

LA INCONSTITUCIONAL INTERVENCIÓN DE LOS CONSEJOS COMUNALES EN EL CONTENCIOSO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Carlos Reverón Boulton

Abogado

Resumen: Se cuestiona la posibilidad de que los Consejos Comunales intervengan en juicio, bien como prestadores de servicios públicos o como representantes de la ciudadanía, ya que se trata de organizaciones cuyo único fin es la construcción del socialismo, es decir, instancias que desconocen la pluralidad política y la participación abierta y democrática.

Palabras clave: Consejos Comunales. Servicios públicos. Descentralización. Poder Popular.

Summary: The article inquires about the intervention of Communal Councils in trials, whether as public service providers or as representatives of the community, considering that the main objective of these organizations is the construction of socialism, disregarding political plurality and democratic participation.

Key words: Communal Councils. Public services. Decentralization. Popular Power.

Recibido: 11 de junio de 2018 Aceptado: 30 de agosto de 2018

SUMARIO

Introducción

I. El contencioso de los servicios públicos

II. Los Consejos Comunales

III. Intervención de los Consejos Comunales en juicio

Recapitulación

INTRODUCCIÓN

Una de las principales virtudes de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es la de haber consagrado al contencioso administrativo como una jurisdicción universal y plena en la que se juzgará, sin excepción alguna, toda la conducta y actividad administrativa, en consonancia a como venía siendo reconocido en el artículo 206 del anterior texto constitucional. Particularmente, ese artículo establece lo siguiente:

“La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

La novedad que introduce esa norma, con respecto a la Constitución derogada, es sin duda la de incluir como objeto de esa jurisdicción el funcionamiento de los servicios públicos, esto es, el contencioso de los servicios públicos.

Conforme a esa norma y ya refiriéndonos a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante LOJCA)¹, cuya principal virtud es la de ser la primera ley que regula concretamente el contencioso administrativo venezolano, de manera que entre los diversos procedimientos que regula se encuentra un procedimiento breve destinado a enjuiciar y conocer sumariamente las reclamaciones relacionadas con los servicios públicos². De esa manera, la universalidad del control es plena, ya que esa jurisdicción conocerá las demandas que se presenten relacionadas con toda la actividad o conducta administrativa y cualquier acto administrativo, por lo que están sometidos a la justicia administrativa cualquier ente, órgano de la Administración Pública y cualquier sujeto no estatal que actúe en función administrativa.

A partir de ello, es que es posible que los Consejos Comunales sean legitimados pasivos en las demandas de prestación de servicios públicos, en aras de garantizar la tutela judicial efectiva de los afectados por la deficiente o ausente prestación, según lo regulado y establecido en el artículo 26 constitucional.

También esas instancias del Poder Popular podrán intervenir para opinar en el procedimiento breve regulado en la ley, de manera de facilitar y de controlar adecuadamente el control judicial de la actividad administrativa prestacional que implican los servicios públicos.

Sin embargo, tal y como desarrollaremos en este estudio, esa doble participación (como parte demandada o interesados) de los Consejos Comunales en el procedimiento breve relacionado con las reclamaciones por la prestación de servicios

1 Reimpresión en la Gaceta Oficial N° 39.447 del 16 de junio de 2010.

2 Para un mejor entendimiento de los cambios que supuso la entrada en vigencia de la LOJCA recomendamos la lectura de Brewer-Carías, Allan. "Aproximación general al nuevo régimen del contencioso administrativo conforme a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo de 2010" en *Revista de Derecho Público* 122/2010. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010, pp. 102-130.

públicos resulta inconstitucional, por tratarse de organizaciones cuyo objeto es subvertir todo el orden constitucional.

Finalmente, debemos advertir que el estudio se centra en los Consejos Comunales, al margen de que la LOJCA y otras leyes que examinaremos se refieren a otras instancias del Poder Popular, pues han sido éstas las que concretamente han participado en el contencioso administrativo, lo cual supone que han sido tratadas algunas aristas sobre esa intervención en nuestra jurisprudencia, lo que facilita el análisis crítico que nos hemos propuesto.

I. EL CONTENCIOSO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Hemos señalado que uno de los principales avances derivados de la Constitución de 1999 y, muy concretamente, del establecimiento de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 259 Constitucional), es el reconocimiento de la posibilidad de controlar la actividad administrativa denominada como servicio público³.

En virtud de ello, la LOJCA profundizó el mandato constitucional de manera tal que prevé un procedimiento para sustanciar las demandas relacionadas con la prestación de servicios públicos. Se trata de un procedimiento breve específicamente diseñado por esa ley.

3 Sobre este tema recomendamos la lectura de Urosa Maggi, Daniela. "Demanda de prestación de servicios públicos. Estado actual y perspectivas de cambio" en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 4/2014. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, Caracas, 2014, pp. 89-108, la cual puede ser consultada en www.redav.com.ve, Pasceri, Pier Paolo. "Control contencioso administrativo sobre los servicios públicos" en *XXXVIII Jornadas J.M. Domínguez Escovar*. Instituto de Estudios Jurídicos "Ricardo Hernández Álvarez", Barquisimeto, 2013, pp. 165-210 y Sánchez, Javier. "El contencioso de los servicios públicos" en *Congreso Internacional de Derecho Administrativo en Homenaje al Prof. Luis H. Farías Mata*, Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, pp. 209-232.

De manera que nos referiremos de seguidas a la situación previa a la LOJCA con relación a las demandas de servicio público, el objeto y las particularidades del procedimiento contemplado en la ley. Al respecto, se observa lo siguiente:

1. Situación previa a la LOJCA

Resulta indiscutible que una vez superado al contencioso administrativo como una jurisdicción meramente revisora del acto, su articulación debe estar dirigida a controlar la actividad administrativa que, en el caso de los servicios públicos, resulta sensible a la ciudadanía, más allá de cualquier dificultad por encontrar una definición unívoca de esa actividad prestacional.

Pues bien, a partir de la Constitución de 1999 es posible predicar el derecho fundamental a la adecuada prestación de los servicios públicos, de ahí que los reclamos por la prestación de los servicios públicos, se deriva no solo del artículo 259 constitucional, sino también de lo establecido en los artículos 2, 3, 20, 21, 22, 26, 49, 141, 257 y 281.2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de modo que el desarrollo, la promoción y satisfacción de los derechos fundamentales de la ciudadanía deriva en la posibilidad de que judicialmente se condene la deficiente prestación de servicios públicos, obligando al operador a hacer todo aquello que se traduzca en cumplir debidamente con el estatuto de cada caso (servicio) concreto.

El contencioso de los servicios públicos se reconoció tempranamente como se observa, por ejemplo, en la sentencia de la Sala Constitucional N° 1556 del 8 de diciembre de 2000 (caso: *Gilda Giamundo*), pero carecía de un procedimiento propio para satisfacer las pretensiones derivadas del mal o anormal funcionamiento de los servicios públicos.

Con fundamento en ello, la jurisdicción contencioso administrativa reconoció la importancia de controlar la prestación de los servicios públicos. En tal sentido, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo señaló que la vía más idónea para satisfacer las pretensiones relacionadas con esa actividad material era el amparo constitucional, pues precisamente no existía un procedimiento breve *que tutele con la rapidez del caso, los derechos de los beneficiarios de los servicios públicos*⁴. Sin embargo, esa respuesta provisional –vista la ausencia de un procedimiento específico– no se compadecía con el carácter extraordinario y excepcional de esa acción, por lo que era necesario que el legislador llenase ese vacío, como en efecto sucedió con la LOJCA.

También se admitía la posibilidad de controlar los servicios públicos a través de demandas para la protección de intereses colectivos o difusos, tal y como se observa en las decisiones de

4 Sentencia del 23 de mayo de 2000 (caso: *Hidrocapital*). Al respecto, también se pueden ver las decisiones de esa Corte del 06 de marzo de 2003 (caso: *Luz Eléctrica de Venezuela*) y del 18 de septiembre de 2003 (caso: *Canto*). Téngase en cuenta que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en decisión del 28 de diciembre de 2005 (caso: *Eleoccidente*) afirmó que la vía procesal para controlar los servicios públicos es la acción de reclamo por prestación de servicios públicos, por lo que la acción de amparo constitucional solo sería admisible “ante la interrupción de servicios públicos, por cuanto si bien es cierto que el sólo incumplimiento de los derechos y obligaciones derivadas del servicio no justifican una acción de amparo constitucional, no es menos cierto que cuando el abuso de ese derecho por parte de la Administración vacía de contenido un derecho humano fundamental o una garantía constitucional haciéndolo nugatorio, se está en presencia de una violación directa de la Constitución que da pie al amparo”.

