

PROCEDIMIENTOS Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Algunas reflexiones en torno al procedimiento administrativo venezolano de ayer y de hoy, en vista de las enseñanzas de la doctrina y jurisprudencia comparadas

José Antonio Muci Borjas
Profesor de Derecho Administrativo en
la Universidad Católica Andrés Bello

Primero que nada, permítanme agradecer públicamente la invitación a participar en este ciclo de conferencias, organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales con el objeto de conmemorar el Centenario de la creación de la Cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad venezolana.

De acuerdo a la gentil invitación que nos fuera cursada, el día de hoy nos corresponde disertar sobre procedimiento administrativo. Según los organizadores, la idea es tratar de determinar en qué medida el procedimiento que sustancia la Administración Pública nacional se ha visto influenciado por la doctrina y jurisprudencia comparadas, y, para cumplir el cometido que nos ha sido confiado, haremos aquí repaso de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, así como de otras leyes especiales. Si el tiempo nos lo permite, tras una breve introducción al tema que nos ocupa, nuestra exposición procurará dar respuesta a las cinco interrogantes que de seguida les propongo o enuncio: Primero, ¿qué se entiende por procedimiento administrativo y cuáles son los objetivos que éste persigue? Segundo, ¿qué relación media entre la función administrativa y el procedimiento administrativo? Tercero, ¿a qué obedece el diseño o estructura de los procedimientos administrativos regulados por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos? Cuarto, ¿produce el procedimiento administrativo un acto, me refiero al definitivo, que pueda llegar a adquirir, una vez firme, la fuerza propia de la cosa juzgada (administrativa)? Y, quinto, ¿cuáles son las características de las medidas administrativas de carácter preventivo o cautelar?

Comencemos porque el tiempo apremia.

I. Introducción:

1. Con ocasión de la promulgación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el Individuo de Número de esta Corporación, Tomás Polanco

Alcántara, destacaba en 1983 que cuando el doctor Antonio Moles Caubet le propuso la creación de una cátedra especial de Procedimientos Administrativos, a ser impartida por el propio Polanco, se llegó a la conclusión (corrían, según el dicho de Polanco Alcántara, los años 1953-1954) «...que era prácticamente imposible dictar esa Cátedra porque no había materia sobre la cual trabajar»¹. Para ese entonces ya habían transcurrido 50 años desde que Juan Vicente Gómez había decretado la creación de la Cátedra de Derecho Administrativo. Para ese entonces, y de eso hace poco más de medio siglo, en nuestro país el estudio y enseñanza del Derecho Administrativo aún eran si se quiere primitivos, y las normas de procedimiento aplicables a la Administración Pública casi que brillaban por su ausencia. Es sólo a finales de los años 1950 cuando esta situación comienza a cambiar por causa, en criterio del propio Polanco Alcántara, de la creación de la Comisión de Administración Pública y de la elaboración, por dicha Comisión, del primer borrador del Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos².

En los orígenes del Derecho Administrativo, y Venezuela no fue la excepción, tuvo plena vigencia el principio de la libertad procedimental o informalismo, en virtud del cual las autoridades administrativas, para el cumplimiento de sus cometidos, tramitaban los asuntos sometidos a su conocimiento de la forma o manera que técnicamente les parecía más conveniente. Es por ello, precisamente, que el Derecho Administrativo clásico se preocupa de manera preponderante por el estudio del acto administrativo, como producto o resultado de la acción administrativa, y desdeña o menosprecia el proceso seguido por la autoridad para la creación del acto. Quizás podamos hacer nuestras las palabras de Merkl, quien en su obra *Teoría General del Derecho Administrativo* afirmaba: «El Derecho Administrativo ha sometido a su regulación con mayor antelación los fines o metas que los caminos de la administración. Y en la actualidad nos encontramos con grandes dominios de la administración, en los cuales el objeto se halla regulado jurídicamente, pero no así la forma de la administración»³.

La situación expuesta varía con el advenimiento del Estado Derecho (*Rechtstaat*), ya que se procura vincular a la Administración al Derecho, tanto externa como internamente y, consecuentemente, se comienza a "procedimentalizar" el obrar administrativo. A través del fenómeno de "procedimentalización" al cual se ha hecho alusión, y el control, por parte del juez contencioso-administrativo, del respeto, por

¹ POLANCO ALCÁNTARA, TOMÁS, "El impacto de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos", en *El Procedimiento Administrativo*, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración 1980-1981, Vol. IV, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1983, p. 42.

² POLANCO ALCÁNTARA, TOMÁS, *op. cit.*, p. 43.

³ MERKL, ADOLFO, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, p. 282.

parte de la Administración Pública, del procedimiento legalmente establecido, se comienza, por tratarse de un mecanismo de control anticipado, a prevenir o evitar la adopción o ejecución de actos administrativos contrarios a Derecho.

2. En otras latitudes del procedimiento administrativo sólo comienza a hablarse a finales del siglo XIX. Hasta ese entonces los trámites previos al acto administrativo carecían de autonomía propia, de vida independiente. La primera en ocuparse de la regulación o disciplina (parcial) del procedimiento administrativo es la Ley española del 19 de octubre de 1889, que tenía por objeto establecer normas uniformes, de obligatoria observancia por los ministerios que deseasen adoptar reglamentos ministeriales que tuvieron por objeto disciplinar las prácticas y los asuntos de su competencia⁴. Debieron transcurrir más de treinta años para que luego en Austria fueran sancionadas, bajo el influjo de Merkl, las leyes austríacas del año 1925 (una general sobre el procedimiento administrativo, una sobre el procedimiento administrativo penal -en realidad, sobre las contravenciones administrativas-, una sobre el procedimiento administrativo de ejecución, precedidas las tres por una ley de introducción a las leyes sobre el procedimiento administrativo), que luego irradiaron su influencia hacia Checoslovaquia, Polonia, Yugoslavia y Hungría⁵. Los Profesores Giannini (Italia) y García de Enterría y Fernández (España) coinciden en afirmar que la regulación general del procedimiento administrativo sólo comienza con las leyes austríacas de inicios del siglo XX.

En materia de procedimiento administrativo, en Venezuela hay un hito de enorme trascendencia: La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁶. Es esa Ley Orgánica, en cuya elaboración intervinieron, de una u otra manera, Antonio Moles Caubet, Allan Brewer-Carías, Orlando Tovar y Luis Enrique Farías Mata, distinguidos Profesores de Derecho Administrativo y Constitucional en las Universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello⁷, la que pone fin a la “anarquía” en materia de procedimientos, producto de la inexistencia de una regulación general. Recordemos en propósito que la Corte Federal y de Casación había dejado sentado que

«cuando la ley crea formas especiales para el cumplimiento del Acto Administrativo, quiere decir que el acto debe estar rodeado de todas aquellas

⁴ TEDESCHINI, FEDERICO, “Procedimento Amministrativo”, en *Enciclopedia del Diritto*, Volume XXXV, A. Giuffrè Editore, Milano, 1986, p.873.

⁵ GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1981, p. 287.

⁶ *Gaceta Oficial de la República* N° 2.818 Extraordinario, del 1º de julio de 1981.

⁷ FARIAS MATA, LUIS ENRIQUE y TOVAR, ORLANDO, “El proceso de elaboración de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, en *El Procedimiento Administrativo*, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración 1980-1981, Vol. IV, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1983, pp. 289 y ss.

garantías necesarias para que pueda producir su efecto. Más, es necesario que la misma ley establezca de manera categórica, las formas en que ha de cumplirse, y sólo así es, cuando el acto cumplido fuera de esas formalidades legales llegar a estar viciado de nulidad... Pero, cuando la ley no establece esas formas especiales para el acto, sino que únicamente establece la facultad de cumplir el funcionario tal o cual acto, *la forma* de expresión de la voluntad de la administración pública, *puede hacerse en las condiciones que juzgue más convenientes y racional el funcionario público*, siempre que, esa forma de expresión demuestre claramente la voluntad de la administración... Es unánime la doctrina cuando señala que: “Si la ley y la costumbre no preceptúan una forma determinada, la autoridad administrativa puede servirse de cualquier forma adecuada para la orden concreta”» (el subrayado es nuestro)⁸.

En nuestro país la disciplina legal del procedimiento administrativo es, pues, relativamente reciente.

Pero ¿qué es exactamente el procedimiento administrativo o, dicho en otros términos, en qué consiste? ¿Para qué sirve o, dicho en otras palabras, cuál es su finalidad o propósito? Para dar respuesta a esas preguntas quizás valga la pena comenzar por recordar, aun cuando sea de manera sucinta, la teoría de creación del Derecho por capas, grados o estratos, enunciada por Hans Kelsen.

II. El procedimiento administrativo

A) Noción

Afirmaba Kelsen que toda la actividad estatal constituye a un mismo tiempo *creación y aplicación* del Derecho; que para ser válida, toda norma de Derecho debe fundarse -necesariamente- en otra norma previa, porque esta última constituye el fundamento de validez de la primera; y, por tanto, que esa relación inter-normativa puede representarse, valiéndonos de referencias espaciales, como una relación de supra-ordenación y -al mismo tiempo- de subordinación. Así como la norma supra-ordenada legitima la norma subordinada, porque la primera sirve de título habilitador de la segunda, la norma subordinada constituye requisito de eficacia de la supra-ordenada. La “unidad” de todas las normas que integran un sistema, agregaba Kelsen, obedece al hecho de que el *contenido* de una norma -la inferior- se halla siempre determinado por una norma superior, en el entendido que este

⁸ Sentencia de fecha 7 de diciembre de 1937, *Memoria 1938*, pp. 374-375, tomada de BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo III, La Actividad Administrativa, Volumen I, Reglamentos, Procedimiento y Actos Administrativos, Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1976, pp. 139 y 140.

regressus finaliza con la norma fundamental (*Grundnorm*), que constituye el fundamento supremo de validez de todo el ordenamiento⁹.

