

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

6

Estudios

Eduardo García de Enterría y la renovación
del Derecho Administrativo.

Reflexiones desde la Carta iberoamericana de los derechos
y deberes del ciudadano
en relación con la Administración Pública

José Ignacio Hernández G.

Estado, nacionalidad y ciudadanía (someras reflexiones)

Henrique Meier

La potestad revocatoria de la Administración
por razones de ilegitimidad. Análisis a la luz
de la doctrina y jurisprudencia argentina

Luis Eduardo Rey Vázquez

Actualidad

Los principios rectores de los procedimientos administrativos
en las Leyes habilitadas de 2014

Alejandro Gallotti

La expropiación de “Fama de América, C.A.”.

Un caso de estudio

Samantha Sánchez Miralles

Algunas notas sobre la Ley de Infogobierno
y el Gobierno electrónico en Venezuela

Gabriel Sira Santana

La aplicación de las normas del Mercosur en Venezuela

Jorge Luis Suárez M.

mayo - agosto 2015

**Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano**

**Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano**

N° 6 mayo - agosto 2015



© Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

© Universidad Monteávila

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

Publicación del Centro de Estudios de Derecho Público

de la Universidad Monteávila

Final Av. El Buen Pastor, Urb. Boleíta Norte,

Caracas, Venezuela

Teléfonos: (0212) 232-52-55 / 71-70 / 58-80

Fax (0212) 232-56-23

RIF J-30647247-9

www.uma.edu.ve

www.redav.com.ve

Hecho el Depósito de ley

Depósito legal ppi201302DC4673

Esta publicación no puede ser reproducida en todo o en parte,
salvo permiso escrito de los autores.

REVISTA ELECTRÓNICA DE
DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO
Publicación cuatrimestral

Consejo de Redacción

José Ignacio Hernández G.

Director

Carlos García Soto

Subdirector

Miembros del Consejo de Redacción

Antonio Silva

Claudia Nikken

Cosimina Pellegrino

Daniela Urosa Maggi

Flavia Pesci-Feltri

José Valentín González

Fabiola Tavares

Miguel Ángel Torrealba

“Porque hemos creído que la sociedad es para el individuo y no el individuo para la sociedad, porque el individuo tiene un fin propio y la sociedad es un medio de realizarlo”.

Federico Urbano

Exposición de Derecho administrativo venezolano

1910

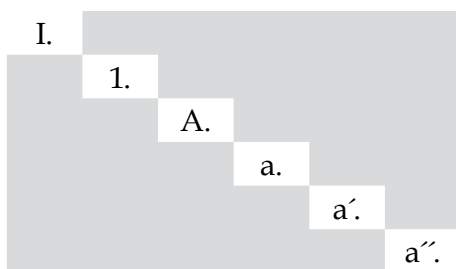
Normas de publicación

Las colaboraciones serán solicitadas por el Consejo de Redacción o serán recibidas por éste, para su evaluación a los efectos de su publicación, a las siguientes direcciones de correo electrónico: info@redav.com.ve. Las colaboraciones, solicitadas o recibidas, deben ser inéditas. REDAV no está en la obligación de publicar la colaboración solicitada o recibida. Los autores que publican colaboraciones en REDAV ceden los derechos correspondientes como primera publicación, así como el derecho de explotar y usar la colaboración para posteriores publicaciones. Si el autor decide publicar su colaboración posteriormente, debe comunicarlo a REDAV.

Las colaboraciones recibidas, bien sea porque hayan sido solicitadas por REDAV, o porque hayan sido recibidas sin haber sido solicitadas, serán sometidas al arbitraje de dos miembros del Consejo de Redacción, quienes no conocerán la identidad del autor de la colaboración sometida a arbitraje. Si el dictamen de los dos miembros del Consejo de Redacción no coincidiera, se someterá al dictamen de un tercer miembro del Consejo de Redacción.

En todo caso, las colaboraciones deben cumplir con las siguientes políticas editoriales:

1. Deben presentarse a espacio y medio, en letra *Times New Roman*, 12, en hoja tamaño carta. Si el trabajo ha de ser publicado en la sección “estudios”, la extensión no debe sobrepasar las cuarenta cuartillas. Si ha de ser publicado en la sección “actualidad”, la extensión no debe sobrepasar las veinte cuartillas.
2. Utilizar los siguientes tipos para la división del texto según la jerarquía de sus partes:



3. Las notas bibliográficas deben ajustarse a las siguientes reglas. Para libros: nombre y apellidos del autor o compilador, en el caso que sea obra colectiva; título del libro (en letra *cursiva*); volumen y/o tomo; editorial; lugar de publicación; fecha de publicación; número de la (s) página (s) citada (s). Para revistas u obras colectivas: nombre y apellidos del autor; título del trabajo (entre comillas); nombre de la revista o de la obra colectiva (en letra *cursiva*); volumen y/o tomo; editorial; lugar de publicación; fecha de publicación; número (s) de la (s) página (s) citada (s). Todas las notas bibliográficas deben realizarse al pie de la página correspondiente.
4. Antes del texto de la colaboración debe colocarse en un solo párrafo un resumen de la colaboración, en idiomas español e inglés, junto con cinco palabras claves, en idiomas español e inglés.
5. En texto aparte de la colaboración, deben señalarse todos los datos necesarios para ubicar al autor, además de un breve resumen de su información académica y profesional.

ESTUDIOS

José Ignacio Hernández G., *Eduardo García de Enterría y la renovación del Derecho Administrativo. Reflexiones desde la Carta iberoamericana de los derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública*

Henrique Meier, *Estado, nacionalidad y ciudadanía (someras reflexiones)*

Luis Eduardo Rey Vázquez, *La potestad revocatoria de la Administración por razones de ilegitimidad. Análisis a la luz de la doctrina y jurisprudencia argentina*

ACTUALIDAD

Alejandro Gallotti, *Los principios rectores de los procedimientos administrativos en las Leyes habilitadas de 2014*

Samantha Sánchez Miralles, *La expropiación de "Fama de América, C.A.". Un caso de estudio*

Gabriel Sira Santana, *Algunas notas sobre la Ley de Infogobierno y el Gobierno electrónico en Venezuela*

Jorge Luis Suárez M., *La aplicación de las normas del Mercosur en Venezuela*

ESTUDIOS

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
Y LA RENOVACIÓN DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO.
REFLEXIONES DESDE LA CARTA
IBEROAMERICANA DE LOS DERECHOS
Y DEBERES DEL CIUDADANO EN RELACIÓN
CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA *

José Ignacio Hernández G.

*Doctor en Derecho, Director del Centro de Estudios
de Derecho Público de la Universidad Monteávila*

Resumen: La obra de Eduardo García de Enterría otorgó especial atención al control de la Administración en defensa de los derechos de los ciudadanos. Este aporte ha influido enormemente en el Derecho Administrativo en Iberoamérica, como lo pone en evidencia la Carta Iberoamericana de los derechos del ciudadano frente a la Administración.

Palabras clave: Eduardo García de Enterría, control de la Administración, principio de legalidad, Derecho Administrativo en Iberoamérica.

Summary: Eduardo García de Enterría's legal work gives special attention to the controls over the Administration, as a protection of the citizens rights. This principle has influenced the Administrative Law in Ibero-America, as can be seen in the Ibero-American Chart of the citizens rights before the Administration.

Keywords: Eduardo García de Enterría, controls over the Administration, rule of Law, Administrative Law in Ibero-America.

Recibido: 19 de enero de 2015 Aceptado: 5 de febrero de 2015

* Texto publicado originalmente en la obra colectiva en homenaje a Eduardo García de Enterría, *La protección de los derechos frente al poder de la administración*, Editorial Jurídica Venezolana, Temis, Tirant Lo Blanch, Bogotá, 2014.

SUMARIO

Introducción

- I. De la concepción estatista del derecho administrativo al Derecho Administrativo centrado en el ciudadano
- II. Manifestaciones concretas de la centralidad del ciudadano en el Derecho Administrativo

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

Quienes tuvimos ocasión de compartir las enseñanzas del profesor Eduardo García de Enterría, pudimos comprobar dos de sus cualidades básicas: su inteligencia singular y su concepción ordenada y sistemática del Derecho administrativo, centrada en la defensa del ciudadano y sus derechos fundamentales. Con la suerte que tal sistema no fue expuesto únicamente en sus clases y, más recientemente, en su *Seminario*, sino que además quedó plasmado en una prolija obra escrita, con un uso excepcional del lenguaje.

Aun cuando la obra del profesor García de Enterría nos era familiar, entramos en contacto con él, personalmente, durante nuestra estancia doctoral en la Universidad Complutense de Madrid. Estancia que contó con la honra de tener, por Director, a uno de los primeros discípulos del profesor García de Enterría: el profesor Sebastián Martín-Retortillo Baquer. Con ocasión a la redacción de la Tesis, y la firme dirección de su Director, leímos y releímos la obra del profesor García de Enterría, pero precisamente, desde lo que –entendemos– es su eje transversal, ya señalado: la defensa del ciudadano y sus derechos humanos. En no pocas ocasiones conversamos sobre diversas dudas con el propio profesor García de Enterría, siempre abierto a la conversación, en especial, con los doctorandos latinoamericanos.

Fue con ocasión a ese encuentro que comprobamos, por un lado, el profundo impacto que la obra del profesor García de Enterría ha tenido en el Derecho administrativo latinoamericano y más en concreto, en la América española. Pero también, constatamos cuánto quedaba por hacer, todavía, en la redefinición de ese Derecho administrativo, para ajustarlo al sistema de garantías del ciudadano y sus derechos.

Por ello, como tema para el homenaje que merecidamente se ha organizado en su memoria, hemos decidido abordar en este breve ensayo la influencia del profesor Eduardo García de Enterría, en concreto, en el Derecho administrativo venezolano. Para tratar ello, el presente ensayo se divide en dos secciones. En la *primera*, se exponen los grandes trazos de lo que, creo, es el aporte esencial de esa obra: la centralidad del ciudadano y sus derechos humanos, desde la concepción del Derecho administrativo como control de la Administración. En la *segunda* expondré algunas manifestaciones concretas de esa influencia en distintas figuras de nuestro Derecho administrativo. Ello permitirá comentar la reciente *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública*¹, en la cual, innegablemente, la obra del profesor Eduardo García de Enterría está presente².

1 Aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en reunión presencial-virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013, en cumplimiento del mandato recibido por la XV Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado. Adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno en ciudad de Panamá, Panamá 18 y 19 de octubre de 2013.

2 El tema asumido impone, por ende, un límite en cuanto a las referencias bibliográficas, principalmente referidas algunos temas del Derecho venezolano pero, sobre todo, a la obra del profesor García de Enterría.

I. DE LA CONCEPCIÓN ESTATISTA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO AL DERECHO ADMINISTRATIVO CENTRADO EN EL CIUDADANO

En esta primera sección abordamos lo que se denomina aquí “concepción estatista” del Derecho administrativo. Sabido es que el Derecho administrativo presupone la existencia de un Estado, y que por ello, es fundamentalmente un *Derecho estatal*. La expresión se emplea para significar cómo el Derecho administrativo regula una parcela concreta de la actividad del Estado: aquella en la cual el Estado entra en contacto directo con los ciudadanos³.

Eduardo García de Enterría apuntó certeramente a este dato del Derecho administrativo, en una de sus piezas jurídicas más destacadas⁴. Así:

“El ciudadano se enfrenta al Poder primariamente en cuanto poder administrativo. Él le acompaña, como decían nuestros clásicos del siglo XIX, desde la cuna a la sepultura”.

Sobre esta idea volvió después Sebastián Martín-Retortillo Baquer, para recalcar que el dato característico del Derecho administrativo es su cercanía con el poder, de lo cual surgen tensiones y conflictos cuya resolución, ni más ni menos, se encomienda a esa disciplina⁵.

Partiendo de esta idea básica, en la presente sección se explora cómo esta característica derivó en el surgimiento de un Derecho principalmente centrado en el Estado y en una protección jurídica muy precaria del ciudadano. Luego, se explica

3 Este aspecto ha sido recalcado por Brewer-Carías. *Derecho administrativo*. Tomo I, Universidad Externado de Colombia/Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, p. 185.

4 García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2004, p. 14.

5 *Instituciones de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 37 y ss.

cómo esa concepción varió al enfocarse el Derecho administrativo desde el ciudadano y sus derechos humanos, cambio en el cual Eduardo García de Enterría tuvo, como se ha dicho, un papel más que destacado.

1. La concepción estatista del Derecho administrativo y las situaciones subjetivas de los administrados

El Derecho administrativo en Venezuela, como en los países de la América española e incluso, de la propia España, acusó una influencia determinante del *régimen administrativo francés*⁶. De allí surgió la concepción de acuerdo con la cual, el Derecho administrativo es un Derecho especial y autónomo, que a partir de privilegios y prerrogativas, coloca a la Administración en una posición de supremacía frente a los ciudadanos, considerados en este plano como “administrados”. La formulación jurídica de esa superioridad fue una técnica que,

6 Seguimos a Hauriou, quien señaló que si bien todo Estado de Derecho desarrollado tiene Derecho administrativo, no siempre tiene un régimen administrativo. Es decir, el régimen administrativo es una de las posibles formas en las cuales puede organizarse ese Derecho administrativo. El régimen administrativo se caracteriza, básicamente, por un conjunto de reglas especiales y autónomas, distintas al Derecho civil, y basadas en privilegios y prerrogativas. Cfr.: Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, decimosegunda edición, Dalloz, París, 2002 (reproducción de la edición de 1933), pp. 1 y ss. La autonomía del régimen administrativo juega en un doble rol: en cuanto al régimen *sustantivo* y, también, en cuanto al régimen *adjetivo*, referido a reglas procesales y de competencia especiales para el control judicial. Incluso en Francia, sin embargo, tal autonomía no es absoluta. Cfr.: Eisenmann, Charles, “Un dogme faux: l'autonomie du droit administratif”, en *Perspectivas del Derecho público en la Segunda Mitad del Siglo XX. Homenaje al profesor Enrique Sayagués-Laso*, Tomo IV, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969, pp. 419 y ss. Aclaramos por último que los privilegios no solo atribuyen poderes exorbitantes a la Administración, sino que también imponen a ésta limitaciones inexistentes en el Derecho civil. Cfr.: Rivero, Jean, ¿Existe un criterio de Derecho administrativo?, en *Páginas de Derecho administrativo*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2002, pp. 33 y ss. De todo ello nos ocupamos con extensión en Hernández G., José Ignacio, *Introducción al concepto de Derecho administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Administrativa, Caracas, 2011, pp. 157 y ss.

como demostraron García de Enterría y Fernández, hunde sus raíces en el absolutismo: la potestad de autotutela administrativa⁷.

No exageramos al señalar que el centro de ese Derecho administrativo estatista es la potestad de autotutela administrativa y su producto básico, el acto administrativo. No le faltó razón por ello a Allan R. Brewer-Carías cuando explicó que definir al Derecho administrativo era, en buena parte, definir al acto administrativo⁸.

Ahora bien, en este sistema, el administrado no era un simple sujeto pasivo, pues en la relación de sujeción derivada de la potestad administrativa, contaba con posiciones activas. A tal fin, el estudio se enfocaba en las llamadas “situaciones jurídico-subjetivas”, basadas en la dicotomía entre el derecho público subjetivo y el interés legítimo, personal y directo⁹. Mientras que la primera situación otorgaba una tutela reforzada, la segunda situación era más bien precaria. El origen de esa situación, como se sabe, deriva de la distinción italiana entre las normas de acción y las normas de relación, con el propósito de reconocer cierto grado de protección a los administrados ubicados en una especial situación de hecho frente a la actividad administrativa ilegal¹⁰.

De todo ello resultó un sistema en el cual la condición de interesado valía principalmente para la legitimación activa, cumplido lo cual, el control de la Administración discurría por

7 *Curso de Derecho administrativo*, Tomo I, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2013, pp. 535 y ss.

8 *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho público iberoamericano*, Volumen III, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2013, pp. 122 y ss.

9 Esta explicación, de influencia italiana, es común en el Derecho administrativo de la América española. Para el caso de Venezuela, entre otros muchos, véase a Iribarren Monteverde, Henríque, *El principio del respeto a las situaciones jurídicas subjetivas en el Derecho Público Venezolano*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, pp. 13 y ss.

10 Giucciardi, E., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1943, pp. 31 y ss.

cauces predominantemente objetivos. Además, la aplicación del principio de legalidad se enfocaba principalmente como un *principio de la Administración* y por ello, con áreas inmunes –mayores o menores– en función a la necesaria protección del superior “interés público”. A esto responde la tesis de los actos excluidos de control, como los actos políticos, de gobierno e incluso, los actos discrecionales¹¹.

2. El cambio de enfoque: la centralidad del ciudadano y sus derechos humanos

Aun afirmando el principio de legalidad y el consecuente control judicial –predominantemente objetivo¹²– de la Administración, la anterior construcción teórica tiene lo que podríamos llamar un déficit democrático. La Administración, unilateralmente, define el “interés público” mediante el ejercicio de la potestad, que le permite crear, extinguir y modificar situaciones jurídico-subjetivas, mediante el acto administrativo, que se presume válido y como tal, debe ser cumplido, incluso coactivamente por la Administración¹³. El ciudadano

11 Que fue precisamente el tema central desarrollado por Eduardo García de Enterría en *La lucha contra las inmunidades del poder*, cit. pp. 15 y ss. La tesis de los “actos excluidos” no tuvo mayor relevancia en Venezuela, desde que la jurisprudencia se encargó de señalar, muy tempranamente, que incluso los actos discrecionales quedaban sujetos al principio de legalidad. Cfr.: Brewer-Carías, Allan, *Las instituciones fundamentales del Derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, pp. 54 y ss.

12 El carácter objetivo del proceso contencioso administrativo no depende de la limitación del proceso a la nulidad del acto, sino en la propia centralidad que ese acto ocupa. Incluso admitiéndose que el interesado puede solicitar, además de la nulidad, el restablecimiento de la situación jurídica infringida, el carácter objetivo se mantendrá en la medidas en que el acto sea presupuesto procesal. En Venezuela, la influencia francesa determinó a que, de hecho, el acto administrativo fuese el centro del proceso contencioso administrativo. Cfr.: Urosa Maggi, Daniela, “Recursos contencioso-administrativos”, en *El Derecho administrativo venezolano en los umbrales del siglo XXI*, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Monteávila, Caracas, 2006, pp. 389 y ss.

13 El principio de legalidad del acto administrativo y su carácter ejecutivo y ejecutorio, es uno de los pilares tradicionales del Derecho administra-

no participa en ese proceso, salvo para ejercer su derecho a la defensa. Todo ello condiciona su rol a la sujeción propia del administrado. Aclaramos, nuevamente, que tal condición no solo le otorga situaciones pasivas sino también situaciones activas, pero siempre partiendo de la superioridad de la Administración¹⁴.

Ese Derecho administrativo, centrado en la Administración como poder del Estado, no era por ello esencialmente democrático. En realidad, ello es consecuencia de una circunstancia ya destacada: los orígenes no-democráticos del Derecho administrativo, especialmente en Francia, a consecuencia de lo que él llamo, felizmente, la disidencia revolucionaria¹⁵.

Los cambios derivados de la Segunda Guerra Mundial, con la internacionalización de los derechos humanos¹⁶ modificará el panorama drásticamente. En cierto modo, este movimiento supuso una vuelta a la *fundamentación liberal* de la Revolución Norteamericana, Francesa y Americana, entre los siglos XVIII y XIX, a saber, el reconocimiento de derechos naturales, inherentes al hombre, y cuya protección era necesaria para combatir la arbitrariedad y despotismo. Es importante resaltar aquí,

tivo. Para el caso venezolano, entre otros, vid. Araujo-Juárez, José, *Derecho administrativo general. Acto y contrato administrativo*, Paredes, Caracas, 2011, pp. 79 y ss. Se explica allí: "entre las potestades de Poder Público que ostenta la Administración Pública y canaliza su ejercicio en los términos de la normativa en materia administrativa, cabe referir al principio de presunción de legitimidad".

14 Caballero, Jesús, "La relación jurídica administrativa y las situaciones de los administrados", en *Revista de Derecho Administrativo* N° 6, Caracas, 1999, p.7 y ss. y Meier, Henríque, "Aplicación de la teoría de la relación jurídica al estudio del Derecho administrativo", *100 años de la enseñanza del Derecho administrativo en Venezuela 1909-2009*, Universidad Central de Venezuela, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila y FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 911 y ss.

15 *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 41 y ss.

16 Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 29 y ss.

cómo el artículo 3 de la Declaración de Virginia¹⁷ expresamente reconoció la protección de esos derechos frente a la mala administración (*maladministration*) concepto literalmente trasladado al artículo 191 de la Constitución de Venezuela, de 1811¹⁸.

Eduardo García de Enterría, en sus distintos trabajos sobre la Revolución francesa, destacó este dato. El Gobierno es, en cierta forma, un mal necesario, en tanto es una amenaza frente a los derechos inherentes al hombre y en especial, la libertad. De allí la insistencia en imponer el “Reino de la Ley”, pero entendiendo a la Ley como una Ley de libertad, y a la libertad como un verdadero derecho subjetivo¹⁹. La idea básica está presente también en la fundamentación liberal de la Revolución de Norteamérica, a través de la idea del “Gobierno de Leyes, no de hombres”, asumida igualmente en los primeros textos de Derecho Público venezolano del Siglo XIX²⁰.

17 Dispone la sección 3: “That government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation, or community; of all the various modes and forms of government, that is best which is capable of producing the greatest degree of happiness and safety and is most effectually secured against the danger of maladministration. And that, when any government shall be found inadequate or contrary to these purposes, a majority of the community has an indubitable, inalienable, and indefeasible right to reform, alter, or abolish it, in such manner as shall be judged most conducive to the public weal”.

18 “Los Gobiernos se han constituidos para la felicidad común, para la protección y seguridad de los Pueblos que los componen y no para el beneficio, honor o privado interés de algún hombre, de alguna familia; o de alguna clase de hombres en particular, que sólo son una parte de la comunidad. El mejor de todos los Gobiernos será el que fuere más propio para producir la mayor suma de bien y de felicidad y estuviere más a cubierto del peligro de una mala administración (...)”.

19 *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 49 y ss.

20 La expresión fue empleada por John Adams en el Gazette de Boston, bajo el seudónimo “Novanglus Papers” (Nº 7, de 1774). Al aludir al concepto de República, Adams acotó “they define a republic to be a government of laws, and not of men” (*The Works of John Adams*, Volumen 4, Charles Francis Adams, Boston, 1851, p. 106). Aparece luego en el artículo XXX de la Sección de *Declaración de Derechos* de la Constitución de Massachusetts de 1780. En uno de los primeros textos de Derecho Público venezolano (Yanes, Francisco Javier, *Manual Político del Venezolano*, Academia Nacional de la His-

La internacionalización de los derechos humanos estuvo acompañada también de la proliferación de la democracia en Europa, bajo la fórmula del Estado social y democrático de Derecho que puede encontrarse en la mayoría de las Constituciones europeas de la segunda mitad del pasado siglo. De la conjunción de estos dos movimientos (internacionalización de los derechos humanos y de la democracia) derivó un importante cambio en el Derecho administrativo, pues de un sistema centrado principalmente en el Estado, se pasó a un sistema centrado en el ciudadano y los derechos humanos. Aun cuando ese cambio no fue absoluto ni uniforme en todos los sistemas, podemos encontrar un punto de conexión básico: la modificación de la teoría general de las situaciones subjetivas de los ciudadanos.

En efecto, correspondió a Eduardo García de Enterría²¹, en España, identificar ese cambio, al sostener que no puede haber contradicción entre el interés general y la libertad, pues el interés general no es otra cosa que la suma de los derechos humanos del ciudadano.

Todo ciudadano, por ser tal, es titular de derechos humanos frente a la Administración, especialmente, en un sistema democrático. Y, casi sobra decirlo, los derechos humanos son derechos subjetivos. Por ello, de la concepción minusvalorada de administrado se pasó a la concepción reforzada de ciudadano. En palabras de Eduardo García de Enterría:

“Ya hemos indicado que el administrado no es en el sistema jurídico actual un mero objeto del Derecho Administrativo, ni tampoco un término de referencia de simples posiciones

toria, 1950. Publicado originalmente en 1839), la frase es empleada para insistir que toda la acción del Gobierno debe estar orientada por el sometimiento pleno a la Ley, como mecanismo para proscribir la arbitrariedad.

21 La idea es previa la Constitución española de 1978. Cfr.: “Sobre los derechos públicos subjetivos”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 6, Madrid, 1975, pp. 427-448.

pasivas (obediencia, deberes, obligaciones), que era como la teoría jurídica del absolutismo, poniendo siempre en primer término la eminencia del bien general sobre el bien particular o privado, consideraba su posición subjetiva ante el Derecho público. Por el contrario, el administrado, sin perjuicio de resultar, en efecto, destinatario de situaciones jurídicas pasivas, es a la vez, como subrayó enérgicamente el pensamiento revolucionario, titular de situaciones jurídicas activas frente a la Administración. Sin esta realidad, el Derecho Administrativo no existiría, pura y simplemente”.

García de Enterría rescata, de esa manera, la relación entre el ciudadano y la libertad, en relación con la Administración:

“Toda acción administrativa que fuerce a un ciudadano a soportar lo que la Ley no autoriza o le impida hacer lo que la Ley permite no sólo es una acción ilegal, es una agresión a la libertad de dicho ciudadano. De este modo la oposición a un acto administrativo ilegal es, en último extremo, una defensa de la libertad de quien ha resultado injustamente afectado por dicho acto”.

Con la Constitución de 1978, García de Enterría reafirmará estas conclusiones²²:

“Toda la tradición era la de la superioridad de la Administración por una razón posicional que derivaba en una suerte de superioridad cuantitativa, podemos decir: la Administración sería el titular de un interés general, el ciudadano sería el titular de un interés particular. Lo general prima siempre sobre lo particular y lo particular cede siempre ante lo general. Pero antes que examinar la calidad de los intereses o la extensión general o particular del que el ciudadano intenta hacer valer habrá que examinar su posición jurídica como titular de derechos fundamentales, porque si resulta

22 “Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en Derecho español”, en *Revista española de Derecho Administrativo* N° 59, Madrid, 1988, pp. 325 y ss.

que es titular de derechos fundamentales, por más que con ellos se intenten hacer valer meros intereses particulares, la invocación ritual del interés general contrario no servirá absolutamente para nada, pues éstos deberán ceder a la primacía de aquellos. Ha concluido, pues, la invocación ritual de los intereses generales como sinónimo de superiores (...)."

Esta nueva construcción permitió enfocar el Derecho administrativo desde el respeto de los derechos humanos. La actividad administrativa, por ende, dejó de ser la acción orientada a la tutela concreta del "interés público", para pasar a concebirse como la acción orientada al servicio de los ciudadanos, es decir, orientada al servicio de los derechos humanos. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, recientemente, ha venido señalando que esa visión fuerza a un *nuevo* Derecho administrativo, alejado de la visión unilateral del interés general, y centrado en el servicio de los ciudadanos por medio de actuaciones democráticas²³.

3. El carácter vicarial de la Administración Pública como manifestación básica de la centralidad del ciudadano. La buena Administración y la gobernanza democrática

De lo anterior surge el denominado *carácter vicarial* de la Administración, cuya formulación teórica conecta directamente con la fundamentación liberal de las revoluciones de los siglos XVIII y XIX: la Administración no fue instituida para servir al poder sino para servir a los ciudadanos. El planteamiento no se limita a recalcar el origen democrático del Gobierno o su limitación en la Ley, expresión de la voluntad general. El planteamiento, en realidad, va más allá, a fin de insistir que el centro del Derecho administrativo debe ser el

23 *Aproximación al Derecho administrativo Constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, p. 155. Del autor, véase también "Un nuevo Derecho administrativo: el derecho del poder para la libertad", en *Revista de Derecho público* N° 116, Caracas, 2008, pp. 7 y ss.

servicio a los ciudadanos y a los derechos humanos. Por ello, toda la teoría montada sobre la base del privilegio y la prerrogativa pasa ahora por el tamiz de los derechos humanos.

En España, esta visión fue plenamente asumida en el artículo 103.1 de la Constitución de 1978, norma que la Constitución venezolana asumió en su artículo 141. La Administración *está al servicio de los ciudadanos*, lo cual coloca al ciudadano –y sus derechos humanos– en el centro de todo el Derecho administrativo.

Tal y como ha puesto en evidencia Carlos García, al efectuar el estudio comparativo del artículo 103.1 de la Constitución de España y el artículo 141 de la Constitución de 1999, la propuesta que ante el pleno del Senado de las Cortes hiciera Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, bien resume los postulados que pueden derivarse del artículo 141²⁴:

“(...) se propone una fórmula nueva, que dice así: «La Administración, como organización de servicio a la comunidad y a los ciudadanos que la integran, lleva a ejecución la ley y presta y asegura los servicios públicos exigidos para el cumplimiento de los fines de esta Constitución que las leyes imponen bajo los principios de diligencia, acercamiento al administrado, imparcialidad, eficacia y sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

No entraré ahora en detalles sobre cuál es el alcance de cada uno de estos principios, pero sí diré que las notas más destacadas que caracterizan hoy día a la Administración Pública son el principio de legalidad rigurosamente entendido, el principio de la Administración prestadora de servicios, el

24 Cfr.: García Soto, Carlos, “El carácter servicial de la administración pública: el artículo 141 de la constitución”, 2009, consultado en original. La cita de la intervención de L. Martín-Retortillo Baquer se ha tomado de *Cortes. Diario del senado*, Número 50, 1978, p. 2352. Tomado de: http://www.senado.es/legis0/publicaciones/pdf/S_1978_050.PDF [Consulta: 20.10.09].

principio de sometimiento a la ley, pero también hay que considerar que la Administración es un ente instrumental que está al servicio de la comunidad y de los ciudadanos, lo mismo que el planteamiento de sometimiento a la norma es llevar a ejecución la ley. Esta alusión a la diligencia, esta alusión a la imparcialidad, hacen que entendamos que la fórmula propuesta es una fórmula pensada, equilibrada, en la que nada sobra, pero que mantiene un cierto equilibrio con la idea esencial de que la Administración Pública es un ente al servicio de los ciudadanos”

La Administración sirve a los ciudadanos con subordinación plena a la Ley y al Derecho, siempre con objetividad y como instrumento del Gobierno. He aquí una sana regla constitucional que insiste en el carácter subordinado de la actuación de la Administración, incluso, teleológicamente, todo lo cual proscribire la arbitrariedad en el actuar de la Administración. Pues como resumió Wade, “el imperio de la Ley es lo contrario al imperio de la arbitrariedad”²⁵.

Administración de carácter instrumental, fiduciaria o “típicamente servicial”, como concluye Sebastián Martín-Retortillo Baquer²⁶. Todo lo cual tiene, para este autor, consecuencias prácticas evidentes: “idea de servicio que, sobre todo, configura una Administración de marcado sentido instrumental para la consecución de unos fines constitucionalmente establecidos. Servicio que, además, debe ser objetivo, *a pesar que la Administración se encuentra dirigida por el Gobierno*, como proclama el artículo 97 de la Constitución de 1978”. Afirma el autor²⁷, sobre la base de esta aparente antinomia (¿cómo puede ser *objetiva* la Administración que es *dirigida* por el Gobierno *político*?) que:

25 Wade, H.W.R., *Derecho administrativo*, Estudios de Administración, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, p. 11.

26 *Instituciones de Derecho administrativo*, cit., pp. 88 y ss.

27 *Administración y Constitución*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981, p. 16

“la Administración, que es dirigida por el Gobierno, limita, sin embargo, debe limitar, su actuación, no al servicio de los fines políticos en sentido genérico, sino a servir con objetividad los intereses generales. Es lo que se ha calificado como la gran paradoja del sistema administrativo”

Hay, tras el artículo 103.1 citado, todo el bagaje relacionado con la relación entre *Administración e interés general*, que como pone en relieve Alejandro Nieto²⁸, ha estado siempre presente en el Derecho administrativo. Pero, más allá de este dato obvio, lo cierto es que la norma se esfuerza por asumir una visión servicial de Administración como institución, oponiéndose así a la “apropiación del poder por parte de los burócratas”, así como el servicio de la Administración al Gobierno.

Una concreta manifestación de esta visión vicarial de Administración, en Europa, es el progresivo surgimiento del Derecho a la buena Administración, así reconocido en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El origen de ese derecho lo encontramos en la jurisprudencia de la Unión Europea que insistió en proscribir la “*mala Administración*”²⁹, que como vimos, es un principio reconocido en la Revolución Americana y en la primera

28 “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Tomo III, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2185 y ss.

29 El principio de buena Administración ha sido aplicado en la Administración de la Unión Europea, dejando su impronta también sobre las Administraciones de los Estados miembros. Así lo acredita, por ejemplo, el *Código Europeo de Buena Conducta Administrativa*, y el *Libro blanco sobre la Reforma de la Comisión*, de 2000. El principio surge en la propia jurisprudencia del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sentencia de 8 de noviembre de 1983, caso NV IAZ *International Belgium y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados 96-102, 104, 105, 108 y 110/82). Su recepción actual deriva del artículo 41 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Véase en general a Lanza, Elisabetta, “The Right to Good Administration in the European Union: Roots, Rations and Enforcement in Antitrust Case-Law”, en *Teoria del Diritto e dello Stato* 1-2-3, 2008, pp. 479 y ss.

Constitución escrita de la América española, la Constitución venezolana de 1811.

Posteriormente, el concepto ha evolucionado hasta convertirse en un derecho de contenido propio. Así, de acuerdo con el concepto de buena Administración, no es suficiente que la Administración cumpla con lo establecido en la Ley: adicionalmente, debe exigirse que adopte decisiones de calidad, todo lo cual supone ponderar todos los intereses en juego. Por ello, la actividad administrativa debe ser el resultado de la participación abierta y democrática de los ciudadanos, conforme al valor superior del pluralismo político³⁰.

Además, se ha sostenido que la promoción del desarrollo económico y social orientando a expandir las oportunidades de los ciudadanos presupone una Administración, pero no *cualquier* Administración: se precisa de la buena Administración, que como resume Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, se oriente a la mejora continua de las condiciones de vida de los ciudadanos; en tal sentido, se vincula también con el buen gobierno³¹.

De allí la conexión entre la buena Administración y la buena gobernanza o gobernanza democrática. El Comité de Expertos en Administración Pública de la Organización de Naciones Unidas ha señalado que la gobernanza es el “proceso

30 Véase en general, Tomás Mallén, Beatriz, *El derecho fundamental a la buena administración*, INAP, Madrid, 2005, y Tornos Más, Joaquín, “El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración Pública”, *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Lorenzo Martín-Retortillo*, Volumen I, cit., pp. 629 y ss. Hay cierta discusión sobre si la buena Administración es un derecho o un principio. Cfr.: Carrillo Donaire, Juan Antonio, “Buena administración ¿Un principio, un mandato o un derecho subjetivo?”, en *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 1137 y ss.

31 Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, “El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas”, en *Revista de Derecho Público* Nº 113, Caracas, 2008, pp. 31 y ss. Del autor, también, *El ciudadano y el poder público. El principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*, Reus, Madrid, 2012, pp. 112 y ss.

por el cual una sociedad se dirige, gobierna y gestiona a sí misma, es decir, en esencia, el proceso por el cual el gobierno, las empresas privadas, las organizaciones de la sociedad civil y los ciudadanos interactúan para definir, acordar y decidir sus objetivos comunes y las formas de organización, el tipo de recursos y el conjunto de actividades que resulten necesarios y adecuados para lograr satisfactoriamente los objetivos trazados”³².

La gobernanza realza el carácter vicarial de Administración Pública, pues ella fomenta la participación ciudadana en la adopción de decisiones que respondan al consenso y no a la imposición autoritaria de la voluntad de la Administración. Esta expresión, de nuevo cuño, resume en realidad –Sosa Wagner– una vieja aspiración: que la Administración desarrolle procedimientos para garantizar la participación, la responsabilidad y la eficacia³³.

Este postulado de la buena Administración, a través de la formulación de *principios generales* orientados a promover la gobernanza democrática, ha estado presente en el Derecho administrativo global. Una de las más recientes manifestaciones la encontramos en los distintos documentos preparados por el Centro Latinoamericano de Administración y Desarrollo (CLAD) sobre la idea de democratizar la actuación de la Administración para promover un servicio efectivo a los derechos humanos³⁴.

32 Gobernanza pública para obtener resultados: marco conceptual y operacional, Nota de la Secretaría, Comité de Expertos en Administración Pública, Décimo período de sesiones, Nueva York, 4 a 8 de abril de 2011. Párrafo 9.

33 Sosa Wagner, Francisco, “Gobernanza, ¿trampa o adivinanza?”, en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Lorenzo Martín-Retortillo*, Volumen I, Universidad de Zaragoza, 2008, pp. 643 y ss.

34 Antes nos hemos pronunciado sobre el rol del CLAD en estas reformas, en Hernández G., José Ignacio, *Administración Pública, desarrollo y libertad en Venezuela*, FUNEDA, 2012, pp. 117 y ss.

Uno de los recientes instrumentos que resume esta visión de la Administración, es la *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública*, de 2013. El primer párrafo de su preámbulo condensa, adecuadamente, la visión de la Carta:

“El Estado Social y Democrático de Derecho otorga una posición jurídica a la persona, un estatus de ciudadano en sus relaciones con la Administración Pública. En efecto, ahora los ciudadanos ya no son sujetos inertes, simples receptores de bienes y servicios públicos; son protagonistas principales de los asuntos de interés general y disponen de una serie de derechos, siendo el fundamental el derecho a una buena Administración Pública, a una Administración Pública que promueva la dignidad humana y el respeto a la pluralidad cultural. En efecto, la Administración Pública, en sus diferentes dimensiones territoriales y funcionales, está al servicio de la persona atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente con calidad y calidez”

La relación jurídico-administrativa no queda caracterizada ya por las “situaciones subjetivas” activas y pasivas de los administrados, frente a los privilegios y prerrogativas de la Administración. Ahora, los ciudadanos ocupan el lugar central del Derecho administrativo, pues su situación jurídica parte del reconocimiento de derechos humanos, incluyendo el derecho a la buena Administración³⁵.

35 Sobresale la fundamentación liberal de la Carta, que conecta con los fundamentos de las revoluciones liberales de los siglos XVIII y XIX. Así, se afirma que “desde la centralidad del ser humano, principio y fin del Estado, el interés general debe estar administrado de tal forma que en su ejercicio las diferentes Administraciones Públicas hagan posible el libre y solidario desarrollo de cada persona en sociedad. Es decir, hace a la condición de la persona, es inherente al ser humano, que el Gobierno y la Administración del interés general se realice en forma que sobresalga la dignidad y todos los derechos fundamentales del ciudadano”.

Esta idea, que la Carta resume a partir del acervo iberoamericano del Derecho administrativo³⁶, se ve plasmada en un conjunto de principios y derechos que pivotan sobre el concepto de buena Administración. El punto 25 de la *Carta* señala, al respecto, lo siguiente:

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

He aquí el cambio que décadas atrás señalara Eduardo García de Enterría. El Derecho administrativo no debe encargarse sólo de garantizar una legalidad objetiva, pues también debe atender a la tutela de los derechos subjetivos del ciudadano. Derechos que, en el panorama actual del Derecho administrativo, se realzan en los derechos humanos, y en la democracia, entendida como un sistema garantista de tales derechos³⁷.

Esta visión es, además, la que se ha venido sosteniendo desde el llamado Derecho administrativo global. Recientemente Sabino Cassese ha señalado que el Derecho administrativo global es, para el Derecho administrativo, una de las grandes transformaciones y temas de estudio en la actualidad³⁸. El Derecho administrativo global no sólo estudia la actuación de las llamadas Administraciones globales, sino que además

36 Ciertamente la Carta no es un instrumento jurídicamente mandatorio. Pero su valor no es, por lo anterior, irrelevante. Por el contrario, el gran mérito de la Carta es que, insertándose plenamente en el Derecho administrativo global, promueve una visión común del Derecho administrativo en iberoamericana. Esto se afirma, de una u otra manera, a lo largo del preámbulo de la Carta.

37 Sobre la relación entre democracia, derechos humanos y Derecho administrativo, puede verse el reciente trabajo de Brewer-Carías, Allan, “Derecho administrativo y derecho a la democracia”, 2008, consultado en original.

38 Cassese, Sabino, “What is Global Administrative and why study it?”, en RSCAS Policy Papers. *Global administrative law: an Italian perspective*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2012, pp. 1 y ss.

analiza la influencia de ese *ordenamiento global* en el Derecho administrativo doméstico, influencia que se traduce en nuevas y refinadas técnicas de control sobre las Administraciones domésticas, promoviendo así la gobernanza democrática³⁹.

Es por ello que para el Derecho administrativo global no resulta importante definir a la Administración desde “privilegios y prerrogativas”. El enfoque es, en realidad, el contrario: cómo promover una actividad administrativa consistente con los derechos humanos. Esto ha derivado en la formulación de principios que, a partir de la idea de gobernanza democrática, postulan cambios importantes en el Derecho administrativo doméstico. En definitiva, el Derecho administrativo global promueve un control más racional de la Administración, enfocado en la necesidad de compatibilizar su actuación con la gobernanza democrática⁴⁰.

II. MANIFESTACIONES CONCRETAS DE LA CENTRALIDAD DEL CIUDADANO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Hemos apreciado, en sus trazos generales, el cambio de paradigma que supuso centrar el Derecho administrativo en los ciudadanos y sus derechos humanos. Ahora corresponde, brevemente, llevar esas consideraciones generales a algunas de las aplicaciones prácticas que este nuevo paradigma presenta.

39 Sobre la incidencia del Derecho administrativo global sobre las Administración doméstica, vid. Dolzer, Rudolf, “The impact of international investment treaties on domestic administrative law”, en *Journal of International Law and Politics*, Volume 37, Number 4, Universidad de Nueva York, 2006, pp. 953 y ss. Véase también a Rodríguez-Arana Muñoz, Santiago, “El derecho administrativo global: un derecho principal”, en *Revista de Derecho Público* N° 120, Caracas, 2009, pp. 7 y ss.

40 Hernández G., José Ignacio, “El concepto de administración pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la América española”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, N° 16, 2012, pp. 197 y ss.

Para ello, trataremos de partir de las principales ideas formuladas por Eduardo García de Enterría, con referencias al tratamiento que, a estos temas, contiene la *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública*.

1. La centralidad del ciudadano y la interdicción de la arbitrariedad

Al margen de cuál sea el modelo adoptado por el Estado para organizar su Derecho administrativo, y dentro de las diferencias y matices que pueden encontrarse, podemos ubicar al menos un punto común en todos los sistemas de Derecho administrativo: la interdicción a la arbitrariedad de la Administración. Una idea cuyos orígenes, como antes veíamos, se conectan con las Revoluciones liberales de los siglos XVII y XIX, una de cuyas máximas preocupaciones fue, precisamente, salvaguardar la libertad frente al ejercicio del poder abusivo, déspota o arbitrario.

La arbitrariedad no debe entenderse desde un sentido puramente objetivo, es decir, como la actividad o inactividad contraria a Derecho. En realidad, la arbitrariedad solo puede definirse desde la libertad. Es arbitrario, así, todo acto que, al margen de la Ley, viole la libertad. O en palabras de García de Enterría, el poder público ejercido “por la sola voluntad del agente o por su capricho”, obviando “los valores superiores del ordenamiento jurídico”, y entre ellos, la libertad⁴¹.

La interdicción a la arbitrariedad es, por lo anterior, componente básico del derecho a la buena Administración. Desde la Declaración de Virginia se ha entendido que el ciudadano tiene un conjunto de derechos que lo protegen frente a la *mala*

41 García de Enterría, Eduardo, “¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional?: Una nota”, en *Revista de Administración Pública*, N° 124, Caracas, 1991, pp. 211 y ss.

administración y por ende, frente a la Administración arbitraria. Desde esta perspectiva, la buena Administración es la antítesis de la Administración arbitraria, que es la *mala Administración*. Por ello, en el punto 18 de la citada *Carta* se proclama que la Administración Pública deberá “*abstenerse de toda actuación arbitraria o que ocasione trato preferente por cualquier motivo*”.

De tal manera, desde la centralidad del ciudadano, la interdicción de la arbitrariedad pasa a ser el gran tema del Derecho administrativo, cuyo propósito básico es, de esa manera, la defensa de la libertad, entendida aquí como concreto y específico derecho público subjetivo⁴².

2. La centralidad del ciudadano y la integralidad patrimonial de la Administración Pública

Otro ámbito en el cual ha cobrado fuerza la centralidad del ciudadano para el Derecho administrativo, es en la construcción de la teoría general de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Eduardo García de Enterría propuso, en su momento, que toda esa teoría debería girar en torno al ciudadano, aquí considerado víctima, y en su derecho a ser indemnizado por toda lesión que no esté en el deber jurídico de soportar. Una propuesta que, como el propio García de Enterría reconoció, derivó en confusiones al considerarse que ellas proponía un sistema objetivo de responsabilidad patrimonial, en el sentido de una responsabilidad en ausencia de culpa imputable a la Administración⁴³.

42 En su trabajo, ya citado, *La lucha contra las inmunidades del poder* (p. 17), Eduardo García de Enterría insiste en esta cardinal idea, que hoy día tiene pleno valor.

43 Véase el planteamiento original en García de Enterría, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 147 y ss. En cuanto a la aclaratoria de su tesis original, véase el prólogo de García de Enterría al trabajo de Oriol Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 19 y ss.

Lo que quiere rescatarse de lo anterior es el principio afirmado por García de Enterría de acuerdo con el cual, el sistema de responsabilidad patrimonial debe recaer en el concepto de lesión patrimonial, como todo daño que el ciudadano no está en el deber de tolerar y que constituye una privación singular a su propiedad⁴⁴. Una conclusión tras la cual decanta la protección del Derecho de propiedad privada y, por vía de consecuencia, la protección de la libertad general del ciudadano⁴⁵.

De allí que uno de los sub-derechos amparados en el derecho a la buena Administraciones, precisamente, el derecho a la indemnización integral, como se reconoce en el punto 46 de la ya citada *Carta*. Esto ha permitido extender el concepto de expropiación, para aplicarlo incluso a las privaciones singulares de la propiedad derivadas de la actividad administrativa, y que no se exteriorizan formalmente a través de un acto expropiatorio⁴⁶.

3. La centralidad del ciudadano y el procedimiento administrativo

Sabido es que en sus orígenes, el procedimiento administrativo fue analizado como suerte de apéndice del acto administrativo, para reforzar la idea francesa de acuerdo a la cual el control de legalidad se extendía incluso a los elementos formales del acto administrativo. Progresivamente esta visión ha sido abandonada. En un primer cambio se otorgó al procedimiento administrativo sustantividad propia, en tanto cauce de

44 *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, cit., p. 165.

45 Pipes, Richard, *Propiedad y libertad*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1999, pp. 14 y ss.

46 Nos referimos a las medidas de efecto equivalente a la expropiación, expropiación indirecta o expropiación regulatoria. La figura es de amplio tratamiento en el Derecho administrativo de Estados Unidos (Epstein, Richard, Takings. *Private property and the power of Eminent Domain*, Harvard College, 1994, pp. 35 y ss). En el Derecho administrativo global, la figura es igualmente analizada, especialmente en el marco de las inversiones internacionales. Cfr.: Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, pp. 89 y ss

garantía del derecho a la defensa. Más recientemente, el procedimiento administrativo ha sido redimensionado, para considerarlo un instrumento de canalización de la participación ciudadana⁴⁷.

Es precisamente desde esta última perspectiva que la relación entre buena Administración y procedimiento se potencia. Como ha observado Ponce Solé, el procedimiento previo permite a la Administración conciliar todos los intereses en juego, a fin de adoptar decisiones de calidad, postulado básico de la buena Administración⁴⁸.

La *Carta*, en tal sentido, reconoce que en el Derecho administrativo iberoamericano pueden encontrarse “referencias expresas” a los deberes derivados de la buena Administración, “aplicados a la relación con la Administración Pública en el marco del procedimiento administrativo”⁴⁹. Aquí el procedimiento administrativo no es sólo cauce formal del principio de legalidad y garantía del derecho a la defensa. Es además un instrumento al servicio de la buena Administración.

4. La centralidad del ciudadano y la motivación

Una de las conquistas ya tradicionales del Derecho administrativo es la motivación del acto administrativo, cuya comprensión actual parte de reconocer su carácter instrumental

47 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho administrativo II*, Civitas, Madrid, 2013, pp. 458 y ss. En general, vid. Barnes, Javier, “Reforma e innovación del procedimiento administrativo”, *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2008, pp. 15 y ss. Hemos asumido esta posición en Hernández G., José Ignacio, *Lecciones de Procedimiento Administrativo*, FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 27 y ss.

48 Ponce Solé, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo*, Editorial Lex Nova, Madrid, 2001, pp. 214 y ss.

49 En el punto 24 de la Carta se menciona que “las actuaciones administrativas se realizarán de acuerdo con las normas de procedimiento y competencia establecidas en los ordenamientos superiores de cada uno de los países miembros, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción”.

respecto del control de la Administración, en especial, en relación con la potestad discrecional. A ello se refirió Eduardo García de Enterría al señalar, como técnica de control de la discrecionalidad, el control de los hechos determinantes del acto, todo lo cual supone el control de la exteriorización de esos fundamentos, o sea, de la motivación del acto⁵⁰.

Esta visión, plenamente válida, ha comenzado a redimensionarse al observarse que la motivación no es sólo un instrumento para el control de la Administración, sino un fin en sí mismo, en tanto la motivación promueve la gobernabilidad democrática en el marco de la rendición de cuentas o, como se le denomina en el Derecho norteamericano, *accountability*. En palabras de Jerry Mashaw:

“...la visión que entiende a la motivación de las instituciones públicas como un derecho humano en una democracia, y como una parte del proyecto dinámico de desarrollo de la gobernanza democrática, sugiere que la Administración motivada debe ser entendida como un objetivo y como un derecho”⁵¹.

La visión de la motivación como derecho, en el marco de la buena Administración, se reconoce en el punto 26 de la *Carta*:

“Derecho a la motivación de las actuaciones administrativas: todas las actuaciones de la Administración Pública deberán estar amparadas en razonamientos inteligibles

50 García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, cit., pp. 36 y ss.

51 “Reasoned Administration: The European Union, the United States, and the Project of Democratic Governance”, inicialmente publicado en *The George Washington Law Review*, Volumen 76, 2007, pp. 99, y posteriormente publicado en *Faculty Scholarship Series*, de la Universidad de Yale, como Paper 1179, disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1179?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F1179&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages[Consulta: 8.05.14]

para todo ciudadano acreditándose la objetividad que preside su entero y completo quehacer”

La buena Administración debe ser una Administración motivada, pues en tanto Administración vicarial, ella obra con subordinación plena a la Ley y al Derecho, o sea, ella obra bajo la Ley como regla de la “razón común”. A su vez, la Administración motivada es una exigencia del sistema democrático, en tanto la Administración está llamada a procurar el consenso con los ciudadanos, para lo cual es indispensable expresar, objetiva y racionalmente, cuáles son los motivos de sus decisiones.

5. La centralidad del ciudadano y la actividad prestacional de la Administración

Una de las manifestaciones concretas de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho sobre la Administración, ha sido la configuración de una *actividad prestacional* de la Administración. Este concepto se benefició de los estudios realizados en su momento por Forsthoff⁵², en los cuales, sin embargo, el talente democrático del Derecho administrativo no estaba especialmente presente, al hacerse énfasis en el deber de la Administración de atender a la llamada procura existencial. Por ello, preferimos la acotación formulada por Wolf: esa actividad prestacional debe respetar los principios de subsidiariedad y menor intervención⁵³.

Especialmente luego de la Segunda Guerra Mundial, como observó Manuel García Pelayo, esta actividad administrativa prestacional se amoldó, con no pocas contradicciones, a

52 Forsthoff, Ernst, *Sociedad industrial y Administración Pública*, Estudios Administrativos, Madrid, 1967, pp. 89 y ss.

53 Wolff, Hans-Julius, “Fundamentos del Derecho administrativo de prestaciones”, en *Perspectivas del Derecho público en la Segunda Mitad del siglo XX. Homenaje al profesor Enrique Sayagués-Laso*, Tomo V, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969, pp. 356 y ss.

los cauces del Estado democrático de Derecho⁵⁴. Empero, por influjo de la doctrina francesa, pervivió una visión estatista al pretender englobar esa actividad en la conocida tesis del servicio público, que como observó agudamente Delvolvé, terminó siendo un riesgo a la libertad⁵⁵.

Frente al concepto de servicio público, de gran arraigo en especial en Iberoamérica, la doctrina alemana ha propuesto prestar más atención a la actividad prestacional de la Administración y a los correlativos derechos de los ciudadanos a acceder a tales prestaciones, incluso, demandando a la Administración pública en los Tribunales en caso de inactividad prestacional⁵⁶.

Un aspecto que siempre llama la atención a los estudiantes de Derecho administrativo en Latinoamérica, es la ausencia de un tema específico del servicio público como actividad administrativa en el *Curso* de García de Enterría y Fernández. La construcción dogmática que al respecto hacen los autores nos parece la más acertada: antes que insistir en una –casi imposible– teoría del servicio público, resulta más relevante replantear este tema desde los derechos de los ciudadanos y su protección judicial⁵⁷.

Es por ello un equívoco asumir que la centralidad del ciudadano se opone a la actividad administrativa prestacional, considerando que esa centralidad debe entenderse únicamente en términos de derechos de libertad. Esa visión reduciría el

54 García-Pelayo, Manuel, “Las transformaciones del Estado contemporáneo”, en *Obras Completas, Tomo II*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 1621 y ss.

55 Delvolvé, Pierre, “Services publics et libertés publiques”, en *Revue Française de Droit Administratif*, número 1, París, 1985, pp. 1 y ss.

56 Wolff/Bachof/Stober, *Direito Administrativo*, Vol.1, Vol. 1, Fundação Calouste Gulbenkian, Porto, 2006, pp. 37 y ss.

57 En el *Curso de Derecho administrativo, Tomo II*, ya citado, no hay propiamente un capítulo dedicado al estudio del servicio público. El tema es abordado, en el Capítulo XVI, a través del “derecho de los administrados a obtener prestaciones de los servicios públicos” (pp. 69 y ss.).

Derecho administrativo, simplemente, al control de la libertad frente a la potestad administrativa, lo que no resulta posible ni justificado actualmente. García de Enterría y Fernández lo resumen muy bien: ya no basta con articular técnicas de control de la potestad en defensa de la libertad, pues es necesario, además, garantizar el adecuado ejercicio de la actividad prestacional de la Administración⁵⁸.

De allí que la buena Administración se relaciona con esta actividad prestacional. La *Carta*, en sus consideraciones preliminares, subraya la impronta que en este sentido tiene la cláusula del Estado social, postulando en su punto 3, con evidente influjo de la Constitución española, el “principio promocional”, el cual:

“... se dirige a la creación de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos iberoamericanos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y fomentando la participación ciudadana a fin de que los ciudadanos contribuyan activamente a definir el interés general en un marco de potenciación de la dignidad humana”.

La buena Administración cumple aquí un papel fundamental, pues es un freno a los excesos de tal actividad prestacional, que en ausencia de efectivos controles, derivará inevitablemente en la patológica manifestación del Estado paternalista. De allí que el fin último de esa actividad prestacional, como apunta la *Carta*, debe ser la promoción de condiciones efectivas de libertad.

El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ha venido insistiendo en esta idea, al postular que el desarrollo debe estar basado en el ciudadano. Es decir, la

58 Curso de Derecho administrativo, Tomo II, cit., pp. 70 y ss.

actividad prestacional de la Administración debe tener como objetivo final promover la libertad y la iniciativa ciudadana⁵⁹.

Por ello, la centralidad del ciudadano, respecto a la actividad prestacional de la Administración, impone al menos dos exigencias básicas. Primero, garantizar, incluso mediante la protección judicial, el derecho de los ciudadanos a acceder a esas prestaciones. Lo segundo, garantizar que la actividad prestacional no socave los principios de menor intervención y subsidiariedad, en tanto ello lesionará la libertad general del ciudadano y, con ello, su dignidad⁶⁰.

Finalmente, la actividad prestacional de la Administración, desde la buena Administración, debe basarse en cauces de participación ciudadana, abiertos y democráticos, que permitan identificar con precisión las áreas de atención de tal actividad, conforme a los principios de menor intervención y subsidiariedad, límites fundamentales a tal actividad, como la doctrina alemana ha insistido.

6. La justicia administrativa y la buena Administración

Una de las áreas en la cual se aprecia, con mayor fuerza, el cambio de concepción al cual hemos venido haciendo referencia, es en la justicia administrativa. El concepto estatista de Administración y la predominancia del acto administrativo, promovieron una justicia administrativa objetiva. Quiere insistirse que tal condición se afirma, principalmente, en el sentido

59 Véase el informe *People centred development*, PNUD, 2011, p. 2. Allí se sostiene que: *“en el PNUD creemos que el «desarrollo humano» trata del aumento de las opciones de las personas para que puedan llevar vidas valiosas. El crecimiento económico es importante, pero solo es un medio para ampliar estas opciones. Una parte fundamental de ello es fomentar la capacidad humana y aumentar la cantidad de logros que las personas pueden alcanzar a lo largo de sus vidas. Tenemos la firme convicción de que el bienestar y la calidad de vida de las personas es la medida más importante para determinar si el «desarrollo» ha tenido éxito”*

60 Vid. González Pérez, Jesús, *Administración pública y libertad*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2006, pp. 15 y ss.

que el fin principal de la justicia era garantizar la legalidad objetiva del acto administrativo y no la defensa de los derechos de los ciudadanos

No negamos los avances que tal sistema supuso para perfeccionar el principio de legalidad de la Administración, en especial, mediante el desarrollo de los “motivos de impugnación” del acto administrativo. No obstante, el sistema, así configurado, suponía una protección jurídica minusvalorada.

Al centrar el Derecho administrativo en el ciudadano, el proceso contencioso administrativo pasa a ser un cauce de tutela judicial efectiva de los derechos del ciudadano frente a la Administración. Tal cambio, paulatinamente formado en las últimas décadas del pasado siglo, permitió el surgimiento de lo que Eduardo García de Enterría denominó una *nueva justicia administrativa*. Es decir, una justicia centrada en la defensa efectiva de los derechos del ciudadano frente a la Administración, y por ello, una justicia esencialmente subjetiva, no limitada al acto administrativo. Tal cambio, principalmente, derivó como consecuencia del efecto expansivo del derecho a la tutela judicial efectiva⁶¹. Un cambio cuyo punto de arranque es, precisamente, la centralidad de los derechos humanos, o como lo denominó García de Enterría, “el destacamiento resuelto de los derechos fundamentales”⁶².

Se trata, no creo que se exagere, de un cambio de paradigma⁶³:

“El contencioso-administrativo, de ser un medio de orden público de protección de la legalidad de la Administración,

61 García de Enterría, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 59 y ss.

62 *Hacia una nueva justicia administrativa*, cit., p. 47.

63 García de Enterría, Eduardo, *Problemas del Derecho Público a comienzos de siglo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 85. Con mayor detalle, vid. *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 125 y ss.

ha pasado a ser en este fin de siglo, en varios países de la Unión Europea y aun, con todas las prevenciones que se quieran, incoactivamente al menos, en Francia misma, país que forjó brillantemente el modelo, un sistema de tutela o protección de derechos e intereses legítimos de los ciudadanos”.

La buena Administración presupone, ciertamente, el control judicial mediante órganos autónomos e independientes, como garantía del principio de legalidad. Pero ello no es suficiente. Además, la justicia administrativa debe ser un cauce efectivo de defensa de los derechos del ciudadano frente a la actividad e inactividad administrativa. Por un lado, cauce de garantía de la libertad, frente a las intervenciones arbitrarias de la Administración. Por el otro, cauce de defensa de los derechos prestacionales de la Administración, muy en especial, frente a la inactividad administrativa prestacional.

Aun cuando esta arista procesal no está presente plenamente en la *Carta* –su contenido es sustantivo– el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos frente a la Administración es, sin duda, garantía de la buena Administración⁶⁴. Los derechos derivados de la buena Administración, y que exigen que la actividad administrativa se oriente al servicio objetivo a los ciudadanos, de poco valdrían si no fueran derechos justiciables. En realidad, la buena Administración es aquella sujeta al riguroso control judicial, en la medida en que ello favorece al buen ejercicio de la actividad administrativa.

64 De acuerdo a su punto 54, “*el derecho fundamental de la persona a la buena administración pública y sus derechos componentes tendrán la protección administrativa y jurisdiccional de los derechos humanos previstos en los diferentes ordenamientos jurídicos*”.

CONCLUSIONES

Ubicar al ciudadano en el centro del Derecho administrativo es, así, la propuesta fundamental de Eduardo García de Enterría en la renovación del Derecho administrativo. Una propuesta que va más allá de reformar algunos aspectos de lo que aquí hemos denominado *sistema estatista de Derecho administrativo*. No basta, de esa manera, con reforzar las técnicas de control objetivo de la legalidad de la Administración. Es necesario repensar el sistema para asumir que su centro es el ciudadano y los derechos humanos, entre ellos y de manera preferente, la libertad.

Un planteamiento que, como fuera estudiado por Eduardo García de Enterría, recurrió a los orígenes del Derecho administrativo, a fin de deslastrar al Derecho administrativo de ciertas concepciones cuando menos inapropiadas. La legalización del poder, en las Revoluciones de los siglos XVII y XIX, supuso someter a la Administración a la Ley, como garantía de defensa del ciudadano y su libertad general. En algún momento, quizás como producto del legiscentrismo francés, esa idea se desvió y la Ley, de ser un instrumento de garantía del ciudadano, pasó a ser el centro mismo de todo el sistema, mediante la formación de una Administración concebida en una posición de supremacía y “titular” de privilegios y prerrogativas.

Volver a los orígenes del Derecho administrativo para renovar al Derecho administrativo. Tal es la síntesis de la obra literaria de García de Enterría, lo que le llevó a insistir, incluso en pleno siglo XXI, en uno de los aportes esenciales del constitucionalismo norteamericano: la Constitución, toda ella, es norma vinculante y, por ende, el centro del sistema de Derecho administrativo debe ser el ciudadano y sus derechos fundamentales⁶⁵.

65 Véase por ejemplo su ponencia contenida en *Problemas del Derecho Público al comienzo de siglo*, cit., pp. 87 y ss.

Dentro de esta renovación se inserta el Derecho a la buena Administración. De acuerdo con la *Carta*:

“La buena Administración Pública es, pues, una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable”

Esto evidencia además la conexión entre buena Administración y democracia, entendiendo por tal un sistema en el cual las decisiones se toman en el marco del Estado de Derecho a partir de la participación ciudadana, expresión de su libertad. Frente a la visión que reduce la participación ciudadana al *elector* en la elección del representante –es decir, del Gobierno que dirige a la Administración- la carta entiende que el ciudadano, en tanto centro del sistema, debe ser también actor fundamental en el control de la Administración:

“En la medida que la ciudadanía ponga en valor su condición central en el sistema público, más fácil será que pueda exigir un funcionamiento de calidad de las Administraciones públicas. Si el ciudadano reclama ordinariamente, y de forma extraordinaria cuando sea menester, los derechos que se derivan del fundamental a una buena Administración Pública, el hábito de la rendición de cuentas y de la motivación de todas las decisiones de los poderes del Estado será una realidad”.