En la actualidad también se admite la acción de amparo, exclusivamente cuando se vacíe de contenido un derecho constitucional. Pero debe tomarse en consideración lo excepcional y restringido que es el ejercicio de esa acción conforme a las diversas interpretaciones de la Sala Constitucional. Sobre este aspecto en concreto puede verse la sentencia de la Sala Constitucional N° 620 del 15 de mayo de 2012 (caso: *Juan Parra Duarte*).

Particularmente, el conocimiento de esos amparos deberá realizarlo los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo, tal y como quedó establecido, entre otras, en la sentencia de la Sala Constitucional N° 1721 del 18 de diciembre de 2015 (caso: *Lucas Gil*).

la Sala Constitucional N° 1571 del 22 de agosto de 2001 (caso: *Asodeviprilara*) y N° 2354 del 3 de octubre de 2002 (caso: *Elen-centro*), criterio que abandonó esa Sala en la sentencia N° 925 del 8 de julio de 2009 (caso: *Jania Josefina Noriega y otros*), en virtud de que la vía idónea para satisfacer esas pretensiones es el reclamo por la prestación de servicios públicos que debe conocer la jurisdicción contencioso administrativa exclusivamente, lo cual se reiteró, entre otras, en las decisiones N° 1007 del 28 de junio de 2011 (caso: *Roberto León Parilli y otros*), N° 620 del 15 de mayo de 2012 (caso: *Juan Parra Duarte*), N° 433 del 06 de mayo de 2013 (caso: *Edison Durán*) y, recientemente, en la N° 390 del 1 de junio de 2017 (caso: *Metro de Caracas*)⁵.

2. Objeto de las demandas de prestación de servicios públicos

Sabemos que definir lo que ha de entenderse por servicio público no es una tarea fácil de acometer. En todo caso, se trata de una actividad previamente calificada como servicio público, en la que la que se llevan a cabo determinadas actuaciones materiales con el objeto de satisfacer las diversas necesidades esenciales de los ciudadanos. Esa actividad prestacional no es más que una derivación del contenido del Estado social y del carácter vicarial de la Administración Pública en Venezuela, conforme a los artículos 2 y 141 de la Constitución.

Creemos que la definición más acertada de esa actividad es la realizada por Peña Solís, quien afirma que se trata de la acti-

5 Hoy en día no se pueden presentar demandas para la protección de derechos e interés colectivos o difusos para atender el reclamo sobre un servicio público, ya que al existir otra vía no puede admitirse en esos casos tales demandas, pues así lo ordena el artículo 150.4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Sin embargo, ha sucedido que la Sala Constitucional, por razones políticas, ha violado esa norma al admitir demandas de intereses difusos y colectivos en causas relativas a servicios públicos, tal y como se observa en la sentencia N° 1322 del 14 de octubre de 2014 (caso: *Yusmelys Patiño y otros*).

vidad administrativa de naturaleza prestacional destinada a satisfacer necesidades colectivas de manera regular y continua, previamente calificada como tal por un instrumento legal, realizada directa o indirectamente por la Administración Pública y, por tanto, sometido a un régimen de Derecho público⁶.

Por su parte, la jurisprudencia ha contribuido a delimitar qué debe entenderse por servicio público. En concreto, vale la pena referirnos a la decisión de la Sala Constitucional N° 4993 del 15 de diciembre de 2005 (caso: *Cadafe*), mediante la cual se afirmó lo siguiente:

“Ello así y previo a la determinación de qué debe considerarse como servicio público y, por ende, fijar qué es o no susceptible de ser atraído por su fuero especial (el contencioso administrativo de los servicios públicos), deben señalarse los elementos que integran la noción:

- (i) Que la actividad sea, en esencia, una actividad de prestación, esto es que apareja una ventaja, beneficio o un bien destinado a la satisfacción de una necesidad de carácter general;
- (ii) Que dicha actividad sea asumida por el Estado, lo que implica la verificación previa de una decisión exteriorizada y concreta (“publicatio” y en el caso concreto ex artículo 156 numeral 29 y 178 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico: Gaceta Oficial N° 5.568 del 31 de diciembre de 2001);

6 Peña Solís, José. “La Actividad Administrativa de Servicio Público: Aproximación a sus Lineamientos Generales”, en *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*. Vol. I. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje N° 7. Caracas, 2002. p. 433.

- (iii) Que el Estado puede cumplirla directamente, o bien indirectamente, por medio de concesiones otorgadas a favor de cualquier persona, exigiéndose la capacidad o competencia para poder actuar como concesionarios (en el caso concreto ex artículo 27 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico) y;
- (iv) Que la prestación del servicio, considerado como público, sea regido por un estatuto o régimen especial que le permita distinguirlo de otras actividades públicas (en el caso concreto a través de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico), y cuyos caracteres sean la generalidad, uniformidad, igualdad, continuidad, obligatoriedad y, subordinación a normas preponderantemente de Derecho Público, –algunas de las cuales–, comporten prerrogativas exorbitantes, a los fines de mantener la adecuada y suficiente satisfacción del interés general, dejando a salvo la aplicación de principios del Derecho Privado, con el objeto de salvaguardar la seguridad jurídica de los particulares que se hayan arriesgado a la consecución o explotación de tal prestación”.

De manera que por servicio público debe entenderse toda actividad administrativa de carácter prestacional para satisfacer y beneficiar una necesidad general, asumida por el Estado y previa calificación como tal por la ley (publicatio). La cual puede ser atendida directamente por él o por un concesionario y regido por un estatuto especial y normas de derecho público.

Recuérdese que los servicios públicos pivotan –al menos– en los siguientes principios: (i) obligatoriedad, la satisfacción de las necesidades por parte del prestador del servicio público debe hacerse ineludiblemente; (ii) continuidad, debe prestarse de manera ininterrumpida y que permita a los beneficiarios

prever las condiciones en que se prestará el servicio; (iii) igualdad, por lo que la actividad debe desarrollarse en atención a no discriminar y a respetar la igualdad entre ciudadanos que se encuentren en idénticas situaciones, lo que no descarta la posible existencia de diversas categorías o regímenes dentro de un mismo servicio; y (iv) mutabilidad, la prestación de servicio público debe adaptarse a las nuevas realidades y condiciones que exija la ciudadanía, esto es, el servicio está sujeto a ser cambiante y a optimizarse⁷.

Con base en la noción y los principios señalados, el objeto principal del control de la especial demanda prevista en la LOJCA es la deficiente prestación, la interrupción del servicio (definitiva o temporal), la falta de prestación e incluso la optimización. La pretensión siempre va a ir dirigida a que el prestatario cumpla con las notas expuestas supra, por lo que no puede comprender la indemnización de los daños ocasionados por el mal o inexistente servicio prestado⁸, incluso por el cobro indebido de tarifas.

Al pronunciarse sobre el carácter orgánico de la LOJCA, la Sala Constitucional mediante la decisión N° 290 del 23 de abril de 2010 había reconocido la posibilidad de que en las demandas de servicios públicos se esgrimieran pretensiones de contenido patrimonial, al afirmar que: “se establece un procedimiento breve para la reclamación de servicios públicos, vías de hecho y abstenciones, el cual, inicia por demanda que puede incluir pretensión de condena patrimonial”.

Sin embargo, la Sala Político Administrativa en la sentencia N° 384 del 20 de marzo de 2014 (caso: *Italcambio Casa de Cambio*,

7 Vid.: Araujo-Juárez, José. *Manual de derecho de los servicios públicos*. Vadell hermanos, Caracas, 2003, pp. 137-158.

8 Téngase en cuenta que, en un principio, previo a la LOJCA, se entendía que las pretensiones de contenido patrimonial podían esgrimirse en el procedimiento por la prestación de servicios públicos (por ejemplo, a ello apunta Rodón de Sanso, Hildegard, *Las Peculiaridades del Contencioso Administrativo*. FUNEDA, Caracas, 2001, p. 111).