Pero más allá del *contenido* de la norma inferior -i.e., del *objeto* del acto subordinado-, la norma supra-ordenada también determina la *forma*, esto es, los *trámites* o formalidades previos, en definitiva, las *vías* o *cauces* que han de ser seguidos por la autoridad para la válida o regular *creación* de la norma inferior. Según Carré de Malberg¹⁰, Profesor universitario -entre otras, de la Universidad de Estrasburgo-, oriundo de Alsacia, región durante largo tiempo disputada por Alemania y Francia, cuya vida, por tanto, discurrió entre la cultura francesa y alemana, todas las normas jurídicas se encuentran vinculadas entre sí por una auténtica *relación de causalidad*, por cuanto la norma creada en uno cualquiera de los grados de la escala *se halla condicionada*, tanto *por lo que respecta a su emanación* o trámites previos, como a su objeto o contenido mismo, por la norma legal que la precedió y sirve de título o “cobertura legal”. En la aplicación del Derecho por parte de una autoridad se encuentran siempre implicadas dos tipos de normas, ambas de carácter general: primero, las normas formales que crean el órgano estatal y *establecen* el *procedimiento* que éste debe seguir; y, segundo, las normas, de Derecho sustancial o material, que determinan el contenido de los actos, sean éstos legales, administrativos o jurisdiccionales¹¹.

En definitivas cuentas, y es éste el dato que deseo subrayar, pareciera posible afirmar que el ordenamiento jurídico está integrado por *una estructura escalonada de manifestaciones jurídicas* condicionantes y condicionadas -i.e., una estructura escalonada de actos legislativos, administrativos y judiciales-, para cuya “regular” emanación debe seguirse u observarse una también *serie o secuencia escalonada de vías procesales* que en cada caso relacionan una norma jurídica superior con la correspondiente norma jurídica inferior y, en el último extremo, una norma jurídica con un acto de ejecución del Derecho, que no admite ya una aplicación posterior. Desde este punto de vista, el *procedimiento administrativo* viene a ser uno de los trámites que integran esa *serie escalonada de vías procesales*, establecidas para asegurar, en cada una las capas o estratos normativos, la “regular” creación y aplicación del Derecho por el Estado en la capa o estrato de que se trate. El procedimiento forma parte, pues, de un sistema, propio del Estado de Derecho, que cabría denominar “sistema ordenado de procedimientos” sucesivos, porque en él todo tipo de actividad desarrollada por el Poder Público se desarrolla de acuerdo a trámites o secuencias de actos pre-ordenados y complementarios, que permiten integrar -esto es, completar- la actividad estatal de creación y aplicación del Derecho.

⁹ Kelsen, Hans, *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, Etas Libri, Milano, 1984, pp. 125 y 126.

¹⁰ Carré de Malberg, Raymond, *La teoria gradualistica del diritto. Confronto con le idee e le istituzioni del diritto francese*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 7.

¹¹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, pp. 125 y 126.

Esa serie o secuencia escalonada es evidente, *exempli gratia*, en la expropiación forzosa, institución de Derecho Público prevista por el artículo 115 de la Constitución. En la expropiación por causa de utilidad pública o social interviene en un primer momento el Poder Legislativo para establecer, a través del trámite propio para la formación de las leyes, cuáles son los extremos administrativos y judiciales que han de ser satisfechos para adquirir la propiedad bienes -de cualquier clase- mediante el mecanismo expropiatorio. Luego el Poder Ejecutivo, obrando con base en la Ley previa sancionada por la Asamblea, sigue un trámite administrativo, que tiene por objeto identificar los bienes que han de ser adquiridos coactivamente para la obra, calificada de utilidad pública o social, cuya ejecución, según el Ejecutivo, resulta necesaria para atender el interés de la colectividad. Finalmente, interviene el Poder Judicial para autorizar la ocupación temporal o previa de los bienes identificados en el Decreto de Expropiación, declarar la licitud de la medida administrativa que sirvió para identificar los bienes objeto de expropiación y la obra de utilidad pública, así como determinar el *quantum* de la justa indemnización adeudada al expropiado. Por la trascendencia de la medida estatal, ablativa por naturaleza, en ella intervienen órganos de los tres Poderes clásicos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial).

A título de síntesis cabría afirmar que hoy por hoy constituye una regla general de Derecho Administrativo que la actividad de las Administraciones Públicas ha de desarrollarse -siempre- mediante procedimientos administrativos. Con razón ha sido dicho que en el Estado moderno toda administración es procedimiento administrativo y que los actos administrativos no son más que meros productos del procedimiento administrativo jurídicamente previsto.

Dicho cuanto antecede, debemos precisar ahora que el procedimiento consiste en una pluralidad de actos -en principio, de un mismo rango, porque pertenecen a una misma capa, grado o estrato normativo¹²- vinculados y coordinados entre sí, en función al fin perseguido, de tal modo que sin los actos anteriores, ninguno de los actos posteriores tiene validez, y sin los actos posteriores, ninguno de los anteriores tiene eficacia. Se trata, siempre, de un orden y de una forma de proceder preestablecidos por la Ley. La esencia de todo procedimiento jurídico radica, así, en

¹² En principio -decimos- son todos de un mismo rango porque, en oportunidades, la regla presenta excepciones. Es éste el caso, por ejemplo, de la sentencia judicial, dictada por el juez de Derecho común en el marco del procedimiento judicial ordinario regulado por el Código de Procedimiento Civil, con el objeto de *desaplicar* una *norma* legal o reglamentaria *inconstitucional*. Esa decisión, dictada con el objeto de *desaplicar -exempli gratia-* una norma con rango y fuerza de Ley, no tiene rango terciario -i.e., no puede tenerlo-, porque no es aplicación indirecta de la Constitución y directa de la Ley. Esa decisión judicial del juez ordinario, por el contrario, ostenta un rango o jerarquía superior al de cualquier otra sentencia (norma terciaria) dictada con base en la ley (norma secundaria), circunstancia acreditada por el hecho de poder privar de vigor o fuerza a la norma de ley sancionada por el Parlamento.

el nexo recíproco de legalidad-eficacia entre los diversos actos, concatenados entre sí, que lo integran o componen.

La disciplina del procedimiento administrativo que la Administración Pública ha de observar cuando obra como autoridad *-i.e.*, cuando realiza o desarrolla actividad estatal imperativa- dio pie a la distinción entre el Derecho administrativo formal o adjetivo y el material o sustantivo.

B) Los Objetivos del procedimiento administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

El procedimiento administrativo, no hay duda, constituye presupuesto de validez del acto administrativo definitivo y, por ello, cabe aseverar que uno de los cometidos del procedimiento es asegurar la sumisión de la Administración al Derecho¹³. Es precisamente por ello que el artículo 19 (numeral 4º) de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos sanciona con la nulidad absoluta a los actos administrativos dictados por autoridades manifiestamente incompetentes o con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido. No olvidemos, además, que el artículo 4º de la Ley Orgánica de la Administración Pública establece que la Administración debe actuar de conformidad con el principio de legalidad, en virtud del cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a lo establecido en la Constitución, las leyes y los actos administrativos de carácter normativo dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas¹⁴.

No obstante lo dicho, el procedimiento administrativo no es sólo forma, no es, dicho en otros términos, una mera sucesión de trámites formales, desprovistos de sentido. Constituye, por el contrario, una garantía, una herramienta al servicio del análisis real, auténtico o verdadero tanto de las circunstancias de hecho y de Derecho, que la Administración tiene frente a sí, como de las alternativas de solución posibles¹⁵. El procedimiento administrativo -y las normas formales que los disciplinan o regulan- procura satisfacer distintos objetivos o finalidades. Hagamos un breve repaso de cada uno de ellos.

1. La garantía de los derechos de los particulares:

Primero que nada, el procedimiento administrativo procura asegurar o garantizar los derechos e intereses de los particulares, enfrentados a la

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, tercera edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, p. 419.

¹⁴ *Gaceta Oficial de la República* N° 5.890 Extraordinaria, del 31 de julio de 2008.

¹⁵ BREWER-CARIAS, ALLAN RANDOLPH, *Principios del Procedimiento Administrativo*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1990, p. 101; y, PONCE SOLÉ, JULI, *El Deber de Buena Administración y Derecho al Procedimiento Administrativo Debido* (Las Bases Constitucionales del Procedimiento Administrativo y del Ejercicio de la Discrecionalidad), Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 264 y 265.

Administración, que pudieran llegar a sufrir los efectos, los rigores, de un acto administrativo de gravamen. En propósito, téngase presente que de acuerdo al artículo 49 de la Constitución política de 1999, la *garantía del debido proceso* rige con todo vigor, porque entran dentro de su radio o ámbito de aplicación, en «...todas las actuaciones judiciales y administrativas», y que el artículo 25 *eiusdem* sanciona con la nulidad absoluta e insanable a los actos dictados en ejercicio del Poder Público, cuando éstos violen o menoscaben los derechos garantizados por la Constitución.

Hablando de garantías tengamos presente -en esta breve disertación, por razones de tiempo, una sola decisión judicial tendrá que bastarnos- lo decidido por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo el 15 de Mayo de 1986, que se ocupa del derecho a audiencia previa. Afirmaba la Corte que

«el principio de oír al interesado antes de decidir algo que lo va a afectar no es solamente un principio de justicia, es también un principio de eficacia, porque asegura un mejor conocimiento de los hechos, contribuye a mejorar la administración y garantiza una decisión más justa. Este derecho a ser oído es un derecho transitivo que requiere alguien que quiera escuchar para poder ser real y efectivo, y este deseo de escuchar supone de parte de la Administración: la consideración expresa de los argumentos y cuestiones propuestas por el interesado (artículo 62 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), la obligación de decidir expresamente las peticiones y la obligación de fundamentar las decisiones (artículos 9 y 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), analizando los aspectos propuestos por las partes e incluso aquéllos que surjan con motivo de la solicitud, petición o recurso, aunque no hayan sido alegados por los interesados (artículo 89 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos). De lo antedicho resulta evidente que la violación de tales extremos y, por ende, del derecho a la defensa configura en la actualidad, en el ordenamiento jurídico venezolano, uno de los principales vicios del procedimiento administrativo y, por ende, del acto administrativo que en consecuencia se dicte»¹⁶.