El punto 1 de la *Carta*, al explicar cuál es su finalidad, resume la idea central de la siguiente manera:

“La Carta de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública tiene como finalidad el reconocimiento del derecho fundamental de la persona a la

buena Administración Pública y de sus derechos y deberes componentes. Así, los ciudadanos iberoamericanos podrán asumir una mayor conciencia de su posición central en el sistema administrativo y, de esta forma, poder exigir de las autoridades, funcionarios, agentes, servidores y demás personas al servicio de la Administración Pública, actuaciones caracterizadas siempre por el servicio objetivo al interés general y consecuente promoción de la dignidad humana”

Lo anterior engrana con los fundamentos del Derecho administrativo global. Aun cuando puede entenderse que el surgimiento de esa disciplina es consecuencia de la globalización económica⁶⁶, es también cierto que tras el surgimiento del Derecho administrativo global subyace la globalización, mundialización o internacionalización de los derechos humanos⁶⁷. El fundamento y justificación de esta realidad es bien conocido: si los derechos humanos son inherentes al ciudadano, no solo su reconocimiento no depende del ordenamiento interno, sino que además, deben existir instancias internacionales –o globales– que permitan el control de esos derechos frente al Estado⁶⁸.

La centralidad del ciudadano en el Derecho administrativo se invoca, de esa manera, incluso frente al Derecho administrativo doméstico, como se asume desde el Derecho administrativo global. Una solución particularmente útil cuando el ordenamiento interno –e incluso constitucional– se erige en un sistema opresor de libertades, como es el caso, singular por lo demás, de Venezuela en la actualidad.

66 Entre otros, vid. Auby, Jean-Bernard, “Globalización y descentralización”, en *Revista de Administración Pública* Nº 156, Madrid, 2001, pp. 7 y ss.

67 Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de la convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 199 y ss.

68 Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, cit., pp. 261 y ss.

En su estado actual, el Derecho administrativo venezolano tiene dos características que quieren destacarse: (i) se han dictado Leyes de opresión, que atribuyen a la Administración amplios e ilimitados poderes, y (ii) la justicia administrativa y constitucional no sólo ha avalado la constitucionalidad de esas Leyes sino que, en ocasiones, ha llegado a establecer principios restrictivos de los derechos humanos, todo lo cual, como podrá entreverse, demuestra un cuando menos deteriorado principio de separación de poderes. De lo cual resulta, paradójicamente, que la justicia administrativa puede confirmar la legalidad del acto administrativo impugnado, en la medida en que el origen del problema es la Ley o la interpretación de la Constitución realizada por los jueces⁶⁹.

La reacción natural de lo anterior fue la búsqueda, por el ciudadano, de medios de protección internacional de sus derechos humanos. Lo hizo por dos mecanismos. Primero, a través de la protección internacional de inversiones, mediante el acceso a mecanismos de arbitraje internacional previstos en diversos Tratados Bilaterales de Inversiones, que hasta entonces, poco uso habían tenido. Lo segundo, a través de la protección de sus derechos humanos ante el sistema interamericano de derechos humanos.

El sistema doméstico de Derecho administrativo actuó como cabía esperar: negando toda validez y relevancia a esos mecanismos internacionales. Así, el Estado venezolano denunció el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, que organiza al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), con el evidente propósito

69 Véase, en cuanto a la progresiva transformación del Derecho administrativo venezolano positivo, como un Derecho opresor, entre otros, el trabajo ya citado de Brewer-Carías "Brewer-Carías, Allan, "Derecho administrativo y derecho a la democracia". En cuanto a las "interpretaciones" constitucionales que, en el fondo, son mutaciones, véase del autor "¿Reforma constitucional o mutación Constitucional?: la experiencia venezolana", 2014, consultado en original.

de reducir el grado de protección que ese Convenio ofrece en el marco de los mecanismos de solución de controversias con inversionistas extranjeros, incluyendo el arbitraje.

Además, de manera especial en lo que respecta al sistema interamericano, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia adoptó la insólita decisión de considerar que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no eran de directa aplicación en Venezuela, al exigirse una especie de control interno por parte de la propia Sala. Luego, el Gobierno adoptó la decisión –inconstitucional– de denunciar la Convención Interamericana de Derechos Humanos⁷⁰.

El panorama del Derecho administrativo venezolano actual lo resume muy bien Allan Brewer-Carías⁷¹:

“Por tanto, sino hay posibilidad real y efectiva, conforme a las garantías del debido proceso, de enjuiciar a la Administración Pública, de exigirle responsabilidad a los funcionarios, de anular los actos administrativos ilegales, abusivos o arbitrarios, simplemente el Derecho administrativo se nos convierte en un elenco formal de normas relativas a la Administración, pero que no protegen al ciudadano”.

Eduardo García de Enterría, a quien lo unía una gran amistad por Brewer-Carías, llegó incluso a pronunciarse sobre esta situación, al aludir al *“régimen autoritario de concentración del poder, centralizado (desmontando el federalismo tradicional) y militarista autoritario”*⁷². Hoy más que nunca, es necesario insistir por ello en la idea cardinal que hemos resumido en este ensayo:

70 Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de la convencionalidad*, cit., pp. 252 y ss.

71 Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*, Volumen I, Civitas Thomson-Reuters, Madrid, 2013, p. 1093

72 “Palabras en el Acto de Presentación del libro *La Ciudad Ordenada* de Allan R. Brewer-Carías en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, 11 de junio 2008”, tomado de <http://www.allan-brewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fec2/>

la Administración está al servicio objetivo de los ciudadanos, lo cual convierte al ciudadano y sus derechos, en el centro del sistema de Derecho administrativo.

La Unión (Venezuela), febrero-mayo, 2014.

ESTADO, NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA (SOMERAS REFLEXIONES)

Henrique Meier

Director del Área de Estudios Políticos y Jurídicos de Postgrado.

Universidad Metropolitana.

Profesor de Instituciones Políticas,

Derecho Constitucional

y Derecho Administrativo

en la Universidad Católica Andrés Bello

(1973-99).

Resumen: *El concepto de ciudadanía comprende dos vínculos del individuo con el Estado, íntimamente asociados: el “vínculo nacional” o “ciudadanía nacional”, por un lado, y por el otro, la “ciudadanía política”. El artículo analiza estos conceptos, junto a las nociones de Estado y nacionalidad.*

Palabras claves: *Estado, ciudadanía, nacionalidad.*

Abstract: *The concept of citizenship encompasses two relationship between the citizen and the State: (i) the national relationship or national citizenship and (ii) the political citizenship. The article analyzes these concepts, together with the concept of State and nationality.*

Keyword: *State, citizenship and nationality.*

Recibido: 22 de julio de 2015

Aceptado: 7 de agosto de 2015

SUMARIO

Introducción

I. La nacionalidad (la ciudadanía nacional)

II. La ciudadanía política

III. La ciudadanía pluridimensional

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

De origen Europeo, el Estado se extendió en los siglos XVIII, XIX y XX al resto de los continentes. Hoy si a cualquier ser humano le es dado formar parte o no de determinadas organizaciones (derecho de asociación voluntaria), nadie puede prescindir de su pertenencia a un Estado. Y así como en la época feudal se decía *“ningún hombre sin Señor”*, hoy puede decirse *“ningún individuo sin Estado”* (García Pelayo).

Ese vínculo político con el Estado-Nación, calificado como *“ciudadanía”*, surgió con la ciudad antigua. En Grecia (*politeia*) y en Roma (*civitas*) era una cualidad que atribuía el derecho a participar en los asuntos de la ciudad y que derivaba de la integración plena a la comunidad política de ciudadanos. Esa pertenencia se basaba en la articulación de un elemento territorial y uno personal: el nacimiento en el ámbito territorial de la ciudad y la adhesión a las normas de la ciudad (ética ciudadana) otorgaban el poder de participación en la res pública.

Con el advenimiento del Estado la ciudadanía se funda en una concepción distinta cuyo objetivo es diferenciar jurídicopolíticamente, con todos los efectos que ello conlleva, a quienes forman parte de la colectividad nacional (la ciudad se integra en la Nación) y son titulares de los derechos correspondientes, de aquellos que permanecen fuera del nexo con el Estado nacional, y por tanto, carecen de esos derechos. Esa distinción entre nacionales y extranjeros se ha mantenido a lo largo de los siglos, aunque, como se verá, en el proceso de la Unión Europea se está conformando una nueva ciudadanía suprana-

cional: la “Ciudadanía Europea”, que no significa la desaparición del vínculo con el Estado-nacional.

Esa categoría jurídico-política de la ciudadanía comprende dos vínculos del individuo con el Estado, íntimamente asociados:

- (i) El primero, el “vínculo nacional” o **“ciudadanía nacional”**, que se expresa en la condición de nacional o nacionalidad “originaria”, se constituye según dos principios jurídicos fundamentales dependiendo del ordenamiento jurídico-positivo de cada Estado: el “jus solis”(derecho del suelo) o el hecho de haber nacido en el territorio del Estado, principio común de los Estados del Hemisferio Americano; y el “jus sanguinis” (derecho de la sangre) o el hecho de ser hijo de padres originariamente nativos del Estado que atribuye “eo ipso” la nacionalidad de los primogenitores, aunque el descendiente hubiese nacido en el extranjero (ambos padres, o uno de ellos). Ese concepto del “derecho de la sangre” es el preponderante en los países europeos. En el Hemisferio Americano se aplican tanto el “derecho del suelo” como el de la “sangre”.

Pero, al lado de la nacionalidad originaria, los Estados reconocen una nacionalidad adquirida, es decir, la que le es atribuida al extranjero residente cuando cumple las condiciones establecidas en la ley para que le pueda ser otorgada la “carta de nacionalidad” o “ciudadanía nacional”: haber ingresado legalmente al territorio nacional, aunque este criterio se ha venido flexibilizando respecto de los inmigrantes ilegales, haber adquirido la condición de residentes por el transcurso del tiempo, hablar el idioma nacional, en algunas legislaciones demostrar el conocimiento de la historia y geografía nacionales, jurar lealtad a la Constitución y leyes del Estado, etc.

- (ii) El segundo, el vínculo político de la “ciudadanía” en su sentido estricto o “**ciudadanía política**” que atribuye la titularidad y ejercicio de los derechos políticos o cívicos es, en principio, un estatus reservado a los nacionales que satisfacen el requisito de la mayoría de edad según las diversas leyes nacionales (18 o 21 años), y el no hallarse en una situación de “*capitis diminutio*”: inhabilitación política o interdicción civil. La ciudadanía política plena habilita el ejercicio del derecho al sufragio, a postularse para cargos de elección popular, a fundar organizaciones políticas; en suma, a participar en la vida política (en los regímenes políticos democráticos). Y aunque en principio los extranjeros están excluidos de la titularidad de los derechos políticos, la actual tendencia en la materia es el reconocimiento del derecho a sufragar en las elecciones locales a aquellos extranjeros con prolongada residencia en el territorio estatal.

Esa diferencia entre “nacionalidad” y “ciudadanía” se halla establecida en la Constitución Nacional (Capítulo II “De la nacionalidad y de la ciudadanía), del Título III “De los Derechos humanos y garantías y de los deberes.

I. LA NACIONALIDAD (LA CIUDADANÍA NACIONAL)

El vínculo nacional se subdivide, a su vez, en nacionalidad originaria y derivada. La **originaria** es la que se adquiere toda persona al momento de nacer (Art. 32). Comprende a los nacidos en el territorio de la República; a quienes hubieren nacido en territorio extranjero, hijo o hija, de padre venezolano por nacimiento o madre venezolana por nacimiento, siempre que establezcan su residencia en el territorio de la República o declaren su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana; e incluso a las personas nacidas en territorio extranjero de padre o madre venezolano por naturalización, siempre que antes de cumplir los 18 años de edad establezcan su residencia

en el territorio nacional y antes de cumplir los 25 años de edad declaren su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana.

Por su parte, la llamada “**nacionalidad derivada o adquirida**” (Art.33) es la otorgada a los extranjeros mediante “carta de naturaleza” en los supuestos siguientes:

- a) Cuando se domicilien en el país con residencia ininterrumpida de, por lo menos, 10 años inmediatamente anteriores a la fecha de la respectiva solicitud;
- b) A los originarios de España, Portugal, Italia, países latinoamericanos y del Caribe sólo se les exige 5 años de residencia ininterrumpida;
- c) Cuando el extranjero o extranjera contraiga matrimonio con venezolano o venezolana desde que declare su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana, transcurridos por lo menos 5 años desde la fecha del matrimonio;
- d) Los extranjeros menores de edad para la fecha de naturalización del padre o la madre que ejerza la patria potestad, siempre que declaren su voluntad de acogerse a la nacionalidad antes de cumplir los 25 años de edad y hayan residido en el país ininterrumpidamente durante los 5 años anteriores a la fecha de dicha declaración.

II. LA CIUDADANÍA POLÍTICA

La ciudadanía política, expresada en la titularidad de los derechos y deberes políticos o cívicos, presupone el previo vínculo de la nacionalidad. En consecuencia, sólo los venezolanos que no estén sujetos a inhabilitación política ni a interdicción civil y en las condiciones de edad previstas en la Constitución,

son titulares de los derechos y deberes políticos garantizados en la misma (Art. 39). Se trata, entonces, de un estatus privativo de los venezolanos, salvo las excepciones previstas en la Constitución. Al respecto, gozan de los mismos derechos de los venezolanos por nacimiento, los naturalizados que hubieren ingresado al país antes de cumplir los 7 años de edad y residido en él permanentemente hasta alcanzar la mayoría (Art. 40).

Asimismo, sólo los venezolanos por nacimiento y sin otra nacionalidad, podrán ejercer los cargos de Presidente, Vicepresidente Ejecutivo, Presidente y Vicepresidente de la Asamblea Nacional, Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, Presidente del Consejo Nacional Electoral, Procurador General de la República, Contralor General de la República, Defensor del Pueblo, Ministros de los despachos relacionados con la seguridad de la Nación, finanzas, energías y minas, educación, Gobernadores y Alcaldes de los Estados y Municipios fronterizos y los contemplados en la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional (Art. 41).

La “ciudadanía política” otorga el derecho a participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de los representantes elegidos en los procesos comiciales (Art. 62). Tal genérico derecho político se concreta en el derecho al sufragio privativo de los venezolanos mayores de edad (18 años) debidamente inscritos en el Registro Electoral Permanente, y que no se hallen en alguna de las dos situaciones de “*capitis diminutio*”, antes mencionadas (Art. 63). Sin embargo, los extranjeros mayores de edad con más de 10 años de residencia en el país tienen derecho a votar en las elecciones parroquiales, municipales y estatales, con las limitaciones previstas en la Constitución y la ley (Art. 64).

Otros derechos cívicos derivan de la “ciudadanía política”: derecho de asociación con fines políticos mediante métodos

democráticos de organización, funcionamiento y dirección; derecho a manifestar pacíficamente y sin armas (Arts. 67 y 68).

La ciudadanía moderna, al igual que en la Antigüedad, es un vínculo político de carácter exclusivo con una comunidad política, pero a diferencia de la Polis en Grecia o la Civitas en Roma, esa relación no se limita al estrecho círculo de los “hombres libres” pertenecientes a la ciudad, abarca a la universalidad de individuos que satisfacen los requisitos articulados a la atribución de la nacionalidad, presupuesto de la ciudadanía política; en pocas palabras, integra a los individuos al cuerpo político de la Nación (el Estado), unidos por nexos de interdependencia, una solidaridad objetiva, una comunidad de destino, o en los términos de G. Bureau un *“sueño de futuro compartido”*. La diversidad de los intereses sociales es, de esa manera, determinada en el orden político por la afirmación de un principio fundamental de cohesión que crea, al mismo tiempo, una separación con el exterior: el “nosotros” respecto de los “otros”.

La nacionalidad, que incluye a la ciudadanía política, no puede ser concebida sino como una categoría jurídica exclusiva, incompatible con toda lealtad “patriótica” paralela o concurrente, salvo las singularidades excepciones de los métodos de configuración del vínculo nacional (Por ejemplo, en la Confederación Helvética se constituyó a partir de cantones: en Suiza se es, en primer lugar, ciudadano de un cantón); por consiguiente, dicho vínculo implica la existencia de una sola nacionalidad que deriva de la pertenencia a la colectividad nacional¹, de modo que todas las otras identidades que resultan de la inserción en grupos de comunidades parciales se consideran fuera del espacio de la política, vale decir, vínculos despolitizados.

1 Sin embargo, en la actualidad se admite la posibilidad de la doble nacionalidad. Y así el Art.34 de la Constitución Nacional establece que *“La nacionalidad venezolana no se pierde al optar o adquirir otra nacionalidad”*.

La nacionalidad no se divide, pues ella supone una única referencia a la Nación. En ese sentido, una acción continuada de socialización se emprenderá en Europea desde el Siglo XVI para consolidar permanentemente el sentimiento nacional: la lealtad exclusiva al Estado-Nación presupone la adhesión a un corpus de valores que constituirán en Francia, por ejemplo, la plataforma de una “vulgata republicana”, cuyos institutores, los “húsares negros de la República” serán los propagadores de la “ciudadanía republicana”, potente vector de integración nacional².

La modernidad del concepto que al mismo tiempo lleva en si una contradicción: incluye y excluye, reside en su diferencia con relación a la antropología desigual de los antiguos, pues en la Polis griega y en Roma se reservaba la dignidad de ciudadanos únicamente a los hombres libres por “naturaleza” (excluidos obviamente los esclavos, así como las mujeres, los siervos, los metecos, etc.); en cambio, las revoluciones liberales del Siglo XVIII, fundamentalmente en Francia y en USA, se inspiraron en una concepción opuesta: todos los hombres por naturaleza nacen libres e iguales en derechos, tienen igual vocación a integrarse en el cuerpo político de la Nación (el Estado).

La ciudadanía tiende potencialmente a la universalidad, extendiéndose al conjunto de miembros del cuerpo social, pero, y he allí la paradoja, no todos los habitantes del territorio nacional pueden acceder al estatus jurídico de la ciudada-

2 La exaltación al paroxismo de la lealtad nacional es una de las causas de las II Guerras Mundiales del Siglo XX. En el caso de Alemania, el nacionalsocialismo se basó en la identidad nacional exclusiva, y por tanto excluyente, por la pertenencia a la supuesta “raza aria” considerada como superior por la ideología nazista. Es así como durante 12 años sólo se consideró como auténticos alemanes a los hombres y mujeres que poseían determinados rasgos: color de piel, de los ojos, forma del cráneo, etc. Los alemanes judíos fueron despojados de la nacionalidad alemana mediante la Ley de la Ciudadanía del Reich (1935). Según el Art. 2 de dicha ley: *“1. Un ciudadano del Reich solo puede ser aquel que tiene sangre alemana o emparentada y quien, con su comportamiento, demuestra que está deseoso y preparado para servir lealmente al Pueblo...”*

nía, sino sólo los que reúnen los requisitos establecidos por el Estado (ciudadanía condicional y exclusiva). Ello se tradujo en una ciudadanía “activa” y una “pasiva: los “ciudadanos pasivos” que no disponen de la titularidad de esos derechos³.

Esa ciudadanía exclusiva y excluyente hoy se halla en proceso de transformación, particularmente en los países que integran la Unión Europea. El proceso de internacionalización que tiende a disminuir la clásica potestad de regulación del Estado y a descentralizar su poder de decisión, está produciendo nuevas relaciones de solidaridad que hacen problemático el control de las lealtades articuladas al vínculo de la nacionalidad.

La concepción de la ciudadanía desde la consolidación del Estado se ha fundado en un estricto nexo de conexión: la relación de una determinada categoría de personas con el Estado-Nación (los nacionales), un estricto marco para el acceso a la titularidad de los derechos cívicos por medio de la condición de la nacionalidad, estatuto concebido de manera restrictiva. Pues bien, en algunas sociedades nacionales contemporáneas la ciudadanía ha comenzado a ampliarse: *“...por una parte, el enriquecimiento del concepto de ciudadanía por la extensión hacia nuevos derechos; por otra parte, y correlativamente, la apertura de estos derechos a nuevas categorías de beneficiarios, lo cual conduce, si no a la eliminación, al menos a la reducción del campo de aplicación de la nacionalidad”*⁴.

3 En la mayoría de los Estados democráticos el derecho a sufragar estuvo reservado durante el siglo XIX a los hombres libres (exclusión de los esclavos), varones blancos (exclusión de los negros y las mujeres), poseedores de un quantum o escala de riqueza (exclusión de los trabajadores asalariados, de las clases proletarias), con un grado de instrucción básica (exclusión de los analfabetos). Hoy todavía la edad es una condición de exclusión la que, sin duda, tiene un fundamento racional: los menores carecen de la madurez necesaria (presunción) para ejercer con plena conciencia los derechos políticos.

4 Chevallier, Jaques. *El Estado postmoderno*, Universidad Externado de Colombia. Traducción de Oswaldo Pérez, Bogotá 2011, p. 385.

Desde la universalización de la doctrina de los derechos humanos (Declaración de la ONU en 1948), la ciudadanía se ha venido transformando en un vínculo complejo que se caracteriza por varias esferas diferentes: la “**ciudadanía civil**” correspondiente a las libertades fundamentales o los derechos asociados a la “libertad-autonomía” (derecho a la vida, a la libertad ambulatoria, a la inviolabilidad del hogar, a la libertad de conciencia, información, expresión, culto, etc.); la “**ciudadanía política**” coincidente con la instauración del sufragio universal, fundamento de titularidad de los derechos articulados a la “libertad-participación”; y la “**ciudadanía social**” resultante de la conquista de los derechos sociales o de “procura existencial”.

En el contexto de las sociedades democráticas del presente por virtud de expresas normas constitucionales y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los extranjeros son titulares de los “derechos civiles”, es decir, de una “ciudadanía civil plena”⁵, así como del conjunto de derechos económicos, sociales y culturales (la no discriminación es el principio en este ámbito).

De esta manera, los extranjeros en situación de legalidad son integrados a la colectividad nacional. En Francia, por ejemplo, las disposiciones restrictivas que subsistían relativas al ejercicio de algunos derechos sociales como el derecho a formar parte de los sindicatos y el derecho de asociación en general, fueron suprimidas a principios de la década de los

5 Hay que acotar que esa ciudadanía no protege a los inmigrantes ilegales, salvo el derecho a la vida, a no ser sometido a prácticas que lesionen su integridad física, psicológica y moral, pues sólo los extranjeros que adquieren la condición de residentes disfrutan a plenitud de esa ciudadanía civil. Tal es el drama de la inmigración en USA y en los países de la Unión Europea. En USA unas 11 millones de personas se hallan en precaria situación jurídica, con todas las consecuencias que derivan de la permanencia ilegal en su territorio. De ahí la trascendencia de la medida adoptada a finales del 2014 por el Presidente Obama para proteger de manera transitoria a 5 millones de inmigrantes ilegales, fundamentalmente a los padres de hijos nacidos en el territorio norteamericano a fin de evitar su deportación.

80. Asimismo, en ese país los extranjeros gozan del derecho al sufragio y de elegibilidad en un conjunto de elecciones gremiales, sociales y administrativas⁶.

En cuanto a los derechos políticos (la “ciudadanía política”) en los países europeos se reconoció al menos una categoría de extranjeros: los nacionales comunitarios (con fundamento en el Tratado de Maastricht y la Directiva del 19 de diciembre de 1993), titulares del derecho al sufragio y a la elegibilidad para las elecciones municipales. Esta posibilidad ha sido admitida en 17 de los 27 países de la Unión Europea.

Esa transición hacia una concepción más amplia, inclusiva y tolerante de la ciudadanía es la consecuencia de un conjunto de factores: resquebrajamiento de la identidad nacional; crisis del civismo (el fenómeno de la anomia o apatía en el ámbito de la vigencia de los derechos cívicos); flujos migratorios que favorecen el proceso de transculturización y mestizaje; presencia de comunidades extranjeras en el territorio nacional; repliegue hacia identidades y grupos de referencia más reducidos (regionalismo y localismo).

Los modelos tradicionales de la teoría de la nacionalidad: la concepción anglosajona basada en la aceptación de los particularismos sociales y culturales mediante el reconocimiento de la existencia de comunidades distintas (“*comunitarismo*”: Gran Bretaña), o de culturas diversificadas (“*multiculturalismo*”: USA), y la francesa, fundamentada en la integración de esos particularismos en la unidad nacional republicana, se hallan en proceso de transformación.

Y es que la creciente diversificación de los grupos étnicos, de los cultos religiosos, de los estilos de vida, de las percepciones del mundo o sistemas de creencias, de los usos, costumbres y tradiciones, así como la simultánea y paradójica tendencia

6 Chevallier, cit, p. 386.

hacia la estandarización provocada por el proceso de globalización y la influencia del Internet y las redes sociales, plantea serios desafíos a ambos modelos.

El comunitarismo y el multiculturalismo sólo podrán preservarse en la medida en que se logre consolidar una plataforma de “valores comunes” que garanticen la lealtad a la nación⁷. No es suficiente la imposición coactiva de un ordenamiento jurídico independientemente de la diversidad étnica y cultural⁸.

Los dispositivos mediante los cuales las poblaciones extranjeras se integraban progresivamente a la colectividad nacional ya no funcionan con la misma eficacia: los valores

7 Los atentados de Londres de julio de 2005 significaron el final de la tolerancia frente a los ideólogos islamistas radicales.

8 El Derecho adquiere su mayor relevancia en las sociedades multiculturales donde los tradicionales factores de integración de la sociedad nacional: imaginario colectivo, tradiciones, mitos, leyendas, lengua y culto religioso común, pierden toda eficacia en razón de la diversidad cultural y el hiperindividualismo. Y es que no obstante los miembros de determinados grupos compartan la misma cultura, la conciencia de la individualidad, consecuencia del quiebre de la solidaridad comunitaria, impide una integración acrítica al todo social como ocurría en las sociedades premodernas (prehistoria, Antigüedad y Medioevo) en las que sistemas de creencias y prácticas sociales comunitarias se imponían a personas sin posibilidad de asumir su identidad individual (comunidades prehistóricas), o aquellas en las que la ética cívica o ciudadana estaba de tal manera interiorizada que hacía de la comunidad política un bien, un valor y un símbolo superior a la identidad individual (La Polis en Grecia), o en fin en las sociedades teocéntricas de la Antigüedad y el Medioevo caracterizadas por la fuerza integradora de la religión, del culto al Dios Judío-Cristiano y Musulmán. ¿Cómo garantizar el orden público y social en una sociedad de diferentes en la que los factores de integración del pasado perdieron su eficacia? Es entonces cuando el ordenamiento jurídico se constituye en el más fundamental factor de regulación, control, integración y mediación para asegurar que la diversidad cultural y el hiperindividualismo impidan el necesario orden público y social, fundamento de la convivencia pacífica y civilizada. Las normas jurídicas, he allí sus diferencias con la moral, la ética, la religión y las reglas del trato social, deben imponerse a todos con prescindencia de sus creencias políticas y religiosas, etnias, tradiciones y costumbres y estilos de vida.

que conformaban el núcleo cultural de la ciudadanía genérica, o la identificación con la nación, han dejado de ser evidentes; en consecuencia, la aceptación del pluralismo étnico, religioso, cultural (costumbres, tradiciones, culinaria, etc.) se volvió inevitable.

En Europa y USA puede hablarse de una “ciudadanía multicultural” respetuosa del derecho de las minorías. En la sociedad contemporánea la ciudadanía no puede seguir siendo concebida como ese “vínculo estrecho” que supone el rechazo a todo elemento de diferenciación, pues los “valores comunes” sobre los que se organizó la ciudadanía ya no se presentan como excluyentes de otras referencias. Por consiguiente, ser ciudadano no implica el abandono de referencias forjadas en el contexto de colectividades más limitadas (comunidades regionales: caso España), y de nuevas de naturaleza supranacional y supraestatal (la Unión Europea, y la ciudadanía europea).

La diversidad cultural es la norma social que el Derecho recepciona en Europa y USA. En esos ámbitos las sociedades nacionales deben forzosamente tener en cuenta esa diversidad, esforzándose en preservar un mínimo o plataforma básica de valores y referencias comunes.

III. LA CIUDADANÍA PLURIDIMENSIONAL

La extensión de los derechos de la ciudadanía conlleva a la diversificación de las “esferas de una ciudadanía pluridimensional”. La ciudadanía ya no se limitará al campo de la política, dado que los distintos espacios de sociabilidad constituyen otras modalidades de vínculos sociales que forman parte del proceso de integración a la colectividad. *“La ciudadanía política se encuentra así retransmitida por una ciudadanía social más global, sobre la cual se apoya: se trata de consolidar un vínculo cívico*

convertido en dudoso y problemático, enriqueciéndolo de nuevas dimensiones”⁹.

Una de las modalidades de la ciudadanía social global es la denominada “**ciudadanía administrativa**” cuyo núcleo está constituido por las relaciones entre las administraciones públicas y los particulares,- personas naturales y jurídicas, o relación jurídico administrativa. Esta relación se organizó sobre la base de una escisión entre el vínculo general con el Estado por medio de la “ciudadanía política” y el vínculo especial con la Administración Pública por medio de la condición de “administrado”.

En efecto, el individuo, ciudadano en el orden político, fue conceptualizado por las leyes, la praxis y la cultura administrativa hasta bien entrado el Siglo XX como un administrado o sujeto “pasivo” en el orden administrativo. El mismo vocablo “administrado”: sujeto sobre el que se ejercía la acción de administrar, daba cuenta de la ideología imperante en el Estado-administrativo francés, español, italiano, alemán y en América Latina.

Esa relación de sometimiento, herencia de la concepción imperante en las monarquías absolutistas europeas y en los regímenes autoritarios de América Latina, comenzó a modificarse con el desarrollo del “Estado benefactor” originando otros tipos de relaciones. Y así, en condición de “usuario” el administrado se convirtió en beneficiario de la actividad prestacional del Estado: las prestaciones proporcionadas por los servicios públicos; sin embargo, la ausencia de toda posibilidad de debate sobre el contenido de estas prestaciones y las exigencias impuestas por la Administración para su consumo ponían de manifiesto la permanencia del contexto tradicional de sometimiento, es decir, de la supremacía de la autoridad administrativa sobre el particular.

9 Chevallier cit, p. 391.

Una de las facetas del Estado benefactor, particularmente en Venezuela, dada la influencia del populismo, ha sido la del “administrado asistido” o beneficiario de los servicios asistenciales del Estado. El “asistido” es considerado como un débil socio-económico (hiposuficiente), y por ende, débil jurídico requerido de la asistencia estatal (el Estado “asistencial”).

En este periodo del régimen de poder autocalificado como revolucionario y socialista (1999-2015), el asistencialismo, inspirado en el más radical populismo clientelar, se lleva a su máxima expresión con los programas prestacionales denominados “misiones” (Barrio Adentro, Negra Hipólita, Sucre, Vivienda, Mercal, Milagro, y otros), y con la entrega de bienes muebles y hasta de inmuebles en forma gratuita, a los sectores de las barriadas populares (sectores “C “y “D”).

El “asistido” es un mero sujeto de la acción asistencial, en una situación de minusvalía ciudadana incompatible con la idea de una “ciudadanía política activa y emancipadora”. La ideología sobre la que subyace ese asistencialismo prestacional es la de reducir al receptor de esos “beneficios” a la condición de dependiente absoluto de la magnimidad estatal encarnada en la figura del Presidente de la República, para garantizar así la sumisión a su poder.

Desde el año 2013 las misiones se han venido a menos por la carencia de recursos financieros. Para el 2015, con la drástica disminución del precio promedio del barril petrolero venezolano que pasó de más de 100 dólares a 48, el populismo asistencialista se ha esfumado dejando al garete a un grueso sector de la población acostumbrado a recibir sin esfuerzo laboral alguno¹⁰.

10 Tres universidades de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Universidad Simón Bolívar (USB) y Universidad Central de Venezuela (UCV), se unieron para realizar la encuesta “Condiciones de vida de la población venezolana” 2015 que abordó los temas de la situación social, misiones, el empleo y la seguridad ciudadana. Durante la presen-

La distinción, antes apuntada, entre el ciudadano y el administrado tiende a desaparecer con la consolidación de la Doctrina de los Derechos Humanos y su constitucionalización. El reconocimiento y garantías de nuevos derechos al particular en sus relaciones con la Administración: derecho a la información, derecho de petición, derecho a participar en los procedimientos administrativos en calidad de interesado, derecho a la defensa, a alegar y probar, a acceder al expediente de su caso, a ser notificado, a la motivación de los actos de la Administración que incidan en su esfera jurídica, a recurrir de dichos actos, etc., equilibra su posición respecto de la autoridad administrativa, es decir, ya no puede ser calificado como un sujeto

tación de los resultados el investigador y profesor de la UCAB, Luis Pedro España señaló que las **Misiones Sociales** únicamente alcanzan al “10 % de la población”, aseguró que pasaron de la “atención a la exclusión de los sistemas formales” y señaló que nunca fueron “programas para superar la pobreza, sino simples medios para alcanzar aspiraciones” como una vivienda, una entrada de dinero extra, estudios, salud con Barrio Adentro, entre otras cosas. “La prueba de esto es Misión Vivienda, concebida como una suerte de lotería, donde están inscritas 3 millones de personas”. También se reveló que “86% de los hogares venezolanos manifestaron no ser beneficiarios actuales de alguna misión social y 57% de ellos quisieran ser beneficiados de alguna de éstas”. **España explicó que en años anteriores las ayudas sociales “eran un derecho, ahora tienen característica de favor, no logran la independencia de los ciudadanos y ni que se valgan de su propio esfuerzo y alcancen su meta social, es más apoyo político”.** Por otra parte se comprobó que “cuatro de cada 10 venezolanos consideran que las Misiones Sociales son para partidarios del Gobierno”. A su juicio, Venezuela necesitaría una política de desarrollo para la superación de la pobreza. “Se necesita una economía que generen empresas y que estas sean productivas”. **Pobreza crecerá en 2015.** España, aseguró que la pobreza este año crecerá “más, superará el 50%”. Durante su exposición recomendó que las “misiones se canalicen para atender a los hogares más pobres y vulnerables con la caída del ingreso”. Aseveró que “estamos en la misma situación de pobreza de hace 16 años”. Considera que “el escenario 2015 será dramático a nivel social, romperemos todos los records de presión social del año que vivimos en 1989, 1992, 1996 e incluso situaciones similares que vivimos en el paro petrolero”. Señaló que la **inversión social que anuncia el Gobierno este año** “como no está ligada a una política económica de crecimiento tendrá muy poco impacto en el país”. Disponible en <http://www.sociales-venezuela-alcanzan-poblacion-volvieron-excluyentes.html> (negritas mías).

pasivo, sino como titular de una esfera de derechos, garantizados en la propia Constitución y oponibles a esa autoridad.

Con la sanción de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1982), se inició en el país, al menos formalmente, la etapa de la “ciudadanía administrativa”. En la actual Constitución Nacional se garantiza la “ciudadanía administrativa” al prescribirse que *“La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos...”* (Art. 141).

Conforme a ese postulado los ciudadanos tienen derecho a estar informados oportuna y verazmente por la Administración Pública sobre el estado de sus actuaciones en que estén directamente interesados, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos con las expresas limitaciones de ley (Art. 143).

En la “vigente” normativa que regula la organización y funcionamiento de la “Administración Pública”¹¹ se establece que:

“La Administración tendrá como objetivo de su organización y funcionamiento hacer efectivo los principios, valores y normas consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en especial, garantizar a todas las personas, el goce y ejercicio de los derechos humanos”.

Norma absolutamente ineficaz al igual que todas las que garantizan derechos a los ciudadanos en esa y otras leyes y en la Constitución Nacional. En la práctica se ha perdido lo poco que se había avanzado con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y la doctrina reiterada de la extinta Corte Suprema de Justicia (Sala Político-Administrativa) y otros

11 Decreto-Ley N° 1424 de 17 de noviembre de 2014.

tribunales contencioso-administrativos en materia de tutela judicial de los derechos de los ciudadanos frente al Estado-Administración.

Hoy impera el perverso reino del abuso de poder, la arbitrariedad, la desviación de poder, las discriminaciones por razones ideológicas, la llamada “coima” o forzado soborno¹² de funcionarios y toda suerte de corruptelas propios de un régimen de poder violatorio de los principios que conforman las bases axiológicas del Estado de Derecho y de las garantías y derechos ciudadanos formalizados en la Constitución Nacional.

El ciudadano, y no el administrado, ya no debería ser considerado como un sujeto pasivo sino un sujeto activo titular de un conjunto de derechos oponibles a la Administración: derecho de acceso a los bienes producidos por los servicios administrativos, derecho a participar en las actividades administrativas, derecho de vigilancia y fiscalización sobre el funcionamiento de la Administración.

Esta “dimensión cívica” de la relación de los particulares con las administraciones públicas se ha venido incorporando en la normativa de los países de la Unión Europea desde la década de los 90 mediante las llamadas “cartas del ciudadano” y la sustitución en los textos legales de la palabra “administrado” por la de “ciudadano” (Ej. Ley francesa del 12 de abril de 2000 relativa a los “derechos de los ciudadanos en sus relacio-

12 La idea de “forzado soborno” pareciera contradictoria, sin embargo, es un hecho público y notorio que los particulares y empresas para poder obtener decisiones favorables de las “autoridades administrativas” (como también de las “judiciales”) tienen que pagar por ello. Tal vez pudiera hablarse más bien de “extorsión”. “Si no pagas” no te registro el documento, no te autorizo la actividad, etc., aunque se hallan satisfecho los requisitos de ley y se tenga derecho al acto favorable. También “si no pagas” te abro un procedimiento sancionador, etc. Hoy en el contexto de un “narco-estado” que obviamente no es un auténtico Estado, tanto la llamada Administración Pública como los “tribunales” son, sin duda alguna, instancias controladas por la delincuencia política.

nes con las administraciones"). Esa ciudadanía administrativa, señala Chevallier¹³, no puede supeditarse a la condición de la nacionalidad: los derechos reconocidos a la persona frente a la Administración benefician también a los extranjeros, lo que implica una disyunción ciudadanía/nacionalidad.

Cada vez más difusa, la categoría ciudadanía avanza hacia una "ciudadanía plural". La identidad nacional, a partir de la cual se estableció el vínculo entre el individuo y el Estado, ya no tiene en las sociedades contemporáneas (Europa, USA) el valor político, jurídico y simbólico de los siglos XVIII al XX. Más allá del Estado-Nación, se observa un proceso de configuración de nuevos espacios o ámbitos de ciudadanía, cuestionando la potestad exclusiva del poder estatal como dador de identidad. El pluralismo de las identidades dificulta el control de la lealtad al Estado poniendo en riesgo la cohesión política.

La ciudadanía plural en los Estados de la Unión Europea presenta tres tipos de identidades o ciudadanías:

- (a) La clásica del vínculo nacional o nacionalidad del Estado de origen o de adopción;
- (b) La "ciudadanía local", consecuencia del avance del proceso de descentralización, particularmente en Francia, donde las colectividades territoriales locales permanecieron hasta finales de la década de los años 70 como estructuras puramente administrativas sometidas a un estricto "control de tutela" por parte del poder nacional. La evolución que se inició en los años 80 en pro de la reactivación de la política de descentralización con la concesión a las colectividades locales de competencias ampliadas y el reforzamiento del margen de su autonomía, ha propiciado la conformación de las bases normativas de una nueva ciudadanía cuyo objetivo es hacer

13 Chevallier, cit p. 393.

realidad la “democracia local” o “democracia de proximidad”.

“Basada en la voluntad de construir una “República de proximidades” –nos dice Chevallier– la reforma constitucional del 28 de marzo de 2003 se inscribe en la línea directa de esa evolución: los nuevos derechos reconocidos a los habitantes (referéndums para la toma de decisiones, derecho de petición) contribuyen a dar a la ciudadanía local un nuevo alcance”¹⁴.

- (c) La ciudadanía europea o supranacional¹⁵. El advenimiento de la ciudadanía europea ha significado un serio cuestionamiento a la exclusividad de la sujeción de la persona al Estado-Nación. Los contornos difusos de esa “ciudadanía supranacional” la caracterizan como una ciudadanía flexible. Sin embargo, no puede obviarse que dicha ciudadanía pasa por la mediación de los estados miembros de la Unión; por tanto, y de conformidad con el Tratado de Maastricht, la referida ciudadanía tiene una naturaleza subsidiaria, pues no sustituye a las nacionales sino que las complementa.

Al pasar por la previa decisión de los estados que conservan la potestad para definir los criterios de atribución del estatuto

14 Ibíd, p. 395

15 El Parlamento Europeo es la institución que representa a la ciudadanía europea, mientras los ciudadanos son la razón de un proyecto de “democracia ciudadana transnacional”. *El Parlamento Europeo es el representante de los ciudadanos para exponer sus propuestas y reivindicaciones y llevarlas a la práctica. “Lo que se decide en el Parlamento Europeo tiene una consecuencia directa en más del 70% de la política «doméstica», que vivimos cada día. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa este porcentaje es aún mayor. Esto significa que el Parlamento Europeo tiene poder y decide, pero los ciudadanos todavía no conocen esta capacidad de lo europeo en la vida «práctica». Es importante resaltar el doble liderazgo europeo: Parlamento Europeo y ciudadanos”.* Susana del Río Villar, “Democracia europea: participación, comunicación y nuevos recursos en red”, en *Internet y el futuro de la democracia*. Obra colectiva editada por Serge Champeau y Daniel Innerarity (comps). Paidós. España, 2012. p. 85

nacional, la ciudadanía europea genera un efecto de exclusión respecto a los no nacionales comunitarios, privados, en consecuencia, de los derechos asociados a la mencionada ciudadanía supranacional. Como bien expresa Chevallier la ambigüedad de esa ciudadanía: *"...refleja los equívocos de la construcción europea...el problema consiste...en saber si la ciudadanía europea tenderá a sustituir progresivamente a la ciudadanía nacional, si su institución por Maastricht se ha convertido en un primer paso hacia la relajación del vínculo entre el ciudadano y el Estado, o si, al contrario, acabando la evolución en curso de la ciudadanía, tomará características nuevas"*¹⁶.

16 Chevallier, cit, p. 400

LA POTESTAD REVOCATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN POR RAZONES DE ILEGITIMIDAD. ANÁLISIS A LA LUZ DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Luis Eduardo Rey Vázquez

Profesor de Derecho Administrativo - UNNE y UCP

Resumen: El análisis de la potestad revocatoria de la Administración respecto de los actos administrativos ilegítimos, involucra necesariamente la tensión entre dos principios generales del Derecho, con especial gravitación en el Derecho Administrativo, cuales son los principios de legalidad y el de seguridad jurídica.

Palabras clave: Revocación - Administración - Ilegitimidad.

Summary: The analysis of the repeal power of the Administration regarding unlawful adjudications, necessarily involves the tension between two general principles of law, with particular gravity in Administrative Law, which are the principles of legality and legal certainty.

Keywords: Repeal- Revocation - Administration - Illegitimacy.

Recibido: 12 de mayo de 2015 Aceptado: 8 de julio de 2015

SUMARIO

Introducción

- I. El punto de máxima tensión entre los principios de legalidad y seguridad jurídica. El caso de la potestad revocatoria de actos administrativos ilegítimos
 - II. Posibilidad de suspender cuando no se puede revocar
 - III. Revocación y suspensión en tres casos paradigmáticos
- Consideraciones finales

INTRODUCCIÓN

El análisis de la potestad revocatoria de la Administración respecto de los actos administrativos ilegítimos, involucra necesariamente la tensión entre dos principios generales del derecho, con especial gravitación en el Derecho Administrativo, cuales son los principios de legalidad y el de seguridad jurídica.

Previo al ingreso al tema, resulta necesario señalar que todo sistema jurídico está compuesto por normas jurídicas, las que se integran, a su vez, de reglas y principios¹.

1 Alexy, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Revista DOXA* 5, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Valencia, 1988, p. 139 y ss. El autor, refiere que a la pregunta de si existe para todo caso jurídico una única respuesta correcta, que produjera uno de los problemas más discutidos, centralmente por Hart y Dworkin, existen dos posiciones: "...Según la perspectiva positivista, el sistema jurídico es, al menos en lo esencial, un sistema de reglas que se pueden identificar como reglas jurídicas sobre la base de su validez y eficacia. Un tal sistema jurídico es siempre, por diversos motivos, un sistema abierto; sobre todo, por causa de la vaguedad del lenguaje del Derecho, la posibilidad de conflictos entre normas y la existencia de casos no regulados. Sin un caso cae en un espacio vacío del sistema jurídico que no puede tampoco ser llenado en forma intersubjetivamente obligatoria con ayuda de la metodología jurídica, entonces por definición el juez no está vinculado por el sistema jurídico. Debe decidir por medio de fundamentos extrajurídicos. Su situación se asemeja a la del legislador. En este caso no se puede hablar de una única respuesta correcta ya dada por el sistema jurídico, que sólo cabe reconocer". Dworkin contrapone a este modelo de reglas del sistema jurídico un

En tal sentido, siguiendo la posición de autores como Alexy o Dworkin, entiendo que el Sistema Jurídico está compuesto por normas, y estas son comprensivas tanto de reglas como de principios².

Pero no obstante revestir ambos la categoría de norma jurídica, presentan diferencias bastante importantes, las que han hecho que durante mucho tiempo, los principios fueran identificados con los que derivan de la razón natural, más no como integrantes del ordenamiento jurídico.

Estas diferencias están dadas, en primer lugar, por la “generalidad” de los principios, frente a la mayor “especificación” de las reglas³.

modelo de principios. Según el modelo de principios, el sistema jurídico está compuesto, además de por reglas, de un modo esencial, por principios jurídicos. Los principios jurídicos deben permitir que también exista una única respuesta correcta en los casos en que las reglas no determinan una única respuesta correcta. La única respuesta correcta o verdadera sería así la que mejor pueda justificarse a través de una teoría substantiva que contenga aquellos principios y ponderaciones de principios que mejor se correspondan con la constitución, las reglas de Derecho y los precedentes...”.

- 2 Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “Sobre Principios Y Reglas”, *Revista DOXA* 10, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Valencia, 1991, p. 101 y ss.
- 3 “Dworkin –Citado por Alexy, en “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica” cit, p. 141–, emplea dos argumentos. El primero dice que las reglas son aplicables en forma todo-o-nada (*all-or-nothing-fashion*), pero en cambio los principios no. Si se da el supuesto de hecho de una regla, existen sólo dos posibilidades. O la regla es válida, y entonces deben aceptarse las consecuencias jurídicas, o no es válida, y entonces no cuenta para nada la decisión. En cambio, los principios, aún cuando según su formulación sean aplicables al caso, no determinan necesariamente la decisión, sino que solamente proporcionan razones que hablan a favor de una u otra decisión. El segundo argumento, vinculado con el anterior, hace valer que los principios tienen una dimensión que las reglas no exhiben, es decir, una dimensión de peso (*dimension of weight*) que se muestra en las colisiones entre principios. Si colisionan dos principios, se da un valor decisorio al principio que en caso de colisión tenga un peso relativamente mayor, sin que por ello quede invalidado el principio con el peso relativamente menor. En otros contextos, el peso podría estar repartido de

También se señala que en caso de existir “contradicción entre dos reglas” del sistema, y a fin de mantener su coherencia, la solución se logra expulsando o invalidando una de las reglas; en cambio, cuando de principios se trata, se habla no de contradicción, sino de “tensión”, que no determina la validez universal de un principio respecto de otro, sino que a través de una “ponderación”, se determinará en cada caso concreto qué principio ha de prevalecer, por corresponderle un peso relativamente mayor ⁴.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) ha hecho aplicación de tales conceptos en el caso “*Gualtieri Rugnone de Prieto*”⁵, expresando en el Voto de la Mayoría lo siguiente:

“18) La identificación precisa de los derechos en conflicto efectuada en los considerandos anteriores, conforma un campo de tensión que obliga a adoptar una decisión basada en la razonable ponderación de principios jurídicos. Toda decisión judicial debe comenzar mediante la delimitación de los hechos y su subsunción en la norma jurídica aplicable. La prioridad argumentativa de la deducción se basa en que si existe una regla válida para solucionar el caso, esta debe aplicarse, ya que de lo contrario se dictaría una sen-

manera opuesta. En cambio, en un conflicto entre reglas que sucede, por ejemplo, cuando una regla manda algo y otra prohíbe lo mismo, sin que una regla establezca una excepción para la otra, al menos una debe ser siempre inválida...”

- 4 Sobre el punto, puede abundarse en la obra de Aleinikoff, Alexander, *El Derecho Constitucional en la era de la Ponderación*, Traducción de Jimena Aliaga Gamarra, Palestra Editores, Lima, 2010; en el ámbito del Derecho Administrativo, puede verse Rodríguez De Santiago, José Ma., *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000. Dicho autor ha sido citado –entre otros– por el Juez Petracchi en su Voto en la causa “Thomas, Enrique c. E.N.A.”, CSJN, del 15-06-2010, Considerando 10º, 3er. Párrafo, Nota 1.
- 5 CSJN, 11-08-2009; Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años -causa nº 46/85 A- G. 1015. XXXVIII; RHE; Fallos 332:1835.

tencia “contra legem”. En el presente caso, delimitados los hechos y el derecho conforme surge de los considerandos anteriores, no es posible deducir de ellos la solución de la controversia porque surge un campo de tensión entre derechos de rango similar. El conflicto ocurre cuando la plena satisfacción de un derecho conduce a la lesión de otro igualmente protegido. Como se ha señalado, es lo que ocurre en el caso, puesto que si se hace lugar a la búsqueda de la verdad perseguida por la familia biológica, se lesiona la autonomía personal de quien se niega a la extracción de sangre. Por esta razón es que la dogmática deductiva no brinda soluciones y debe recurrirse a la ponderación de principios jurídicos. Los principios son normas que constituyen mandatos para la realización de un valor o un bien jurídicamente protegido en la mayor medida posible. Cuando un principio colisiona con otro de igual rango, la solución no es excluir uno desplazando al otro, sino ponderar el peso de cada uno en el caso concreto, buscando una solución armónica”⁶.

6 Por su parte, haciendo aplicación estricta del principio de razonabilidad, ha dicho en su Voto en disidencia el Dr. Maqueda:

“16) Que nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional reflejan la orientación liberal garantizadora que debe imperar en un estado de derecho democrático para resolver los conflictos entre la autoridad y los individuos y de éstos entre sí, y en ese sentido el Estado debe respetar, garantizar y fomentar los derechos de las personas siendo éste su fin esencial. Con el propósito de cumplir con ese mandato, esta Corte entiende que el derecho a la intimidad -tutelado por el artículo 19 de la norma fundamental- también debe ponderarse tanto a la luz de los diversos derechos reconocidos por el texto constitucional, como en relación a la facultades estatales de restringir el ejercicio de tal derecho, en un marco razonable, para la necesaria eficacia en la persecución del crimen (Fallos: 326:3758, considerando 26, disidencia parcial del juez Maqueda). En definitiva, se sostiene, que es deber de este Tribunal, como custodio de los derechos y garantías constitucionales, intentar una composición, a fin de lograr un equilibrio justo entre los intereses en juego”. “17) Que el balance entre los intereses de toda persona a no sufrir invasiones a su privacidad y el interés estatal en la persecución penal debe incluir una necesaria ponderación de los instrumentos escogidos y los fines hacia los que se dirige la específica medida de coerción dispuesta en la causa. A dichos efectos corresponde tamizar la medida por los filtros de necesidad, adecuación y proporcionalidad...”.

Se ha señalado entonces, que el núcleo de la diferencia entre reglas y principios, es que las primeras son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida pueden ser sólo cumplidas o incumplidas. En cambio, los principios son normas que ordenan que se realice algo en la medida de lo posible, fáctica y jurídicamente, siendo por ello mandatos de optimización. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario⁷.

Sin embargo, la mayor indeterminación de los principios respecto de las reglas, no parece ser una razón suficiente como para fundar una distinción en función del grado, puesto que también en las reglas, la indeterminación está presente en menor medida. Si a ello sumamos que la “vaguedad semántica” predicada de los principios, también es inherente a las reglas, podemos concluir en la identidad de ambos, alojados bajo el seno de la noción de “norma jurídica”.

Sobre el punto, véanse entre otros, Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las Leyes*. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina, 2ª Edición actualizada, 2ª Reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2002; Cianciardo, Juan, *El Principio De Razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de razonabilidad*, 2ª Edición actualizada y ampliada, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2009; Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel, *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo. Un análisis jurídico desde el Derecho Español*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007; Bernal Pulido, Carlos, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª Edición, Madrid, 2007.

7 Alexy, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, ob. cit, p. 143. Agrega este autor, en la p. 144, que: “... Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Lo importante por ello no es si la manera de actuar a que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados. Hay por tanto distintos grados de cumplimiento. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla...”.

I. EL PUNTO DE MÁXIMA TENSIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA. EL CASO DE LA POTESTAD REVOCATORIA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS ILEGÍTIMOS

Cuando del ejercicio de la potestad revocatoria de la Administración se trata, se esgrime que ésta actúa en resguardo del interés público comprometido en la vigencia del principio de legalidad o juridicidad, quebrada merced al dictado de un acto administrativo nulo en contravención a las normas imperativas aplicables, ejercitando así una potestad que en forma reglada se estatuye como “deber” a la autoridad administrativa⁸.

Se ha invocado incluso el principio de “confianza legítima”⁹ como límite a la potestad invalidatoria de actos administrativos firmes de la Administración¹⁰, por sí y ante sí, cuando se hubieren generado derechos subjetivos en cumplimiento. En el

8 CSJN, 17-12-2013. A. 212. XLVII. “AFIP - DGI s/ solicita revocación de acto administrativo - acción de lesividad contencioso administrativo”. Se sostuvo allí: “... Al respecto corresponde recordar que la acción de lesividad prevista en el art. 17 in fine de la ley de procedimientos administrativos tiene por objeto esencial el establecimiento del imperio de la juridicidad vulnerada por un acto viciado de nulidad absoluta pero que, por haber generado prestaciones que están en vías de cumplimiento, su subsistencia y efectos sólo pueden enervarse mediante una declaración judicial en tal sentido (Fallos: 314:322, entre otros)...”.

9 Al citado principio lo he analizado en Rey Vázquez, Luis Eduardo, “El principio de confianza legítima. su posible gravitación en el derecho administrativo argentino”, publicada en el *Anuario da Faculdade de Direito Da Universidade da Coruña* N° 17, 2013, ISSN: 1138-039X, pp. 259-282.

10 Al respecto, García Macho, Ricardo, expresa que “...El principio general de la confianza legítima juega también un rol considerable cuando se plantea la revocación de los actos administrativos irregulares, que han creado una situación favorable para el interesado. La doctrina y jurisprudencia tradicionales establecieron que no planteaba dificultades la revocación de estos actos administrativos. Lo único que planteaba cierta discusión era si la revocación se realizaba con efectos *ex nunc* o bien *ex tunc*. La base de la revocación de estos actos era la infracción del principio de legalidad de la Administración, señalando como referente de la tesis tradicional a E. FORSTHOFF: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, München, 1973, pág. 260 y sigs.” (“Contenido y Límites del principio de la confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Revista*

supuesto, casualmente se invoca como fundamento la seguridad jurídica, además de la observancia estricta del principio de legalidad o juridicidad, que impide a la Administración mantener subsistente un acto gravemente viciado, del cual no podrán nacer –por ello– derechos subjetivos en cabeza del particular.

Tal atribución, no obstante, se ve restringida en los supuestos en los que del acto viciado hubiesen nacido derechos subjetivos, en cuyo caso la invalidación deberá procurarse en sede judicial¹¹.

Conectando lo expuesto con el principio de confianza legítima, que anida en el principio de “seguridad jurídica”, se ha fundamentado para rechazarlo que no podría nunca ser invocado cuando se halle en juego el principio de legalidad, puesto que nadie podría invocar ignorancia de las normas jurídicas para hacer prevalecer la confianza generada por un proceder calificado de ilegal¹².

Española de Derecho Administrativo, N° 56, octubre-diciembre de 1987, Civitas, Madrid, p. 557).

11 La pretensión judicial de nulidad del acto administrativo irrevocable en sede administrativa puede plantearse por la Administración por vía de acción (de lesividad), o también como reconvencción o defensa de fondo. Al respecto, CSJN, 23/4/91, “Furlotti Setien Hnos. S.A. v. Instituto Nacional de Vitivinicultura”, Fallos 314:322; LL 1991-E-238, Considerando 11°) del Voto de la Mayoría.

Por vía de reconvencción, CSJN, 17/02/1998, S 1713 XXXII; “S.A. Organización Coordinadora Argentina c/ Secretaría de Inteligencia de Estado”, Fallos 321:174, “...El contrato de prórroga fijando un precio máximo que significaba un incremento del 858% era irregular y, por tanto, susceptible de ser revocado, sin que obste a ello que se estuviese cumpliendo ya que, además de declararlo lesivo en su propia sede, la administración solicitó la declaración judicial de nulidad pertinente por vía de reconvencción...”.

12 En tal sentido, Coviello expresa –citando a Calmes, Sylvia, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, París, 2001, p. 265 y sigs. y nota 196– respecto del principio de confianza legítima, que: “... con el principio de legalidad no puede existir enfrentamiento o contradicción, porque la confianza legítima se da en el marco de la legalidad y no fuera de ella, de modo que el peligro de que la protección de la confianza legítima se constituya en un elemento perturbador de la unidad y armonía del ordenamiento jurídico por oponerse al principio de

En tal sentido, se ha dicho que:

“En el conflicto que se suscita entre la legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica derivada de la misma, tiene primacía esta última por aplicación de un principio que, aunque no extraño a los que informan nuestro Ordenamiento Jurídico, ya ha sido recogido implícitamente por esta Sala, que ahora enjuicia, en su Sentencia de 28 de febrero de 1989 y reproducida después en su última de enero de 1990, y cuyo principio, si bien fue acuñado en el Ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania, ha sido asumido por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de las que forma parte España, y que consiste en el “principio de protección de la confianza legítima” que ha de ser aplicado, no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego – interés individual e interés general –, la revocación o la dejación sin efectos del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar derivados de unos gastos o inversiones que sólo pueden serle restituidos con graves perjuicios para su patrimonio, al no ser todos ellos de simple naturaleza económica” (Sentencia de 1 de febrero de 1990, Sala 3.a, Sección 3.a, Ar. 1258)¹³.

la legalidad, pierde virtualidad en la medida que se entienda, insisto, que concebir una protección semejante fuera del orden jurídico constituiría un contrasentido lógico...” (Coviello, Pedro J. J., “Contrato administrativo y confianza legítima”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 348, Ediciones RAP, Buenos Aires, p. 303). En su tesis doctoral, (*La protección de la confianza del administrado. Derecho argentino y derecho comparado*, LexisNexis – Abeledo – Perrot, 2004, p. 460), expresó que la protección de la confianza alcanza a los comportamientos ilegales.

- 13 *Revista de Administración Pública* N° 125, Mayo-Agosto 1991, Sección Notas Contencioso Administrativo En General, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 425.

El error de quienes se oponen, radica en no tener en cuenta que no se puede predicar en abstracto, de modo absoluto, el predominio del valor legalidad respecto del valor seguridad, puesto que en caso de tensión, el principio de confianza legítima, ajustado a sus estrictos contornos, seguramente relativizará el aparente predominio del valor legalidad, pues no es posible una contradicción entre ellos, sino una tensión¹⁴. Además, es de destacar que ambos derivan de la concepción del Estado de Derecho.

En aquellos casos que, por aplicación del principio de confianza legítima, prime el valor seguridad por sobre el de legalidad, seguramente observaremos que el caso merece una solución que implicará, bien desplazar una regla, bien hacer prevalecer un principio¹⁵.

Analizaré primeramente “el caso” en la materia, donde la CSJN forjara en su día, de modo pretoriano, los contornos de lo que se dio en llamar la “cosa juzgada administrativa”¹⁶.

14 Al respecto, Maurer, Hartmut, *Introducción Al Derecho Administrativo Alemán*, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2008, p. 56, dentro del capítulo III titulado “El principio de la protección de la confianza en el derecho público”, expresa que “...El principio de protección a la confianza se sitúa en una relación de tensión entre estabilidad y flexibilidad. A pesar de que propende por la estabilidad, no obstante, debe ceder siempre a las exigencias de la flexibilidad...”.

15 Expresa Valbuena Hernández, Gabriel, que: “En la práctica, el principio de confianza legítima ha sido utilizado para proteger determinadas situaciones jurídicas surgidas al margen del ordenamiento jurídico, ante la necesidad de amparar las expectativas plausibles y justificadas propiciadas o promovidas por el propio Estado. Por esa vía, se ha reconocido la intangibilidad de determinados beneficios, favores o ventajas otorgados contra legem y cuya tutela, si bien genera encendidas controversias, se inspira en el interés de mantener la fiabilidad de la palabra empeñada por las autoridades y en el propósito de evitar la defraudación intempestiva de la confianza generada, todo lo cual es compatible con la filosofía del Estado social de derecho...” (*La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 216).

16 Sobre el instituto, véanse entre otros Linares, Juan Francisco, *Cosa Juzgada Administrativa en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*, Editorial

1. El caso “Carman de Cantón”¹⁷

Los hechos de la causa¹⁸ son los siguientes: Elena Carman de Cantón promovió una acción contencioso administrativa contra un decreto del Poder Ejecutivo Nacional del año 1933, el cual dispuso dejar sin efecto la jubilación otorgada a su marido el doctor Eliseo Cantón, con fundamento en que existieron errores de hecho en el cómputo de los servicios prestados en su condición de Decano y Profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires.

En el año 1912, el doctor Cantón solicitó su jubilación ante la Caja respectiva la cual, previo a los trámites de rigor, declaró acreditados los requisitos pertinentes, acordándole la jubilación ordinaria el 7 de febrero de 1913, la que resultó finalmente aprobada por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional de fecha 28 de febrero de 1913.

Al comprobarse errores de hecho en el cómputo de los servicios y sin valorar los elementos que había aportado el doctor Cantón cuando en una oportunidad anterior pretendió revisarse su jubilación y pese a la opinión contraria de la Caja y del Procurador General de la Nación, el Poder Ejecutivo declaró procedente la revisión de la jubilación y mediante decreto de fecha 20 de junio de 1933 dejó sin efecto el Decreto dictado veinte años antes y mandó formular cargo por las sumas percibidas por el beneficiario.

Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1946; Comadira, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio del acto administrativo. La denominada “Cosa Juzgada Administrativa”*, 2ª Edición actualizada, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998.

17 CSJN, 14/08/1936, “Carman de Cantón, Elena c. Estado Nacional”, Fallos 175:368.

18 Sigo aquí en la exposición efectuada por CASSAGNE, Juan Carlos, “El fallo “Carman de Cantón”: Un hito fundamental en la consolidación de las vertientes garantísticas del derecho administrativo argentino”, *LA LEY* 2002-B, 19.

O sea que la viuda del doctor Cantón, que había gozado en forma pacífica de su jubilación durante dieciocho años, se encontró de pronto no sólo sin derecho a la pensión que había solicitado sino frente a la obligación de tener que restituir las sumas percibidas anteriormente por el causante.

Ello motivó que la actora promoviera una acción contencioso administrativa de nulidad contra el Decreto que había revocado la referida jubilación, sosteniendo el carácter irrevivable e irrevocable del derecho jubilatorio que había gozado durante tantos años el doctor Eliseo Cantón. Así, el fundamento central de su pretensión se basó en la configuración de la llamada “cosa juzgada administrativa”.

La Corte Suprema hizo lugar a la demanda de la actora declarando *“que Elena Carman de Cantón tiene derecho a la pensión que le corresponde como esposa del doctor Eliseo Cantón y según los términos de la jubilación de que éste gozó en vida de acuerdo con el decreto de febrero 7 de 1913, cuya pensión le debe ser abonada desde el día del fallecimiento de su esposo”*.

En cuanto a los fundamentos, la Corte se planteó que correspondía averiguar si en las Leyes, en la doctrina o en la jurisprudencia -judicial o administrativa- existían fundamentos para la revisión y revocación del decreto que reconoció al doctor Eliseo Cantón el derecho a su jubilación en febrero 28 de 1913, por defectos o errores de hecho anotados en 1927 y declarados en junio 20 de 1933, o si, como sostuvo la actora, el acto administrativo de 1913 *“era irrevivable e irrevocable por el mismo poder que lo otorgó y a cuyo amparo se hizo efectivo el derecho jubilatorio del que gozó durante 18 años el doctor Cantón”*. (Considerando 2°).