C.A.), delimitó el objeto de esas demandas exclusivamente al funcionamiento de los servicios públicos. En concreto, en esa oportunidad se dijo lo siguiente:

“Ciertamente, observa la Sala que el asunto no configura un verdadero reclamo por deficiente prestación de servicio público, pues la pretensión de la parte actora no va dirigida a obtener de la empresa demandada el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en su condición de operador cambiario autorizado, sino el pago de ciertas cantidades de dinero que a su criterio le adeuda la sociedad mercantil ITALCAMBIO Casa de Cambio, C.A., con ocasión de lo que a juicio del accionante constituyó una deficiente “prestación del servicio público”. Por tanto, la Sala concluye que la acción de autos se trata de una demanda de contenido patrimonial contra una persona jurídica privada, es decir una controversia entre particulares, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción civil ordinaria. Así se decide”.

Dicho criterio tiene como fundamento lo establecido en el artículo 65 de la LOJCA, ya que no permite y excluye cualquier solicitud de condena económica, por lo que no es posible acumular pretensiones con ese objetivo, de manera que se deberán presentar en un proceso -posterior y distinto- las demandas patrimoniales para la reparación de los posibles daños ocasionados por el prestador del servicio que se trate (arts. 56ss de la LOJCA).

3. Procedimiento establecido en la ley

El procedimiento previsto a partir del artículo 65 de la LOJCA, está diseñado para que de manera sumaria el prestador de servicio público cumpla con la falta que ha sido reclamada. De manera que la demanda además de cumplir con lo establecido en el artículo 33 *eiusdem*, debe estar acompañada con los instrumentos que evidencien los trámites que se hayan realizado como consecuencia del servicio prestado deficiente-

mente o su ausencia (art. 66). Se trata entonces del establecimiento de agotar previamente la vía administrativa.

Téngase en cuenta que ese requisito adicional no ha sido precisado en cuanto a las condiciones de modo y tiempo en que deben ser llevados frente al prestador del servicio, por lo que cualquier interpretación restrictiva que impida el acceso a la justicia violará el principio *pro actione*⁹.

Luego de admitida la demanda, se citará al prestador del servicio para que informe por escrito lo relativo a la demora, omisión o servicio prestado deficientemente, lo que deberá hacerse en un lapso no mayor de cinco (05) días hábiles, luego de que conste en el expediente su citación, so pena de ser multado con una sanción que se calculará entre cincuenta (50) y cien (100) Unidades Tributarias (art. 67).

Se tendrá por confeso al prestatario que no dirija ese informe al tribunal, a menos que se trate de la Administración Pública (art. 67). Adicionalmente, se deberá notificar a la Defensoría del Pueblo, a la institución que vele por los derechos de los usuarios, a los Consejos Comunales o Locales relacionados

9 Ese requisito también aplica a las demandas de abstención. En los últimos cinco años de decisiones (2013, 2014, 2015, 2016 y 2017) de la Sala Política Administrativa, hemos observado que casi en su totalidad se han declarado inadmisibles esas demandas por incumplir el mandato contenido en el artículo 66 de la LOJCA, como se observa de las decisiones: N° 57 del 30 de enero de 2013 (caso: *Gilberto Rúa*); N° 76 del 30 de enero de 2013 (caso: *Inversiones Triantafilia, C.A.*); N° 218 del 27 de febrero de 2013 (caso: *Otoniel Pautt Andrade*); N° 267 del 13 de marzo de 2013 (caso: *Conceta María Lapi De Macarrone*); N° 1152 del 16 de octubre de 2013 (caso: *Atel Trading, C.A.*); N° 1228 del 06 de noviembre de 2013 (caso: *Carlos Ramón Paredes*); N° 1500 del 18 de diciembre de 2013 (*Comité de afectados por apagones*); N° 60 del 23 de enero de 2014 (caso: *Otoniel Pautt Andrade*); N° 249 del 19 de febrero de 2014 (caso: *Ingeniería de Turbomáquinas, C.A.*); N° 444 del 23 de abril de 2015 (caso: *Econoinvest Capital, S.A.*); N° 935 del 05 de agosto de 2015 (caso: *Asociación Civil Transparencia Venezuela*); N° 243 del 02 de marzo de 2016 (caso: *Inversiones QZNO Maiquetía, C.A.*); N° 525 del 11 de mayo de 2017 (caso: *Carla Barreto*); N° 637 del 30 de mayo de 2017 (caso: *Francisca Daboín*); y N° 1036 del 28 de septiembre de 2017 (caso: *Pedro Albornoz y otros*).

con la demanda, al Ministerio Público y a cualquier otra persona pública, privada o del Poder Popular que esté relacionada con el asunto (art. 68).

El tribunal goza de las más amplias potestades cautelares, cualquier oposición a las medidas que dicte de oficio o a solicitud de parte deberá ser decidida *a la mayor brevedad* (art. 69).

Después de recibido el informe al que se refiere el artículo 67 de la ley o transcurrido el plazo para hacerlo, se deberá realizar la audiencia oral (que podrá ser prolongada), dentro de los diez (10) días de despacho siguientes, en la que deberán participar las partes y los interesados en el proceso, oportunidad en la que se promoverán las pruebas. En esa audiencia se propiciará la conciliación¹⁰ y deberán admitirse las pruebas ese mismo día o al siguiente para su posterior evacuación. Las audiencias deberán ser recogidas por medios audiovisuales. La inasistencia del demandante se sanciona con la declaratoria de desistimiento de la demanda (arts. 70 al 73).

Una vez finalizada la audiencia, se deberá publicar la sentencia dentro de los cinco (05) días de despacho siguientes, la cual deberá indicar las medidas que permitan que el servicio público se preste de manera eficiente y continua y las sanciones a que haya lugar. De apelarse la sentencia, ésta se oirá a un solo efecto (arts. 72, 74 y 75).

II. LOS CONSEJOS COMUNALES

Bien es sabido que en el año 2007 se intentó reformar el texto constitucional para que la República dejará de ser un Estado federal descentralizado y pasara a ser un modelo cons-

10 Sobre la conciliación se puede ver: Reverón Boulton, Carlos. "La conciliación en el contencioso administrativo venezolano" en Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano N° 7. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, Caracas, 2015, pp. 41-80, la cual puede ser consultada en www.redav.com.ve.

titucional de corte socialista (soviético) y centralizado, lo cual fue rechazado mediante un referéndum popular ese mismo año.

Sin embargo, la intención de establecer ese Estado socialista se ha venido concretando a través de leyes inconstitucionales que pretenden la imposición de ese modelo de Estado, desconociendo abiertamente el constitucionalmente establecido. Ello ha contado con el aval de la Sala Constitucional en la sentencia N° 256 del 10 de abril de 2014 (caso: *Eliseo Fermín Escaray*) y de la Sala Político Administrativa en la decisión N° 1185 del 6 de agosto de 2014 (caso: *Venezolano de Crédito*), según las cuales el rechazo en un referéndum aprobatorio de una determinada modificación de la Constitución debe ser interpretada como la negación de incluir u otorgar rango constitucional a la propuesta realizada, pero nunca como una prohibición del posible desarrollo legislativo del contenido de la referida propuesta.

Una de las múltiples leyes que se han dictado para diseñar y sostener el Estado comunal socialista¹¹ pretendido por el Gobierno es, precisamente, la Ley Orgánica de los Consejos Comunales (en lo sucesivo LOCC)¹². Los Consejos Comunales son una de las múltiples instancias de las estructuras del Poder Popular¹³ que sirven de base a un supuesto autogobierno iden-

11 Ese Estado comunal ha sido definido en el artículo 8.8 de la Ley Orgánica del Poder Popular (Gaceta Oficial N° 6.011 Extraordinario del 21 de diciembre de 2010) como: "Forma de organización político social, fundada en el Estado democrático y social de derecho y de justicia establecido en la Constitución de la República, en la cual el poder es ejercido directamente por el pueblo, con un modelo económico de propiedad social y de desarrollo endógeno sustentable, que permita alcanzar la suprema felicidad social de los venezolanos y venezolanas en la sociedad socialista. La célula fundamental de conformación del estado comunal es la Comuna".

12 Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.335 del 28 de diciembre de 2009. Téngase en cuenta que previamente se había dictado la Ley de los Consejos Comunales, que sirvió de base a la Ley Orgánica de 2009 y que se publicó en la Gaceta oficial N° 5.806 Extraordinario del 10 de abril de 2006.