Por lo que se refiere a la misión garantista del procedimiento administrativo, permítasenos un ejemplo adicional, complementario, relacionado ahora con los lapsos para la proposición de los recursos administrativos que, de acuerdo al artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativos, cabe proponer contra cualquier acto administrativo de efectos particulares que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación, cause indefensión o prejuzgue como definitivo, si el acto de que se trata lesiona los derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos del recurrente.

¹⁶ Asunto Pedro A. Morales, en *Revista de Derecho Público* número 26, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1986, p. 110.

Son por todos conocidas las reglas, contenidas en los artículos 1º y 2º del Código Civil venezolano, a tenor de las cuales la ley es obligatoria desde la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial (artículo 1º), y la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento. Ahora bien, lo que en oportunidades no se tiene presente es que en el marco del procedimiento administrativo venezolano esas normas no tienen pleno vigor. Para constatarlo basta revisar lo dispuesto por los artículos 73 y 74 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que establecen, respectivamente, que debe notificarse a los interesados todo acto administrativo de carácter particular que afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos, personales y directos, debiendo contener la notificación el texto íntegro del acto, «...e indicar si fuere el caso, los recursos que proceden con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse», y que las notificaciones que no llenen todas las menciones señaladas en el artículo anterior «...se considerarán defectuosas y no producirán ningún efecto». De acuerdo a la Ley, es a partir del momento en que se produce la “regular” notificación de un acto que comienza a correr el lapso de caducidad para su impugnación en sede administrativa. Cuando de lo que se trata es de un acto administrativo de gravamen, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no asume que el particular conoce -no lo hace- cuáles son, primero, los recursos que éste puede proponer contra la decisión, segundo, el lapso para proponerlos y, tercero, la autoridad ante la cual tales recursos han de ser propuestos. La Ley -decíamos- no parte de la premisa de acuerdo a la cual el particular siempre conoce la ley. Por el contrario, ordena esa singular comunicación, por el sin número de leyes, reglamentos y demás normas administrativas -nacionales, estatales o municipales- existentes, normas éstas que, por lo demás, sufren modificaciones casi a diario, y por la inevitable incertidumbre o inseguridad resultante por lo que a los procedimientos y recursos administrativos se refiere, por una parte; y por la otra, por el propósito -tutela o aseguramiento de derechos e intereses- que distingue a las normas de procedimiento. Son estas causas las que justifican este régimen de excepción, conforme al cual se ordena esa singular -más que singular, esa *ritual*- notificación so pena, en caso de incumplimiento, de que el acto, gravosa consecuencia, no produzca ningún efecto.

En un mundo globalizado como el nuestro, de la sustanciación del procedimiento legalmente establecido, entendida como requisito para la adecuada protección o tutela de los derechos y garantías del particular, también se ha ocupado el Derecho Internacional. En efecto, las normas que disciplinan las inversiones internacionales reconocen que el inversionista tiene derecho a la participación en los trámites que guarden relación -*exempli gratia*- con la elaboración de las normas que puedan afectarlo. Y, como contrapartida, el Estado, no puede ser de otra manera,

debe tomar en cuenta las observaciones que los inversionistas puedan formular cuando participan en tales procedimientos¹⁷.

En síntesis, cabe afirmar junto con la mejor doctrina comparada que «...en la dialéctica libertad-autoridad siempre es la primera la que tiene necesidad de ser tutelada, y esta es la raíz de las instituciones de la justicia administrativa y del procedimiento administrativo, entendidos como conjuntos de normas que establecen los modos de ejercicio de las potestades públicas»¹⁸.

2. La adecuada satisfacción de los intereses generales y la racionalidad administrativa

A diferencia del proceso judicial, el procedimiento administrativo, vale la pena insistir en la idea, no tiene por único objeto la protección o garantía de los derechos e intereses de las partes (en nuestro caso, de las Administraciones y particulares enfrentados a la Administración llamada a decidir). Y es que, en definitiva, por la actuación reflexiva que el trámite le impone a la Administración, el procedimiento administrativo constituye herramienta útil para asegurar un comportamiento administrativo formal y sustancialmente justo.

En el pasado hemos sostenido que sin descuidar el respeto a la legalidad “formal”, en el Estado contemporáneo la Administración Pública debe ajustar sus actos a una legalidad que, para diferenciarla de la “anterior”, centrada en las formas, podríamos denominar legalidad “sustantiva”¹⁹. Amén de formalmente correcta, desde el punto de vista sustantivo la actividad de la Administración debe ser también idónea para tutelar, de manera satisfactoria o efectiva, los intereses generales cuya tutela ha sido encomendada a aquélla en virtud de norma de ley. La Administración Pública se halla en la obligación de observar un comportamiento que debe ser formalmente correcto, por una parte; y por la otra, tiene que ser también sustancialmente justo. La juridicidad de la actuación administrativa no depende única y exclusivamente de su apego a la letra de la ley *lato et improprio sensu*.

Se afirma, con razón, que la idea de un “Estado-Reloj”, en el cual lo único relevante o importante era que el aparato administrativo funcionase mecánicamente

¹⁷ ORTINO, FEDERICO, *From ‘non-discrimination’ to ‘reasonableness’: a paradigm shift in international economic law?*, Jean Monnet Working Paper 01/05, en www.jeanmonnetprogram.org, pp. 36 y ss.

¹⁸ GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Diritto Amministrativo*, Dott. A. Giuffrè Editore, terza edizione, Milano, 1993, p. 537.

¹⁹ MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, “Los Poderes del Juez Administrativo. Tutela judicial efectiva y control integral de la actividad administrativa”, en *Revista del Tribunal Supremo de Justicia número 14*, Caracas, 2008, pp. 89 y ss. También GIACCHETTI, SALVATORE, “Morte e Trasfigurazione del Diritto Amministrativo”, en *Evoluzione della Giustizia Amministrativa. Integrazione Europea e Prospettive di Riforma. Atti del Convengo, Lecce, 21-22 novembre 1.997*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1998; pp. 145 y ss.

-o, para decirlo de otra manera, que se tomasen decisiones dentro de los lapsos legalmente establecidos, y que dichas decisiones estuviesen formalmente apegadas a la ley-, abre paso a una nueva y más moderna representación del Estado, que cabría denominar “Estado-Empresa”²⁰. Conforme a esa nueva idea de “Estado-Empresa”, amén de la legalidad formal, el costo de las decisiones estatales y el efectivo logro de las metas u objetivos trazados es también jurídicamente relevante. La doctrina italiana sostiene con tino que no basta que la Administración Pública, cuya actividad, por mandato del Artículo 97 de la Constitución de la República italiana, debe respetar el principio de *buon andamento* (buen funcionamiento), cumpla u observe el “principio de legalidad” desde un punto de vista meramente formal²¹. Por el contrario, la Administración debe siempre procurar que sus actuaciones, desde un punto funcional -o, por así decirlo, sustancial-, sean idóneas para alcanzar adecuadamente los objetivos legalmente previstos.

La Administración debe a un mismo tiempo cerciorarse que su decisión sea en un todo conforme a Derecho, y también asegurarse que se logre o alcance -de manera eficiente- el *interés público* que la ley le encomendó a aquélla por considerarlo digno de tutela²². En virtud de esa doble condición la Administración Pública debe garantizar, en el procedimiento administrativo, tanto la *legalidad* como la *oportunidad y conveniencia* de la medida que se dicte.

De los órganos administrativos se espera, pues, una buena administración²³. Y esa buena administración supone un equilibrio -óptimo o ideal- entre las distintas exigencias que la Administración Pública ha de enfrentar al decidir. El procedimiento administrativo sustanciado por la Administración, no hay duda, debe procurar brindarle *justa satisfacción* a los *intereses generales* en juego²⁴. Siendo ese el sino de la Administración Pública, y *siendo la Administración toda procedimiento*, el procedimiento administrativo en realidad busca asegurar -ese es su propósito, su finalidad- que las circunstancias de hecho y de Derecho sean debidamente valoradas por la Administración Pública; que producto de una adecuada valoración, toda medida adoptada por la Administración guarde relación -i.e., sea acorde- con la concreta situación de hecho; en definitiva, que la medida que se adopte sea funcional o adecuada para la satisfacción de los intereses que a la Administración incumbe tutelar.

²⁰ GIACHETTI, SALVATORE, *op. cit.*, p. 150.

²¹ El principio de *buon andamento* equivale, *mutatis mutandis*, a los principios de racionalidad y eficacia que, de acuerdo al Derecho venezolano, informan y condicionan la actividad de la Administración.

²² SANDULLI, ALDO M., *Il Procedimento Amministrativo*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1981, p. 23.

²³ ALONSO MAS, MARÍA JOSÉ, *La Solución Justa en las Resoluciones Administrativas*, Tirant Lo Blanch, Universitat de València, Valencia (España), 1998, pp. 390 y ss.

²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *op. cit.*, p. 421.

Dicho de otra forma, del principio general de proporcionalidad que, a través de diferentes manifestaciones, impone al Estado un ejercicio moderado de su poder», el Tribunal Constitucional Federal alemán «...ha derivado diferentes principios jurídicos generales que resultan de la tradición jurídica alemana y de la lógica misma de la noción de Estado de Derecho», entre los cuales destacan las reglas de «...la ‘adecuación entre los medios y el fin’, o la elección del ‘medio más idóneo’ o de la ‘menor restricción posible’ del bien o Derecho protegido por el Ordenamiento, o finalmente de la ‘justa medida’; a través de todas estas expresiones, el principio de proporcionalidad representa una cierta concretización de la idea de justicia, tanto en el ejercicio de los derechos como en la imposición de deberes y de cargas, de equilibrio de intereses contrapuestos... en la línea de su menor perjuicio posible»²⁵. Con base en tales principios, de lo que se trata es de asegurar la *bondad* de la decisión definitiva; de procurar una decisión (definitiva) *acertada*, es decir, *de calidad*; de asegurar, en definitiva, que el contenido o sustancia del acto definitivo que se dicte sea *racional*, particularmente en aquellos casos en los que la Administración Pública cuenta con *poderes discrecionales*²⁶, ya que cuando de lo que se trata es de ejercer poderes de ese tipo, el procedimiento administrativo sirve, precisamente, para garantizar el cumplimiento de esas reglas enunciadas por el Tribunal Constitucional alemán y, por tanto, el respeto del *principio de racionalidad*.

