



**Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Administrativo**

**"LAS IRREGULARIDADES DEL ACTO ADMINISTRATIVO. EXAMEN
JURISPRUDENCIAL DE SU CARÁCTER INVALIDANTE"**
Trabajo Especial presentado para optar al Título de Especialista en
Derecho Administrativo.

**Autora: Doris Meyling Baptista Pérez
Tutor: Antonio Canova González**

Caracas, Mayo de 2011

Caracas, 24 de mayo de 2011

Ciudadano

Profesor Armando Rodríguez

Coordinador de la Especialización en Derecho Administrativo.

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Universidad Central de Venezuela.

Presente.-

Me dirijo a usted en la oportunidad de informarle que la abogada **DORIS MEYLING BAPTISTA PÉREZ**, venezolana, mayor de edad, titular de la cédula de identidad número **12.420.006**, ha concluido el Trabajo Especial "Las irregularidades del acto administrativo. Examen jurisprudencial de su carácter invalidante", para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo.

Asimismo, solicito que la Comisión de Estudios de Postgrado proponga al Consejo de Facultad la designación del jurado para la respectiva defensa.

Sin más a que hacer referencia y agradeciendo de antemano toda su colaboración, se despide,

ANTONIO CANOVA GONZÁLEZ
C.I. 9.880.302

Adjunto: dos (2) ejemplares del referido Trabajo Especial.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I. Recurso contencioso administrativo de nulidad	7
CAPÍTULO II. Elementos que determinan la validez de los actos administrativos	42
CAPÍTULO III. Posiciones doctrinarias respecto de los llamados vicios no invalidantes o vicios intrascendentes	86
CAPÍTULO IV. Reglas establecidas por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa para la calificación de un vicio como invalidante o no	92
CAPÍTULO V. Incidencia de los criterios jurisprudenciales en la efectividad de la tutela judicial y el ejercicio de la función administrativa	105
CONCLUSIONES	124
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	126

**Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Administrativo**

“Las irregularidades del acto administrativo. Examen jurisprudencial de su carácter invalidante”

Autora: Doris Meyling Baptista Pérez

Tutor: Antonio Canova González

Fecha: Mayo de 2011

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar los criterios jurisprudenciales en el contencioso-administrativo respecto de los elementos de validez del acto administrativo y el carácter invalidante de los vicios que se verifican por el incumplimiento o alteración de tales elementos; para luego referir a la incidencia de esa labor interpretativa judicial en la actividad administrativa.

La metodología utilizada en la elaboración del trabajo es fundamentalmente documental-descriptiva y diagnóstica; razón por la cual, nos asistiremos de bibliografía y referencias legislativas tanto nacionales como extranjeras y, especialmente, jurisprudenciales; con énfasis en decisiones de la jurisdicción contencioso-administrativa venezolana.

A fin de contextualizar el objeto de la investigación, se inicia el trabajo con el examen del recurso de nulidad en cuanto a sus orígenes, antecedentes y objeto, para arribar a la noción de acto administrativo como objeto de la pretensión anulatoria. Seguidamente, en el Capítulo II, se alude a los caracteres esenciales de los elementos que determinan la validez de tales actos, efectuando respecto de cada uno de ellos algunas consideraciones de interés. En ese orden, se abordan en el Capítulo III las distintas posiciones doctrinales respecto de los llamados vicios no invalidantes; para luego exponer, en el Capítulo IV, algunos criterios judiciales en torno al carácter invalidante o no de los vicios que pueden ostentar los proveimientos administrativos. Sobre la base de lo anterior, y bajo el examen del derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de la conservación o estabilidad de los actos de la Administración, planteamos nuestra posición respecto a la incidencia de los anteriores criterios en la idoneidad y efectividad de la gestión pública administrativa.

Descriptor: recurso de nulidad, acto administrativo, presunción de legalidad, validez, invalidez, nulidad, eficacia, conservación.

INTRODUCCIÓN

Constituye un hecho de conocimiento general, que el papel que desempeñan los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional repercute en el orden social o colectivo, y tal incidencia es, si se quiere, más palpable en el ámbito de lo público, particularmente en las relaciones entabladas entre la Administración y los particulares, dados los cometidos que la ley ha asignado a aquella.

El presente trabajo tiene por objeto examinar el tratamiento actual de los vicios que pueden afectar los elementos de los actos administrativos, en función de sus efectos invalidantes, su relación con el objeto del recurso contencioso-administrativo de nulidad y las interpretaciones jurisprudenciales dadas en la materia; con la finalidad de determinar la incidencia de dichos criterios en la idoneidad y eficacia de la actividad administrativa.

Para desarrollar el objetivo general del estudio (evaluar las interpretaciones jurisprudenciales en materia de los vicios que inciden en los elementos de fondo de los actos administrativos y su trascendencia, en función de determinar la eficacia de dichos criterios frente al correcto ejercicio de la función administrativa y al deber de garantizar una tutela judicial en los términos que plantea la Constitución), se aludirá a los antecedentes y objeto del recurso de nulidad, a los caracteres esenciales de los elementos de validez del acto administrativo que con mayor frecuencia son invocados en sede jurisdiccional por los particulares, y a las irregularidades que pueden verificarse respecto de ellos; a las diferenciaciones -dentro del régimen de las nulidades existente en nuestro Ordenamiento- entre lo formal y lo sustancial; a las posiciones doctrinarias que han abordado el punto de las irregularidades "intrascendentes" o "irrelevantes"; a las interpretaciones que se han efectuado de los principios de legalidad, presunción de validez y estabilidad de los actos administrativos en el marco del tema aquí tratado.

La importancia del presente estudio radica en lo siguiente:

a. En lugar de estudiar en qué casos los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa declaran la nulidad de los actos administrativos sometidos a su revisión (aspecto sobre el que existe abundante doctrina), se examina en qué supuestos y bajo qué criterios tales órganos se inclinan por mantener los efectos de actos que ostentan vicios o irregularidades que, normalmente, comprometerían su validez y, consecuentemente, su eficacia.

b. Con el análisis de tales criterios, se intenta establecer algunas consideraciones en torno a la incidencia de las interpretaciones judiciales en el adecuado desempeño y la efectividad de la gestión pública administrativa, la cual, cabe destacar, es la que más se aproxima a la percepción y satisfacción de las necesidades concretas, cotidianas y naturales de los ciudadanos, dentro de las funciones del Estado.

CAPÍTULO I.

Recurso contencioso administrativo de nulidad. 1) Origen, antecedentes, derecho comparado. 2) Objeto: 2.1. Consideraciones previas; 2.2. Noción de acto administrativo; 2.3. Presunción de legalidad o legitimidad; 2.4. Caso específico de los actos de trámite.

1) Origen, antecedentes y derecho comparado.

El origen del recurso contencioso administrativo de nulidad en Venezuela reside, como ocurre en otros Ordenamientos y con las diferencias que se han desarrollado constitucional y jurisprudencialmente en el país, en la evolución del Derecho Administrativo Francés, con la introducción de los principios de legalidad (proclamado por Juan Jacobo Rousseau) y libertad, a propósito de los eventos revolucionarios, dado que tales principios fundamentales dieron lugar a la noción de acto arbitrario, esto es, aquel que lesiona ilegítima o ilegalmente la libertad. En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se previó de este modo la noción de acto arbitrario: "Todo acto ejercido contra un hombre fuera del caso y sin las formas que la Ley determine es arbitrario y tiránico; aquel contra quien se quisiese ejecutar por la violencia tiene derecho a repelerlo por la fuerza".

Así, en el Preámbulo de la Constitución Francesa de 1791 se "abolieron irrevocablemente las instituciones que hieren la libertad y la igualdad de los derechos", de allí que se estableciera en dicho Texto Constitucional, en cuanto al primero de los aludidos principios, que: "Pertenece al poder legislativo determinar las reglas y el modo en que los administradores ejercen sus funciones" (artículo 3), y que "No hay en Francia autoridad superior a la de la Ley" (artículo 4). De igual forma, se garantizaron una serie de derechos naturales y civiles (derecho a la libertad de expresión, libre tránsito, asociación, derecho a dirigir peticiones a las autoridades, libre culto y propiedad), previendo que el Poder Legislativo no podía hacer leyes que mermaran y dificultaran el ejercicio de los derechos naturales y civiles

garantizados por la Constitución.

De modo que el recurso de nulidad de actos administrativos -con las particularidades que referiremos *infra*- surgió con el ánimo de garantizar el cumplimiento, por quienes ejercían el Poder, del marco legal y las libertades individuales entonces reconocidas; esto es, ante la necesidad de que el Estado se sometiera a parámetros legales.