13 "Instancias del Poder Popular: Constituidas por los diferentes sistemas de agregación comunal y sus articulaciones, para ampliar y fortalecer la acción del autogobierno comunal: consejos comunales, comunas, ciuda-

tificado abiertamente con el socialismo¹⁴. Concretamente, el artículo 2 de la LOCC los define como:

“Los consejos comunales, en el marco constitucional de la democracia participativa y protagónica, son instancias de participación, articulación e integración entre los ciudadanos, ciudadanas y las diversas organizaciones comunitarias, movimientos sociales y populares, que permiten al pueblo organizado ejercer el gobierno comunitario y la gestión directa de las políticas públicas y proyectos orientados a responder a las necesidades, potencialidades y aspiraciones de las comunidades, en la construcción del nuevo modelo de sociedad socialista de igualdad, equidad y justicia social”.

Obsérvese que los Consejos Comunales son instancias de autogobierno y de participación ciudadana tendentes a la construcción del socialismo. En virtud de ello, esas organizaciones deben ser analizadas desde una doble perspectiva, a saber: (i) como instancias de participación (socialistas); y (ii) como sujetos capaces de gestionar servicios públicos. Veamos las implicaciones de cada una de ellas.

des comunales, federaciones comunales, confederaciones comunales y las que, de conformidad con la Constitución de la República, la ley que regule la materia y su reglamento, surjan de la iniciativa popular” (art. 8.9 de la Ley Orgánica del Poder Popular).

- 14 “Socialismo: es un modo de relaciones sociales de producción centrado en la convivencia solidaria y la satisfacción de necesidades materiales e intangibles de toda la sociedad, que tiene como base fundamental la recuperación del valor del trabajo como productor de bienes y servicios para satisfacer las necesidades humanas y lograr la suprema felicidad social y el desarrollo humano integral. Para ello es necesario el desarrollo de la propiedad social sobre los factores y medios de producción básicos y estratégicos que permita que todas las familias, ciudadanos venezolanos y ciudadanas venezolanas posean, usen y disfruten de su patrimonio, propiedad individual o familiar, y ejerzan el pleno goce de sus derechos económicos, sociales, políticos y culturales” (art. 8.14 de la Ley Orgánica del Poder Popular).

1. Los Consejos Comunales como medio de participación

Hoy en día, a partir de lo establecido en los artículos 2, 62, 70 y 141 constitucionales, se propugna la participación ciudadana y la democratización de la Administración en el entendido de que esa participación permitirá que se favorezca realmente a los intereses de la ciudadanía. Esa participación en la formulación de las políticas públicas y en la actividad administrativa siempre debe ser libre, abierta, plural y democrática. En suma, gracias a esas normas es factible hablar de buen gobierno, entendido éste como una nueva forma de relación entre la Administración y la ciudadanía con base en el derecho a una buena Administración, participación, transparencia y rendición de cuentas¹⁵.

Sin embargo, la participación prevista en la LOCC es diametralmente opuesta a la que persigue nuestro texto consti-

15 Al respecto, Jaime Rodríguez-Arana nos enseña que “la participación de los ciudadanos en el espacio público está, poco a poco abriendo nuevos horizontes que permiten, desde la terminación convencional de los procedimientos administrativos, pasando por la presencia ciudadana en la definición de las políticas públicas, llegar a una nueva forma de entender los poderes públicos, que ahora ya no son estrictamente comprensibles desde la unilateralidad sino desde una pluralidad que permite la incardinación de la realidad social en el ejercicio de las potestades públicas.
(...)

Frente a la perspectiva cerrada de un interés general que es objeto de conocimiento, y casi del dominio de la burocracia llegamos, por aplicación del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, a otra manera distinta de acercarse a lo común, a lo público, a lo general, en lo que se parte del presupuesto de que siendo las instituciones públicas de la ciudadanía, los asuntos públicos deben gestionarse teniendo presente en cada momento la vitalidad de la realidad que emerge de las aportaciones ciudadanas” (Rodríguez-Arana, Jaime. “El Derecho a la buena Administración en las relaciones entre ciudadanos y Administración Pública” en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* N° 16. España, 2012, p. 254 y 255).

Sobre el derecho a una buena Administración remitimos al excelente número preparado por esta Revista bajo el N° 11, dedicado a ese tema, el cual podrá ser consultado en www.redav.com.ve.

tucional. La participación que se reconoce en favor y a través de los Consejos Comunales, lejos de ser libre abierta, plural y democrática, más bien viola ese derecho y el pluralismo político por tratarse de una participación solo para la construcción del socialismo a través de instancias y objetivos dispuestos en esa Ley. A pesar de lo aquí dicho, la Sala Constitucional en la sentencia N° 1676 del 3 de diciembre de 2009, al declarar la constitucionalidad del carácter orgánico de la LOCC, apreció lo siguiente:

“En primer lugar, el instrumento jurídico bajo examen torna operativo el derecho constitucional de todos los ciudadanos de participar libremente en los asuntos públicos, a través de los medios de participación y protagonismo popular que les ha reconocido el Constituyente de 1999 en los artículos 62 y 70 del Texto Constitucional, insertos a su vez en su Título III que consagra “Los Derechos Humanos y Garantías y de los Deberes”, es decir, regula esta modalidad de derecho constitucional de contenido político de forma frontal y directa, lo cual subsume a esta Ley en la categoría normativa de Ley Orgánica para el desarrollo de los derechos constitucionales como subtipo inmerso en el artículo 203 del mismo Texto Fundamental.

Asimismo, esta Ley fija los principios que deben orientar esta modalidad de participación a través del gobierno comunitario y la participación directa en las políticas públicas dirigidas hacia la construcción del nuevo modelo de sociedad inspirada en valores de igualdad, equidad y justicia social, por tanto, en criterio de la Sala se trata de una ley que se encuentra dirigida a regular diferentes medios de participación en las políticas públicas que desarrolla el Estado, como vinculado tema de especial trascendencia a los derechos constitucionales antes mencionados”.

Adicionalmente, la Sala Político Administrativa en la decisión N° 1347 del 29 de octubre de 2015 (caso: *Otoniel Pautt*

Andrade) se refirió a esa participación en los siguientes términos:

“Los consejos comunales, de conformidad con la Ley Orgánica de los Consejos Comunales y la Ley Orgánica del Poder Popular, son instancias de participación, articulación e integración entre los ciudadanos y las ciudadanas y las diversas organizaciones comunitarias, movimientos sociales y populares, que permiten al pueblo organizado ejercer el gobierno comunitario y la gestión directa de las políticas públicas y proyectos orientados a responder a las necesidades, potencialidades y aspiraciones de las comunidades, lo cual incluye la prestación de servicios públicos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 184 de la Constitución, que prevé la descentralización y transferencia a las comunidades y grupos vecinales organizados de la administración y prestación de servicios públicos, así como en el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y Otras Atribuciones”.

Lo aseverado en esas decisiones es alejado de la verdad y del propósito de los artículos 62 y 70 de la Constitución, debido a que aun cuando los Consejos Comunales en apariencia son una estructura de participación abierta y plural, la realidad es que están sometidos al Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio del Poder Popular para las Comunas y los Movimientos Sociales, ya que la personalidad jurídica solo la podrán adquirir luego de que se registren ante ese Ministerio y es ese órgano el que financia sus proyectos (arts. 16, 17 y 57.11 de la LOCC).

La pluralidad queda absolutamente descartada también debido a que el registro de los Consejos Comunales no podrá realizarse cuando éstos tengan por objeto *finalidades distintas a la presente Ley* (artículo 18 de la LOCC). Téngase en cuenta además que los voceros, órgano coordinador del funcionamiento

del Consejo Comunal, son elegidos *popularmente* y no a través de un sufragio universal y directo (art. 4.6 de la LOCC).

El denominado Poder Popular elimina la participación ciudadana abierta y plural por las razones hasta aquí expuestas. Prueba de ello es que el artículo 4 de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno¹⁶ señala que la sociedad organizada está constituida por Consejos Comunales, comunas y cualquier otra organización de base del Poder Popular, es decir, la sociedad civil estaría supuestamente representada en esas organizaciones y la participación constitucionalmente reconocida se ejercería a través de los Consejos Comunales, pero solo para construir el socialismo, se trata de un mecanismo de discriminación, de ahí su inconstitucionalidad.