La Administración Pública, así lo dispone el artículo 141 de la Constitución venezolana, se halla *al servicio de los ciudadanos*. Por ello, su actividad debe atender, *con objetividad*, los intereses generales. A esto se agrega que la actividad administrativa debe caracterizarse por su *eficacia*, esto es, por emplear los medios idóneos para la tutela del interés general, y por su *eficiencia*, o sea, por ponderar adecuadamente los costos y las ventajas de sus decisiones²⁷. Por el *carácter instrumental* de todo procedimiento administrativo (principio de “instrumentalidad” del procedimiento), el procedimiento seguido por la Administración Pública tiene que procurar que la decisión final logre tales objetivos de forma o manera oportuna.

²⁵ LÓPEZ GONZÁLEZ, JOSÉ IGNACIO, *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Ediciones del Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, N° 52, Sevilla, 1988, p. 41. También MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, “El Derecho Administrativo Global y las limitaciones, de Derecho interno, para la ejecución de los fallos de condena al pago de sumas de dinero dictados contra la República. Juicio crítico sobre los privilegios y prerrogativas procesales de la Nación a la luz de los Tratados Bilaterales de Inversión (BITS)”, en *Revista del Tribunal Supremo de Justicia número 27*, Caracas, 2008, pp. 47 y ss.

²⁶ FARIAS MATA, LUIS H., “El Procedimiento Administrativo en Venezuela”, en *Derecho Público en Venezuela y Colombia*, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Volumen VII, 1984-1985, Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1986, pp. 290 y 291.

²⁷ Artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Parafraseando a Schmidt-Assman, cabe afirmar que el Derecho administrativo -y, por la naturaleza de las cosas, los procedimientos por él disciplinados- «...ha de satisfacer una doble finalidad: la *ordenación, disciplina y limitación del poder*, al tiempo que la *eficacia y efectividad de la acción administrativa*»²⁸. Con razón la Sala 4ª. del Tribunal Supremo español ha declarado que

«el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de *garantía de orden de la Administración y de justicia en sus resoluciones...*»²⁹.

III. La función administrativa y el procedimiento administrativo:

La doctrina comparada ha dejado sentado que toda actividad estatal sometida a trámite o procedimiento previo constituye “función” (función estatal).

Así como el procedimiento legislativo constituye la forma (necesaria) de la función legislativa, y el proceso es la forma (necesaria) de la función jurisdiccional, en palabras de Giannini el procedimiento administrativo constituye *la forma* de la *función administrativa*³⁰. La forma de la función administrativa entendida aquí desde un punto de vista estrictamente objetivo (*fonction-objet*), porque *identifica el producto* y, por ende, el resultado mismo de la actividad administrativa³¹, abstracción hecha de la sustancia, esencia o carácter de la actividad -que, según los casos, puede ser de tipo normativo, jurisdiccional o administrativo- cuyo ejercicio da vida al acto administrativo.

De la misma manera que la función legislativa alude a la actividad creadora de leyes y la función jurisdiccional a la actividad productora de sentencias, la función administrativa -entendida a estos efectos, insistimos, como *fonction-objet*- alude siempre a la actividad, sometida a procedimiento previo, creadora de *actos administrativos*, sea cual fuere el contenido material de tales actos administrativos. En consecuencia, califica como procedimiento administrativo toda secuencia de actos, ordenados entre sí, que tenga por objeto la producción de actos administrativos:

- Primero, *normativos*, como es el caso de los reglamentos, porque en principio contienen reglas generales, impersonales, objetivas, diseñadas para incorporarse al

²⁸ SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, Instituto Nacional de Administración Pública-Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 2003, p. 26.

²⁹ Sentencia del 14 de abril de 1971, en AGÜNDEZ FERNÁNDEZ, ANTONIO, *Las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común*, Editorial Comares, Granada, 1999, p. 384.

³⁰ GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Dott. A. Giuffrè Editore, terza edizione, Milano, p. 272.

³¹ DE BECHILLON, DENYS, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Ed. Economica, Paris, 1996, p. 45.

ordenamiento jurídico con ánimo de permanencia y, por tanto, ver su aplicación repetida en el tiempo cada vez que se verifique el supuesto de hecho previsto por la norma. En estos casos han de seguirse el procedimiento (normativo) de *consulta pública* previsto por el artículo 139 de la Ley Orgánica de la Administración Pública³². El procedimiento de consulta pública contemplado por la Ley Orgánica de la Administración Pública, por cierto, se asemeja al previsto en *Federal Administrative Procedure Act* estadounidense y la Ley de Procedimiento Administrativo española³³.

Vale la pena destacar que la jurisprudencia ha determinado que este procedimiento (normativo) ha de preceder incluso la aprobación de ciertas normas de carácter contractual (*i.e.*, de normas que no constan en un acto estatal unilateral). Aludimos en concreto a los Convenios Cambiarios, contratos de Derecho Público celebrados por la República y el Banco Central de Venezuela, objeto de publicación en la Gaceta Oficial de la República, en los que, entre otras cosas, se establece la paridad cambiaria oficial de la moneda de curso legal en el país, para que surta efectos frente a toda la colectividad³⁴.

- Segundo, *jurisdiccionales*, porque con ellos la Administración dirime una controversia entre partes. Es éste el caso, por ejemplo, de los actos dictados por la Administración cuando decide un recurso administrativo de reconsideración o

³² *Gaceta Oficial de la República* N° 5.890 Extraordinaria, del 31 de julio de 2008.

³³ En propósito, STRAUSS, PETER L., "From Expertise to Politics: The Transformation of American Rulemaking", *Las Formas de la Actividad Administrativa*, Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996; en pp. 533; MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, "La 'Actividad Normativa' de la Administración Pública", también en *Las Formas de la Actividad Administrativa*, Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996; pp. 591 y ss.; y, GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, pp. 130 y ss.

³⁴ Es precisamente esto cuanto se sostiene en el fallo dictado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 17 de agosto de 2004 (asunto *Henry Pereira Gorrin*). En efecto, tras afirmarse que las circunstancias de hecho que dieron lugar al establecimiento del régimen de control de cambios «...exigían la urgente instrumentación de medidas destinadas a paliar o corregir dicha situación en aras del interés general...», la Sala sostuvo que de acuerdo con la motivación del Decreto [Ejecutivo] que limitó la libre convertibilidad de la moneda nacional, dicho Decreto, «... el Convenio Cambiario n° 1, así como los Decretos números 2.302 y 2.303 (*sic.*), dictados por el Presidente de la República y las providencia administrativas números 001, 002 y 003 dictados por la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), no requerían de la consulta prevista en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública [para la aprobación de normas], en virtud de la excepción contemplada en el último acápite del artículo 137 *eiusdem* y, en consecuencia, su promulgación no infringió el derecho a la participación en los asuntos públicos previsto en el artículo 62 de la Constitución».

jerárquico fundado en razones de legalidad³⁵, así como de aquellos expedidos al término de los procedimientos administrativos constitutivos seguidos por la Comisiones Tripartitas con base en la Ley contra los Despidos Injustificados, hoy en día derogada. En propósito, cabe citar la decisión dictada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el 10 de enero de 1980, en la que luego de dejarse sentado que las Comisiones Tripartitas son órganos administrativos, se precisó que «...cuando la *Administración Pública* emite *actos de sustancia jurisdiccional*, estos actos, no obstante su expresada sustancia, son *actos administrativos*, debiendo ser tratados jurídicamente como tales, sin perjuicio de las notas específicas que les correspondieren por su referido carácter jurisdiccional», y que en tal virtud «...queda perfectamente establecido, y así también lo declara la Sala, que pese al contenido o *sustancia jurisdiccional* que indudablemente reúnen las decisiones de las Comisiones Tripartitas laborales, éstas no pierden su condición de *actos administrativos* y, en consecuencia, nada obsta al ejercicio del recurso contencioso-administrativo»³⁶. Cabe recordar aquí también al Profesor Lares Martínez, quien enseñaba que si bien es cierto que el acto jurisdiccional ordinariamente emana «...de los tribunales, ya que estos son por excelencia los órganos a los cuales confieren las leyes competencia para la decisión de las situaciones conflictivas...», no es menos cierto que «...por excepción, las leyes atribuyen algunas veces la potestad para efectuar tales actos a algunos órganos del Poder Legislativo o del Ejecutivo»³⁷; o,

- Tercero, administrativos *stricto sensu*. Es el caso, por ejemplo, de las autorizaciones para la promoción y funcionamiento de bancos, que incumbe expedir a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras conforme a lo previsto por los artículos 7° y 10 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras³⁸. También de los actos a través de los cuales se declara la expropiación forzosa de cualquier clase de bienes, de acuerdo a lo previsto en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social³⁹. Otro tanto cabe decir del acto de adjudicación -y del ulterior contrato- a través del cual culmina el procedimiento para la selección del contratista, previsto en la Ley de Contrataciones Públicas⁴⁰.

³⁵ ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 251.

³⁶ *Revista de Derecho Público* número 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, pp. 128 y ss. Consúltese también RONDÓN DE SANSÓ, HILDEGARD; *Los Actos Cuasi-Jurisdiccionales*, Ediciones Centauro, Caracas, 1.990, pp. 3 y ss.

³⁷ LARES MARTÍNEZ, ELOY, *Manual de Derecho Administrativo*, sexta edición, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1986, p. 128.

³⁸ *Gaceta Oficial de la República* N° 5.892 Extraordinario, del 31 de julio de 2008.

³⁹ *Gaceta Oficial de la República* N° 37.475, del 1 de julio de 2002.

⁴⁰ *Gaceta Oficial de la República* N° 39.165 del 24 de abril de 2009.

