓTESIS DE TRABAJO: EL DECRETO N° 2.278 CONTIENE UNA DELEGACIÓN DE ATRIBUCIONES. LA NEGOCIACIÓN Y SUSCRIPCIÓN DE LOS CONVENIOS CAMBIARIOS ES COMPETENCIA PROPIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA.

A la luz de esas aseveraciones salta a la vista que el Decreto N° 2.278 sirvió para delegarle al Ministro de Finanzas competencias propias del Presidente de la República. Trátase de una *delegación interorgánica de atribuciones*, regulada por el artículo 34 de la Ley Orgánica de la Administración Pública. Ahora bien, la delegación de atribuciones se encuentra sometida a las limitaciones contempladas por el artículo 37 *eiusdem*. De esas limitaciones al poder de delegarle a otro competencias propias interesa destacar aquí la contemplada por el numeral 1º del artículo 37, que expresamente *prohíbe la delegación* “cuando [de lo que] se trate [sea] de la adopción de *disposiciones de carácter normativo*”¹⁸. La prohibición es clara, tajante.

¹⁸ El artículo 37 de la Ley Orgánica de la Administración Pública establece que sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución o en leyes especiales, “...la delegación intersubjetiva o interorgánica no procederá en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de la adopción de disposiciones de carácter normativo. 2. Cuando se trate de la resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de recurso. 3. Cuando se trate de competencias o atribuciones ejercidas por delegación. 4. En aquellas materias que así se determinen por norma con rango de ley. Las delegaciones intersubjetivas y su revocación deberán publicarse en la Gaceta Oficial de la Administración Pública correspondiente. Las

A la luz del artículo 37, numeral 1º, de la Ley Orgánica de la Administración Pública, es innegable que el ejercicio de *poderes ajenos*, concedidos en virtud de *delegación*, el Ministro de Finanzas no podía establecer las reglas del control de cambio conjuntamente con el Banco Central de Venezuela. En el caso de la especie la *infracción del principio de legalidad* era patente¹⁹.

SECCIÓN II. SEGUNDA HIPÓTESIS DE TRABAJO: EL DECRETO N° 2.278 NO CONTIENE UNA DELEGACIÓN DE ATRIBUCIONES. LA NEGOCIACIÓN Y SUSCRIPCIÓN DE LOS CONVENIOS CAMBIARIOS ES COMPETENCIA PROPIA DEL MINISTERIO DE FINANZAS.

Supongamos por un momento, mas sólo a fines argumentales, que el Decreto N° 2.278 *no* contiene un verdadera *delegación*. Imaginemos, en otras palabras, que es al Ministro de Finanzas a quien la ley le reconoce poder para negociar y suscribir los Convenios Cambiarios con el Banco Central de Venezuela, esto es, que el Ministro de Finanzas ejerció un poder propio, una atribución natural.

En este supuesto hipotético también resulta obligado concluir que las normas del control de cambio se hallaban viciadas de nulidad, porque el Ministro de Finanzas -y otro tanto cabe decir, sin duda alguna, del Banco Central de Venezuela- *no puede invocar la norma de excepción*²⁰ contenida en el artículo 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública. Veámos:

resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante. La delegación será revocable en cualquier momento por el órgano que la haya conferido”.

¹⁹ El artículo 4º de la Ley Orgánica de la Administración Central dispone textualmente: “La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a la Constitución..., a las leyes y a los actos administrativos de carácter normativo, dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático a los particulares”.

²⁰ La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia ha sostenido textualmente lo siguiente: “Es bien conocido que disposiciones que reconocen derechos constitucionales [por obra del] *favor libertatis*, son de interpretación extensiva, como restrictivas aquellas, que se refieren a la excepción de esta regla” (la cita ha sido tomada del fallo dictado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 8 de marzo de 2004, que decidió el Recurso de Revisión propuesto contra el fallo No. 375, dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, el 23 de octubre de 2003).

1. En casos de excepción, la Administración puede obviar el procedimiento (administrativo) previo contemplado en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública. Para obviar el trámite hace falta, empero, que exista una “emergencia manifiesta”, por una parte, y por la otra, que no quede otra alternativa “por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad”. Trátase de *requisitos concurrentes*.
2. Ahora bien, la *norma de excepción* a la cual nos referimos ahora –nos referimos al artículo 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública- *sólo dispensa* del cumplimiento del requisito (procedimiento) previo a tres autoridades o grupos de funcionarios bien determinados, a saber: el Presidente la República, los Gobernadores estatales o los Alcaldes municipales. Del procedimiento previo sólo pueden prescindir, y en circunstancias de verdadera excepción, el Presidente, los Gobernadores y Alcaldes. *Sólo esos funcionarios, a ningún otro*.