En conclusión, los Consejos Comunales como todas las estructuras del estado paralelo socialista que se pretende afianzar al margen de la Constitución, en realidad son todo lo contrario a una organización que favorece el pluralismo político reconocido en nuestro texto fundamental, debido a que no podrán participar todo aquel que no desee el socialismo que se persigue perpetuar a través de todas las leyes y organizaciones del Poder Popular¹⁷.

2. Los Consejos Comunales como prestadores de servicios públicos

Los Consejos Comunales son organizaciones que fomentan la participación ciudadana socialista (no plural) con capacidad de gestionar servicios públicos que le sean transferidos con aparente anclaje constitucional (art. 184).

16 Publicada en la Gaceta Oficial N° 5.963 Extraordinario del 22 de febrero de 2010.

17 Para el mejor entendimiento del Poder Popular recomendamos la lectura de la obra intitulada *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal*, publicada por la Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011.

Esa transferencia de servicios por parte de los Estados y Municipios hacia los Consejos Comunales con base en el artículo 184 de nuestra constitución debe ser analizada a la luz de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal¹⁸, la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno, la LOCC y la Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y Otras Atribuciones¹⁹, por lo que cabe hacer los siguientes comentarios:

En *primer lugar*, lejos de tratarse de una descentralización, la transferencia de competencias y servicios hacia los Consejos Comunales es todo lo contrario, debido al marcado carácter centralizador que se desprende de la LOCC y el excesivo control que sobre los Concejos Comunales ejerce el Ministerio del Poder Popular para las Comunas y los Movimientos Sociales, como ya fue apuntado.

En efecto, la verdadera intención que se esconde detrás de esa aparente descentralización es la de vaciar de contenido las competencias y la autonomía Municipal para imponer así un estado comunal que solo responda a los fines del partido de gobierno y que en nada se compadece con el texto constitucional. Al respecto, Brewer-Carías ha afirmado lo siguiente:

“Conforme a la Constitución «la creación de nuevos sujetos de descentralización a nivel de las parroquias, las comunidades, los barrios y las vecindades» solo es posible «a los fines de garantizar el principio de la corresponsabilidad en la gestión pública de los gobiernos locales y estatales y desarrollar procesos autogestionarios y cogestionarios en la administración y control de los servicios públicos estatales y municipales» (art. 184.6). Ello significa que los mecanismos de participación que puedan establecerse conforme a la Constitución no son para vaciar a las estructuras del Estado

18 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.015 Extraordinario del 28 de diciembre de 2010.

19 Reimpresa por error en la Gaceta Oficial N° 39.954 del 28 de junio de 2012.

Constitucional, es decir, de los «gobiernos locales y estatales,» sino para reforzarlas en la gestión pública. Por otra parte, conforme a la Constitución, no puede haber gobierno alguno que no sea electivo, descentralizado y pluralista; sin embargo, en la LOPP se define un Estado paralelo que es el Estado Comunal, montado sobre «gobiernos» o «autogobiernos» que no son ni electivos, ni descentralizados ni pluralistas”²⁰.

Solo basta para evidenciar lo anterior, el haber creado a las Comunas²¹ como entidad local que atenta contra la existencia de los Municipios como unidad política primaria de mayor cercanía respecto a los ciudadanos.

En *segundo lugar*, la transferencia de servicios hacia los Consejos Comunales discrimina y no permite que entidades privadas puedan eventualmente asumir y gestionar esa prestación de servicios.

La actividad privada y la verdadera sociedad civil queda absolutamente relegada y marginada de esa posible descentralización, ya que ella ha sido prevista para “...lograr el fortalecimiento de las organizaciones de base del Poder Popular y

20 Brewer-Carías, Allan. *Sobre el Poder popular y el Estado Comunal en Venezuela (o de cómo se impone a los venezolanos un Estado Socialista violando la Constitución, y en fraude a la voluntad popular)*. Consultado en https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Brewer-Car%C3%ADas__Sobre_el_Estado_Comunal,_el_Estado_Socialista_y_el_Poder_Popular_en_Venezuela_31-12-2010_doc%5B1%5D.pdf

21 Las comunas han sido definidas por el artículo 5 de la Ley Orgánica de las Comunas (Gaceta Oficial N° 6.011 Extraordinario del 21 de diciembre de 2010) como: “Es un espacio socialista que, como entidad local, es definida por la integración de comunidades vecinas con una memoria histórica compartida, rasgos culturales, usos y costumbres, que se reconocen en el territorio que ocupan y en las actividades productivas que le sirven de sustento, y sobre el cual ejercen los principios de soberanía y participación protagónica como expresión del Poder Popular, en concordancia con un régimen de producción social y el modelo de desarrollo endógeno y sustentable, contemplado en el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación”.

el desarrollo armónico de los Distritos Motores de Desarrollo y regiones del país, en el marco del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación” (art. 7 de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno).

Es por ello que los Consejos Comunales tendrán preferencia en la asignación de recursos para sus requerimientos y para que le sean transferidos los servicios públicos por parte de los Estados y Municipios, todo lo cual será aprobado por la Asamblea de Ciudadanos (arts. 23 y 59 de la LOCC).

Ello desconoce tanto el artículo 184 constitucional como la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, la cual prevé que podrán transferirse los servicios públicos a los *grupos vecinales organizados* que estén en capacidad para prestarlos, en aras de garantizar una participación ciudadana abierta y plural con inclusión de todos los sectores, lo cual será mediante convenios y que podrán ser reasumidos por el Municipio si no son prestados eficientemente (artículos 278 al 281). Esas normas de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal cuya nulidad se planteó ante la posibilidad de que las manifestaciones del Poder Popular vacíen de competencias a los Municipios no fueron anuladas, pues a juicio de la Sala Constitucional en la sentencia N° 355 del 16 de mayo de 2017²², ello no implica el

22 “El mandato previsto en la Constitución obedece necesariamente a la necesidad de implementar un mecanismo por el cual el régimen de competencias conferido a los entes político-territoriales pueda evolucionar, en la medida de lo posible, en una decantación que permita la aproximación en la prestación de los servicios esenciales para el beneficio de la población. La norma constitucional establece una perspectiva basada en la implementación de un sistema normativo que prevea, en su mejor sentido, generar mecanismos que acerquen a cada una de sus escalas, la asignación o conferimiento, mediante los distintos mecanismos administrativos propios de la descentralización, de las competencias, atribuciones y del sistema prestacional de servicios, el cual tiene como última finalidad su asignación en la población de aquellas materias sobre las cuales se encuentre en capacidad para llevar a cabo en atención al desarrollo de las capacidades del colectivo, debidamente organizado, así como la eficiencia que pueda mantener para satisfacer sus propias necesidades y las del resto de la población.

establecimiento de un Estado comunal paralelo que asumirá la titularidad de las competencias establecidas por la Constitución –en este caso– en favor de los Municipios.

(...)

El marco de la descentralización tiene también un elemento adicional que se suma a la múltiple intervención de los distintos niveles territoriales conforme a la Constitución, entendida como base para establecer un orden de actuación: la colectividad también se encuentra habilitada mediante un doble aspecto constitucional, previsto tanto en las normas constitucionales en materia de descentralización –entiéndase en este punto el artículo 184 constitucional– y las disposiciones fundamentales relativas al derecho de participación, que no sólo acentúan el ejercicio de los principios de la democracia directa desde una perspectiva política, delimitada en la potestad para la toma de decisiones en los asuntos de la sociedad y en la designación de autoridades; sino también desde un sentido del derecho de participación plasmado en el pleno ejercicio de funciones administrativas que trascienden más allá de una simple acción eventual o accidental, pues la ciudadanía puede, en la medida de sus capacidades, entronizarse mediante distintas modalidades organizativas, permitidas por la Constitución y distintas leyes, sin que medie un solo mecanismo o esquema normativo para su integración, pudiendo asumir desde el punto de vista constitucional, la realización de materias y la prestación de tareas que pertenezcan a los distintos niveles político territoriales.