IV. Los procedimientos administrativos regulados por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: El por qué de su diseño o estructura

1. El Derecho Administrativo, ya lo anotábamos antes, no puede concebirse como un sistema sin otra finalidad que garantizar la protección del individuo frente al Estado, porque una visión (parcial) como esa dejaría de lado la problemática que encierran las relaciones multilaterales, caracterizadas por la existencia de *constelaciones de intereses heterogéneos y aun contrapuestos* entre los ciudadanos que concurren ante la Administración Pública, constelaciones estas a las que ha de dar una adecuada respuesta el Derecho Administrativo con el procesamiento y ponderación de todos los intereses en juego⁴¹. En casos como los indicados, concurren y entran en conflicto o colisión las libertades de diversos sujetos, titulares de intereses distintos, sin que la Constitución se haya decantado de una vez por todas en favor de unos intereses o libertades en perjuicio de otros, es decir, sin que haya establecido a favor de quien ha de jugar la presunción o principio *favor libertate*. Por causa de ello es que «...la función [administrativa] se desarrolla a través de un procedimiento ordenado a *poner en evidencia los intereses en juego*»⁴² y resolver los conflictos que entre ellos puedan existir. Y es que lo que distingue y caracteriza al procedimiento administrativo de los restantes procedimientos, es que constituye una secuencia ordenada de actos para la satisfacción de una pluralidad de intereses, privados y públicos, en oportunidades en conflicto⁴³.

En general, el procedimiento administrativo es menos solemne, menos riguroso, que el procedimiento judicial. Más dúctil y flexible, y prueba de ello es que en él no encontramos los rígidos lapsos preclusivos que caracterizan al procedimiento que conocen y deciden los jueces. Veamos.

El procedimiento administrativo ordinario disciplinado por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, cuando éste se inicia a instancia de la Administración, a los particulares cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos pudieren resultar afectados, se les debe participar el inicio del trámite, de manera que puedan alegar y probar dentro del lapso de diez días hábiles. Así lo dispone el artículo 48 *eiusdem*. Ese brevísimo lapso, empero, contrasta con el largo lapso de cuatro meses, prorrogable hasta por dos meses más, para la conclusión del procedimiento, contemplado por el artículo 60 *eiusdem*. A lo ya dicho se agrega que después del breve lapso de diez días, la Ley no prevé actuación alguna -ninguna- a cargo del particular. ¿Para qué es ese largo lapso sin mayor regulación, al menos por lo que se refiere a la participación del interesado al cual se le notificó del inicio del trámite?

⁴¹ SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD, *op. cit.*, p. 25.

⁴² GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, *op. cit.*, p. 272.

⁴³ GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, *op. cit.*, p. 287.

Lo primero que ha de subrayarse, ya lo hicimos antes, es que el lapso contemplado por el artículo 48 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no es un lapso preclusivo, y prueba de ello es que el artículo 62 *eiusdem* establece que el acto administrativo definitivo debe resolver «...todas las cuestiones que hubieren sido planteadas...» por los interesados, «...tanto inicialmente como durante la tramitación» del procedimiento. Pero a lo ya dicho se agrega otro dato digno de mención: Las normas legales citadas ponen en evidencia que el procedimiento administrativo ordinario, por su diseño o estructura, lo que procura es incorporar desde un inicio el interés particular que la Administración entiende pudiera llegar a verse afectado con la decisión de fondo. Es más, al reconocerle al particular el derecho a alegar y probar apenas se inicia del trámite, a la Administración se le brinda la oportunidad de identificar, con base en tales alegatos y medios de prueba, otros intereses, públicos o privados, que debieran ser debidamente considerados al momento de decidir. Así las cosas, pareciera posible afirmar junto con Giannini que el procedimiento tiene un objeto mucho más amplio y complejo que el del proceso judicial, porque de lo que se trata es de identificar los distintos intereses, tanto públicos como privados, las constelaciones de intereses heterogéneos de Schmidt-Assman, que deben ser valorados o sopesados por la Administración a lo largo del *iter* del procedimiento⁴⁴. En el marco de un procedimiento administrativo de expropiación, *exempli gratia*, la autoridad pública que se apresta a adquirir bienes con el objeto de construir una autopista o carretera, amén de ponderar el interés (primario) por ella directamente tutelado -a saber, el servicio público de transporte terrestre-, se halla en el deber de ponderar también otros intereses (secundarios), tutelados por otras autoridades, como podrían ser el medio ambiente o la cultura, porque el trazado técnicamente más conveniente y más económico obligaría a deforestar parte de un parque nacional y a intervenir zonas donde han sido hallados restos arqueológicos. Es para la identificación, valoración y justa composición de esos intereses, todos públicos en el ejemplo que antecede, incorporados al expediente administrativo a través de los informes previsto por el artículo 54 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y también de los intereses privados *-i.e., de particulares-*, entremezclados unos con otros, que sirve el procedimiento administrativo ordinario.

Resta por subrayar qué ocurre cuando la Administración, llamada como está el Estado todo a tutelar los derechos fundamentales, se enfrenta a derechos humanos o fundamentales del particular. Parafraseando a García de Enterría, por la primacía de estos derechos, se ha producido

⁴⁴ GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Diritto Amministrativo*, *op. cit.*, p. 120; y, ALONSO MAS, MARÍA JOSÉ, *La Solución Justa en las Resoluciones Administrativas*, Tirant Lo Blanch, Universitat de València, Valencia (España), 1998, p. 387; y, PONCE SOLÉ, JULI, *op. cit.*, pp. 82 y 83.

«...un cambio radical de situaciones en la relación básica del Derecho Administrativo, la relación entre Administración y administrado. 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 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, tras de la cual, por cierto, suelen parapetarse tantas veces las comodidades, sino los intereses menos respetables, de la burocracia. Los derechos fundamentales, podemos decir para utilizar una expresión que se hizo famosa en el constitucionalismo de Weimar, son *Diktaturfestige*, resistentes a la dictadura o resistentes al Ejecutivo. Esto se dijo en Weimar para indicar que ciertos derechos fundamentales resistían a los poderes extraordinarios del artículo 48 del Presidente, que era una dictadura constitucional, como es sabido -y el camino, por cierto, que condujo a Hitler al poder-. Nada de esto existe en la Constitución española, por cierto, pero podemos decir que los derechos fundamentales son resistentes absolutamente frente a la pretensión de superioridad posicional general que la Administración tiene el hábito de invocar»⁴⁵.

2. Otro tanto cabe decir *-mutatis mutandis-* del procedimiento administrativo sumario, constitutivo o de primer grado al igual que el procedimiento ordinario, disciplinado por los artículos 67, 68 y 69 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que establecen que la Administración puede seguir este trámite abreviado, abreviado porque debe concluir en 30 días, cuando lo estime conveniente; que una vez iniciado este trámite, la Administración, tomando en consideración la complejidad del asunto, podrá decidir que se siga el procedimiento ordinario; y que en este procedimiento, que siempre se inicia “de oficio”, es sobre la Administración sobre quien recae la carga de la prueba (principio de la oficialidad de la prueba). Sólo tres normas, en las que ni siquiera el trámite de audiencia previa del interesado,

⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en Derecho español”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 59, Civitas, S.A., Madrid, 1998, pp. 325 y ss.

que el Tribunal Supremo español ha erigido en “principio general del Derecho”⁴⁶, aparece regulado de manera expresa. El sencillo trámite está diseñado para adaptarse a las circunstancias del caso.

3. Análogas reflexiones cabe realizar con respecto a los procedimientos de revisión o de segundo grado a los que dan vida los recursos ordinarios de reconsideración, jerárquico y jerárquico impropio, regulados por los artículos 94, 95 y 96 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Una detenida lectura de esas normas permite constatar, en efecto, que la Ley, más allá de los requisitos de forma y de fondo del recurso (artículos 86 y 49 *eiusdem*), y de los lapsos con que cuenta la Administración para decidir (artículos 91 y 94 *eiusdem* y 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia) nada dispone. Sin embargo, luce obvio que a lo largo del lapso para decidir, de 15 ó 90 días, según el caso, pueden ser promovidos y evacuados nuevos medios de prueba, y formulados nuevos alegatos, máxime si unos y otros contribuyen a asegurar la legalidad formal y sustancial del acto administrativo que decida el recurso. La Administración, recordemos, está obligada, porque así lo exige el artículo 62 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, a resolver las cuestiones surgidas tanto inicialmente como a lo largo del trámite -todas las cuestiones, sin excepción-.

4. Esa regulación legal, por definición simple o sencilla, menos formal -ya lo habíamos dicho- que la del proceso judicial, obedece a la necesidad de asegurar un procedimiento dúctil o flexible, y, por tanto, idóneo para atender, con la debida celeridad, como manda el artículo 30 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, las muy heterogéneas tareas encomendadas a la Administración. Como decía *Merkl* tiempo atrás,

«...la actividad del Estado que cobijamos bajo el nombre de administración es tan abigarrada, tan diversa por su forma y contenido, más todavía, se halla en una contradicción tan patente con el sentido usual de la palabra administración -piénsese en la *guerra* como *acción administrativa*- que lo único común aceptable no puede ser algo positivo, sino negativo: el hecho de no ser legislación y de no ser justicia... La legislación y la justicia son algo más unitario, muestran rasgos comunes más fácilmente abarcables, son, por lo mismo, más fáciles de definirse positivamente»⁴⁷.

V.- El procedimiento administrativo y la intangibilidad de su producto: La cosa juzgada administrativa

⁴⁶ AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, ANTONIO, *op. cit.*, p. 384.

⁴⁷ MERKL, ADOLFO, *op. cit.*, p. 12.

1. De acuerdo a la ley, una vez firmes las decisiones administrativas creadoras de derechos adquieren la fuerza de la *cosa juzgada*⁴⁸. Establecen los artículos 82 y 19 (ordinal 2º) de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que «los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular, podrán ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, por la misma autoridad que los dictó, o por el respectivo superior jerárquico»⁴⁹, y que son nulos -de nulidad absoluta- los actos que «...resuelvan un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares, salvo autorización expresa de la ley». La nulidad prevista por la Ley es producto o consecuencia de la infracción del *principio de intangibilidad de los derechos* creados por el acto que, por su firmeza, ya no admite revisión. La nulidad, dicho en otras palabras, obedece a la *ilicitud* del objeto del acto sobrevenido.