Más específicamente, el citado recurso encuentra su principal antecedente en el denominado *excès de pouvoir français* (de carácter esencialmente objetivo en virtud de la prohibición para los jueces de "interferir" en la actividad administrativa), del cual conocía el *Conseil d'Etat* o Consejo de Estado, creado por la Constitución Napoleónica del año VIII.

Cabe destacar que dicho Consejo de Estado se instituye a través del artículo 52 de la Constitución del 13 de diciembre de 1799, con una dualidad de funciones: (i) administrativa-consultiva, y (ii) contenciosa o judicial; creándose en 1806 la *commission du contentieux*.

El *Conseil d'Etat* funcionó primero como una suerte de superior jerárquico, cuando fungía como órgano consultivo de la Administración, bajo el régimen conocido como de la "justicia retenida" (*justice retenue*), en virtud del sistema básico de separación entre la Administración y la Justicia que, al final, retenía la justicia en el ámbito gubernativo, de modo que no se trataban de una acción judicial aquellas solicitudes conocidas por el Consejo. Recuérdese lo previsto en el artículo 3 de la Constitución Francesa de 1791, conforme al cual los Tribunales no podían intervenir en las funciones administrativas o citar ante ellos a los agentes de la Administración, mandato que fue ratificado en la Ley del 16 de Fructidor del año III.

Luego, el Consejo operó como verdadero Tribunal, cuando a partir de la Ley de 3 de marzo de 1849 -vigente hasta 1851- y, de manera definitiva, con la *loi du 24 mai 1872*, adquirió el poder de decidir las reclamaciones

interpuestas contra el Estado, bajo el denominado régimen de la "justicia delegada" (*justice déléguée*). En el primer sistema, el Consejo emitía "propuestas" de soluciones al caso planteado que, por no ser vinculantes, serían consideradas *-motu proprio-* por la Administración; mientras que con el segundo se produjo, como apunta Ortiz-Álvarez, un auténtico fortalecimiento formal de las potestades judiciales de control contencioso administrativo, pues el Consejo podía tomar decisiones autónomas e independientes (verdaderas sentencias o *arrêts*), no sometidas a la aprobación del Jefe de Estado¹, resolviendo directamente el asunto o conflicto.

Ahora, a través del aludido recurso por exceso de poder se decidían peticiones de nulidad formuladas contra actos administrativos de carácter decisorio, fundadas en la violación de reglas de derecho, esto es, si la autoridad administrativa traspasaba los límites que imponían la Constitución y la Ley, se entendía que cometía un "exceso de poder". Dichas pretensiones, esgrimidas en un "juicio al acto", eran resueltas por el Consejo con el objeto de sanear el ejercicio de la función administrativa sin interferir en ella.

Dicho recurso era opuesto al *recours de plein contentieux*, que comprendía pretensiones de indemnización.

Con el fortalecimiento del Consejo de Estado se produjo un importante acoplamiento entre el recurso de plena jurisdicción y el recurso por exceso de poder, desarrollándose una serie de criterios y teorías que fueron conformando las bases del derecho administrativo.

Atendiendo a la previsión, en el Derecho Comparado, del recurso en comentario, interesa señalar lo siguiente:

En España, país donde el Derecho Administrativo Francés también influyó de modo importante, el sistema francés se instauró, conforme indican

¹ Luis Ortiz Álvarez: *Revolución Francesa y Justicia Administrativa*. Caracas. Editorial Sherwood, 2003, p. 129.

García De Enterría y Fernández, en las Leyes del 2 de abril y 6 de julio de 1845, "que confían el contencioso a los Consejos Provinciales (aunque con jurisdicción delegada o propia) y al Consejo de Estado (...) que proponía al Gobierno, sin vincularle, los llamados Reales Decretos Sentencias",²

Concretamente, se estableció un sistema contencioso administrativo inicialmente determinado por un "sistema de lista" que, luego, con la Ley 13 de septiembre de 1888 (en la que el Tribunal contencioso-administrativo quedó unido al Consejo de Estado), se suplió por una "cláusula general" que excluyó de la tutela contencioso-administrativa, "todo el ámbito del recurso francés de 'exceso de poder'³, así como los actos discrecionales, los actos políticos y la materia de orden público, entre otras.

En la Ley del 5 de abril de 1904, la jurisdicción contencioso-administrativa se separó definitivamente del Consejo de Estado y se atribuyó al Tribunal Supremo.

Con la Ley del 27 de diciembre de 1956 (Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), que se apartó significativamente de los esquemas seguidos en la legislación anterior, conforme apunta González Pérez⁴, se contempló una organización jurisdiccional especializada (Tribunales contencioso-administrativos), se reintrodujo el recurso por exceso de poder con nuevos ámbitos de protección, previéndose la posibilidad de demandar la no conformidad a derecho o la infracción del Ordenamiento Jurídico por parte de la Administración, acreditando como presupuesto legitimador la existencia de un interés directo.

Finalmente, la Constitución Española de 1978, modificada el 27 de agosto de 1992, otorgó rango constitucional a la aludida previsión legislativa,

² Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. España. Editorial Aranzadi, 2006, p. 574.

³ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo ... op. cit.*, p. 575.

⁴ Jesús González Pérez: *Evolución de la Legislación Contencioso-Administrativa*. www.cepc.es/asp/Publicaciones/Revistas/1/1899_150_209.PDF

conforme se desprende de sus artículos 106.1 ("Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican") y 153 literal c) ("El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá (...) Por la jurisdicción contencioso administrativa, el de la administración autónoma y sus normas reglamentarias"); consolidándose en el orden jurídico del contencioso administrativo, con la entrada en vigencia, post-Constitución, de la Ley 29/1998 del 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En este instrumento se prevé el recurso contencioso administrativo contra actos particulares y generales (también se consagra la posibilidad de recurrir de la inactividad de la Administración y contra las vías de hecho), pudiendo el recurrente limitarse a solicitar la anulación de un acto por inconformidad con el derecho (antiguo recurso por exceso de poder), o requerir además el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de medidas adecuadas para su pleno restablecimiento (artículo 31); estableciéndose en el artículo 71 las distintas declaraciones judiciales posibles, atendiendo a lo pretendido.

En México, donde la doctrina ha reconocido la evidente influencia francesa en la conformación de su propio Derecho Administrativo, aunque con ciertos rasgos propios e incidencia anglosajona, constituyó una etapa esencial en el contencioso administrativo la Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo de 1853 (Ley Lares), producto de la propuesta formulada por el jurista Teodosio Lares, y primer esfuerzo de creación legislativa en la materia.

En cuanto al alcance de los recursos incoados contra los actos de la Administración, vale decir que al Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el Distrito Federal creado en 1971 se le otorgó, en un principio, plena jurisdicción para dirimir las controversias entre el Departamento de dicho

Distrito y los particulares; luego, entre 1974 y 1995, sus sentencias sólo podían limitarse a declarar nulo el acto (si ello era lo procedente), volviendo en ese último año a fungir como un Tribunal de Plena Jurisdicción⁵.

En la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo del 1° de enero de 2006 (artículo 50), se previó que las sentencias del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa resolverán sobre la pretensión del actor que se deduzca de su demanda, precisándose respecto de los pronunciamientos posibles que:

"Tratándose de las sentencias que resuelvan sobre la legalidad de la resolución dictada en un recurso administrativo, si se cuenta con elementos suficientes para ello, el Tribunal se pronunciará sobre la legalidad de la resolución recurrida, en la parte que no satisfizo el interés jurídico del demandante. (...)

En el caso de sentencias en que se condene a la autoridad a la restitución de un derecho subjetivo violado o a la devolución de una cantidad, el Tribunal deberá previamente constatar el derecho que tiene el particular, además de la legalidad de la resolución impugnada".

De modo que en México la actuación del Tribunal competente en la materia no se circunscribe al mero control de la legalidad del acto sometido a su examen, como ocurría con el *excès de pouvoir*, sino que cuenta con la potestad de restablecer las situaciones jurídicas lesionadas, debiendo, en este último caso, precisar la forma y los plazos en que la autoridad deberá cumplir con la obligación respectiva (artículo 57).

En Argentina también se ha reconocido en la doctrina el influjo del Derecho Administrativo Francés en el régimen administrativo de ese país suramericano, pero actualmente no existe una ley federal que regule la materia *in commento*.