En este sentido, independientemente de que la Administración Pública asuma la prestación de los servicios encomendados, el orden sistemático de los artículos 62, 70 y 184 de la Constitución establecen la factibilidad de que los grupos sociales, debidamente organizados, asuman, cuando se encuentren en niveles óptimos de su capacidad, la prestación de servicios públicos y la ejecución de determinadas materias asumibles con base en el sentido y naturaleza de las mismas. Ello es el sentido que otorga el artículo 62 constitucional al papel protagónico de la ciudadanía.

Esta connotación de la participación popular en la prestación de servicios tiene una dualidad autónoma y heterónoma toda vez que la colectividad, al procurar un grado óptimo de perfeccionamiento, puede asumir ciertas materias que le guarden una vinculación directa a su interés. Asimismo, el Estado, mediante la actuación de los distintos niveles político-territoriales, está en el deber de elaborar los sistemas normativos y las políticas de ejecución que permitan la aproximación de las competencias y los servicios a los entes político territoriales inferiores y de éstos hacia la población, comprendiendo la factibilidad de que ella misma las asuma en mayor o menor grado, la ejecución de los servicios que optimicen un mayor logro y eficiencia sobre la base de la proximidad e inmediatez que recae en la población.

(...)

En el sentido constitucional, respecto a la materia de la descentralización administrativa debe concebirse necesariamente que *las competencias* constitucionalmente entendidas, presuponen tres aspectos sobre los cuales los entes político territoriales fundamenten el ejercicio de su actividad bajo los siguientes aspectos: *i)* el conferimiento de una *potestad pública* entendida en la adjudicación del poder de autoridad que habilita al Ente territorial para realizar las funciones encomendadas por la propia Constitución; *ii)* *la materia* entendida como el ámbito en donde la autoridad puede desplegar el ejercicio de las potestades; y *iii)* *los servicios* comprendidos por las funciones materiales y concretas de índole prestataria destinadas a la realización de las actividades satisfactorias de las necesidades colectivas". Podría entenderse que la *potestad pública* identifica totalmente la noción de competencia, cuando la misma es una parte integrante de ésta. Tanto la materia como la asignación de servicios son elementos conformantes de la misma noción y determinan un mayor o menor nivel en el manejo de la misma, asumiendo distintos grados o niveles en el desarrollo y distribución de las atribuciones, sea por cogestión o autogestión y considerando el convenio celebrado entre las partes.

En todos estos supuestos, no se encuentra prevista la pérdida de las *potestades públicas* conferidas por la Constitución a los entes político-territoriales por cuanto las mismas son de expresa determinación fundamental y no pueden entenderse como una renuncia en los supuestos que se pretenda aproximarse a la colectividad, mediante la aplicación de la descentralización administrativa y la participación popular. La posición que en un principio muchos sectores han asumido con respecto a la participación como desmedro de los sistemas representativos ha sido superada, al entenderse que ninguna de ambas modalidades de la manifestación popular y la asunción de actividades puede visualizarse como incompatibles; por el contrario, deben asumirse en una acepción coadyuvante: "*En efecto, para un sector existe una contraposición peligrosa entre la democracia representativa y la democracia directa, así como el riesgo de un posible uso demagógico de estas instituciones. Para otro, en cambio, esta supuesta contradicción es cosa del pasado, ya que, como la experiencia comparada lo demostraría, las instituciones de democracia directa, más que una alternativa per se, deben ser vistas como complemento de la democracia representativa*" (Cfr. Zovatto, Daniel. *Las Instituciones de Democracia Directa*. En: Tratado de Derecho Electoral Comparado en América Latina. Ediciones del Fondo de Cultura Económica. México 2007. p. 134).

En el presente caso, las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal no implican de manera alguna una pérdida o renuncia de la competencia, toda vez que ésta se encuentra supeditada a lo previsto en el propio Texto Constitucional, el cual prevé su ejercicio primario por parte de los Municipios, sin que las distintas manifestaciones del procedimiento de descentralización y de la participación popular impliquen merma alguna. En consecuencia, tanto la autonomía municipal como las *potestades públicas* no pueden entenderse por socavadas ante el fenómeno de la participación popular sobre los asuntos colectivos, pues

Finalmente, en *tercer lugar*, debe precisarse que la Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y Otras Atribuciones profundiza mucho más el favorecimiento y construcción del Estado comunal paralelo al Federal que reconoce la Constitución²³.

Con esa ley se termina cualquier aspiración de que la descentralización se traduzca en la democratización y acercamiento del poder a la ciudadanía, toda vez que la transferencia de servicios prevista en el artículo 184 constitucional gira en torno a la autonomía que tendrían los Estados y Municipios para realizar esa descentralización en favor de la sociedad civil, abierta y plural y no exclusivamente al *pueblo organizado como lo señala el artículo 1 de la ley que se comenta. Téngase en cuenta que la transferencia prevista en esa ley solo favorecerá a las instancias del Poder Popular, entre las que se encuentran los Consejos Comunales (arts. 2, 5, 6 y 7).*

Concretamente, los Consejos Comunales podrán solicitar la transferencia de servicios cuando estén en capacidad de ello o bien esa transferencia puede realizarse *motu proprio* por los entes políticos territoriales (arts. 7 y 11).

Ahora bien, si se presentase algún conflicto entre los consejos Comunales, los entes políticos territoriales y los Órganos del Poder Público Nacional en relación con la transferencia regulada en la ley, corresponderá resolverla a la Secretaría del Consejo Federal de Gobierno (art. 10).

Si bien la ley no señala cómo se resolverá ese conflicto entendemos que de acuerdo con el artículo 14.1 de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno será resuelto por el

la misma debe siempre entenderse como concomitante y coadyuvante de ésta”.

23 Para profundizar aun más sobre el contenido de esa ley remitimos a los excelentes estudios contenidos en la *Revista de Derecho Público* N° 130. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.

Presidente de la República, quien ordenará la transferencia de competencias o servicios, sin atender el espíritu abierto, plural y democrático con el cual se estableció la descentralización en el artículo 184 de nuestra Constitución.

Además, si la transferencia fuera promovida por los Estados o Municipios deberá realizarse según el plan anual de transferencia que será revisado y aprobado por el Consejo Federal de Gobierno, por lo que en este caso en concreto también se viola la Constitución, desde que el Consejo Federal de Gobierno ordenara la transferencia de competencias a través de esos planes (arts. 11, 12 y 13).

III. INTERVENCIÓN DE LOS CONSEJOS COMUNALES EN JUICIO

De conformidad con lo establecido en los artículos 7.4²⁴, 7.5²⁵, 10²⁶ y 68 de la LOJCA, los Consejos Comunales podrán intervenir en juicio bien como demandados cuando presten directamente un servicio público o como interesados en la resolución de una demanda de servicio público con el objeto de que opinen en relación con lo debatido en el proceso. Al respecto, la Sala Constitucional en la sentencia N° 1721 del 18 de diciembre de 2015 (caso: *Lucas Gil*) afirmó lo siguiente:

“De acuerdo a las normas transcritas, (i) la jurisdicción contencioso administrativa ejerce el control de las entidades populares de planificación, control, ejecución de políticas

24 Artículo 7.4: “Los consejos comunales y otras entidades o manifestaciones populares de planificación, control, ejecución de políticas y servicios públicos, cuando actúen en función administrativa”;

25 Artículo 7.5: “Las entidades prestadoras de servicios públicos en su actividad prestacional”.

26 Artículo 10: “Los entes, consejos comunales, colectivos y otras manifestaciones populares de planificación, control, ejecución de políticas y servicios públicos, podrán emitir su opinión en los juicios cuya materia debatida esté vinculada a su ámbito de actuación, aunque no sean partes”.

y servicios públicos, cuando actúen en función administrativa y (ii) atribuye a estas formas de manifestación popular, la posibilidad de participar y de ejercer su poder de obrar inclusive ante los tribunales para resguardar los bienes y servicios públicos”²⁷.

Nótese bien que en el primer caso están legitimados pasivamente para defender en juicio su actuación en relación con el anormal funcionamiento del servicio público que gestionen, de acuerdo a lo que se demande en cada caso en particular; mientras que, en el segundo, no deberá entenderse que tendrán la cualidad de parte y su actuación solo puede realizarse con el objeto de emitir una opinión en relación al modo en que se ha prestado el servicio público²⁸.

En el segundo supuesto, los Consejos Comunales interesados podrían ser los indicados por el demandante en el libelo y si ello no se realizase el tribunal deberá realizar las gestiones tendentes a su notificación.