Ese supuesto de nulidad absoluta no es más que una consecuencia del principio constitucional de *seguridad jurídica*, al cual en más de una oportunidad hemos calificado como el primero de todos los derechos, porque consiste en el derecho al Derecho. En propósito, conviene tener presente que a la seguridad jurídica, es decir, al *derecho fundamental al Derecho*, le ha reconocido rango o jerarquía constitucional la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, habida consideración que la seguridad jurídica es una de las piezas claves del Estado de Derecho⁵⁰.

En este orden de ideas, permítasenos comenzar con la cita de un fallo judicial anterior a la Ley Orgánica del Procedimientos Administrativos, mediante sentencia del 24 de noviembre de 1953 la Corte Federal dejó sentado que convenía «...al orden social la estabilidad de los actos de la Administración Pública...»⁵¹.

Más específicamente, por lo que se refiere a la revocación de los actos administrativos firmes, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que

«...la doctrina administrativa sostiene, unánimemente, que la Administración no puede volver sobre sus pasos y revocar sus propios actos cuando éstos hubieren establecido algún derecho a favor de particulares y ello porque la

⁴⁸ Entre otras, véase la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo el 7 de diciembre de 1982, en *Revista de Derecho Público número 13*, enero-marzo 1983, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983, pp. 122 y 123.

⁴⁹ Véase la sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el 14 de mayo de 1985 (asunto *Freddy Rojas Parra*), en *Revista de Derecho Público número 23*, julio septiembre 1985, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, pp. 143 y ss.

⁵⁰ Fallo de fecha 30 de octubre de 1997 (asunto *Luis Enrique Pages*). Véase PIELOW, JOHANN-CHRISTIAN, “El principio de la confianza legítima (Vertrauensschutz) en el procedimiento y las relaciones jurídico-administrativas”, en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 1998, p. 101.

⁵¹ BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 294 y 295.

revocación de los actos administrativos creadores de derechos subjetivos pugnaría con la intangibilidad de las situaciones jurídicas individuales»⁵².

En el fallo parcialmente transcrito *supra* la Corte Suprema de Justicia invocó e hizo suyo el dicho de Fleiner, para quien

«...los principios *quieta non muovere* y de la buena fe, tienen validez también para las autoridades administrativa.”Ciertamente -afirma-, constituye una amenaza constante para el particular que se revoque una disposición que le favorezca. Por consiguiente, el legislador tuvo que pensar seriamente en limitar la facultad de revocar una disposición, teniendo en cuenta aquellos casos en que así lo exigía la seguridad jurídica. Así, pues, el legislador ha garantizado sobre todo la inmutabilidad de aquellas disposiciones que originen derechos y deberes”».

La jurisprudencia ha añadido, con base en las previsiones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que pueden adquirir esa firmeza *-i.e.*, esa intangibilidad por lo que a su contenido se refiere- tanto los actos válidos, como aquellos que, por adolecer de defectos de menor entidad, sólo se hallan viciados de nulidad relativa. En efecto, según nuestra jurisprudencia el acto viciado de nulidad relativa únicamente puede ser revocado «...si no hubiere creados derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular...», y no «...hubiere quedado firme, por haber vencido los lapsos para impugnarlo ya sea en vía administrativa o judicial»⁵³.

2. Las normas, de Derecho interno, citadas anteriormente deben ser adminiculadas con otras, de Derecho Internacional (*rectius*, de Derecho Administrativo Global), incluidas en Tratados Bilaterales de Inversión (BITS), conforme a las cuales los derechos subjetivos o intereses legítimos derivados de permisos, licencias o autorizaciones estatales⁵⁴ *-i.e.*, de actos administrativos de efectos particulares-, forman parte del derecho de propiedad privada garantizada por la Constitución y tutelada o protegida por tales Tratados. En propósito, cabe invocar aquí el artículo 1º, literal a), del Tratado (BIT) Venezuela-Reino de los Países Bajos, denunciado por el Ejecutivo Nacional tiempo atrás, que establecía textualmente que el término “inversiones” comprende «...*todos los tipos de activos y,*

⁵² Sala Político-Administrativa, sentencia del 14 de mayo de 1985 (asunto *Freddy Rojas Parra*), (*supra*, nota a pie de página número 49).

⁵³ Véase la Sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el 11 de agosto de 1993 (asunto *Abelardo Valino Ontiveros*), en *Revista de Derecho Público* número 55, julio-diciembre de 1993, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, pp. 237 y 238.

⁵⁴ En propósito, *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, Case Nº ARB/00/9, September 16th, 2003, Paragraph 18.46 («The Tribunal is prepared to accept these *Construction Permits* as *part of the Claimant’s investment* through Heneratsiya insofar as they evidence “licenses and permits pursuant to law” for the purposes of... the BIT»).

de manera más particular pero no exclusiva», «*los derechos otorgados bajo el derecho público, incluyendo derechos para la prospección, exploración, extracción y explotación de recursos naturales*». Así mismo, cabe invocar el artículo 1º, numeral 2º, literal (e), del Tratado (BIT) Venezuela-Cuba, conforme al cual constituyen “inversión” «*las concesiones y otros derechos otorgados conforme al Derecho Público*». Finalmente, esas previsiones de Derecho Administrativo Global deben ser adminiculadas con el artículo 3, numeral 1º, del Decreto-Ley de Promoción y Protección de Inversiones, conforme al cual constituyen inversión protegida «...*los derechos obtenidos conforme al derecho público, incluyendo las concesiones de exploración, de extracción o de explotación de recursos naturales y las de construcción, explotación, conservación y mantenimiento de obras públicas nacionales y para la prestación de servicios públicos nacionales, así como cualquier otro derecho conferido por ley, o por decisión administrativa adoptada en conformidad con la ley*»⁵⁵.

En idéntico sentido cabe invocar a Dromi, para quien

«un derecho que integra la propiedad del administrado *no puede quedar sometido a la sola voluntad de la Administración sin [la previa] calificación de utilidad pública*. Esta extensión del concepto constitucional de propiedad ha sido formulada por la C.S.J.N. en el año 1925, “Bordieu vs. Municipalidad de la Capital”, Fallos 165:307, y reiterado en el caso “Empresa de los Ferrocarriles de Entre Ríos vs. La Nación”, Fallos 176:363, año 1.936, al señalar que comprende *todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad*. Todo derecho que tenga valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de Derecho privado, sea que nazca de *actos administrativos*... integra el concepto constitucional de propiedad»⁵⁶ (el subrayado es nuestro).

Así las cosas, el acto a través del cual se desconozcan los derechos creados a través de un acto administrativo de efectos particulares firme constituye medida expropiatoria y, como tal, para ser válida debe *necesariamente* venir acompañada de *justa indemnización*.

3. La cosa juzgada administrativa constituye, así, un *límite -i.e., una barrera-*, de Derecho interno y de Derecho Internacional, al poder legal con el que cuenta la Administración para *revisar sus propios actos*. Como afirmaba *-mutatis mutandis-* el Tribunal de las Comunidades Europeas, al referirse al poder de la Administración para corregir errores materiales, «*el principio de intangibilidad del acto, una vez*

⁵⁵ *Gaceta Oficial de la República* N° 5.390 Extraordinario, de fecha 22 de octubre de 1999.

⁵⁶ DROMI, JOSÉ ROBERTO, *El Acto Administrativo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, p. 156. También MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BIT's)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 88 y ss.

adoptado por la autoridad competente, constituye un factor esencial de *seguridad jurídica* y de *estabilidad* de las situaciones jurídicas en el orden comunitario, tanto para las instituciones comunitarias como para los sujetos de derecho que ven afectada su situación jurídica y material en una decisión de dichas instituciones...»⁵⁷. Por ello, agrega el Tribunal, en virtud del *principio de intangibilidad* la Administración no puede de manera sobrevenida modificar la motivación de una decisión administrativa, esto es, el razonamiento que constituye el soporte necesario de la parte dispositiva del acto⁵⁸. Y por la naturaleza de las cosas, tampoco puede modificar o alterar la parte dispositiva del acto administrativo, porque un cambio como ese afectaría directamente el alcance de las obligaciones impuestas a los sujetos de Derecho o el contenido de los derechos que el acto le hubiera ya reconocido a los particulares.

4. La cosa juzgada, entendida como el principio general del Derecho con arreglo al cual toda controversia debe necesariamente tener un final, no puede ser ajena a la actividad administrativa, en virtud de la cual, en ejecución de la ley, se crean normas concretas para un caso individual.

Si la separación del poder jurisdiccional del así denominado poder ejecutivo sólo es posible, parafraseando a Kelsen, en medida relativamente limitada, porque los dos tipos de actividades estatales habitualmente designadas con estos términos (jurisdiccional y ejecutiva) no son dos funciones esencialmente distintas⁵⁹, cabría sostener entonces *i.* que los actos estatales expedidos en ejercicio de función jurisdiccional y administrativa desempeñan *-mutatis mutandis-* un mismo rol, porque al establecer, con carácter definitivo, la *norma individual* que ha de gobernar o disciplinar el *caso concreto* sometido a la consideración de la autoridad, *cierran, completan* o clausuran el *circuito normativo* que se inició con el establecimiento de la norma fundamental en ejercicio de la función constituyente⁶⁰; *y*, adicionalmente, *ii.*

⁵⁷ Fallo del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de las Comunidades Europeas, de fecha 27 de febrero de 1992 (*asunto Basf Ag et al. v. Comisión de la Comunidad Europea*). Consúltese MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, "Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de legislación básica española", *Revista Española de Derecho Administrativo número 75*, Editorial Civitas, S.A., 1992, pp. 329 y ss.

⁵⁸ La jurisprudencia venezolana ha dejado sentado que la motivación sobrevenida o superviniente le está vedada a la Administración y, por tanto, determina la nulidad del acto. Entre otras consúltese la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo el 14 de diciembre de 1989 (*asunto Alberto Aguilar*).

⁵⁹ «La función jurisdiccional es en realidad ejecutiva exactamente en la misma manera que la función ordinariamente denominada de esa manera; también la función jurisdiccional consiste en la ejecución de normas generales» (KELSEN, HANS, *Teoria Generale del Diritto e dello Stato, op. cit.*, p. 278).