A partir de ese primer considerando nuestro Alto Tribunal pasa a exponer los argumentos que fundan la decisión contraria al ejercicio de la potestad revocatoria de la Administración, expresando que *“no existe ningún precepto de ley que declare*

inestables, revisibles, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando los derechos nacidos o consolidados a su amparo a merced del arbitrio o del diferente criterio de las autoridades...”

Fue, pues, en este precedente – expresa Cassagne –, donde se postuló por primera vez el principio de la estabilidad o irrevocabilidad de cierta clase de actos administrativos y siempre que se dieran las características que a continuación pasaremos a enumerar:

- 1º) que se trate de actos dictados en ejercicio de facultades regladas que hubieran dado lugar al nacimiento de derechos subjetivos (Considerandos 4º, 5º y 6º);
- 2º) que no exista una ley que autorice la revocación de esta clase de actos en sede administrativa;
- 3º) dichos actos, cuando sean regulares y causen estado, generan una situación de cosa juzgada administrativa que impide su revocación por parte de la Administración Pública (Considerando 5º). El concepto de acto regular, que se define como aquel “que reúne las condiciones esenciales de validez (forma y competencia)” constituye también otra innovación en la jurisprudencia de la Corte, que toma directamente de la obra de Félix Sarría, catedrático de la Universidad de Córdoba;
- 4º) el acto que contiene un vicio de error en el cómputo de los servicios de una jubilación se considera regular y la acción para demandar su invalidez prescribe a los dos años (art. 4030 del Cód. Civil) afirmándose que la prescripción constituye una institución de orden público que, como tal, es irrenunciable;
- 5º) se extienden, en definitiva, los efectos de la cosa juzgada judicial a los actos jurisdiccionales administrativos,

entre los cuales la Corte ubica al del Poder Ejecutivo que otorga una jubilación o pensión. Aunque, como luego veremos, la calificación del Alto Tribunal no era compatible con el sistema del derecho público argentino, lo cierto es que en la evolución posterior alcanzó a proyectarse a la mayor parte de los actos regulares dictados en ejercicio de funciones materialmente administrativas.

Si para la época –como apunta Cassagne– supuso una novedad, lo cierto es que con la consagración del instituto en las normas de procedimiento administrativo, su referencia ha quedado como un hito histórico, y la jurisprudencia de la Corte ha sido zigzagueante luego como veremos seguidamente¹⁹.

2. El caso del nombramiento o promoción ilegítimos de empleados públicos

Analizaré el caso respecto de la revocación de actos administrativos que deciden la designación de un agente público en

19 No puedo dejar de advertir el sustrato similar existente entre el caso “Carman de Cantón”, con el caso de la “Viuda de Berlín” del 14/11/56 del tribunal administrativo superior de Berlín, citado por Coviello, Pedro, José Jorge, (“La Confianza Legítima”, E.D. 177-894), y con el caso “Coughlan” de la Corte de Apelación Británica, que refiere Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel, (“El principio de confianza legítima en el derecho inglés: la evolución que continúa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 114/2002, Estudios, Civitas, Madrid, abril 2002, p. 233), que consagra el principio de confianza legítima «sustantiva» como principio general del *Administrative Law*, y se eleva el *standard* de control de razonabilidad utilizado tradicionalmente por los Tribunales. También ha sido comentado por Craig, Paul; Shonberg, Soren, “*Substantive Legitimate Expectations After Coughlan*”, *Public Law*, 2000 *Sweet & Maxwell Limited and Contributors* (P.L. 2000, WIN, 684-701), Nota al Case: R. v. North and East Devon HA Ex p. Coughlan [2000] 2 W.L.R. 622 (CA).

Pero en el nuestro, encontró –y encontraría actualmente– solución mediante institutos autóctonos, sin necesidad de acudir al principio de confianza legítima, más allá de compartir idéntica raíz en punto al Estado de Derecho, la Legalidad y la Seguridad Jurídica.

un cargo, o bien su promoción en una categoría superior, sin que concurran los requisitos esenciales para ello.

A. El ejercicio de la potestad revocatoria y la cesantía

En tal sentido, debemos distinguir el supuesto del ejercicio de la potestad revocatoria de la Administración, revocando por nulos los actos administrativos gravemente viciados, con el instituto de la cesantía como sanción disciplinaria.

Así, cesante sólo puede quedar quien pertenecía a la planta de personal legítimamente; quien no lo estuvo sino de manera irregular, y revocado que fuere el acto de designación, no puede “técnicamente” ser calificado como cesantía. Por la diametral diferencia entre “cesantía” y “revocación de acto nulo” de designación irregular, entiendo que resulta improcedente intentar derivar derechos de lo ilegal²⁰.

La doctrina se ha expedido al respecto. Así, Mercado Luna²¹, al referirse a las causas extintivas menos frecuentes, en el punto²⁰ “Revocación y Rescisión”, expresa:

20 Tempranamente, ha dicho la Suprema Corte de Santa Fe que: “El nombramiento efectuado en violación de las disposiciones de la Ordenanza de Estabilidad y Escalafón de la Municipalidad de Santa Fe, no confiere derecho subjetivo a la conservación del cargo (CS Santa Fe, abril 17-964.- Antonucci, Juan c. Municipalidad de Santa Fe), p. 88 (LL, 116, pág. 105, sum. 8).

También ha dicho que: “La estabilidad del empleado público requiere entre otros presupuestos la legitimidad de su nombramiento, extremo que no se cumple cuando el mismo se efectúa contraviniendo disposiciones legales sobre incompatibilidad (Voto del doctor Larguía. Adhirió el doctor Barraguirre). (CS Santa Fe, marzo 13-964. – Chort, Rodolfo A. c. Provincia de Santa Fe), p. 410 (LL, 116, pág. 106, sum. 12).

Igualmente sostuvo que: “No importa sanción disciplinaria la cesantía del agente dispuesta en razón de la ilegitimidad del acto de nombramiento; en consecuencia, no es menester seguir el procedimiento estatutario previsto para la aplicación de esas medidas (CS Santa Fe, abril 17-964. – Antonucci, Juan c. Municipalidad de Santa Fe), p. 88 (LL, 116, pág. 106, sum. 14).

21 Mercado Luna, Ricardo, *Estabilidad del Empleado Público*, Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 70.

“Constituyendo el nombramiento un acto administrativo, nada obsta en principio la decisión de revocarlo, sólo que ésta debe fundarse en razones de legalidad. Así, si el nombramiento se efectuó violando normas vigentes en la Administración, el acto naturalmente se encontrará viciado dando lugar, en consecuencia, a la revocación...” “... conviene diferenciarla de la cesantía que puede fundarse en faltas disciplinarias, en tanto que la revocación solamente en circunstancias directamente relacionadas con la designación que afectan su validez”.

Y agrega:

“... En conclusión, la revocación del nombramiento sólo afecta la estabilidad cuando se adopta alegando razones de conveniencia y oportunidad que en el fondo envuelven una motivación arbitraria de separación de funciones. En cambio, cuando la revocación se produce durante el período de prueba resulta legítima; de igual manera que en los supuestos de nombramientos hechos en contravención con las prescripciones legales. En este último sentido algunos fallos han decidido que “la revocación por carecer de uno de los requisitos para el ejercicio del cargo (en el caso, título profesional habilitante) no es una medida disciplinaria que requiera instrucción de sumario”. “También se ha declarado procedente la revocación del nombramiento cuando el agente no ha cumplido con las condiciones o exigencias y aún con los compromisos asumidos formalmente ante la Administración”.

En tal sentido, la Ley Marco de Empleo Público vigente en el orden federal, N° 25.164²², prescribe en su artículo 6° que “Las designaciones efectuadas en violación a lo dispuesto en los artículos 4° y 5° o de cualquier otra norma vigente, *podrán ser declaradas nulas, cualquiera sea el tiempo transcurrido, sin per-*

22 Boletín Oficial del 08-oct-1999.

juicio de la validez de los actos y de las prestaciones cumplidas durante el ejercicio de sus funciones”.

Por su parte, Diez²³ cuando se refiere al concurso para el ingreso a la función pública, expresa que: “... Mientras que en la empresa privada, para elegir aspirantes que deben desempeñar funciones en la misma, se tiene libertad de adoptar cualquier criterio y cualquier medio para su determinación, en los entes públicos debe recurrirse al sistema de concurso...”. Agrega en su p. 518, citando a Jèze, que: “... Establecido por la reglamentación que el nombramiento debe hacerse por concurso, la omisión de realizarlo vicia de invalidez el acto...”.

Luego, cuando explica las causales de extinción de la relación funcional por actos de los órganos competentes, “1) Actos de la administración”, expresa como inciso a) Cesantía o exoneración... (p. 683), y luego en la p. 685 y ss., ubica como supuesto totalmente diferente en el inciso b) Revocación:

“... Si el nombramiento del funcionario se hizo violando normas legales, el acto estaría viciado. En esta hipótesis, si la administración comprueba con posterioridad la ilegalidad del acto, corresponde la revocación de la designación, eliminando así el acto irregular que es contrario a derecho. Por supuesto, la revocación de un nombramiento por razones de ilegalidad o de ilegitimidad es un acto completamente distinto de la cesantía. La revocación se funda en circunstancias directamente relacionadas con la designación, que afectan su validez, mientras que la cesantía se decreta por hechos funcionales posteriores e independientes del nombramiento considerado en si mismo... La revocación corresponde efectuarla al órgano competente para hacer la designación...”.

23 Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Tomo III, 2ª Edición, Plus Ultra, Buenos Aires, 1979, p. 516.

El correlato es que quien ha sido designado por un acto viciado, es lo que la doctrina ha denominado un “funcionario de facto”.

Apunta Diez²⁴ que “la diferencia fundamental entre el funcionario *de facto* y el funcionario *de iure* radica en el título originario. Mientras que el *de iure* lo tiene de la Constitución escrita o de la ley, el *de facto* lo posee irregularmente o sea con vicio. El carácter de facto surge de haberse prescindido o violado el procedimiento legal previsto para el acceso al cargo o de existir una irregularidad de investidura²⁵”. Continúa el autor de la siguiente manera:

“En cuanto al funcionario de facto, es aquel que no siendo de iure está en posesión y ejercicio de una función pública²⁶. Es el que en ciertas condiciones de hecho ocupa la función, ejerce la competencia y realiza el acto como consecuencia de una investidura irregular. La investidura irregular puede serlo desde el origen si se hubiera producido como conse-

24 Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, cit., p. 696.

25 Cita el autor que la Corte Suprema estableció que los funcionarios o magistrados dotados de una investidura irregular, dentro de ciertas condiciones son magistrados o funcionarios de facto, sea que la irregularidad provenga de vicios atribuibles al nombramiento o la elección, sea que resulte del incumplimiento del requisito constitucional o legal de juramento impuesto como previo al desempeño de la función (Fallos 244:321). Asimismo, la CSJN se expidió sobre el tópico en fecha 23/05/2007 en la causa “Rosza, Carlos A. y otro s/rec. de casación” (Fallos 330:2361), donde luego de declarar la inconstitucionalidad del Régimen de Subrogaciones aprobado por la resolución 76/2004 del Consejo de la Magistratura, consideró no obstante válidas tanto las actuaciones cumplidas por el suplente como los nombramientos realizados en virtud de aquél.

26 Citando a De la Vallina Velarde (“Sobre el concepto de funcionario de hecho”, en *Revista de Administración Pública* N° 29, p. 115 y sig.), define al funcionario de hecho como aquel que ejerciendo las funciones públicas propias de un cargo público, le falta un requisito fundamental para hacer de él un funcionario de jure. Dice que es funcionario de hecho aquella persona física que con un nombramiento aparentemente regular y, sin embargo, jurídicamente nulo, o la que en circunstancias excepcionales, aún faltando esto, ejerza de buena fe las funciones de un cargo público de manera efectiva, exclusiva, pública, pacífica y continuada.

cuencia de un nombramiento o elección irregular o puede referirse al supuesto de una investidura que ha cesado...”.

Expone como características del funcionario de facto:

“a) El desempeño anormal de un cargo público, ya sea por su ingreso irregular en un cargo legalmente creado, ya por permanencia en un cargo creado en forma legal más allá del término normal de su desempeño; b) El desempeño plausible del cargo, es decir la quieta y pacífica posesión del mismo por su aparente legalidad para el público y sus superiores, o por el beneplácito con que la colectividad ve que el funcionario lo desempeña”.

Al analizar los distintos supuestos en que se presenta un funcionario de facto, expresa Diez²⁷ lo siguiente:

“... e) Funcionarios bajo apariencia de una elección o nombramiento conocidos pero que han omitido cumplir con las formalidades que exige la ley. f) Funcionarios bajo apariencia de una elección o nombramiento irregular...”.

Precisamente –agrega– *“la apariencia de legitimidad es la que distingue al funcionario de facto de un usurpador...”*²⁸.

Entre los derechos de los funcionarios de facto, apunta Diez²⁹ que sólo podrían aspirar al cobro de los sueldos por el período de desempeño, pero nunca invocando como título el nombramiento irregular, sino por aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa, lo que obviamente no les asigna derecho a la reincorporación luego del cese dispuesto por revocación de su designación³⁰.

27 Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, cit, p. 699 y ss.

28 Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, cit, p. 704.

29 Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, cit, p. 710 y ss.

30 Una interesante comparación entre el funcionario de facto y el pretor romano, vinculados con el principio de confianza legítima, efectúa Fabrè,

Con lo expuesto, quiero evidenciar que no está en juego la garantía de estabilidad en el empleo, pues esta sólo es predicable de quienes ingresaron conforme a derecho en condiciones de igualdad con otros potenciales aspirantes (art. 16 C.N.).

Analizando la Ley que rige el empleo público en la Provincia de Corrientes, la Ley 4.067, en su Capítulo VI, prescribe los recaudos de “Admisibilidad de ingreso”³¹, y establece que “Pre-

María Carolina, “Funcionarios de facto: de roma a nuestros días. Los casos Barbario Filipo y Rosza”, en *UNLP 2008-38*, p. 558. Allí expresa la autora que: “...en los caso del esclavo-pretor y en el de los jueces subrogantes, en tanto sus actuaciones no deben ser atribuidas a las personas que ocupan tales cargos, sino a los órganos que ellos integran, es en definitiva el Estado (poder público) el que con su accionar (pretor y jueces subrogantes solucionando conflictos) evidencia una línea de actuación que lo compromete frente al resto de la sociedad, que posee la expectativa legítima de que las decisiones tomadas por los mencionados funcionarios mantendrán su valor a pesar de la irregularidad (desconocida para los sujetos pasivos de las actuaciones de los agentes públicos) acaecida en sus designaciones. “La confianza legítima, en su dimensión subjetiva, se presentaría como una forma de flexibilizar la legalidad objetiva con ocasión del examen de los casos particulares... Se presentaría así la confianza legítima como un principio que permite interpretar, modelar o conferir, en los casos concretos, las reglas de derecho objetivo”. Esta última cita permite explicar por qué los actos de los funcionarios de facto se consideran válidos a pesar de la irregularidad en la designación o nombramiento, pues si bien la lógica del derecho objetivo indicaría que el vicio en la designación del Pretor-esclavo o del juez subrogante debe traer como consecuencia la nulidad de lo actuado por éstos, a la luz del principio de confianza legítima esa lógica resulta torcida para validar tales actuaciones en pos de la seguridad jurídica, la buena fe y la equidad”.

31 Expresa en su Art. 18: “Son requisitos para la admisibilidad en la Administración pública provincial:

- a) Ser argentino nativo, por opción o naturalizado con la excepción establecida por el segundo párrafo del art. 24 de la Constitución de la Provincia, respecto a extranjeros.
- b) Tener dieciocho años como mínimo y sesenta años de edad como máximo; salvo cuando por razones de servicios debidamente fundadas lo justifique, podrá designarse fuera de los límites mencionados con autoridad del Poder Ejecutivo.
- c) No ser infractor a disposiciones vigentes sobre leyes electorales enrolamiento y servicio militar, salvo rehabilitación legal.
- d) Poseer aptitud psicofísica para la función o cargo a desempeñar.
- e) Poseer buena conducta.

via a la designación, el interesado deberá presentar en tiempo y forma que determine esta ley y su reglamentación, los documentos y certificaciones que corresponda, sin las que no se podrá dictar instrumento de designación” (art. 19), remarcando que “El personal que ingrese como permanente lo hará en los niveles escalafonarios establecidos en la presente ley, cuyo ingreso se realizará conforme a lo dispuesto en esta ley y su reglamentación” (art. 21), agregando rotundamente que “No se podrá designar nombrar o contratar a agentes sin que previamente existan vacantes y/o partidas presupuestarias disponibles” (art. 22).

Las consecuencias de la inobservancia de los recaudos para el ingreso se encuentran previstas en el art. 20 del Estatuto, que prescribe categóricamente que:

“Las designaciones efectuadas en violación a lo dispuesto en los arts. 18, 19 y 24 de esta ley o cualquier otra norma vigente podrán ser declaradas nulas, en cualquier momento”. La Reglamentación agrega en su artículo homónimo que: “Corresponde a la autoridad que dispuso la designación, sin perjuicio del derecho de avocación por la autoridad superior, declarar su nulidad cuando fuese efectuada en violación a lo dispuesto por los arts. 18, 19 y 24 de la ley o de cualquier otra norma vigente”³².

En punto a la relevancia del procedimiento de concurso exigido en las normas aplicables al caso como modo de acreditar la idoneidad para ocupar empleos o cargos públicos, el Alto

f) Cumplir los requisitos particulares que para cada grupo ocupacional establezca el régimen escalafonario pertinente.

g) Acreditar domicilio real en la provincia de Corrientes”.

32 A ello deberá sumarse al ingreso por los niveles previstos en el escalafón, en un cargo vacante y contando con partida presupuestaria (prevista además en el art. 20 de la Ley 5.571), debe efectuarse previo concurso de antecedentes y oposición, previsto en el articulado del Estatuto en sus distintos niveles (art. 215 y ss., 233 inc. e), 265), y cuya inobservancia torna operativo lo establecido en el art. 20 referenciado, cuando refiere a “cualquier otra norma vigente”.

Tribunal³³, remitiéndose por mayoría a lo Dictaminado por el Procurador General, expresó que “... *al disponer el llamado a concurso para cubrir una vacante, coadyuva a garantizar la condición de idoneidad para ocupar empleos o cargos públicos, principio de rango constitucional consagrado en el art. 16*”, remitiendo asimismo al precedente de Fallos 321:703.

Comentando la norma análoga del art. 9º de la Ley N° 22.140 de empleo público nacional –ya derogada–, Guillermo Pose expresó que “... *queda claramente establecida la facultad de la Administración Pública para declarar por sí y ante sí la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se hubieran efectuado designaciones de personal contraviniendo el régimen legal establecido, “cualquiera sea el tiempo transcurrido”... No se distingue entre actos nulos y anulables, comprendiendo por tanto a ambos, es decir, cualquiera sea la gravedad del vicio puede ser dejada sin efecto la designación, quedando implícitamente sin aplicación las normas que sobre revocación de actos contiene la Ley 19.549, de procedimientos administrativos, modificada por la ley 21.686, en sus arts. 17 y 18...*”³⁴.

En idéntico sentido se expresó Belisario J. Hernández, quien comentando la misma norma legal, expresara bajo el título “IV. Revocación de nombramientos nulos por violatorios a las disposiciones de los arts. 7º y 8º del Régimen Jurídico”, que:

“...En muchas oportunidades en la Administración pública se han presentado casos de designaciones de personas que no contaban con los requisito de idoneidad “*lato sensu*” exigidos por las normas vigentes o bien que se encuadraban en alguna de las prohibiciones para el ingreso. Trátase de los llamados nombramientos nulos. La solución se hallaba en

33 CSJN, 08-05-2007, O. 656. XL. Recurso De Hecho “Olavarria y Aguinaga Jesús María c/ Administración Federal de Ingresos Públicos”, Fallos 330:2180.

34 Pose, Guillermo, *Régimen jurídico de la función pública*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 46.

la revocación del correspondiente acto administrativo. Pero en tales casos y con posterioridad a la vigencia de la Ley de Procedimientos Administrativos y en especial a partir de la reforma de su art. 17, la Administración encontró una valla insalvable en el citado art. 17 que obliga a iniciar un verdadero proceso o acción de lesividad dirigido a obtener la anulación judicial del acto de designación por ser irrevocable en sede administrativa cuando se dan los requisitos impuestos por la aludida disposición legal. El problema de marras encuentra solución en lo estatuido por el art. 9° del Régimen Jurídico, al disponer que “Las designaciones efectuadas en violación a lo dispuesto en los arts. 7° y 8°, o a cualquier otra norma vigente, podrán ser declaradas nulas, cualquiera sea el tiempo transcurrido” y por supuesto, “sin perjuicio de la validez de los actos y de las prestaciones cumplidas durante el ejercicio de las funciones...”. Obvio es destacar, que en la materia de que trata este art. 9° torna inaplicable lo dispuesto por el art. 17 de la Ley de Procedimientos Administrativos”³⁵.

Ello significa que, por aplicación del principio *lex specialis derogat generalis*, es que la norma del art. 20° de la Ley 4.067 desplaza, por su especialidad, a las normas que de manera general regulan lo relativo a la revocación de actos administrativos (Arts. 175 a 184 de la Ley 3460 de Procedimientos Administrativos).

La interpretación se ve respaldada por lo que decidiera el Alto Tribunal en un caso análogo, cuando dijera que: “*A fin de resolver si procede la revocación en sede administrativa del acto afectado de nulidad no basta considerar el art. 17 de la ley 19.549, que es de carácter general -regulador del acto administrativo como género- sino que es menester su relación con normas de carácter particular que establecen el régimen aplicable a una especie de actos administra-*

35 Hernández, Belisario J., “Algunos aspectos del régimen jurídico básico de la función pública”, en *ADLA 1980-A*, p. 21.

tivos y que, por su carácter particular deben prevalecer sobre el citado art. 17”³⁶.

Idéntico temperamento sostuvo la CSJN en materia jubilaria, al expresar que: “... El Art. 15 de la ley 24.241 constituye una excepción a lo dispuesto por el Art. 17 de la Ley de Procedimientos Administrativos, en tanto amplía las facultades de la administración en materia de revisión de sus propios actos e indica que sólo es procedente cuando exista una nulidad absoluta y manifiesta que resulte de hechos probados, como únicos presupuestos que habilitan la vía para anular un acto...”³⁷.

Aún así, la norma en cuestión no contradice, antes bien, reafirma el criterio mentado por las Leyes generales de procedimiento administrativo sobre esta cuestión³⁸, por caso, la Ley 3460 de Corrientes prevé que podría válidamente el Poder Eje-

36 CSJN, S. 142/87. “Cabanas, Ramón s/ regularización del pago del haber”. 23/02/88. Fallos 311:160.

37 CSJN -06/02/2004, B. 826. XXXVII- “Bruzesi, Nazareno c/ ANSeS s/ cargo contra beneficiario”. Fallos 327:30. Allí no obstante se declaró nula la actuación administrativa, por violación del derecho de defensa del administrado, en base a las siguientes consideraciones: “La ANSeS no podía invocar genéricamente la existencia de un “error de cómputo de servicios en relación de dependencia”, sino que debía indicar expresamente en qué consistía dicha equivocación, por lo que la referida omisión resta fundamento válido a la resolución revocatoria y produce una violación al derecho de defensa del administrado...” “la declaración de voluntad que se expresa en un acto administrativo aparece como un conjunto de formalidades que no han respetado en debida forma el derecho de defensa, pues lo manifestado por el beneficiario al momento de formular su descargo, en el sentido de que no se le permitió tomar vista de las actuaciones y de que el empleado que lo atendió se limitó a hacerle entrega de fotocopias del trámite, no ha merecido refutación por parte de la ANSeS y pone de manifiesto que existió la irregularidad de procedimiento invocada...” “Ello es así pues la demandada no ha posibilitado al apelante ejercer en plenitud su derecho a ser oído y producir prueba en su descargo, como tampoco ha podido hacer valer todos los medios conducentes a su defensa de conformidad con las leyes de procedimiento administrativo, por lo que resulta claro que se ha lesionado el debido proceso adjetivo.”

38 No obstante, existiendo normas especiales que regulan el punto, resulta improcedente la aplicación supletoria de la Ley general de procedimientos administrativos.

cutivo por sí y ante sí dejar sin efecto y declarar nulos los actos dictados en contravención a las normas, y que el art. 184 de dicha ley estatuye como “deber”, como facultad “reglada”, dado que no obstante haberse generado prestaciones, exceptúa – y por ende restituye la potestad en cabeza del Ejecutivo – cuando el particular conocía el vicio.

Así lo ha entendido, entre otros, García Pullés³⁹, a la hora de interpretar similares preceptos de la ley nacional 19.549, y no obstante que en ese ámbito se habla de que se hubiesen comenzado a generar derechos subjetivos, y que no está prevista de modo expreso la aplicación de las excepciones del acto anulable al acto nulo, como sí lo está en la norma provincial.

No obstante, la aplicación de las excepciones del acto anulable al acto nulo en el orden federal, ha sido sostenida por la CSJN en la causa “Almagro”⁴⁰, cuando entendiera lo siguiente: *“...5º) Que una interpretación armónica de los preceptos citados conduce a sostener que las excepciones a la regla de la estabilidad en sede administrativa del acto regular previstas en el art. 18 -entre ellas, el conocimiento del vicio por el interesado- son igualmente aplicables al supuesto contemplado en el art. 17, parte 1a. De lo contrario, el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de mayor estabilidad que el regular, lo cual no constituye una solución razonable ni valiosa. Una inte-*

39 García Pullés, Fernando (Director), “Régimen de Empleo Público”, en *La Administración Nacional*, Serie de Legislación Comentada, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 114 y ss.

40 CSJN, 17/02/1998. A-1136.XXXII-R.H. “Almagro, Gabriela y otra c/ Universidad Nacional de Córdoba”, Fallos 321:169, ED 178:676, en esta última con Nota a fallo de Diez, Horacio Pedro, “El conocimiento del vicio por el administrado y la revocación del acto viciado de nulidad absoluta. La interpretación de la corte suprema de justicia de la nación en el caso ‘almagro’”. Se trataba casualmente de un supuesto de designación irregular, donde las agentes de la planta de personal no docente de la Universidad Nacional de esa ciudad interpusieron recurso directo -previsto en el art. 32 de la ley 24.521 -, contra la resolución N° 374/95 por la que el consejo superior había dejado sin efecto la designación de aquéllas, y que fuera declarada nula por la Cámara Federal de Córdoba, luego revocada por la CSJN.

ligencia meramente literal y aislada de las normas antes indicadas llevaría a la conclusión de que habría más rigor para revocar un acto nulo que uno regular cuya situación es considerada por la ley como menos grave...”.

La alternativa más conservadora sería la que establece que no pudiendo ser revocado el acto en sede administrativa por haber generado derechos subjetivos, aún derivados de un acto nulo, es promoviendo la acción de lesividad para revocar su designación⁴¹. Especialmente, ello procederá cuando existan dudas fundadas acerca de si el beneficiario del acto nulo conocía el vicio que lo afectaba, obrando con un grado de prudencia que dependerá del grado de formación que posea la persona⁴².

No obstante, García Luengo ha señalado la falacia que supone la exigencia de la acción de lesividad, a la que se atribuye un carácter garantista, lo que en realidad constituye un espejismo, pues lo que se consigue con la generalización de aquélla es disminuir la eficacia de la labor de la Administración sin que el ciudadano mejore su situación ya que se verá inmerso en un costoso y largo pleito a cuyo final puede ver cómo los beneficios derivados del acto le son arrebatados con efecto retroactivo⁴³.

En el ámbito del Poder Judicial, merece destacarse lo resuelto en el caso “Peña Onganía”⁴⁴, en el cual se rechazó la demanda deducida por un agente del Poder Judicial contra la

41 Se ha insinuado que ello constituye un excesivo rigorismo formal (Disidencia de los Dres. Guillermo A. F. López y Adolfo Roberto Vázquez). (CSJN, 17/09/96. B. 544. XXIV. “Benítez, Eduardo Alcides c/ Municipalidad de Concepción del Uruguay”. Fallos 319:2005).

42 Veremos luego que el estándar difiere entre el simple ciudadano y el comerciante calificado, calidad que invisten quienes contratan con la administración en vínculos distintos al empleo público.

43 García Luengo, Javier, *El Principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 260 a 262.

44 C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4ª, 26-03-2009, “Peña Onganía, Matías G. v. Estado Nacional - Ministerio de Justicia”, Consid. VII, último párrafo. (JA / Jurisprudencia Anotada, 26 de mayo de 2010).

resolución de la Corte Suprema que revocó el anterior acto de la Dirección de Administración Financiera que había reconocido el derecho a que en la bonificación por antigüedad le sean computados los años que se desempeñó en el Colegio Militar de la Nación, dado que ese acto fue ilegítimo por tener un grave error de derecho al no encontrar sustento en la normativa que resulta aplicable -la resolución del Ministerio de Defensa 186, que establece que no son computables como años de servicio-; razón por la que se sostuvo que:

“... debe concluirse que podía ser revocado en sede administrativa, en tanto que aun suponiendo que no se trataba de un vicio manifiesto que pudo no ser conocido por el actor, y estando demostrado claramente, incluso en esta instancia judicial, que el actor no tenía derecho al cómputo pretendido, declarar la ilegitimidad de la resolución de revocación del primitivo reconocimiento por la omisión en iniciar la correspondiente acción de lesividad sería apegarnos a un criterio formalista que no conllevaría beneficio alguno para el actor más que postergar la resolución final del conflicto suscitado ...”.

En otros casos, se convalidó la potestad revocatoria con fundamento en que el acto no había generado aún derechos subjetivos⁴⁵.

Al respecto, se expresó lo siguiente:

“... El acto administrativo notificado al agente dado de baja por el cual se había ordenado la cancelación de su crédito indemnizatorio conforme a una determinada liquidación,

45 La Ley Federal de Procedimientos Administrativos 19.549, prescribe en su Artículo 17 “El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y *hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo*, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad”.-

la cual luego fue revocada por la Administración por contener un vicio grave en su causa legal al haber omitido considerar la base de cálculo prevista en el art. 17 del decreto 1226/89, no generó derechos subjetivos a favor del actor que se hubieren estado cumpliendo, en la medida en que la deuda todavía no había sido cancelada, siendo el requerimiento de pago suscripto por el actor insuficiente a tales efectos..."⁴⁶.

La Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante PTN) ha sostenido que, pese a afectarse derechos subjetivos, corresponde revocar el acto nulo de nulidad absoluta cuando el particular conocía el vicio, situación en la que la revocación opera como una sanción a la mala fe del particular⁴⁷. En otros casos, ha dicho que la circunstancia de que el interesado pudo no haber obrado de mala fe, no impide la revocación del acto administrativo, ya que sólo basta para que esta medida proceda que el beneficiario hubiera tenido conocimiento del vicio⁴⁸.

46 CN. Fed. Contencioso administrativo, Sala II, 14/03/2006. Gordillo, Jorge H. "c. Administración Nac. de la Seguridad Social", *La Ley* 2007-b, p. 452, con nota de Susana E. Vega - *La Ley* 2008-A, p. 35, con nota de Fernanda Crespo.

En idéntico temperamento, se pronunció la CSJN fecha 08/09/2003, causa "Miragaya, Marcelo Horacio c. Comité Federal de Radiodifusión s/ amparo -ley 16.986" (M.530.XXXVII), Fallos 326:3316- [EDA, 2003-315], al expresar que "...La revocación de licencia de radiodifusión dispuesta por la resolución se ajustó a lo dispuesto en el art. 17 de la ley 19.549 y no violó los límites del acto irregular en sede administrativa impuestos por aquélla, pues aun cuando se juzgare que dicho acto se encontraba firme, al momento en que se dispuso la revocación no había generado derechos subjetivos que se estuvieran cumpliendo, ya que la autoridad competente no había todavía dispuesto la fecha de comienzo de las transmisiones".

47 Cita a Hutchinson, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Tomo I, p. 373) (Dictámenes 233:240; 235:326).

48 PTN, Dictámenes 237:512. Acerca de las distintas doctrinas elaboradas sobre el particular, puede verse el artículo de Comadira, Julio Pablo, "¿Cuándo el particular "conoce el vicio" del acto administrativo? A propósito del artículo 18 de la LNPA", *ElDial.com*, Suplemento de Derecho Administrativo, 19.11.2002.

En el asesoramiento señalado en el párrafo precedente, invocando doctrina de la CSJN, se expresó que *“la estabilidad del acto administrativo cede ante errores manifiestos de hecho o de derecho que van más allá de lo opinable, caso en el cual no pueden hacerse valer derechos adquiridos, ni cosa juzgada, ni la estabilidad de los actos administrativos firmes y consentidos, toda vez que la juridicidad debe prevalecer por sobre la seguridad precaria de los actos administrativos que presentan vicios graves y patentes, manifiestos e indiscutibles, y que, por ello, ofenden el interés colectivo primario”* (conf. Fallos 265:349).

La CSJN ha expresado, además del ya citado caso “Almagro”, que *“la revocación en sede administrativa de los actos nulos de nulidad absoluta tiene suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones la juridicidad comprometida por ese tipo de actos que, por esa razón, carecen de la estabilidad propia de los actos regulares y no pueden válidamente generar derechos subjetivos frente al orden público y a la necesidad de vigencia de la legalidad”*⁴⁹.

Con un criterio similar, expresó el Organismo asesor que, desde el momento que en nuestro derecho la ley se presume conocida, si el acto se encuentra afectado de un vicio que conlleva su nulidad absoluta, la Administración debe revocarlo ya que se encuentra en juego el interés público, que está por encima del interés del particular⁵⁰.

Por su parte, la Subsecretaría de la Gestión Pública dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros, órgano rector en materia de empleo público nacional, apoyándose en dictámenes de la PTN, ha expresado que: *“La omisión del cumplimiento del sistema de selección no se subsana con el paso del tiempo y, a su vez, dicha circunstancia es plenamente conocida por los agen-*

49 CSJN, 23-4-91, “Furlotti Setien Hnos. S.A. c/ Instituto Nacional de Vitivinicultura”, LL 1991-E: 238, Fallos 312:322; v., en igual sentido, CSJN, 9-6-87, “Budano R. c/ Facultad de Arquitectura”, LL 1987-E:191, Fallos 310:1.

50 PTN, Dictámenes 236:91; 265:349.

tes así designados: quienes transitoriamente se ven beneficiados con designaciones directas y sin oposición de otros aspirantes conocen, pues lo impone la ley, que carecen del derecho a los beneficios que la Carrera consagra para el personal permanente. Es que el voluntario sometimiento a un régimen jurídico sin reservas expresas, comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su ulterior impugnación con base constitucional” (cfr. PTN Dict. 202:151; 233:94, 400 y 408)⁵¹.

Resulta concordante la jurisprudencia de la Suprema Corte Bonaerense, de conformidad a los criterios que, en materia de empleo público, ha venido sosteniendo a lo largo del tiempo⁵².

Allí, en el Punto 1.3. Nombramiento irregular, se expresa:

“Del modo que se tratara, básicamente, el derecho a la estabilidad del agente en su empleo se vincula al de la carrera administrativa. En dicha télesis los nombramientos efectuados en transgresión a las normas estatutarias que rigen la relación de empleo, como cuando el ingreso no se produce en una categoría correspondiente a la clase inicial –que involucre a la función a cubrir o cuando se efectúa directamente en un cargo jerárquico–, se denominan “irregulares” y, por tanto, no confieren el derecho a permanecer en el cargo. Así pueden ser dejados sin efecto por la sola comprobación en el acto de designación de dicho vicio (B.52.049 “Ghedin”, sent. 10-06-97). La autoridad administrativa se encuentra facultada a anular sus propios actos cuando se hubieren dictado contra legem (Art. 117, Ley N° 7.647; B.51.891 “Grabois”, sent. 03-03-92).

Por lo tanto la irregularidad en el acto de nombramiento torna legítimo aquel otro por el cual se dispone la cesantía del

51 Dictamen de la Oficina Nacional de Empleo Público N° 1332/06 del 28-03-2006.

52 Condensados en artículo publicado en la Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires, titulado “El ingreso, la carrera y la extinción de la relación de empleo público. análisis de fallos relevantes de la suprema corte de justicia de la provincia de buenos aire” (1ª Parte) (RAP BA, N° 5, p. 17 y ss.).

agente designado en virtud del acto irregular. Dicha circunstancia no resulta violatoria del derecho a la estabilidad del empleado, como se señalara, pues la garantía que sólo ampara a las designaciones efectuadas conforme a la carrera administrativa (B.49.724 “Requejo”, sent. 16-06-87; B.49.764 “Serrantes” sent. 05-04-88; B.52.270 “Martínez”, sent. 13-02-96; B.49.776 “De Lillo”, sent.23-06-87).

Derivado de tales premisas, puede apuntarse que no existe infracción a la garantía apuntada cuando, no obstante el transcurso del plazo de seis meses en el ejercicio de la función, el agente no ingresó en el plantel permanente de personal (B.56.138 “Moya”, sent. 29-08-01). Ello por cuanto la irregularidad de la designación impide al accionante adquirir ese status, resultado del incumplimiento de la norma estatutaria que rige el ingreso de los agentes a sus respectivos cargos. Por lo tanto no pueden invocarse derechos subjetivos al amparo de la idoneidad personal. Ello así porque la adquisición de los derechos resulta del proceso impuesto por la normativa aplicable para tales menesteres (B.51.891, cit.)“...”, entre ellos, agrego, el ingreso por la categoría inicial, mediante un riguroso concurso de antecedentes y oposición.

En sentido concordante, otros tribunales han decidido que:

“Resulta legítima la actividad revocatoria de la Municipalidad que dejó sin efecto la resolución por la cual se incluyó al actor como personal de la planta permanente sin que haya participado en concurso o evaluación alguna, dado que aquella designación conlleva un vicio que determina su nulidad absoluta, pues, fue dictada en violación a lo dispuesto por la ley 643 de la Provincia de La Pampa”⁵³.

53 Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, sala A(STLaPampa)(SalaA), 28/02/2006: “Balda, Néstor A. c. Municipalidad de Macachín”, LLPatagonia 2006 (junio), 377).

Merece igualmente destacarse el caso fallado por el Superior Tribunal de Tierra del Fuego en la causa “Miño”⁵⁴, en el cual sostuviera que:

“... la designación directa no otorga derecho a la estabilidad en el cargo pues trasunta un obrar del Estado contrario al procedimiento instituido por el plexo normativo, lo cual lleva a recordar el principio de legalidad que necesaria e ineludiblemente debe guiar el proceder del Estado”. Agregó que en punto a la irregular designación del actor, que se deriva de su oposición al régimen jurídico vigente, (...) “el mantenimiento de las irregulares designaciones de otros agentes, no puede conducir a la repetición de igual práctica respecto al actor pues implicaría su lisa y llana convalidación”.

Sobre la prevalencia del “Principio de Legalidad”⁵⁵, estimó que “...debe prevalecer el principio de legalidad en el desempeño de los órganos del Estado”, pues “la acogida de la presente acción tornaría ilusoria la doctrina de este tribunal varias veces reseñada, que sentó como inexcusable compromiso del Estado el cese de una práctica contraria a la ley, cuya paradójal validez reclama el actor”.

54 STJ, Prov. Tierra del Fuego, “Miño, José Cristian c/ Poder Ejecutivo Provincial s/ Sumarísimo”, del 2 de octubre de 2009, publicado en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 382, Julio 2010, Ediciones RAP, Buenos Aires, p. 93, con nota de Sánchez Caparrós, Mariana, “El cumplimiento de los requisitos para el ingreso a la administración y para el otorgamiento de ascensos como condición para la adquisición de la estabilidad propia o absoluta. A propósito de la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego en los autos Miño, José Cristian c/ Poder Ejecutivo Provincial s/ Sumarísimo”.

55 Abundó sobre el principio de legalidad expresando que “constituye el axioma sobre el cual se edifican y tutelan los derechos esenciales del ciudadano a partir de la sujeción de la premisa menor a la mayor. Esa es la manera de salvaguardar los derechos individuales y sociales de los intereses del poder cuyo ejercicio merece el necesario control jurídico. En ello reside el juego de mutuos controles y de “pesos y contrapesos” inherente a la forma republicana de gobierno”.

Puntualizó respecto de “la doctrina de los propios actos”, que

“La regla venire contra factum proprium nulli conceditur no juega igual respecto de la conducta del Estado que del comportamiento de particulares [...]. Si contra la Administración no rige la prohibición de alegar la propia torpeza, ya que salvo disposición en contrario debe revocar o demandar la anulación de sus actos viciados, menos aún cabe impedirle que, al advertir las graves deficiencias de su obrar en algunos casos, las corrija razonablemente en otros semejantes”.

Precisamente, una de las prerrogativas formidables con que cuenta la Administración Pública en nuestro país y en el derecho comparado, es la de poder alegar su propia torpeza, es decir, volver sobre sus propios actos cuando estos son ilegítimos⁵⁶, pues las potestades otorgadas a los órganos estatales los son en aras al bien común, y es ese interés de la comunidad el que ha validado el otorgamiento de tales prerrogativas. Bien podría entonces actuar como celosa guardiana de las formalidades – recordamos que impuestas por normas imperativas, no disponibles por ningún funcionario de turno –, volviendo contra los actos palmariamente ilegítimos, respecto de los cuales ningún ciudadano pudo haber abrigado expectativas “legítimas” de un comportamiento futuro.

Tampoco cabe hablar de vulneración de la seguridad jurídica, pues precisamente, fue este principio el que gravita necesariamente para disponer la nulidad de los actos gravemente viciados.

Respecto a ambas cuestiones, sostuvo la PTN que: “La teoría de los actos propios no puede ser, en el caso, invocada en contra

56 El punto he analizado en Rey Vázquez, Luis Eduardo, “La doctrina de los actos propios y el Derecho Administrativo”, publicado en la *Revista de Derecho Administrativo* N° 89, Septiembre/Octubre 2013, Editorial Abeledo-Perrot, ISSN 1851-0590, pp. 1535/1561.

de la Administración, pues la conducta anterior no ha sido válida y plenamente eficaz, en tanto se trata de un acto que no ha emanado de un órgano competente”.

Y que

“El principio de seguridad jurídica no puede ser invocado para sustentar la ilegitimidad de la revocación del acta de acuerdo sub examine, pues justamente la necesidad de preservar la seguridad jurídica alterada fue lo que condujo a la Administración a revocar el acto nulo de nulidad absoluta oportunamente analizado” 57.

Finalmente, y en punto a la potestad revocatoria de designaciones irregulares ante la inobservancia del recaudo del concurso para el ingreso, resulta relevante traer a colación lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba en el caso “Masuero”⁵⁸, donde sentó las siguientes reglas: “El procedimiento de selección por concurso de los empleados públicos es un elemento de juridicidad, que condiciona la validez del acto de nombramiento y la posibilidad de ingreso en calidad de personal de planta permanente (art. 17 de la Constitución Provincial). En otras palabras, es un elemento constitutivo del derecho a la estabilidad amparado por el artículo 23 inciso 13 de la Constitución Provincial, en concordancia con los artículos 14 bis y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Por ello, la naturaleza precaria de una designación en planta permanente que no observa la legislación vigente, es inhábil para generar por sí derechos adquiridos, salvo en lo que se refiera a la retribución por los servicios efectivamente prestados e ingresados al patrimonio de cada agente”.

57 PTN, 23 de Enero de 2001, EDA, 01, p. 00J11286.

58 STJ de Cordoba - Sala Contencioso Administrativa - 15/04/2014, Sent. N° 16 - “Masuero, Paola Daniela C/ Municipalidad De Malagueño - Plena Jurisdicción - Recurso Directo” (Expte. N° 1774680) - en *ElDial.com*, Edición Córdoba, 06-06-2014.

También efectuó las diferencias entre lo aquí resuelto y el precedente “Madorrán”⁵⁹ de la CSJN, diciendo que: *“La doctrina del precedente “Madorrán” no es aplicable al caso de autos donde la actora no incorporó a su patrimonio el referido derecho a la estabilidad, ya que el acto de designación en planta permanente estaba condicionado en su validez, a la observancia del procedimiento previo y regular de selección por concurso, lo que ha quedado de manera incontrovertida que no se verificó respecto del Decreto 176/07 de nombramiento, por lo que su ulterior revocación deviene legítima. Mientras en “Madorrán” la actora era titular del derecho a la estabilidad por un acto de designación legítimo, en autos, precisamente, lo debatido es el carácter irregular de la designación en planta permanente dispuesta por el Decreto 176/07 que al no haberse llevado adelante el procedimiento de selección por concurso, no tiene aptitud jurídica para conferir en propiedad el derecho a la estabilidad y, la nulidad absoluta podía ser declarada de oficio por la Administración, tal como lo hizo mediante el dictado del Decreto Número 007/08. En “Madorrán” la Corte analizó si la norma que sometía a la actora a un régimen de inestabilidad laboral resultaba compatible o no con la estabilidad del empleado público, que prescribe el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, concluyendo en sentido adverso a la validez constitucional de la normativa del convenio colectivo de trabajo. En cambio, en el sub examine, los artículos 174 de la Constitución Provincial y 17 de la Carta Orgánica Municipal armonizan con el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, al establecer las condiciones esenciales previas que debe satisfacer un acto de designación para conferir en propiedad el derecho a la estabilidad”*.

La propia CSJN en el citado caso “Madorrán” dejó claramente establecido que lo allí resuelto no resulta predicable sin más a cualquier tipo de agentes públicos y en cualquier ámbito.

59 CSJN, 03-05-2007, “Madorrán, Marta C. c. Administración Nac. de Aduanas”, Fallos 330:1989. Allí sostuvo la Corte que la estabilidad propia reconocida al empleado público por el art. 14 bis de la Constitución Nacional significa el derecho a no ser segregado de su empleo sin invocación de una causa justificada y razonable, acreditada justamente en el procedimiento tendiente a hacer efectiva su responsabilidad disciplinaria. Pero eso en caso de designaciones legítimas.

En tal sentido, Considerando 10º), segundo párrafo del Voto de la Mayoría expresó:

“... En cuanto al primer aspecto, debe señalarse, por un lado, que considerar el derecho a la estabilidad de relativo, tal como ocurre con otros derechos constitucionales, tiene como finalidad esclarecer su contenido en términos generales, a fin de advertir que éste no comprende, sin más, todo supuesto de separación del agente de su cargo. De no ser esto así, debería entenderse, vgr., que el art. 14 bis protege incluso a los agentes que fueran objeto de dicha medida por causas razonables y justificadas de incumplimiento de sus deberes, conclusión sin duda insostenible (v. Fallos: 270:69, 72, considerando 3º, y 275:544, 547, considerando 10). A ello se suma, por el otro, que tampoco resulta dudoso que del carácter antes señalado no se sigue, necesariamente, que el art. 14 bis excluya la estabilidad propia. La norma, en suma, hace acepción de situaciones y circunstancias, que el intérprete deberá desentrañar en cada caso, y sobre las cuales no corresponde que esta Corte se pronuncie pues, como órgano jurisdiccional, su cometido debe circunscribirse a resolver la precisa contienda llevada ante sus estrados...”⁶⁰.

Una modulación reciente se ha dado en la jurisprudencia del Alto Tribunal, al revocar una sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco que había convalidado una Ordenanza municipal por la que se anularon en sede administrativas designaciones de agentes en planta per-

60 De manera más contundente aún, en el voto de la señora vicepresidenta doctora doña Elena I. Highton de Nolasco y del señor Ministro doctor don Juan Carlos Maqueda, Considerando 10) expresó la Corte: “... Que, no obstante lo señalado, es preciso destacar que lo aquí resuelto no resulta aplicable sin más a todos los empleados de la Administración Pública Nacional. La solución de cada caso está condicionada por la naturaleza de la vinculación del empleado con la Administración y requiere, en consecuencia, el *examen de la forma de incorporación del agente*, de la normativa aplicable y de la conducta desarrollada por las partes durante la vinculación...”.

manente sin previo concurso, considerando que en el caso no aparecía como una exigencia clara la obligatoriedad del referido procedimiento para el ingreso a los cargos.

Así, en el caso “Kek”⁶¹, recordó:

“... 6º) Que esta Corte tiene dicho que los actos administrativos firmes, que provienen de autoridad competente, llenan todos los requisitos de forma y se han expedido sin grave error de derecho, no pueden ser anulados por la autoridad que los dictó si generaron derechos subjetivos que se incorporaron al patrimonio de sus destinatarios (Fallos: 175:368; 285:195; 308:601; 310:1045; 327:5356, entre muchos otros). También ha señalado el Tribunal que este es un principio “de vital significancia, que tiene su base constitucional en la garantía de la propiedad (artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional) y a cuyo través se consolida uno de los pilares del ordenamiento jurídico, cual es la seguridad” (Fallos: 310:1045 y 327:5356)...”.

A renglón seguido, expresó:

“...7º)” Que, de todas maneras, la regla no es absoluta, como tampoco son absolutos los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución Nacional (artículos 14 y 28 de la Carta Magna). En este sentido, la Corte ha manifestado reiteradamente que la estabilidad de los actos administrativos cede cuando la decisión revocada carece de las condiciones esenciales de validez por hallarse afectada de vicios graves y ostensibles en su forma, competencia o contenido; fue dictada sobre la base de presupuestos fácticos manifiestamente irregulares, reconocidos o fehacientemente comprobados; o, en otras palabras, fue dictada a raíz de un error grave de derecho (Fallos: 258:299; 265:349; 285:195; 316:3157; 327:5356, entre muchos otros). En estos casos, la facultad

61 CSJN, 25-03-2015, “Kek, Sergio Leonardo y otros e/ Municipalidad de Coronel Du Graty”, CSJ 35/2013 (49-K)/CS1.

revocatoria encuentra justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad, comprometida por aquellos actos administrativos irregulares (Fallos: 314:322, considerando 70 y sus citas)..."

No obstante, luego de señalar que el Superior Tribunal de Justicia provincial interpretó y aplicó mal la doctrina de la CSJN, al no tener en cuenta que "... 8º) ... *que el principio general es el de la estabilidad de los actos administrativos y no el de "restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad"*. Tal como lo dijo esta Corte, "*no existe ningún precepto de la ley que declare inestables, revisibles, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando los derechos nacidos o consolidados a su amparo a merced del arbitrio o del diferente criterio de las autoridades, cuyo personal sufre mutaciones frecuentes por ministerio constitucional, legal o ejecutivo*" (Fallos: 175:368). Lo expuesto implica que la excepción - la facultad revocatoria de la administración ante la existencia de "un error grave de derecho"- debe interpretarse en forma restrictiva. De otro modo, se frustraría la finalidad de la regla, cual es la de proteger la propiedad y la seguridad jurídica (Fallos: 175:368 y 327:5356)..."

En el caso, sostuvo la Corte que no se encuentra probado que la ordenanza 375/03 exhiba vicios "graves y ostensibles", en los términos de la jurisprudencia de esta Corte, pues "...la norma reúne todos los requisitos esenciales de forma y competencia que hacen a sus condiciones validez (doctrina de Fallos: 175:368). A su vez, en cuanto a su contenido, no puede afirmarse que el acto haya sido dictado con "grave error de derecho".

En efecto, tuvo en cuenta el Alto Tribunal que "... Por un lado, la exigencia de concurso para acceder a este tipo de cargos no surge con claridad de las normas que rigen el ingreso a la administración comunal...", y además, salvo una agente que tuvo cuatro años de antigüedad, los restantes empleados se habían desempeñado en planta transitoria durante más de ocho años...", por lo que estima que "... la ordenanza 375/03 tuvo la intención de cumplir con la manda cons-

titucional del artículo 14 bis de la Constitución Nacional teniendo en cuenta que, según el criterio adoptado por esta Corte en Fallos: 333:311 ("Ramos"), la conducta de la municipalidad podría haber generado en los actores una legítima expectativa de permanencia laboral, merecedora de la protección contra la ruptura discrecional del vínculo por parte de la administración...", por lo que no pudo revocarse en sede administrativa el acto de designación (Considerandos 8° a 10°).

Con lo resuelto en el caso, se altera la regla que expresara en anteriores precedentes acerca de que la garantía de estabilidad en el empleo jamás puede derivarse de una designación irregular⁶².

B. Promociones irregulares

Acerca de los casos de promociones irregulares, en la medida en que se encuentra previsto en los diversos regímenes de empleo la observancia del concurso, existen pronunciamientos análogos a los que recayeron en supuestos de designaciones irregulares.

En un caso se rechazó parcialmente la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por un empleado municipal con la finalidad de obtener la declaración de nulidad del decreto por el que se dejó sin efecto los actos mediante los cuales el mismo agente dispuso su ascenso a la mayor categoría -en el caso, refrendaba los decretos como secretario de Gobierno-, sosteniendo en tal sentido "... pues no pueden invocarse derechos subjetivos adquiridos cuando el bien común ha sido lesionado a través de un acto adminis-

62 Incluso ha dicho reiteradamente la Corte que "Ningún derecho puede "adquirirse" sin cumplir con la totalidad de las condiciones sustanciales y de los recaudos formales" (Fallos: 178:431; 238:496; 298:472; 307:305; 317:1462, entre otros).

trativo generado por el futuro beneficiario, creando privilegios individuales irritantes que debe soportar la sociedad toda..."⁶³.

Comentando el fallo, GUSMÁN expresa que "... A tenor de las circunstancias del caso⁶⁴, pareciera confirmarse el criterio de un autor⁶⁵ respecto a que las designaciones políticas deberían limitarse a los niveles más directamente conectados con los cargos de gobierno y durar solamente el tiempo que permanezca en funciones quien hizo las designaciones. Frente a estructuras administrativas con las patologías que relatan la sentencia glosada y sus antecedentes fácticos, el procedimiento que debe seguirse como regla general para la selección y promoción de los recursos humanos es el concurso. La carrera administrativa presupone, como derivación necesaria de las condiciones en que se desenvuelve, el derecho a la equivalencia de oportunidades. Nuestra Constitución Nacional, en su art. 16, consagra el derecho a la igualdad para acceder a los cargos públicos sin otra condición que la idoneidad. La frustrada reorganización administrativa comienza con la selección y promoción de los mejores. Los marcos regulatorios del derecho a la carrera de los agentes públicos deben prever procesos de selección tanto para el ingreso como para la promoción..."

Finalmente, en un fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se resolvió que "...

63 CCivCom. Familia y Trab. Marcos Juárez, 13/12/2001, "Cesano, Alfredo F. c. Municipalidad de Colonia Bismarck", LLC 2003 (marzo), 255 - LLC 2003 (setiembre), 934, con nota de Gusman, Alfredo Silverio, "La potestad revocatoria de la Administración en el contrato de empleo público".

64 Los hechos que describe al autor son los siguientes: Ingresa en el año 1980, hasta que en el año 1983 es designado en calidad de Secretario de Gobierno, primero en forma interina y luego en forma titular. Cuando se lo titulariza, retiene un cargo jerárquico. Durante el ejercicio de su rol de Secretario (de naturaleza política y por ende sin estabilidad), diversos actos administrativos provenientes del Ejecutivo municipal (que el actor integraba y hasta refrendaba) fueron concediéndole ascensos en su carrera administrativa (cargos que en principio se encuentran amparados por la garantía de la estabilidad). Cesada su actuación en el cargo político, su pretensión es retornar su carrera administrativa desde la máxima categoría que prevé el estatuto, conforme a los ascensos dispuestos.

65 Se refiere a Carlos NINO, en su obra *Un país al margen de la ley*, Emecé, Buenos Aires, 1992, ps. 234/235.

Debe rechazarse el recurso de inconstitucionalidad articulado contra la resolución de Cámara que consideró que el conocimiento del vicio habilita la revocación administrativa del acto que disponía ajustar la situación de revista del actor, independientemente de la mala fe de este -en el caso, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires dictó un decreto revocatorio del decreto de promoción que omitió el concurso para el cargo-, pues aquella para llegar a su decisión analizó las normas que regulan la promoción de empleo público, la validez de los actos administrativos y las reglas de revocación de la Administración, sin haber logrado el actor demostrar el desapego constitucional en dicha resolución...”⁶⁶.

3. La potestad revocatoria en otros contratos administrativos

Cabe recordar que en materia de contratos administrativos, y el de empleo público es una de sus especies⁶⁷, la jurisprudencia de la CSJN reafirmó con mayor rigor la vigencia del Principio de Legalidad, fulminando con nulidad absoluta los actos dictados en contravención de las formas esenciales regladas para su validez y eficacia.

66 TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 09/04/2003, “Labayru, Julia E. y otros s/queja en: Labayru, Julia E. y otros c. Ciudad de Buenos Aires”, *La Ley* 2004-A, 325, con nota de Carrillo, Santiago R., “¿Legalidad vs. Seguridad Jurídica? El conocimiento del vicio como fundamento de la anulación del acto”, *LA LEY* 2004-A, 324.

67 No es unánime dicha posición. Apunta BIANCHI al respecto que “... Es perfectamente conocido el debate entre los contractualistas y los estatutarios acerca de la naturaleza de la función pública. Para los primeros se trata de un contrato administrativo celebrado por acuerdo de partes. En opinión de los segundos, se trata de una relación de tipo reglamentario...”, señalando como referente de la primera al Profesor Marienhoff, y de la segunda, al Profesor Manuel M. Diez, así como que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido sinuosa, aceptándose en algunas ocasiones la tesis contractual (Fallos 194:111) y en otros la estatutaria (Fallos 220:383), inclinándose el autor por la tesis estatutaria (Bianchi, Alberto B., “Notas acerca de la función pública y su función constitucional”, En Young, Carlos A. M. y Bianchi, Alberto B., *Régimen jurídico básico de la función pública*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1990, p. 18).

Respecto a la gravitación del Principio de Legalidad, y su aptitud para desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes en materia de contratos públicos⁶⁸, ha dicho el Alto Tribunal:

“En materia de contratos públicos, la administración y las entidades y empresas estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, cuya virtualidad es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso, y el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no pueden disponer sin expresa autorización legal”⁶⁹.

También se ha sostenido que: *“La validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación (...) La prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que éste queda legalmente perfeccionado, razón por la cual si la legislación aplicable exige una forma específica para su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia”*⁷⁰.

Siendo el contrato de empleo público una especie del género “contratos administrativos”, donde las formalidades resultan esenciales para la existencia del contrato, y habiéndose omitido

68 CSJN, 17/02/1998, S 1713 XXXII; “S.A. Organización Coordinadora Argentina c/ Secretaría de Inteligencia de Estado”, Fallos 321:174. “El principio de la autonomía de la voluntad de las partes se relativiza en el ámbito de los contratos administrativos, pues aquellas están, de ordinario, subordinadas a una legalidad imperativa”.

69 CSJN, 22/12/93, E. 286. XXII. “Espacio S.A. c/ Ferrocarriles Argentinos s/ cobro de pesos”, Fallos 316: 3157.

70 CSJN, 01/06/2000. “Mas Consultores Empresas Sociedad Anónima c. Provincia de Santiago del Estero (Ministerio de Economía)”. Fallos 323:1515; CSJN, 11/07/2000, “Servicios Empresarios Wallabies S. R. L. c. Provincia de Salta”, LA LEY 2000-F, 373 - Fallos 323:1841.

el procedimiento imperativamente fijado –concurso de antecedentes y oposición– resulta palmaria y evidente la ilegitimidad de las designaciones efectuada prescindiendo de aquél, que tratándose incluso de otros contratos y ante la omisión del procedimiento imperativamente fijado –licitación o concurso públicos– ha postulado directamente su inexistencia.

Corresponde recordar que el procedimiento de concurso para el acceso a la función pública es un correlato de los principios de transparencia, publicidad e igualdad en las contrataciones públicas en general, que vienen impuestas – antes que nada – por normas supranacionales, como ser la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por Ley N° 24.759, que establece como medidas preventivas a observar por los Estados, entre otras, la existencia de “sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas”.

Al respecto, ha señalado Gordillo, al referirse al impacto en el orden interno de la incorporación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, y su incidencia en las contrataciones administrativas:

“...Es fundamental destacar una fuerte limitación a la discrecionalidad administrativa que la CICC incorpora al derecho supranacional, ergo también interno: varios nuevos principios o conceptos jurídicos vigentes, que son obligatorios para todos los agentes públicos nacionales, provinciales y municipales, rentados y ad honorem u honorarios. Especialmente en materia de contrataciones públicas, la publicidad, la equidad y la eficiencia. No se trata de “palabras” sin connotación jurídica, son principios jurídicos indubitables cuyo incumplimiento comporta violación del orden jurídico interno y supranacional”⁷¹.

71 Gordillo, Agustín, “Un corte transversal al Derecho Administrativo: la Convención Interamericana contra la corrupción”, *La Ley* 1997-E, 1091.

De manera aún más explícita se pronuncia la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción –aprobada mediante Ley 26.097–, que en su Art. 7º expresa:

“1. Cada Estado Parte, cuando sea apropiado y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procurará adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas. Estos: a) Estarán basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud; b) Incluirán procedimientos adecuados de selección y formación de los titulares de cargos públicos que se consideren especialmente vulnerables a la corrupción, así como, cuando proceda, la rotación de esas personas a otros cargos...”

Entiéndase bien: ello no pasa por la decisión caprichosa de funcionario alguno, sino que constituye un imperativo reglado impuesto como “deber” por las normas jurídicas, desde la Constitución Nacional cuando en su art. 16 establece que “todos los habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos públicos sin otra condición que la idoneidad...”, la cual se acredita a través de los procedimientos de selección establecidos por las normas reglamentarias⁷².

El Alto Tribunal volvió sobre la temática en análisis en la causa “El Rincón de los Artistas”⁷³, en la cual, luego de recordar

72 La Constitución de la Provincia de Corrientes prescribe en su art. 24 que “los empleos públicos se concederán a todas las personas bajo el sistema del mérito...”, que se acredita obviamente por los procedimientos de selección reglados por las normas.

73 CSJN, E. 441. XXXVIII.; 30-09-2003, “El Rincón de los Artistas c/ Htal. Nac. Profesor Alejandro Posadas s/ ordinario”. Fallos 326:3700. La actora, en su calidad de adjudicataria de la licitación pública convocada por el Hospital Profesor Posadas para otorgar la concesión del servicio de comedor y cafetería por medio del “sistema de anticresis”, inició demanda contra dicho Hospital pretendiendo obtener la declaración de nulidad de la resolución por la que este había dejado sin efecto aquella licitación con fundamento en las irregularidades detectadas. Por su parte, el Hospital

la gravitación del principio de legalidad en los contratos administrativos, y de la posibilidad de aplicar las disposiciones del acto individual, expresó lo siguiente:

“... no resulta reprochable que el a quo no haya considerado la “renuncia” que la recurrente efectuó respecto de la “garantía de anticresis”..., ya que esa renuncia era jurídicamente irrelevante pues fue formulada por quien, como la actora, no era titular del derecho respectivo, e inadmisibles ya que los pliegos de condiciones generales revisten condición de reglamentos (Fallos: 316:3157), razón por la cual el particular que participa en la licitación carece de la facultad de sustraerse a la aplicación de alguna de sus disposiciones”⁷⁴.

Añadiendo que “... los agravios referentes a la supuesta auto-contradicción de la sentencia apelada se desvanecen si se advierte que, en atención a lo dispuesto en el Artículo 17 de la Ley N° 19.549, no era imperativo para el hospital iniciar la acción de lesividad que tramitó en el sub lite para obtener la declaración de nulidad de la Resolución N° 161/92, que podía ser válidamente revocada en sede administrativa pues no había generado derechos subjetivos que se estuvieran cumpliendo (Artículo 17 de la Ley N° 19.549)”⁷⁵.