A nivel nacional, se incluyó en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19459 un título (IV) que contempla la impugnación judicial de actos administrativos (artículos 23 al 27), pero se limita a prever: los supuestos en que los actos particulares o generales pueden ser impugnados

⁵ José Guillermo Vallarta Plata: "La Justicia Administrativa: Retrospectiva y Actualidad". *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo*. Tomo I. Caracas, Ediciones Paredes, 2009, p. 429.

en vía judicial, los plazos que tienen tanto los particulares como el Estado para el ejercicio de la acción y el reclamo administrativo previo a la demanda judicial. Con mayor desarrollo se regulan los medios de impugnación en los instrumentos provinciales, dentro de los cuales podemos referir, a manera de ejemplo, a la Ley del Proceso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires del 1° de junio de 1999 (Ley 12008, con reformas en leyes 12310, 13101 y 13325), en la que se previó que el demandante podrá hacer valer, entre otras, las pretensiones siguientes: (i) la anulación total o parcial de actos administrativos de alcance particular o general, y (ii) el restablecimiento o reconocimiento del derecho o intereses tutelados (artículo 12); de manera que la sentencia proferida podrá decidir: (i) el restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios a ese fin; o (ii) la anulación total o parcial del acto administrativo. Se consagra entonces una acción de nulidad y una de contenido más amplio o integral, que comprende el restablecimiento de situaciones jurídicas.

Al respecto, cabe referir a lo señalado por Dromi, para quien el recurso por exceso de poder de origen francés tiene su simil -en el Orden Jurídico argentino- justamente en la acción de nulidad, a través de la cual se cuestiona únicamente el actuar de la Administración, su sujeción o contrariedad con el derecho objetivo. Según lo apuntado por este autor, "El proceso administrativo de anulación está constituido por el recurso por exceso de poder, contencioso objetivo, proceso de legalidad o jurisdicción objetiva, que se da contra actos, no contra la persona administrativa propiamente dicha."⁶

En el Ordenamiento Colombiano las acciones que hoy día proceden por vía jurisdiccional contra las actuaciones administrativas son la acción de nulidad, la acción de nulidad y restablecimiento, la acción de reparación

⁶ Roberto Dromi: *Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 833.

directa de los daños antijurídicos producidos por la acción u omisión de los agentes del Estado y las acciones contractuales.⁷ La primera y la segunda inicialmente influidas por el recurso por exceso de poder y el recurso de plena jurisdicción franceses, se consagraron en Colombia para cuestionar la legalidad de los actos generales y particulares, respectivamente; siendo luego, por vía jurisprudencial, ampliado el ámbito de control de ambas acciones, de forma que a través de cualquiera de ellas pudiera pretenderse la nulidad de actos particulares y generales. La diferencia se centró entonces, ya no en la naturaleza del acto, sino en "el móvil o fin que se persiga"; por lo que "una pretensión será de simple nulidad cuando se formula para obtener la tutela del orden jurídico objetivo que se considera quebrantado por el acto (...) y es de plena jurisdicción cuando la finalidad fundamental de la pretensión es obtener la tutela de un derecho particular que se considera desconocido o vulnerado por el acto cuya nulidad se demanda".⁸

La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Costa Rica (Ley N° 3667 del 12 de marzo de 1966), consagró el recurso por exceso o desviación de poder, también denominado acción contencioso administrativa de anulación, que exige, entre otros presupuestos, que se trate -lo impugnado- de un acto administrativo unilateral y firme, que produzca un perjuicio directo y actual en la esfera particular. Pero también previó la posibilidad de que el interesado demandase el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas necesarias para su pleno restablecimiento (artículos 22 y 23).

El posterior Código Procesal Contencioso Administrativo de Costa Rica (Ley 8508 de 28 de abril de 2006) dispuso que el demandante podrá formular, entre otras pretensiones: (i) La declaración de disconformidad de la conducta administrativa con el ordenamiento jurídico y de todos los actos o

⁷ Véase Ley 1437 de 2011 (enero 18). Diario Oficial No. 47 958 de 18 de enero de 2011.

⁸ Jaime Vidal Perdomo: *Derecho Administrativo*. Santa Fe de Bogotá. TEMS, 1994, p. 295.

las actuaciones conexas, (ii) La anulación total o parcial de la conducta administrativa, (iii) La modificación o, en su caso, la adaptación de la conducta administrativa, (iv) El reconocimiento, el restablecimiento o la declaración de alguna situación jurídica, así como la adopción de cuantas medidas resulten necesarias; y en armonía con ello, se estipuló en su artículo 122 que la sentencia que declarase procedente la pretensión, total o parcialmente, deberá hacer, según corresponda, los siguientes pronunciamientos: (i) Declarar la disconformidad de la conducta administrativa con el ordenamiento jurídico y de todos los actos o actuaciones conexas, (ii) Anular, total o parcialmente, la conducta administrativa, (iii) Modificar o adaptar, según corresponda, la conducta administrativa a las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico, de acuerdo con los hechos probados en el proceso, y (iv) Reconocer, restablecer o declarar cualquier situación jurídica tutelable, adoptando cuantas medidas resulten necesarias y apropiadas para ello.

En Panamá, como quiera que la jurisdicción contencioso administrativa tiene su origen en el Consejo de Estado colombiano (en el cual, a su vez, influyó el Derecho Administrativo francés), tal influencia recayó igualmente en la regulación de los mecanismos de control de la Administración. En la Ley N° 135 (de 30 de abril de 1943) Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se previó la demanda contencioso administrativa por motivos de ilegalidad, siendo tales motivos "tanto los actos en sí en su relación literal con la ley violada como el haber sido expedidos en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió" (artículo 26).⁹

Con la Ley N° 33 del 11 de septiembre de 1946, que reformó a la Ley N° 135, se especificaron como motivos de ilegalidad la falta de competencia y jurisdicción del funcionario, el quebrantamiento de formalidades y la

⁹ www.organcjudicial.gob.pa

desviación de poder (artículo 26), y en el capítulo intitulado "Del procedimiento ante el Tribunal" (para entonces Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sustituido luego -a partir del 24 de octubre de 1956- por la Corte Suprema de Justicia), se pueden diferenciar la acción de nulidad de un acto administrativo, de la demanda de restablecimiento de un derecho, para las cuales resultaba necesario agotar la vía gubernativa.

En 1991, con la Ley N° 19, se introdujo el proceso contencioso administrativo de protección de los derechos humanos, por medio del cual la Sala correspondiente podía anular actos administrativos expedidos por autoridades nacionales y, de resultar procedente, restablecer el derecho violado, sea que éste estuviere contemplado en una ley de la República, en la Constitución o convenios internacionales; en ese supuesto no se previó el agotamiento previo de la vía gubernativa.

Actualmente, en dicho país el control de la legalidad lo ejerce la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia, a través de diversos mecanismos, entre los cuales interesa destacar la citada acción de nulidad y la acción de plena jurisdicción. La primera, conocida por la doctrina panameña como contencioso objetivo popular de nulidad, consiste en una solicitud hecha al órgano jurisdiccional dirigida únicamente a la anulación del acto administrativo, esto es, no se pretende el reconocimiento de situaciones jurídicas ni la reforma del acto, sino sólo su nulidad. A través de la segunda, por su parte, se persigue obtener una reparación en virtud de haberse producido una lesión en la esfera subjetiva del que acciona, es decir, una violación de sus derechos; como apunta Batista Domínguez, "se solicita del órgano jurisdiccional no sólo la anulación del acto, sino el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma."¹⁰ Se trata, por ende, de dos vías distintas en cuanto a su finalidad, pretensiones

¹⁰ Abilio Abel Batista Domínguez: "Perspectivas de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Panameña", *Derecho Administrativo Iberoamericano*, T. II, Caracas, Ediciones Paredes, 2007, p.1136.

deducibles, legitimación para ejercerlas, lapsos de "prescripción", facultades del Juez y carácter del acto impugnado (a través de la acción de nulidad se impugnan actos de carácter general o abstracto, y a través de la acción de plena jurisdicción se atacan actos de carácter particular).

En Venezuela, se previó en la Constitución de 1925 (sancionada por el Congreso de los Estados Unidos de Venezuela el 24 de junio de 1925 y publicada en Gaceta Oficial el 1° de julio de ese año), por primera vez, el recurso por exceso de poder -aun cuando referido a actos emanados de autoridades nacionales y altos funcionarios de los estados-, conforme se desprende de la relación concordada de los artículos 120 numeral 12, y 4 de dicho Texto Constitucional. No obstante, se ha señalado como de mayor importancia la Constitución de 1931 (en la que se habla expresamente de la "acción en declaración de nulidad"), por cuanto consagra la excepción de ilegalidad oponible en cualquier tiempo y contempla, por otra parte, un lapso de caducidad para el ejercicio de lo que dicha Constitución denomina acción en declaración de nulidad por ilegalidad o abuso de poder.