En síntesis, la autorización contemplada en el artículo 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública no ampara ni el Ministro de Finanzas, ni tampoco el Banco Central de Venezuela. No figuran dentro del *numerus clausus* del artículo 137. Ninguno de los dos cuenta con la *legitimación política*, producto de la elección mediante *sufragio universal*, de la cual deriva la *excepcional dispensa* de la *obligación legal* de tramitar el procedimiento (previo) para la aprobación de normas. Así de simple. En el caso de la especie la *infracción del principio de legalidad* era burda.

SECCIÓN III. REFLEXIONES COMPLEMENTARIAS PARA UNA MEJOR COMPRENSIÓN DEL GRAVE ERROR *IN IUDICANDO*

Con base en una lectura *literal* del artículo 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, hay quien ha sostenido que el Ministro de Finanzas y el Banco Central de Venezuela sí podían establecer las normas del control de cambio sin procedimiento previo. Fundan su afirmación, ya lo dijimos, en *la letra de la ley*, según la cual el Presidente puede “...autorizar la aprobación [por otros] de normas sin la consulta previa”. Esos otros, a quienes podría otorgarse autorización –autorización presidencial- para aprobar normas sin consulta previa, serían el Ministro de Finanzas y Banco Central de Venezuela.

Sin embargo, esa particular forma de interpretar el artículo 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública tropieza con obstáculos que no pueden ser salvados. Nos explicamos:

1. Primero que nada, la *aislada interpretación* de la norma *contradice* las *reglas de interpretación* que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia defiende como válidas en el Fallo objeto de nuestros comentarios. Dice la Sala Constitucional: "...la *interpretación sistemática* de la Constitución [y de la leyes también] obliga a entender sus normas en *armonía*, sin magnificar el sentido de algunos preceptos, ni minimizar el de otros, con el propósito de compatibilizarlos positivamente para garantizar su homogeneidad, cohesión y *coherencia*". En idéntico se había pronunciado antes la Corte Suprema de Justicia, al *rechazar* la *interpretación aislada de normas* particulares²¹, porque el análisis en solitario de una norma cualquiera termina negándole vigor y eficacia a las demás reglas de Derecho relacionadas con aquélla. La interpretación literal del artículo 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública *se contraponen a y resulta incompatible con* la prohibición contenida en el artículo 37 *eiusdem*.
2. Segundo, el Decreto N° 2.278 *no se fundamenta en el artículo 137* de la Ley Orgánica de la Administración Pública²². Dicho en otras palabras, en el Decreto *no se concede autorización expresa para obviar el procedimiento* legalmente establecido. El Decreto no tenía por objeto la concesión de la "autorización" a la que, de acuerdo a una interpretación literal de una sola norma de la ley, alude el artículo 137. Así de simple.

²¹ La decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia en Pleno aparece citada en el N° pronunciado por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 31 de julio de 1997 (asunto "José Antonio Venero Domínguez"). La interpretación aislada de normas también fue rechazada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 1° de julio de 1999 (asunto "María del Rosario Rojas Rodríguez").

²² En palabras del Presidente de la República, el Decreto N° 2.278 fue dictado "...en ejercicio de las atribuciones que le confieren el artículo 236, numeral 11 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con los artículos 318 y 320 *eiusdem* (sic.), así como lo dispuesto en los artículos 110, 111 y 112 de la Ley del Banco Central de Venezuela, en Consejo de Ministros...". Esos son los *únicos fundamentos* legales del Decreto, que, como se ve, *jamás* invoca la Ley Orgánica de la Administración Pública.

VI.- OTRAS CIRCUNSTANCIAS (RELEVANTES) POSTERIORES AL FALLO

Las normas del control de cambio cuya conformidad con el Derecho declaró la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia nunca fueron sometidas al excepcional procedimiento posterior contemplado por el artículo 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública. En el caso de la especie *no medió*, ya lo subrayamos, *procedimiento previo*. Lo que restaba por observar es que *tampoco medió el procedimiento posterior*. En síntesis, ninguna garantía adjetiva. El derecho a la participación quedó así *reducido a la nada*.

El abismo existente entre normas y realidad nunca fue mayor. El Estado de Derecho y de Justicia proclamado por el artículo 2° de la Constitución fue *pulverizado* por el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela, y por un Tribunal Supremo de Justicia que hizo dejación de sus responsabilidades.

Caracas, 9 de agosto de 2005.