Con posterioridad⁷⁶, el Máximo Tribunal sostuvo la improcedencia de la potestad revocatoria de la administración respecto de actos firmes y consentidos, así como la procedencia del Recurso Extraordinario Federal contra la Sentencia que validaron tal proceder, en los siguientes términos:

interpuso acción de lesividad a fin de obtener la declaración de nulidad de dicho acto y de los vinculados a él. El juez de primera instancia hizo lugar a esta última acción y rechazó la demanda, decisión que fue confirmada por la Cámara y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

74 Considerando 19).

75 Considerando 20).

76 CSJN, 2 de Diciembre de 2004, “Pradera del Sol c. Municipalidad de General Pueyrredón (P.864.XXXVI)” (publicado en EDA, 2005; LA LEY 2006-A, 78, con nota de Maximiliano Antonietta; Fallos 327:5356.

“Toda vez que la decisión impugnada importó convalidar las facultades de revocación de la administración municipal, en ella debió ponderarse si tales facultades podían ser ejercidas en el caso sin vulnerar lo previsto en esta materia por el art. 5° del cód. contencioso administrativo provincial y por los arts. 114, 117 de la ley de procedimientos administrativo local, máxime si se repara en el hecho de que antes de concluir el acuerdo celebrado, la administración dio intervención a sus dependencias técnicas, las que, reiteradamente, aconsejaron aceptar la deuda que reclamaba la actora y suscribir el convenio que posteriormente se pretendió desconocer mediante el dictado del decreto 394/96”.

Agregó que

“La potestad que tienen los órganos administrativos para enmendar sus actos anteriores, encuentra justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad, comprometida por aquellos actos administrativos irregulares, esto es, los que carecen de las condiciones esenciales de validez por hallarse afectados de vicios graves y ostensibles en su forma, competencia o contenido, esta Corte estableció como criterio general “...que los actos administrativos firmes que provienen de autoridad competente, llenan todos los requisitos de forma y se han expedido sin grave error de derecho, en uso regular de facultades regladas, no pueden ser anulados por la autoridad que los dictó...” y que “...esa estabilidad cede cuando la decisión adolece de vicios formales o sustanciales, o ha sido dictada sobre la base de presupuestos fácticos manifiestamente irregulares, reconocidos o fehacientemente comprobados”.

Seguidamente, expresó que

“El contrato administrativo es ley para las partes, la modificación unilateral de lo convenido llevada a cabo por la administración con independencia de la voluntad del contratista, no puede justificarse a la luz de lo expresamente dispuesto en el art. 1197 del cód. civil.

Ello no es otra cosa que la aplicación del principio de la legalidad administrativa derivación de los postulados del Estado de Derecho que importa la vinculación y sujeción de la Administración Pública al bloque de legalidad, que se integra no sólo con las normas de rango jerárquico superior a partir de la Constitución, art. 31 y reglamentos que emite, sino también con los actos unilaterales y bilaterales que, ceñidos a las normas mencionadas, dicta o asume”⁷⁷.

Finalmente, es destacable lo decidido, recordando el caso “Carman de Cantón”, que:

“No existe ningún precepto de ley que declare inestables, revisables, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando los derechos nacidos o consolidados a su amparo a merced del arbitrio o del diferente criterio de las autoridades, cuyo personal sufre mutaciones frecuentes por ministerio constitucional, legal o ejecutivo al sostener que el principio de intangibilidad de los derechos subjetivos adquiridos por los particulares, que hace imposible su desconocimiento unilateral en sede administrativa, es de decisiva importancia, porque responde al respeto de la propiedad y de la seguridad jurídica”⁷⁸.

77 Del dictamen del Procurador General que la Corte comparte y hace suyo.

78 Ídem. Agregó que si bien “según reiterada doctrina de la Corte, el examen de cuestiones de hecho, prueba, derecho común y público local, constituyen materia propia de los jueces de la causa y ajenas al recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48, ello no constituye óbice para habilitar tal instancia cuando el tribunal a quo prescinde de dar un tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo a las constancias del expediente y a las normas aplicables, y cuando formula consideraciones fragmentarias de los elementos conducentes para la decisión del litigio, lo cual impide una visión de conjunto sobre la prueba reunida y frustra el derecho a obtener una sentencia que sea derivación razonada del derecho vigente”, reputando arbitrario el pronunciamiento toda vez que el tribunal a quo, en claro apartamiento de las normas que rigen el caso, omitió aplicar las disposiciones de derecho administrativo invocadas por la actora, con grave menoscabo del derecho de defensa en juicio, pues el razonamiento adecuado para la solución de la causa exigía de manera ineludible recurrir a las normas del Código Contencioso Administrativo Provincial y a la ley de Procedimientos Administrativos Municipal, en particular al

En un pleito que involucrara a dos niveles estaduales⁷⁹, la Corte mantuvo dicha posición expresando:

“...13º) Que la autoridad administrativa provincial olvidó que había generado derechos en otro..., por lo que no podía revocar la donación por sí y ante sí como lo hizo... El cumplimiento de la condición resolutoria que invocó requiere que la resolución sea pedida judicialmente, y exige la necesaria sentencia del juez que así lo declare. Una conclusión distinta, que convalidara la conducta referida llevada a cabo..., contrariaría a la ley y sería seriamente lesiva de la seguridad jurídica. Sólo el juez, frente a un acto de donación sometido a la condición antedicha, puede valorar y afirmar, considerando en su caso todas las circunstancias que rodearon aquélla, y su consiguiente aceptación, si la condición que se invoca se cumplió o no. La seguridad jurídica, derivada de actos administrativos firmes, que generaron derechos en la esfera de otros, impone esta solución.”

art. 5º del cód. ritual, en cuanto establece que “las autoridades administrativas no podrán revocar sus propias resoluciones, en asuntos que den lugar a la acción contencioso administrativa, una vez que la resolución hubiese sido notificada a los particulares interesados. Si se dictase una resolución administrativa revocando otra consentida por el particular interesado, este podrá promover el juicio contencioso administrativo, al solo efecto de que se restablezca el imperio de la resolución anulada”, reafirmando el principio de estabilidad de los actos administrativos”.

- 79 Del dictamen del Procurador General de la Nación que la Corte comparte y hace suyo en la causa “E. 254. XXXVI. Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad del 26/06/2007 (Fallos 330:2849). Cabe referir que no obstante tratarse de una donación (contrato reglado por el derecho civil), la CSJN lo calificó como “administrativo” en otro caso anterior que involucrara a dos niveles estaduales, en fecha 10/04/2003, causa “Estado Mayor Gral. del Ejército c. Provincia de Salta”, Fallos 326:1263. LA LEY 2003-E, 165 - DJ2003-2, 891, expresando que: “La donación de un inmueble, efectuada por el Estado Nacional a una provincia, con el cargo de su afectación a una determinada obra, se ubica en el ámbito del derecho público, habida cuenta del propósito de fin público perseguido y el carácter de las partes intervinientes, y -ante la laguna normativa para reglamentar dicho supuesto- son aplicables por vía analógica los preceptos del Código Civil en materia de donaciones”.

Seguidamente, en el Considerando 14) expuso el Alto Tribunal “... Que tratándose de actos administrativos producidos contra *legem*, basta el hecho objetivo de violación legal para que se configure el vicio de ilegitimidad (disidencia de los doctores Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid y Julio Oyhanarte, Fallos: 241:384), que en tales condiciones corresponde declarar en autos. Ello, con apoyo en las disposiciones del Código Civil relativas a las nulidades de los actos jurídicos que -entre otras- son aplicables en la esfera del derecho administrativo (Fallos: 190:142; 304:919 y 310:1578) de resulta de las cuales es claro que la Provincia de Buenos Aires carecía de atribuciones para revocar por decreto la donación realizada al Estado Nacional y dictar los demás actos que son consecuencia del decreto 1848/98...”.

En punto al estándar agravado que cabe presumir de la conducta de quienes contratan con la Administración, la jurisprudencia del Alto Tribunal de la Nación da cuenta de numerosos precedentes en tal sentido. En la causa “Cadipsa S.A. c/ Estado Nacional y otros s/ nulidad de acto administrativo”⁸⁰, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina puntualizó la relevancia de la versación técnica y jurídica de la empresa actora, para desestimar la pretensión de ésta de desconocer, con base precisamente en una Circular ilegítima, el marco jurídico determinante de la invalidez del acto por ella invocado como sustento de su acción, exponiendo: “... 8º Que es menester añadir, como se recuerda en lo pertinente en el dictamen del señor Procurador General, que la conducta de la actora, empresa dedicada a trabajos en el área de hidrocarburos -lo que supone una especial versación técnica y jurídica sobre el particular-, distó de ajustarse a la que le era exigible en razón de esas circunstancias. Con base en ese conocimiento, debió advertir que el contenido de la circular n° 5 no era compatible con el marco jurídico que rige la materia...”.

80 CSJN, C.2238.XXXII. 16/05/00. “Cadipsa S.A. c. Estado Nacional y otros s/nulidad de acto administrativo y otro” (C.2238. XXXII), Fallos 323:1146, especialmente considerando 8).

También en la causa “Maruba”⁸¹, se puso especial énfasis en la *“suficiente especialización en la materia”* con que contaba la empresa actora respecto a los compromisos que voluntaria y conscientemente asumió al presentar su oferta.

De manera similar, en la causa “Revestek”⁸² se hizo hincapié que el dictado de diversas normas que alteraron la paridad cambiaria del peso con el dólar, “...no es sino la evidencia de la inestabilidad del precio de la moneda extranjera en el mercado argentino, dato que *debió ser advertido por una empresa comerciante dedicada al tráfico internacional...*”.

En otra causa, la Corte Suprema expresó al respecto: “... 19) *Que al ser la actora una empresa especializada en construcción de obras, lo cual le otorga un acceso indudable a toda la información referida al rubro en el cual opera, no podía desconocer la evolución del mercado y los signos de alto riesgo que aquél presentaba con anterioridad a la celebración del contrato. La magnitud de toda obra pública y de los intereses en ellas en juego, imponen a los contratistas actuar de modo de prever cualquier eventualidad que pudiese incidir negativamente sobre sus derechos...*”⁸³.

También dijo la Corte Suprema que: “Debe rechazarse la demanda si el comportamiento de la actora careció de mecanismos de control apropiados para la concreción de la operación y no observó recaudos indelegables tendientes a comprobar la veracidad y eficiencia de los avales y la credibilidad crediticia del librador de los documentos, pues una diligencia razonable apropiada a las circunstancias, la habría convencido de que las

81 CSJN, 30-06-1998, “Maruba S.C.A. Empresa de Navegación Marítima c/ Estado Nacional – Ministerio de Obras y Servicios Públicos – Secretaría de la Marina Mercante s/ incumplimiento de contrato” (Fallos 321:1784) (Considerando 19°).

82 CSJN, “Revestek S.A. c/ Banco Central de la República Argentina y otro s/ ordinario” (Fallos 318:1531) del 15 de agosto de 1995, Considerando 10°) del Voto de la Mayoría.

83 CSJN, J. 69. XXVIII.; “J.J. Chediak S.A. c/ Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina) s/ nulidad de resolución”. 27-08-1996; Fallos 319:1681.

apariencias externas no eran suficientes para afrontar el riesgo financiero que supone una operación a “forfait”..., agregando que: *“Tal afirmación no es sino la reiteración del concepto expuesto por esta Corte en Fallos: 308:2461, donde hizo mérito de lo dispuesto por el Art. 902 del Código Civil para juzgar, precisamente, el grado de mayor diligencia exigible a una entidad financiera en la contratación de una operación de mutuo. Ello es así, máxime si se considera la magnitud de los intereses en juego y del compromiso patrimonial en que incurría (Fallos: 316:382, considerando 11)”*⁸⁴.

En materia de contratos celebrados con entes públicos se impone a los contratistas el deber de obrar con pleno conocimiento de las cosas (arg. art. 902 del Código Civil), puesto que la índole de los servicios que están llamados a prestar y de los intereses en juego, imponen actuar de modo tal de prever cualquier eventualidad que pudiera incidir negativamente sobre sus derechos, adoptando a esos efectos las diligencias apropiadas que exigen las circunstancias de persona, tiempo y lugar (art. 512 del Código Civil) y cualquier error en que pudieran incurrir provendría de una negligencia culpable que impide su invocación (art. 929 del Código Civil)”⁸⁵. Por lo que *“Si la contratista incurrió en error acerca de las obligaciones contractuales asumidas, éste provendría de una negligencia culpable que impide su invocación (art. 929 del Código Civil)”*⁸⁶.

Resulta pertinente recordar el estándar fijado por la Corte Suprema en el caso “Exolgan”⁸⁷, donde sostuvo lo siguiente “... Que para atribuir a la conducta valor de regla -a los efectos de exigir

84 CSJN, D. 583. XXVIII. “Dresdner Forfaitierungs Aktiengesellschaft c/ San Luis, Provincia de s/ cobro de sumas de dinero”. 18/09/2001. Fallos 324:2826. J.A. 27-02-02.

85 CSJN, N. 132. XXII. “Necon SA. c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ ordinario”. 4/06/91. Fallos 314:491.

86 A. 588. XXII. “Astilleros Costaguta SA. c/ Estado Nacional (PEN. Ministerio de Economía Sec. Int. Marítimos) s/ nulidad de resolución y daños y perjuicios”. 12/05/92. Fallos 315:890.

87 CSJN, 11/06/2003, “Exolgan S.A. c/Administración General de Puertos s/ proceso de conocimiento”, Fallos 326:1851, Considerando 7°).

un deber de coherencia de comportamiento según el principio de la buena fe-, es preciso, sin embargo, que ella se exteriorice mediante acciones deliberadas, jurídicamente relevantes para implicar las consecuencias que de ella se pretenden extraer, y plenamente eficaces (Fallos: 313:367 y 315:865); ya que, de lo contrario, asumir un determinado comportamiento de hecho derivaría, sin más, en la imposibilidad de modificarlo en lo sucesivo...”

Merece destacarse la sentencia del Alto Tribunal en la causa “Compañía General de Combustibles”⁸⁸, donde refrenda los conceptos que vengo analizando, al confirmar la sentencia de Cámara que rechazó la demanda interpuesta por varias empresas que comercializan combustible, cuyo objeto era que se condenara al Estado Nacional a cumplir con el “acta acuerdo” suscripta el 6 de enero de 1987, en tanto allí se habría consensuado un aumento del 39% de los márgenes operativos de las empresas dedicadas a la refinación y comercialización del petróleo crudo y sus derivados. Para decidir así, consideró que el acta acuerdo referida carecía de eficacia para obligar al Estado a otorgar el aumento de los márgenes allí previsto porque *el Subsecretario de Combustibles suscribiente no era competente para fijar los precios oficiales de los combustibles ni el monto de las retenciones para las empresas*⁸⁹.

88 Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 30/11/2010, “Compañía General de Combustibles S.A. y otros c. Estado Nacional”, Sup. Adm.2011 (febrero), 45 - DJ02/03/2011, 44 - LA LEY2011-A, 278 - AR/JUR/78177/2010.

89 Sostuvo en el Considerando 4º) “...En este punto, la cámara sostuvo que el acta acuerdo no podía considerarse vinculante porque había sido suscripta por un funcionario que no tenía competencia para fijar precios y retenciones en materia de combustibles. Agregó que, más allá de la incompetencia señalada, tampoco podía considerarse que existía un contrato del que derivaran obligaciones para el Estado, en tanto el funcionario firmante sólo se había comprometido a interponer sus buenos oficios ante las instancias competentes. Ahora bien, en lugar de rebatir estos dichos, las recurrentes afirman, en forma dogmática, que ni la naturaleza no contractual del acta ni la incompetencia del funcionario para fijar precios y retenciones tienen relevancia. Por un lado, manifiestan que no es importante que el acta acuerdo no constituya un contrato, porque “no sólo de los contratos nacen relaciones jurídicas susceptibles de engendrar obligaciones” y el acta en cuestión “constituía una clara manifestación de

Finalmente, ha sostenido la CSJN en la causa “*Sedronar*”⁹⁰ que “...la demanda interpuesta por el Estado Nacional con el fin de obtener el reintegro de una suma de dinero que se otorgó a la provincia de Misiones en concepto de “apoyo económico” para equipar y habilitar una sala de desintoxicación de personas con adicciones debe ser rechazada, pues *el convenio que pretende ejecutar el reclamante es nulo por no haber sido celebrado por el Secretario de Estado provincial, autoridad local que no contaba con atribuciones constitucionales o legales para recibir fondos públicos y mucho menos para obligarla a cumplir con el cargo que condicionaba el otorgamiento de la subvención...*”

voluntad del Estado”. Estas alegaciones abstractas son claramente inconducentes para rebatir los fundamentos del a quo. No es suficiente afirmar, en forma general, que existen fuentes de obligaciones no contractuales. Es necesario, además, dar argumentos concretos que demuestren que el acta acuerdo puede ser considerada una fuente de obligaciones vinculante para el Estado. Por otra parte, en cuanto a la incompetencia del funcionario, las recurrentes reconocen que el Subsecretario no era competente para fijar precios y retenciones. Alegan, sin embargo, que estaba facultado para interpretar y determinar con carácter vinculante el alcance del artículo 3° de la ley 17.597. En este sentido, sostienen que “el contenido del acta acuerdo citado no resulta relevante (Y) como fijación de precios y retenciones a los combustibles líquidos (actividad que es ajena a la competencia del funcionario), sino que por su intermedio se alcanzó un consenso sobre la extensión de la obligación emergente de una norma legal [art. 31 de la ley 17.597]”. Este razonamiento es, a todas luces, inválido. El artículo 3° de la ley citada garantiza a las empresas que los valores de retención serán fijados en forma tal que les permitan cubrir sus costos y obtener una utilidad razonable. En tales condiciones, interpretar con carácter vinculante el alcance de esta norma implica, en realidad, determinar si corresponde aumentar las retenciones y, en ese caso, cuantificar el incremento. Estas decisiones forman parte, sin duda alguna, de la competencia para fijar precios y retenciones que es ajena, tal como lo admiten las propias apelantes, al funcionario que firmó el acta acuerdo...”.

90 CSJN, 27/11/2014, “Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y Lucha contra el Narcotráfico (SE.DRO.NAR.) c. Provincia de Misiones s/ cobro de pesos”, LA LEY 03/03/2015, 6, con nota de Alfonso Buteler; LA LEY 2015-A, 482, AR/JUR/59905/2014.

II. POSIBILIDAD DE SUSPENDER CUANDO NO SE PUEDE REVOCAR ⁹¹

1. Postura que admite la posibilidad

En un caso ⁹² en que se consultaba sobre la posibilidad de proceder a la suspensión de oficio, en sede administrativa, de un acto que había otorgado –sin que se hubieran cumplido la totalidad de los requisitos reglados– la concesión de un registro de propiedad automotor, la PTN dictaminó que *“La decisión de suspender los efectos de actos administrativos se inscribe claramente en el deber que recae sobre la Administración Pública de velar por el interés público representado, en el caso, por la necesidad de que a esos actos se les apliquen adecuadamente las normas que condicionan su emisión.”*

En relación a la naturaleza de la Suspensión del acto administrativo, señala Fabián Canda que “significa la detención temporal de los efectos normales del acto suspendido” o, en palabras de Marienhoff, la “paralización transitoria de sus efectos” ⁹³. Agrega el autor citado ⁹⁴ que: “En el caso de la suspensión en sede administrativa, la decisión final y definitiva podrá corresponder a la Administración (si el acto es susceptible de ser revocado en sede propia) o al juez (si procede la anulación)”. Y apunta que *“...La Administración no puede limitarse a suspender y olvidarse del asunto. Su deber es suspender y, transcurrido un breve plazo... levantar la suspensión o iniciar la acción*

91 El tópico está referido a lo que prevé, por ejemplo en el orden federal, la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos cuyo artículo 12 in fine prescribe: “...Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundada una nulidad absoluta”.

92 PTN, Dictámenes 239:169

93 CANDA, Fabián Omar, “Suspensión de Oficio del Acto Administrativo”, *Revista de Derecho Administrativo (RDA)*, N° 21/22, Depalma, Buenos Aires, Enero-Diciembre de 1996, p. 409 y ss.

94 CANDA, Fabián Omar, “Suspensión...”, Op. Cit, p. 415.

de lesividad”⁹⁵. Más adelante⁹⁶, citando la opinión de la PTN, señala que este Organismo, citando la opinión de Juan Ramón De Estrada, ha decidido que “en los casos en que la Administración no puede revocar los actos irregulares se entiende que al menos debe suspenderse su ejecución a fin de evitar que un acto absolutamente nulo produzca efectos o prestaciones que luego habrán de retirarse” (“Dictámenes”, 195:49, de fecha 24/10/90).

También Julio Comadira⁹⁷ expresa que:

“Las precedentemente señaladas proyecciones fructíferas de la obligatoriedad anulatoria imputada a la Administración, tanto en el caso de la “anulación de oficio” como en aquél en que por no ser ella viable resulta necesario promover la correspondiente demanda judicial, aparecen significativamente evidenciadas cuando se advierte que, precisamente en su virtud, cabe reputar incorporada al esquema de la ley la privación de la presunción de legitimidad a los actos irregulares, es decir, a los actos afectados de nulidad absoluta, toda vez que no es razonable suponer que la Administración pueda estar obligada a anular (ya per se, o demandando la ejecución de la “nulidad” declarada “administrativamente”) actos que se presumen legítimos”. “Como se ve - agrega el autor citado -, esta ausencia de la presunción de legitimidad acompaña, incluso, a los actos que no son anulables oficiosamente, motivo por el cual, y sin perjuicio de que la eliminación definitiva de los efectos del acto sólo pueda lograrse ejecutoriando judicialmente la pretensión anulatoria, se impone en estos casos el deber de suspender provisionalmente los efectos del acto, precisamente porque no sería coherente que siguiera produciéndolos un acto que no se presume legítimo. En esta hipótesis, la Administración debe ejercer la posibilidad sus-

95 Canda, Fabián Omar, “Suspensión...”, Op. Cit, p. 429.

96 Canda, Fabián Omar, “Suspensión...”, Op. Cit, p. 431.

97 Comadira, Julio Rodolfo, *La anulación de Oficio del Acto Administrativo. La denominada “Cosa Juzgada Administrativa”*, 2ª Edición actualizada, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, p. 184.

pensiva oficiosa que, por razones de interés público, le autoriza a emplear la segunda parte del art. 12 de la ley”.

También Manuel María Díez y Tomás Hutchinson⁹⁸, con respecto a la suspensión de la ejecutoriedad del acto declarado lesivo, expresan:

“Es lógico suponer que si la Administración inicia proceso de lesividad por entender que el acto es ilegítimo, habrá de suspender la ejecución del mismo. Se entiende que ésta será una facultad discrecional de la Administración, pero parece lógico que durante la tramitación del proceso no se ejecuten los actos objeto de la pretensión deducida. Siempre es la Administración la legitimada activamente...”.

La posibilidad de suspender de oficio en sede administrativa actos de igual carácter que fuesen irrevocables en esa sede, ha sido sostenida por el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes⁹⁹, al expresar

“...No se trata de “revocación” sino de “suspensión” de su propio acto, estando la Administración autorizada a “suspender” la ejecución de un acto administrativo por razones de interés público (art. 143 ley 3460) o cuando se alegare fundadamente una causal de nulidad.- Como lo expresó LUQUI, R.E. (“Revisión Judicial de la Actividad administrativa” -t.2- pag. 373), “Para relevar a la Administración en determinadas circunstancias del deber jurídico de ejecutar los actos que dicta, la ley contempla los supuestos en que está facultada para suspender sus efectos”.- La Municipalidad, en los considerandos de la resolución N° 2205 arrima antecedentes de “suspensión provisoria” de los actos administrativos nulos de

98 Díez, Manuel María; y Hutchinson, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1996, p. 306 y ss.

99 Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, Expte. N° 26.673/06 - “Incidente de medida cautelar en autos: Municipalidad de la ciudad de Corrientes c/ Aguas de Corrientes S.A. s/ acción contenciosa administrativa de lesividad” - 10/06/2008, ElDial.com, Año XI - N° 2564, Miércoles, 2 de Julio de 2008.

nulidad absoluta, a fin de no () provocar perjuicios a la Administración o evitar que produzcan efectos que luego habrán de retirarse.- El principio general del art. 184 de la ley 3460 es que "El acto administrativo nulo debe ser revocado o sustituido en sede administrativa "Solamente en caso de generar prestaciones pendientes de cumplimiento debe pedirse su anulación judicial".

2. Postura negatoria

Calificada doctrina, apoyada en precedentes jurisprudenciales mayoritarios, sostiene la imposibilidad de suspender el acto administrativo en sede administrativa cuando resulta irrevocable en esa sede y respecto del que se persigue la declaración judicial de nulidad mediante el proceso de lesividad.

De lo contrario, se estaría logrando "de hecho" algo que *de iure* no se puede, echando así por tierra las opiniones que estiman que la declaración de lesividad no importa la privación de efectos del acto declarado lesivo, ni -mucho menos- su revocación. Ello porque en la práctica, estaría logrando lo que la ley quiso evitar.

Al respecto, expresa Cassagne que *"...no procede la suspensión en sede administrativa del acto que no puede revocarse; en tales casos es necesario que intervenga la justicia para disponer la suspensión del acto..."*¹⁰⁰.

Coincidentemente, en una obra más reciente, Hutchinson expresa -en punto a la declaración de lesividad- que: *"...Dicha declaración no autoriza a la Administración a suspender la ejecución del acto administrativo cuya lesividad se ha declarado administrativamente; ello no es factible atento a que las normas establecen que los actos regulares (perfectos, o anulables) y aún los nulos (en ciertos casos) gozan de estabilidad. Si fuera factible la suspensión se lograría en la práctica, mediante ella, lo que la norma quiso evitar: que los*

100 Cassagne, Juan Carlos, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos - Comentada y Anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 386.

*derechos emergentes quedaran a merced de una decisión administrativa ulterior...”*¹⁰¹.

Agrega el autor más adelante expresando que:

*“...Si la Administración no puede revocar per se el acto, tampoco puede suspender sus efectos, por lo que, iniciado el proceso de lesividad, si la aplicación del acto crea perjuicios graves a la Administración, debe peticionar una medida cautelar. Deberá acreditar la verosimilitud del derecho (paradójicamente la ilegitimidad del acto que dictó oportunamente) y el perjuicio al interés público de su cumplimiento en tanto se discute la declaración de invalidez del acto. Debe otorgarse esta cautelar en forma restrictiva...”*¹⁰².

La jurisprudencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la causa *“Auzón de Martinelli”*¹⁰³, registra un antecedente claramente expresivo de la posición negativa. En su voto, el Dr. Balbín expresó que:

*“... Si bien el art. 12 ley 19549 reconoce a la Administración la facultad de suspender de oficio un acto administrativo cuando se compruebe fundadamente la existencia una nulidad absoluta, esa facultad debe armonizarse con lo establecido en el art. 17 ley 19549, que impide revocar en sede administrativa tal tipo de actos cuando han sido ejecutados o ha comenzado su ejecución y siempre que hubiesen generado derechos subjetivos”. Se agregó que: “Si no resulta posible revocar de oficio los actos administrativos nulos que reconocen derechos subjetivos en vías de cumplimiento, la Administración tampoco está autorizada a suspenderlos por sí”*¹⁰⁴.

101 Hutchinson, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, Tomo III, Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 650.

102 Hutchinson, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, ob. cit., ...p. 657.

103 C. Cont. Adm. Y Trib. Ciudad Bs. As., sala 1ª, en fecha 09/04/2003, causa: *“Auzón de Martinelli, Lía M. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”* (Publicado en J.A., LexisNexis, Suplemento Administrativo del 25/02/04).

104 Se dijo también que: *“Si la resolución por la cual se titularizó a una docente en su cargo generó derechos subjetivos en curso de ejecución, la Adminis-*

También se agregó:

“Para lograr la suspensión de un acto administrativo irregular, que generó derechos subjetivos en curso de ejecución, la Administración debe iniciar una acción de lesividad y solicitar judicialmente como medida cautelar la suspensión de sus efectos, ya que no está autorizada para suspender el acto por sí misma”.

Esa fue la posición de la PTN a partir de Dictámenes 259:11¹⁰⁵.

Sobre el particular, sostuvo el Alto Organismo Asesor que::

“La intención del artículo 17 de la Ley N° 19.549 de prohibir la revocación en sede administrativa del acto que confiere derechos a los particulares, es garantizar el ejercicio normal de esos derechos hasta tanto una sentencia judicial resuelva lo contrario. No sería admisible, en consecuencia de ello, no sólo revocar el acto en cuanto a sus efectos futuros, ni modificarlo o sustituirlo con igual consecuencia, sino tampoco suspenderlo, pues esto último implicaría lograr en la práctica lo que la norma precisamente quiso evitar: que los derechos emergentes quedaran a merced de una decisión administrativa ulterior”.

También agregó que:

“... Del examen del expediente surge que el acto administrativo viciado de nulidad contó con los asesoramientos técnicos y jurídi-

tración no puede revocarla, sustituirla, modificarla o suspenderla per se, aun cuando tal acto fuera nulo”.

105 Dict. N° 285/06, 13 de octubre de 2006. Expte. N° 1790/90. Servicio Penitenciario Federal. (Dictámenes 259:11). Dicho dictamen ha sido comentado por AMARO, Alejandro P., “La actual doctrina de la Procuración del Tesoro en materia de revocación de oficio y la consolidación del sistema de garantías”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 351, p. 81 y ss.; también por Alonso Regueira, Enrique M., ¿Debe presumirse el conocimiento del vicio?, *LA LEY* 2007-C, 376; y por SIERRA LOBOS, María Leticia, “Otra vuelta de tuerca al tema de la suspensión del acto administrativo estable”, en www.ptn.gov.ar, consultado el 13/04/2009.

cos de las dependencias respectivas, como así también con la aprobación de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal. Asimismo, no existen elementos que permitan suponer que el agente conocía el vicio que afectaba el acto que dispuso incorporar a su haber de retiro, la bonificación por título. Por ello, no corresponde la restitución de las sumas percibidas y consumidas por el agente¹⁰⁶”.

Finalmente, expuso que por aplicación del artículo 17 de la Ley N° 19.549, la Disposición DGA N° 238/92, sólo puede ser anulada mediante decisión judicial y previa deducción de la pertinente acción de lesividad. Asimismo, deberá solicitarse el dictado de una medida cautelar a efectos de obtener la suspen-

106 En la causa: R. 679. XXXVI - “Rossello, Josefa Esther c/ Anses s/ medidas cautelares” - CSJN - 23/09/2003 (Fallos 326:3679), ha decidido que: “Corresponde conciliar las normas generales y las particulares de la materia previsional y atender a los principios que establece el Código Civil, pues aun cuando la ley 24241 no efectúa distingo alguno al autorizar la formulación de cargos por la percepción indebida de jubilaciones, se debe discriminar al respecto dado que no se advierte razón para tratar de manera más gravosa a un deudor de buena fe que ha consumido prestaciones de naturaleza alimentaria, que a uno que se encuentra obligado a restituir por causa de otro tipo de relaciones jurídicas (Arts. 738, 786 y 1055 del código citado)”. “La ANSeS revisó los acuerdos de las prestaciones otorgadas a la titular y -atento a los términos del Art. 79 de la ley 18037- restringió la extensión del derecho anteriormente reconocido con invocación de la atribución conferida por el Art. 15 de la ley 24241. Dicha norma constituye una excepción a la regla del Art. 17 de la ley 19549 y faculta a la administración previsional para revocar, modificar o sustituir el acto que estuviere afectado de nulidad absoluta.- Frente a la decisión del a quo fundada en el Art. 14, inc. d, de la ley 24241, que autoriza la formulación de cargos por la percepción indebida de jubilaciones, se admite que la norma citada no realizaba distingo alguno al contemplar la posibilidad de efectuar las deducciones, pero del Código Civil sí surgían limitaciones al derecho de repetición no consideradas por la alzada y que justificaban una interpretación armónica e integrativa de las normas”. “En tales condiciones, y dado que en la causa no está discutido que la beneficiaria consumió de buena fe los haberes de carácter alimentario cuyo reintegro pretende la administración mediante la afectación de las prestaciones subsistentes que también tienen aquella naturaleza, resultan fundadas las objeciones de la apelante a la luz de las precedentes consideraciones.” “Por ello, se declara procedente el recurso ordinario y se revoca la sentencia recurrida en lo que ha sido materia de agravios.”

sión del pago notoriamente mal liquidado al ahora recurrente, así como la del pago del adicional legítimamente concedido ya devengado. Dicha medida servirá no sólo para resguardar la legalidad y al erario público, sino que, además impedirá que el administrado vaya sumando, mes a mes, una cifra que luego le resultará traumático devolver, por cuanto ya no podrá afirmarse el desconocimiento del vicio.

Por su parte, el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, en un caso de empleo público sostuvo la postura negatoria, al sostener lo que sigue:

“...La administración debe pedir la anulación en sede judicial, si considera que el acto (designación de empleado en planta permanente por la anterior gestión) es inválido, y nada le impide pedir judicialmente, como medida cautelar, la suspensión del acto. No se trata que la administración quede inerte frente a eventuales actos nulos de sus predecesores, sino que se presente como corresponde ante la justicia para pedir la cesación o suspensión del acto (Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, t. 3, Bs. As., 2007, VI-14). Vale decir, que si la norma priva de la potestad revocatoria a la administración para no lesionar derechos subjetivos que se estén cumpliendo (art. 184, Ley 3460 de Corrientes), con igual razón no podría suspender sine die el acto, pues de lo contrario llevaría a admitir la posibilidad de violar la garantía que la norma quiso proteger a través de una decisión administrativa “disfrazada” bajo la figura de la suspensión; lo que equivaldría a la revocación misma. En el caso, se advierte que el acto administrativo que se impugna en la demanda de amparo declaró lesivos distintos actos administrativos dictados con anterioridad, entre ellos la resolución por la cual se designó a la amparista en planta permanente de la administración pública municipal; encomendando al servicio jurídico permanente la promoción de la acción judicial de lesividad; y suspendiendo hasta tanto se resuelva la acción judicial de lesividad que se promueva

los efectos de tales resoluciones...". Por ello "...Se rechaza la apelación de la administración contra la cautelar innovativa dispuesta en la acción de amparo, a favor de la actora..."¹⁰⁷.

Vemos aquí que los supuestos que involucran el ejercicio de la potestad revocatoria de la Administración, sea en su propia sede o mediante la promoción de la correspondiente acción de lesividad, incluyendo la suspensión cautelar de los efectos del acto reputado nulo, encuentra en el derecho argentino solución a través de institutos propios, donde la utilización del principio de la confianza legítima carece de gravitación, y mucho menos la doctrina de los actos propios, pues precisamente la Administración puede -y debe- alegar su propia torpeza en estos casos. Aún si los efectos de la revocación son o no retroactivos, si no lo fueran, sea por la teoría del enriquecimiento sin causa -en el caso del funcionario de *facto*- sea por la aplicación analógica de normas civiles sobre el principio de buena fe, encuentran en él una respuesta sin necesidad de importar instituto alguno¹⁰⁸.

III. REVOCACIÓN Y SUSPENSIÓN EN TRES CASOS PARADIGMÁTICOS

Reseñaré a continuación tres casos en los cuales se ha empleado la doctrina que postula la revocación en sede administrativa de actos administrativos ilegítimos, aun cuando se hubiese promovido la correspondiente acción de lesividad,

107 STJ Corrientes, "Municipalidad de la Ciudad de Corrientes s. Incidente de medida cautelar en: Stoianoff, Claudia Karina vs. Municipalidad de la Ciudad de Corrientes s. Amparo", 01/03/2011, Rubinzal on line, RC J 8833/11; también en La Ley Litoral: 2011 (agosto), p. 755, AR/JUR/9040/2011.

108 Expresivo resulta lo dicho por García Luengo -Op. Cit., pp. 466-467- en el párrafo final de su obra, refiriéndose a los efectos *ex nunc* como regla en materia de revocación de oficio de actos administrativos viciados, en el sentido que "... si con carácter general, ésta será la consecuencia normal de la aplicación de nuestro principio, no faltan supuestos en los que sería jurídicamente inadmisibles que quien ha generado con un comportamiento, que puede ser claramente doloso, la ilegalidad de un acto, se beneficie de la misma disfrutando de sus efectos mientras la Administración reacciona".

y en algunos casos sus efectos fueron suspendidos cautelarmente por la justicia¹⁰⁹.

1. El caso “Meller”

Mediante Decreto N° 431/2003 del 25/7/2003 (B.O. 31/7/2003), se resolvió lo siguiente:

“Art. 1. Revócase la Resolución N° 146 del 8 de noviembre de 1996, de la ex EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES (ENTEL), declarándosela nula, de nulidad absoluta e insanable e irregular, en los términos de los Artículos 14 y 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, por los vicios denunciados en los considerandos del presente decreto, y todos los actos preparatorios dictados en su consecuencia, por sufrir de iguales nulidades”. Seguidamente agregó: “Art. 2. Hágase saber al Señor Juez actuante en la ejecución promovida contra el ESTADO NACIONAL, en trámite por ante el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2, Secretaría 3, sobre el contenido de la presente medida, con agregación de copia certificada de la misma”.

Luego de su dictado, el Estado Nacional promovió demanda de lesividad para que se declare la nulidad absoluta de la decisión administrativa de la ex Empresa Nacional de Telecomunicaciones (e.l.) que autorizó los pagos efectuados por la Nación a la demandada, como también de las consecuentes órdenes de pago que dan cuenta los recibos ns. 2642, 2649, 3151 y 3175, disponiendo con su anulación que se ordene a la accionada a reintegrar al Estado Nacional las sumas que percibiera como consecuencia de dichos pagos sin causa¹¹⁰.

109 El análisis detallado de tales casos excedería el marco del presente artículo, por lo que remito a los Decretos referenciados, de cuyos considerandos pueden extractarse los hechos relevantes, así como a los pronunciamientos jurisprudenciales vinculados.

110 C. NAC. CONT. ADM. FED., sala 2ª, 01/03/2007 - Estado Nacional v. Meller S.A., JA, Suplemento del 25-07-2007.

Sostuvo la Cámara que:

“... ya sea que el acto impugnado sea tácito o implícito, no parece existir -en principio- una oscuridad tal que no le haya permitido a Meller S.A.- Meller Comunicaciones S.A. UTE. conocer cuáles, en sustancia, la decisión que la Administración pretende que la justicia declare nula y las sumas que peticiona le sean restituidas. El modo como fue propuesta la demanda no le impidió contestarla, oponerse a la pretensión de la contraria y formular formal reconvencción contra el Estado Nacional. Por ello, toda vez que no aparecen reunidos los requisitos necesarios para que prospere la excepción opuesta, en tanto no resulta difícil conocer lo que se pretende, debe confirmarse lo decidido en la instancia de grado...”.

2. El caso “Tandanor”

Mediante Decreto 315/2007 del 30/3/2007 (B.O. 03-04-2007) se decidió –entre otros puntos-:

“Artículo 1º Revócase la Resolución MD Nº 931 del 3 de septiembre de 1991 y el Decreto Nº 2281 del 31 de octubre de 1991, declarándoselos nulos, de nulidad absoluta e insanable e irregulares, en los términos de los Artículos 14 y 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549, por los vicios consignados en los considerandos del presente decreto, y todos los actos dictados en su consecuencia, por sufrir de iguales nulidades”, agregando en su “Art. 2º Déjase sin efecto el llamado a licitación efectuado por el Decreto Nº 1957 del 21 de septiembre de 1990...”.

En su Art. 3º se Instruyó al Ministerio De Defensa a: “1) realizar todos los actos requeridos para tomar, de inmediato, posesión de Talleres Navales Darsena Norte Sociedad Anónima, Comercial, Industrial Y Naviera (TANDANOR S. A. C. I. y N.); 2) proceder a su reorganización en ejercicio de los derechos que como accionista mayoritario corresponden al ESTADO NACIONAL con facultades para disponer su intervención y 3) adoptar, oportunamente, los recaudos necesarios

para instrumentar el régimen de Propiedad Participada por el diez por ciento (10%) de las acciones correspondientes a los trabajadores de la referida sociedad”.

Respecto de dicho aspecto, se dictó una medida cautelar de no innovar solicitada por el síndico del concurso de la firma Tandanor, a fin de que se suspenda la ejecución de un acto administrativo por el cual se instruyó al Ministerio de Defensa para que tome posesión de la sociedad cuyo paquete accionario había sido adquirido por la fallida pues, siendo éste el único activo que aquélla posee, de hacerse efectivo el referido acto administrativo, se dejaría al concurso liquidatorio sin activo realizable, frustrando toda posibilidad de cobro por parte de los acreedores. Añadió que *“...si bien el juez del concurso no resulta competente para conocer en la acción de lesividad prevista en el artículo 17 de la ley 19.549, se encuentra facultado para suspender en forma cautelar la ejecución de un acto administrativo que podría ocasionar graves perjuicios para los intereses de la quiebra”*¹¹¹.

3. El caso “Sociedad Rural”

Mediante Decreto N° 2552/2012 del 19/12/2012 (B.O. 21/12/2012), se decidió: “Artículo 1° Revócase, por estar afectado de nulidad absoluta, el Decreto N° 2.699/91, así como todos aquellos actos dictados en consecuencia del citado decreto, por adolecer de igual nulidad”. Agregó el Art. 2° “Instrúyese a la Agencia De Administración de Bienes del Estado, organismo descentralizado en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros, para que en su carácter de Autoridad de Aplicación del presente decreto, realice todos los actos conducentes a la toma de la posesión del inmueble denominado Predio Ferial de Palermo, ubicado entre las Avenidas Santa Fe y Sarmiento

111 CNCom., SalaA, 20/07/2007, “Inversora Darsena Norte S.A. s/quiebra”, IMP2007-21, 2038 - , 2007 (noviembre) , 87; LA LEY 2008-A , 200, con nota de Cassagne, Juan Carlos, “Potestad jurisdiccional del juez del concurso para dictar medidas cautelares de suspensión de actos administrativos”, LA LEY 2008-A, 199.

y las calles Cerviño y Oro, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, identificado catastralmente como Circunscripción 18, Sección 21, Manzana 16 A, Parcela 2, así como todos aquellos inherentes a la regularización de la situación jurídica resultante de dicha medida”.

La revocación se fundó en que la venta efectuada por el Decreto revocado habría sido efectuada a precio vil.

Frente a dicha decisión, la justicia decretó medida cautelar suspensiva¹¹², en los siguientes términos:

“...Cabe hacer lugar a la suspensión cautelar de los efectos del decreto 2552/12, mediante el cual se revocó la aprobación de venta del Predio Rural Palermo a la peticionante –Sociedad Rural Argentina–, pues se encuentran debidamente acreditados los requisitos para su procedencia. Ello es así, ya que, por un lado, la verosimilitud del derecho de la accionante se sustenta en la propiedad de dicho inmueble adquirida hace más de dos décadas, de modo que el acto impugnado importaría que el Poder Ejecutivo pueda declarar, por sí y ante sí, la extinción de la misma, conculcando prima facie los derechos previstos en los arts. 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional; y por otra parte, el peligro en la demora que se encuentra acreditado en cuanto la posibilidad de que la Administración Pública pueda despojar a la actora de la posesión que es inherente a la propiedad, podría frustrar las actividades que le son propias a la accionante y ocasionarle perjuicios económicos en virtud de los contratos celebrados”.

Agregó que:

“... La suspensión cautelar de los efectos del decreto 2552/12... resulta procedente, pues la potestad revocatoria ejercida por el Poder Ejecutivo encuentra serias limitaciones –por razones de

112 CNCiv. y Com. Fed., Sala de feria, 04/01/2013. “Sociedad Rural Argentina c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo s/acción meramente declarativa” - [EDA, (28/02/2013, nro 13.189)]-

seguridad jurídica y frente a la garantía de los derechos adquiridos– en el principio de división de poderes, en el derecho de propiedad y en el debido proceso legal (arts. 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional), ya que las decisiones que pueden alterar las situaciones jurídicas firmes y consolidadas regidas por el derecho común –como aparentemente serían las del sub judice– en principio, se encuentran reservadas exclusivamente a la intervención de los jueces de la Nación y, por ende, ajenas al Poder Ejecutivo (art. 109, Carta Magna), lo que hace, en definitiva, a la vigencia del Estado de Derecho...”.

En los dos últimos casos reseñados, podrá advertirse que entre el dictado del acto primigenio y su revocación, transcurrió un lapso considerable de tiempo –15 y 20 años–, pero dado que la causal invocada es la nulidad absoluta, existe jurisprudencia de la CSJN que ha sostenido el carácter imprescriptible de la potestad revocatoria en tales casos¹¹³.

CONSIDERACIONES FINALES

Los supuestos que involucran el ejercicio de la potestad revocatoria de la Administración, sea en su propia sede o mediante la promoción de la correspondiente acción de lesivi-

113 CSJN, C. 2002. XXXII; “Chubut, Provincia del c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A. s/ sumario”, 07/12/2001. Fallos 324: 4199. “Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de normas sustanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables para su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original”. Con anterioridad, causas CSJN, 24/11/1937, “Sociedad Anónima Empresa Constructora F. H. Schmidt c. Provincia de Mendoza”. Fallos 179:249; CSJN, 1958, “De Sezé, Román María José c/ Nación”, Fallos 241:384.

dad¹¹⁴, incluyendo la suspensión cautelar de los efectos del acto reputado nulo, encuentran en el derecho argentino solución a través de institutos propios, perfectamente reglados, e incluso previstos pretorianamente antes de su regulación legal (vgr., caso “Carman de Cantón”), donde la utilización del principio de la confianza legítima carece de gravitación, y mucho menos la doctrina de los actos propios, pues precisamente la Administración puede –y debe– alegar su propia torpeza en estos casos¹¹⁵. Aún si los efectos de la revocación son o no retroactivos, si no lo fueran, sea por la teoría del enriquecimiento sin causa¹¹⁶ –en el caso del funcionario de facto– sea por la aplicación analógica de normas civiles sobre el principio de buena fe, encuentran en él una respuesta sin necesidad de importar instituto alguno.

Aún asumiendo el carácter relativo de la regla que indica que la ignorancia o error en derecho no sirve de excusa, particularmente severo resulta en el Derecho administrativo ponderar la particular versación técnica y jurídica que cabe presumir de empresarios calificados, sea que se vinculen

114 Recuerdo y comparto plenamente lo que decía García Luengo acerca de la falacia que supone la exigencia de la acción de lesividad, a la que se atribuye un carácter garantista, lo que en realidad constituye un espejismo, a lo que señalo que a la postre, el acto podrá resultar invalidado judicialmente, por lo que se trata de una asignación de competencias, pero no se puede predicar la existencia de un verdadero derecho derivado de un acto ilegítimo, ni tampoco debiera – la jurisprudencia – ser tan rigurosa en tal sentido, pues nadie debería beneficiarse de lo ilegal.

115 Ver sobre el punto, además de la doctrina citada, el trabajo de García De Enterría, Eduardo, “La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad”, *Revista de Administración Pública* N° 20, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1956, p. 69.

116 Aún en materia contractual administrativa, donde a la rigurosa formalidad exigida en punto a la observancia estricta de la licitación pública parecería haber flexibilizado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Sentencia de 27/12/2006, in re: “Cardiocorp S.R.L. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (Fallos 329:5976), sería el principio del “enriquecimiento sin causa” el que solucionaría ese universo de casos donde, no obstante hallarse viciado gravemente por omisión del procedimiento imperativo, se hubiesen realizado prestaciones en beneficio del ente público.

a través de contratos o se encuentren sometidos especialmente, por la índole de la actividad desarrollada, a un contralor más intenso del Estado.

En materia de empleo público, no cabe ser tan riguroso y debe efectuarse un análisis particularizado, aunque es una realidad que la mayoría de los regímenes prevén para el ingreso o el ascenso el procedimiento de concurso público, el que pocas veces se ha utilizado, lo que supone necesariamente un vicio grave en el acto administrativo de designación o promoción, vicio que no obstante ha sido convalidado por la jurisprudencia, haciendo primar en esos caso la seguridad jurídica.

Personalmente comparto los postulados en los que se asienta el principio de confianza legítima, fincados en la idea de Estado de Derecho, en la seguridad jurídica, en la buena fe; no obstante, son tales institutos los que concurren para dar respuesta al universo de casos implicados en nuestro derecho, y no el principio de origen alemán. Lo que no admito, es que se intente –por esa vía– terminar amparando situaciones ilegales, pues aún cuando reconozca la existencia de personas que, por su escaso nivel formativo, pudieran ignorar pormenorizadamente las profusas regulaciones que pudieran dar respuesta real a su eventual reclamo, como abogado debo propender a instaurar la conciencia de acudir a la consulta profesional a fin de despejar las dudas; pero no puede ser la solución que por la subjetiva creencia en la legalidad, el derecho responda otorgando y consolidando un derecho a veces mayor del que se obtendría por los carriles legales. Proceder de ese modo, entiendo, constituye un imperativo ético de todo buen ciudadano.

Incluso, son las normas de ética pública las que debieran operar efectivamente para sancionar a los funcionarios que infrinjan sus deberes de obrar con lealtad y respeto por los derechos de los ciudadanos.

ACTUALIDAD

LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN LAS LEYES HABILITADAS DE 2014¹

Alejandro Gallotti

Profesor de pregrado y postgrado de la UCAB.

Profesor de pregrado de la UCV

Resumen: *El artículo estudia el modo como se reflejaron en los Decretos Leyes dictados en 2014 los distintos principios rectores de los procedimientos administrativos.*

Palabras clave: *Decretos Leyes, principios rectores, procedimientos administrativos.*

Abstract: *The article examines how were reflected in the decree laws dictated in 2014 the various guiding principles of administrative procedures.*

Keywords: *Decree Laws, guiding principles, proofs, administrative procedures.*

Recibido: 19 de enero de 2015 **Aceptado:** 30 de enero de 2015

¹ Especial agradecimiento a Carlos Arce por haberme ayudado en la investigación de este trabajo.

SUMARIO

Introducción

- I. Principio de Legalidad
 - II. Principio de Eficacia
 - III. Principio de Participación
 - IV. Principio de Oficialidad
 - V. Principio sobre el Acto Administrativo
 - VI. Principio del Debido Proceso
- Conclusiones

INTRODUCCIÓN

Como es bien sabido, la Administración Pública se somete a una serie de reglas rectoras que le permiten por una parte crear, modificar o extinguir una situación jurídica de una persona, pero que también delimitan la manera en cómo debe proceder y cómo debe formalizarse su voluntad. Esas reglas contenidas en normas jurídicas resultan de lo que solemos denominar Principios Fundamentales del Derecho Público, donde destacan el Principio de Supremacía Constitucional (artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-CRBV), el Principio de Legalidad (artículo 137 de la CRBV y artículo 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública-LOAP), el Principio de Proporcionalidad (artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos-LOPA), el Principio de Responsabilidad Patrimonial del Estado (artículo de la 140 CRBV y 13 de la LOAP), el Principio de Control Universal de los Actos Administrativos (artículo de la 259 CRBV) y muchos otros que permiten demarcar tanto las facultades, como los límites que ostenta la Administración en el ejercicio del Poder Público. De esta forma, todos esos principios deben ser parte integral de la llamada función administrativa, ya sea que se refiera a formal o material.

Así, las reglas que rigen el comportamiento de la Administración se van delineando en la medida que acudimos a áreas específicas del derecho administrativo (organizativo, sancionatorio, económico, etc.), donde encontraremos otros principios rectores que no difieren mucho de los ya mencionados, pero que se incorporan para procurar la observancia especial de ciertos aspectos de las relaciones jurídicas entre la Administración y los ciudadanos que en ciertos casos merecen mayor atención o desarrollo en aras de lograr los cometidos del Estado y salvaguardar los derechos de los particulares. De manera que cuando hacemos referencia a principios que debe observar la Administración como celeridad, justicia, eficiencia, rendición de cuentas (ver artículos 141 de la CRBV y de numerosas normas de rango legal), se busca afianzar la supremacía constitucional, legalidad y proporcionalidad y responsabilidad del Estado en cualquier de sus actuaciones.

En esta oportunidad nos circunscribiremos a la función administrativa formal de la Administración y en específico a los principios rectores del procedimiento administrativo, con especial énfasis a las disposiciones normativas que se incorporaron a nuestro ordenamiento jurídico en el año 2014 a través de la habilitación legislativa que la Asamblea Nacional otorgó al Presidente de la República.

Ante todo debemos manifestar que los procedimientos administrativos que debe seguir la Administración Pública previo a la toma de una decisión que sea capaz de afectar la esfera jurídica de un individuo, deben, por una parte, estar regulados en normas de rango legal, pero además esas normas de rango legal deben respetar ciertos parámetros constitucionales para poder así sostener la adecuación de ese procedimiento a la denominada justicia administrativa². Lo

2 Estima quien suscribe que la idea de justicia administrativa debe observarse no solo en el derecho procesal administrativo (contencioso administrativo), sino igualmente en los procedimientos en sede administrativa, argumento que puede ser sostenido con el enunciado del artículo 49 de la

que pretende decirse con esto es que no basta que el procedimiento formal se encuentre en una norma de rango legal, sino que además debe ser un vehículo capaz de lograr los fines de la Administración pero en clara armonía con el derecho a la defensa y debido proceso del interesado o participante de ese procedimiento, de lo contrario, si el procedimiento administrativo no es capaz de observar las reglas del artículo 49 constitucional y demás principios fundamentales que hemos mencionado, el mismo deberá considerarse nulo o bien deberá ser supletoriamente complementado con el uso de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), puesto que el objetivo fundamental del procedimiento administrativo no es únicamente habilitar la actuación del Estado sino proteger al particular frente a esas facultades que ostenta la Administración. De este modo, el desarrollo de un procedimiento administrativo que está dirigido a afectar situaciones jurídicas y/o patrimoniales de los ciudadanos debe encontrarse legalmente establecido, a tenor del numeral 32 del artículo 156 y numeral 4 del artículo 49 de la Constitución, en concordancia con los artículos 1, 41 y 47 de la LOPA.

Ahora bien, en lo que concierne ya de manera específica a los principios rectores de los procedimientos administrativos, vemos que es posible apreciar una postura bastante uniforme de la doctrina nacional y extranjera, donde generalmente se observan los mismos elementos y características en el procedimiento administrativo, tal y como exponemos de seguidas:

Inicialmente vale destacar al Profesor Brewer (1998) quien hizo un estudio de las normas de procedimiento administrativo en América Latina rescatando 7 principios rectores del Procedimiento Administrativo³, donde se destacan: Principio

CRBV que claramente exige el debido proceso tanto en sede administrativo como judicial.

3 Vid Allan Brewer Carías, *Los Principios de Legalidad y Eficacia en las Leyes de Procedimientos Administrativos en América Latina*, pp. 31 y ss. Editorial FUNEDA.

de legalidad, Principio de Eficacia, Principio de Participación, Principio de Oficialidad, Principio sobre el Acto Administrativo y Principio del Debido Proceso, todos ellos subdivididos a su vez en otros principios y derechos inherentes tanto a la Administración como a los particulares. Por otra parte, podemos mencionar también a Campolieti (2007), quien también hizo un estudio de *Los Principios del Procedimiento Administrativo en los Ordenamientos Jurídicos Latinoamericanos*⁴, enumerándolos de la siguiente forma: Principio de legitimidad, Principio de Publicidad, Principio de Verdad Material, Principio de Oficialidad, Principio de Informalismo, Principio de Eficacia y Principio de Debido Proceso, entre otros, lo que nos permite verificar la clara consonancia en la doctrina a lo largo de los años y en diversos países.

De esta forma, los referidos principios vienen a ser considerados como elementos inherentes al procedimiento administrativo, situación que además se ve apoyada en varias normas constitucionales, que más allá de la propia noción de Estado de Derecho y de Justicia (artículo 2), debemos destacar los artículos 25, 49, 137, 140, 141, 143, 156, 259, entre otros, lo que nos permite afirmar que todo procedimiento administrativo debe observar los siguientes principios:

I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Fundamentalmente podemos indicar que el Principio de Legalidad se encuentra señalado en el artículo 137 de nuestra Constitución que dispone que *“La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”*, lo que reserva la creación de atribuciones a la Constitución y a la Ley, sin que ello impida la posibilidad de que su desarrollo y distribución

4 *Derecho Administrativo Iberoamericano*. Tomo II. Páginas 949 a la 960. Editorial Paredes.

puede ser ulteriormente abarcado por normas de rango sublegal. De manera que el desarrollo de las actividades y funciones del Estado debe observarse mediante los cauces exigidos por la Constitución, leyes y demás normas integrantes del ordenamiento jurídico, en lo que nuestra Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia denomina Bloque de Legalidad. Para el profesor Brewer (1998), este principio incorpora igualmente el principio de sometimiento al derecho y paralelismo de las formas, el principio de jerarquía y el régimen de discrecionalidad.

Además de su consideración constitucional, tenemos el artículo 4 del Decreto N° 1.424 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública⁵, que establece lo siguiente:

“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 lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y 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, participativo y protagónico.”

Así, tenemos que el Principio de Legalidad, bien en sus actuaciones formales (procedimientos administrativos y actos administrativos) y materiales (ejecución y cumplimiento de lo dispuesto en la ley y en las decisiones administrativas), debe someterse a todas las normas del ordenamiento jurídico vigente, de manera que su proceder debe subordinarse no solo a la Constitución y a la Ley, sino también a **normas de rango sublegal**, que conforme a nuestra jurisprudencia se trata de un “...un estatuto obligatorio para las distintas ramas del poder público,

5 GO 6.147 extraordinario de 17 de noviembre de 2014.

como un mandamiento dirigido propiamente al Estado para establecer los límites del ejercicio de las potestades que le han sido conferidas..." (ver sentencia N° 672 del 15 de marzo de 2006, dictada por la Sala Político Administrativa del TSJ).

Del mismo modo, tenemos a Campoletti (*ob cit*) que nos recuerda que el Principio de Legalidad no es específico del procedimiento administrativo "...sino de toda la actividad administrativa...", lo que a su decir comporta una doble exigencia "...la prohibición de actuar en contra del ordenamiento jurídico, y la necesidad de obrar como lo exija el ordenamiento jurídico..."⁶.

De manera que, si bien este principio regula toda actividad administrativa, en esta oportunidad haremos especial énfasis al aspecto procedimental, lo cual, es además claramente considerado en el artículo 49 de la CRBV que aparte de indicar que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, el numeral 3 expresamente señala que toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, lo que nos permite estimar la estricta reserva legal que debe observarse en la creación y desarrollo de procedimientos administrativos, lo que puede ser concordado con el numeral 32 del artículo 156 *eiusdem*, donde expresamente se prevé que "...La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos..." es de la Competencia del Poder Público Nacional⁷.

Lo anterior implica que todo procedimiento sustanciado por órganos y entes de la Administración Pública debe ser desarrollado con base en la ley, impidiéndose de esta manera a los órganos y entes del Estado, afectar la esfera jurídica de

6 Páginas 949 y 950.

7 Obtenido del trabajo *El Derecho a la Defensa en Sede Administrativa*. Editorial FUNEDA. 2013

los ciudadanos, sin la consecución de un procedimiento legalmente previsto en el derecho preexistente.

De esta forma, los procedimientos administrativos contenidos en las leyes especiales dictadas en ocasión de la habilitación legislativa que culminó en 2014, tales como: Decreto-Ley Orgánica de Administración Pública, Decreto-Ley Orgánica de Precios Justos, Decreto-Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, Decreto-Ley de Contrataciones Públicas, Decreto-Ley de Instituciones del Sector Bancario (donde hace expresamente referencia a este principio en el artículo 187), Decreto-Ley de Pesca y Acuicultura (LPA), Decreto Ley Anti-monopolio (LA) o cualquier otra que disponga la posibilidad de sustanciar procedimientos administrativos y consecuentemente tomar decisiones, en especial si estas son capaces de generar agravio en los particulares, deberán observar los parámetros aquí previstos.

II. PRINCIPIO DE EFICACIA

En cuanto a la eficacia del procedimiento administrativo es importante destacar que todo el iter formal que se desarrollará en sede administrativa debe ser adecuado a los fines perseguidos tanto por el Estado como por la propia ley que está siendo ejecutada. Así, el término eficacia dentro del contexto jurídico, lo podemos observar en la Enciclopedia Jurídica que lo define como *“el logro de la conducta prescrita; en la concordancia entre la conducta querida por el orden y la desarrollada de hecho por los individuos sometidos a ese orden...”*⁸. Para la doctrina, tenemos que

8 Agrega además *“...Pero también puede considerarse la eficacia del orden jurídico en relación con la efectiva aplicación de las sanciones por los órganos encargados de aplicarlas, en los casos en que se transgrede el orden vigente. La importancia de la eficacia reside en que un orden jurídico sólo es válido cuando es eficaz; el orden que no se aplica deja de ser tal, extremo que se evidencia en el reconocimiento que de los distintos órdenes hace el Derecho Internacional”*. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/>

Paz de Henríquez y De Abreu Pereira se refieren a este principio de la siguiente forma:

“En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales, deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación del mismo, el cual exige a la Administración Pública que su acción sea efectiva, constituyendo un principio general que debe concretarse en toda la regulación jurídica de la organización y acción de la Administración. Comprende pues, el funcionamiento de los órganos”⁹.

Considerando lo expuesto, tenemos que el procedimiento administrativo implica la exteriorización de los actos jurídicos, mediante un *iter* procedimental que debe ser seguido por el Estado para la formación de sus manifestaciones de voluntad, es decir, para poder dictar un acto administrativo que sea capaz de afectar los derechos e intereses de los ciudadanos. Es en dicho sentido que Araujo Juárez sostiene que “...la exteriorización de la voluntad, supone la previa integración de la misma y, precisamente, a través de una serie de trámites, todos ellos de índole jurídica, sin los cuales la voluntad presuntamente exteriorizada es inexistente o adolece de vicios...” (2007)¹⁰. Igualmente el referido autor señala el carácter instrumental de la función administrativa formal, indicando que el procedimiento administrativo es un camino de formación del acto administrativo, por cuanto:

“...el principio de instrumentalidad del procedimiento administrativo, con lo que se quiere significar que nunca es

9 Paz de Henríquez, Norma y De Abreu Pereira, Ana Yelitza. “El rol de la Administración Pública en la aplicación, protección y desarrollo de la participación ciudadana”, pp. 81 y 82. <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc29/art3.pdf>

10 Araujo Juárez, *Tratado de Derecho Administrativo Formal*, p. 31. Vadell Editores.

un fin en sí mismo, sino instrumento, cauce para alcanzar un fin (...) el procedimiento administrativo es una concatenación de actos administrativos preparatorios y preordenados para la determinación de los efectos finales..." (p. 36)¹¹.

Así, tenemos que el procedimiento administrativo "...debe alcanzar la finalidad para la cual fue iniciado (...) la finalidad del procedimiento administrativo debe prevalecer sobre aquellos formalismos intrascendentes que no determinen la invalidez de la decisión ni afecten las garantías establecidas a favor de los administrados..." (Campolieti)¹². De manera que la eficacia exige que el procedimiento sea un vehículo o medio capaz de lograr los objetivos de ese procedimiento resguardando siempre los derechos y garantías de los particulares (tanto los que participan como aquellos que pudieran verse afectados por el resultado del procedimiento).

Lo expuesto se puede ejemplificar con la LOPJ, la cual, otorga numerosas facultades a la denominada Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE) para sancionar la comisión de ilícitos económicos, regular márgenes de ganancia y evitar igualmente la comisión de infracciones, lo que significa que los procedimientos bien de fiscalización bien de sanción no pueden ser tergiversados para convertirse en herramientas de extorsión de empresarios o para la expropiación o confiscación de bienes. Del mismo modo, los procedimientos de selección de contratistas previstos en la LCP, deben ser no solo medios para adquirir bienes, obtener la prestación de servicios o ejecución de obras, sino que también debe servir como garante y protector del patrimonio público, es por ello que los conceptos, parámetros de contratación y modalidades de selección de contratistas deben ser lo más claros y objetivos posibles a los fines de evitar la desviación de los fines del procedimiento administrativo, porque de lo contrario se correría el riesgo de hacer de ese procedimiento algo ineficaz en lo que concierne a los objetivos de esa ley y de

11 Araujo Juárez, ob cit.

12 Ob cit., p. 956

esos trámites formales para alcanzar la selección de un contratista o para eventualmente sancionar o dar por terminado unilateralmente un contrato celebrado con la Administración.