En la Constitución de 1936 (artículo 123 numeral 11) se precisó que el lapso de caducidad operaba sólo respecto de los actos administrativos viciados de ilegalidad o abuso de poder, pues cuando se tratase de actos violatorios de alguna garantía o derecho constitucional no se exigía término alguno para el ejercicio de la acción.

Con la Carta Magna de 1945, que suprime la competencia de los Estados federados en materia de administración de justicia, reservándose la misma al Poder Federal (artículo 15, ordinal 7°), se mantuvo respecto de la "acción en declaración de nulidad" la regulación constitucional hasta entonces existente.

Posteriormente, la Constitución de 1947 consagró la acción de nulidad contra actos que en ejercicio del Poder Público se apartaren de dicha

Constitución "y las leyes", sin delimitar que debían provenir, tales actos, de altas autoridades o funcionarios (artículos 84 y 220 numeral 9).

Mención especial merece la Carta Fundamental de 1953, dado que al enunciarse las competencias de la Corte Federal suprimió la relativa al conocimiento de la acción de nulidad de actos administrativos por ilegalidad o abuso de poder; aun cuando dicha acción sí se incluyó en la Ley Orgánica de la Corte Federal de 1953.

Con la Constitución, de 1961, se constitucionaliza de nuevo la acción *in commento* al preverse en su artículo 208 que "los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa" son competentes -entre otras cosas- para anular los actos administrativos contrarios a derecho, incluso por desviación de poder, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa; precepto que se mantuvo en el artículo 259 de la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Cabe destacar que con la Constitución de 1961 desapareció, como apunta Badell¹¹, la distinción entre el recurso de nulidad y el recurso de plena jurisdicción que, a diferencia de lo que acontecía en Francia (donde este último estaba dirigido a demandar al Estado por indemnización de daños y perjuicios), en nuestro país se previó -al igual que el de nulidad- para el control de la legalidad de los actos administrativos, pero comprendiendo el restablecimiento de las situaciones jurídicas particulares lesionadas y la reparación de los perjuicios ocasionados por el acto objeto de impugnación. Tal innovación, vino reforzada con la integración a nuestro Ordenamiento Jurídico de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, de 1977; la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, de 2004 (reformada en 2010) y, debemos agregar, con la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso

¹¹ Rafael Badell Madrid: "El Recurso de Nulidad". *Derecho Contencioso-Administrativo. Libro Homenaje al Profesor Luis Enrique Fariás Mata*. Barquisimeto. Librería J. Rincón, 2006, p. 5.

Administrativa, publicada en Gaceta Oficial N° 39.451 del 22 de junio de 2010, donde se sustituye el término recurso por el de "demanda de nulidad".

2) Objeto.

2.1. Consideraciones previas.

Para una parte -en absoluto despreciable- de la doctrina, el Derecho Administrativo moderno está dominado por el concepto de acto administrativo.

Bocanegra, al respecto, y atendiendo particularmente a la posición de Otto Mayer, apunta que tal afirmación encontraba asidero (en el caso Alemán) cuando la dogmática alemana comenzó a forjarse sobre la base de los hallazgos del Derecho Administrativo francés, pero estima -aun sin desmerecer la relevancia de la institución- que la noción fue convertida indebidamente en el centro del sistema del Derecho Administrativo "al erigirse en el criterio delimitador del ámbito de la Jurisdicción contencioso-administrativa"¹²; al punto -destaca- que el acto administrativo se trató con tanta heterogeneidad que llegó a comprender toda actividad administrativa sujeta a control judicial, cualquiera que ella fuera.

Refiriéndose concretamente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, el precitado autor (Bocanegra) ha dejado expuesto que bajo la interpretación que llegó a realizar dicho órgano jurisdiccional, toda actuación administrativa que se entienda objeto de revisión judicial o petición de tutela judicial, debe considerarse acto administrativo; criterio éste que discute por considerar que el concepto de acto administrativo no debe entenderse como la pauta que delimita el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa.¹³ Recordemos que la Constitución Española establece en su artículo 106.1, referido en líneas anteriores, que los Tribunales controlan (además del ejercicio de la potestad reglamentaria) "la

¹² Raúl Bocanegra Sierra: *Lecciones sobre el acto administrativo*. España: Civitas, 2006, pp. 21, 26.

¹³ Raúl Bocanegra Sierra: *Lecciones sobre el acto administrativo...* op.cit., p. 26.

legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.

En tal orden de ideas, ha señalado el autor *in commento* que “en la medida misma en que el derecho a la tutela judicial efectiva exige ampliar el concepto de acto administrativo más allá, mucho más allá, de lo que son los actos administrativos, para permitir el acceso a la jurisdicción de toda pretensión susceptible de tutela jurisdiccional, estaremos ante piezas jurídicas que, aunque la jurisprudencia las califique como actos administrativos, no lo serán, en realidad, en absoluto, sino únicamente a los meros efectos jurisdiccionales, esto es, a la finalidad exclusiva de hacer posible su enjuiciamiento”.¹⁴

Así, alude a que la realización de la tutela judicial y el acceso al proceso, no dependen únicamente ni siempre, de la impugnación de un acto administrativo sino, además, del planteamiento de otro tipo de pretensiones; lo que en su criterio se logró con el establecimiento del sistema contencioso administrativo dentro del cual se previeron distintas acciones que pueden tener o no como presupuesto actos administrativos.

En nuestro país, tal como ha sido destacado en reciente doctrina, “la jurisprudencia sigue partiendo de la concepción clásica del acto administrativo como criterio fundamental determinante en el ejercicio del control de la Administración (...)”¹⁵, posición que encuentra justificación en el hecho de ser, tales actos, el medio típico a través del cual la Administración expresa su voluntad, así como en la efectividad inmediata que ostentan en virtud de la presunción de legitimidad o legalidad que los ampara; pero ello, ciertamente, no permite llegar a un nivel de desconocimiento de la existencia de otras actuaciones o actividades administrativas sujetas al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

¹⁴ Raúl Bocanegra Sierra: *La Teoría del Acto Administrativo*. Madrid, Iustel, 2005, p.34.

¹⁵ Miguel Ángel Torrealba Sánchez: “El acto administrativo como objeto de la pretensión procesal administrativa y su tratamiento jurisprudencial a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”. *El Contencioso-Administrativo a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*. Caracas, FUNEDA, 2009, p. 151.

En efecto, el acto administrativo tiene, por sí mismo, fuerza imperativa, obligatoria, y en virtud de ella la Administración puede, de oficio, procurar su ejecución sin necesidad de una sentencia previa que ampare la materialización de sus efectos. Esa "especial eficacia", como la denomina Rodríguez García, "insita del acto administrativo, es una de las razones por las cuales éste puede considerarse como institución eje del Derecho Administrativo (...)".¹⁹

Ahora bien, el acto administrativo ha dejado de ser, indiscutiblemente, el elemento alrededor del cual (únicamente) gira la revisión o fiscalización jurisdiccional del ejercicio del Poder Público por parte de la Administración, pues lo que constituye hoy día el objeto del examen y control judicial es la actuación administrativa (vías de hecho, actuaciones materiales o técnicas), naturalmente, en función de los efectos que ella produce (su destino e intensidad). De modo que el acto administrativo no agota el objeto del acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa (ni siquiera si se le percibe desde una amplia perspectiva), toda vez que las pretensiones de los particulares contra la Administración deducibles en un juicio, pueden esgrimirse respecto de una variedad de formas de actuaciones administrativas y a través de un conjunto de acciones de diversa naturaleza y finalidad, y nada en nuestro Ordenamiento exige que la tutela judicial frente a la Administración sólo pueda peticionarse a través de la impugnación de un acto, formalmente hablando.

Como apunta Bocanegra, conforme lo señalado *supra*, el control jurisdiccional arropa toda actuación administrativa frente a la cual se pretenda tutela judicial respecto de la Administración a través de la formulación de pretensiones.

No obstante las apreciaciones que anteceden, debemos destacar que

¹⁹Nelson Rodríguez García: "La posición especial de la Administración en el proceso contencioso-administrativo venezolano". Libro *Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*. Tomo I. Caracas. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1981, p. 192.

en el marco del presente trabajo si resulta necesario atender con cierta especialidad a la figura del acto administrativo, dada cuenta que, referida como está la presente investigación a la interpretación doctrinaria y, sobre todo, jurisprudencial, del carácter invalidante -o no- de los vicios o irregularidades que puede ostentar ese tipo de acto, el mecanismo de impugnación que al efecto interesa revisar es el recurso contencioso-administrativo de nulidad cuyos antecedentes fueron referidos en el primer punto del presente capítulo, el cual requiere para su interposición en nuestro Ordenamiento Jurídico de la existencia de un "acto administrativo".