⁶⁰ Sobre la *función de clausura del ordenamiento* consúltese a BENVENUTO, FELICIANO, "Giudicato (Diritto Administrativo)", en *Enciclopedia del Diritto*, Volume XVIII, Giuffrè Editore, Milano, 1969, p. 894.

que por la naturaleza de las cosas, ambos tipos de actos pueden eventualmente adquirir *-mutatis mutandis-* la condición de cosa juzgada (judicial o administrativa, según los casos).

5. En reemplazo del término “cosa juzgada administrativa”, acogido por nuestra doctrina y jurisprudencia tradicional, en reciente decisión la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia resolvió emplear el término “cosa decidida administrativa”⁶¹. Para la Sala resulta preferible hablar de cosa decidida administrativa en lugar de cosa juzgada administrativa. La Sala, en otras palabras, volvió a defender la tesis, sostenida por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en sentencia del 2 de Septiembre de 1994, conforme a la cual «...los conceptos de cosa juzgada y cosa decidida administrativa no pueden ser empleados como sinónimos...», destacando, para subrayar la diferencias existentes entre ambas instituciones, que mientras la cosa juzgada “judicial” «... encuentra su fundamento en el ordinal 8 del artículo 60 de la Constitución [de 1961, vigente *rationae temporis*], norma ésta que consagra un principio general del derecho aplicable a las sentencias de todos los órdenes jurisdiccionales...»⁶², la cosa juzgada administrativa tenía, en cambio, «...un fundamento de rango legal», sólo legal, a saber, el artículo 19, numeral 2º, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. En efecto, en el fallo judicial de 1994 la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, luego de observar que «...la estabilidad y firmeza de los actos administrativos no implica que éstos se encuentren amparados por la cosa juzgada “administrativa”, expresión que ha sido utilizada para denominar la definitividad y firmeza de los actos administrativos», agregó que «...los actos administrativos que han adquirido firmeza y que son creadores de derechos particulares, se encuentran revestidos de la cosa decidida administrativa, expresión postulada por Georges Vedel y aceptada en nuestra doctrina por Araujo Juárez... siempre que dichos actos no sea absolutamente nulos o que no exista una autorización expresa en la ley que habilite su revocación».

Dejando de lado la denominación formal empleada por la Sala (“cosa decidida” en lugar de “cosa juzgada”), interesa aquí subrayar un conjunto de circunstancias:

- Hoy en día tanto la cosa juzgada judicial como la cosa juzgada administrativa, son, ambas, instituciones de rango constitucional. Baste recordar en propósito que en su encabezamiento el artículo 49 de la Constitución de 1999 establece que la garantía del debido proceso abarca «...*todas las actuaciones judiciales y administrativas*», sin distinciones, y que de acuerdo al ordinal 7º del artículo 49

⁶¹ Entre otras, consúltese la Sentencia 1080 del 19 de junio de 2007 (asunto *Huawei Servicios, C.A. v. Fisco Nacional*).

⁶² Caso *Administradora Granja Rancho La California, C.A.*, en Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, Repertorio Mensual de Jurisprudencia, Tomo 2, Ediciones Pierre Tapia, Caracas, 1994, p. 98.

constitucional, ninguna persona puede ser llevada a juicio por hechos o circunstancias que hubieren sido juzgados anteriormente. El retorno a una posición jurisprudencial superada (superada porque el fundamento normativo de la decisión de 1994 cambió) es, sin duda alguna, criticable⁶³.

- Así las cosas, al acto administrativo de efectos particulares de naturaleza, esencia o contenido *jurisdiccional* (*supra*, Capítulo III), porque declara, en el marco de un procedimiento contradictorio, *exempli gratia*, que las conductas de una determinada sociedad son en un todo conformes con la Ley para promover o proteger la libre competencia, debe reconocérsele la condición de cosa juzgada administrativa, pues, de lo contrario, se toleraría una infracción de la regla constitucional conforme a la cual nadie puede ser sometido a juicio dos veces por un mismo hecho. Al margen del carácter judicial del órgano, una persona no puede ser enjuiciada o sometida a investigación dos o más veces por un mismo y único hecho (principio *non bis in idem*). Esa prohibición es clara en el ámbito del Derecho Penal y también del Derecho Administrativo sancionador, porque con independencia del sentido que haya tenido el primer pronunciamiento y de la calificación que de los hechos pueda haberse hecho en el primer proceso, el efecto negativo de la cosa juzgada impide un ulterior proceso por los mismos hechos⁶⁴.

- ¿Y qué decir de los actos administrativos de efectos particulares de naturaleza, esencia o contenido *administrativo* en sentido estricto, por contraposición a aquellos, de carácter *jurisdiccional* a los cuales hicimos mención en el párrafo que antecede? Pues bien, en la medida en que hayan creado derechos subjetivos o intereses legítimos y ostenten, además, la condición de “firmes”, esos actos de carácter o esencia administrativa -piénsese, por ejemplo, en el acto que tenga por objeto aprobar un proyecto y, por tanto, autorizar la construcción de una edificación en suelo urbano-, no pueden ser revocados o retirados. No pueden serlo porque los derechos e intereses que de ellos derivan constituyen propiedad o inversión

⁶³ Y por causa de lo dicho, a diferencia de cuanto decidió la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en 1994, oportunidad en la que, con base en raíz (constitucional o legal) de una y otra institución, rechazaba los recursos de amparo constitucional propuestos para hacer valer la cosa juzgada administrativa, hoy por hoy, no debiera haber duda al respecto, el recurso de amparo puede ser empleado para exigir el respeto de los derechos subjetivos reconocidos o creados por un acto administrativo firme. A tenor del Artículo 49 de la Constitución de 1961, vigente *rationae temporis*, el recurso de amparo tenía por objeto la protección, a través de procedimiento breve y sumario, de los derechos y garantías constitucionales.

⁶⁴ CANO CAMPOS, TOMÁS, “Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de concursos en el Derecho Administrativo sancionador”, en *Revista de Administración Pública*, N° 156 Septiembre-Diciembre 2001, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 200. También los fallos dictados por las Salas Constitucional y de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en fechas 12 de diciembre de 2002 (asunto *Giacomo León Rochelle et al.*) 8 de marzo de 2006 (caso *Elizabeth Caridad Tamayo Velásquez*), respectivamente.

garantizada por la Constitución, los Tratados Bilaterales (BIT's) y el Decreto-Ley para la promoción y protección de inversiones (según el artículo 3, numeral 1º, del Decreto-Ley, constituye inversión *cualquier derecho conferido por decisión administrativa*). Dicho en otras palabras, por su naturaleza ablativa el acto (sobrevenido) de retiro constituye una expropiación o, en todo caso, una medida equivalente a una expropiación, y, como tal, para ser válido debe, primero que nada, fundarse en causa de utilidad pública; debe, además, ser adoptado conforme al procedimiento legalmente establecido; y debe, finalmente, venir acompañado de justa indemnización. En propósito, vale la pena invocar el artículo 11 del Decreto-Ley para la promoción y protección de inversiones, que establece que

«No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones, sino en los casos de excepción previstos por la Constitución; y en cuanto a las inversiones e inversionistas internacionales, por el derecho internacional. Sólo se realizarán *expropiaciones de inversiones*, o se aplicarán a éstas *medidas de efecto equivalente a una expropiación*, por *causa de utilidad pública* o de interés social, siguiendo el *procedimiento legalmente establecido* a estos efectos, de manera no discriminatoria y mediante una *indemnización pronta, justa y adecuada*.

La indemnización será equivalente al justo precio que la inversión expropiada tenga inmediatamente antes del momento en que la expropiación sea anunciada por los mecanismos legales o hecha del conocimiento público, lo que suceda antes. La indemnización, que incluirá el pago de intereses hasta el día efectivo del pago, calculados sobre la base de criterios comerciales usuales, se abonará sin demora.

Parágrafo Único: Las indemnizaciones a que haya lugar con motivo de expropiaciones de inversiones internacionales serán abonadas en moneda convertible y serán libremente transferibles al exterior».

Por sólo citar uno, en sentido análogo cabe invocar también el artículo VII (Expropiación) del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la promoción y la protección de inversiones⁶⁵, que copiado a la letra establece:

«(1) Las inversiones y ganancias de los inversores de una de las Partes Contratantes no serán nacionalizadas, expropiadas o sujetas a medidas de efecto equivalente a la nacionalización o a la expropiación (en adelante "expropiación") en el territorio de la otra Parte Contratante, excepto para un *fin público*, conforme al *debido proceso* de ley, de manera no discriminatoria y mediante una *compensación pronta, adecuada y efectiva*. Esa compensación se basará en el *valor genuino* de la inversión o de las ganancias expropiadas

⁶⁵ Gaceta Oficial de la República N° 5.207 Extraordinario, del 20 de enero de 1998.

inmediatamente antes de la expropiación o al momento en que la expropiación propuesta se haga del conocimiento público, cualquiera que sea anterior: será pagadera desde la fecha de la expropiación con intereses a la tasa comercial normal, será pagada sin demora y será efectivamente realizable y libremente transferible.

(2) El inversor afectado tendrá el *derecho*, de acuerdo con la ley de la Parte Contratante que realiza la expropiación, *a revisión*, por una autoridad judicial u otra autoridad independiente de esta Parte, de su caso y del *avalúo* de su inversión o sus ganancias de acuerdo con los principios establecidos en este Artículo.»

VII.- Una breve reflexión sobre las medidas administrativas de carácter preventivo o cautelar:

Mediante norma expresa, diversas leyes especiales habilitan a la Administración Pública para decretar medidas administrativas en el marco de un procedimiento administrativo, sea éste constitutivo (primer grado), o de revisión (segundo grado).

Por lo que se refiere a los procedimientos administrativos de revisión o de segundo grado, cabe citar, *exempli gratia*, el artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que autoriza a la Administración para suspender los efectos de un acto administrativo previo. La norma reza textualmente así:

«La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo previsión legal en contrario.