Si bien cada ley especial que involucre función administrativa, especialmente cuando regula procedimientos administrativos especiales, debe observar este principio, no necesariamente lo vamos a encontrar de forma expresa -lo que no admite su inobservancia-, para ello igualmente vale recordar que los Principios Fundamentales del Derecho Público tienen en gran medida una génesis constitucional, adicionalmente la Administración podrá aplicar de manera supletoria la LOPA ante escenarios de vacío, sin obviar la también reformada por vía habilitante Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos (LSTA)¹³, que bien procura que toda sustanciación o trámite administrativo se realice de forma expedita, intentando disminuir la burocracia y la exigencia de requerimientos innecesarios, lo que lógicamente va de la mano con la eficacia del procedimiento administrativo. Además, esto obliga a los órganos y entes públicos a agilizar y otorgar celeridad a las peticiones ciudadanas, a los fines de mejorar su pertinencia y utilidad, y especialmente, optimizar las relaciones de la Administración Pública con los ciudadanos (ver artículo 5 de la LSTA), haciendo expresa referencia a la eficacia en la elaboración de los trámites administrativos en su artículo 9, en los términos siguientes:

“El diseño de los trámites administrativos debe realizarse de manera que los mismos sean claros, sencillos, ágiles, racionales, pertinentes, útiles y de fácil entendimiento para las personas, a fin de mejorar las relaciones de éstos con la Administración Pública, haciendo eficiente y eficaz su actividad.”

13 Gaceta Oficial N° 40.549 del 26 de noviembre de 2014. Decreto N° 1.423 del 17 de noviembre de 2014.

En adición a lo expuesto, es posible destacar el artículo 9 de la LOPJ el denominado “Principio de Simplicidad Administrativa” que pretende que la actividad administrativa derivada de los órganos y entes involucrados a ese Decreto-Ley, concentre y establezca los trámites administrativos indispensables “...para reducir según la utilidad, el número de requisitos y recaudos, que permitan la correcta y oportuna evaluación y procesamiento de los trámites de las mismas...”. De manera que ese Principio de Simplicidad debería **observarse en**, por ejemplo, el Registro Único de Personas que Desarrollan Actividades Económicas (RUPDAE), los requerimientos de información que haga la SUNDDE y demás procedimientos administrativos que se desarrollen en atención a la LOPJ. Además agrega el parcialmente citado artículo que los órganos y entes involucrados deben proporcionar mecanismos ágiles y sencillos para procesar las consultas, propuestas, opiniones, denuncias, sugerencias y quejas, que realicen los usuarios y usuarias sobre los servicios prestados.

También cabe destacar el artículo 2 de la LCP que dispone entre sus principios la economía, planificación, transparencia, planificación, honestidad, igualdad, competencia, publicidad y simplificación de trámites, lo que permite observar nuevamente el principio de eficacia dentro del proceder de la Administración, ya sea que se trate del ente contratante o de la unidad administrativa encargada de regular y registrar la data de los contratistas, como sería el caso del Servicio Nacional de Contratistas (SNC) y demás unidades funcionales. En similar sentido encontramos el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Inversiones Extranjeras (LIE) cuyo artículo 2 también refiere a los principios de “...soberanía, independencia, solidaridad, honestidad, eficacia, eficiencia, transparencia, cooperación, complementariedad económica y productiva...”.

De esta manera es posible estimar que la eficacia, junto a la legalidad, suponen probablemente las bases rectoras del procedimiento administrativo y que igualmente constituyen el

punto de partida de todos los demás principios que estudiaremos a continuación.

III. PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN

Este principio procura reglar y favorecer el acceso de los particulares a la Administración Pública, y en especial, determinar las obligaciones que recaen sobre el Estado a la hora de iniciar un procedimiento administrativo o de recibir una solicitud, petición o recurso. Lo expuesto debe fundamentalmente compaginarse entre el interés de quienes participan en el procedimiento y los derechos de los mismos.

En este orden de ideas, los artículos 22 y 23 de la LOPA, prevén la figura del interesado como presupuesto de participación en el procedimiento, tomando expresamente como base jurídica la contenida en los artículos 112 y 121 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, actualmente contemplados en el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LOJCA), normas que han ido evolucionado hacia conceptos más permisibles y flexibles tanto de los requerimientos para la participación en el proceso, como en las formalidades de sustanciación del mismo, hasta el punto de exigir, como requisito de participación, el interés jurídico actual en el tema en controversia¹⁴.

Así, la figura de la petición y su correlativa respuesta son elementos propios del Principio de Participación en el desarrollo del procedimiento administrativo, los cuales, exponemos de seguidas:

14 Obtenido del trabajo *El Derecho a la Defensa en Sede Administrativa*. Editorial FUNEDA. 2013

1. Derecho de Petición

Al momento de hacer referencia a las relaciones jurídicas derivadas del marco administrativo, nos encontramos ante una serie de derechos y garantías ciudadanas que deben ser avaladas por la Administración Pública. Así, cuando observamos el derecho constitucional de petición (art. 51 de la Constitución), tenemos que recíprocamente se genera la obligación por parte del Estado a conceder una adecuada y oportuna respuesta, con el objeto de dar satisfacción a las necesidades del administrado¹⁵. De este modo el marco constitucional es ulteriormente desarrollado en normas de rango legal, donde las leyes habilitadas del año 2014 también han hecho referencia a ello en algunas circunstancias.

La LOAP dispone la “Garantía del derecho a petición” en el artículo 9, donde se impone la obligación a los funcionarios *“...de recibir y atender, sin excepción, las peticiones o solicitudes que les formulen las personas, por cualquier medio escrito, oral, telefónico, electrónico o informático...”*, esa obligación, dentro de la relación jurídica administrativa, se entenderá como un correlativo derecho del ciudadano el cual ostentará también el ya indicado derecho a adecuada y oportuna respuesta, que en el referido artículo se redacta como la obligación del funcionario *“...de responder oportuna y adecuadamente tales solicitudes...”*¹⁶. En similar sentido tenemos la LOPA cuyo artículo 2 establece que toda persona interesada podrá, por sí o por medio de su representante *“...dirigir instancias o peticiones a cualquier organismo, entidad o autoridad administrativa. Estos deberán resolver las instancias o peticiones que se les dirijan...”*.

15 Obtenido del trabajo *El Derecho a la Defensa en Sede Administrativa*. Editorial FUNEDA. 2013

16 Además indica el artículo 9 de la LOAP que: En caso de que una funcionaria pública o funcionario público se abstenga de recibir las peticiones o solicitudes de las personas, o no de adecuada y oportuna respuesta a las mismas, serán sancionados de conformidad con la ley.

Se observa perfectamente que la petición administrativa constituye un derecho del ciudadano, generando una recíproca obligación en la Administración Pública de otorgar una adecuada y oportuna respuesta, encontrándose vedado para el Estado impedir el ejercicio de éste derecho, tal y como lo contempla el artículo 3 de la LOPA, que prevé que *“Los funcionarios y demás personas que presten servicios en la administración pública, están en la obligación de tramitar los asuntos cuyo conocimiento les corresponda y son responsables por las faltas en que incurran...”* (Resaltado y subrayado añadido)¹⁷.

En este orden de ideas, el artículo 6 de la LSTA, contempla que cada uno de los órganos y entes de la Administración Pública, en el ámbito de sus competencias, llevará a cabo la simplificación de los trámites administrativos que se realicen ante los mismos, debiendo suprimir los trámites innecesarios que incrementen el costo operacional de la Administración Pública, hagan menos eficiente su funcionamiento y propicien conductas deshonestas por parte de los funcionarios. Igualmente, el artículo 5 de esa Ley contempla la obligación del Estado a aplicar los principios rectores de la Administración Pública, en especial:

1. La presunción de buena fe del ciudadano.
2. La simplicidad, transparencia, celeridad y eficacia de la actividad de la Administración Pública.
3. La actividad de la Administración Pública al servicio de los ciudadanos.
4. La desconcentración en la toma de decisiones por parte de los órganos de dirección.

Del mismo modo, vale la pena resaltar que nuestro marco jurídico contempla la presunción de buena fe ante los trámi-

¹⁷ Obtenido del trabajo *El Derecho a la Defensa en Sede Administrativa*. Editorial FUNEDA. 2013

tes administrativos y peticiones ciudadanas, en consecuencia, todas las actuaciones que se realicen ante la Administración Pública, deberían tener como cierta la declaración del administrado, salvo prueba en contrario (artículo 24 de la LSTA)¹⁸. Pero además, el derecho de petición no se limita a la simple presentación de la instancia solicitud, reclamo, etc., sino que también comporta el derecho de acceder al expediente administrativo, conocer el estado en el que se encuentra el procedimiento (artículo 39 de la LSTA¹⁹) y obtener una adecuada y oportuna respuesta, aspecto que analizaremos en el siguiente punto.

2. De la adecuada y oportuna respuesta

El derecho constitucional a una adecuada y oportuna respuesta, producto del derecho de petición, ha sido claramente reconocido en el artículo 51 de nuestra Carta Magna, siendo un componente inherente y correlativo al ejercicio del derecho de petición antes estudiado, lo que ha sido analizado reiteradamente por la Sala Constitucional del TSJ, por lo que podemos traer a colación la decisión N° 2073/2001, caso: Cruz Elvira Marín, donde fue estudiado el contenido y alcance del derecho de petición y su consecuente respuesta, en los términos siguientes:

“La disposición transcrita, por una parte, consagra el derecho de petición, cuyo objeto es permitir a los particulares acceder a los órganos de la Administración Pública a los fines de ventilar los asuntos de su interés en sede gubernativa. Asimismo, el artículo aludido, contempla el derecho que inviste a estos particulares de obtener la respuesta pertinente en un término prudencial. Sin embargo, el mismo

18 Ob. Cit.

19 Toda persona que haya presentado una petición, reclamación, consulta, queja o que haya efectuado una diligencia, actuación o gestión ante los órganos y entes de la Administración Pública, tiene derecho a conocer el estado en que se encuentra su tramitación y a que se le informe el plazo dentro del cual se atenderá y dará respuesta oportuna a la misma, con las facilidades y condiciones indicadas en el artículo precedente.

Texto Constitucional aclara que el derecho de petición debe guardar relación entre la solicitud planteada y las competencias que le han sido conferidas al funcionario público ante el cual es presentada tal petición. De esta forma, no hay lugar a dudas, en cuanto a que la exigencia de oportuna y adecuada respuesta supone que la misma se encuentre ajustada a derecho, pero no implica necesariamente la obligación de la Administración de acordar el pedimento del administrado, sino sólo en aquellos casos en que el marco jurídico positivo permita al órgano de la Administración tal proceder, sobre la base de las competencias que le han sido conferidas..." (Ver igualmente sentencia de la misma Sala N° 2109/2002, caso: Friedrich Wilhelm Siegel)

De esta forma, la Sala puntualiza que el derecho a adecuada y oportuna respuesta no significa que el órgano al cual se dirigió una determinada petición o solicitud, deba necesariamente acordar lo requerido por el particular, lógicamente lo solicitado debe encontrarse ajustado a derecho y haber sido presentado ante la autoridad competente.

Lo expuesto en la norma constitucional también se observa en las leyes habilitadas de 2014 donde una vez más el artículo 39 de la LSTA prevé la obligación de "respuesta oportuna" a favor de los particulares (también indicado en el numeral 8 del artículo 62), siendo igualmente reconocido como parte de la previamente estudiada "*garantía del derecho de petición*" del artículo 9 de la LOAP, así como en el numeral 3 del artículo 69 de la LISB, en todo lo que implique reclamos de usuarios en el sector financiero regulado por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SISB). Es posible apreciar también en la LCP cuando se hace referencia a solicitud de aclaratoria del pliego de condiciones o bien en la solicitud de modificación del contrato que eventualmente puede requerir el contratista (artículos 69 y 130 respectivamente).

IV. PRINCIPIO DE OFICIALIDAD

Respecto al principio de oficialidad debemos observar nuevamente diversos aspectos que conforman y hacen efectivo este principio, donde destacará la rectoría y dirección que las autoridades competentes deben otorgar a los procedimientos administrativos que estén sustanciando, lo que implica el deber de iniciar esos procedimientos, desarrollarlos de forma expedita y adecuada para finalmente tomar una decisión que finalice formalmente el procedimiento.

Así, tenemos que Campolieti F. *ob cit*, justifica la incorporación de este principio al procedimiento administrativo *“Toda vez que el fin último del procedimiento administrativo es la búsqueda de la verdad material (...) por ello existe este deber de las autoridades de dirigir e impulsar el procedimiento de oficio...”*²⁰ y demás trámites o actos que resulten necesarios para alcanzar el fin del procedimiento. También podemos traer a colación a Zambonino Pulito, M. quien examina el principio de oficialidad en el sentido que el procedimiento *“...se impulsará de oficio en todos sus trámites...”*, agregando además lo siguiente:

“Ello supone que la carga de promover la celebración de los trámites del procedimiento corresponde a la Administración, no a los interesados, recayendo sobre los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos la responsabilidad de la tramitación puntual del procedimiento (art. 41 LPAC²¹). Ello sin perjuicio de la participación activa de los interesados en el procedimiento, cuestión de la que nos ocuparemos al hilo del análisis del principio de contradicción...”²².

20 Pág. 953

21 Ley del Procedimiento Administrativo Común (España)

22 Zambonino Pulito, María. “Apuntes de Derecho Administrativo I Grado en Derecho”, Facultad de Derecho Universidad de Cádiz.

Si bien podemos observar cierto vínculo entre el principio de eficacia y el de oficialidad (recordemos que en gran medida todos los principios rectores del procedimiento administrativo tienen como base fundamental la legalidad y la eficacia), en lo que concierne a la oficialidad además de buscar lograr los cometidos del procedimiento, se impone sobre la Administración la carga no solo de iniciar un trámite administrativo, sino de desarrollarlo (sustanciarlo) hasta su debida terminación, **lo que pretende no solo lograr los cometidos de ese procedimiento, sino** también de garantizar el debido proceso en sede administrativa y ante todo salvaguardar la seguridad jurídica de los particulares ante las actuaciones de la Administración Pública. De manera que iniciar un procedimiento administrativo, en especial cuando este es capaz de generar agravio en el ciudadano, sin que se llegue a una culminación formal supone una trasgresión no solo del principio de oficialidad, sino también **del de legalidad**, ya que se inobservaría los parámetros formales impuestos en el ordenamiento jurídico, *eficacia*, en virtud que el procedimiento no alcanzó **formalmente su fin, participación**, dado que el interesado merece adecuada y oportuna respuesta (lo que concierne una resolución formal del procedimiento), así como los principios que estudiaremos de seguidas y que involucran el derecho a la defensa y debido proceso en sede administrativa, puesto que un procedimiento inconcluso dentro de los trámites legalmente previstos, genera incertidumbre y una posible afectación indefinida en el tiempo en los derechos del particular, en especial si se han observado las denominadas medidas preventivas, cada vez más utilizadas por la Administración Pública venezolana.

En las leyes habilitadas del año 2014 también podemos encontrar bien de forma expresa o tácita la consideración al principio de oficialidad, como sería el numeral 2 del artículo 127 de la LPA que señala entre sus principios de procedimiento administrativo la *Dirección e impulso de oficio* donde se indica que “...El funcionario (...) que sustancia y dirige el proceso debe impulsarlo de oficio hasta su conclusión....”. También pode-

mos observarlo en el artículo 32 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Antimonopolio (LA), que nos indica en el Título IV Capítulo I, referido a los procedimientos contra prácticas prohibidas que “...*El procedimiento se iniciará a solicitud de parte interesada o de oficio. La iniciación de oficio sólo podrá ser ordenada por el Superintendente...*”, agregando en los artículos 34 y siguientes todas las actuaciones formales que deberán desarrollarse en la sustanciación del procedimiento para llegar finalmente a la decisión o resolución definitiva. Mientras que en la LISB, los artículos 233 y siguientes consagran los postulados similares.

En similar sentido , tenemos los procedimientos contenidos en la LOPJ, donde se observan los denominados procedimientos de fiscalización (ver artículo 14 y artículos 39 y ss de la LOPJ), los cuales, deberían ser empleados a los fines de vigilar, inspeccionar y verificar que los agentes económicos cumplan con las normas rectoras en materia de precios justos y demás derechos de los consumidores y usuarios, sin que pueda aceptarse que un acto de fiscalización sirva de base para la afirmación de ilícitos administrativos o económicos, como tampoco para generar en ese acto agravios irreparables o de difícil reparación, puesto que para ello deben cumplirse los parámetros del principio de oficialidad y de debido proceso (derecho a la defensa del interesado), lo que supone el inicio/sustanciación/terminación de un procedimiento administrativo sancionatorio.

De esta forma, las inspecciones y fiscalizaciones son también típicas actuaciones de entes y órganos que ejercen la denominada actividad de policía administrativa, constituyen tal y como su nombre lo indica, revisiones, investigaciones, verificaciones, que para Peña Solís (2003)²³ constituyen igualmente una actividad de ordenación o de limitación, fundamentado en “...*el deber genérico de los ciudadanos de no perturbar el orden,*

23 Manual de Derecho Administrativo, Volumen Tercero, páginas 110 y siguientes. Colección de Estudios Jurídicos N° 9.

deber cuyo incumplimiento acarrearía la puesta en funcionamiento de aquel poder...”, teniendo por finalidad “...la necesidad de mantener el orden público...”.

Ahora bien, dado que la fiscalización constituye un procedimiento administrativo anterior o previo y distinto al procedimiento sancionatorio, debemos recordar que la fiscalización no puede admitir la sanción del sujeto regulado como tampoco el agravio definitivo, ya que en dicha fase de actuación se desconoce si el sujeto o particular ha cumplido o no con el marco jurídico, siendo que en las inspecciones y fiscalizaciones se podrá recabar esa información para determinar si ulteriormente será necesario dar inicio a un procedimiento administrativo sancionatorio²⁴.

En este orden de ideas, tenemos el artículo 39 de la LOPJ que prevé el denominado inicio de fiscalización, que dispone que el funcionario competente, bien de oficio o con fundamento en denuncia, iniciará la fiscalización para el cumplimiento de las regulaciones previstas en ese Decreto-Ley. Por otra parte, el artículo 42 *eiusdem* establece que el acta debe contener la siguiente información:

1. Lugar, fecha y hora en que se verifica la inspección y fiscalización, con la descripción de los bienes o documentos sobre los cuales recae. Cuando la determinación del lugar no sea posible precizarla técnicamente, se indicará con la dirección en que se encuentre el bien mueble o inmueble a fiscalizar.
2. Identificación de la persona natural o jurídica propietaria, poseedora u ocupante por cualquier título de los bienes objeto de inspección o Fiscalización.
3. Identificación del sujeto de aplicación del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica.

24 Tomado del trabajo *Procedimientos Administrativos y Potestad Sancionatoria en la LOPJ*. FUNEDA. 2014

4. Identificación del funcionario que practique la respectiva inspección.
5. Narración de los hechos y circunstancias verificadas, con especial mención de aquellos elementos que presuman la existencia de infracciones a la presente Ley Orgánica, si los hubiere.
6. Señalamiento de testigos que hubieren presenciado la inspección.
7. Cualquier otra situación o circunstancia que pudiera ser relevante o determinante en ese procedimiento.

Así, toda fiscalización debería comportar eventualmente el cierre de la misma (culminación del procedimiento de fiscalización), como parámetro formal de actuación de la Administración, sin embargo, ha sido posible observar en algunas fiscalizaciones de la SUNDDE un comportamiento a menudo contrario a la oficialidad, por cuanto, es usual presenciar el empleo de las medidas preventivas como una suerte de decisión que tiene efectos indefinidos en el tiempo. De manera que aun cuando hubiese culminado la fiscalización, permanece sobre el agente económico medidas como “ocupación temporal”, “ajuste de precios”, “comiso de bienes”, entre otras que usualmente carecen de indicación de temporalidad en el *Acta de Fiscalización* (como tampoco en la Ley, pero al ser preventivas y temporales, mal pueden ser impuestas a título indefinido), lo que las convierten en decisiones de naturaleza permanente o de tiempo indeterminado, situación que puede acarrear agravios irreparables en el agente económico, lo que es contrario a la naturaleza de un procedimiento de fiscalización. Además, ese proceder comporta una clara inobservancia al principio de oficialidad, puesto que si el fiscal o funcionario que practicó la inspección tuvo argumentos para estimar la presunta comisión de infracciones, automáticamente se genera el deber de dar inicio al procedimiento sancionatorio correspondiente y no dejar los efectos de la fiscalización de forma indefinida en el tiempo. Esto, aparte de generar una notable inseguridad jurídica en el interesado, termina por convertir las fiscalizaciones en procedimientos de carácter definitivo capaces de ocasionar un daño en la

esfera jurídica o patrimonial del afectado, sin el debido cauce formal que garantice, ante todo, el derecho constitucional a la defensa y debido proceso del particular.

De esta manera, las investigaciones e inspecciones que eventualmente puedan realizar los órganos y entes de la Administración (Superintendencia Antimonopolio, SUNDDE, SISB, entre otros), no pueden servir como procedimiento administrativo definitivo, sino que por el contrario, conforme al principio de oficialidad, están en el deber de culminar eventualmente esas inspecciones o fiscalizaciones para que ello tenga como resultado o bien el cierre de la investigación, inspección, etc., o en el caso de haber obtenido elementos que hagan presumir la comisión de infracciones, dar el inicio del procedimiento administrativo correspondiente para llegar a la verdad de los hechos, permitir la defensa del particular y finalmente imponer –cuando se compruebe el ilícito– la sanción correspondiente.

V. PRINCIPIO SOBRE EL ACTO ADMINISTRATIVO

El acto administrativo es el medio por el cual la Administración Pública manifiesta su voluntad, es un deber formal para ejercer sus potestades administrativas y para afectar la esfera jurídica del ciudadano. El artículo 7 de la LOPA lo define como “...*toda declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la ley, por los órganos de la administración pública...*”. Vemos entonces que el acto administrativo contiene las declaraciones de la Administración, pero para poder ser calificado formalmente como acto administrativo debe ser emitido de conformidad con las formalidades y demás requisitos legales, lo que impone el deber a los órganos y entes públicos de cumplir a cabalidad los principios fundamentales del derecho público y del procedimiento

administrativo para que esos actos puedan surtir efectos jurídicos y, por tanto, tener validez.

1. De las formalidades del acto administrativo

El acto administrativo debe observar diversos elementos no solo en su contenido (formalidades), sino también en su proceso de formación (procedimiento administrativo) y ulterior ejecución (publicidad o notificación), para que pueda afectar la esfera jurídica de sus destinatarios, de lo contrario se considerará nulo de nulidad relativa (artículo 20 LOPA) o nulo de nulidad absoluta (artículo 19 LOPA), dependiendo de la falta formal incurrida y de los efectos que esa falta pueda generar en la esfera jurídica de los particulares.

En este sentido, es importante destacar que la inobservancia de ciertos elementos formales pudieran eventualmente ocasionar violación de derechos constitucionales, como sería el caso de la inobservancia de indicar en el acto las situaciones de hecho y los fundamentos de derecho que dieron lugar a su emisión, tal y como lo indica el artículo 9 y el numeral 5 del artículo 18 de la LOPA, que expresamente impone que el acto administrativo deberá contener “...los fundamentos legales pertinentes”. Esta formalidad no puede circunscribirse, simplemente, a indicar el nombre de la ley, reglamento o providencia supuestamente inobservada, sino que debe constituir una indicación certera y clara de las normas jurídicas presuntamente infringidas. Lo anterior debe ser así expresado, no solo para cumplir con las formalidades de la LOPA, sino también para garantizar el derecho constitucional a la defensa del particular. Esto se ejemplifica fácilmente con un acto administrativo de apertura de un procedimiento administrativo que solo se haya limitado a indicar que ciertos hechos conllevaron a la inobservancia o violación de una determinada Ley, sin hacer concreta referencia a las normas trasgredidas, es decir, sin señalar los artículos específicos. Un caso como el expuesto obstaculizaría la defensa del destinatario por cuanto no sabría

exactamente cuál fue la norma (artículo o supuesto normativo específico) que fue infringido. Por lo tanto, el acto administrativo de apertura como el acto que sirve de notificación debe ser lo suficientemente concreto para cumplir con las formalidades del artículo 18 de la LOPA y garantizar el derecho constitucional a la defensa del particular.

También es posible observar formalidades especiales en las leyes habilitadas de 2014, como es el caso del artículo 84 de la LOPJ que dispone que terminado el procedimiento “...el funcionario competente dictará la decisión mediante un acto redactado en términos claros, precisos y lacónicos, sin necesidad de narrativa, ni transcripciones de actas, ni documentos que consten en el expediente...”, exigiendo expresamente los siguientes elementos:

1. Lugar y fecha de emisión.
2. Identificación de las partes en el procedimiento.
3. Hechos u omisiones constatados, bienes objeto del procedimiento y métodos aplicados en la inspección o fiscalización.
4. Hechos reconocidos parcialmente, si fuere el caso.
5. Apreciación de las pruebas y de las defensas alegadas.
6. Fundamentos de la decisión.
7. Sanciones que correspondan, según los casos.
8. Recursos que correspondan contra el acto.
9. Identificación y firma autógrafa del funcionario competente que emite el acto, con indicación del carácter con que actúa²⁵.

25 Si del procedimiento se evidenciaran elementos que presupongan la existencia de la comisión de delitos de orden público, el acto conclusivo indicará tal circunstancia, y el funcionario actuante ordenará la remisión de una copia certificada del expediente al Ministerio Público.

Vemos que no dista mucho del contenido del artículo 18 de la LOPA, lo esencial es que el acto administrativo sea claro y válido en su conformación, para que así pueda surtir efectos en el mundo jurídico. Lo precedente tiene claro respaldo doctrinal y jurisprudencial, donde podemos traer a Zanobini (1947), quien señala que la decisión administrativa además de estar fundamentada en la juridicidad que se le exige, debe contener las razones de hecho y de derecho que sirvieron de fundamento para arribar al acto administrativo de contenido determinativo, declarativo o sancionatorio, según el caso. Del mismo modo, podemos citar el artículo 135 de la LPA que también indica formalidades especiales para emitir el acto administrativo de inicio del procedimiento administrativo en los términos siguientes:

1. La identificación del denunciante, su domicilio o residencia.
2. Identificación de los presuntos infractores, así como del respectivo buque pesquero, establecimiento acuícola, industrial, comercial o vehículo de transporte.
3. Posición geográfica del buque pesquero, determinada por las coordenadas, geográficas, para el momento de la presunta comisión del hecho, para lo cual se tomarán los registros de la unidad actuante y los del buque pesquero, cuando éste posea instrumentos o equipos electrónicos que permitan la lectura directa de la posición.
4. Ubicación geográfica del establecimiento acuícola, comercial o del vehículo de transporte.
5. Narración de los hechos.
6. Señalamiento de testigos que hubieren presentado tal comisión del hecho, si los hubiere.
7. Existencia, vigencia o condiciones de las autorizaciones otorgadas por el Instituto Socialista de la Pesca y Acuicultura, siempre que el presunto infractor la portare.

En síntesis, es imperativo de ley la necesidad de que el acto administrativo disponga de parámetros formales que permitan identificar el caso, organismo y las situaciones y normas que están siendo consideradas en el inicio del procedimiento (motivación del acto), por cuanto, es un desarrollo del derecho a la defensa consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, a su vez, del principio de legalidad delimitante de la actividad administrativa²⁶ y que como bien dispone el profesor Araujo Juárez "...la eficacia se expresa por una serie de actos complementarios de vida jurídica distinta, tales como la publicación, la notificación, la inscripción o fiscalización del acto administrativo principal..."²⁷. En ese contexto, la Sala Político Administrativa expresó en Sentencia N° 00551 publicada en fecha 30 de abril de 2008, lo siguiente:

"...los artículos señalados establecen que todo acto administrativo, debe contener expresión sucinta de los hechos que lo justifican y sus fundamentos legales. En este sentido, en jurisprudencia de esta Sala, se ha señalado que la motivación es un requisito esencial para la validez del acto administrativo; que basta para tener cumplido el mismo, que ésta aparezca en el expediente formado con ocasión de la emisión del acto administrativo y sus antecedentes, siempre que su destinatario haya tenido acceso y conocimiento oportuno de éstos..." (Subrayado añadido)

De esta forma, puede afirmarse que de no ser señaladas las normas jurídicas con el necesario e ineludible nexo a las situaciones de hecho ilícitas supuestamente incurridas por el particular objeto de procedimiento, nos encontraríamos ante el incumplimiento del artículo 18 de la LOPA, situación que impediría la eficacia del acto administrativo, en concordancia con el artículo 20 *eiusdem*, de manera que no puede conside-

26 Obtenido del trabajo *El Derecho a la Defensa en Sede Administrativa*. Editorial FUNEDA. 2013

27 Araujo-Juárez, José. *Manual de Derecho Administrativo*, Ediciones Paredes, 2013, Caracas, Venezuela.

rarse legalmente capaz de surtir sus efectos jurídicos, en el contexto de la ejecutividad y la ejecutoriedad de las manifestaciones de la Administración. Es importante sostener que lo anterior debe observarse tanto al inicio como en la culminación del procedimiento administrativo, así lo ha sostenido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1397 del 7 de agosto de 2001, que estableció lo siguiente:

“...Es así como la iniciación del procedimiento debe hacerse de tal manera que al investigado se le permita, en la siguiente fase del proceso, desvirtuar los hechos de los que presuntamente es responsable, así como su posible calificación, ya que a quien corresponde probar su responsabilidad es a la Administración y no al indiciado su inocencia...”.

Para que lo expuesto por la Sala Constitucional se materialice no basta simplemente en indicar nombres de actos normativos y hechos aislados, es indispensable que el particular pueda identificar qué supuestos de hecho contenidos en artículos concretos fueron presuntamente incumplidos y además, esas normas deben estar vinculadas con las situaciones de hecho que supuestamente verificó la Administración. Se trata de establecer un claro nexo de fácil apreciación entre supuesto (s) de hecho ilícito (s) y las normas aplicables, tanto las que contienen esas conductas reguladas como antijurídicas, como las que servirán de base sancionatoria.

2. La notificación del acto administrativo

Como hemos expuesto, son diversas las formalidades que debe cumplir el acto administrativo para que se entienda eficaz, entre las que destaca no solo aquellas que conciernen a su contenido sino también las referentes a la debida notificación del destinatario de la decisión emitida por la Administración. Las leyes habilitadas del 2014, no siempre son claras en la observancia de las anteriores rigurosidades, de cualquier modo ya se ha expuesto que ante cualquier vacío deberán apli-

car la LOPA (régimen supletorio observado en algunas leyes especiales como la LCP en su artículo 7).

Así, tenemos la figura de “notificación única” en el numeral 6 del artículo 127 de la LPA que dispone que *“Realizada la notificación del interesado o interesada queda a derecho, sin necesidad de nueva notificación para ningún otro acto del procedimiento, salvo los casos expresamente señalados en la ley”*. Esta referencia a una notificación única puede resultar delicado a la hora de mantener a derecho al particular, por lo que hay que considerar que si bien puede aceptarse que para iniciar un procedimiento administrativo o para su terminación solo se requiere una notificación, igualmente deberá considerarse aquellos casos en que el procedimiento administrativo se haya visto interrumpido o aletargado por causa imputable a la Administración, situación que sin dudas exigiría una nueva notificación al interesado a los fines de reanudar el procedimiento (siempre que no hayan operado formas de terminación anormal del procedimiento administrativo como sería el caso de la prescripción).

Por otra parte en lo que concierne a la LA tenemos los artículos 36 y 43, donde tanto en el inicio del procedimiento administrativo como ante la eventual decisión se exige la notificación del presunto infractor. En similar sentido, la LOPJ, vemos que tanto en fase de fiscalización (artículo 40) como en fase de procedimiento sancionatorio (artículo 75) exigen la notificación del interesado, sin embargo, en fase de fiscalización la formalidad de notificar al agente económico es flexibilizada, pudiendo proceder el funcionario aun cuando no se encuentre alguien facultado para recibir el acto.

Las precedentes notificaciones deberían observar las reglas antes estudiadas y que detalladamente se encuentran contenidas en los artículos 73 y siguientes de la LOPA, donde se exige en caso de actos de efectos particulares la notificación personal del interesado y en los actos de efectos generales su publicación en Gaceta Oficial. Ahora, hemos podido observar en los

últimos años el ejercicio de las notificaciones electrónicas, lo que no cuenta con una detallada regulación normativa en la mayoría de los casos, pero que bien debe emplearse siempre y cuando la normativa especial lo contemple y siempre que se especifique cuándo y cómo se entenderá debidamente notificado el particular, porque de lo contrario sería muy difícil establecer de forma cierta la fecha en que el interesado tuvo conocimiento de la decisión administrativa y por tanto, desde cuándo comienzan a computarse los lapsos de defensa o impugnación.

Una clara referencia a lo expuesto la conseguimos en el artículo 8 de la LCP donde se dispone que las notificaciones deben realizarse de *“forma electrónica siempre que el destinatario de la notificación hubiere previamente aceptado tal condición y deberán publicarse en la página web del contratante”*, mientras que si se trata de rescisiones unilaterales de contrato por incumplimiento del contratista y decisiones que deriven de un procedimiento administrativo que afecten derechos subjetivos *“...adicionalmente las notificaciones deberán ser publicadas en la página web del Servicio Nacional de Contrataciones”*. Vemos que la norma condiciona el uso de medios electrónicos *“siempre que el destinatario de la notificación hubiere previamente aceptado tal condición”*, agregando la adicional exigencia de publicarlo en la página web del ente contratante. Ahora, agrega la norma bajo estudio que se tomará como fecha cierta de notificación *“...el evento que primero ocurra según pueda verificarse...”*, lo que no queda claro es a qué se refiere con *“evento que ocurra primero”*, pareciera que se refiere a la forma de la notificación (correo electrónico, página web, etc.), y para verificarse qué cosa, es decir, se pretende verificar que se envió la notificación o que la misma fue efectivamente recibida por el particular. Lo ideal es que la norma busque verificar que el particular recibió la notificación y que está al tanto de lo decidido, pero la redacción no es clara.

Para evitar dudas como la expuesta, deberían estimarse reglas adicionales para generar certeza en esta metodología de

notificación, por ejemplo, el de obtener respuesta por el mismo medio electrónico de parte del particular, y en caso de no haber respuesta, tener por notificado al particular luego de que haya transcurrido un determinado número de días. Además, debería considerarse la fase y tipo de procedimiento para delinear las rigurosidades de notificación. Así, en caso de la apertura de un procedimiento administrativo de naturaleza sancionatoria o que sea capaz de generar agravio, podría mantenerse la exigencia de notificación personal, ello como elemento que permita garantizar la debida notificación y correlativo derecho a la defensa, pudiendo admitirse que ulteriores notificaciones en la sustanciación de ese procedimiento se hagan por otro medio. La notificación no es solo una formalidad en cabeza del Estado, es ante todo un medio para garantizar la defensa del particular.

Por el contrario, la LCP trata los distintos escenarios más o menos igual, solo añade la formalidad de publicar en la página web del SNC en caso de procedimientos de rescisión unilateral o que afecten derechos subjetivos, pero es evidente que no es lo mismo formar parte de un procedimiento de selección de contratistas donde el oferente ha participado a lo largo del procedimiento de contratación, estando conscientemente de que se encuentra a la espera de la decisión del ente contratante y otra muy distinta es el surgimiento de un repentino procedimiento de rescisión unilateral del contrato por el supuesto incumplimiento del contratista o de un procedimiento sancionatorio, en estos últimos casos valdría observar rigurosidades mayores de notificación en defensa del particular. Se estima que la indicación del artículo 8 de la LCP referida a que se emplearán medios electrónicos para notificar al interesado *“siempre que el destinatario de la notificación hubiere previamente aceptado tal condición”*, deberá implicar la formalidad de obtener esa manifestación o aceptación de ser notificado por medios electrónicos en cada procedimiento administrativo individualmente concebido, es decir, que un contratista haya aceptado ese medio de notificación electrónico en un procedimiento de selección

de contratistas no implica que sea también el método de notificación que quiera utilizar ante un procedimiento de rescisión unilateral de contrato, por lo que esa aceptación de notificación electrónica debería cumplirse para cada uno de los procedimientos administrativos que eventualmente inicie la Administración Pública.

3. De los recursos administrativos y control de legalidad

Culminado el procedimiento administrativo, la Administración emite una decisión que pone fin al procedimiento y que es capaz de ocasionar agravios jurídicos y patrimoniales al particular, situación que admite que este tenga la posibilidad de requerir ante la autoridad que emitió el acto su revisión a través de los denominados recursos administrativos (reconsideración y jerárquico conforme a la LOPA), así como también exigir el denominado control de legalidad en sede judicial, a través del llamado recurso contencioso administrativo (demanda de nulidad, demanda de contenido patrimonial, recurso de abstención conforme a la LOJCA), situación esencial en el sostenimiento del Estado de Derecho y Justicia, que especialmente procura la salvaguarda y seguridad jurídica de los ciudadanos frente al proceder de los órganos y entes públicos.

A. De los recursos administrativos

El procedimiento administrativo presenta dos fases, generalmente denominadas de primera y segunda fase o de primer y segundo grado. Una vez que el procedimiento administrativo de primer grado ha culminado se concede la posibilidad al ciudadano de ejercer recursos en sede administrativa para procurar la revisión del acto sin necesidad de acudir a los órganos de administración de justicia. Es lo que la doctrina denomina *segunda fase del procedimiento administrativo*, con el objeto de la revisión de los actos en la propia sede administra-

tiva²⁸. Esto lo encontramos fundamentalmente en los artículos 86 y siguientes de la LOPA, siendo usualmente empleados de manera supletoria por las leyes especiales que prevén procedimientos administrativos.

De este modo tenemos que las leyes habilitadas de 2014 reconocen casi siempre de forma expresa la posibilidad de ejercer recursos o acciones judiciales contra lo decidido, vale traer a colación los artículos 55 y 56 de la LA, donde se indica que las decisiones de la Superintendencia Antimonopolio “...agotan la vía administrativa y contra ellas sólo podrá interponerse, dentro del término de cuarenta y cinco días continuos, el recurso contencioso administrativo”, lo que busca evitar la posibilidad de conocer un recurso en sede administrativa. Se trata de una postura no recomendable donde se niega una alternativa para resolver el conflicto con la Administración, lo ideal es garantizar tanto la posibilidad de ejercer recursos administrativos como judiciales, de manera que el particular pueda optar por ambos o por el ejercicio directo de la pretensión procesal en el ámbito jurisdiccional.

Así, tenemos el artículo 230 de la LISB que acepta el ejercicio del recurso de reconsideración de manera optativa (en el plazo de diez días hábiles)²⁹, y también la acción judicial conforme al artículo 231 dentro de los cuarenta y cinco días continuos siguientes a la notificación de la decisión del Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario (ISB). En lo que concierne a la LOPJ el ya citado artículo 84 exige como elemento formal del acto administrativo conclusivo del procedimiento administrativo el que sean indicados los recursos pertinentes, lo que supone hacer referencia a la LOPA y a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LOJCA). Por su parte, el artículo 9 de la LCP indica que todo acto administrativo dictado por los contratantes, por el Servicio Nacional de Contrataciones y el Registro Nacional de Contratistas, podrá

28 Ver Brewer (1998), ob.cit.

29 Artículo 236.

ser recurrido de conformidad con la Ley que regula la materia de procedimientos administrativos, las cuales agotan la vía administrativa (artículo 10).

*B. De los mecanismos judiciales de impugnación
del acto administrativo*

Pudiéramos afirmar que el control de legalidad y posibilidad de impugnar una decisión administrativa es entendido tanto como principio del derecho público como derecho del ciudadano o afectado por la decisión para procurar la revisión judicial de lo acordado en sede administrativa. Araujo Juárez (2013) reconoce esa posibilidad *“Por cuanto es de la naturaleza del acto administrativo la producción de efectos jurídicos, puede ser objeto de impugnación, ya sea a través de la vía administrativa o mediante acciones o recursos judiciales, en ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra la Constitución (Arts. 26 y 259 eiusdem)”*³⁰.

De este modo, las materias consagradas en el artículo 259 de la Constitución, resultan parte del derecho procesal administrativo y, por tanto implican facultades integradas a jueces que sean idóneos para el examen y estudio de las actuaciones de la Administración. Así, la referida norma constitucional prevé en líneas generales la *jurisdicción contencioso administrativa*, tanto en su componente orgánico como competencial, disponiendo las principales pretensiones procesales que pueden ventilarse en contra del Estado, como sería la anulación de actos administrativos, condenar al pago de sumas de dinero y 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.

30 Araujo-Juárez, José. *Manual de Derecho Administrativo*, Ediciones Paredes.

Se observa que el constituyente previó de forma amplia lo que sería el contenido a ser desarrollado por la ley que regulará el derecho procesal administrativo, ello se verifica especialmente en el último supuesto, que señala que el juez podrá hacer *lo que sea necesario para restituir la situación jurídica infringida* por la actividad administrativa en sentido amplio, que como lo sostiene Beltran de Felipe (1995), la nueva base técnico-procesal de la justicia administrativa implicará el control judicial de la Administración con el objeto de proteger los derechos e intereses de carácter subjetivo, ello como un sistema de pretensiones (pág. 85). De esta forma, prever que el juez disponga lo necesario para la restitución de la situación jurídica lesionada, conlleva sin duda un poder sumamente profundo a favor del órgano jurisdiccional en aras de lograr una tutela judicial efectiva, lo cual, va desde el otorgamiento de medidas cautelares que garanticen las resultas del fallo, hasta procurar una verdadera y expedita ejecución de la sentencia definitivamente firme³¹.

Claro está que el justiciable deberá enervar la denominada presunción de legitimidad del acto administrativo, que para Araujo Juárez (2013) supone “...*que el acto administrativo ha sido dictado conforme a Derecho; y que determina que, como regla general, el acto administrativo se tenga por válido y por productor de su natural eficacia jurídica*”³². Para ello el particular deberá argumentar los vicios del acto administrativo y hacer uso -de ser necesario- de cualquier medio de prueba legal y pertinente para enervar esa presunción de legalidad del acto administrativo.

De manera que al momento de redactar las situaciones de hecho y fundamentos de derecho de una demanda de nulidad contra un acto administrativo, los principios aquí estudiados servirán como parámetro para verificar si el acto fue dictado

31 Obtenido del Derecho a la Defensa en Sede Administrativa. FUNEDA. 2013

32 Araujo-Juárez, José. *Manual de Derecho Administrativo*, Ediciones Paredes, 2013, Caracas, Venezuela.

con las formalidades debidas, atendiendo el ordenamiento jurídico vigente y cumpliendo el procedimiento legamente establecido que permitiera salvaguardar el derecho constitucional a la defensa del administrado, de lo contrario, la decisión administrativa será susceptible de anulación.

VI. PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO

A lo largo del presente trabajo hemos hecho especial énfasis al debido proceso como elemento esencial para que cualquier decisión administrativa pueda ser considerada como válida. De este modo, recordamos que el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, exigiendo, entre otros derechos: la defensa y la asistencia jurídica, ser notificado de los cargos por los cuales se le investiga, acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer la defensa.

El artículo constitucional bajo estudio debe considerarse como la base esencial de todo procedimiento administrativo, situación que ha sido claramente desarrollada por el Tribunal Supremo de Justicia, donde podemos traer a colación la sentencia N° 1734 del 16 de diciembre de 2009, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia de la Magistrado Luisa Estella Morales, donde se estableció qué debía entenderse por derecho a la defensa y debido proceso en el ámbito del procedimiento administrativo, así como los elementos esenciales que deben caracterizar al mismo y que podemos resumir de la siguiente manera:

- Ser llamado a participar en el procedimiento. Situación que conlleva la notificación del particular posiblemente afectado y conocer consecuentemente los motivos y

argumentos del Estado que dieron lugar al procedimiento.

- Garantizar el acceso al expediente administrativo. Ello resulta esencial, dado que no sólo el acto administrativo de apertura del procedimiento permite tener un conocimiento amplio de las situaciones de hecho, fundamentos de derecho que dieron origen a dicho procedimiento, sino que además el acceso al expediente administrativo deviene indispensable por cuanto contiene la documentación administrativa, investigaciones y en definitiva los medios de prueba que han llevado a la Administración a acordar el inicio de un procedimiento, así como también deberá incorporar todo lo actuado en el curso del procedimiento.
- Derecho a ser oído. Tal y como lo indica la Sala, el ciudadano objeto del procedimiento debe tener la oportunidad de exponer sus alegatos y presentar los medios de prueba que considere convenientes, así como también ejercer el control y contradicción de cualquier instrumento que haya sido agregado al procedimiento, por cuanto si bien corresponde a la Administración demostrar y verificar el ilícito administrativo, dado que el particular se presume inocente, éste de cualquier modo, debe tener la posibilidad de ejercer una cabal defensa contra la actuación que el Estado lleva en su contra. Presupuesto que permite controlar el Poder de Imperio y ejercicio del *Ius Puniendi*.
- Que sea adoptada una decisión oportuna, dentro del lapso legalmente previsto para ello, que abarque y tome en cuenta todas y cada una de las pruebas y defensas aportadas al procedimiento administrativo³³.

33 Obtenido del *Derecho a la Defensa en Sede Administrativa*. FUNEDA. 2013

De esta forma, se observa como elemento esencial del derecho a la defensa y debido proceso en sede administrativa garantizar que el particular sea oído, lo que implica consagrar un lapso o acto que haga posible que este exponga sus alegatos y medios de prueba que estime necesarios para superar los cargos formulados por la Administración.

Los procedimientos especiales establecidos en las leyes habilitadas de 2014 confieren -al menos en el texto de la norma- los referidos parámetros de defensa (con ciertas consideraciones que se examinarán en el siguiente punto), donde podemos destacar el artículo 141 de la LPA que dispone que *“En la audiencia de descargos el presunto infractor (...) podrá, bajo fe de juramento, presentar sus defensas o admitir los hechos que se le atribuyen de manera escrita u oral, caso en el cual se levantará acta sucinta”*. Por su parte, los artículos 76 y siguientes de la LOPJ desarrollan una serie de trámites que involucran una audiencia de descargos y un lapso probatorio que en síntesis indica que en esa audiencia *“el presunto infractor podrá, bajo fe de juramento, presentar sus defensas, negar o admitir los hechos que se le atribuyen de manera escrita u oral, y promover y exhibir las pruebas que estime pertinentes”*.

En lo que respecta a la LA, el artículo 36 concede a los presuntos infractores contra los que se inició el procedimiento *“... un plazo de quince días para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones. En aquellos casos en que la Sala de Sustanciación lo estime necesario, podrá conceder una prórroga de quince días...”*. Mientras que el artículo 235 de la LISB señala que una vez iniciado el procedimiento administrativo y notificados los interesados conforme a las previsiones establecidas en la LOPA, se concederá ocho días hábiles siguientes a la notificación para *“presentar sus alegatos y argumentos”*.

Vemos que en líneas generales se dispone el deber de notificar al particular y concederle un lapso o acto para su defensa, lo que incluye exponer alegatos y medios de prueba, la mayo-

ría conforme a sus propios parámetros especiales o bien apoyándose supletoriamente en la LOPA.

1. Derecho a la Presunción de Inocencia en sede administrativa

Conforme a la garantía de presunción de inocencia, ninguna persona puede ser declarada culpable o responsable (término más acorde al procedimiento administrativo) hasta que no se pruebe su actuación ilícita a través de un proceso judicial o procedimiento administrativo que culmine bien con una sentencia condenatoria o en este caso con una decisión administrativa. En consecuencia, se exige en todo estado y grado del proceso -sea judicial o administrativo- que se presuma su inocencia, lo que implicará entonces la tramitación de un proceso justo, ya que sólo mediante el adecuado seguimiento de una serie de fases determinadas por la Ley, preservando las garantías jurídicas ya referidas, será posible dar cumplimiento del derecho constitucional al debido proceso.

Lo precedente debe ser observado tanto en la fase de investigación (previa al procedimiento administrativo sancionatorio, como pudiera ser el caso de una fiscalización), así como en el acto que da inicio al procedimiento administrativo donde debería indicarse las situaciones de hecho y fundamentos de derecho que dan lugar al mismo, sin que se haga afirmación alguna en cuanto a las responsabilidades o posibles infracciones que hayan podido ser observadas en la fase de investigaciones, todo esos hechos -posibles ilícitos- deberán ser dilucidados luego de sustanciado el procedimiento administrativo.

Al respecto podemos traer como referencia la sentencia N° 1397 dictada en fecha 7 de agosto de 2001 por la Sala Constitucional del TSJ, donde se sostuvo con relación a la presunción de inocencia, en sede administrativa, lo siguiente:

“Como puede observarse, la garantía de la presunción de inocencia comporta, entre otros aspectos: (i) la necesaria tramitación de una fase probatoria en la cual el particular, sin perjuicio de que la carga probatoria corresponde en estos casos a la Administración, pueda desvirtuar los hechos o infracciones que se le imputan, permitiendo así que el órgano competente pueda efectuar un juicio de culpabilidad y (ii) que la culpabilidad del indiciado haya sido legalmente declarada. Tales elementos requieren, sin duda, de la previa tramitación del procedimiento administrativo correspondiente, pues, sin el cumplimiento de esta formalidad, es obvio que no pueda verificarse la actividad probatoria que permita derivar la culpabilidad, ni que pueda considerarse que ésta ha sido legalmente declarada” (Resaltado añadido).

Queda bastante claro que no es posible afirmar la comisión de una infracción o hecho ilícito si no ha habido previamente la sustanciación de un procedimiento que haya permitido a la Administración, conjuntamente con el particular, dilucidar los hechos irregulares que llevaron a una organización administrativa determinada a iniciar averiguaciones y posteriormente a levantar cargos contra un particular. De esta forma, la sentencia antes citada delimita las fases del procedimiento administrativo, indicando especialmente que todo lo recabado en la fase de investigaciones pueda ser posteriormente controlado y de ser el caso refutado por el particular una vez que sea iniciado formalmente el procedimiento administrativo y se le haya concedido al particular su derecho constitucional a la defensa, por lo que la Administración no puede afirmar la efectiva comisión de un hecho ilícito hasta tanto la parte afectada haya expuesto sus alegatos y medios de prueba correspondientes a los cargos levantados en su contra.

Ahora bien, en las leyes habilitadas de 2014 hay una disposición que llama especial atención, nos referimos al artículo 74 de la LOPJ que contempla la Apertura del procedimiento

administrativo sancionatorio, indicando que *“cuando el sujeto de esta Ley manifieste inconformidad con la sanción impuesta, podrá solicitar la aplicación del procedimiento administrativo establecido en el presente capítulo, debiendo, la funcionaria o funcionario competente ordenar su apertura”* (Subrayado añadido).

Tal y como ha sido redactada la norma se nos indica que cuando el sujeto se encuentre inconforme con la sanción, podrá solicitar que se inicie el procedimiento administrativo, es decir, se da a entender que primero sancionarán y luego, a solicitud de parte interesada, se podrá solicitar la apertura del procedimiento. Realmente es difícil establecer si se trata de un error de la redacción o si efectivamente se ha tergiversado de manera intencional la relación causa-efecto del procedimiento administrativo sancionatorio, ya que este se debe iniciar ante la presunta comisión de ilícitos administrativos y su resultado será una decisión administrativa donde, de verificarse el ilícito, se impondrá una sanción. Por el contrario aquí se propone imponer primero la sanción y si el sujeto de aplicación no está conforme es cuando se podrá solicitar el inicio al procedimiento administrativo³⁴.

Por otra parte, vale también destacar que tenemos precedentes en los que mediante la fiscalización a particulares, la Administración inmediatamente afirma la comisión de ilícitos, cercenando el derecho constitucional a la presunción de inocencia, el cual, como indicamos solo se puede superar luego de la sustanciación de un procedimiento administrativo que haya admitido una fase o lapso de defensa para el interesado. Por lo tanto, la presencia del particular en la fiscalización y sus conversaciones con el fiscal o funcionario no pueden ser estimados como elemento suficiente para sostener el cumplimiento del principio de debido proceso, ya que las fiscalizaciones no pueden servir como procedimientos de naturaleza definitiva que generen agravio o sanciones a los administrados, ya que

34 Obtenido de *Procedimientos Administrativos y Potestad Sancionatoria en la LOPJ*. FUNEDA. 2014

no se han suscitado las fases formales necesarias para garantizar la defensa del particular y para que la Administración pueda revisar lo recabado y tomar una decisión adecuada a los hechos.

Uno de los casos donde la fiscalización inobservó la presunción de inocencia fue el suscitado el 31 de enero de 2015 en la cadena de farmacias Farmatodo, donde podemos citar algunas de las afirmaciones de los funcionarios actuantes:

“La Superintendencia de Precios Justos abrió un procedimiento a la cadena Farmatodo por incurrir en irregularidades en la atención a los clientes, indicó el jefe civil del Estado Mayor de la Batalla Económica en Caracas, Ernesto Villegas.

A través de su cuenta en Twitter, @VillegasPoljakE, informó que inspeccionó la sucursal de la red de farmacias ubicada en la avenida Los Ilustres, en Caracas, donde los clientes hacían una larga cola para ser atendidos, pues había cajas de cobro vacías.

«Con sólo permitir acceso al local y habilitar todas las cajas quedó disuelta larga cola frente a Farmatodo Los Ilustres», indicó Villegas, quien agregó que no se justifica que con gente en cola haya ‘cajas vacías y mucho menos operación morrocoy y maltrato al público’.

Ahora, la cadena deberá explicar a la superintendencia *«por qué propician colas en las puertas de sus locales»*, apuntó el también Jefe del Gobierno de Distrito Capital...”¹

Vemos que en el mismo día en que se realizó la fiscalización ya existía una opinión oficial emitida en medios de comunicación que afirmaba diversas irregularidades que implican infracciones y delitos contenidos en la LOPJ. Similar circuns-

1 Obtenido de <http://www.ultimasnoticias.com.ve/noticias/actualidad/economia/sundde-abrio-procedimiento-a-farmatodo.aspx#ixzz3QVWka8sM>

tancia la suscitada con *Abastos Día a Día*, donde en el propio acto de fiscalización se afirmó el delito de boicot sin que se hubiese desarrollado previamente el procedimiento administrativo sancionatorio².

Lo adecuado sería que de ser observadas o apreciadas irregularidades en el curso de una fiscalización, el funcionario recabe los medios documentales o probatorios necesarios para iniciar ulteriormente el procedimiento administrativo respectivo, manteniendo en todo momento el derecho a la defensa del particular, para que luego de la sustanciación se tome una decisión que podría ser declarar sin lugar o improcedente la sanción o bien imponer la sanción o multa que corresponda.

2. Derecho de acceso al Expediente Administrativo

Todo lo recabado a lo largo de las investigaciones, así como las actuaciones observadas en el curso del procedimiento administrativo, deben encontrarse incorporadas y debidamente foliadas dentro de un expediente, no sólo para que el funcionario correspondiente pueda analizar todo lo sustanciado antes de emitir su decisión, sino especialmente para garantizar al particular sujeto al procedimiento, el conocimiento de todos los actos, medios probatorios y demás elementos que se vienen desarrollando ante la Administración, y de esta forma salvaguardar aspectos inherentes a la defensa como sería controlar y contradecir los medios de prueba que han sido levantados por la Administración y por el mismo particular, además de tener certeza de los hechos que están siendo verificados por la autoridad pública³.

En este orden de ideas, el artículo 31 de la LOPA dispone el denominado Principio de Unidad del Expediente Administrativo, el cual implica no sólo la conformación de un expediente

2 Ver entre otros <http://www.elmundo.com.ve/noticias/economia/politicas-publicas/fiscalia-acusa-de-boicot-a-director-de-dia-dia.aspx>

3 Obtenido de *El Derecho a la Defensa en sede Administrativa*. FUNEDA. 2013

de manera cronológica y debidamente foliado, sino que además exige la recolección de todas las actuaciones inherentes al procedimiento administrativo. Así, la LOPA dispone que “... *De cada asunto se formará expediente y se mantendrá la unidad de éste y de la decisión respectiva, aunque deban intervenir en el procedimiento oficinas de distintos ministerios o institutos autónomos...*”, lo que, en estricta sumisión al Principio de Legalidad, exige de todo órgano administrativo, abrir un expediente que recoja las actuaciones administrativas, mantener la unidad del mismo, y particularmente del acto que constituya la decisión administrativa, so pena de trasgredir el derecho constitucional a la defensa y debido proceso del particular objeto del procedimiento.

Así, tenemos que las leyes habilitadas de 2014 también hacen referencia al expediente administrativo como medio para conformar y recabar el procedimiento administrativo, por ejemplo los artículos 137, 14 y 141 de la LPA hacen clara referencia al expediente y a la obligación de agregar ciertos trámites administrativos. El artículo 189 de la LISB hace referencia a la paralización del “*expediente*” aunque lógicamente se refieren a la paralización del procedimiento administrativo, mientras que el artículo 36 de la LA hace expresa referencia al “*expediente administrativo*”. Por su parte, la LOPJ tanto en lo que concierne a medidas preventivas como al acto conclusivo del procedimiento sancionatorio (artículos 45 y 84 respectivamente) también consideran como elemento formal al expediente administrativo.

3. Principio de Proporcionalidad y Razonabilidad

Para Campolieti, *ob.cit.*, el debido proceso sustantivo se compone de dos aspectos diferentes “...(i) *la denominada razonabilidad en la selección de los hechos relevantes que contempla la decisión y (ii) la adecuación o proporción entre la medida adoptada*

y el fin perseguido por la norma...”⁴. Ello implica la ejecución del ordenamiento jurídico por parte del Estado de manera ponderada, en clara atención a los hechos suscitados y a la aplicación más justa posible de las consecuencias legales y sanciones respectivas. Así, el artículo 10 de la LOAP expresamente prevé la proporcionalidad y objetividad en el ejercicio de la función administrativa.

Lo anterior conlleva, una adecuación silogística de los hechos objeto del procedimiento con la disposición más justa y acorde a la consecución de la justicia administrativa, debiendo examinar, la denominada *exigencia de adecuación al fin*, lo cual, implica que la autoridad administrativa tiene que elegir la medida o sanción que sea adecuada para alcanzar el fin que la justifica. Para ello han de tener en cuenta el bien jurídico que se tutele. La pena óptima ha de ser cualitativa y cuantitativamente adecuada al fin. De este modo, la actividad desarrollada por el Estado debe ser realizada respetando especialmente los principios de proporcionalidad y razonabilidad establecidos en el artículo 12 de la LOPA, puesto que su actividad influirá de menor o mayor forma en la salvaguarda de los derechos y garantías constitucionales con el objetivo de procurar el Estado de Derecho y de Justicia.

En este orden, conviene resaltar que la doctrina nacional expresa sobre la proporcionalidad de las medidas adoptadas por un órgano o ente de policía administrativa, lo siguiente: “...éstas siempre han de guardar adecuación y proporción con las circunstancias -proporcionalidad de la medida-, principio éste que se encuentra consagrado en nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (artículo 12) norma que dispone los límites a la discrecionalidad y que significa la debida proporción entre la acción de policía administrativa y el hecho que la provoca u origina”⁵.

4 Pág. 963

5 LEJARZA, Jacqueline. *La actividad de policía administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas: Venezuela, pp. 85-86.

Por su parte el autor Garrido Falla expresa que la “...policía sólo debe adoptar las medidas necesarias para la conservación y seguridad del orden público. Como ha observado FLEINER, la adopción del remedio más enérgico –de entre los varios posibles– ha de ser siempre la última ratio de la policía, **de donde la regla de la proporcionalidad de la medida en atención a las circunstancias**”⁶.

En igual sentido, la Sentencia N° 01202 de la Sala Político Administrativa de fecha 03 de octubre de 2002 ha determinado que el principio de proporcionalidad previsto en la norma dispuesta en el artículo 12 de la LOPA, ordena que las medidas adoptadas por el ente administrativo deben ser proporcionales con el supuesto de hecho de que se trate. En este sentido, el referido principio constituye una exigencia para la Administración, ya que para fijar una sanción entre dos límites mínimo y máximo, deberá apreciar previamente la situación fáctica y atender al fin perseguido por la norma.

De esta manera tenemos algunas referencias en las nuevas leyes habilitadas de 2014, entre las que destaca el artículo 187 de la LISB que indica que las sanciones administrativas a que se refiere ese Decreto Ley, se adoptarán siguiendo los principios de legalidad, tipicidad, racionalidad, proporcionalidad e irretroactividad. Además, dispone en el artículo 191 los siguientes criterios para imponer sanciones:

1. La naturaleza y entidad de la infracción.
2. La gravedad del peligro ocasionado o del perjuicio causado.
3. Las ganancias obtenidas, en su caso, como consecuencia de los actos u omisiones constitutivos de la infracción.
4. La importancia de la institución del sector bancario correspondiente, medida en función del importe total

6 Garrido Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II. Tecnos, 1.994, p. 135.

de sus activos sobre el total de activos del sector bancario.

5. Las consecuencias desfavorables de los hechos para el sistema financiero o la economía nacional.
6. Hacer participar o utilizar a otras instituciones financieras en la comisión de las infracciones.
7. La obstaculización de las investigaciones de la SISB o de cualquier otro órgano de la Administración Pública.
8. La circunstancia de haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa.
9. En el caso de insuficiencia patrimonial, las dificultades objetivas que puedan haber concurrido para alcanzar o mantener el nivel legalmente exigido del patrimonio.
10. La conducta anterior de la institución del sector bancario en relación con las normas que le afecten, atendiendo a las multas que le han sido impuestas, durante los últimos cinco años.
11. Cualquier otra circunstancia debidamente motivada, que a juicio del Superintendente se considere como atenuante o agravante de la falta cometida.

Por su parte los artículos 51 y 52 de la LA prevén circunstancias atenuantes y agravantes que deberán ser consideradas por el Superintendente Antimonopolio a la hora de imponer una sanción, siendo que las multas también deberán valorar *“la gravedad de la falta”* (artículo 54). Similar referencia encontramos en los artículos 51 y 70 de la LOPJ bien para la imposición de multas en caso de infracciones genéricas como para el caso de los delitos que acarreen sanción e incluso privación de libertad, y que concretamente consideran *“Sin perjuicio de lo contemplado en el Código Penal”* las siguientes:

Agravantes:

1. Sean cometidas por un funcionario en el curso o con motivo de su actividad funcional.
2. Sean cometidos abusando de la posición de dominio en un determinado mercado.
3. Sean cometidos en circunstancias de escasez, desastre, alarma pública o calamidad.
4. Ocasionen grave daño a la colectividad.
5. Creen zozobra o pánico en la colectividad.
6. Afecte a múltiples víctimas.
7. Sean cometidos al amparo de una empresa o corporación, o grupos de empresas o corporaciones.
8. Sean cometidos utilizando mecanismos para ocultar o evadir su responsabilidad ante los hechos, que obliguen a las autoridades utilizar medios especiales para levantar el velo corporativo.
9. Sean cometidos utilizando para ello operaciones fraudulentas o ficticias.

Atenuantes:

1. Haber confesado la infracción a las autoridades competentes.
2. Haber colaborado en la investigación del hecho punible aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales que emanen de los hechos.
3. Haber procedido en cualquier momento del procedimiento a reparar o disminuir el daño causado por el delito, con anterioridad al acto conclusivo correspondiente.

4. Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

En este sentido, la imposición de una multa, sanción o decisión que implique agravio sobre el particular debe ser resultado de una ponderada valoración de las situaciones de hecho observadas, su ilicitud, reincidencia, grado de afectación a terceros, dimensión del daño causado, entre otros, a los fines de que el funcionario pueda de manera concreta tomar una decisión justa, proporcionada y razonable al caso que fue analizado.