En efecto, el recurso contencioso administrativo de nulidad al que venimos aludiendo (artículos 113, 121 y siguientes de la hoy derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; Sección Segunda y Tercera del Capítulo I, Título IV y artículos 76 y siguientes de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa) se ejerce contra actos unilaterales de la Administración, sean expresos (declaración de voluntad exteriorizada por escrito) o tácitos, siempre que en este segundo caso se trate de la confirmatoria, por vía del silencio ante un recurso administrativo, de un acto expreso anterior.

En cuanto a esto último (la interposición del recurso de nulidad contra "denegatorias tácitas"), interesa hacer alusión a la sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa de la otrora Corte Suprema de Justicia, del 5 de mayo de 1988 (caso: Representación y Distribución de Maquinarias REDIMAQ)¹⁷, en la que se expuso:

'(...) tal como lo tiene ya establecido esta Sala respecto del silencio administrativo consagrado en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, 'el silencio no es en sí mismo un acto sino una abstención de pronunciamiento' (...).

Sin embargo, advierte la Sala que -limitada como se encuentra, en general la competencia del juez en lo contencioso administrativo a la anulación del acto administrativo contrario a derecho-, en el caso de silencio de la Administración interpretado por la ley como respuesta negativa de ésta, sólo puede el juzgador entrar a conocer de una acción fundamentada en ese silencio, cuando el mismo se ha dado precisa y solamente respecto de la no resolución del correspondiente recurso administrativo. Más, cuando un tal silencio ocurre, como en el

¹⁷ En: Allan Brewer-Carias y Luis Ortiz-Álvarez: *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1981-1996)*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007, pp. 758-759.

caso de autos, en relación con la solicitud formulada a una autoridad administrativa para que emita un acto, no tiene la Sala, obviamente, acto alguno que anular, ni puede tomar una decisión creadora del mismo (...), sin violar el principio de la separación de los poderes. Así se declara.

2. Por otra parte, la posibilidad de actuar contra la conducta omisiva de la Administración encuentra otros cauces, (...) diferenciando así la Corte el recurso por abstención de un contencioso de anulación (...).⁷⁸

En este orden de ideas, cabe citar igualmente, respecto a la necesidad de la existencia de un acto para la interposición del recurso o demanda de nulidad, la posición de Fernández Torres, quien ha señalado:

"La jurisdicción contencioso-administrativa conoce de las pretensiones que se deducan 'en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley' (art. 1.1. LJCA). Luego, la admisibilidad de una pretensión procesal administrativa ante los órganos judiciales de esta jurisdicción queda condicionada por la concurrencia efectiva de un acuerdo previo de la Administración dictado en vulneración de una norma del ordenamiento jurídico, que sirva de soporte para la actuación de aquéllos. El proceso contencioso-administrativo (...) se articula técnicamente como un proceso revisor: requiere, en consecuencia, la existencia de un pronunciamiento previo de la Administración sobre las pretensiones del recurrente (...) so pena de ser tachado de inadmisión el recurso (...) y no poder la jurisdicción ejercitar la función revisora que el ordenamiento le asigna."⁷⁹

Es de destacar que el acto administrativo impugnado debe, en principio, acompañarse al escrito contentivo del recurso de nulidad, pues el artículo 33 de la reciente Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa exige que se produzcan con el escrito de demanda los instrumentos de los cuales se derive el derecho reclamado. Tal requerimiento, y lo expuesto en el artículo 35 numeral 4 *eiusdem*, lleva a sostener entonces que resulta obligatorio, inicialmente, consignar el acto con el documento contentivo del recurso o demanda de nulidad, so pena que se niegue su tramitación.

Dicha interpretación ha sido dada (con anterioridad a la precitada legislación), por ejemplo, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia N° 2005-0855 de fecha 3 de agosto de 2005 (caso: Ángel Iván Colmenarez Vargas vs. Escuela de Formación de Guardias Nacionales "Cnel. (GN) Martín Bastidas Torres"), en el marco de la

⁷⁸ Juan Ramón Fernández Torres: *Jurisdicción Administrativa Revisora y Tutela Judicial Efectiva*, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1998, pp. 54-56.

legislación entonces vigente, en la que señaló: "Visto que en fecha 11 de septiembre de 2003, esta Corte solicitó el acto administrativo de expulsión del ciudadano Ángel Iván Colmenares al Director de la mencionada escuela, y toda vez que no se verificó del estudio del expediente que el mismo haya sido enviado, es preciso señalar, que no se verifica en el expediente bajo estudio la presencia del acto administrativo impugnado, por lo que vista la inexistencia de dicho acto, así como el mismo desconocimiento de su existencia por parte de la recurrente del mismo, no puede esta Corte presuponer de su existencia."¹⁹.

En similar sentido se expresó la Sala Político-Administrativa en sentencia N° 6.619 del 21 de febrero de 2005, en la que, luego de verificar que no constaba en el expediente la resolución recurrida (emanada del Gerente General de Administración y Servicios del Tribunal Supremo de Justicia, que acordó rescindir el contrato celebrado para la adquisición de *hardware, software y adiestramiento*), dejó sentado que por tratarse de "documentos de tal relevancia para la resolución del asunto (...) en ausencia de ellos, no podrá la Sala, en la oportunidad de la definitiva, pronunciarse sobre la procedencia de los vicios que según la representación de la accionante afectan de nulidad el acto impugnado, lo que apareja como consecuencia, la imposibilidad de determinar la denunciada lesión de los derechos de dicha parte. De allí que se imponga a esta Sala, actuar conforme a lo dispuesto en el artículo 19, aparte 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, declarando la inadmisibilidad del recurso por cuanto no se acompañaron al mismo los documentos indispensables para verificar si es admisible. Así se declara."²⁰

Sin embargo, creemos que para la posición dominante a nivel doctrinario y jurisprudencial resulta suficiente, si se trata de un acto general,

¹⁹ <http://ica.tsj.gov.ve/decisiones/2003/agosto/1477-3-AP-03-002659-2003-853.html>

²⁰ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/tpal/febrero/06619-211205-2005-3546.htm>

indicar los datos de su publicación en Gaceta y, en los casos de actos particulares, su identificación precisa, pudiendo consignarse *a posteriori*²¹ bien con la remisión del expediente administrativo, o en la etapa probatoria,²² salvo que el interesado acredite la imposibilidad de acompañar el acto en original o copia, supuesto en el cual habrá que atender a las particularidades del caso a fin de decidir la tramitación del recurso. (Vid. Sentencias de la Sala Político Administrativa Nos. 2.682 de fecha 28 de noviembre de 2006²³ y 620 del 25 de abril de 2007²⁴; casos: Jairo Antonio Roque Ibañez y Douglas José Molina vs. Comandancia General de la Guardia Nacional; y Ángel Ivan Colmenarez Vargas vs. Escuela de Formación de Guardias Nacionales "Cnel. (GN) Martín Bastidas Torres").

La Sala Constitucional ha precisado que resulta aceptable que el instrumento fundamental no se produzca con el escrito de demanda, siempre que se indique con precisión la oficina o lugar donde se encuentra el original del acto impugnado, teniendo el actor la carga de producirlo hasta los últimos informes; a lo que agrega que existen algunos casos donde el juzgador puede decidir sobre la admisibilidad de la acción sin necesidad de tener frente a él el acto impugnado.²⁵

2.2. Noción de acto administrativo.

En el marco de los objetivos del presente trabajo se impone la definición o caracterización del acto administrativo, a fin de precisar a qué tipo de actuación de la Administración se circunscribirán los análisis posteriores en torno a los vicios que aquél puede ostentar y las interpretaciones que en sede judicial se han hecho de ellos.

²¹ Véase sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1.393 del 7 de agosto de 2001; caso: Fermín Toso y Luis Brito.

²² Miguel Ángel Torresalba Sánchez: *Manual de Contencioso Administrativo. Parte General*. Caracas, Editorial Texto C.A., 2007, p. 300.