El órgano ante el cual se recurra podrá, de oficio o a petición de parte, acordar la suspensión de los efectos del acto recurrido en el caso de que su ejecución pudiera causar grave perjuicio al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la nulidad absoluta del acto. En estos casos, el órgano respectivo deberá exigir la constitución previa de la caución que consideren suficiente. El funcionario será responsable por la insuficiencia de la caución aceptada».

En cuando a los procedimientos administrativos constitutivos o de primer grado, cabría citar, por ejemplo, la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia⁶⁶, cuyo artículo 35 textualmente establece:

«Durante la sustanciación del expediente y antes de que se produzca decisión, la Superintendencia podrá dictar las *medidas preventivas* siguientes:

1º La cesación de la presunta práctica prohibida; y

⁶⁶ *Gaceta Oficial de la República* N° 34.880, del 13 de enero de 1992.

2º Dictar medidas para evitar los daños que pueda causar la supuesta práctica prohibida.

Parágrafo Primero: Si las medidas preventivas han sido solicitadas por parte interesada, el Superintendente podrá exigirle la constitución de una caución para garantizar los eventuales daños y perjuicios que se causaren.

Parágrafo Segundo: En caso que las mencionadas medidas preventivas pudieran causar grave perjuicio al presunto infractor, éste podrá solicitar al Superintendente la suspensión de sus efectos. En este caso, el Superintendente deberá exigir la constitución previa de caución suficiente para garantizar la medida».

El ejercicio de los poderes que la ley le reconoce a la Administración se encuentra condicionada a los dos requisitos -de carácter concurrente- que condicionan la expedición de medidas de esta naturaleza en el ámbito procesal, a saber, el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*, porque, primero que nada, la autoridad administrativa debe constatar que existen razones serias y atendibles que le permiten afirmar -el suyo es sólo un juicio de verosimilitud, una aseveración de carácter preliminar, condicionada por las resultas de la investigación aún en curso- que el *procedimiento en trámite* puede llegar a concluir con un acto que declare la ilicitud de la conducta objeto de la investigación y ordene el cese de la práctica prohibida; y, segundo, porque la autoridad debe persuadirse que la medida resulta necesaria para evitar daños mayores, daños que pudieran ser irreparables o de difícil reparación por el acto administrativo de efectos particulares definitivo⁶⁷.

Comoquiera que las medidas cautelares tienen siempre por objeto crear una “disciplina provisional” -nunca una definitiva- de la relación entre las partes, y que el procedimiento administrativo, como hemos afirmado, tiene por objeto permitir la

⁶⁷ Vale la pena observar que de acuerdo al encabezamiento del artículo 110 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, para la adopción de una medida (administrativa) preventiva deben concurrir i. la presunción de buen derecho o *fumus bonis iuris* y ii. peligro del daño o *periculum in mora*. Hasta aquí nada nuevo. La novedad se halla en la definición que la Ley hace de ambos conceptos. Según la Ley, la presunción de buen derecho o *fumus bonis iuris* «...se origina...» -la cita es textual- «...en el derecho del pueblo a la construcción de la sociedad justa y amante de la paz». Vista esa definición, siempre habrá (¿podría ser de otro modo?) presunción de buen derecho, porque a la gente siempre la asiste el derecho a la construcción de una sociedad justa y amante de la paz. Por lo que al peligro del daño o *periculum in mora* se refiere, la Ley dispone que el mismo «...viene dado por el interés individual o colectivo para satisfacer las necesidades en la disposición de bienes y servicios de calidad de manera oportuna, especialmente aquéllos inherentes al derecho a la vida, a la salud y a la vivienda». La definición, nuevamente, pareciera no tener sentido, porque siempre habrá interés (¿podría ser de otro modo?) en satisfacer alguna necesidad individual o colectiva. La Ley pareciera dar por sentado que los dos requisitos concurren -siempre- en cualquier asunto cuyo conocimiento compete a la Administración.

*adecuada ponderación y conciliación de los intereses públicos y privados en juego, las medidas administrativas de naturaleza preventiva, por su carácter instrumental, deben estar dirigidas -siempre- a asegurar que el procedimiento pueda cumplir ese rol. El carácter instrumental de las medidas preventivas salta a la vista al considerar, *exempli gratia*, el artículo 127 -numeral 10- del Código Orgánico Tributario en vigor⁶⁸, conforme al cual la Administración, en el marco de un procedimiento de fiscalización, puede «...adoptar las medidas administrativas necesarias para impedir la destrucción, desaparición o alteración de la documentación que se exija conforme las disposiciones de este Código, incluidos los registrados en medios magnéticos o similares, así como de cualquier otro documento de prueba relevante para la determinación de la Administración Tributaria, cuando se encuentre éste en poder del contribuyente, responsables o terceros».*

Pero hay más: al ejercer poderes cautelares la Administración Pública se halla condicionada -siempre- por los principios de proporcionalidad⁶⁹ y *favor libertatis*. Las medidas cautelares dictadas por la Administración Pública deben ser siempre -es intuitivo, de sentido común- *proporcionales* y *razonables*. A tales requisitos alude expresamente la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario⁷⁰, cuyo artículo 85 dispone que en el marco de un procedimiento administrativo para el rescate de tierras la Administración debe sólo adoptar medidas «...adecuadas y proporcionales al caso concreto». Dicho de otro modo, las facultades, reconocidas a la Administración Pública en virtud de norma de ley expresa, que autorizan la expedición de decisiones cautelares o preventivas, sean éstas nominadas o innominadas, deben ser ejercidas con *prudencia*, y, por tanto, antes de adoptar una decisión de esta naturaleza la Administración se halla en el deber de ponderar adecuadamente las circunstancias del caso.

Las medidas desproporcionadas o irrazonables, más que cautelares, tienen, por excesivas, «...un carácter punitivo en cuanto al exceso»⁷¹. En consecuencia, una medida -*gratia argüendi*- cuyos efectos sean “irreversibles” o que no sea apta o idónea para asegurar que el procedimiento pueda alcanzar su finalidad, no puede ser catalogada como cautelar.

⁶⁸ *Gaceta Oficial de la República* N° 37.305, del 17 de octubre de 2001.

⁶⁹ El artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos dispone que «aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia».

⁷⁰ *Gaceta Oficial de la República* N° 5.771 Extraordinario, del 18 de mayo de 2005.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español 108/94, del 26 de noviembre, en REBOLLO PUIG, MANUEL, “Medidas Provisionales en el Procedimiento Administrativo”, en *La Protección Jurídica del Ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*, Estudios en Homenaje a Jesús González Pérez, Tomo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1993, p. 670.

Sentadas esas premisas, luce pertinente una muy breve reflexión sobre los poderes cautelares que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria le reconoce a la Administración. En concreto, sopesemos por un instante la medida “cautelar” de *i.* comiso y *ii.* ulterior disposición de la mercancía decomisada «...con fines sociales...», *ex* artículo 147 de dicho Decreto-Ley, so pretexto de la violación de la prohibición de venta de dicha mercancía por encima del precio máximo fijado o regulado por el Estado venezolano⁷². Una medida administrativa como esa puede ser calificada de “preventiva” o “cautelar” sólo nominalmente, porque el decomiso y ulterior venta de la mercancía, sin que particular al cual va dirigido el acto de gravamen tenga derecho al producto de la venta, luce excesivo *-i.e.*, desproporcionado o irrazonable.

Excesivo, decíamos, porque más allá de las formas esa medida, dictada en momentos en que el procedimiento se encuentra aún pendiente de decisión, ostenta la cualidad o condición de “irreversible”, y, por consiguiente, no puede ser reconciliada con la *presunción de inocencia* consagrada en el artículo 49, ordinal 2º, de la Constitución de 1999, atributo esencial de la garantía del debido proceso. Y si la medida administrativa es reseñada por los medios de comunicación, a la violación del derecho a la presunción de inocencia pudieran sumarse los daños causados al derecho a la propia imagen y reputación, reconocidos por el artículo 60 constitucional, de la persona, natural o moral, que hubiere sido señalada como infractor⁷³.

Excesivo, insistimos, porque una medida como la indicada luce como una velada confiscación, prohibida por el Texto Fundamental venezolano, pues a pesar de que el artículo 171 del Decreto-Ley prevé que cuando la Administración hubiere dispuesto de los bienes objeto de comiso, «...el propietario tendrá derecho a ser indemnizado si el acto conclusivo, el recurso administrativo o el recurso Judicial que declare sin lugar el comiso de tales bienes, quedare definitivamente firme», resulta obligado tener presente, *mutatis mutandis*, que la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de marzo de 1982, dejó sentado que

⁷² Asunto *Excelsior Gama* (consúltese <http://www.otv.gov.ve/noticias-nacionales/9031>). Según el Presidente del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (Indepabis), el producto de la venta de la mercancía decomisada mediante la medida preventiva adoptada en momentos en los que el procedimiento apenas se iniciaba, sería entregada a las Consejos Comunales y no a la empresa de supermercados propietaria de los bienes.

⁷³ La norma constitucional dispone que «toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y *reputación*. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». Consúltese GUYON, YVES, “Les droits fondamentaux des personnes morales de droit privé en droit français”, publicado en *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, dirigida por BALADO, MANUEL y GARCÍA REGUERO, ANTONIO, Editorial Bosch, Barcelona, 1998, p. 451.

habida consideración de los graves o serios contratiempos que el particular ha de enfrentar para cobrar *-rectius*, para exigir el reintegro de las sumas de dinero adeudadas por la Administración, los daños que pueden derivarse del pago de una multa *-i.e.*, de acto administrativo sancionador que aún no era firme son daños de *difícil reparación* por la definitiva⁷⁴.

Caracas, 21 de mayo de 2009.

⁷⁴ Consúltese en *Revista de Derecho Público número 10*, abril-junio de 1982, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 170 y 171. Complementariamente, véase MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, “El Derecho Administrativo Global y las limitaciones, de Derecho interno, para la ejecución de los fallos de condena al pago de sumas de dinero dictados contra la República. Juicio crítico sobre los privilegios y prerrogativas procesales de la Nación a la luz de los Tratados Bilaterales de Inversión (BITS)”, pp. 47 y ss.