Finalmente es menester destacar que la imposición de una sanción no es algo que pueda delimitar de manera discrecional al funcionario o bien de forma relajada, por el contrario, la determinación de una multa o la imposición de una medida que ocasione agravio refiere a una facultad muy rigurosa de la Administración que solo con la debida motivación y objetiva valoración integral de los hechos, podrá ser acordada una decisión que afecte la esfera jurídica y patrimonial del particular.

CONCLUSIONES

Tal y como pudimos apreciar, el procedimiento administrativo exige diversas rigurosidades formales para que pueda ser considerado un medio capaz de habilitar a la Administración Pública para emitir una decisión que pueda ocasionar un agravio sobre el ciudadano o destinatario del acto. Ello además de reglas específicas que deben estar contenidas en normas legales, requiere la observancia de numerosos principios tales como:

- *Principio de legalidad*

Que esencialmente dispone que las atribuciones de los órganos y entes que conforman el Poder Público deben encontrarse previstas en la Constitución o en la Ley, agregando la Doctrina que toda actuación del Estado debe observar el denominado Bloque de Legalidad, lo que supone que todo acto dictado por la Administrativo debe circunscribirse al ordenamiento jurídico vigente.

- *Principio de Eficacia*

Que dispone que el procedimiento administrativo debe estar conformado por una serie de pasos y cauces que hagan posible alcanzar los cometidos y objetivos pretendidos por la ley y por la Administración.

- *Principio de Participación*

Donde se dispone el derecho de los ciudadanos a dirigir peticiones, solicitudes o instancias a los organismos públicos, lo que genera a su vez el deber de estos en dar trámite legal a esos requerimientos para proceder ulteriormente a emitir una adecuada y oportuna respuesta.

- *Principio de Oficialidad*

En el que se exige a la Administración Pública proceder conforme a la ley, a dar inicio a los procedimientos administrativos correspondientes y dar sustanciación adecuada a los mismos hasta que se logre su culminación formal.

- *Principio sobre el Acto Administrativo*

Principio que nos refiere tanto a las formalidades del acto administrativo, los parámetros que debe contener,

así como a los deberes de notificación que tiene la Administración para poder dar eficacia a sus decisiones.

- *Principio del Debido Proceso*

Básicamente referido al derecho constitucional a la defensa y sustanciación debida que debe observar todo procedimiento en sede administrativa, con especial preponderancia al derecho que tiene el particular a ser oído, presentar su defensa (argumentos y medios de prueba), acceder al expediente administrativo y obtener una decisión justa, proporcional y razonable.

Es por ello que podemos afirmar que los anteriores principios constituyen los parámetros rectores del procedimiento administrativo, puesto que son pieza esencial en la salvaguarda de los derechos de los particulares y que permiten hacer del procedimiento administrativo un medio para alcanzar la añorada justicia administrativa. Es por ello que aun cuando la ley especial no prevea un procedimiento específico, la Administración deberá acudir supletoriamente a la LOPA o bien a la ley de procedimientos administrativos que resulte idónea para cumplir con los cometidos y principios antes estudiados.

Las leyes habilitadas de 2014 incorporan de forma expresa muchos de los elementos formales examinados a lo largo de este trabajo, e incluso algunas prevén procedimientos administrativos especiales que en general observan los principios rectores antes indicados, sin embargo, en algunos casos también se disponen ciertas facultades que pueden resultar contraproducentes para el derecho a la defensa del particular, como lo es la facultad de imponer medidas preventivas que suelen presentar efectos indefinidos en el tiempo (LOPJ) o bien desconocer la posibilidad de ejercer un recurso en sede administrativa (LA), así como referencias a notificaciones electrónicas sin delimitar claramente los parámetros de validez de la notificación (LCP).

Lo anterior se corrige mediante una adecuada técnica legislativa que delimite apropiadamente las facultades y atribuciones de los órganos y entes que conforman el Poder Público, buscando no que los procedimientos y sus formalidades resulten cómodos para los funcionarios, sino para que mediante trámites eficaces se asegure el derecho constitucional a la defensa en sede administrativa y el logro de los cometidos del procedimiento, que es lo que básicamente se procura con este recordatorio de los principios rectores de los procedimientos administrativos.

Por último se estima prudente destacar la necesaria formación de los funcionarios que ejecutarán esos procedimientos, tanto para los que salen a la calle a realizar fiscalizaciones como los que dentro del seno del organismo se encargan de sustanciar los procedimientos administrativos. Los problemas que presenta el derecho administrativo venezolano no se solucionan con la simple emisión de nuevas leyes o reformando las existentes, se necesita un certero equilibrio entre la creación de normas adecuadas y su justa ejecución, porque de nada sirve redactar la disposición jurídica más bondadosa o prodigiosa si luego va a ser tergiversada u obtusamente ejecutada por el Poder Ejecutivo. La sociedad venezolana reclama con desesperación un comportamiento justo y proporcional de las autoridades administrativas, donde la función pública y el procedimiento administrativo sean garantes del Estado de Derecho y no herramientas empleadas a fines políticos y de propaganda. El derecho administrativo no puede seguir siendo utilizado como instrumento del Gobierno para alcanzar fines personales o para mantener el poder fuera de los cánones de la democracia, el derecho administrativo no es una excusa para habilitar cualquier tipo de actuación del Estado, sino un medio de equilibrio de las relaciones jurídicas entre la Administración y los ciudadanos, donde estos últimos deberían ser los sujetos preponderantemente protegidos.

LA EXPROPIACIÓN DE “FAMA DE AMÉRICA, C.A.”. UN CASO DE ESTUDIO

Samantha Sánchez Miralles

*Abogado Magna Cum Laude (UCV 1991),
LL.M. (University of Michigan 1994),
Doctora en Ciencias, Mención Derecho (UCV, 2010)*

Resumen: *La colaboración consiste en un estudio breve de la expropiación como institución del Derecho Público. Para ello, la autora analiza el caso FAMA DE AMÉRICA, C.A. iniciado en el año 2009 y cuyo procedimiento, en el que se han presentado diversas irregularidades, sigue generando repercusiones en el ámbito nacional e internacional. Asimismo, la autora incluye como anexo un listado cronológico de las adquisiciones forzosas en las que ha participado activamente el Ejecutivo Nacional conforme a la Gaceta Oficial de la República.*

Palabras clave: *Expropiación, adquisición forzosa, sanción, indemnización, Venezuela.*

Abstract: *The collaboration analyzes the expropriation as an institution of public law. To do this, the author analyzes the case known as FAME OF AMERICA, CA, started in 2009 and still going on which have had several irregularities and continues to generate an impact at national and international levels. The author also includes as an appendix a chronological list of compulsory acquisitions in which the National Executive from Venezuela has actively participated, according to the Official Gazette of the Republic.*

Keywords: *Expropriation, compulsory acquisition, penalties, compensation, Venezuela.*

Recibido: 17 de agosto de 2015 Aceptado: 15 de septiembre de 2015

SUMARIO

Introducción

- I. Breve marco teórico
- II. Panorámica del contexto expropiatorio en Venezuela
- III. Caso Fama de América
- IV. Conclusiones
- V. Anexo

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto analizar la expropiación de la sociedad “FAMA DE AMÉRICA, C.A.” ordenada mediante Decreto N° 7.035 de fecha 10 de noviembre de 2009⁷, que se produce luego de una ocupación temporal ordenada por los Ministerios del Poder Popular para el Comercio y Agricultura y Tierras el 3 de agosto de 2009.

En tal sentido, comenzaremos con una breve reseña de los conceptos de expropiación y otras definiciones relevantes, para continuar con una panorámica sobre el momento que se vive en Venezuela en materia expropiatoria y seguir con el análisis del caso concreto.

No analizaremos la parte adjetiva del caso. Sin embargo, mencionaremos brevemente la demanda ante el CIADI por la expropiación en cuestión.

I. BREVE MARCO TEÓRICO

1. ¿Qué es la expropiación?

La expropiación es una institución de derecho público mediante la cual el Estado actúa en beneficio de una causa de

7 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.303 del 10 de noviembre de 2009.

utilidad pública o de interés social, con la finalidad de obtener la transferencia forzosa del derecho de propiedad o algún otro derecho de los particulares, a su patrimonio, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización⁸.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV)⁹ señala de manera expresa los elementos fundamentales para que proceda la expropiación: utilidad pública o interés general; sentencia firme; y pago oportuno y justo de la indemnización. La CRBV también nos señala que la expropiación puede versar sobre bienes inmuebles, bienes muebles y derechos inmateriales.

Si bien existen numerosas leyes sobre expropiación¹⁰, la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Interés Social (LECUP)¹¹ es el cuerpo regulatorio que de manera detallada establece las normas generales de esta institución.

Debemos recalcar que la expropiación no es el resultado de un acuerdo de voluntades, sino de una decisión unilateral de la Administración y es por ello que, en las relaciones derivadas de la expropiación, el Estado actúa en ejercicio de atributos de imperio, es decir investido de supremacía, en representa-

8 Definición de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Interés Social.

9 Publicada en la Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000, con Enmienda N°1 en la Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

10 Código Civil, Ley y de Tierras y Desarrollo Agrario, Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Minas, Ley Forestal de Suelos y Aguas, Ley de Aguas, Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Transporte Ferroviario Nacional, Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones, Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Alimentaria, Ley de Derecho de Autor, Ley de Propiedad Industrial, Tratados bilaterales de protección de inversión.

11 Publicada en la Gaceta Oficial N° 37.475 de 1 de julio de 2002.

ción del interés general¹². La jurisprudencia ha señalado que la expropiación procede “por las buenas o por las malas”¹³ y por lo tanto, no pueden los particulares discutir si el Estado necesita o no esos bienes, sólo les queda exigir la garantía de ser debidamente compensados por la lesión que sufra su derecho de propiedad¹⁴. Esto se verá claramente en la caso en análisis.

2. Objeto de la expropiación

Ya mencionamos *supra* que la expropiación puede versar sobre cualquier clase de bienes (muebles, inmuebles, corporales, incorporales, reales o personales)¹⁵. Por su parte, la LECUP, en su artículo 7, confirma el texto constitucional y habla de bienes de cualquier naturaleza, e incluso en el artículo 60, se refiere a bienes con valor artístico, histórico, arquitectónico o arqueológico¹⁶.

3. Finalidad de la expropiación

La finalidad está referida a la utilidad pública o al interés social, ambos conceptos jurídicos indeterminados y, en consecuencia, pueden incluir todo lo que se estime ventajoso para la colectividad¹⁷.

12 Lares Martínez, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo. Cursos de Derecho*, 5ta edición, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1983.

13 Sentencia de la CFC SF, 14-03-52 en GF No 10, 1952 pp. 133-134, citada por Brewer-Carías, Allan, “Introducción General al Régimen de la Expropiación” en *Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2002. p. 12.

14 Ídem.

15 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 115.

16 Según García-Trevijano, José. *Los Convenios Expropiatorios*. Editorial de Derechos Reunidas. Madrid. 1979: “la expropiación se proyecta no sobre bienes sino sobre derechos, porque sobre los bienes no convergen más que derechos concretos, sin embargo, los textos legales que aquí analizamos se refieren siempre a la expropiación de bienes”.

17 Véase en general, Brewer-Carías, Allan, cit.

Ahora bien, determinar los criterios para decidir cuando estamos frente a una necesidad pública o un interés social es difícil *a priori* porque se trata de una apreciación fáctica temporal: lo que hoy es de interés general, mañana puede no serlo. Sin contar con que *per se* es difícil a veces afirmar la falta absoluta de utilidad pública o interés social.

Impera pues la discrecionalidad de los poderes que intervienen en la ejecución de la expropiación, aunque sin perder de vista que los fines de utilidad pública deben entenderse únicamente con el propósito de atender a la solución de problemas que realmente interesen a la comunidad¹⁸. No huelga enfatizar que la evaluación es clave por tratarse de una situación de excepción.

La LECUP define utilidad pública en su artículo 3, mas no define interés social y así encontramos:

Se considerarán como obras de utilidad pública, las que tengan por objeto directo proporcionar a la República General, a uno o más Estados o Territorios, a uno o más Municipios, cualesquiera usos o mejoras que procuren el beneficio común, bien sean ejecutadas por cuenta de la República, de los Estados, del Distrito Capital, de los Municipios, Institutos Autónomos, particulares o empresas debidamente autorizadas.

Jurisprudencialmente en Venezuela encontramos construcciones pertinentes sobre este concepto, por lo que vale la cita de la sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia del 15 agosto de 1988:

El concepto de utilidad pública [sic] por mutable es contingente y circunstancial, pues varía [sic] según la época, las circunstancias, el lugar y el ordenamiento jurídico vigente

18 Lares Martínez, Eloy, cit.

y existe no sólo en los supuestos en que los bienes expropiados sean destinados a la utilidad directa de los particulares, sino también cuando fueran afectados el uso de los Órganos [sic] del Estado. Desde el punto de vista Constitucional, no hay distinción al respecto, ya que sólo se exige la utilidad pública [sic] y esta es en extremo amplia y omnicomprendensiva, es por ello, precisamente, que por virtud del régimen legislativo y creación jurisprudencial hubo de variarse a expresión “necesidad pública” a “utilidad social”, así como otros conceptos mas [sic] amplios como “interés general”; “utilidad o interés social”; “el bien común”, entre otros¹⁹.

En general, utilidad pública se define como todo aquello que por su conveniencia, provecho o beneficio, contribuye a la realización del bien común, tal y como lo señala el artículo 3 de la LECUP; lo que permita el usufructo general o pueda asegurar la convivencia pacífica.

El interés social es definido como aquel que por su naturaleza es inherente o propio de la sociedad y tiene incidencia en la realización de las necesidades colectivas socialmente requeridas²⁰.

Siguiendo con el tema de la utilidad pública, debemos mencionar que su declaratoria en la expropiación tiene una forma y contenido específicos: lo primero que conviene precisar es que la formulación de esta declaración está llamada a recaer, no sobre el bien expropiado, sino sobre la obra o actividad para la cual es requerido dicho bien, de manera que lo que se declara de utilidad pública es esa obra o actividad, y no el bien específico requerido para la ejecución o desarrollo de las mismas²¹.

19 *Fundación de Estudios de derecho Administrativo (FUNEDA)*. “20 Años de Jurisprudencia, Jurisprudencia de la Corte Primero de lo Contencioso en materia de Expropiación”. Años 1977-1996. FUNEDA, Caracas, 1998, p. 6.

20 Solano Sierra, Jairo. *La Expropiación Administrativa - Judicial - Excepcional - sui generis*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Bogotá, 2004. pp. 79 y 80.

21 Grau Fortoul, Gustavo. “Algunas reflexiones sobre la expropiación como medio de privación coactiva de la propiedad” en *Cuestiones Actuales del*

Luego, también es menester reseñar que en los casos más recientes de ejercicio de la potestad expropiatoria del Estado se ha aludido al bien en sí mismo, más que a una obra o actividad, como objeto de la declaratoria de utilidad pública o social que se formula. Esta exigencia, según la cual la declaratoria de utilidad pública o social versa sobre actividades u obras en general, y no sobre bienes específicos o concretos deriva de la interpretación armónica y coherente de los artículos 21 y 115 de la CRBV y ha sido expresamente recogida en los artículos 13 y 14 de la LECUP, al señalar que esa declaratoria procede respecto de las obras que procuran un beneficio al colectivo (artículo 13), ofreciendo un catálogo sumamente útil e ilustrativo de obras y actividades generales ya declaradas de utilidad pública (artículo 14), lo cual pone a disposición del intérprete una excelente referencia de lo que debe ser el verdadero objeto de tal declaración²².

Así pues, la función del legislador no consiste en determinar los bienes que serán expropiados; esa función, por el contrario, es privativa de la Administración, a través del Decreto Expropiatorio, tal y como se afirma en el artículo 5 de la LECUP. La labor del legislador se limita, en realidad, a determinar, con carácter abstracto y general, que la ejecución de una obra es de utilidad pública e interés social, con lo cual la Administración podrá, si lo estima pertinente, acordar que para la ejecución de esa obra declarada de utilidad pública e interés social, es necesaria la adquisición forzosa de determinados bienes²³.

La declaración de utilidad pública o interés social no puede estar fundada en motivos falsos o irracionales, por lo que ha sido admitido que el control de la declaración legal de utilidad pública e interés social puede abarcar incluso la interdicción de la arbitrariedad del Legislador, en el sentido que éste no

derecho de la empresa en Venezuela. Colección de Estudios Jurídicos, Grau, Hernández & Mónaco, Abogados. Caracas. 2007. p. 63.

22 Ídem, p. 70.

23 Ídem, p. 71.

es libre de efectuar esa declaratoria por su simple capricho o mero arbitrio, sino por el contrario, ha de actuar siempre racionalmente²⁴.

Nos gustaría, claro está, que esa racionalidad también estuviera ligada a la eficiencia económica, para beneficio de toda la comunidad. Sin embargo, debemos decir que tanto las motivaciones que sustentan las últimas regulaciones económicas en el país, así como las distintas decisiones de nuestro máximo tribunal parecen indicar que la eficiencia económica está fuera de los parámetros tomados en cuenta para decidir²⁵.

El control de la arbitrariedad no es, por supuesto, exclusivo de la declaratoria de utilidad pública, sino que abarca el control que la justicia constitucional ejerce sobre toda Ley. De hecho, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que, al limitar derechos económicos, el Legislador no puede incurrir en arbitrariedades²⁶.

24 Ídem, p. 72.

25 Véase De León, Ignacio. “A cinco años de la Constitución Económica de 1999: Un balance de gestión” en *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*. Tomo II. Universidad Central de Venezuela - Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2007. p. 398 y ss., quien a título ilustrativo cita los casos DIPOSA; CANTV, Créditos Indexados, Minera las Cristinas, y Transportes Saet, donde se evidencia la ideología redistributiva de la riqueza y la propiedad, en un patente divorcio y detrimento del tráfico comercial, la seguridad jurídica y la transparencia institucional.

26 Véase por ejemplo, la sentencia del 4 de mayo del 2000 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: “De las normas antes transcritas se puede colegir, que las mismas consagran la libertad económica no en términos absolutos, sino permitiendo que mediante la ley se dispongan limitaciones. Sin embargo, debe destacarse que ello no implica ejercicio alguno de poderes discrecionales por parte del legislador, el cual, no podrá incurrir en arbitrariedades y pretender calificar por ejemplo, como ‘razones de interés social’ limitaciones a la libertad económica que resulten contrarias a los principios de justicia social, ya que, si bien la capacidad del Estado de limitar la libertad económica es flexible, dicha flexibilidad existe mientras ese derecho no se desnaturalice”. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Mayo/329-4-5-00-00-0736.htm> [consultado: 21 de Agosto de 2015].

Por otro lado, ha sido aceptado pacíficamente por la jurisprudencia y por la doctrina comparada que el control de constitucionalidad de la declaratoria de utilidad pública o interés social con finalidad expropiatoria, no se limita a la mera consideración de las afirmaciones generales y no demostradas del Legislador, dado que, al momento de defender la constitucionalidad de esa declaratoria, el Legislador tiene la carga de demostrar ante la jurisdicción constitucional con pruebas idóneas y suficientes, la razonabilidad y proporcionalidad de la declaratoria legal de utilidad pública o de interés social, a fin de refutar cualquier sospecha de trato desigual o discriminatorio.

Además, es necesario que los motivos o razones sobre los cuales reposa tal declaratoria, no sean en modo alguno falsos o carezcan de razonabilidad, so pena de dar cabida por este motivo a la impugnación de la declaratoria en cuestión, que al ser formulada en tales términos, devendría en un acto viciado de nulidad por violación al principio de interdicción de la arbitrariedad²⁷.

Es claro pues, que la Administración debe tener un plan de lo que se va a hacer, no puede ir imponiendo afectaciones eternas, sino que, *a priori*, debe determinar cuál es la utilidad pública o interés social que se enfrenta, porque de no hacerlo, esto sería además una clara desviación de poder. Y no puede la Administración, una vez declarada la razón y finalidad de la expropiación, ejecutarla para fines distintos (esto constituye otra de las garantías de la expropiación)²⁸.

En el caso en estudio, debido a que la expropiación no se llevó a cabo con la participación de los tres poderes, y aunque

27 Grau Fortoul, Gustavo, cit., p. 73.

28 Salomón de Padrón, Magdalena. "Consideraciones Generales sobre la Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social" en *El Derecho Administrativo Venezolano en los Umbrales del Siglo XXI. Libro Homenaje al Manual de Derecho Administrativo*, Universidad Monteávila, Caracas. 2006. p. 71.

ya hemos aclarado que no entraremos a analizar la parte procedimental (que valga enfatizar, constituye una de las garantías fundamentales de los particulares frente a la potestad expropiatoria del Estado), estamos frente a una situación de mayor vulnerabilidad de los derechos del expropiado.

4. Justa indemnización

La indemnización es el monto o valor que se paga para resarcir o reparar el detrimento, deterioro, daño o perjuicio causado a una persona en su integridad o bienes.

En el caso específico de la expropiación, como hemos visto que el ordenamiento jurídico parte de la protección y garantía del derecho de propiedad, cuando el Estado expropia, en reconocimiento de esa garantía y de ese derecho, éste debe resarcir el equilibrio económico entre el valor del bien expropiado y las consecuencias de esa enajenación forzosa de la propiedad: esa es la indemnización²⁹.

Sólo el pago de la indemnización produce la traslación de la propiedad. Los artículos 36 y 38 de la LECUP definen criterios a tomarse en cuenta para el justiprecio, en el caso de muebles: clase, calidad, dimensiones, marcas, tipo, modelo, vida útil, estado de conservación. Y contablemente debe tomarse en cuenta: valor de adquisición, valor actualizado atendiendo al valor de reposición y a la depreciación, normalmente aplicables³⁰. En cuanto a los inmuebles se mantiene la libertad de los peritos para escoger los elementos que consideren pertinentes para la fijación del justo valor.

Ahora bien, la Ley califica, además, la indemnización y señala que debe ser justa, y esto ha sido confirmado por nuestra jurisprudencia:

29 Solano Sierra, Jairo, cit., p. 85 y ss.

30 Brewer-Carías, Allan, cit.

(...) se requiere que ella constituya la más exacta y completa reparación del perjuicio inmediata y directamente experimentado por el propietario, a consecuencia de la expropiación, en el momento en que el bien expropiado pase del patrimonio de éste al del expropiante. La expropiación, ha dicho este Supremo Tribunal en otras decisiones, no puede perjudicar ni beneficiar a nadie (...) ³¹.

Y citamos para reconfirmar:

(...) la fijación de un justiprecio no acorde con el verdadero valor del bien objeto de expropiación, produciría un gravamen, a todas luces irreparable, en la esfera de los derechos patrimoniales de cualesquiera de los sujetos procesales del procedimiento expropiatorio, bien porque con la sobreestimación del precio justo se produzca un enriquecimiento del sujeto expropiado, proporcional al perjuicio patrimonial del ente expropiante, y en la última instancia, al patrimonio público nacional, estatal o municipal ³².

La Ley también señala que la indemnización debe ser oportuna y pagada en dinero en efectivo ³³. La oportunidad,

31 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 24 de julio de 1978, citada por Brewer-Carías, A. cit., p. 45.

32 Sentencia de la Sala Político Administrativa de fecha 30 de junio de 2004, citada por Avellaneda, Eloisa. "La Expropiación en la legislación venezolana" en *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*. Tomo II. Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007, p. 421.

33 Llamam la atención los comentarios hechos por el Presidente Hugo Chávez en su programa *Aló Presidente* del 4 de marzo de 2009, al indicar que pagaría una eventual expropiación de las empresas Polar con bonos, en clara contravención a la ley en cuanto al pago de la indemnización por expropiación debe ser oportuna y en dinero en efectivo. Citamos: "Nosotros pudiéramos expropiar todas las plantas de la Polar, se lo advierto señor Mendoza, porque usted manda a abogados tarificados a decir que esto es una expropiación bueno está bien, si usted quiere pelear con el gobierno le digo que no es con el gobierno sino con la ley, allá usted", recalcó. "Elías usted tiene todo listo, verdad, ahí están las leyes, es utilidad pública, si se ponen cómicos siguen agrediéndonos, diciendo que es un atropello, los

señala la Constitución, es antes de que se produzca la expropiación y la Ley prevé además que los cálculos de indemnización deben hacerse basados en la fecha del avalúo y no en la fecha del decreto, lo que está también íntimamente ligado al carácter justo de la indemnización.

II. PANORÁMICA DEL CONTEXTO EXPROPIATORIO EN VENEZUELA

Es innegable el intenso ejercicio de la potestad expropiatoria del Estado en los últimos tiempos. Así, nos permitimos mencionar de seguidas algunas de las expropiaciones más emblemáticas que se han producido desde el año 2005 hasta el 2013 (ha habido otras expropiaciones, con menos frecuencia desde el 2013 hasta el 2015): Venepal, Constructora Nacional de Válvulas, Sideroca-Proacero, Central Azucarero Cumanacoa, Central Azucarero Motatán, la Electricidad de Caracas, la Compañía Anónima Nacional de Teléfonos de Venezuela (CANTV), Frigorífico Industrial Barinas, Frigorífico Industrial de Carnes Perijá, Frutícola Caripe, Complejo Cementero Andino, Lácteos Los Andes, Servicios Pesqueros Mida Alpescas, Ruedas de Aluminio, SIDOR, Hotel Hibiscus del Grupo 6, Cemex Venezuela, Holcim Venezuela, Complejo Industrial Helisold, INVECA, Banco de Venezuela, filial del español Santander, la planta procesadora de arroz de la empresa estadounidense Cargill, 60 empresas de actividades petroleras complementarias (transporte, inyección de agua, vapor o gas) en el lago de Maracaibo (occidente), Complejo Hotelero Margarita Hilton, Conservas Alimenticias La Gaviota, Centro Comercial Sambil La Candelaria, CATIVEN, MONACA, 10.000 hectáreas de latifundios

expropiamos y le pagamos con unos bonos. Lo advierto, esta revolución va en serio, estamos haciendo las inspecciones respectivas y las vamos a seguir haciendo”. Tomado de http://www.eluniversal.com/2009/03/04/eco_ava_chavez-ordena-exprop_04A2242643.shtml [consultado: 21 de Agosto de 2015].

para fomentar la producción de alimentos, las metalúrgicas Matesi, Comsigua, Orinoco Iron, Venprecar, Seguros La Previsora, la cadena de Hipermecados Éxito, edificios en el centro de Caracas, la Universidad Santa Inés, en Barinas, Envases Internacional y Aventuy, Autoseat, Grupo Agroisleña, VENOCO, Fertilizantes de Oriente y Fertilizantes Nitrogenados de Venezuela, Owens Illinois de Venezuela, Siderúrgica del Turbio (SIDETUR), Aluminio de Venezuela, Sanitarias Maracay, Seguros Federal, 11 taladros petroleros de la empresa estadounidense Helmerich & Payne (H&P), Vidrios Venezolanos Extras, Pastas Cariolli, Consolidada de Ferrys, Azucarera Guanare, Laboratorios Orpin, entre otras³⁴.

Estas expropiaciones se han traducido en un incremento sustancial en la creación de empresas públicas o de capital mixto. Por ejemplo, entre 2006 y 2007 se creó un promedio de una empresa pública por mes.

Asimismo, entre 2002 y 2015 el Gobierno ha expropiado e intervenido 1.322 empresas, de acuerdo a las estadísticas de la Confederación Venezolana de Industriales (Conindustria)³⁵.

Lo anterior nos parece muy lejos de la eficiencia económica, porque esto nos coloca frente a un Estado todopoderoso, regulador y paternalista en detrimento de los derechos económicos individuales, un Estado que interviene cada vez más en todas las actividades económicas de la sociedad, sin que dicha intervención esté basada en el concepto de eficiencia económica ni tampoco realmente en el de utilidad pública, por lo que, en definitiva, dudamos de su beneficio social, por más amplia que sea esta definición.

34 Véase anexo.

35 Disponible en <http://runrun.es/rr-es-plus/186639/tiene-responsabilidad-el-estado-en-el-desabastecimiento-de-alimentos.html> [consultado: 21 de Agosto de 2015].

III. CASO FAMA DE AMÉRICA

FAMA DE AMÉRICA es una empresa que tiene más de un siglo en Venezuela y su marca es una de las más emblemáticas del sector cafetalero.

Su expropiación, que por primera vez en el país, incluye de manera expresa la marca comercial, dio inicio a una nueva era de expropiaciones en el país³⁶. La misma se inicia con una ocupación temporal de la planta de café FAMA DE AMÉRICA, ubicada en La Yaguara, ordenada por los Ministerios de Comercio y Agricultura y Tierras.

Los ministerios en cuestión señalaron que la medida preventiva de ocupación temporal buscaba garantizar el abastecimiento del rubro y que éste no fuese a terminar en el supuesto contrabando de extracción³⁷.

1. Antecedentes

Desde el 2003 el gobierno demostraba intenciones de participar activamente en el mercado interno de café y ese año el Ejecutivo anunció la creación de la empresa mixta Café Venezuela y el lanzamiento de esa marca como sello del café venezolano (tratando de seguir el modelo colombiano de “Juan Valdez”).

En agosto de 2006 se creó CVA, Café, C.A., filial de la Corporación Venezolana Agraria (CVA) con el fin de fortalecer la cadena agroproductiva del café en Venezuela mediante la par-

36 Obuchi, Richard (Coordinador). *Gestión en rojo: Evaluación y desempeño de las 16 empresas estatales y resultados generales del modelo productivo socialista*, IESA, Caracas, 2011.

37 *El Universal*. Ejecutivo toma temporalmente plantas de café Madrid y FAMA DE AMERICA. Disponible en http://www.eluniversal.com/2009/08/03/eco_ava_ejecutivo-toma-tempo_03A2576683 [consultado: 21 de Agosto de 2015].

ticipación del estado en los procesos de tostado y molido, distribución y comercialización de café.

En ese mismo año 2008, se anunció la exportación de café usando la marca Café de Venezuela a través de la red Citgo en Estados Unidos de América. Sin embargo, en 2010 este intento sólo había llevado a que la mencionada marca obtuviese algunos puntos en las redes sociales del gobierno.

Es interesante destacar que hasta el 2004 la industria cafetera nacional estaba en capacidad de abastecer el mercado interno, cuyo consumo era de 1.7 millones de toneladas, sin embargo ese año 2004 se produjeron sólo 1.5 millones de toneladas de café verde³⁸. Y en la actualidad el desabastecimiento es innegable³⁹.

2. Cronología

03.08.2009	Los Ministros del Poder Popular para el Comercio y Agricultura y Tierras ordenan la ocupación temporal por tres meses.
10.11.2009	El Presidente de la República decreta su adquisición forzosa.
17.11.2009	El Ministro del Poder Popular para la Agricultura y Tierras crea la Comisión de Enlace.
13.05.2010	El Juzgado Superior Primero Agrario de la Circunscripción Judicial del Distrito Metropolitano de Caracas y de los Estados Miranda, Vargas, Guárico y Amazonas decreta medida cautelar innominada especial agraria de ocupación, posesión y uso solicitada por la República.

38 Obuchi, Richard, cit., p. 140 y ss.

39 Más adelante se detalla el tema de desabastecimiento de café a nivel nacional.

13.10.2010	El Juzgado Superior Primero Agrario de la Circunscripción Judicial del Distrito Metropolitano de Caracas y de los Estados Miranda, Vargas, Guárico y Amazonas decreta sin lugar la oposición a la medida cautelar.
25.10.2010	El Juzgado de Sustanciación de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo admite la solicitud de expropiación presentada por la República y ordena abrir cuaderno separado para el trámite de la medida cautelar innominada de ocupación, posesión y uso de los bienes muebles e inmuebles.
29.11.2010	La Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo reitera y ratifica la procedencia de la medida cautelar innominada de ocupación, posesión y uso decretada por el Juzgado Superior Primero Agrario y, a su vez, acuerda la misma sobre nuevos inmuebles.
23.02.2011	Longreef Investments (inversionista en FAMA DE AMÉRICA) presenta caso ante el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).
09.09.2011	Se constituye el tribunal del CIADI presidido por David A.O. Edward, Enrique Gómez-Pinzón y Alexis Mourre.
29.09.2011	La Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo confirma la medida cautelar innominada de ocupación, posesión y uso, ya que no se presentó escrito de oposición.
07.11.2011	La República solicita que se descalifique a Enrique Gómez-Pinzón como árbitro.
24.01.2012	El CIADI niega la solicitud sobre la descalificación de Enrique Gómez-Pinzón como árbitro.
29.06.2012	La República solicita un pronunciamiento sobre la jurisdicción del CIADI para conocer del caso.

12.02.2014	El CIADI declara tener jurisdicción para conocer del caso.
07.11.2014	El Ministro del Poder Popular para la Agricultura y Tierras modifica de nuevo la composición de la Comisión de Enlace.
27.07.2015	El Ministro del Poder Popular para la Agricultura y Tierras modifica la composición de la Comisión de Enlace.
31.07.2015	El CIADI se pronuncia sobre la producción de documentos en el caso.

3. Objeto de la expropiación

El 10 de noviembre de 2009, mediante Decreto N° 7.035, se ordenó la:

“(..) adquisición forzosa de la sociedad mercantil FAMA DE AMERICA [sic], C.A., así como sus empresas filiales y afiliadas, activos tangibles e intangibles, bienes muebles e inmuebles, las bienhechurías que constituyen y sirven para el funcionamiento de Centros de Distribución, Almacenes y Puestos de Compras, así como los derechos correspondientes a la marca comercial FAMA DE AMERICA [sic] que distingue los productos pertenecientes a la referida sociedad mercantil, especificados en el presente Artículo para la ejecución de la obra “CONSOLIDACION [sic] DE LA INFRAESTRUCTURA AGROINDUSTRIAL DEL CAFÉ” que llevará a cabo la puesta en uso y aprovechamiento social de la Planta Agroindustrial para el procesamiento del café, a los fines de promover el desarrollo endógeno de la zona, así como la protección y generación de fuentes de trabajo.

La obra “CONSOLIDACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA AGROINDUSTRIAL DEL CAFÉ”, será ejecutada por el Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes.

1) BIENES INMUEBLES: Los bienes inmuebles que fungen como Centros de Distribución, Almacenes y Puestos de Compra de café, que sirven a los fines del acopio, transformación o distribución de café verde, los productos o subproductos aprovechado o producido por la Sociedad Mercantil FAMA DE AMERICA [sic], C.A.

2) BIENES MUEBLES: Las maquinarias, equipos industriales y de oficina e implementos de trabajo, que forman parte integrante de bienes muebles de la Sociedad Mercantil FAMA DE AMERICA [sic] C.A.

Así mismo, quedan afectados por el presente Decreto:

Las bienhechurías pertenecientes a la referida empresa, incluidas aquéllas que se encuentran en los inmuebles de compra, o acopio, distribución o almacenamiento.

Cualesquiera otros bienes inmuebles o muebles afectos al funcionamiento de la Planta Agroindustrial para el procesamiento del café o a la comercialización o distribución de los productos y subproductos en ella elaborados, así como las maquinarias, equipos industriales y de oficina, implementos de trabajo y otros materiales que se encuentren en los inmuebles de la referida empresa, que sean necesarios para ejecutar el cometido de la obra “CONSOLIDACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA AGROINDUSTRIAL DEL CAFÉ”⁴⁰.

Inmediatamente después del decreto expropiatorio citado, se dictó la Resolución N° DM/0092/2009 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, por la cual se designa a los miembros que conformarán la Comisión de Enlace de la sociedad Mercantil FAMA DE AMÉRICA C.A.⁴¹.

40 Artículo 1 del Decreto N° 7035, Op.cit.

41 Gaceta Oficial N°39.308 del 17 de noviembre de 2009.

Es importante destacar que en el objeto de esta expropiación, por primera vez en una expropiación en Venezuela, se menciona de manera expresa la marca comercial.

4. Finalidad de la expropiación

La finalidad de la expropiación se refiere, como ya acotáramos, a la utilidad pública o al interés social que el Estado alega para justificar el acto expropiatorio. Por lo que nos debemos referir entonces a los considerandos del Decreto:

“CONSIDERANDO, Que es deber del Estado, garantizar la soberanía y seguridad alimentaria de la población, adoptando las medidas necesarias para obtener niveles estratégicos de auto abastecimiento, y garantizarle a toda la población la disponibilidad, acceso, intercambio y distribución equitativa de los alimentos de manera estable que aseguren las condiciones físicas y emocionales adecuadas, para el desarrollo humano integral y sustentable.

CONSIDERANDO, El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria, declara de orden público, utilidad pública e interés social las actividades que aseguren la disponibilidad y acceso oportuno de los alimentos inocuos, de calidad y en cantidad suficiente a la población, así como los bienes necesarios con los cuales se desarrollan dichas actividades y señala expresamente la posibilidad de proceder a la adquisición forzosa de los bienes afectos a tales actividades sin la necesidad de obtener autorización por parte de la Asamblea Nacional. Así mismo, prevé la posibilidad de que los órganos y entes competentes establezcan las medidas, y acciones especiales, que permitan controlar o evitar las distorsiones en la distribución e intercambio en el mercado nacional.

CONSIDERANDO, Que el café tiene un gran valor tradicional y cultural para la Nación, siendo un rubro de alto

consumo para los venezolanos, y constituye, el su único medio de sustento económico de 175.000 pequeñas familias caficultoras.

CONSIDERANDO, Que el mercado interno se ha visto afectado por el desabastecimiento del café verde, debido al incremento de los precios de ese rubro en los países limítrofes, generando situaciones de contrabando.

CONSIDERANDO, Que la torrefactora, FAMA DE AMÉRICA [sic], C.A., se ha consolidado en el procesamiento y distribución de café en el país, llegando a adquirir hasta un 30% de la producción nacional, desplazando así a las pequeñas y medianas torrefactoras de todos los escenarios”.

Vistos estos considerandos, podríamos decir entonces que se pretende, mediante la expropiación de FAMA DE AMÉRICA, la consecución de un interés social: garantizar el abastecimiento de café a nivel nacional y desmontar la posición de dominio de la empresa en el área.

Es evidente que la formulación de la utilidad pública de esta declaración recae, no sobre el bien expropiado, sino sobre la obra o actividad para la cual es requerido dicho bien, de manera que lo que se declara de utilidad pública es esa obra o actividad, y no el bien específico requerido para la ejecución o desarrollo de las mismas.

La obra es, como lo dice el artículo 1 del propio Decreto expropiatorio: “CONSOLIDACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA AGROINDUSTRIAL DEL CAFÉ”.

No podemos dejar de preguntarnos si “la consolidación de la infraestructura agroindustrial del café” es una obra en sí misma. Tampoco podemos dejar de recordar aquí, que contamos con una serie de instrumentos jurídicos específicos para el tema de libre competencia y sancionar el abuso de posición

de dominio, que no pasan por la figura de expropiación, que tal y como señalamos al inicio de este trabajo, se trata de una institución excepcional, con finalidades muy específicas, y que por lo tanto, no nos parece la más apropiada para este caso.

5. Expropiación como sanción

El artículo 6 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios⁴² en sus dos últimos apartes establece la expropiación como sanción y en tal sentido, señala que el Ejecutivo Nacional hará la apertura del procedimiento expropiatorio una vez que se hayan cometido los ilícitos económicos y administrativos señalados en la CRBV y esta Ley.

Los ilícitos referidos en el párrafo anterior son los previstos en el artículo 114 de la Constitución que establece: el ilícito económico, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos. En tanto que la propia ley establece en sus artículos 16, 53, 46, 47, 65, 66, 67, 68 y 69: de las condiciones abusivas, del precio, prohibición de marcaje, prohibición de incremento de precio de bienes de existencia ya marcada, especulación, especulación en la compra, acaparamiento, boicot, y prohibición de expendio de alimentos o bienes vencidos o en mal estado.

En el marco de este procedimiento expropiatorio el Estado podrá adoptar la medida de ocupación, operatividad temporal e incautación, la cual se manifiesta mediante la posesión inmediata, puesta en operatividad y el aprovechamiento del local, establecimientos o bienes, previa realización de inventario de activo, así como las medidas que considere necesarias para llevar a cabo la continuidad y prestación del servicio.

42 Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.358 del 1 de febrero de 2010. Hoy derogada.

Esta ley plantea por primera vez en Venezuela la expropiación como sanción, figura que sí existía, por ejemplo, en España, en los casos en los que el particular propietario ha incumplido con la finalidad asignada, por ley, a ciertos bienes. En este caso, la regulación española indica que para que se dé la expropiación sancionatoria, debe haber una ley específica que establezca cómo deben ser usados los bienes en cuestión y un posterior incumplimiento de ese uso predeeterminado por parte del propietario privado. El Estado puede entonces expropiar para sí o dejar la propiedad en estado público de venta⁴³.

Volviendo a Venezuela, en nuestro criterio, la expropiación punitiva prevista en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios es inconstitucional y además, abre toda una nueva área de dudas sobre su aplicación y sus consecuencias, por ejemplo, ¿significa que por ser un castigo la expropiación no comporta justa indemnización?⁴⁴.

Ahora bien, en el caso de FAMA DE AMÉRICA, es evidente que se trata de una expropiación sancionatoria. Desde el mismo momento de la ocupación, el Ministro en ese entonces de Agricultura y Tierras, Elías Jaua, aseguró que se seguiría ejerciendo la Constitución contra los monopolios y oligopolios: “no vamos a permitir que se siga chantajeando al pueblo, porque detrás de todo esto siempre hay el chantaje de que si hay desabastecimiento es porque no hay precio justo”. Recordó que hacía ocho meses el Ejecutivo había ajustado el precio del café y exhortó a los dueños de las empresas a garantizar el abastecimiento del rubro. “Les hicimos un llamado a la reflexión, ellos deben recordarlo. Una noche en el Ministerio de Agricultura

43 García de Enterría, Eduardo. y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*. Novena Edición. Civitas Ediciones. Madrid. 2004. p. 337.

44 Un ejemplo de la aplicación de esta Ley se concretó cuando el Ejecutivo Nacional dictó el Decreto de Expropiación N° 7.185 del 19 de enero de 2010 de Hipermercados Éxito, debido al remarcaje de precios a diferentes bienes que practicó esta cadena comercial.

le dijimos aquí está la mano amiga del Gobierno para trabajar, pero si ustedes persisten en la distorsión del mercado, en favorecer el contrabando de extracción, en distorsionar el funcionamiento de las pequeñas y medianas torrefactoras, nos veremos obligados a actuar, y es lo que estamos haciendo hoy”⁴⁵.

Analicemos ahora los considerandos cuarto y quinto del Decreto Expropiatorio. Vemos que el cuarto señala el desabastecimiento de café verde “por situaciones de contrabando”. Al citar contrabando, debemos recordar que ese ilícito administrativo prevé sus propias sanciones, entre las cuales no está la expropiación. Por otra parte, el considerando quinto se refiere “al desplazamiento de pequeñas y medianas torrefactoras” del mercado debido a la consolidación de la expropiada en el mercado en el área de procesamiento y distribución de café.

Al leer estos considerandos, podemos fácilmente concluir que estamos frente a una expropiación sancionatoria, es decir, el Estado busca castigar a la empresa por no haber abastecido el mercado y por haber abusado de su posición de dominio desplazando a torrefactoras más pequeñas.

Ya hemos dicho que entendemos que en Venezuela la expropiación como sanción es inconstitucional y por otra parte, en estricta lógica ésta no ameritaría una indemnización y estaríamos más bien frente a otra figura como podría ser la confiscación o un comiso, y no una expropiación, que implica una indemnización para evitar que se empobrezca o se enriquezca a alguien con el proceso.

Adicionalmente, en nuestro criterio, y como ya hemos referido *supra*, el Estado cuenta con otros medios más propicios y por ende, más eficientes (regulaciones y sanciones bajo el derecho de libre competencia, por ejemplo) para lograr el equilibrio de mercado, sin tener que recurrir a una medida tan

45 El Universal, Op.cit

excepcional y perturbadora del juego económico como lo es la expropiación.

6. Indemnización justa

A fines de abril de 2010 se hablaba de una indemnización del 10% del precio⁴⁶. A la fecha de este artículo no se ha pagado ninguna indemnización a los dueños de la empresa expropiada.

Recordemos aquí que sólo el pago de la indemnización produce la traslación de la propiedad, sin embargo, la realidad es que con la ocupación de los bienes de la empresa nos enfrentamos a una privación clara del derecho de propiedad, sin la correspondiente indemnización.

Esta ha sido, sin duda, una de las causas principales para el procedimiento ante el CIADI reseñado *infra*.

7. Demanda ante CIADI

El Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) es una institución del Banco Mundial especialmente diseñada para propiciar la solución de disputas entre gobiernos y nacionales de otros Estados. Una de sus finalidades es dotar a la comunidad internacional con una herramienta capaz de promover y brindar seguridad jurídica a los flujos de inversión internacionales.

Este centro se creó como consecuencia del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados que entró en vigor en 1966⁴⁷. Venezuela firmó este Convenio el 18 de agosto de 1993, su Ley

46 Obuchi, Richard, cit.

47 Más información disponible en su web: www.icsid.worldbank.org

aprobatoria es del 10 de agosto de 1994 y se ratificó finalmente el 3 de abril de 1995⁴⁸.

El 23 de febrero de 2011, la empresa holandesa Longreef Investment, accionista de FAMA DE AMÉRICA, demandó al Gobierno de Venezuela ante el CIADI, por la falta de indemnización de los bienes que fueron adquiridos de manera forzosa en 2009.

Con la medida, la empresa exige al Ejecutivo que cancele los bienes tangibles e intangibles debido a que se adueñó hasta de la marca registrada: FAMA DE AMÉRICA, sin reconocer los derechos.

En abril del 2009, el Gobierno manifestó a los propietarios de la torrefactora que pagaría sólo 10% del valor de la empresa, pese a que los peritos que realizaron el avalúo certificaron el costo real incluyendo la marca y los activos.

El Gobierno procedió a tomar la empresa sin pagar a los dueños, desconociendo la Ley de Expropiación, que establece en los artículos 19, 20 y 22 que una vez fijada por la comisión de avalúo la valoración correspondiente al justiprecio, ese resultado debía ser notificado por escrito a los propietarios o representantes, quienes manifestarían si aceptaban o no la tasación practicada⁴⁹.

El proceso ante el CIADI ha seguido su curso, y luego de la constitución del tribunal arbitral presidido por David A.O. Edward, y el nombramiento de Enrique Gómez-Pinzón y Alexis Mourre, la República solicitó que se descalificara a Enrique Gómez-Pinzón como árbitro. El CIADI negó esta solicitud sobre la descalificación.

48 Publicada en la Gaceta Oficial N° 35.685 del 3 de abril de 1995.

49 Más información al respecto disponible en <http://www.notitarde.com/VersionImpresa/Seccion/Demandan-por-expropiacion-de-Fama-de-America/2011/01/19/25523> [consultado: 21 de Agosto de 2015].

Posteriormente, la República solicita un pronunciamiento sobre la jurisdicción del CIADI para conocer del caso, pero el CIADI declaró tener jurisdicción para conocer del caso.

A la fecha el proceso continúa su curso.

8. Otros puntos peculiares a destacar

- a. No existe la obra o actividad preexistente a la expropiación, ya que “la obra” que justifica la expropiación es realmente la ejecución de la misma actividad desarrollada por la empresa privada cuyos activos están siendo afectados.

Sin contar con que “la consolidación de la infraestructura agroindustrial del café” no es una obra en sí; y además en el caso específico de la marca comercial, ésta no es necesaria para dicha “obra”.

Asumiendo que sea causa de la expropiación el acceso de la población al café, ¿importa realmente qué nombra tenga el café puesto a disposición de la población? No nos parece justificable.

- b. Los bienes muebles e inmuebles objeto de la expropiación aparecen indeterminados, es decir, no fueron singularizados para la satisfacción de la necesidad pública, tal y como lo requiere la LECUP.
- c. Se expropia la marca FAMA DE AMÉRICA, con todas las posibles ineficiencias y cuestionamientos que se generan al expropiar un intangible y como asignar valor a una marca comercial⁵⁰.

50 Véase para más detalles Sánchez Miralles, Samantha. *Expropiación de marca en Venezuela. Particular enfoque desde el punto de vista del análisis económico del derecho*. FUNEDA. Caracas. 2011.

- d. ¿Qué ha pasado después de la expropiación? Hemos visto, entre los considerandos del Decreto expropiatorio que una de las razones que justificaron la expropiación era el desabastecimiento de café en el mercado nacional. Y esto se ha analizado supra en su relación con la figura de la expropiación como sanción.

Sin embargo, nos preguntamos qué ha pasado con el abastecimiento de café en el país luego de la expropiación de FAMA DE AMÉRICA.

A la fecha en la que se escribe este trabajo, agosto de 2015, el Gobierno posee hasta 75% de la capacidad instalada para producir algunos de los rubros que hoy más escasean. Datos de la Cámara Venezolana de la Industria de Alimentos (Cavidea)⁵¹ muestran que el Estado es un actor central en la producción de alimentos, y en el caso específico del café el Estado concentra 80% de la capacidad instalada, pero importa 46% de lo que se consume en el país⁵².

Ahora bien, a pesar de ese control casi absoluto del Estado de los medios de producción de café, en la encuesta de Datanálisis de mayo de 2015, se concluyó que la escasez de alimentos en general en Caracas superó el 60,7%. Había un promedio de más del 90% de desabastecimiento en los locales de varios rubros, en los que se encontraba entre otros, el café⁵³.

Esto significa un panorama lejano a la eficiencia y opuesto a la consecución de utilidad pública que en teoría es la base de toda expropiación.

51 Disponible en www.cavidea.org [consultado: 21 de Agosto de 2015].

52 Fuente INE/Fedecamaras.

53 Disponible en <http://www.lapatilla.com/site/tag/datanalisis/> [consultado: 21 de Agosto de 2015].

La expropiación no persigue, al menos en teoría, la destrucción pura y simple de lo expropiado. Es decir, que la expropiación ha sido pensada y concebida originalmente para permitir el paso de bienes privados a la propiedad del Estado, por causa de utilidad pública⁵⁴, no expropiar para simplemente destruir lo expropiado, sin embargo, en caso como FAMA DE AMÉRICA no podemos dejar de preguntarnos si esta no es la finalidad última del Estado.

IV. CONCLUSIONES

1. En la expropiación de FAMA DE AMÉRICA no ha habido declaratoria de utilidad pública e interés social mediante la ley, sino que todo se ha hecho a través de un Decreto del Ejecutivo Nacional, esto vulnera la garantía expropiatoria.
2. No existe la obra o actividad preexistente a la expropiación, ya que “la obra” que justifica la expropiación es realmente la ejecución de la misma actividad desarrollada por la empresa privada cuyos activos están siendo afectados. Sin contar con que “la consolidación de la infraestructura agroindustrial del café” no es una obra en sí.
3. La inclusión indiscriminada y no detallada de los bienes de FAMA DE AMÉRICA como objeto de la expropiación no se compadece con la finalidad pública, ni con el carácter indispensable para la consecución de esta última ni mucho menos con la obligación formal de definirlos, tal y como lo exige la ley. Tal situación hace posible sostener que, prácticamente, lo expropiado no fueron los bienes determinados de una persona jurídica

54 Véase García de Enterría, Eduardo. y Fernández, Tomás-Ramón, cit., p. 239.

en pro de la utilidad pública, sino todos los activos de dicha persona despojándola, inclusive, de su marca comercial.

4. Estamos frente una expropiación sancionatoria ya que sus considerandos señalan como causas para justificar la medida que ha habido “situaciones de contrabando” y un “desplazamiento de pequeñas y medianas torrefactoras” del mercado debido a la consolidación de la expropiada en el mercado en el área de procesamiento y distribución de café.

Ya hemos comentado que la expropiación como sanción no está permitida por la Constitución, ni por la LECUP⁵⁵, y por lo tanto esta expropiación podría ser calificada de inconstitucional, sin descontar que las conductas arriba señaladas tienen sus propias sanciones, entre las cuales no está la expropiación.

5. La expropiación de FAMA DE AMÉRICA, sin duda aumenta la concentración del poder económico del Estado, en medio de un cuadro en el cual el sector público ha demostrado una enorme incompetencia para mejorar el funcionamiento de las empresas que expropia, embarga o, simplemente, confisca⁵⁶.

Lamentablemente, los problemas de desabastecimiento no se resuelven con la intervención arbitraria del Estado y los atropellos a la propiedad privada. Al Estado le corresponde crear y fomentar el ambiente propicio para que se dé la competen-

55 Aunque hemos visto que sí está contemplada en la Ley para la Defensa en el Acceso a los Bienes y Servicios.

56 Es interesante destacar aquí que el Estado ha recurrido a figuras innominadas y muy cuestionables, por decir lo menos, para hacerse del control de empresas privadas, sin usar la figura de la expropiación, que como hemos visto es una institución regulada y que conlleva una serie de garantías para el expropiado. Por ejemplo, citamos aquí sentencia del Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo civil, mercantil y del tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Aragua, de fecha 23 de agosto de 2013, donde en la decisión de una medida de amparo sobre el derecho a la vivienda, se decreta una intervención temporal de la empresa, y se designa como “Veedor” al Gobernador del Estado Aragua y se le otorgan amplísimas facultades para la administración y disposición de la empresa.

cia y se eleve la producción y la productividad. El Estado, en vez de cumplir con esta obligación fundamental, se dedica a cercar cada vez más la iniciativa particular; sin contar con que, incluso habiendo pagado el Estado la justa indemnización que se adeuda como consecuencia de la expropiación (que no es el caso para FAMA DE AMÉRICA hasta la fecha), esto no es eficiente económicamente hablando porque en lugar de usar esos recursos financieros en pagar a los particulares, debería invertirlos en la resolución de otros problemas y en la ejecución de sus funciones públicas y no jugar al empresario.

Todo esto confirma de manera contundente el abuso de la facultad expropiatoria por parte del Estado en los últimos tiempos, sin contar con las dudas que surgen sobre si con tales medidas se ha alcanzado algún tipo de eficiencia económica, tal y como debe perseguir la expropiación como excepción al derecho de propiedad.

V. ANEXO.

CRONOLOGÍA DE ADQUISICIONES FORZOSAS POR PARTE DEL EJECUTIVO NACIONAL CONFORME LA GACETA OFICIAL

Año 2005

Nº	Gaceta Oficial Fecha	Afectado	Situación
1	38.106 13/1/2005	VENEPAL C.A.	Asamblea Nacional declara de utilidad pública e interés social. Solicita al Ejecutivo que dicte el respectivo decreto de expropiación.

2	38.110 19/1/2005	VENEPAL C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social
3	38.173 26/4/2005	Constructora Nacional de Válvulas C.A.	Asamblea Nacional declara de utilidad pública e interés social. Solicita al Ejecutivo que dicte el respectivo decreto de expropiación
4	38.174 27/4/2005	Constructora Nacional de Válvulas C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social
5	38.281 27/9/2005	Complejo Industrial Sideroca-Proacero	Asamblea Nacional declara de utilidad pública e interés social. Solicita al Ejecutivo que dicte el respectivo decreto de expropiación
6	38.281 27/9/2005	Central Azucarero Cumanacoa, C.A.	Asamblea Nacional declara de utilidad pública e interés social. Solicita al Ejecutivo que dicte el respectivo decreto de expropiación.
7	38.313 14/11/2005	Complejo Industrial Sideroca-Proacero	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para soberanía e independencia técnica del sector industrial metalmeccánico.
8	38.313 14/11/2005	Central Azucarero Cumanacoa, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para desarrollo endógeno del circuito de la caña de azúcar de Cumanacoa.

Año 2006

Nº	Gaceta Oficial Fecha	Afectado	Situación
9	38.556 3/11/2006	Central Azúcarero Motatán	Asamblea Nacional declara de utilidad pública e interés social. Solicita al Ejecutivo que dicte el respectivo decreto de expropiación.
10	38.563 4/11/2006	Central Azúcarero Motatán	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para desarrollo endógeno del circuito de la caña de azúcar de Motatán.

Año 2007

Nº	Gaceta Oficial Fecha	Afectado	Situación
11	N/A 7/2/2007	Electricidad de Caracas y SENECA	Ejecutivo firma la compra del 82.14% de la primera y la totalidad de la segunda. Ambas eran de capital estadounidense.
12	N/A 1/5/2007	N/A	PDVSA toma simbólicamente el control de los campos petrolíferos de la Faja del Orinoco tras acordar la creación de empresas mixtas con mayoría estatal.

13	N/A 22/5/2007	Compañía Anónima Nacional de Teléfonos de Venezuela (CANTV)	Presidente de la República declara la nacionalización. Eleva al 92.98% la participación estatal en "Electricidad de Caracas".
14	38.710 21/6/2007	Frigorífico Industrial Barinas, S.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social.
15	38.710 21/6/2007	Frigorífico Industrial de Carnes de Perijá, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social.
16	N/A 26/6/2007	Exxon Mobil y Conoco Philips	Las empresas estadounidenses rechazan formar una empresa mixta con mayoría accionaria de PDVSA en la Faja del Orinoco e inician un litigio contra el Gobierno venezolano.
17	38.738 2/8/2007	Complejo Cementero Andino, S.A.	Asamblea Nacional declara de utilidad pública e interés social. Solicita al Ejecutivo que dicte el respectivo decreto de expropiación.
18	38.743 9/8/2007	Complejo Cementero Andino, S.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para la ejecución de la obra "Desarrollo Endógeno Cementero Andino".
19	38.760 3/9/2007	Frutícola Caripe, C.A.	Asamblea Nacional declara de utilidad pública e interés social. Solicita al Ejecutivo que dicte el respectivo decreto de expropiación.

20	38.761 3/9/2008	Frutícola Caripe, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para la ejecución de la obra “Desarrollo Endógeno del Circuito Citrícola Caripe”.
----	--------------------	---------------------------	---

Año 2008

Nº	Gaceta Oficial Fecha	Afectado	Situación
21	N/A 00/01/2008	Electricidad de Caracas y SENECA	Ejecutivo firma la compra del 82.14% de la primera y la totalidad de la segunda. Ambas eran de capital estadounidense.
22	38.889 12/3/2008	Petrozuata, C.A.; Petrolera Cerro Negro, S.A.; Sincrudos de Oriente, S.A. y Petrolera Ameriven, S.A.	Asociaciones estratégicas de la Faja del Orinoco pasan oficialmente a control estatal.
21	N/A 00/01/2008	Petrozuata, C.A.; Petrolera Cerro Negro, S.A.; Sincrudos de Oriente, S.A. y Petrolera Ameriven, S.A.	Asociaciones estratégicas de la Faja del Orinoco pasan oficialmente a control estatal.
22	38.889 12/3/2008	Servicios Pesqueros Mida Alpesca, C.A.	Asamblea Nacional declara de utilidad pública e interés social. Solicita al Ejecutivo que dicte el respectivo decreto de expropiación.

23	N/A 14/3/2008	Lácteos Los Andes	Ejecutivo la nacionaliza para garantizar la soberanía alimentaria.
24	38.893 18/3/2008	Servicios Pesqueros Mida Alpesca, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social
25	38.917 24/4/2008	Ruedas de Aluminio, C.A.	Asamblea Nacional declara de utilidad pública e interés social. Solicita al Ejecutivo que dicte el respectivo decreto de expropiación.
26	38.920 29/4/2008	SIDOR, C.A.	Asamblea Nacional declara de utilidad pública e interés social. Solicita al Ejecutivo que dicte el respectivo decreto de expropiación.
27	38.928 12/5/2008	SIDOR, C.A.	Presidente de la República dicta la Ley Orgánica de Ordenación de las Empresas que Desarrollan Actividades en el Sector Siderúrgico en la Región de Guayana.
28	38.946 5/6/2008	Hotel Hibiscus del Grupo 6, C.A.	Asamblea Nacional declara de utilidad pública e interés social. Solicita al Ejecutivo que dicte el respectivo decreto de expropiación.
29	38.948 9/6/2008	Ruedas de Aluminio, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para la ejecución de la obra "Centro de Producción de Rines de Aluminio".

30	5.886 [E] 18/6/2008	Cemex Venezuela, S.A.; Holcim Venezuela, C.A. y Fábrica Nacional de Cementos, S.A.	Presidente de la República dicta la Ley Orgánica de Ordenación de las Empresas Productoras de Cemento.
31	38.966 4/7/2008	Terreno en la población de Guatire del municipio Zamora del estado Miranda	Asamblea Nacional declara de utilidad pública e interés social. Solicita al Ejecutivo que dicte el respectivo decreto de expropiación.
32	38.979 23/7/2008	Edificio sede de la Vicepresidencia Ejecutiva de la República	Asamblea Nacional declara de utilidad pública e interés social. Solicita al Ejecutivo que dicte el respectivo decreto de expropiación.
33	38.997 19/8/2008	Cemex Venezuela, S.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social.
34	39.019 18/9/2008	Transporte interno de combustible	Asamblea Nacional dicta la Ley Orgánica de Reordenamiento del Mercado Interno de los Combustibles Líquidos.
35	39.052 5/11/2008	Complejo Industrial Helisold de Venezuela, S.A.	Asamblea Nacional declara de utilidad pública e interés social. Solicita al Ejecutivo que dicte el respectivo decreto de expropiación.

36	39.053 6/11/2008	Complejo Industrial Helisold de Venezuela, S.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social.
----	---------------------	---	--

Año 2009

N°	Gaceta Oficial Fecha	Afectado	Situación
37	N/A 28/2/2009	N/A	Gobierno ordena la intervención y control militar de empresas arroceras a las que acusa de los desabastecimientos. La principal afectada es Alimentos Polar.
38	39.130 3/3/2009	Hotel Hibiscus del Grupo 6, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para el Hotel Escuela del estado Nueva Esparta.
39	N/A 6/3/2009	Smurfit Kappa	Intervención de 1.500 hectáreas de tierras de la multinacional papelera para sembrar caraotas, maíz, sorgo, yuca y ñame.
40	N/A 15/3/2009	N/A	Presidente de la República ordena la toma militar de los puertos de Maracaibo y Puerto Cabello ante la resistencia de las autoridades regionales a transferir su gestión al Poder Central.

41	N/A 18/3/2009	N/A	Alcaldía del municipio Libertador y Coca-Cola FEMSA firman acuerdo amistoso sobre desalojo de terreno para que se construyan viviendas de interés social.
42	39.145 24/3/2009	Aeropuerto Nacional e Internacional en Táchira, de Higuerote en Miranda, y de Zulia	Asamblea Nacional autoriza la reversión al Ejecutivo Nacional de los bienes que conforman la infraestructura aeroportuaria.
43	N/A 26/3/2009	N/A	Presidente de la República anuncia que la aerolínea Aeropostal, intervenida en noviembre de 2008, se convertirá en empresa de propiedad social.
44	39.150 31/3/2009	Cargill de Venezuela, S.R.L.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de la planta procesadora de arroz para uso y aprovechamiento social.
45	39.150 31/3/2009	INVECA	Presidente de la República declara la adquisición forzosa del fundo conocido como Hato El Frío para uso y aprovechamiento social.
46	39.152 2/4/2009	Venezolana Internacional de Aviación, S.A.	Asamblea Nacional declara de utilidad pública e interés social. Solicita al Ejecutivo que dicte el respectivo decreto de expropiación.

47	39.168 29/4/2009	Central Azucarero Ribera	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social.
48	N/A 8/5/2009	Empresas petroleras	Nacionalización de 60 empresas de actividades petroleras complementarias (transporte, inyección de agua, vapor o gas) en el lago de Maracaibo (occidente).
49	N/A 10/5/2009	N/A	Presidente de la República expropia 10.000 hectáreas de latifundios para fomentar la producción de alimentos.
50	N/A 15/5/2009	Cargill de Venezuela, S.R.L.	Gobierno venezolano inició ocupación temporal por 90 días de planta productora de pasta.
45	39.150 31/3/2009	INVECA	Presidente de la República declara la adquisición forzosa del fundo conocido como Hato El Frío para uso y aprovechamiento social.
46	39.152 2/4/2009	Venezolana Internacional de Aviación, S.A.	Asamblea Nacional declara de utilidad pública e interés social. Solicita al Ejecutivo que dicte el respectivo decreto de expropiación.
47	39.168 29/4/2009	Central Azucarero Ribera	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social.