²³ www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/noviembre02662-281106-2006-1681.html

²⁴ www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/abril00620-25407-2007-2006-1087.html

²⁵ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto1393-070801-00-1440%20.htm>

Sin ánimo de agotar las innumerables definiciones de la noción de acto administrativo, y en el entendido de que dentro de esa amplia lista también existen divergencias en cuanto al contenido de la figura jurídica *in commento*, estimamos necesario -atendiendo además a las consideraciones *supra* indicadas en cuanto al objeto del recurso contencioso-administrativo- iniciar este capítulo con la mención de algunas descripciones doctrinarias del acto administrativo:

García de Enterría y Fernández han señalado que acto administrativo es, en un sentido amplio, todo acto jurídico dictado por la Administración y sometido al Derecho Administrativo, noción ésta que, justamente por su amplitud, comprendería a los reglamentos y a los contratos.²⁶

Más adelante, delimitan conceptualmente la noción, definiendo al acto administrativo como la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria.²⁷

Kormann, referido por Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, expresa -en una noción incluso más extensa que la primera ofrecida por los autores aludidos en el párrafo anterior- que las actuaciones de la Administración que pueden denominarse actos administrativos son los actos de la Administración con carácter de negocios jurídicos y los "actos de la Administración para la actuación del Derecho".²⁸

El mismo Garrido Falla, junto a Palomar Olmeda y Losada González, ha indicado: "Del caos indisciplinado de operaciones materiales de todas clases que indiferenciadamente realizaba el Estado-Policía se va a desprender ahora (con la consagración del Principio de Legalidad posterior a

²⁶ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid. Civitas Ediciones, S.L., 2000, p. 539.

²⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. *op. cit.*, p. 540.

²⁸ Fernando Garrido Falla, Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González: *Tratado de Derecho Administrativo*. V. I. Parte General. Madrid. Editorial Tecnos, 2005, p. 553.

la Revolución Francesa) la noción de acto administrativo para designar un acto jurídico de naturaleza específica que viene a determinar el sentido en que la regla de Derecho debe aplicarse al caso individual. La significación que en adelante va a adquirir el acto administrativo entraña una doble vertiente: de una parte, viene a ejecutar o concretar la ley; de otra parte, se convierte en condición previa de aquellas operaciones que rozan la esfera de la libertad o de la propiedad de los particulares”.²⁹

Para Royo-Villanova los actos administrativos son los actos de carácter jurídico y contenido concreto, mientras que para Sayagués Lazo son actos administrativos los actos jurídicos como declaraciones de voluntad unilaterales y productoras de efectos jurídicos subjetivos.³⁰

Se le ha entendido también como “un acto jurídico emitido unilateralmente por la administración con el objeto de modificar el ordenamiento jurídico mediante las obligaciones que impone o por los derechos que confiere”.³¹

El autor argentino Roberto Dromi, acogiendo las nociones referidas en distintas leyes de procedimiento administrativo, se adhiere a aquella que entiende al acto administrativo como “toda declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos individuales en forma directa”. Extrayendo los elementos de tal definición, precisa que: (i) se trata de un proceso de exteriorización intelectual, (ii) depende de la voluntad de un solo sujeto de derecho, que es el Estado o un ente público no estatal; (iii) crea derechos y obligaciones en el ámbito del Derecho Público, y (iv) sus efectos deben ser actuales, sea que se produzcan dentro o fuera del ámbito de la Administración Pública.³²

²⁹ Fernando Garrido Falla, Alberto Palomar Olmeda y Hermínio Losada González: *Tratado de Derecho Administrativo*. V. I. op. cit., p. 545.

³⁰ Fernando Garrido Falla, Alberto Palomar Olmeda y Hermínio Losada González: *Tratado de Derecho Administrativo*. V. I. ... op. cit., p. 554.

³¹ Véase: Olivo A. Rodríguez Huérfano: “Derecho Administrativo Dominicano y Principios Generales”. *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo*. Tomo I. Caracas. Ediciones Paredes, 2009, pp. 154-155.

³² Roberto Dromi: *El Acto Administrativo*. Buenos Aires. Ediciones Ciudad Argentina, 1977, pp. 14 y ss.

Otro concepto viene dado por aquel que lo define como una "resolución unilateral, con eficacia vinculante, de un caso concreto dictado por un sujeto cuando gestiona actividades y servicios administrativos públicos". Para estos autores (Alfredo Gallego Anabitarte y Ángel Méndez Rexach) el acto administrativo es el instrumento típico a través del cual la Administración, en ejercicio de sus competencias, "manda, prohíbe, autoriza, concede o deniega algo a los ciudadanos, crea relaciones jurídicas o adopta otras decisiones vinculantes."³³

El Consejo de Estado Colombiano ha ofrecido, entre otras, las siguientes definiciones³⁴:

"[...] acto administrativo es toda declaración de voluntad de una autoridad administrativa (sujeto) proferida en la forma determinada por la ley o el reglamento que estatuya sobre relaciones de derecho público (contenido) en consideración a determinados motivos, con el fin de producir un efecto jurídico para satisfacción de un interés administrativo que tenga por objeto crear, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva". (Sentencia dictada el 20 de agosto de 1960).

"El acto administrativo, a la luz de la ley colombiana, es una manifestación de voluntad, mejor se diría de la intención, ya que esta supone aquella, en virtud de la cual se dispone, se decide, se resuelve una situación o una cuestión jurídica para, como consecuencia, crear, modificar o extinguir una relación de derecho. Y esta decisión, proferida por autoridad competente, está sujeta al control jurisdiccional de lo contencioso administrativo. (...)". (Sala de lo Contencioso Administrativo, 22 de enero de 1968).

En sentencia dictada el 11 de agosto de 1965 por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa (caso: Stud Santa María), se expuso: "Doctrinalmente el concepto de acto administrativo ha quedado delineado como aquella manifestación de voluntad realizada por una autoridad pública actuando en ejercicio de la función administrativa, con el objeto de producir efectos jurídicos determinados que pueden ser, o la creación de una situación jurídica individual o general, o la aplicación a un sujeto de derecho de una situación jurídica general."

Araujo Juárez ofrece una definición de la figura disgregando sus caracteres esenciales, y en tal sentido indica que se trata de: (i) una

³³ Alfredo Gallego Anabitarte y Ángel Méndez Rexach: *Acto y Procedimiento Administrativo*. Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 22.

³⁴ Luis Felipe Botero Aristizabal: *Acción Popular y nulidad de actos administrativos*. Colombia, LEGIS, 2005, p. 11.

declaración jurídica intelectual expresa o inferible de manera concluyente, (ii) que expresa una voluntad administrativa unilateral "comenzando con la intención del órgano del cual emana, continuando con el procedimiento establecido para la determinación o elaboración de esa voluntad, y finalmente, su declaración o exteriorización"; y (iii) sometida al régimen jurídico administrativo³⁵. Con ello, el autor *in commento* excluye de la noción a los reglamentos, al contrato administrativo, a los actos de gobierno y a los actos o hechos materiales (hechos administrativos). Nos inclinamos favorablemente hacia esta definición, con el agregado de que tal declaración intelectual y jurídica debe ser producto del ejercicio de la actividad o gestión administrativa, como se indicó en la precitada sentencia de 1965, y que tal función administrativa materializada formalmente en el acto puede provenir de un órgano de la Administración Pública en sentido formal, o de personas que no integren tal Administración (vgr. personas de derecho privado u órganos de rango constitucional), en cuyos casos el acto se considera igualmente administrativo -no sólo desde el punto de vista procesal- como ha señalado Santamaría Pastor, sino en virtud de la naturaleza *per se* de la voluntad contenida en el acto.

Cabe destacar que la noción de acto administrativo, no obstante la presunción de legitimidad que lo ampara y que podría llevar a pensar que ha sido construido en beneficio de la Administración, realmente existe -y así se le debe entender- como institución a favor de la situación jurídica del particular, porque en definitiva la existencia de un documento que contenga los términos y soportes de la voluntad administrativa en un momento y para un supuesto determinado, ofrece seguridad jurídica a las relaciones de los individuos con los órganos y entes que en el ámbito del Poder Público ejercen la función administrativa.

De modo que el concepto de acto administrativo que manejaremos

³⁵ José Araujo Juárez: *Derecho Administrativo. Parte General*. Caracas, Ediciones Paredes, 2007, pp.467-468.

será de estricto contenido, dado que reconocemos la existencia en nuestro Ordenamiento Jurídico de otras actuaciones de naturaleza administrativa también sometidas al control de la jurisdicción contencioso-administrativa a través de otros mecanismos de impugnación o tutela, distintos -en naturaleza y objeto- del recurso de nulidad por razones de ilegalidad. Nos referimos entonces, al acto administrativo en su acepción material o sustancial, esto es, aquel que es producto del ejercicio de la función administrativa, regido por el Derecho Administrativo y sometido al control de la jurisdicción contencioso-administrativa de acuerdo con la ley y la jurisprudencia, según el caso, independientemente del órgano o la persona de la que emane.