Dicho lo anterior, de seguidas pasaremos a comentar las particularidades que presentan las dos distintas formas en que los Consejos Comunales podrán intervenir en juicio:

27 Ello también ha sido precisado en la decisión N° 1347 del 29 de octubre de 2015 (caso: *Otoniel Pautt Andrade*), en la que la Sala Político Administrativa afirmó lo que sigue: “En este sentido, no cabe duda en cuanto a la intención del legislador de convocar al juicio a los órganos del Poder Público y del Poder Popular para que puedan intervenir en el mismo, razón por lo cual la notificación de los consejos comunales es necesaria, siempre que estén directamente relacionados con el caso, para lo cual debe dilucidarse cuándo es que estas manifestaciones del Poder Popular están directamente relacionadas con una demanda atinente al reclamo por la prestación de un servicio público”.

28 Vid.: Iribarren Monteverde, Henrique. “Las partes en el Contencioso Administrativo” en *XXXVIII Jornadas J.M. Domínguez Escovar*. Instituto de Estudios Jurídicos “Ricardo Hernández Álvarez”, Barquisimeto, 2013, p. 376.

1. Los Consejos Comunales como demandados

No tenemos ningún tipo de duda respecto a la legitimación pasiva de los Consejos Comunales como sujetos demandados por el mal funcionamiento de un servicio público, siempre que previamente esos servicios hayan sido transferidos y sean ellos los prestadores. Ello se desprende concretamente, no solo de las normas de la LOJCA a las que aludimos con anterioridad, sino en virtud de lo establecido en el artículo 8 *eiusdem* que consagra la universalidad de control contencioso administrativo, con base en el artículo 259 constitucional, del modo que sigue:

“Será objeto de control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la actividad administrativa desplegada por los entes u órganos enumerados en el artículo anterior, lo cual incluye actos de efectos generales y particulares, actuaciones bilaterales, vías de hecho, silencio administrativo, prestación de servicios públicos, omisión de cumplimiento de obligaciones y, en general, cualquier situación que pueda afectar los derechos o intereses públicos o privados”.

Obsérvese que el legislador intencionalmente sometió al control de esa jurisdicción la actividad administrativa prestacional, privilegiando así la tutela judicial efectiva, pues lo que se favorece en definitiva es que se condene al prestador de servicio público a que realice la prestación de manera adecuada. Lo determinante es la resolución de un conflicto de orden y fundado en derecho administrativo para que se condene al prestador a hacer lo que ha omitido.

En este aspecto la única salvedad que cabría hacer es que la prestación de los servicios públicos por parte de los Consejos Comunales en realidad significa una distorsión a la descentralización prevista en el artículo 184 constitucional, tal y como se expuso de manera detallada en este estudio.

Finalmente, cabría formular la posibilidad de que en la sentencia, dada la gravedad que se presente en el caso concreto respecto a la deficiente prestación del servicio público, se ordene a que se revierta el convenio mediante el cual se transfirió el servicio, por incapacidad de gestionarlo adecuadamente, todo ello conforme a los artículos 25 de la Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y Otras Atribuciones, 281 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y 43 y 44 del Reglamento de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno²⁹, como una medida efectiva que garantice la prestación debida, lo cual es cónsono con lo establecido en el artículo 74.230 de la LOJCA.

2. La opinión de los Consejos Comunales sobre lo debatido en juicio

De manera general, la LOJCA prevé que los Consejos Comunales participen en juicio para dar su opinión (art. 10), lo que además se estableció de manera concreta en los diversos procedimientos previstos en la ley (en las demandas de contenido patrimonial, art. 58 y en el procedimiento breve, art. 68).

En virtud de ello, la sala Político Administrativa en la decisión N° 476 del 13 de abril de 2011 (caso: *Hidroven*), reafirmó que esa intervención coadyuvará en el resguardo de los servicios públicos. Al respecto, la Sala precisó lo siguiente:

“Es así como la novísima legislación le atribuye a las distintas formas de manifestación popular la posibilidad de participar y de ejercer su poder de obrar inclusive ante los tribunales para resguardar los bienes y servicios públicos.

29 Reimpresión en la Gaceta Oficial N° 40.002 del 06 de septiembre de 2012.

30 Artículo 74: Contenido de la sentencia. Además de los requisitos del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia deberá indicar: (...)

2. En el caso de reclamos por prestación de servicios públicos, las medidas que garanticen su eficiente continuidad.

Por estas razones la Sala insta a los Consejos Comunales de Santa Cruz, Quebrada de Piedra, Aguas Calientes, Tarpaz, Los Clavellinos, Bella Vista, Los Altos, Santa María, Amanita Arriba, Amanita Abajo, Los Cabimpos, Las Vegas, La Sabana, La Fundación, Catuaro, del Municipio Ribero del Estado Sucre, a que participen en el juicio llevado ante la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, consiguando su escrito (o escritos) de opinión, y ejerzan en ese proceso su función de control y ejecución de las políticas y servicios públicos, considerando que existe en este asunto una reclamación de interés público, que consiste en lograr para dichos pobladores el acceso a un elemento fundamental para la vida: el agua que es la vida misma. Además, el acceso al agua es un derecho humano indispensable no sólo para la vida, sino para el buen vivir.

La Sala anima a los Consejos Comunales a que hagan seguimiento al presente juicio y a la gestión de autoridad del área del agua que lo ha impulsado, tal como prevé la normativa legal.

En reconocimiento de los derechos del pueblo, la Sala ordena que los mencionados Consejos Comunales sean notificados del presente fallo, a cuyo efecto debe ser publicado en la Gaceta Judicial y en la página web del Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide”.

Nótese que para la Sala la opinión que deben presentar los Consejos Comunales deberá hacerse por escrito, lo cual entendemos contrario al espíritu de la LOJCA y a la forma en que ha sido previsto el procedimiento breve, de manera que creemos que esa opinión debería recogerse de manera oral en la audiencia, pues el artículo 70 de esa ley ordena a que se oigan a las partes, los notificados y demás interesados.

Además, resulta cuestionable que los Consejos Comunales puedan actuar imparcialmente al omitir su opinión debido a

su politización y dependencia absoluta del Ejecutivo Nacional, de manera que su participación puede ser sesgada y podrá entorpecer la resolución del proceso con arreglo a la veracidad de los hechos que los Consejos Comunales podrán tergiversar a través de su participación.

Precisado lo anterior, también consideramos prudente referirnos a otros aspectos que han sido tratados y desarrollados en las decisiones de la Sala Político Administrativa, a las que nos referiremos de seguidas:

A. Notificación de los Consejos Comunales

Para el caso en que no se hayan identificado en el libelo de la demanda los Consejos Comunales que en razón de la zona geográfica se vean afectados por la deficiente prestación del servicio público, tendrá el juez que ordenar la notificación del Consejo Local de Planificación Pública³¹ del o los municipios en los que el demandado preste el servicio, ello ha sido realizado de ese modo por parte del Juzgado de Sustanciación de la Sala Político Administrativa en la decisión N° 2 del 14 de enero de 2016 (caso: *Inversiones Expocanto*)³². En concreto, en esa causa se señaló lo siguiente:

“Visto que el acto administrativo cuya nulidad se pretende resuelve «(...) Calificar de urgente la ejecución de la obra denominada ‘EDIFICIO LUIS FERNANDO’, ubicado en la Avenida Este 3 entre Avenida Fuerzas Armadas y Avenida Norte 9, calle Este 3, sector Chimborazo, Caracas, Municipio Libertador del Distrito Capital (...)», se ordena notificar al Consejo Local de Planificación Pública del Municipio Liber-

31 Regulados en la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.184 Extraordinario del 03 de junio de 2015.

32 Ello también puede observarse en las decisiones de ese Juzgado N° 217 del 1 de julio de 2015 (caso: *Anpronahv*); N° 8 de diciembre de 2015 (caso: *Evelio Smith*) y N° 36 del 2 de febrero de 2016 (caso: *Desarrollos 1596*).

tador del Distrito Capital, a fin de que emplace a los Consejos Comunales de la localidad, para que emitan su opinión en la presente controversia; todo ello, con fundamento en lo contemplado en el numeral 3 del artículo 78 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Líbrese oficio, anexándole copia certificada de esta decisión”.