48	N/A 8/5/2009	Empresas petroleras	Nacionalización de 60 empresas de actividades petroleras complementarias (transporte, inyección de agua, vapor o gas) en el lago de Maracaibo (occidente).
49	N/A 10/5/2009	N/A	Presidente de la República expropia 10.000 hectáreas de latifundios para fomentar la producción de alimentos.
50	N/A 15/5/2009	Cargill de Venezuela, S.R.L.	Gobierno venezolano inició ocupación temporal por 90 días de planta productora de pasta.
51	N/A 21/5/2009	Matesi, Comsigua, Orinoco Iron, Venprecar	Presidente de la República anunció la nacionalización de cuatro empresas metalúrgicas y una fabricante de tubos de acero sin costura.
52	N/A 21/5/2009	Williams Companies	Presidente de la República nacionalizó instalaciones de inyección de gas PIGAP II y Furrial, y planta compresora Jusepín 9.
53	N/A 21/5/2009	Banco de Venezuela, S.A.	Gobierno formaliza su compra. En Gaceta Oficial 39.234 del 04/09/2009 se adscribe al Ministerio del Poder Popular para Economía y Finanzas.
54	39.270 23/9/2009	Agropecuaria Miramar, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de la torrefactora de café verde para uso y aprovechamiento social.

55	39.270 23/9/2009	Truchicultura Valle Rey, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de la Granja de truchicultura para uso y aprovechamiento social.
56	39.270 23/9/2009	Almacenadora Pico El Águila	Presidente de la República declara la adquisición forzosa del centro de almacenamiento de semillas de papa para uso y aprovechamiento social.
57	39.282 23/9/2009	Complejo Hotelero Margarita Hilton & Suites y la Marina	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para la ejecución de la obra Desarrollo Social del Sector Turístico y Hotelero del estado Nueva Esparta.
58	N/A 21/10/2009	Centrales azucareros Venezuela y Cazta	Gobierno venezolano inició ocupación temporal dirigida a preparar los trámites para su expropiación.
59	N/A 5/11/2009	Mina de oro Las Cristinitas	Gobierno anuncia la nacionalización de la mina explotada desde 2002 por la empresa canadiense Crystallex.
60	39.303 10/11/2009	Fama de América C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social.
61	39.303 10/11/2009	CAFEA C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social.

62	39.315 26/11/2009	Conservas Alimenticias La Gaviota, S.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para la ejecución de la obra Rehabilitación y Modernización de la Planta Socialista Enlatadora de Alimentos Marinos.
----	----------------------	---	--

Año 2010

Nº	Gaceta Oficial Fecha	Afectado	Situación
63	39.349 19/1/2010	Centro Comercial Sambil La Candelaria	Asamblea Nacional declara de utilidad pública e interés social. Solicita al Ejecutivo que dicte el respectivo decreto de expropiación.
64	39.349 19/1/2010	Almacenes Éxito, C.A.	Asamblea Nacional declara de utilidad pública e interés social. Solicita al Ejecutivo que dicte el respectivo decreto de expropiación.
65	39.351 21/1/2010	Almacenes Éxito, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social.
66	N/A 7/2/2010	Edificios en el centro de Caracas	Presidente de la República ordena la expropiación para recuperar su valor histórico.

67	N/A 13/2/2010	Cativen	Presidente de la República anuncia que aceptó propuesta del grupo Casino y comprará 80% de su paquete accionarial en la empresa Cativen, propietaria de los expropiados hipermercados Éxito y automercados Cada.
68	N/A 27/2/2010	Empresas Polar	Alcaldesa del municipio Iribarren (Lara) firma el decreto de expropiación de los terrenos donde se encuentran unos galpones para desarrollar proyectos de vivienda.
69	39.408 22/4/2010	Central Venezuela, C.A. y Agrícola Torondoy, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para el funcionamiento del Complejo Agroindustrial Azucarero Venezuela.
70	39.408 22/4/2010	Agropecuaria La Batalla, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para el funcionamiento de una Planta Procesadora de Lácteos.

71	39.408 22/4/2010	Agrícola Arapuey C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para el funcionamiento de una Granja de camarón marino y larva de camarón.
72	39.411 27/4/2010	Central Azucarero del Táchira, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes consolidar la infraestructura agroindustrial para el desarrollo del potencial azucarero de la región occidental.
73	39.413 29/4/2010	Zona Industrial I de la ciudad de Barquisimeto	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los inmuebles para la construcción de viviendas populares dignas para el pueblo larense.
74	39.417 5/5/2010	Acerías Iberovenezolanas, C.A.	Asamblea Nacional declara de utilidad pública e interés social. Solicita al Ejecutivo que dicte el respectivo decreto de expropiación.

75	39.422 12/5/2010	Molinos Nacionales, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes consolidar la capacidad de procesamiento socialista agroindustrial para la Venezuela del siglo XXI.
76	5.974 [E] 14/5/2010	Asociación Civil Universidad Santa Inés, S.C.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social.
77	39.436 1/6/2010	Desarrollos Puerto de La Mar, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de lote de terreno para uso y aprovechamiento social.
78	39.441 8/6/2010	Industria Azucarera Santa Elena, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para consolidar el eje productor y agroindustrial de la caña de azúcar.
79	39.441 8/6/2010	Industria Azucarera Santa Clara, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para consolidar el eje productor y agroindustrial de la caña de azúcar.

80	39.441 8/6/2010	Industria Nacional de Artículos de Ferretería, S.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para reactivación y desarrollo de fábrica de partes y piezas metálicas para viviendas y edificaciones.
81	39.445 14/6/2010	Alentuy, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de lote de terreno para uso y aprovechamiento social.
82	39.445 14/6/2010	Envases Internacional, S.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de lote de terreno para consolidar la capacidad industrial del sector público de envases diversos para el pueblo venezolano.
83	39.455 29/6/2010	Helmerich & Payne de Venezuela	Asamblea Nacional declara de utilidad pública e interés social 11 equipos de perforación para pozos petroleros. Solicita al Ejecutivo que dicte el respectivo decreto de expropiación.

84	39.456 30/6/2010	Helmerich & Payne de Venezuela	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de 11 equipos de perforación para pozos petroleros para uso y aprovechamiento social.
85	39.490 18/8/2010	Centro de Entrenamiento Capitán Simón Arocha	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social.
86	39.490 18/8/2010	C.N.A. de Seguros La Previsora	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de lote de terreno para consolidar la capacidad industrial del sector público de envases diversos para el pueblo venezolano.
87	39.494 24/8/2010	C.N.A. de Seguros La Previsora	Presidente de la República declara de utilidad pública e interés social activo de la compañía.
88	39.520 29/9/2010	Autoseat de Venezuela	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social.
89	39.523 4/10/2010	Grupo Agroisleña C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social.

95	39.543 2/11/2010	Centro Comercial Sambil La Candelaria	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social.
96	39.544 3/11/2010	Siderúrgica del Turbio, S.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para el complejo siderúrgico bolivariano.
97	39.548 9/11/2010	Transporte ASER; M.G. Transporte; Transporte R.J.; Mundo de Servicios 2009 y Transporte Machico	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social.
98	39.550 11/11/2010	SILKA, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de un lote de terreno para uso y aprovechamiento social.
99	39.553 16/11/2010	Conjunto Residencial Lomas de La Hacienda	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social.
100	39.553 16/11/2010	Conjunto Residencial El Encantado	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social.
101	39.553 16/11/2010	Parque Residencial Mata Linda	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social.

102	39.553 16/11/2010	Conjunto Residencial El Fortín	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social.
103	39.553 16/11/2010	Conjunto Residencial San Antonio	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social.
104	39.577 20/12/2010	Banco Caroní y sujetos desconocidos (estacionamientos)	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de lotes de terreno para viviendas dignas para el pueblo.
105	39.578 21/12/2010	Aluminio de Venezuela C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social.
106	39.578 21/12/2010	Sanitarias Maracay, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social.
107	39.580 21/12/2010	Seguros Federal, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para coadyuvar en la prestación del sistema público nacional de salud.

108	39.584 21/12/2010	Edificio Junín	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para centro y sede del Consejo Federal de Gobierno.
-----	----------------------	----------------	---

Año 2011

Nº	Gaceta Oficial Fecha	Afectado	Situación
109	39.588 6/1/2011	Terrenos en las parroquias Altagracia, Santa Rosalía, San José y Santa Teresa de Caracas	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de lotes de terreno para viviendas dignas para el pueblo.
110	39.596 18/1/2011	Inversora Salomón 2007 C.A. y OMNICON, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de lotes de terreno para Campamento Pionero Monterrey.
111	39.596 18/1/2011	Inversiones Satorno, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de lotes de terreno para Nueva Comunidad Socialista Manuelita Sáenz.
112	39.596 18/1/2011	Cervecería Polar, C.A. y Refinadora de Maíz Venezolana	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de lotes de terreno para Nueva Comunidad Socialista Amatina.

113	39.600 24/1/2011	Terrenos en las parroquias Altagracia, El Paraíso, La Vega, El Recreo y San Bernardino de Caracas	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de lotes de terreno para viviendas dignas para el pueblo.
114	39.606 0102/2011	Edificio El 26	Presidente de la República declara la adquisición forzosa del bien para recuperación y rehabilitación.
115	39.606 0102/2011	Edificio El Castillo	Presidente de la República declara la adquisición forzosa del bien para recuperación y rehabilitación.
116	39.606 0102/2011	Edificio Kolster	Presidente de la República declara la adquisición forzosa del bien para recuperación y rehabilitación.
117	39.616 15/2/2011	Acerías Iberovenezolanas C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para consolidar la capacidad industrial del sector metalúrgico para el pueblo venezolano.
118	39.621 22/2/2011	Terrenos en las parroquias Caraballeda, Urimare y Macuto del municipio Vargas del estado Vargas	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de lotes de terreno para viviendas dignas para el pueblo.

119	39.644 29/3/2011	Norpro Venezuela, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para la producción industrial de agentes expansivos cerámicos para elevar la productividad de los yacimientos gasíferos y petrolíferos.
120	39.651 7/4/2011	Distribuidora San Juan, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para el desarrollo endógeno del sector alimentario del estado Guárico.
121	39.659 25/4/2011	Parque Residencial La Arboleda, ubicado en el municipio Valencia, del estado Carabobo	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de 47 apartamentos para viviendas socialistas para el pueblo.
122	39.666 4/5/2011	Procesadora Industrial del Plátano, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para la consolidación de la capacidad de aprovechamiento socialista del cultivo y desarrollo del plátano nacional en el estado Zulia.

123	39.667 5/5/2011	Terrenos en el Distrito Capital	Presidente de la República ordena la expropiación de los bienes para la construcción de viviendas dignas para el pueblo venezolano y su buen vivir.
124	39.671 11/5/2011	Terrenos en municipio Baruta del estado Miranda	Presidente de la República ordena la expropiación de los bienes para desarrollo urbanístico La Limonera.
125	39.676 18/5/2011	Terreno en la Parroquia Antímano del Distrito Capital	Presidente de la República ordena la expropiación de los bienes para Nueva Comunidad Socialista Amatina.
126	39.676 18/5/2011	Terreno en la Parroquia Sucre del Distrito Capital	Presidente de la República ordena la expropiación de los bienes para Nueva Comunidad Socialista Manuelita Sáenz.
127	39.676 18/5/2011	Edificio El 26	Presidente de la República ordena la expropiación de los bienes para recuperación y rehabilitación.
128	39.676 18/5/2011	Edificio El Castillo	Presidente de la República ordena la expropiación de los bienes para recuperación y rehabilitación.
129	39.676 18/5/2011	Edificio Kolster	Presidente de la República ordena la expropiación de los bienes para recuperación . y rehabilitación.

130	39.676 18/5/2011	Inversora Salomón 2007 C.A. y OMNICON, C.A.	Presidente de la República ordena la expropiación de los bienes para Campamento Pionero Monterrey.
131	39.681 25/5/2011	Terreno en la zona llamada El Molino, municipio Libertador (Tocuyito) del estado Carabobo	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de terreno para construcción de viviendas El Molino para el buen vivir.
132	39.681 25/5/2011	Terreno en la urbanización Colinas de Vista Alegre de Caracas	Presidente de la República ordena la expropiación de terreno para Ciudad Comunal La Yaguara.
133	39.681 25/5/2011	Terreno en el municipio Carrizal del estado Miranda	Presidente de la República ordena la expropiación de terreno para desarrollo habitacional Lomas de Paramacay.
134	39.682 26/5/2011	Edificios en el municipio Libertador del Distrito Capital	Presidente de la República ordena la expropiación de terreno para reivindicar el derecho a la vivienda para el buen vivir de familias del municipio Libertador.
135	39.682 26/5/2011	Edificios en el municipio Libertador del Distrito Capital	Presidente de la República ordena la expropiación de terreno para viviendas dignas para el pueblo caraqueño.
136	39.685 31/5/2011	Vidrios Venezolanos Extras, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social.

137	39.695 14/6/2011	Materiales Siderúrgicos S.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para Briquetera de Venezuela, C.A.
138	39.713 14/7/2011	Llano Arroz, S.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de planta procesadora de arroz para uso y aprovechamiento social.
139	39.736 16/8/2011	Tratacero, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para consolidar la capacidad industrial del sector público en el tratamiento térmico de piezas.
140	39.736 16/8/2011	Terreno en el municipio Sucre del estado Miranda	Presidente de la República ordena la expropiación de terreno para Nueva Comunidad Maca Socialista.
141	39.737 17/8/2011	Forjas de Santa Clara, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para consolidar la capacidad industrial del sector público en la fabricación de partes y piezas forjadas en caliente bajo diseño.

142	39.738 18/8/2011	Cartonajes Granics, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para consolidar la capacidad industrial del sector público en la fabricación de cajas y estuches de cartón
143	39.741 23/8/2011	Terrenos en el municipio Libertador de Caracas y el municipio Vargas del estado Vargas	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de lotes de terreno para viviendas dignas para el pueblo.
144	39.757 14/9/2011	Inversiones 091-2, C.A. y Baiyoneta, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de un galpón para consolidar la capacidad industrial en el procesamiento de productos para la higiene y mantenimiento del hogar, industrias e instituciones.
145	39.757 14/9/2011	OCI-METAL MECANICA, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para consolidar la capacidad industrial del sector público en la fabricación de carrocerías de vehículos y ensamblaje de chasis para camiones.

146	39.761 20/9/2011	Pastas Cariolli, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para consolidar la capacidad industrial del sector público en la actividad del sector automotriz.
147	39.761 20/9/2011	KSB Venezolana, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para consolidar la capacidad industrial del sector público en la actividad del sector automotriz.
148	39.766 27/9/2011	Consolidada de Ferrys C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social.

Año 2012

N°	Gaceta Oficial Fecha	Afectado	Situación
149	39.840 11/1/2012	Productores Asociados de Café de los Distritos Bermúdez y Benítez, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para reactivación y transformación en unidad de producción socialista de un centro de acopio, almacenamiento y procesamiento de café.

150	39.882 13/2/2012	Sucesión Heemsen, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de terreno para nueva terminal de contenedores de Puerto Cabello.
151	39.892 27/3/2012	Terreno en Los Teques estado Miranda	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de terreno para centro socioproductivo para los pequeños comerciantes de La Hoyada.
152	39.892 27/3/2012	Promociones Mussaka A y B 1.122, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de terreno para centro socioproductivo Los Cerritos.
153	39.892 27/3/2012	Azucarera Guanare, C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de bienes para consolidar la infraestructura agroindustrial para el desarrollo del potencial azucarero de la región Centro Occidental.
154	39.908 24/4/2012	Laboratorios Orpin Farma C.A.	Presidente de la República declara la adquisición forzosa de bienes para consolidar la capacidad industrial del sector público en la elaboración de soluciones fluidoterápicas y soluciones electrolíticas concentradas.

ALGUNAS NOTAS SOBRE LA LEY DE INFOGOBIERNO Y EL GOBIERNO ELECTRÓNICO EN VENEZUELA

Gabriel Sira Santana

Abogado

Resumen: Esta colaboración revisa el texto de la Ley de Infogobierno que regula y establece los principios, bases y lineamientos que rigen el uso de las tecnologías de información (TI) en el Poder Público y el Poder Popular en Venezuela. A tal efecto, se precisan los derechos y obligaciones que prevé su texto, tanto para los particulares como para el Poder Público, así como cuáles son las instituciones que ejercen la autoridad en materia de tecnologías de información.

Palabras clave: Venezuela, Infogobierno, Gobierno Electrónico, Tecnología de Información, Software Libre, Acceso a la Información.

Abstract: This collaboration reviews the text of the E-Government Act that rules and establishes the principles, foundations and guidelines about the use of information technologies (IT) in the Public Power and the People's Power in Venezuela. To this end, we specified the rights and obligations that are established in the text, both for individuals and for the Administration, as well as who exercise the authority about information technologies.

Keywords: Venezuela, E-Government, Electronic Government, Information Technology, Free Software, Access to Information.

Recibido: 7 de julio de 2015

Aceptado: 23 de agosto de 2015

SUMARIO

Introducción

I. Generalidades de La Ley de Infogobierno

II. La implementación del gobierno electrónico

III. El uso de software libre por parte del poder público

IV. El acceso a la información digital como derecho
del particular

Reflexión final

INTRODUCCIÓN

El Gobierno Electrónico, también conocido como e-Gobierno, es el término con el que suele identificarse el uso de las tecnologías de información y la comunicación –tales como hardware, softwares, servidores e incluso el Internet– como mecanismos que facilitan el intercambio de datos en todas las relaciones del sector público con el objeto primordial de incrementar su eficacia y transparencia, así como facilitar la participación ciudadana.

Este tema, que puede llegar a sonar futurista aunque no está alejado de nuestra realidad –basta con conocer el amplio uso que han tenido las redes sociales para informar el quehacer diario de la Administración Pública a través de cuentas institucionales o personales de algunos funcionarios– ha venido trabajándose internacionalmente desde hace algún tiempo, pudiendo observarse su auge reciente en los diversos boletines mensuales sobre la materia que publica la Organización de Estados Americanos (OEA), a través del Departamento para la Gestión Pública Efectiva, desde el año 2005¹.

1 Estos boletines pueden ser consultados a través del siguiente enlace: <http://portal.oas.org/Portal/Sector/Secretar%C3%ADaGeneral/SEDI/OESED/Proyectos/NPA/UseEficientedeTICs/tabid/1729/Default.aspx> [consultado el 02.04.2015].

Asimismo, el Gobierno Electrónico ha sido el punto focal de diversas declaraciones de la Organización comentada. Sirvan de ejemplo la *Declaración de Santo Domingo* en junio de 2006² (titulada *Gobernabilidad y Desarrollo en la Sociedad del Conocimiento*), la *Declaración de Montevideo* en marzo de 2009³ (*El Gobierno Electrónico al Servicio de la Gobernabilidad Democrática y la Competitividad*) y la *Declaración de San José* en noviembre de 2012⁴ (*Comunicado de la II Reunión de Ministros y IV de Autoridades de Gobierno Electrónico de América Latina y el Caribe*).

- 2 Los Ministros de Relaciones Exteriores y Jefes de Delegación de los Estados Miembros de la OEA incluyeron en sus consideraciones que las tecnologías de información y la comunicación tienen la capacidad de producir y diseminar el conocimiento por lo que son “una herramienta importante para fortalecer la gobernabilidad democrática, lograr un desarrollo equitativo y sostenible en las Américas y reducir la brecha digital”. De igual modo, subrayaron la importancia de estas tecnologías en el fortalecimiento de la gobernabilidad, la promoción y protección de los derechos humanos; solicitaron a los Estados que incorporen estas tecnologías en los procesos de modernización de las instituciones públicas; y reiteraron la importancia del desarrollo de plataformas interoperativas y softwares de código abierto. Disponible en: <http://redgealc.org/download.php?len=es&id=1497&nbre=DECSANTODOMs04.doc&ti=application/msword&tc=Contenidos> [consultado el 02-04-2015].
- 3 En el marco de la *Primera Reunión de Ministros y Altas Autoridades de Gobierno Electrónico de América Latina y el Caribe* se reiteró que el Gobierno Electrónico es un instrumento fundamental de “promoción de la eficiencia, la transparencia y la participación ciudadana en la actividad pública y, por tanto, de fortalecimiento de la gobernabilidad democrática y la competitividad”, motivo por el cual “los procesos de modernización del estado deben aprovechar las oportunidades de transformación del sector público que ofrece el gobierno electrónico”. Disponible en: <http://redgealc.org/download.php?len=es&id=2673&nbre=MVD.pdf&ti=application/pdf&tc=Contenidos> [consultado el 02.04.2015].
- 4 En la misma se indica que las iniciativas de Gobierno Electrónico deben ser diseñadas con el ciudadano como protagonista y se reitera el compromiso con la “modernización e innovación en la administración pública apoyados en las tecnologías de la información y la comunicación, como una excelente oportunidad para incrementar la eficiencia, la transparencia y la participación ciudadana, teniendo en consideración temáticas como gobierno abierto y datos abiertos, uso de redes sociales y dispositivos móviles, privacidad y protección de datos, investigación y evaluación de proyectos”. Disponible en: <http://redgealc.org/declaracion-de-san-jose/contenido/5683/es/> [consultado el 02.04.2015].

Es dentro de esta corriente que el Poder Público venezolano ha dictado en el pasado diversos instrumentos normativos específicamente destinados a regular el uso de estas tecnologías. Algunos de ellos son el *Decreto N° 825 mediante el cual se declara el acceso y el uso de Internet como política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social y político de la República Bolivariana de Venezuela*⁵, el *Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas*⁶, la *Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado*⁷ y, más recientemente, la *Ley de Infogobierno* a cuyo estudio dedicaremos las siguientes notas.

A los textos anteriores se le suma que desde la *Ley Orgánica de la Administración Pública* del año 2001⁸ los órganos y entes de la Administración Pública deben utilizar las nuevas tecnologías para su organización, funcionamiento y relación con las personas; manteniendo una página en la Internet “que contendrá, entre otra información que se considere relevante, los datos correspondientes a su misión, organización, procedimientos, normativa que lo regula, servicios que presta, documentos de interés para las personas, así como un mecanismo de comunicación electrónica con dichos órganos y entes disponible para todas las personas vía internet” (artículo 12). En el vigente *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública*⁹ esta disposición se encuentra en el artículo 11 sin mayores modificaciones.

Resulta oportuno destacar que, como sostiene Iriarte Ahonal referirse al marco regulatorio del Gobierno Electrónico en el Boletín N° 33 del Foro e-Gobierno de la OEA¹⁰,

5 Gaceta Oficial N° 36.955 del 22-05-2000.

6 Gaceta Oficial N° 37.148 del 28-02-2001.

7 Gaceta Oficial N° 39.945 del 15-06-2012. Vigente desde el 15-06-2014 según se desprende de su disposición final cuarta.

8 Gaceta Oficial N° 37.305 del 17-10-2001.

9 Gaceta Oficial N° 6.147 Extraordinario del 17-11-2014.

10 Organización de Estados Americanos (2008). “Marco Normativo y Regulatorio del e-Gobierno” en *Boletín del Foro e-Gobierno OEA*, N° 33. Disponi-

“si no existen políticas claras, los marcos regulatorios pueden resultar útiles para el manejo transitorio de cuestiones de SI [Sociedad de la Información] y e-Gobierno, pero estarán condenados a una vida efímera al no contar con un ‘norte’ político” (corchetes agregados).

En este sentido, estos instrumentos normativos deben ser acompañados de políticas públicas que tiendan a su ejecución pues, de lo contrario, solo servirán como referencias. Es decir, serán “leyes de letra muerta” –carentes de poder coercitivo– pues los derechos y deberes que prevén no le serán exigibles a ninguno de los involucrados por la falta de mecanismos adecuados de ejecución. Supuesto más que común en el derecho venezolano.

En un sentido similar sostiene Rodríguez¹¹ que:

“El gobierno electrónico implica la reestructuración de los servicios públicos, una fuerte inversión (humana, presupuestaria y en equipos tecnológicos de información y comunicación) de los organismos administrativos a todos los niveles, así como un cambio cultural, lo cual es un factor calve [sic] para el éxito de la instauración de un gobierno electrónico. Sin embargo, no significa que automatizar o instalar *software* y *hardware* adecuados por doquier, tanto al interior de las [sic] administración pública, lo que se conoce como comunicación Intranet, como la conexión con los ciudadanos a través de la web, sea suficiente para hablar de *e-gov*. Será necesario que se permita una auténtica exposición de criterios, soluciones y deliberaciones en torno a la realidad social, eco-

ble en: <http://portal.oas.org/LinkClick.aspx?fileticket=Jg%2foQ7VEjFc%3d&tabid=1729> [consultado el 02-04-2015].

- 11 Rodríguez, Gladys (2004). “Gobierno Electrónico: Hacia la Modernización y Transparencia de la Gestión Pública” en *Revista de Derecho Informático*, N° 67. Disponible en: <http://alfa-redi.org/node/9437> [consultado el 02-04-2015].

nómica, jurídica y política de un país, para que pueda iniciarse una relación gobierno/administrado transparente y eficiente”

Con lo anterior queremos dejar asentado, como noción introductoria a tener en cuenta mientras se efectúa la lectura de la nueva Ley, que la implementación a la que nos referimos va más allá de la simple –o más bien compleja– adquisición de equipos y sistemas de software libre (situación que trataremos más adelante), ya que debe incluir, adicionalmente, la capacitación de todos los funcionarios públicos y ciudadanos “de a pie” en el manejo de tecnologías de información y comunicación, la digitalización de procedimientos administrativos (con los protocolos de seguridad respectivos) y, por último, la garantía del acceso a la información.

Es dentro de este orden de ideas que, en fecha 17 de octubre de 2013, fue publicada en la Gaceta Oficial N° 40.274 la *Ley de Infogobierno* (vigente a partir del 17 de agosto de 2014 al cumplirse la *vacatio legis* de diez meses prevista por el legislador en la disposición final tercera) cuyo objeto es el establecer los principios, bases y lineamientos que rigen el uso de las tecnologías de información en el Poder Público y el Poder Popular en Venezuela.

Esta Ley está compuesta por 84 artículos que se encuentran distribuidos en 6 títulos –a saber: (I) Disposiciones fundamentales; (II) Organización del Poder Público para el uso de las tecnologías de información; (III) Tributos; (IV) Desarrollo del sector de tecnologías de información libres; (V) Derecho y garantía de las personas sobre el acceso a la información; y (VI) Régimen sancionatorio–, y posee 4 disposiciones transitorias, 2 disposiciones derogatorias y 3 disposiciones finales.

partiendo de lo anterior, de seguida pasaremos a precisar los aspectos más importantes de esta ley que, en nuestro criterio, pueden clasificarse en cuatro apartes: (1) generalidades; (2)

la implementación del E-Gobierno; (3) el uso de software libre por parte de la Administración; y (4) el acceso a la información digital como derecho del particular.

I. GENERALIDADES DE LA LEY DE INFOGOBIERNO

Como señalamos al inicio de esta colaboración, a través de la *Ley de Infogobierno* el Poder Legislativo pretende establecer los lineamientos que regirán el uso de las tecnologías de información, tanto en el Poder Público como en el Poder Popular.

En razón de ello estos Poderes, al ejercer sus atribuciones, tendrán la obligación de usar tecnologías de información –consideradas de interés público y carácter estratégico– tanto en su gestión interna como en las relaciones que mantenga con los diferentes órganos y entes que conforman al Estado, el Poder Popular y los administrados. Ello con la intención, entre otros, de mejorar la gestión pública y los servicios que se prestan a la colectividad; impulsar la transparencia del sector público; promover el desarrollo de las tecnologías de información libres en el Estado a través del financiamiento de programas y proyectos de investigación y desarrollo; y garantizar la independencia tecnológica, la “apropiación social del conocimiento” y la seguridad y defensa de la Nación.

En este sentido, se encuentran sometidos a esta Ley todos los órganos y entes del Poder Público en su más amplia acepción territorial (nacional, estatal, municipal, distritos metropolitanos y dependencias federales) y todas las personas jurídicas de Derecho público, los institutos públicos, las personas jurídicas de Derecho privado (siempre que sean creadas con fondos públicos o dirigidas por sujetos de derecho público, bien sea porque estos son competentes para designar a sus autoridades o porque contribuyen con al menos el 50% de su presupuesto en un ejercicio), el Banco Central de Venezuela y las universi-

dades públicas e instituciones del sector universitario de naturaleza pública.

Resulta oportuno destacar que, como ya fue indicado, el contenido de esta Ley resulta extensivo a las organizaciones y expresiones organizativas del llamado Poder Popular (tales como lo son los consejos comunales, las comunas, las ciudades comunales y los sistemas de agregación comunal); así como a las personas naturales y jurídicas en cuanto les sea aplicable.

Sobre la inclusión del Poder Popular dentro del ámbito de aplicación de la Ley se recuerda que, conforme al artículo 2 de la *Ley Orgánica del Poder Popular*¹², este es el

*“ejercicio pleno de la soberanía por parte del pueblo en lo político, económico, social, cultural, ambiental, internacional, y en todo ámbito del desenvolvimiento y desarrollo de la sociedad, a través de sus diversas y disímiles formas de organización, que edifican el estado comunal”*¹³.

Así, las formas de organización mencionadas –y a las cuales resulta aplicable la Ley de Infogobierno como mecanismo para promover su empoderamiento a través del aumento de la participación colectiva– son las

“diversas formas del pueblo organizado, constituidas desde la localidad o de sus referentes cotidianos por iniciativa popular, que integran a ciudadanos y ciudadanas con objetivos e intereses comunes, en función de superar dificultades y promover el bienestar colectivo, para que las personas involucradas asuman sus derechos, deberes y desarrollen niveles superiores de conciencia política” (artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Popular).

12 Gaceta Oficial N° 6.011 Extraordinario del 21-12-2010.

13 La definición es copiada textualmente en el artículo 5 numeral 13 de la *Ley de Infogobierno*.

La única diferencia de las expresiones organizativas con las formas comentadas es que estas últimas tienen un carácter transitorio (artículo 10 *eiusdem*)¹⁴.

Ahora bien, independientemente de quién sea el sujeto sobre el cual recae la obligación de dar cumplimiento a la Ley comentada, el fin que ella persigue es el mismo: facilitar la relación entre el Poder y los administrados a través del uso adecuado de las tecnologías de información y la simplificación de trámites y procedimientos administrativos que, como se conoce, es una de las políticas que el Estado venezolano ha implementado –al menos en lo teórico– desde el año 1999 con el *Decreto con Rango y Fuerza de Ley Sobre Simplificación de Trámites Administrativos*¹⁵ y diversas regulaciones sectoriales¹⁶.

En este orden de ideas, y visto que el tema desarrollado por la Ley presenta cierto grado de tecnicismo, el legislador pasó a elaborar un glosario de términos de interés para su aplicación.

14 Un análisis sobre la constitucionalidad –o mejor dicho, inconstitucionalidad– de esta figura escapa del objeto de la presente colaboración. No obstante, recomendamos al lector la consulta de la obra colectiva: Brewer-Carías, Allan, Nikken, Claudia, et. al. (2011). *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

15 Gaceta Oficial N° 5.393 Extraordinario del 22-10-1999. Reimpreso en la Gaceta Oficial N° 36.845 del 07-12-1999. Derogado por el *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos* publicado en la Gaceta Oficial N° 5.891 Extraordinario del 31-07-2008 que, a su vez, fue derogado por decreto ley de mismo nombre publicado en la Gaceta Oficial N° 6.149 Extraordinario del 18-11-2014 y reimpreso en la Gaceta Oficial N° 40.549 del 26-11-2014.

16 A fines ilustrativos se trae a colación el Decreto Presidencial N° 430, publicado en la Gaceta Oficial N° 40.268 del 09-10-2013, mediante el cual se simplifican los trámites administrativos requeridos por los Ministerios que en él se indican para las importaciones de alimentos, materia prima, artículos de primera necesidad y productos con ocasión a la época decembrina, para garantizar todos los niveles de la cadena productiva de alimentos, la seguridad alimentaria y el suministro oportuno de bienes de primera necesidad.

Somos de la opinión que estas definiciones deben ser entendidas simplemente como una guía que facilite la lectura y aplicación del texto –tanto por la Administración Pública como por el Poder Judicial en caso de conflictos– y no como conceptos cerrados ajenos a interpretación o discusión, ya que no se duda que la tecnología es uno de los conjuntos de conocimientos especializados que presenta un mayor avance y progreso continuo –pues lo que hoy es considerado “tecnología de punta” mañana puede resultar obsoleto– por lo que las definiciones que incluye la ley deben evolucionar junto a la sociedad sin que por ello se viole la máxima de atribuirle a las palabras su significado propio (artículo 4 del *Código Civil*).

Así nos apegamos a la postura de autores que sostienen que esta costumbre legislativa, cada vez más común en nuestro ordenamiento jurídico, lejos de favorecer a la comprensión del texto normativo tiende a transformarlo en una ley-diccionario o ley-manual que *“más que regular la conducta de las personas, aspiran a modelar su pensamiento y su lenguaje definiendo los límites de la realidad con la que es posible relacionarse o simplemente nombrar”*¹⁷.

Esto, debido a que la incorporación de definiciones ha llegado a extremos desproporcionados en los que se copian en la Ley –o, inclusive, actos administrativos– *“conceptos tomados de la sociología, la antropología o la ciencia política, o al menos de ciertas corrientes de estas disciplinas, pero totalmente prescindibles en la labor de aplicación del derecho”*¹⁸, u otros que carecen absolutamente de valor por ser ampliamente conocidos por el colectivo o ser conceptos que deben estar abiertos al debate producto de la constante evolución de la sociedad.

En este sentido, se observa que el artículo 5 de la Ley enumera un total de 19 vocablos dentro de los que, si bien la

17 Delgado, Francisco, *La reconstrucción del Derecho venezolano*, Caracas, Ediciones Galipán, 2012, p. 45.

18 *Ibíd.* p. 42.

mayoría no generan dudas o son reiteraciones de definiciones incluidas en otras Leyes, cuatro de ellos son de especial interés por lo que se transcriben a continuación:

- a. Tecnología de información: Tecnologías destinadas a la aplicación, análisis, estudio y procesamiento en forma automática de información. Esto incluye procesos de: obtención, creación, cómputo, almacenamiento, modificación, manejo, movimiento, transmisión, recepción, distribución, intercambio, visualización, control y administración, en formato electrónico, magnético, óptico, o cualquier otro medio similar o equivalente que se desarrollen en el futuro, que involucren el uso de dispositivos físicos y lógicos.
- b. Tecnologías de información libres: Son aquellas tecnologías con estándares abiertos que garantizan el acceso a todo el código fuente y la transferencia del conocimiento asociado para su comprensión; libertad de modificación; libertad de uso en cualquier área, aplicación o propósito y libertad de publicación del código fuente y sus modificaciones.
- c. Software libre: Programa de computación en cuya licencia el autor o desarrollador garantiza al usuario el acceso al código fuente y lo autoriza a usar el programa con cualquier propósito, copiarlo, modificarlo y redistribuirlo con o sin modificaciones, preservando en todo caso el derecho moral al reconocimiento de autoría.
- d. Hardware libre: Dispositivos de hardware, componentes electrónicos o mecánicos diseñados para su uso en cualquier área científico técnica, cuyas especificaciones y diagramas esquemáticos son de acceso público, garantizando el total acceso al conocimiento de su funcionamiento y fabricación, y que reconociendo los derechos de autor, no están sometidos a normativas

legales del sistema de patentes de apropiación privativa, otorgándose las mismas libertades contempladas en el software libre para su uso con cualquier propósito y en cualquier área de aplicación, libertad de modificación y adaptación a necesidades específicas, y la libertad para su redistribución.

Se puede apreciar cómo resulta común en la ley –pudiendo incluso considerarse como su fundamento principal– el hecho que en materia de tecnologías de información –es decir, en el manejo automático de datos– tanto los procesos como los equipos que sean utilizados deben permitir su manejo absoluto por parte del operador –el Poder Público y el Poder Popular– sin más limitaciones que las derivadas del derecho del autor respecto al reconocimiento y control sobre la integridad de sus obras. Esta es la materialización del llamado “conocimiento abierto de apropiación social”, como uno de los fines que persigue la norma.

En cuanto a los principios que rigen a las tecnologías de información, se tiene que éstos coinciden con los que suelen enunciarse en la mayoría de la normativa reciente y que reiteran –o desarrollan– derechos y premisas de la Constitución de la República tales como la legalidad, transparencia y publicidad de las actuaciones administrativas, así como la obligación de contar con un archivo que le sirva de respaldo; el deber de colaboración y coordinación entre los diferentes componentes del Poder Público –y de este con el discutido Poder Popular–; la garantía de la confidencialidad, integridad y autenticidad de la información emanada del Poder Público y del Poder Popular –por este motivo se le exige al administrado que satisfaga controles de seguridad proporcionales al trámite que desea realizar–; y la igualdad y accesibilidad como garantías de la prestación de los servicios públicos y otras actuaciones del Poder Público.

Finalmente, en cuanto a las generalidades de la *Ley de Infogobierno*, resulta oportuno acotar que con su entrada en vigencia quedó derogado el texto íntegro del *Decreto Presidencial* N° 3.390¹⁹, mediante el cual se disponía que la Administración Pública Nacional emplearía prioritariamente software libre desarrollado con estándares abiertos en sus sistemas, proyectos y servicios informáticos.

Dicho decreto poseía como fundamento jurídico, entre otros, los artículos del *Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación*²⁰ relativos al interés público y general de las actividades científicas, tecnológicas y de innovación; el deber de suministrar información de los integrantes del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación; y que el financiamiento y aspectos contractuales de programas otorgados por el Ministerio de Ciencia y Tecnología estaba sujeto a reglamentación. Esto con la intención de fortalecer la industria del software nacional, reducir la brecha socio-tecnológica en el menor tiempo y costo posible, y facilitar la interoperabilidad de los sistemas de información del Estado para mejorar la gobernabilidad.

Sobre este decreto destacamos que su contenido fue prácticamente incorporado en su totalidad a la *Ley de Infogobierno*, con las salvedades que de seguidas se enlistan a título enunciativo:

- a. El Decreto establecía un “uso prioritario” de software libre mientras que en la Ley su uso es un deber gene-

19 Gaceta Oficial N° 38.095 del 28-12-2004.

20 Gaceta Oficial N° 37.291 del 26-09-2001. Derogado por la *Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación* publicada en la Gaceta Oficial N° 38.242 del 03-08-2005 que, a su vez, fue derogada por la *Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación* publicada en la Gaceta Oficial N° 39.575 del 16-12-2010. A la fecha, la norma que rige esta materia es el *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación* publicado en la Gaceta Oficial N° 6.151 Extraordinario del 18-11-2014.

ral pues todo lo concerniente al desarrollo, adquisición, implementación y uso de las tecnologías de información por el Poder Público tendrá como base el conocimiento libre; por lo que solo se emplearán programas informáticos en software libre y estándares abiertos que garanticen al Poder Público y al Poder Popular el control sobre las tecnologías de información empleadas y el acceso de las personas a los servicios prestados.

- b. Cuando el Decreto definía al software libre, la única mención sobre materia de propiedad intelectual que se realizaba era que no existía obligación de pagar regalías a los desarrolladores previos, es decir, no hacía mención a los llamados derechos morales del autor. La Ley, por su parte, deja claro que se debe preservar el derecho moral al reconocimiento de autoría²¹.
- c. Las definiciones en el decreto de “software propietario” y “distribución software libre desarrollado con estándares abiertos para el Estado venezolano” no fueron incluidas en la ley.

En igual sentido, la *Ley de Infogobierno* –de acuerdo a su disposición derogatoria segunda– derogó el contenido del capítulo I del título III y el título V del *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado*.

Estos artículos se referían a la creación y regulación del Comité Nacional de la Interoperabilidad como ente encargado de establecer y coordinar la aplicación de los principios y políticas para el acceso e intercambio electrónico de datos, información y documentos entre los distintos órganos y entes

21 En caso que se desee revisar este tema se recomienda consultar la *Ley sobre el Derecho de Autor*, publicada en la Gaceta Oficial N° 4.638 Extraordinario del 01-10-1993. En particular, se destacan los artículos 17 (programas de computación) y del 18 al 24 (derechos morales y patrimoniales del autor).

del Estado; y el régimen sancionatorio que incluía multas por infracciones tales como el eliminar, deteriorar o interrumpir un servicio de información interoperable, exigir la consignación física de documentos que contengan datos de autoría o información que se intercambie electrónicamente, alterar la información proporcionada o emplearla para fines distintos a los solicitados, incumplir normas técnicas, entre otros. Parte de estas disposiciones se incorporaron en la Ley de Infogobierno como se verá más adelante.

II. LA IMPLEMENTACIÓN DEL GOBIERNO ELECTRÓNICO

Como hemos venido señalando, la *Ley de Infogobierno* pretende materializar el Gobierno Electrónico (e-Gobierno) en el territorio venezolano como un medio que permita una relación constante y segura entre el Poder Público y el particular, a través de las tecnologías de información, para así lograr una prestación de servicios públicos eficaz, garantizar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes de las personas, e impulsar la transparencia de la gestión pública.

Motivado a lo anterior, el artículo 6 de la Ley estableció una obligación general del Poder Público de utilizar estas tecnologías en todas sus relaciones internas y externas, garantizando el acceso para aquellas personas que por cualquier motivo no puedan utilizar estos medios. Esta obligación, a su vez, generará en cabeza de las personas que se relacionen con el Poder Público y el Poder Popular los siguientes derechos:

- a. Acceder a la información pública a través de medios electrónicos con igual grado de confiabilidad y seguridad que la proporcionada por los medios tradicionales.
- b. Utilizar y presentar ante el Poder Público y cualquier persona natural o jurídica los documentos electrónicos

emitidos por el primero, en las mismas condiciones que los producidos por cualquier otro medio²².

- c. Dirigir peticiones de cualquier tipo, quedando el Poder Público y el Poder Popular obligados a responder y resolver las mismas de igual forma a que si se hubiesen realizado por los medios tradicionales²³.
- d. Acceder electrónicamente a los expedientes que se tramiten y conocer y presentar los documentos electrónicos emanados de los órganos y entes del Poder Público y del Poder Popular.
- e. Obtener copias de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los cuales sea interesado.
- f. Recibir notificaciones por medios electrónicos de acuerdo al *Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas*.
- g. Realizar pagos y presentar y liquidar impuestos y otras obligaciones pecuniarias.
- h. Participar y promover el uso de las tecnologías de información libres, así como la mejora y creación de servicios electrónicos, a través de las páginas web del Poder Público y del Poder Popular.

22 En virtud de ello ni el Poder Público ni el Poder Popular pueden exigirle a las personas la consignación de documentos en formato físico que contengan datos o información que se intercambien electrónicamente.

23 Somos de la opinión que estas peticiones, para que cumplan el fin deseado, deben cumplir en la medida de lo posible –y sin que ello signifique una desnaturalización de lo electrónico– con las formalidades propias de aquellas presentadas en formato “tradicional” ya que de lo contrario la Administración se vería imposibilitada de dar una respuesta al fondo del asunto.

- i. Disponer de mecanismos que permitan el ejercicio de la contraloría social con el objeto de garantizar que la inversión pública se realice de manera transparente y eficiente en beneficio de los intereses de la sociedad, y que las actividades del sector privado no afecten los intereses colectivos.
- j. Utilizar las tecnologías de información libres como medio de participación y organización del Poder Popular.
- k. Contar con medios incorporados al sistema educativo para la formación, socialización, difusión, innovación, investigación y comunicación en materia de tecnologías de información libres.

Asimismo, en adición a las obligaciones que se derivan de los derechos que la ley reconoce a los particulares, tanto el Poder Público como el Poder Popular deberán:

- a. Disponer de una plataforma tecnológica integrada bajo su control y administración que permita el uso efectivo de las tecnologías de información.
- b. Proporcionar la formación en la materia a las personas bajo su mando para que estas puedan desempeñar eficientemente sus funciones en la gestión pública.
- c. Registrar ante la autoridad competente los programas informáticos que utilicen o posean²⁴.
- d. Contar con una página web bajo su control y administración en la que la integridad, veracidad y actualiza-

24 Conforme a la disposición transitoria primera ello debía realizarse, originalmente, ante la Comisión Nacional de las Tecnologías de Información dentro de los noventa días siguientes a la entrada en vigencia de la ley.

ción de su contenido –y de los servicios que preste– sea de su exclusiva responsabilidad²⁵.

- e. Procurar que el diseño y construcción de sus sistemas, programas y servicios cuenten con facilidades de uso para la consulta electrónica y que los mismos sean accesibles, sencillos, expeditos y confiables, con información actual y completa.
- f. Garantizar la integridad de su información a través del uso de certificados y firmas electrónicas emitidas de conformidad con el ordenamiento jurídico venezolano.
- d. Compartir con otros órganos y entes del Poder Público la información pública que conste en sus archivos de conformidad con el *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado*. En este sentido, y conforme al principio de unidad orgánica, los procesos deberán ser interoperables.
- e. Proteger los datos personales de los administrados respetando el honor, intimidad, vida privada, propia imagen, confidencialidad y reputación.

Finalmente, destaca el hecho que las informaciones publicadas en las diferentes páginas web del Poder Público y del Poder Popular tendrán el mismo carácter oficial que la infor-

25 Estas páginas deben tomar en cuenta las disposiciones de las resoluciones N° 005/2009, 006/2009 y 007/2009 del otrora Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática (publicadas en la Gaceta Oficial N° 39.109 del 29-01-2009) sobre formatos y requisitos mínimos para portales web de la Administración Pública Nacional; así como la resolución N° 026/2011 del antiguo Ministerio del Poder Popular para Ciencia, Tecnología e Industrias Intermedias (publicada en Gaceta Oficial N° 39.633 del 14-03-2011) sobre las condiciones de accesibilidad.

mación impresa emitida por el titular²⁶; y que los archivos y documentos electrónicos que emitan dichos poderes, y que contengan certificaciones y firmas electrónicas, tendrán igual validez jurídica y eficacia probatoria que los archivos y documentos que consten en físico.

En sentido similar se pronuncia la Ley sobre las copias impresas de documentos electrónicos ya que gozarán de valor probatorio siempre que contengan un código unívoco que lo identifique y permita su recuperación en el repositorio digital institucional correspondiente²⁷.

Ahora bien, respecto a la implementación del e-Gobierno hay dos temas que no pueden ser dejados de lado. Ellos son la organización dentro del Poder Público para el uso de las tecnologías de información y las nuevas cargas tributarias que se derivan de esta ley. A continuación nos referiremos, brevemente, a ambas cuestiones.

1. Autoridades en materia de tecnologías de información

La *Ley de Infogobierno* dedica su título segundo a la creación de tres organizaciones encargadas de ejercer el control gubernamental en materia de tecnologías de información. Estas son: el Consejo Nacional para el Uso de las Tecnologías de Informa-

26 Véase en este sentido, por ejemplo, la Providencia N° 005/2014 de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (SUNDDE) publicada en la Gaceta Oficial N° 40.397 del 23-04-2014 en la que se establece que dicho organismo divulgará a través de su página web (<http://www.superintendenciadepreciosjustos.gob.ve>) las distintas regulaciones en relación a la determinación de precios justos en el acceso a los productos y servicios.

27 Como ejemplo de aplicación de esta disposición se tiene a las planillas del Registro de Información Fiscal (RIF) que, al ser impresas desde la página web del SENIAT, incluyen un número de comprobante y firma autorizada (o código) que pueden ser consultados por el tercero interesado en la página web de dicho servicio a los fines de conocer su autenticidad y validez.

ción, la Comisión Nacional de las Tecnologías de Información, y las Unidades de Apoyo. Pasamos de seguida a esbozar las competencias de cada una de ellas.

A. El Consejo Nacional para el uso de las Tecnologías de Información

Conforme al artículo 37 de la Ley, el Consejo Nacional para el Uso de las Tecnologías de Información es el

“máximo órgano de consulta para la planificación y asesoramiento del Poder Público en los asuntos relacionados con las tecnologías de información, contribuyendo en la consolidación de la seguridad, defensa y soberanía nacional”.

Este Consejo cuenta con representantes de los cinco Poderes Públicos Nacionales (Vicepresidente Ejecutivo de la República, que lo preside, los Ministerios del Poder Popular de Ciencia, Tecnología e Innovación –hoy para la Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología–, de Planificación, y para las Comunas y los Movimientos Sociales, la Procuraduría General de República, la Asamblea Nacional, el Tribunal Supremo de Justicia, el Consejo Nacional Electoral, el Consejo Moral Republicano y el Banco Central de Venezuela) y las funciones que desarrolla son más organizativas que materiales, en el sentido que están relacionadas con la promoción del uso de las tecnologías de información mediante el impulso de mejoras, la proposición de normas y la fijación de lineamientos o políticas.

Corresponde a este Consejo garantizar que los programas y proyectos que se implementen en el Poder Público contemplen los requerimientos para su instalación y sustentabilidad –con base a sus necesidades financieras, institucionales y humanas– y promover la transparencia en el Poder Público a fin de garantizar el derecho fundamental de las personas al acceso a la información pública.

B. La Comisión Nacional de las Tecnologías de Información

La Comisión Nacional de las Tecnologías de Información, según el artículo 40 de la Ley de Infogobierno, es el

“instituto público dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, distinto e independiente de la República, con competencias financieras, administrativas, presupuestarias, técnicas, normativas y de gestión de recursos, las cuales serán ejercidas de acuerdo con los lineamientos y políticas establecidos por el órgano de adscripción en coordinación con la Comisión Central de Planificación, con los privilegios y prerrogativas de la República”.

Esta Comisión, si bien presenta competencias concurrentes al Consejo Nacional –tales como el establecer lineamientos y políticas, promover el acceso y uso de tecnologías de información e impulsar programas y proyectos– posee otras que le son propias y de gran relevancia para los diferentes órganos y entes del Poder Público. Dentro de estas atribuciones encontramos:

- a. Elaborar el Plan Nacional de Tecnologías de Información para el Estado y establecer mecanismos de coordinación e intercambio con el Poder Público y con el Poder Popular, así como con instituciones privadas, nacionales e internacionales.
- b. Administrar el repositorio de programas informáticos, libres o no, utilizados por el Poder Público y por el Poder Popular.
- c. Autorizar al Poder Público, con carácter excepcional, el uso de tecnologías de información privativas en los casos y condiciones establecidos en la ley.
- d. Otorgar, suspender y revocar la certificación de las unidades de servicios de verificación, programas informá-

ticos, equipos y servicios en materia de tecnologías de información a ser desarrollados, adquiridos, implementados y usados por parte del Poder Público y del Poder Popular.

- e. Asegurar que los funcionarios públicos y empleados al servicio del Poder Público adquieran las competencias necesarias para cumplir sus roles de forma efectiva.
- f. Resolver los conflictos que surjan en relación al acceso e intercambio electrónico de datos, de información y documentos o al uso inadecuado de estos, conforme a los términos y condiciones establecidos en el *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado*.
- g. Inspeccionar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la ley.
- h. Abrir, sustanciar y decidir, de oficio o a instancia de parte, los procedimientos administrativos sancionatorios previstos en esta ley, pudiendo dictar medidas preventivas y correctivas cuando así lo requiera²⁸.
- i. Ejercer acciones administrativas o judiciales de cualquier índole para la salvaguarda y protección de sus derechos e intereses.

28 El inicio y sustanciación de estos procedimientos podrá delegarse a cualquiera de las Unidades de Apoyo previstas en la ley. En cualquier caso se seguirá el procedimiento previsto en la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos* y solo se considerarán como supuestos sancionables los tipificados en el artículo 81 de la ley que incluye, entre otros, ordenar o autorizar el desarrollo, adquisición, implementación y uso de programas, equipos o servicios de tecnologías de información que no sean libres; omitir del uso de certificados y firmas electrónicas; incumplir normas instruccionales, técnicas o estándares; y no registrar los programas informáticos que utilice o posea el órgano o ente. Estos supuestos darán lugar a multas entre 50 y 500 Unidades Tributarias

En igual sentido, la Ley regula lo concerniente a su patrimonio, el Consejo Directivo (su nombramiento y remoción corresponde al Presidente de la República), las funciones del Director General (destaca el autorizar la realización de inspecciones o fiscalizaciones y ordenar la apertura y sustanciación de procedimientos administrativos sancionatorios) y que los funcionarios de la Comisión se registrarán por la *Ley del Estatuto de la Función Pública*²⁹, salvo en cuanto a las disposiciones especiales que el Ejecutivo Nacional decida sobre su reclutamiento, selección, ingreso, desarrollo, evaluación, ascensos, traslados, suspensiones, valoración, escalas de remuneraciones y egreso.

Finalmente, se considera prudente indicar que esta Comisión no ha de confundirse con el Centro Nacional de Tecnología de la Información (CNTI) que tiene por objeto impulsar y respaldar las actividades de docencia, investigación y desarrollo científico y tecnológico entre instituciones venezolanas así como diseñar estrategias en materia de tecnologías de información. Recientemente, este Centro llevó a cabo la consulta pública de la licencia venezolana de software libre³⁰ por lo que es una institución a tener en cuenta en materia de e-Gobierno (unidad de apoyo).

C. Unidades de Apoyo

La *Ley de Infogobierno* incorpora como unidades de apoyo el ente normalizador del uso de las tecnologías de información, el órgano normalizador en seguridad informática y cualquier otra instancia vinculada con el objeto y los fines de la ley, ya tratados al inicio de esta colaboración. Dentro de estas unidades de apoyo se encuentran:

29 Gaceta Oficial N° 37.482 del 11-07-2002. Reimpresa en Gaceta Oficial N° 37.522 del 06-09-2002.

30 Centro Nacional de Tecnologías de Información (2015, 2 de marzo). *Inicia proceso de consulta pública de la licencia venezolana de software libre*. Disponible en: http://cnti.gob.ve/index.php?option=com_content&view=article&id=4752:2015-03-02-15-24-50&catid=43:actualidad&Itemid=71 [Consulta: 02.04.2015].

- a. El Centro Nacional de Tecnologías de Información³¹: Ente encargado de apoyar a la Comisión Nacional de las Tecnologías de Información a normalizar el desarrollo, adquisición, implementación y uso de tecnologías en el Poder Público y el Poder Popular.
- b. La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (SUSCERTE)³²: Órgano competente en materia de seguridad informática responsable del desarrollo, implementación, ejecución y seguimiento al Sistema Nacional de Seguridad Informática, a fin de resguardar la autenticidad e integridad de los datos electrónicos obtenidos y generados por el Poder Público y el Poder Popular. Dentro de sus atribuciones específicas se encuentra el realizar los peritajes de los soportes digitales -previo el respectivo procedimiento legal-, evaluar los archivos digitales, analizar las bitácoras de equipos y herramientas de red, auditar el funcionamiento e integridad de aplicativos, prestar asesoría técnica en materia de informática forense y administrar el registro público de homologación de equipos o aplicativos con soporte criptográfico.
- c. Servicios de verificación: Personas naturales o jurídicas acreditadas por la Comisión Nacional de las Tecnologías de Información, previo cumplimiento de los requisitos que determine la norma instruccional, para auditar los programas, equipos y servicios en materia de tecnologías de información empleados por el Poder Público y el Poder Popular en relación con las previsiones de esta

31 Creado mediante Decreto N° 612, publicado en la Gaceta Oficial N° 35.691 del 11-04-1995, como "Asociación Red Académica de Centros de Investigación y Universidades Nacionales". El cambio de denominación se produjo mediante decreto publicado en la Gaceta Oficial N° 5.450 Extraordinario del 22-03-2000.

32 Creada por el artículo 20 del *Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas*, publicado en la Gaceta Oficial N° 37.148 del 28-02-2001.

ley. Estas acreditaciones –al igual que las certificaciones– podrán ser revocadas por la Comisión siguiendo las pautas de la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*³³ cuando medie incumplimiento o se hubiesen suministrado datos falsos.

Adicionalmente, la Ley prevé al Sistema Nacional de Protección y Seguridad Informática que está conformado por los subsistemas de criptografía nacional, gestión de incidentes telemáticos, informática forense, y protección de datos.

2. Régimen tributario aplicable a las tecnologías de la información

Quizás el tema el que podría ser de mayor interés en la *Ley de Infogobierno* –al menos por su novedad– es lo concerniente a las obligaciones tributarias cuyo destino, de acuerdo a la propia Ley, es el desarrollo y fomento del sector de tecnologías libres de información, así como el contribuir a los ingresos propios de la Comisión Nacional de las Tecnologías de Información (CNTI).

Esta Comisión será competente para ejercer las funciones de Administración Tributaria en cuanto a las tasas, contribuciones especiales y parafiscales que prevé la ley, considerando que el Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología hará lo propio en cuanto a las tasas del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.

Así se tiene que en cuanto a las contribuciones parafiscales la ley prevé dos supuestos, ambos referidos al uso de software propietario o privativo.

En el primero de ellos el sujeto pasivo, es decir, quien se encuentra obligado al cumplimiento de las prestaciones tribu-

33 Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario del 01-07-1981.

tarias en calidad de contribuyente o de responsable, serán las personas jurídicas que tengan por objeto la importación, distribución y comercialización de software propietario al Poder Público. En este caso la contribución será del 2,5% de la utilidad neta del ejercicio, que será deducible del impuesto sobre la renta y su cancelación se producirá en los 90 días siguientes al cierre del ejercicio fiscal.

El segundo supuesto se refiere a las personas –naturales o jurídicas– que presten servicios de software privativo al Poder Público, tomando en cuenta que ellas deberán cancelar una contribución del 1,5% en las mismas condiciones del caso anterior.

Respecto a las contribuciones especiales, el sujeto pasivo de las mismas serán los órganos y entes del Poder Público –así como las organizaciones del Poder Popular– a los que se les autorice adquirir, usar y actualizar un software propietario. En estos casos, se deberá pagar una contribución al Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación equivalente al valor de adquisición del software y gastos de soporte o uso entre el 5 y 10%. Ello como claro incentivo a la adquisición de software libre y con estándares abiertos pues el pago será anual hasta que se sustituya el programa en cuestión.

Adicionalmente, la norma prevé tasas que deberán ser canceladas por el Poder Público motivadas a que la Comisión Nacional de las Tecnologías de Información certifique el cumplimiento de las disposiciones de la ley (50 Unidades Tributarias) o certifique y homologue los equipos o aplicaciones con soporte criptográfico privativos, pues los libres se encuentran exentos de pago (300 Unidades Tributarias).

Por último, la Ley prevé tasas entre 15 y 30 Unidades Tributarias para la tramitación de la solicitud de acreditación o renovación como unidad de servicios de verificación y certificación. Este trámite seguirá el procedimiento establecido en la

Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y la acreditación –en adición a los requisitos propios del Registro Nacional de Contratistas– incluirá su tipología, las características y servicios que presta el sujeto, la duración (siempre inferior a dos años) y la remisión a la norma institucional que contiene las funciones y obligaciones de dichas unidades.

III. EL USO DE SOFTWARE LIBRE POR PARTE DEL PODER PÚBLICO

Uno de los ejes principales sobre el que gira el articulado de la *Ley de Infogobierno* es el empleo de software libre y licencias abiertas por parte del Poder Público como garantía de control (por parte del Estado) y acceso (por parte del particular) en cuanto a las tecnologías de información.

Este tipo de software –definido en el artículo 5 numeral 16 de la ley, tal y como se indicó en páginas anteriores– tiene la particularidad que permite acceder a su código fuente (es decir, a su programación) para modificarlo a voluntad, pudiendo luego el interesado copiar o distribuir el programa estando sujeto, únicamente, al derecho moral de autor.

Ahora bien, como el legislador entiende que esta migración es más fácil de “decir” que “hacer”, en la Ley se establecieron una serie de incentivos que tienden al uso de software libre por parte del Poder Público. Entre ellos se tiene la creación de fuentes de financiamiento que impulsen la industria nacional de información libre (para la investigación, diseño, creación, desarrollo, producción, implementación, asistencia técnica y demás), exoneraciones tributarias para la venta de bienes y prestación de servicios en tecnologías de información libre, y las ya comentadas contribuciones especiales que debe cancelar el órgano o ente autorizado para adquirir, usar o actualizar softwares privativos.

Vale acotar que esta autorización tiene una duración máxima de tres años y –para ser acordada– requiere que no exista un programa abierto que pueda sustituir al propietarioo “se encuentre en riesgo la seguridad y defensa de la Nación” (artículo 66). No conforme con ello, junto a la autorización se establecerán las condiciones para el desarrollo de una versión en software libre y con estándares abiertos del programa y cuestión y, en caso que se adquiriera un software privativo sin esta aprobación, en adición a la multa correspondiente la Contraloría General de la República procederá a inhabilitar al servidor público que llevó a cabo la operación.

Este impulso al software libre puede ser constatado, a su vez, en la disposición final primera de la Ley que indica que

“Todo programa informático que se desarrolle, adquiera o implemente en el Poder Público, después de la entrada en vigencia de esta Ley [es decir, después del 17 de agosto de 2014], deberá ser en software libre y con estándares abiertos, salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley y previa autorización del ente competente”,

y en la disposición transitoria segunda que obliga a los órganos y entes del Poder Público y al Poder Popular que use software propietario a “[...] *presentar ante la Comisión Nacional de las Tecnologías de Información, dentro de los doce meses siguientes [a la vigencia], un plan institucional de adaptación o migración de las tecnologías de formación para su aprobación*” (corchetes agregados).

Vistas así las previsiones legales sobre el software libre en la *Ley de Infogobierno*, consideramos idónea la oportunidad para hacer ciertas precisiones sobre estos programas.

En este sentido, la libertad del software suele dividirse en cuatro tipos³⁴:

34 Rodríguez, Gladys, “El software libre y sus Implicaciones jurídicas” en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte (Barranquilla, Colombia)

- 1) Cero, permite el uso del programa con cualquier propósito (educativo, comercial, social, personal, etc.);
- 2) Uno, permite modificar el programa al poder acceder directamente a su código fuente;
- 3) Dos, permite distribuir copias del programa modificado o no; y
- 4) Tres, permite mejorar el programa y redistribuirlo o no.

Todas estas libertades son incluidas –o mejor dicho, exigidas– en la Ley en cuestión, por lo que nos encontraríamos ante una “libertad absoluta de software” que, si bien en teoría favorece justamente a la libertad, en la práctica se manifiesta como una grave limitación al Poder Público y al Poder Popular pues los imposibilita de emplear programas privativos –aun cuando los mismos pueden resultar más idóneos y, en consecuencia, recomendables para la prestación de un servicio determinado– ya que estos no cumplen con los estándares deseados por el legislador. Ello a conciencia que la autorización para el uso de software privativo se considera prácticamente el último recurso (pues no debe ser posible la sustitución del programa como un todo) y está sujeta a un margen temporal en que –entendemos– se genera para el autorizado la carga de crear un programa con código abierto que le permita prestar un servicio con la eficacia del privativo. Creación esta que requerirá de recursos humanos y económicos que podrían ser destinados a la satisfacción de necesidades colectivas.

Sin que sea nuestra intención ahondar en este tema, podemos indicar que los defensores del software libre destacan como sus principales ventajas su economía –al ser adquirido– puede instalarse en n cantidad de equipos–, el aporte a la independencia tecnológica –el usuario conoce a profundidad el programa y lo usa como una plataforma en la que puede desarrollar funciones adicionales según sus necesidades ejerciendo un control total sobre la información–, y que, al tratarse de un

N° 30, 2008, p. 166. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n30/n30a07.pdf>[Consukta: 04.04.15].

formato estándar, facilita la interoperabilidad entre equipos. Interoperabilidad que, como se recordará, es uno de los principios de nuestro Poder Público.

Los críticos, por su parte, centran su ofensiva en indicar que esta economía es relativa –pues a pesar de que puede instalarse un mismo software en diferentes equipos el soporte suele ser cancelado por cada máquina– y que la publicidad del código fuente facilita la labor de hackers u otros sujetos que deseen violar la seguridad de los equipos para apoderarse de información confidencial, así como que se suprime la motivación económica para realizar softwares novedosos y superiores pues el autor no contará con una “explotación exclusiva de la obra” sino que esta será del colectivo que podrá desmantelarla y reformarla a placer.