2.3. Presunción de legalidad.

Hechas las anteriores consideraciones, estimamos pertinente referir, por cuanto a ello aludiremos al examinar la interpretación judicial de los vicios del acto administrativo, a la presunción de legalidad que éstos ostentan; y a tal respecto observamos:

En el Estudio Preliminar que elaborara Alejandro Nieto a la obra de Margarita Beladiez Rojo (*Validez y eficacia de los actos administrativos*), dicho autor expuso: "no alcanzo a comprender las diferencias que, desde la perspectiva de su régimen jurídico que es lo que interesa, median entre ser válido y presumirse válido".³⁶

Con dicho planteamiento, parece indicar Nieto que la aludida presunción no es tal sino que el acto administrativo es, *per se*, válido, aunque agrega: "mientras un órgano competente para ello no declare lo contrario".³⁷ Esta posición, pensamos, no difiere de la noción misma de "presunción de legitimidad o legalidad" que se atribuye al acto administrativo, ya que, decir que algo es de una cierta manera o característica mientras no ocurra una determinada circunstancia, es tanto como afirmar que una regla admite, al

³⁶ Margarita Beladiez Rojo: *Validez y eficacia de los actos administrativos*. (Estudio Preliminar de Alejandro Nieto). Madrid: Marcial Pons, 1994, p. 17.

³⁷ Margarita Beladiez Rojo: *Validez y eficacia de los actos administrativos*... op. cit. p. 12.

menos, una excepción, esto es, que es desvirtuable. De allí que, afirmar que los actos administrativos son válidos por el solo hecho de provenir del ejercicio de la función administrativa o de un órgano administrativo (según la noción, material u orgánica, que se maneje de tal acto), o que se “presumen” válidos, implica lo mismo, máxime si el propio Ordenamiento prevé una serie de medios para acreditar lo opuesto, esto es, su invalidez.

Aludiendo ahora al significado mismo de la presunción en referencia, interesa citar a Penagos, quien se refiere a la presunción de validez del acto administrativo como una característica fundamental del mismo, conforme a la cual el acto se presume dictado de acuerdo con la Constitución y las leyes, debiendo aquella persona que no esté de acuerdo con el proveimiento solicitar la declaratoria de su nulidad (alegarla y probar su procedencia); es además, señala, el fundamento de la ejecutoriedad del acto administrativo o facultad que tiene la Administración de cumplir o hacer cumplir su decisión.³⁸

Santamaría Pastor sostiene que la presunción de validez de los actos administrativos es producto de la incidencia de la posición privilegiada de la Administración en sus relaciones con los particulares, y supone como consecuencias: (i) que a diferencia de lo que ocurre en la teoría civil de la invalidez, la anulabilidad pasa a ser la regla y la nulidad absoluta sólo excepcional; (ii) que “determinadas infracciones legales en que el acto incurre (...) no se sancionan con su invalidez, dando lugar a la atípica figura de las irregularidades no invalidantes”; y (iii) la existencia de un amplio conjunto de técnicas dirigidas a sanear o excluir parcialmente la invalidez.³⁹

Araujo Juárez ubica la presunción de legitimidad o legalidad del acto administrativo, coincidiendo en ello con el precitado autor, dentro de las potestades de Poder Público que ostenta la Administración Pública, y precisa que el carácter jurídico de tal principio deviene de la regla constitucional que

³⁸ Gustavo Penagos: *El acto administrativo según la jurisprudencia*. Tomo III. Colombia. Ediciones Librería del Profesional, 1995, p. 155.

³⁹ Juan Alfonso Santamaría Pastor: *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen II. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2005, p. 155.

consagra la presunción de validez que acompaña a todos los actos jurídicos unilaterales estatales. Significa, en sus palabras, "la suposición o presunción (relativa, provisional, transitoria) de que el acto fue emitido conforme a Derecho, que en principio es un acto regular", y acompaña siempre al acto administrativo y al reglamento, mas no a los simples actos de la Administración Pública, ni a los contratos ni a los hechos administrativos.⁴⁰

El mismo autor, procurando una mayor profundidad en el tema, alude a una sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en fecha 9 de agosto de 1984, con ponencia de la Magistrada Hildegard Rondón de Sansó, en la que dicho órgano jurisdiccional precisó que "(...) la legitimidad del acto alude al contenido mismo de la decisión, a la certeza de su existencia y a su obligatorio reconocimiento por parte de la comunidad a la cual va dirigida; pero no así a los elementos sobre los cuales el mismo se fundará que bien pueden ser destruidos por los medios probatorios que el derecho señala, y no exclusivamente mediante el alegato de su falsedad".⁴¹

Lares Martínez apunta que la presunción de validez de un acto administrativo sólo puede sostenerse cuando el acto reúne condiciones mínimas de legitimidad, y que el soporte de tal presunción desaparece cuando circunstancias externas del acto señalan ostensiblemente la ilegalidad del mismo.⁴²

Consideramos que la presunción de legalidad o legitimidad del acto administrativo tiene sentido si se le entiende como un instrumento para garantizar la continuidad -la no paralización- de la actividad administrativa que especial y verdaderamente se ejerce para satisfacer necesidades colectivas o generales, vgr. actos relacionados con la gestión de servicios públicos; esto es, que la impugnación de tales actos por los particulares no

⁴⁰ José Araujo Juárez: *Derecho Administrativo...* op. cit., pp. 500-501.

⁴¹ José Araujo Juárez: *Derecho Administrativo...* op. cit., p. 502.

⁴² Eloy Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo*. Caracas. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2001, p. 181.

se traduzca de forma automática en la suspensión de su ejecutoriedad, justamente para no frustrar la satisfacción de aquellos intereses. Pero no debería aplicarse, de manera generalizada, a cualquier supuesto, pues es en ese caso cuando se le empieza a concebir no como un instrumento para hacer efectiva la gestión pública sino como un simple privilegio de la Administración, que le vendría dado por su propia condición de superioridad que indiscutiblemente tiene frente a los particulares.

Cabe destacar que la presunción de legalidad de los actos administrativos produce importantes consecuencias en el tema de la carga probatoria en sede contencioso-administrativa, pues tal presunción se ha interpretado -a veces de forma si se quiere desequilibrada- como el medio de prueba esencial de la Administración (un medio de prueba que se constituye antes de la interposición del recurso), permitiéndose que descansa únicamente en cabeza del particular (salvo los casos de incompetencia determinables de mero derecho) la carga de alegar y acreditar la invalidez del acto, pudiendo la Administración, incluso, no actuar en fase alguna del juicio, sin consecuencia jurídica alguna concretamente establecida (salvo supuestos de no remisión del expediente administrativo).

A este respecto, interesa referir a Gordillo, quien, citando a Treves, indica que la presunción de legitimidad del acto administrativo importa "una *relevatio ad onere agendi*, pero nunca una *relevatio ad onere probando*"; de allí que, y aludiendo ahora a expresiones de Michelli, "la presunción de legitimidad no es suficiente para formar la convicción del juez en caso de falta de elementos instructorios" y no puede en modo alguno sentarse un principio de "en la duda a favor del Estado".⁴³

En este orden de ideas y para concluir las presentes consideraciones, resulta pertinente señalar que la Sala Político-Administrativa ha expresado que la no remisión del expediente administrativo constituye una grave

⁴³ Agustín Gordillo: *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2. Caracas. Funeda, 2001, pp. 1-81-9.

omisión que pudiera obrar en contra de la Administración y crear una presunción favorable a la pretensión de la parte accionante⁴⁴, por lo que la ausencia de dicho documento puede quebrantar la presunción de legalidad del acto.

2.4. Caso específico de los actos de trámite.

Dedicado como está el presente capítulo al objeto del recurso contencioso administrativo de nulidad, a saber, el acto administrativo, o más propiamente, la pretensión de nulidad del acto, estimamos pertinente efectuar algunas consideraciones particulares respecto de los llamados "actos de trámite".

Los actos de trámite constituyen proveimientos que, en principio, reúnen los caracteres *supra* anotados del acto administrativo como objeto del recurso de nulidad, pero su sujeción al control de los órganos que integran la jurisdicción contencioso-administrativa en distintos países es discutible, y en Venezuela, particularmente, ha venido siendo objeto de algunas modificaciones.

En Colombia, los actos que se pueden anular (a través de la acción de nulidad simple y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho), son los actos administrativos generales y particulares que tengan el carácter de definitivos, bien que resulten de una actuación administrativa o no; se excluyen, por ende, los actos no definitivos, como los de ejecución, los de trámite (salvo que impidan la continuación del procedimiento) y preparatorios.

Tal es el criterio que en el vecino país ha mantenido la Sala de lo Contencioso Administrativo, respecto al cual podemos aludir a los siguientes fallos referidos por Penagos⁴⁵:

"De acuerdo con el acervo probatorio, la calificación de servicios demandada, es la denominada 'anual', que se practica a los funcionarios inscritos en la carrera administrativa

⁴⁴ Vid. Sentencia SPA/TSJ N° 692 del 21 de mayo de 2002 (caso: Aerca Airlines, C.A.)