Particularmente, la Sala Político Administrativa en la sentencia N° 1347 del 29 de octubre de 2015 (caso: *Otoniel Pautt Andrade*), señaló que para identificar a los Consejos Comunales que puedan estar interesados en una causa concreta con la prestación de un servicio público es necesario que se notifique al Consejo Local de Planificación Pública con competencia en el lugar en el que se realice la prestación que se reclama. En efecto, la Sala afirmó que:

“A diferencia de lo sostenido por la parte accionante, el hecho de que la norma establezca la notificación del consejo comunal directamente relacionado con el caso, no es una excepción al deber jurisdiccional de notificar a estos entes del Poder Popular, sino por el contrario, una determinación de cuándo deben ser convocados, lo cual no tiene margen de duda si se trata de un servicio público administrado por estas instancias de participación popular, pero cuando se trata de servicios públicos domiciliarios, como lo es la prestación del servicio de agua potable, que nos ocupa en el presente caso, prestado por una empresa administrada en un ámbito distinto al comunitario, debe determinarse si la prestación de tal servicio tiene incidencia en el radio de acción del consejo comunal, por lo que tendría que establecerse de conformidad con el espacio geográfico en el que se desenvuelve el consejo comunal y las áreas del quehacer social en el que desarrolla sus actividades, lo cual, resultaría sumamente complejo para el recurrente o el juez al momento de admitir la demanda, por lo que para satisfacer este requisito legal, debe utilizarse un criterio geográfico, es decir, que de no estar concretamente identificado un consejo comunal

directamente relacionado con el caso, debe notificarse al consejo local de planificación pública con competencia en el lugar donde se originó el reclamo por la prestación del servicio público, para que sea este órgano el que ponga en conocimiento de dichas instancias de participación popular de la existencia de la demanda”.

Creemos que de no existir un Consejo Local de Planificación al cual dirigirse para que emplace a los Consejos Comunales de la localidad, el juez tendrá que oficiar para esos efectos al Ministerio del Poder Popular para las Comunas y los Movimientos Sociales.

Adicionalmente, la Sala Político Administrativa en la mencionada decisión N° 1347 del 29 de octubre de 2015, ha señalado que de no notificarse al inicio del proceso al o los Consejos Comunales interesados no deberá reponerse la causa, salvo que ello sea solicitado por esa instancia de participación³³.

33 Concretamente, la sala afirmó lo siguiente: “El artículo 257 de la Constitución de la República establece el proceso como instrumento fundamental para alcanzar la justicia, además de que debe ser breve y no sacrificarse este fin por formalidades no esenciales. En el caso que estamos analizando, el proceso cuya reposición se ordenó se trata de un procedimiento breve previsto en la Ley para poder ejercer reclamos en materia de servicios públicos, razón por la cual debe garantizarse que la Administración de Justicia sea eficaz y célere, por lo que si bien la norma establece la notificación de los consejos comunales directamente relacionados con el caso, debe evitarse una reposición inútil de la misma, especialmente cuando no consta en autos que alguna de estas instancias de participación popular, o la comunidad, esté efectivamente afectada o relacionada con la petición de un ciudadano de que se le preste un determinado servicio público, por lo que la interpretación de esta norma no puede hacerse de forma tal que entorpezca el acceso del ciudadano a la jurisdicción, sino por el contrario garantizar su posibilidad de hacer valer sus derechos, así como la participación de la comunidad organizada, cuando ésta esté relacionada con la causa.

De esta forma, la reposición de la causa a solicitud de la parte demandada, por la falta de una notificación a un tercero (consejo comunal) no resulta cónsona con la finalidad del proceso, que en este caso es garantizar el acceso a los órganos de justicia para ejercer lo que considera su derecho en relación con la prestación de un servicio público, por lo que tal reposición

B. Representación de los Consejos Comunales

Por último, toca referirnos al modo en que los Consejos Comunales podrán participar en juicio. Concretamente, esas instancias de participación podrán intervenir de manera directa a través de sus voceros o bien a través del apoderado judicial que éstos designen, tal y como quedó establecido en la decisión de la Sala Político Administrativa N° 968 del 29 de septiembre de 2016 (caso: *Inversiones Expocanto*).

RECAPITULACIÓN

Las demandas de prestación de servicios públicos es la vía idónea para controlar la deficiente o ausente prestación de servicios públicos, a través de un procedimiento breve y sumario. En ese procedimiento, indebida y contrariamente a la tutela judicial efectiva, no se podrán presentar pretensiones de contenido patrimonial, pues se ha entendido que conforme al artículo 65 de la LOJCA el proceso solo girará en torno al modo en que se ha prestado el servicio.

Urge una interpretación acorde con la Constitución de esa norma y del artículo 66 *eiusdem* relacionado con el previo agotamiento de la vía administrativa como requisito de admi-

solo debe proceder a instancia del Consejo Comunal directamente relacionado con el caso que demuestre que la comunidad de la cual proviene se vería afectada por las resultas del juicio.

En este punto, en aras de satisfacer el requisito legal de notificación a los consejos comunales puede ser subsanado por el juez de alzada, ordenando la notificación del Consejo Local de Planificación, pero la reposición de la causa solo operaría a petición del Consejo Comunal que demuestre que los derechos e intereses de la comunidad podrían de algún modo verse afectados por el resultado del juicio, ya que el requisito de esta notificación es salvaguardar los intereses generales de la colectividad organizada a través del consejo comunal, no pudiendo arrogarse tal condición la empresa prestadora del servicio público dilatando el proceso judicial incoado en su contra, especialmente cuando no es clara cuál es la relación directa que puede tener el consejo comunal con la prestación de un servicio público a un ciudadano en particular”.

sibilidad de la demanda, en aras de garantizar la tutela judicial efectiva.

En ese procedimiento podrán intervenir como parte los Consejos Comunales cuando sean el prestador del servicio que previamente le sea transferido. No se discute que procesalmente puedan ser demandados, lo que se cuestiona es el modo en que las diversas leyes examinadas excluyen que la transferencia de servicios se realice a la ciudadanía libremente organizada, atendiendo al espíritu abierto y democrático del artículo 184 constitucional.

La descentralización y privatización de servicios que constitucionalmente se pretende terminará siendo una quimera en virtud del marcado acento centralizador de las leyes que han creado a las diversas instancias del Poder Popular, las cuales dependen y son controladas por el Ejecutivo Nacional.

Los Consejos Comunales no podrán ser jamás entendidos como representantes de la sociedad civil abierta y plural, pues no admiten tendencias ideológicas distintas a las del partido de Gobierno, funcionan en favor de un proyecto político inconstitucional destinado al favorecimiento de la perpetuación del socialismo (soviético), de ahí que se pueda entender que su opinión en las demandas de prestación de servicios públicos pudiera carecer de sentido tomando en consideración la falta de objetividad que pueden tener esas instancias del Poder Popular, por estar identificadas con el Gobierno y no con la ciudadanía.

En concreto, los Consejos Comunales cuando actúen como interesados podrán opinar e intervenir en la audiencia oral del procedimiento breve, una vez que sean notificados a través del Consejo Local de Planificación Pública del o los municipios en que se preste el servicio. De no ser notificados solo a ellos corresponde solicitar la reposición de la causa por ese motivo.

La opinión deberá ser recogida de manera oral en la audiencia. Esa participación podrá ser realizada directamente por los voceros de los Consejos Comunales interesados en el proceso o por el apoderado que éstos designen.

Resulta indudable la necesidad de que se deroguen las leyes del Poder Popular e incluso abogar por la liberalización de los servicios públicos³⁴ para garantizar y favorecer la libertad de empresa y una verdaderamente eficiente prestación de servicios, visto el estado actual de la crisis en todos los servicios públicos en el país.

Creemos también que se debe reinterpretar el contenido de los artículos 10 y 68 de la LOJCA, de manera que la sociedad civil libremente organizada, con inclusión de todos los sectores, sean los llamados a opinar en las causas relacionadas con la presentación de servicios públicos y no instancias parciales y controladas por el Ejecutivo Nacional.

34 Vid.: Ariño Ortíz, Gaspar y De La Cuétara Martínez, Juan Miguel. "Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones" en *Revista vasca de economía* N° 37. Gobierno Vasco, España, 1997, pp. 36-41.