Ahora bien, a pesar de que se pueda pensar que el avance en nuestro país sobre este tema ha sido escaso, hemos de indicar que, actualmente, el Repositorio Nacional de Aplicaciones (RNA)³⁵ –espacio gubernamental donde se encuentran y promueven proyectos desarrollados en software libre de interés para la Administración Pública y las comunidades organizadas– posee un listado de más de 70 programas que dicen cumplir con las exigencias de la Ley de Infogobierno en cuanto a las cuatro libertades indicadas en párrafos anteriores.

A modo de ejemplo, encontramos los proyectos Roraima (sistema integrado de gestión administrativa que incluye nóminas, compras, almacén, contabilidad, formulación, presupuesto, tesorería y bienes), Orquídea (permite a los trabajadores de una institución gestionar sus recibos de pago y planillas ARC), SINTEP (sistema de inteligencia popular para recoger y priorizar indicios, ideas, denuncias, propuestas y otros elementos de dicha inteligencia) y –sin duda el más conocido– Canaima, que fue seleccionado como el sistema operativo de

35 Se puede acceder al mismo a través del siguiente enlace <http://repositorio.softwarelibre.gob.ve/>

software libre en las estaciones de trabajo de los órganos y entes de la Administración Pública Nacional de la República “con el propósito de homogeneizar y fortalecer la plataforma tecnológica del Estado Venezolano”³⁶.

No obstante lo anterior, hacemos constar que no existen cifras que permitan conocer la verdadera implementación de cada uno de estos programas por parte del Poder Público, más allá de una mención general que se hace en el Repositorio al número de descargas.

IV. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN DIGITAL COMO DERECHO DEL PARTICULAR

El último aspecto de interés que trata la *Ley de Infogobierno* es el derecho y garantía de las personas sobre el acceso a la información que es desarrollado, principalmente, en el título V de la ley. Esta garantía presenta dos vertientes.

La primera de ellas se refiere al deber que tiene el Poder Público y el Poder Popular de proteger todos los datos que obtengan y reposen en sus archivos electrónicos gracias a los servicios que preste mediante las tecnologías de información. Este deber de protección se intensifica en dos casos:

- a. Si se trata de datos personales de los administrados – tales como los referidos al honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación– la información no tendrá carácter público a pesar de que conste en archivos o registros del Estado por lo que

36 Ello conforme a la Resolución N° 025/2011 del Ministerio del Poder Popular para Ciencia, Tecnología e Industrias Intermedias (hoy Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología) publicada en la Gaceta Oficial N° 39.633 del 14-03-2011.

tanto el Poder Público como el Poder Popular deberán brindar especial atención a la misma³⁷.

- b. Si se trata de datos de niños y adolescentes, si bien se permite que el Poder Público y el Poder Popular los recopilen a través de tecnologías de información –previa solicitud de persona legitimada–, la información en cuestión no podrá ser compartida sin que medie el consentimiento expreso del representante legal salvo que exista orden judicial, el niño o adolescente esté inmerso en una investigación penal o concurra otra causa de ley³⁸.

Sobre esta vertiente consideramos oportuno acotar que a pesar de no existir en Venezuela una Ley especial sobre protección de datos personales, la Sala Constitucional ha dictado varios fallos al respecto señalando que *“es preciso que las regulaciones generales y sectoriales [como sería la materia de e-gobierno] que se implementen para la defensa del derecho a la protección de datos, respondan a los principios contenidos en la Constitución, particularmente en los artículos 20, 28, 60 y 143 de la Constitución”* pues esta protección *“tiene como finalidad cardinal, permitir que todas las personas puedan controlar el acceso y uso por terceros de sus datos personales y, a su vez, que evitar los datos de carácter personal recogidos sufran desviaciones de la finalidad para la que fueron recabados”*³⁹ (corchetes agregados).

37 La norma desarrolla lo previsto en el artículo 60 de la *Constitución de la República* según el cual “toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación” por lo que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos”.

38 Véanse los artículos 65 (derecho al honor, reputación, propia imagen, vida privada e intimidad familiar) y 545 (confidencialidad) de la *Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes*, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.859 Extraordinario del 10-12-2007.

39 Sentencia de la Sala Constitucional/TSJ N° 1318 del 04-08-2011 (caso Defensoría del Pueblo). Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1318-4811-2011-04-2395.html> [consultado el 04-04-2015]. Aunque un estudio a fondo sobre este tema escapa del objeto de esta

En cuanto a la segunda vertiente de esta garantía, ella está asociada al principio de transparencia según el cual toda persona puede tener acceso, mediante el uso de tecnologías de información, a la información pública del Poder Público y el Poder Popular⁴⁰; considerando que la negativa, obstáculo o retraso –así como el suministro de información incompleta o inexacta– por parte del funcionario dará lugar a las sanciones de ley.

Destaca el hecho que este deber de información por parte del Poder Público y el Poder Popular no se encuentra limitado a la data que ellos tengan sobre la persona que realiza la consulta, en aplicación del artículo 28 constitucional. De acuerdo con este artículo, *“toda persona tiene el derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley [...]”*. En realidad, ese deber abarca a la totalidad de la información pública, teniendo en cuenta lo ya dicho sobre el deber de protección que puede llegar a condicionarlo y que por vía

colaboración, se cree prudente acotar que la sentencia en cuestión fijó con carácter vinculante que toda normativa o sistema sobre datos personales que contenga información de cualquier tipo referida a personas físicas o jurídicas debe garantizar los principios de autonomía de voluntad, legalidad, finalidad, calidad, conservación, exactitud, autodeterminación, previsión, integridad, seguridad, tutela y responsabilidad.

- 40 La norma desarrolla lo previsto en el artículo 143 de la Constitución de la República según el cual “Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a ser informados e informadas oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados e interesadas, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. No se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos o funcionarias públicas que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad”.

jurisprudencial se ha limitado este concepto en algunas ocasiones⁴¹.

En definitiva, podemos señalar que tanto la posibilidad de almacenar información de modo digital por parte del Poder Público y el Poder Popular, como la posibilidad de acceder libremente a ella por parte de las personas interesadas, tienen como presupuesto que estos poderes –antes de efectuar la recolección de data– deben notificar a las personas que sus datos se recopilarán en un archivo digital que cuenta con las medidas de seguridad necesarias para el cuidado de los mismos, así como la finalidad y uso que se les dará y los medios que poseen para ejercer su derecho de acceso, ratificación, supresión y oposición al uso de la esta información.

En atención a lo anterior se debe tener en cuenta que el uso con fines ilícitos de estos archivos podrá dar lugar a las penas previstas en la *Ley Especial contra los Delitos Informáticos*⁴² sobreviolacionesa la privacidad de las personas y de las comunicaciones (artículos 20 a 22).

41 Véase, por ejemplo, la sentencia de Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 0745, del 15 de julio de 2010, caso *Asociación Civil Espacio Público*, según la cual “el carácter reservado de la declaración de impuesto sobre la renta, o de la declaración de bienes que los funcionarios públicos realizan ante la Contraloría General de la República demuestra que tal información no es un dato de difusión pública, pues se trata de información que se contrae a la esfera privada o intimidad económica de los funcionarios”. Esta sentencia cuenta con el voto salvado del Magistrado Rondón Haaz según el cual “existe una tendencia mundial a la inclusión de los datos que pretendía obtener la demandante dentro de la información pública como indicador de transparencia y como medio para el cabal ejercicio de la contraloría social a que tenemos derecho los venezolanos en el sistema democrático a que se refiere la Constitución de la República”. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Julio/745-15710-2010-09-1003.html> [Consulta: 04.04.15].

42 Gaceta Oficial N° 37.313 del 30-10-2001.

REFLEXIÓN FINAL

En el año 2012 el Centro Nacional de Tecnología de la Información publicó un estudio para conocer el avance de la Administración Pública en materia de e-Gobierno⁴³. A tal fin, el CNTI entrevistó a la totalidad de órganos y entes de la Administración Pública Central ubicados en el Distrito Capital, siendo el caso que 182 de ellos respondieron el cuestionario recibido.

Dicho estudio tomó como criterio la relación del Poder Público internamente y con personas naturales o jurídicas a través de plataformas de e-Gobierno, y, en cada relación, el nivel de implementación del uso de tecnologías de información. Es decir, si esta comprendía presencia (divulgación de información), interacción (comunicación bidireccional que permite realizar denuncias o solicitudes), transacción (pago de impuestos y servicios, renovaciones de licencias, permisos, etc.) y transformación (integración total de los sistemas de información por medio de la participación y rendición de cuentas).

El estudio arrojó como resultados, entre otros, que la mayoría del Poder Público usa como sistema operativo Windows (software privativo) seguido de Canaima (software abierto) y que si bien las instituciones que dieron respuesta al cuestionario cuentan con páginas web que les permite divulgar información de interés⁴⁴ (nivel de implementación 1), solo el 42,31%

43 Los resultados pueden verse en: Centro Nacional de Tecnología de la Información (2012). *Gobierno Electrónico en la Administración Pública*. Caracas: Servicio Autónomo Imprenta Nacional y Gaceta Oficial. Disponible en: http://www.cnti.gob.ve/images/stories/documentos_pdf/libro_gob_e.pdf [consultado el 04-04-2015].

44 Hacemos la salvedad que, aunque no nos detendremos a precisar qué se entiende por “información de interés”, quienes hayan visitado páginas gubernamentales en búsqueda de alguna información en particular podrán dar fe sobre si las mismas cumplen con su objetivo institucional o, por el contrario, son fuentes de propaganda política.

ofrece mecanismos de interacción (nivel 2), 20,88% formas de transacción (nivel 3) y 17,03% de transformación (nivel 4).

A pesar de que este estudio fue realizado antes de la entrada en vigencia de la *Ley de Infogobierno*, no hay indicios que indiquen que las cifras actuales difirieren en grandes porcentajes.

Como hemos señalado al inicio, la consagración (efectiva) del Gobierno Electrónico va más allá de obligar al Poder Público a adquirir equipos y sistemas de software libre que, en nuestra opinión, no resultan prioritarios para que se materialice un intercambio de datos digital y fructífero entre el particular y la Administración.

Ciertamente la *Ley de Infogobierno* da un paso importante hacia el e-Gobierno; pero si esta ley no se acompaña de otros actos normativos sobre los que se edifique el sistema, tememos que poco –o nada– se habrá avanzado con su promulgación.

A esta situación hay que sumarle que el manejo de la informática siempre ha generado dudas en los particulares por su vulnerabilidad. No en vano, cuando fue promulgada la ley, muchos se preguntaban si aquello de que “la información contenida en los portales de internet tiene el mismo carácter oficial que la información impresa que emitan” podría traducirse en una prescindencia de la Gaceta Oficial como el medio de información –valga la redundancia– oficial del Estado venezolano⁴⁵.

45 Esta incertidumbre en el foro se suma a las dudas que ha generado el manejo reciente de la Gaceta Oficial en la que imperan las reimpresiones por errores en los originales o materiales, se publican números extraordinarios que no son debidamente anunciados en el sumario ordinario, los números ordinarios circulan en fechas diferentes a la fecha de publicación, entre otros, que hacen ver a la publicación en la Gaceta como el momento en el cual se “oficializa” el acto y no como el momento a partir del cual el mismo existe. Diferencia que si bien podría parecer insignificante, no lo es en lo absoluto.

Supuesto éste que permitiría que de forma inescrupulosa –incluso bajo el control de un tercero que acceda al sistema– se modifique el contenido de los actos publicados cargando nuevas versiones del mismo sin que el interesado pueda probar dicho cambio –al menos en un primer momento– pues la información se encontraría publicada en el portal web oficial y, por ende, gozaría del mismo carácter que una información impresa (sellada y firmada). En este punto resulta de vital importancia la aplicación de lo previsto en el *Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas* que, si bien fue promulgado en el 2001, no ha sido implementado en su totalidad. No podemos dejar de preguntarnos si pasará lo mismo con la *Ley de Infogobierno*.

Ya para finalizar reiteramos que el Gobierno Electrónico incluye dentro de sus postulados la llamada “digitalización de procedimientos administrativos” en los que se deben brindar al interesado las mismas garantías de un procedimiento tradicional. Algunos ejemplos de estos procedimientos pueden verse al momento de la declaración y pago del impuesto sobre la renta (ISLR) o del impuesto al valor agregado (IVA) a través del portal web del SENIAT.

Ahora bien, llama poderosamente la atención el hecho que ha sido jurisprudencia reiterada de la jurisdicción contenciosa que “*no todos los mensajes de datos que envía la Administración por medios electrónicos deben necesariamente contener los requisitos de forma y de fondo de los actos administrativos, pues estas herramientas se desarrollan y sirven de apoyo para mejorar los servicios ofrecidos a los ciudadanos, simplificando los trámites y formalidades de la actividad administrativa, y para que los interesados tengan acceso a la información sobre la gestión pública*”. En este sentido, “*no puede atribuírsele a toda información recibida a través de un mensaje de datos o derivado de la consulta efectuada en el sistema tecnológico empleado*

por las autoridades administrativas, los vicios de ilegalidad relativos a no reunir las formalidades necesarias de todo acto administrativo”⁴⁶.

Si bien estos fallos fueron publicados con anterioridad a la *Ley de Infogobierno*, demuestran claramente el criterio de la Administración Pública y el Poder Judicial en cuanto a los actos publicados por medio de tecnologías de información: los mensajes de datos (entendidos como “toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio”⁴⁷) no están atados a los requisitos de forma y fondo de los actos administrativos y, en consecuencia, no pueden ser impugnados o recurridos por los vicios de la ampliamente conocida teoría de las nulidades.

Si esto es así nos aventuramos a predecir que el e-Gobierno en Venezuela, lejos de servir a su fin de mejorar la gestión pública y los servicios que se prestan a la colectividad e impulsar la transparencia del sector público, no será sino un medio en el que se materializarán arbitrariedades sin que el interesado pueda actuar contra el “acto digital” pues se necesitará que los particulares “requieran a la Administración la emisión del acto, pues las informaciones que se transmiten respecto al status de las solicitudes realizadas por estos, no contienen los datos íntegros necesarios para el análisis de la actuación administrativa”⁴⁸.

46 Sentencia de la Sala Político Administrativa/TSJ N° 1011 del 08-07-2009 (caso ISFALPIZ INTEGRADORES, C.A.). Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Julio/01011-8709-2009-2007-1029.html> [consultado el 04-04-2015]. Criterio reiterado en los fallos de la Sala Político Administrativa/TSJ N° 1437 del 08/10/2009 y N° 0100 del 03-02-2010 disponibles, respectivamente en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01437-81009-2009-2007-1028.HTML> y <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00100-3210-2010-2007-0707.HTML> [consultado el 04-04-2015].

47 Artículo 2 del *Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas*.

48 éanse las sentencias indicadas en la nota al pie N° 46.

Si esta emisión es digital, el e-Gobierno mantendrá su razón de ser. Por el contrario, si se requiere una emisión física del acto, se desnaturalizará el concepto y quedará únicamente como un medio de información al particular (nivel de implementación 1), sin que sea posible hablar –en los términos del propio Gobierno– de interacción, transacción y transformación.

Advertida esta situación, nos corresponde esperar y ver cómo se desenvuelve este tema en la jurisprudencia nacional que, a la fecha, no cuenta con ningún pronunciamiento que cite al artículo de la *Ley de Infogobierno*.

LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL MERCOSUR EN VENEZUELA

Jorge Luis Suárez M.

Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid

*Director General, Centro para la Integración
y el Derecho Público (CIDEP)*

*Profesor Asistente de Derecho Administrativo,
Escuela de Derecho, Universidad Central de Venezuela*

Resumen: Este trabajo analiza la regulación de las relaciones internacionales en la Constitución venezolana, los aspectos fundamentales del Mercosur como proceso de integración y organización internacional y la aplicación de sus normas en los Estados parte de acuerdo con sus tratados y protocolos, así como en Venezuela de conformidad con la Constitución.

Palabras claves: integración, supranacionalidad, cooperación, Mercosur, Derecho Comunitario, Derecho Internacional.

Abstract: This article analyzes the regulation of international relations in the Venezuelan Constitution, the main aspects of the Mercosur as integration process and international organization and the application of its rules in States Parties in accordance with their agreements, and in Venezuela in accordance with the Constitution.

Key words: integration, supranational, cooperation, Mercosur, Community law, International law.

Recibido: 21 de agosto de 2015 Aceptado: 30 de agosto de 2015

SUMARIO

Introducción

- I. La regulación de las relaciones internacionales
y sus consecuencias en la Constitución venezolana
 - II. El MERCOSUR y su naturaleza jurídica
 - III. La internalización de las normas del MERCOSUR
en los Estados parte según sus tratados y protocolos
 - IV. La aplicación de las normas del MERCOSUR en Venezuela
- Conclusión

INTRODUCCIÓN

En el año 2006, Venezuela se convirtió en Estado parte del Mercosur, luego de un largo proceso de adhesión, en vista de la fuerte oposición del Senado de Brasil y el Congreso paraguayo que no aprobaban el protocolo de ingreso de aquel país. Previamente, Venezuela había estado vinculada con el Mercosur a través de un acuerdo de complementación económica, desde tiempos de la segunda presidencia del Dr. Rafael Caldera, siendo aún Estado miembro de la Comunidad Andina. Luego, problemas personales e ideológicos del siguiente Presidente venezolano con el de Colombia aceleraron la decisión de aquél de pedir el ingreso unilateral de Venezuela al Mercosur, pese a que la Comunidad Andina estaba negociando en bloque con el Mercosur, para posteriormente denunciar el Acuerdo de Cartagena en el mismo año 2006.

Hoy Venezuela es ya miembro de pleno derecho del Mercosur, por lo que hay que definir cómo debería ser el mecanismo de aplicación de las normas de esta organización en nuestro país, de acuerdo con lo establecido en sus tratados constitutivos y en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a lo cual nos dedicaremos en las próximas páginas.

I. LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES Y SUS CONSECUENCIAS EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA

Uno de los aspectos que mejoró sustancialmente la Constitución de 1999 respecto a la Carta Magna de 1961 fue precisamente el relativo a la regulación del tema de las relaciones internacionales y sobre todo el fenómeno de la integración regional. En efecto, la Constitución de 1961 se limitaba a hacer genéricas menciones a este tema en su preámbulo y en su artículo 108, los cuales no contenían realmente una regulación exhaustiva de este tema sino que se trataba de normas programáticas redactadas en términos muy amplios.

Así las cosas, la Constitución venezolana de 1999 en el artículo 153 ratifica, por un lado, lo que una vez dijo la Constitución derogada de 1961, no con las mismas palabras pero sí con otras, de que la República “promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región”. Luego continúa diciendo el mismo artículo que la República “podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que garanticen el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes”.

Más adelante, para cerrar sus aspectos programáticos, el artículo 153 dispone que dentro “de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina”.

Como puede verse, está más clara en la nueva Constitución la concepción de la integración como una forma distinta de manejo de las relaciones internacionales frente a los tradicionales mecanismos de la cooperación internacional porque

siendo ésta una importante forma de entenderse los países en ciertos supuestos, no llena las expectativas en otros, ni satisface a los Estados cuando se trata de la asunción de compromisos más profundos entre ellos con la finalidad de lograr, como dice el mismo artículo 153, el desarrollo común de las naciones, el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de los habitantes

Esto último, ciertamente, sólo puede lograrse a través de la integración, que significa etimológicamente, como se puede apreciar en cualquier diccionario, que unas partes se unen para conformar un todo, en donde cada parte mantiene su individualidad y existencia, es decir, no se funden para ello, o lo que es lo mismo, los países cuando se integran mantienen su individualidad y aunque se avance en el proceso, no crean un nuevo Estado.

Así las cosas, la Constitución venezolana de 1999, aparte de hablar de la integración latinoamericana en su preámbulo, lo que ya hacía de alguna manera su precedente, separa tres mundos jurídicos de origen internacional, que hoy son ramas del derecho independientes:

- a) El Derecho de la Integración y dentro de este el Derecho Comunitario (art. 153);
- b) El Derecho Internacional propiamente dicho, con su forma tradicional de llevar a cabo las relaciones entre países -la cooperación internacional- (arts. 152, 154 y 155);
- c) El Derecho de los Derechos Humanos (art. 23).

En todo caso, todos están sometidos para su constitución, por su origen internacional, a la aprobación legislativa de los tratados internacionales respectivos, con varias excepciones como vamos a ver.

1. El artículo 153 vs. Artículo 154

El artículo 153 de la nueva Constitución de 1999 establece lo siguiente:

“La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región.

La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que aseguren el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. **Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración.**

Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. **Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna”** (nuestras)

Como se puede observar, esta norma constitucional constituye una verdadera innovación porque expresamente regula el supuesto de la incorporación de Venezuela a organizaciones internacionales que requieren para sus actividades disfrutar de la atribución del ejercicio de competencias, comúnmente llamadas supranacionales.

El vigente artículo 153 de la Constitución permite expresamente la suscripción de tratados internacionales en los cuales la República “podrá atribuir a organizaciones **supranacionales** el ejercicio de competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de **integración**” (negrillas nuestras). Nótese que la nueva Carta Magna venezolana utiliza los términos “integración” y “supranacionales”, que, como veremos, se contraponen a “cooperación” e “intergubernamentalidad”.

Se trata, en efecto, en primer lugar, de dos términos –los destacados en negrillas– que no deben considerarse como sinónimos sino que cada uno tiene su propia especificidad y se trata –la integración– de una nueva forma de llevar adelante las relaciones internacionales, distinta a la que siempre se había utilizado entre los Estados contemporáneos: la cooperación intergubernamental.

Pero no se queda allí el artículo 153 de la Constitución de 1999. Continúa el mismo diciendo seguidamente que como consecuencia de los procesos de integración de carácter supranacional, “[l]as normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y **de aplicación directa y preferente en la legislación interna**”.

Esta última afirmación destacada en negrillas, es una de las consideraciones jurídicas más importantes que se han hecho en Venezuela en las últimas décadas y que ha dado lugar a una de las polémicas más conflictivas que se hayan producido en el ámbito jurídico venezolano ya que para muchos era inconcebible, además de que para ellos nuestra anterior Ley Fundamental no lo permitía, que una decisión no emanada del Poder Público interno pudiera ser aplicada directamente y en forma inmediata en el ordenamiento jurídico venezolano como regla, sin tener que pasar por los tradicionales filtros u operaciones de transformación, aceptación, recepción, conversión o incorporación que ortodoxamente se había exigido a los actos de

organismos internacionales, lo que, sin embargo, ya para los monistas del Derecho Internacional no era necesario en gran cantidad de supuestos, como quedaba también retratado en el artículo 128 de la Constitución de 1961 y se mantiene en el artículo 154 de la nueva Constitución venezolana.

En efecto, de acuerdo con el artículo 154 de la Constitución de 1999,

“[L]os tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente de la República, a excepción de aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al ejecutivo nacional”.

No hace el citado artículo 154 ninguna distinción entre el tipo de tratados sometidos a aprobación legislativa. La diferencia está en que si el tratado de integración no implica la atribución del ejercicio de competencias a una organización internacional, será necesaria su aprobación legislativa antes de su ratificación y luego durante su ejecución pudiera suceder que sean necesarias posteriores aprobaciones legislativas adicionales si se considera que alguno de los actos de desarrollo del tratado constituye en sí mismo nuevos tratados o normas de Derecho Internacional de carácter independiente.

En cambio, cuando se trata de tratados en los que el Ejecutivo Nacional atribuya el ejercicio de competencias nacionales a una organización internacional, según el artículo 153 constitucional basta la aprobación legislativa del tratado-marco principal para que luego sus actos de ejecución tengan aplicación directa, primacía sobre el derecho nacional en caso de conflicto y formen parte automáticamente del ordenamiento “legal” vigente venezolano, sin que pueda pretender la Asamblea Nacional, como sí podría hacerlo en los tratados no suprana-

cionales, que sus actos de desarrollo requieran adicionalmente aprobaciones legislativas.

Por otro lado, pareciera haberle dado el artículo 153 al Derecho Comunitario el rango de ley, independientemente de la forma que tenga a nivel interno en la comunidad, al decir que formará “parte integrante del ordenamiento **legal** vigente”. Sin embargo, esta percepción podría cambiar si entendemos esta expresión “legal” en sentido amplio, para incluir a todo el ordenamiento jurídico, sin tomar en cuenta su forma, incluyendo la Constitución.

Así las cosas, tenemos ahora en la Constitución venezolana de 1999 una norma muy importante –el artículo 153–, inexistente en la Constitución de 1961, que, independientemente de la aplicabilidad a la vez en estos casos del artículo 154 (antes 128 constitucional) como requisito previo para los tratados constitutivos o “marco”, separa el mundo de la integración regional de la estricta cooperación internacional y de los derechos humanos, aunque todo ello pueda coexistir en una misma experiencia internacional parecido a lo que sucede en la Unión Europea.

Por esto, a los fines de su regulación y efectos, en la actualidad para la Constitución venezolana es muy importante determinar, a efectos de su tratamiento jurídico, como haremos con el MERCOSUR, si un tratado internacional es:

- 1) De verdadera integración regional (art. 153);
- 2) En materia de Derechos Humanos (arts. 23);
- 3) De cooperación internacional (arts. 154/155).

A su vez, el artículo 153, que debió separarse en dos artículos o al menos en dos párrafos, prevé dentro de la integración regional dos posibilidades con consecuencias jurídicas muy diferentes, como son:

- 1) Los procesos de integración intergubernamental, que no se diferencian mucho en sus consecuencias jurídicas a la cooperación internacional ya que no disfrutaban sus normas de aplicación directa y preferente como regla;
- 2) Los procesos de integración comunitaria (supranacional), que puede generar un nuevo derecho que es el Derecho Comunitario, con principios y características propias y distintas al Derecho Internacional.

2. El artículo 73

La Constitución de 1999 también ha previsto en su artículo 73 que

“[l]os tratados, convenios o acuerdos internacionales que pudieren comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales, podrán ser sometidos a referendo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes de la Asamblea; o por el quince por ciento de los electores o electoras inscritos e inscritas en el registro civil y electoral”.

Es decir, como sucede en otros supuestos, la Constitución venezolana pretende la participación de los ciudadanos venezolanos en la toma de decisiones en aspectos en los que no se había hecho hasta ahora como es en la integración, lo que ha llevado que estos mecanismos no formen parte de la vida diaria del venezolano, ni se discuta abiertamente sobre el tema y lo que es más grave: no se conozcan las características, bondades y consecuencias de los procesos de este tipo.

II. EL MERCOSUR Y SU NATURALEZA JURÍDICA

En el Mercosur, el Tratado de Asunción de 1991, su base fundacional, desde sus considerandos iniciales tiene presente que lo que pretende es algo más allá que un convenio de coo-

peración al decir que la integración es una condición fundamental para acelerar los procesos de desarrollo económico con justicia social de los países y que este tratado debe ser considerado como un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de América Latina.

Es por ello por lo que el artículo 1 del Tratado de Asunción deja sentado que los Estados parte deciden constituir un mercado común, que en principio debía estar conformado para el 31 de diciembre de 1994, denominado Mercado Común del Sur (Mercosur). Este mercado común implicaba, según el mismo artículo, la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarios a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente, así como el establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común en relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales, regionales e internacionales.

Se trata -el Mercosur- de un convenio internacional con unos objetivos bastante ambiciosos, aunque con muchos problemas por resolver, que no pueden lograrse ni solucionarse en un corto o mediano plazo como se creía en un principio y mucho menos con una simple política de colaboración intergubernamental entre los países participantes donde ahora parece ser que la simpatía ideológica influye mucho. Ello sólo puede lograrse con una sucesión de etapas muy importantes, con un reforzamiento institucional, todo lo cual muy probablemente terminará en algo mucho más complejo de lo que el Tratado de Asunción y el Protocolo de Ouro Preto han establecido en sus artículos, con una finalidad última: la integración subregional.

En este orden de ideas, con el Mercosur nos encontramos con un convenio internacional que establece un proceso de integración subregional con metas a largo plazo, como es la

constitución del mercado común y que no pretende quedarse en las etapas iniciales de la zona de libre comercio y las preferencias arancelarias puras y simples sino que éstas sean el comienzo de un proceso que todavía le falta mucho camino por recorrer y que aunque sus dirigentes hacen imposibles equivalencias con la Unión Europea, para lograr ello de verdad requerirá de una evolución sensata a través del agotamiento de distintas etapas, lo cual ha quedado demostrado con el hecho de que se planeó crear el mercado común rápidamente –el 1 de enero de 1995– y lo más que se ha logrado hasta ahora, con casi 25 años de andadura, es una unión aduanera imperfecta.

Se trata –el Mercosur– de un proceso de integración que todavía no utiliza el atributo de la supranacionalidad para llevarse a cabo y si bien en ciertos detalles puede verse el uso de técnicas supranacionales (decisiones por mayoría en algunos órganos, por ejemplo), esto no es de la intensidad requerida como para decir que el Mercosur es una organización de esta naturaleza.

En efecto, la estructura institucional del Mercosur está constituida marcadamente por órganos de marcado carácter intergubernamental, como son el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y el Consejo de Comercio, órganos decisorios de la institución, conformados exclusivamente por representantes de los Estados parte, designados por los gobiernos de éstos y la adopción de sus decisiones se hace a través del consenso, con lo cual no es posible que ocurra una situación que un Estado, por estar en minoría en la votación de una decisión, aun así deba acatarla si la mayoría decide otra cosa, lo que sería el típico funcionamiento supranacional. Lo que ocurre en estos órganos es que si no hay acuerdo entre todos, no puede haber decisión, todo lo cual nos hace ver que en el Mercosur no ha operado atribución alguna de ejercicio de competencias nacionales a su favor.

Por otro lado, en la estructura institucional del Mercosur no existe un Tribunal de Justicia de carácter permanente, constituido por jueces independientes de los Estados parte y que vele autónomamente por la aplicación, interpretación y cumplimiento de las decisiones y normas de los órganos del Mercosur. Sólo existe un sistema de solución de controversias que funciona a través de tribunales arbitrales *ad hoc* y un Tribunal Permanente de Revisión, éste último también arbitral y aunque llamado “permanente”, no lo es al estilo de un Tribunal de Justicia sino que se constituye cuando es convocado. Por lo tanto, ni unos ni el otro tienen independencia ya que sus árbitros son escogidos por los Estados parte involucrados en la controversias.

En su funcionamiento, estos tribunales utilizan un procedimiento que en lugar de dar autonomía al Mercosur, lo que hace es reforzar el carácter intergubernamental de la organización ya que, aunque decide por mayoría, funciona con base en reclamaciones de los Estados parte, cuyo procedimiento se desarrolla casi exclusivamente entre éstos y el Laudo Arbitral, en los casos de incumplimiento, es ejecutado por ellos mismos, en donde los particulares tienen una participación o intervención muy limitada.

Además, no pueden darse procedimientos de solución de controversias entre los órganos del Mercosur y los Estados parte ni tampoco para solucionar los conflictos entre aquéllos entre sí, lo que se entiende evidentemente en la medida en que los órganos del Mercosur responden a una estructura jerárquica e intergubernamental.

Ahora bien, la naturaleza intergubernamental del Mercosur no la confirmamos solamente con el estudio de su estructura institucional y el funcionamiento de ésta. También hay ausencia de aplicación de principios muy importantes del Derecho Comunitario, como el de aplicabilidad directa de las normas comunitarias y el de primacía del Derecho Comuni-

tario sobre los derechos nacionales en caso de conflicto, simplemente porque no se produce Derecho Comunitario en este proceso.

Ciertamente, observamos que al no haber una comunidad de Estados ni atribución de ejercicio de competencias nacionales a los órganos del Mercosur, son los Estados parte los que realmente dictan las decisiones a través de aquéllos y ello hace, al ser actuaciones típicas del Derecho Internacional Público, que no exista inmediatez de las normas y actos del Mercosur en la esfera jurídica de los ciudadanos de los Estados parte sino que, en todo caso, el Derecho del Mercosur va dirigido a los propios Estados.

Así las cosas, al no haber Derecho Comunitario propiamente dicho generado por los órganos del Mercosur sino Derecho Internacional, no es posible la aplicación de los principios jurídicos de aquél al Mercosur, motivo por el cual es necesario que cada Estado parte incorpore a su derecho interno cada una de las normas de los órganos del Mercosur, de acuerdo con su normativa constitucional y legal interna, salvo excepciones que no cambian esta naturaleza intergubernamental, lo cual quedó patentemente demostrado con el establecimiento en el Protocolo de Ouro Preto del principio de la vigencia simultánea y la necesaria internalización, como regla, de las normas dictadas por la organización.

En todo caso, dependerá del ordenamiento jurídico nacional de cada Estado parte la forma de incorporación de las normas del Mercosur, para que éstas tengan validez y eficacia internas, ya sea a través de una ley, de un acto de gobierno o de un acto administrativo. Inclusive pudiera darse el caso, porque la Constitución sea monista, que por voluntad del derecho nacional, básicamente de la Carta Magna, el Derecho del Mercosur no tenga la necesidad de ser incorporado formalmente al derecho nacional a través de un acto expreso interno sino que baste su publicación en la Gaceta Oficial de ese país para

su vigencia. Pero, de cualquier manera, será una normativa interna, y no del Mercosur, la que decida la procedencia o no de la internalización.

El tercer elemento que nos ayuda a confirmar la naturaleza intergubernamental del Mercosur es la coacción sobre los Estados parte por la organización. En las organizaciones supranacionales es éste un elemento característico porque al tener los órganos de la comunidad independencia de los Estados miembros, en caso de incumplimiento de la normativa comunitaria pueden éstos actuar contra aquéllos, generalmente a través del órgano ejecutivo o del Tribunal de Justicia, porque está en manos del poder público comunitario hacerlo y aplicar sanciones, como podrían ser las multas, con la subsiguiente responsabilidad de los Estados miembros frente a la comunidad, que se puede traducir en una indemnización por daños o perjuicios, además de la responsabilidad que puedan tener frente a sus propios ciudadanos.

En el Mercosur tal posibilidad existe a medias, pero, en todo caso, esta "media" posibilidad, en lugar de dar algún rasgo de supranacionalidad, lo que hace es ratificar la existencia intergubernamentalidad. Ello porque los órganos del Mercosur no pueden exigir a los Estados parte de manera coactiva el cumplimiento de la normativa de sus órganos directamente sino que deben ser los Estados parte los que activen el procedimiento ante un tribunal arbitral ad hoc o directamente ante el Tribunal Permanente de Revisión. Los órganos del Mercosur lo único que pueden hacer en este procedimiento es dar su opinión, que en definitiva no es vinculante porque quien dicta el laudo arbitral es el respectivo tribunal arbitral, nombrados sus miembros por los Estados parte involucrados en la controversia.

Con los tres elementos anteriores, éstos son, la estructura institucional y su funcionamiento, la incidencia del Derecho del Mercosur en los países participantes y la coacción de la

organización sobre los Estados parte, podemos determinar la naturaleza jurídica intergubernamental de la organización, naturaleza ésta que se ve reforzada con otros elementos, ya no fundamentales pero sí muy importantes para su funcionamiento, como son la ausencia de autonomía financiera del Mercosur como organización y la posibilidad de retiro unilateral de cualquier Estado de la misma.

En efecto, no hay autonomía financiera del Mercosur porque no tiene ingresos propios, pese a que es ya una unión aduanera, sino que depende enteramente de las contribuciones de los Estados parte. Además, cualquiera de éstos puede denunciar el Tratado y sus protocolos y retirarse unilateralmente, todo lo cual nos hace ver que la organización no tiene verdadera autonomía de los Estados parte sino que depende de ellos para funcionar y permanecer en el tiempo.

III. LA INTERNALIZACIÓN DE LAS NORMAS DEL MERCOSUR EN LOS ESTADOS PARTE SEGÚN SUS TRATADOS Y PROTOCOLOS

De acuerdo con el Protocolo de Ouro Preto (POP) en sus artículos 9, 15 y 20, deben los Estados parte internalizar el derecho dimanado del Mercosur al establecerse que las decisiones de tales órganos son obligatorias para los Estados parte. Sin embargo, este carácter de obligatorias no debe entenderse en el sentido de que ellas valen jurídicamente por sí solas para ser aplicadas en cada país miembro sino que, como sucede con el Derecho Internacional y todo lo que sea "Derecho", ellas deben ser acatadas y hacerse todo lo posible para cumplirlas.

De allí que la obligatoriedad del Derecho del Mercosur, según el POP, no significa que éste sea Derecho Comunitario, con efecto y aplicación directa en los países miembros como es su naturaleza, sino que los Estados parte, especialmente sus

gobiernos, deben hacer todo lo posible para su internalización, la cual deben hacer a través de los mecanismos propios que establezcan la Constitución y las leyes de cada uno de los Estados parte.

En este sentido, el artículo 38 POP dispone que los Estados parte se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar en sus respectivos territorios el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur, lo que pareciera ratificar la obligatoriedad de las normas establecidas en los artículos 9, 15 y 20 del citado protocolo y que los Estados deben internalizar en sus ordenamientos jurídicos, dependiendo si éstos acogen la tesis dualista o monista.

Esto último confirma, a su vez, la imposibilidad de consideración de la aplicabilidad directa del Derecho del Mercosur como regla, al menos ésta derivada de los tratados, sino que ello dependerá de lo que establezca cada una de las Constituciones nacionales correspondientes y pudiera ocurrir, como es el caso de la Constitución de Venezuela, que se permita la aplicación directa de normas internacionales, no por ser comunitarias sino cuando son desarrollo o ejecución de tratados previamente aprobados por el órgano legislativo nacional, lo cual es una excepción a la regla de la aprobación legislativa.

En todo caso, los Estados parte deben tomar las medidas necesarias, una vez que el Derecho del Mercosur ha sido internalizado, para que la efectividad de éste sea la deseable, lo cual debe hacerse a través de la derogación de las normas nacionales que puedan entabrar el efecto deseado con las normas ya internas que provienen de los órganos del Mercosur, aspecto éste que coincide con otro principio muy importante del Derecho Comunitario, como es el de seguridad jurídica en la integración del mismo en los Estados, pero el previsto en el Mercosur es el principio equivalente previsto también en el Derecho Internacional.

Por otro lado, el POP establece en su artículo 40 un complejo procedimiento en el que se aplica el principio de vigencia simultánea del Derecho del Mercosur, para que, en vista de la ausencia de la aplicabilidad directa de los actos de los órganos del Mercosur, sin embargo se garantice la vigencia simultánea en los Estados parte de las normas emanadas de estos órganos.

Según este último mecanismo, cada Estado parte debe adoptar las medidas necesarias en su ordenamiento jurídico nacional para hacer la recepción de la normativa del Mercosur, de acuerdo con los cánones clásicos del Derecho Internacional y cumpliendo lo que establezca cada Constitución. Luego, cada Estado parte debe comunicar a la Secretaría del Mercosur la realización de esta exigencia o la no necesidad de hacer algo según el derecho nacional correspondiente, la cual, una vez recibidas las comunicaciones de los cuatro Estados parte, si las hubiere, notificará a ellos esta situación.

Luego de este último procedimiento, la norma del Mercosur entrará en vigor simultáneamente en los Estados parte treinta días después de la fecha de la comunicación efectuada por la Secretaría a los Estados parte participando la realización de los trámites respectivos o el cumplimiento de lo necesario para ello en los mismos, según cada derecho nacional. Asimismo, los Estados parte, dentro del plazo mencionado, darán publicidad interna de la vigencia de las referidas normas por intermedio de sus respectivos diarios oficiales.

Importante destacar el artículo 39 POP, el cual, literalmente, pudiera hacer pensar que la naturaleza jurídica del Derecho del Mercosur es comunitaria ya que expresa que

“[L]as normas emanadas de los órganos del Mercosur (...) tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país”.

Esta última frase en cursivas nuestras “cuando sea necesario” la han querido entender algunos, pese a todo el contexto antes mencionado, como que ella refleja el carácter comunitario del Derecho del Mercosur al ser la internalización, según ellos, una excepción, cuando la realidad es que, de acuerdo a la naturaleza jurídica del Mercosur establecida en los tratados, la excepción es la aplicación directa y en todo caso, ésta o aquella dependerá de lo que diga cada derecho nacional y no el Mercosur.

Así las cosas, esta posibilidad de no internalización de las normas del Mercosur, según el POP, bajo ningún respecto es la regla ni mucho menos por ser Derecho Comunitario, sino que es una excepción si algún derecho nacional así lo establece, ya sea sobre una norma en concreto o en general con respecto al Derecho Internacional, por asumir esa Constitución la teoría monista.

Por último, en relación a la normativa del POP sobre la vigencia de las normas de los órganos del Mercosur, el artículo 39 establece que serán publicados en el Boletín Oficial del Mercosur, íntegramente en los idiomas español y portugués, el tenor de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común, de las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur y de los laudos arbitrales de solución de controversias, así como cualquier acto al cual el Consejo del Mercado Común o el Grupo Mercado Común entiendan necesario atribuirle publicidad oficial.

En todo caso, esta última publicidad no es la que da vigencia a la normativa del Mercosur respectiva sino que ella será sólo para fines informativos ya que la publicidad jurídica sólo será posible a través de los mecanismos internos en cada Estado miembro, que incluye la publicación en los diarios oficiales nacionales como lo prevé esta última norma del POP y no su prohibición como sucede con el Derecho Comunitario.

Posteriormente, el Consejo del Mercado Común, a través de la Decisión N° 23/00, aparte de ratificar que conforme al POP las Decisiones, Resoluciones y Directivas son obligatorias para los Estados parte y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales (art. 1) y que los Estados parte deberán notificar a la Secretaría del Mercosur, de conformidad con el artículo 40 (i) POP, la incorporación de normas del Mercosur a sus ordenamientos jurídicos nacionales (art. 2) y que luego de la incorporación de una norma por todos los Estados parte, la Secretaría del Mercosur deberá notificar el hecho a cada Estado, en cumplimiento del artículo 40 (ii) POP y la fecha a partir de la cual la referida norma entrará en vigencia simultánea es la prevista en el artículo 40 (iii) POP (art. 3), decidió que las normas emanadas de los órganos del Mercosur *“no necesitarán de medidas internas de incorporación”* (art. 5), excepcionalmente agregamos nosotros, en los términos del artículo 42 del POP, cuando:

- a) Los Estados parte entiendan conjuntamente que el contenido de la norma trata de asuntos relacionados al funcionamiento interno del Mercosur.
- b) Existe norma nacional que contempla en idénticos términos la norma Mercosur aprobada.

Como puede verse, pese a esto que acabamos de transcribir, lo cual es, insistimos, excepcional, no existe en el Mercosur la regla del efecto directo al estilo comunitario europeo y andino ya que no se ha constituido una comunidad de Estados que genere Derecho Comunitario, que es el único derecho que puede ser objeto de un principio general como éste en el ámbito de las relaciones internacionales.

Así las cosas, las normas dictadas por los órganos del Mercosur son decisiones internacionales, no comunitarias, que no provienen del ejercicio de competencias atribuidas por los Estados a la organización y por esto deben ser objeto de todos

los procedimientos internos en cada caso para que tales normas y actos tengan validez y eficacia en cada país, salvo las excepciones apuntadas, de acuerdo con los principios tradicionales de Derecho Internacional, a menos que el propio derecho nacional diga lo contrario.

Esta última decisión del Mercosur, si bien pareciera establecer el efecto directo de normas comunitarias, realmente no lo hace sino que prevé situaciones puntuales, aceptables dentro del Derecho Internacional, en donde puede considerarse a éste de aplicación directa, en uno porque se trata de aspectos meramente internos de la organización que obviamente no necesitan de aprobaciones nacionales porque sólo incumben a ésta y en el otro porque ya habido de alguna manera una aprobación nacional de la norma.

IV. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL MERCOSUR EN VENEZUELA

1. El deber ser

Con lo visto hasta ahora ya estamos en capacidad de saber de qué manera deben aplicarse las normas del Mercosur en Venezuela. Para esto tenemos que diferenciar el llamado “derecho originario” o primario del Mercosur del “derecho derivado” o secundario, es decir, las normas internacionales que se dicten posteriormente para su desarrollo y ejecución, visto que el Tratado Constitutivo del Mercosur y sus protocolos anexos, como el POP, son “tratados-marco”, esto es, que no contienen ni pretender contener toda la normativa del proceso y la organización sino que los mismos deben ser desarrollados con normas internacionales posteriores de menor rango jurídico.

Esto último es importante porque no es lo mismo, a los efectos de nuestra Carta Magna, los trámites internos del dere-

cho originario que los del llamado derecho derivado o secundario como vimos.

Para el Derecho originario resulta claro que, como tratado internacional que es, el Tratado Constitutivo del Mercosur y sus protocolos constitutivos o modificatorios deben pasar por el tamiz legislativo que establece el artículo 154 constitucional, como de hecho quedó expresado en Ley Aprobatoria del 13 de julio de 2006 y otras posteriores que se han dictado, para lo cual no importa si el tratado es de integración o de cooperación sino internacional.

Lo que sí es importante en lo que respecta al Mercosur es que su Tratado Constitutivo y anexos es un “tratado-marco”, es decir, que establece las grandes líneas del proyecto y sus características generales, pero que necesita ser desarrollado específicamente en cada aspecto que necesite ser regulado por normas internacionales concretas de menor rango de varios tipos, como las Decisiones, las Resoluciones y las Directivas, las cuales, como normas internacionales que son, debemos determinar si éstas también necesitan pasar por el proceso de internalización establecido, como se hizo con el Tratado Constitutivo y sus protocolos posteriores, hecho hasta la fecha ante la Asamblea Nacional venezolana por exigirlo claramente la Constitución vigente.

Es precisamente respecto al derecho derivado o de desarrollo del Mercosur donde debemos determinar si necesita aprobación legislativa en cada caso, como una vez se quiso hacer y hasta llegó a decirlo una ley aprobatoria del Congreso Nacional venezolano respecto al derecho derivado de la Comunidad Andina, que en esa época (1988) no había una realidad constitucional como la actual, pero igual pudo haber dicho que ello no era necesario porque el artículo 128 de la Constitución de 1961 así lo permitía como excepción en casos precisamente de desarrollo de un tratado-marco.

Para sacar una conclusión sobre esto último respecto al Mercosur y de acuerdo a las normas constitucionales de 1999, es importante haber visto que el Mercosur es un proceso de integración y no simplemente un tratado de cooperación internacional, lo cual ya sabemos que tiene relevancia porque ahora en la Constitución de 1999 esta manera de establecerse relaciones internacionales tiene una regulación especial que no la había en su precedente y hace aplicable, al menos parcialmente, el artículo 153 de la Ley Fundamental, que es la gran norma constitucional sobre la integración en Venezuela.

Pero también sabemos que este último artículo tiene dos partes, aunque ello no sea así en su redacción sino que todo él está redactado en un solo párrafo sin diferenciar sus distintos aspectos. Así las cosas, si bien es aplicable al Mercosur la primera parte del artículo 153 constitucional como mecanismo de integración que es, también vimos que la segunda parte de este artículo ya no lo es tanto porque habla de la llamada integración supranacional, que no es el caso del Mercosur y tiene características muy especiales en su tratamiento constitucional, como es que sus normas de desarrollo o derecho derivado no necesitan aprobación legislativa, como debe hacerse con los tratados constitutivos o derecho primario, sino que es de aplicación directa y preferente y es parte del ordenamiento "legal" vigente.

Por esto es importante determinar, no sólo que el Mercosur es sin lugar a dudas un proceso de integración sino que el mismo no es supranacional. En consecuencia, resulta inaplicable al Mercosur esa segunda parte del artículo 153 porque, al no haber supranacionalidad como atributo del mismo, no puede ser una regla, constitucionalmente hablando, que las normas del derecho derivado del Mercosur sean de aplicación directa y preferente y parte integrante del ordenamiento "legal" venezolano, que además vimos que en el caso del Mercosur tampoco ello se dice en su Tratados y Protocolos constitutivos sino la regla de la necesidad de internalización de sus

normas en cada país y un engorroso mecanismo de vigencia simultánea de esas normas secundarias, salvo dos excepciones muy concretas, las cuales no creemos que cambien la naturaleza jurídica de esas normas y mucho menos de la organización completa que todo apunta que es intergubernamental.

En este orden de ideas, si el Mercosur no es un proceso de integración cuya organización disfrute de atribución de ejercicio de competencias nacionales por parte de los Estados parte, su derecho secundario no goza de las posibilidades establecidas en la segunda parte del artículo 153 constitucional venezolano y en consecuencia, debemos ocurrir al artículo 154, en virtud de la naturaleza internacional de estas normas y como tales aplicable, en principio, la obligatoriedad de ley aprobatoria de la Asamblea Nacional en cada caso, como llegó a decir el Congreso de la República venezolano en el caso CAN bajo la Constitución de 1961 y su artículo 128.

No obstante, el artículo 154 constitucional venezolano, así como dispone la regla para los tratados internacionales de la necesidad de aprobación legislativa por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente de la República, al mismo tiempo establece una serie de excepciones a la necesidad de la misma. En este sentido dispone el artículo 154 como excepciones a la anterior regla “aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional”.

Así las cosas, para la aplicación de estas excepciones al derecho derivado del Mercosur, según establece el artículo 154 constitucional, tenemos que determinar que se trate de tratados internacionales o normas de este tipo y que éstas no sean a las que se refiere la segunda parte del artículo 153 de la ley fundamental venezolana.

Ya hemos dicho que al no ser el Mercosur un proceso de integración supranacional, tal segunda parte del artículo 153 de la Constitución resulta inaplicable, sobre todo al llamado derecho secundario. Sin embargo, esto no quiere decir que tales normas deban ser objeto de trámite interno porque el artículo 154 establece excepciones a la regla de la ley aprobatoria, aun no siendo comunitarias.

En este orden de ideas vemos que al ser aprobado por ley de la Asamblea Nacional el Tratado Constitutivo del Mercosur y sus protocolos posteriores y tratándose éstos de “tratados-marco”, en nuestro criterio, aunque tales tratados no establezcan una realidad supranacional por no haber atribución de ejercicio de competencias, no obstante pudiera haber aplicabilidad directa del Derecho Internacional, en este caso del Mercosur y concretamente su derecho derivado, porque éste se encarga de desarrollar las obligaciones que asumió la República Bolivariana de Venezuela cuando aprobó y ratificó estos tratados.

Inclusive, pudiera pensarse también aplicable al derecho derivado del Mercosur y con esto también su aplicación directa, aun cuando no es Derecho Comunitario, la segunda excepción del artículo 154 a la ley aprobatoria de la Asamblea Nacional, por estar aplicándose con tales normas “principios expresamente reconocidos por ella [la Constitución]”, como son los que expresan el Preámbulo de “consolidar la integración latinoamericana” y la primera parte del artículo del artículo 153 según el cual

“[l]a República favorecerá y promoverá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región”, agregando además este artículo que “[l]a República podrá suscribir tratados internacionales que conjuen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo

común de nuestras naciones y que garanticen el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes”.

Como puede verse, resulta claro, ya no por el artículo 153 sino el 154 constitucional venezolano, que habiendo sido aprobados por ley de la Asamblea Nacional los tratados y protocolos constitutivos o derecho originario o primario del Mercosur y siendo éstos tratados-marco, los cuales, por esta característica, necesitan de ejecución y desarrollo posteriores a través de otras normas de menor rango del Mercosur (Decisiones, Resoluciones y Directivas), éstas no necesitan de aprobación legislativa por serles aplicables al menos dos de las excepciones constitucionales de este artículo en este sentido.

Así las cosas, aunque las normas del Mercosur de derecho derivado no traten aspectos de funcionamiento interno de la organización ni su contenido se encuentre ya en la legislación interna, situaciones éstas que, según la DecisiónCMC 23/00 del Mercosur, no necesitan ya de internalización en los Estados parte y en consecuencia, no es necesario el mecanismo de vigencia simultánea establecido en el POP (artículo 40), igual las normas del Mercosur de este tipo no necesitan esta aprobación legislativa en Venezuela por permitirlo la Constitución venezolana.

En resumen, la aplicación de las normas del Mercosur en Venezuela será de la siguiente manera:

- a) El Derecho originario o primario del Mercosur (tratados y protocolos constitutivos) debe ser objeto de Ley aprobatoria de la Asamblea Nacional en cada caso que se produzcan, según el artículo 154 constitucional.
- b) El Derecho derivado o secundario del Mercosur (Decisiones, Resoluciones y Directivas) no necesita ser aprobado legislativamente por la Asamblea Nacional por aplicar al menos dos de las excepciones que establece

la Constitución venezolana en el mismo artículo a esta regla.

- c) Las normas del Mercosur que se refieran a su funcionamiento interno o cuyo contenido ya esté en la legislación interna, de acuerdo con Decisión CMC 23/00 del Mercosur.

2. El ser

Pese a que la situación constitucional, incluso en el Derecho originario del Mercosur, parece muy clara, sin embargo la práctica en Venezuela ha sido la de incorporar expresamente al ordenamiento jurídico venezolano cada norma del Mercosur, independientemente de sus características, especialmente las Resoluciones del Grupo Mercado Común, a través de actos administrativos nacionales (Resoluciones Ministeriales), ya no por Ley aprobatoria como en otra época el Congreso de la República pretendió hacer con las Decisiones de la Comunidad Andina.

Las razones que alegan los Ministerios correspondientes para actuar de esta manera, de acuerdo con lo expresado por esas resoluciones, es que el Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur, aprobado por ley de la Asamblea Nacional del 13 de julio de 2006, establece en su artículo 3 el compromiso de adoptar el acervo normativo del Mercosur, en un plazo de 4 años a partir de su entrada en vigencia y según lo establecido en los artículos 38, 40 y 42 del POP, las normas del Mercosur adoptadas por sus distintos órganos, “son obligatorias y deben ser incorporadas, cuando ello sea necesario, al Ordenamiento Jurídico Nacional de los Estados Partes, mediante los procedimientos previstos en su legislación” y comunicarán las mismas a la Secretaría del Mercosur cuando todos los Estados parte hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos inter-

nos, la Secretaría del Mercosur comunicará este hecho a cada Estado parte.

Asimismo, disponen las mencionadas resoluciones ministeriales que conforme a los artículos 3, 14 y 15 de la Decisión 20/02 del Consejo del Mercado Común, las normas del Mercosur que no requieran ser incorporadas por vía aprobación legislativa “podrán” ser incorporadas por vía administrativa por medio de actos del Poder Ejecutivo” y que el artículo 7 de la citada Decisión establece que las normas del Mercosur deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos de los Estados parte en su texto integral.

CONCLUSIÓN

No creemos, por las razones constitucionales que vimos antes, que la incorporación expresa de las normas del Mercosur es necesaria a través de Resoluciones Ministeriales en Venezuela, lo que vimos que la Constitución venezolana no tiene previsto sino todo lo contrario, la posibilidad de su aplicación directa en Venezuela, sin necesidad de aprobación legislativa ni administrativa sino sólo publicación oficial.

Sólo aparece la figura de la incorporación administrativa en las normas internas del Mercosur (Decisión 20/02), en todo caso como una opción (“podrá”) para los Estados parte, en nuestro criterio dependiendo de lo que diga el derecho nacional, que el POP dispone tal necesidad de incorporación interna “cuando ello sea necesario”, entendida esta expresión como “de acuerdo al derecho nacional” y no cuando lo decida el Mercosur al no tener esta organización naturaleza supranacional o comunitaria.

También creemos que el artículo 7 de la Decisión 20/02 del Consejo del Mercado Común, cuando dice que las normas del

Mercosur “deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes en su texto integral”, debe entenderse la palabra “incorporadas” como “publicadas” ya que, los tratados y protocolos constitutivos del Mercosur dejan el proceso de incorporación a lo que prevean los derechos nacionales y en el caso venezolano, al no ser ella necesaria, lo que debe hacerse, en consecuencia, es solo la publicación en Gaceta Oficial interna, lo cual no significa propiamente “incorporación” como lo dice la Decisión 20/02 del Mercosur sino “divulgación” o darle eficacia a la norma, analizando esto en su contexto, al no ser el Mercosur un proceso de integración comunitario.

Lo anterior queda ratificado por la misma Decisión CMC 20/02 cuando dice en su artículo 11 que si un Estado parte “entendiera que, a la luz del ordenamiento jurídico nacional, la aplicación de la norma Mercosur en su territorio no requiere acto formal de incorporación, deberá notificar este hecho a la Secretaría, dentro del plazo previsto para la incorporación de la norma. Una vez efectuada esta notificación, la norma del Mercosur se considerará incorporada al ordenamiento jurídico del Estado parte.

Esta última norma deja a salvo las disposiciones del POP, sobre todo la expresión aquella de “en caso de ser necesario”, con el criterio que hemos asumido en el sentido de que la no incorporación de una norma Mercosur en los Estados parte no depende de lo que exprese esta organización como si fuese de naturaleza supranacional o comunitaria porque no lo es, sino lo que prevea cada ordenamiento jurídico nacional.

Por estas razones, en el caso venezolano no es necesaria tal incorporación formal expresa interna, ni legislativa ni administrativa, por preverlo así su Constitución, su publicación en Gaceta Oficial nacional no tiene efecto de tal y por lo tanto, no hacía falta el mecanismo ministerial de incorporación interna de las normas del Mercosur, lo que, en todo caso, la Decisión 20/02 de esta organización la dispone como opcional (no obli-

gatoria), lo cual debe entenderse si el derecho nacional de cada Estado parte la considera necesaria.

En nuestro criterio, vista la posibilidad de aplicación directa de estas normas, de acuerdo con el artículo 154 constitucional, lo cual sólo haría necesario publicarlas en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, como mecanismo interno de eficacia, que no de validez como pretenden las Resoluciones Ministeriales, no para su transformación, conversión o incorporación al derecho venezolano porque ya ello, aun siendo Derecho Internacional, la Constitución venezolana lo hace expresamente en ciertos casos (excepciones del artículo 154).

Sin embargo, el Gobierno venezolano ha optado por esta vía, con lo cual, en todo caso, reafirma, junto con los argumentos basados en los tratados del Mercosur utilizados, que el Mercosur no es un proceso de integración supranacional ya que ni siquiera hace uso de posibilidades de aplicación directa que da la Constitución venezolana para ello, no por ser Derecho Comunitario repetimos sino por asumir una posición de Derecho Internacional monista con respecto a ciertas normas de este tipo, pese a que la regla general de la misma Constitución es, al contrario, acoger la tesis dualista al exigir que los tratados internacionales deben ser aprobados por Ley nacional.

ÍNDICE

Estudios

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y LA RENOVACIÓN
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

REFLEXIONES DESDE LA CARTAIBEROAMERICANA
DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL CIUDADANO
EN RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

<i>José Ignacio Hernández G.</i>	13
Sumario	15
Introducción.....	15
I. De la concepción estatista del Derecho Administrativo al Derecho Administrativo centrado en el ciudadano	17
1. La concepción estatista del Derecho administrativo y las situaciones subjetivas de los administrados	18
2. El cambio de enfoque: la centralidad del ciudadano y sus derechos humanos.....	20
3. El carácter vicarial de la Administración Pública como manifestación básica de la centralidad del ciudadano. La buena Administración y la gobernanza democrática	25
II. Manifestaciones concretas de la centralidad del ciudadano en el Derecho Administrativo	33
1. La centralidad del ciudadano y la interdicción de la arbitrariedad.....	34
2. La centralidad del ciudadano y la integralidad patrimonial de la Administración Pública.....	35
3. La centralidad del ciudadano y el procedimiento administrativo	36
4. La centralidad del ciudadano y la motivación.....	37
5. La centralidad del ciudadano y la actividad prestacional de la Administración	39
6. La justicia administrativa y la buena Administración	42
CONCLUSIONES	45

ESTADO, NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA.

(SOMERAS REFLEXIONES)

<i>Henrique Meier</i>	51
Introducción	53
I. La nacionalidad (la ciudadanía nacional)	55
II. La ciudadanía política.....	56
III. La ciudadanía pluridimensional	64

LA POTESTAD REVOCATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN POR RAZONES DE ILEGITIMIDAD. ANÁLISIS A LA LUZ DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ARGENTINA

<i>Luis Eduardo Rey Vázquez</i>	73
Introducción.....	75
I. El punto de máxima tensión entre los principios de legalidad y seguridad jurídica. El caso de la potestad revocatoria de actos administrativos ilegítimos	80
1. El caso “Carman de Cantón”	84
2. El caso del nombramiento o promoción ilegítimos de empleados públicos	87
A. El ejercicio de la potestad revocatoria y la cesantía.....	88
B. Promociones irregulares.....	112
3. La potestad revocatoria en otros contratos administrativos	114
II. Posibilidad de suspender cuando no se puede revocar	127
1. Postura que admite la posibilidad	127
2. Postura negatoria	130
III. Revocación y suspensión en tres casos paradigmáticos.....	135
1. El caso “Meller”	136
2. El caso “Tandanor”	137
3. El caso “Sociedad Rural”	138
Consideraciones finales.....	140

Actualidad

LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN LAS LEYES HABILITADAS

DE 2014

<i>Alejandro Gallotti</i>	145
Introducción.....	147
I. Principio de Legalidad	150
II. Principio de Eficacia	153
III. Principio de Participación	158
1. Derecho de Petición	159
2. De la adecuada y oportuna respuesta.....	161
IV. Principio de Oficialidad.....	163
V. Principio sobre el Acto Administrativo.....	168
1. De las formalidades del acto administrativo	169
2. La notificación del acto administrativo	173
3. De los recursos administrativos y control de legalidad	177
A. De los recursos administrativos.....	177
B. De los mecanismos judiciales de impugnación del acto administrativo	179

LA EXPROPIACIÓN DE “FAMA DE AMÉRICA, C.A.”. UN CASO DE ESTUDIO

<i>Samantha Sánchez Miralles</i>	199
Sumario	201
Introducción.....	201
I. Breve marco teórico	201
1. ¿Qué es la expropiación?	201
2. Objeto de la expropiación	203
3. Finalidad de la expropiación.....	203
II. Panorámica del contexto expropiatorio en Venezuela	211
III. Caso Fama de América	213
1. Antecedentes.....	213
2. Cronología.....	214
3. Objeto de la expropiación	216

4. Finalidad de la expropiación	218
5. Expropiación como sanción	220
6. Indemnización justa	223
7. Demanda ante CIADI	223
8. Otros puntos peculiares a destacar	225
IV. Conclusiones	227
V. Anexo. Cronología de adquisiciones forzosas por parte del ejecutivo nacional conforme la Gaceta Oficial	229

ALGUNAS NOTAS SOBRE LA LEY DE INFOGOBIERNO Y EL GOBIERNO ELECTRÓNICO EN VENEZUELA

<i>Gabriel Sira Santana</i>	259
Sumario	261
Introducción	261
I. Generalidades de la Ley de Infogobierno	266
II. La implementación del Gobierno Electrónico	274
1. Autoridades en materia de tecnologías de información	278
A. El Consejo Nacional para el uso de las Tecnologías de Información	279
B. La Comisión Nacional de las Tecnologías de Información	280
C. Unidades de Apoyo	282
2. Régimen tributario aplicable a las tecnologías de la información	284
III. El uso de software libre por parte del poder público	286
IV. El acceso a la información digital como derecho del particular	290
Reflexión final	294

LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL MERCOSUR EN VENEZUELA

<i>Jorge Luis Suárez M.</i>	299
Sumario	301
Introducción	301

I. La regulación de las relaciones internacionales y sus consecuencias en la Constitución venezolana.....	302
1. El artículo 153 vs. Artículo 154.....	304
2. El artículo 73	308
II. El MERCOSUR y su naturaleza jurídica	308
III. La internalización de las normas del MERCOSUR en los Estados parte según sus tratados y protocolos	314
IV. La aplicación de las normas del MERCOSUR en Venezuela.....	319
1. El deber ser.....	319
2. El ser.....	325
Conclusión.....	326

Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano

N° 6 mayo - agosto 2015