⁴⁵ Gustavo Penagos: *El acto administrativo según la jurisprudencia...* op. cit., pp. 224, 231.

(...)

Una de las consecuencias de la ponderación del funcionario en el documento, consiste en ordenar, que entra en periodo de observación, lo cual unido a los preceptos legales que exigen continuar calificando al empleado, nos va indicando que existen varias actuaciones en el proceso, lo cual permite afirmar que esta calificación anual constituye una parte del conjunto de actos, que reunidos conforman el todo necesario, para tomar la decisión administrativa.

Por lo tanto, se concluye que la calificación insatisfactoria de servicios cuya nulidad se pretende con la demanda, es un acto de trámite y no puede por lo tanto ser objeto de examen o decisión judicial, en virtud de que se desconoce, por no haberse producido aun, el acto administrativo que le pondrá fin a la actuación administrativa en forma definitiva". (Sentencia N° 0483 de 26 de abril de 1991. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Exp. 2633. Actor: Luis Fernando Cruz Saboga).

"[...] en virtud del régimen especial mencionado, justificado por la naturaleza propia y la complejidad de la función pública catastral, la ley ha querido ordenar el ejercicio de esta función a través de etapas que si bien terminan cada una de ellas con un acto administrativo formal, como es una resolución, no todos ellos son actos sometidos a los recursos y las acciones. Es el caso concretamente de las resoluciones en que terminan las etapas de 'formación' y 'actualización', las cuales abren las puertas para que el interesado pueda iniciar el procedimiento gubernativo de revisión del avalúo, que si dará lugar a un acto definitivo sujeto a los recursos y acciones.

De tal manera que, contrariamente a lo pretendido por el recurrente, el acto que ordenó la inscripción de los predios del Municipio de Tocancipá, entre ellos el de propiedad de la demandante y recurrente, no puso fin a un proceso catastral sino que era un simple acto con el cual finalizaba una etapa dentro de ese proceso, y como ya se anotó, no susceptible de los recursos y las acciones". (Sentencia N° 0065 de 7 de febrero de 1991. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Exp. 1120. Actora: María Teresa García de García).

Actualmente, en la Ley 1437 de 2011 por la cual se expide, en Colombia, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se dispuso (artículo 75) que "No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa".

En España, el artículo 25 de la Ley 29/1998, del 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establece que el recurso contencioso administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración, "ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos".

En la Ley N° 19549, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos de Argentina (B.O. 27.04.72), se estipuló que los actos administrativos de alcance particular podrán ser impugnados en vía judicial -entre otros casos que no interesan al aspecto en referencia- cuando: (i) revistan calidad de definitivos, y (ii) pese a no decidir sobre el fondo de la cuestión, impidan totalmente la tramitación del reclamo interpuesto (artículo 23).

En similar sentido, se previó en el artículo 2 de la Ley Federal de Procedimientos Contencioso Administrativos de México (DOF. 01/12/05. Última reforma: DOF. 28/01/11), que el juicio contencioso administrativo federal procede contra las resoluciones administrativas definitivas que establece la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (reformada en diciembre de 2010), vgr.: las que impongan multas por infracción a normas administrativas federales, las dictadas por las autoridades administrativas que pongan fin a un procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, las que se configuren por negativa ficta en las materias señaladas en dicho precepto, etc.

La Sala Político-Administrativa de la otrora Corte Suprema de Justicia de Venezuela, sostuvo en sentencia del 11 de mayo de 1981 (caso: Pan American World Airways, Inc.), con ponencia de la Magistrada Josefina Calcaño de Temeltas, que "de acuerdo con la letra constitucional no puede discutirse que ningún acto administrativo está exento del control jurisdiccional"⁴⁶; criterio que fue ratificado, entre muchos otros fallos, en fecha 11 de agosto de 1993, cuando la referida Sala, con ponencia del Magistrado Fariás Mata, señaló que la jurisdicción contencioso-administrativa ha sido establecida para revisar si la Administración ha permanecido fiel a su eje, el principio de legalidad, por lo que, en consecuencia, abarca sin excepción a todos los actos administrativos.

⁴⁶ Oscar R. Pierre Tapia: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. N° 5. Caracas. Editorial Jurídica Pierre Tapia, S.R.L., 1981, p. 21.

Más recientemente, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia expuso:

"Esta Sala mediante sentencia N° 00962 del 20 de abril de 2006, en cuanto al procedimiento aplicable a los recursos por abstención o carencia, dispuso:

"... Omisión...)

En el caso que nos ocupa, fue interpuesto un recurso contencioso administrativo de abstención o carencia, contra un órgano de la Administración Pública, como lo es el Ministerio de Educación y Deportes; por tanto resulta necesario atender al artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual consagra el principio de universalidad de control por parte de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, respecto de las actuaciones u omisiones de las autoridades administrativas, "anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa".

De lo anterior, se evidencia que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa detentan la competencia para ejercer el control sobre toda la universalidad de actuación de la Administración; esto es, no sólo en lo concerniente a los actos expresos viciados de inconstitucionalidad o ilegalidad, sino que abarca además cualquier situación contraria a derecho, en la que se denuncie que la autoridad administrativa sea la causante de la lesión, infringiendo o perturbando la esfera de los derechos subjetivos de los justiciables con motivo de inactividades u omisiones ilegítimas (Vd. Sentencia N° 1849 de fecha 14 de abril de 2004, de la Sala Político-Administrativa, caso: Nancy Díaz de Martínez y otros). (...)" (Sentencia N° 2114 del 27 de septiembre de 2006, caso: Freddy Avilés Díaz y otros).

Asimismo, por decisión N° 1306 del 24 de septiembre de 2009 (caso: Homero Edmundo Andrade), la misma Sala ratificó que:

"...la restricción imperante respecto a la utilización de la acción de amparo como medio de protección inmediata frente a violaciones de derechos constitucionales, hace necesaria la ampliación de los criterios que tradicionalmente ha utilizado esta Sala para establecer la procedencia de las acciones por abstención o carencia, debiendo, por ende, con miras a salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en uso de las facultades que le son otorgadas en virtud del artículo 259 eiusdem, admitir la tramitación por medio del denominado recurso por abstención o carencia, no sólo de aquellas acciones cuyo objeto sea únicamente el cuestionamiento de la omisión de la Administración respecto a una obligación prevista de manera específica en una norma legal, sino abarcar las que pretendan un pronunciamiento sobre la inactividad de la Administración con relación a actuaciones que jurídicamente le son exigibles, sin que haga falta una previsión concreta de la ley, ello con expresión de la universalidad de control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sobre la actividad administrativa y de su potestad para restablecer las situaciones jurídicas que resulten alteradas como consecuencia de tales omisiones".

Conforme a dicho criterio, queda sentado que en el sistema venezolano resulta inadmisibles justificar cualquier esquema que aluda a actos sustraídos del control judicial contencioso-administrativo; siendo cualquier exclusión de tal sistema de control, contrario a los principios

constitucionales que desde fecha remota rigen en nuestro país, desde el establecimiento del principio de legalidad como límite primario del ejercicio del Poder Público, y el reconocimiento de los derechos ciudadanos.

Sin embargo, en torno a los denominados actos de trámite se han suscitado varias posturas, partiendo de aquella que los excluye del control en referencia, por no tratarse de actos que resuelven el mérito de un asunto con carácter definitivo, hasta las que supeditan o condicionan dicho control a la potencial impugnación del "verdadero" acto definitivo.

Para ilustrar el aspecto que ahora tratamos, interesa referir a la sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa el 1° de abril de 2009, bajo el N° 426⁴⁷, en la cual se expuso:

"Por auto del 14 de septiembre de 2004, el Director de Determinación de Responsabilidades (D), fijó para el día 24 de ese mes y año, a partir de las 9:00 a.m., la presentación de los testigos por la promovente. Posteriormente, la representación de la actora requirió a la Dirección "que sea ella la que cite a los testigos que le hemos indicado, de suerte que con tal autoridad se les pueda compeler a comparecer", agregando que "es muy probable que no se muestren inclinados a comparecer si somos nosotros, simples particulares, quienes los instamos", y solicitando finalmente, se postergaran las oportunidades para que tuviera lugar la evacuación de los testigos y la audiencia pública.

A propósito de ello, la mencionada Dirección respondió por decisión del 23 de septiembre de 2004, refiriendo que el acto cuestionado "no es apelable ni mucho menos recurrible administrativamente", por tratarse de un acto de trámite, no obstante, el 24 de septiembre del mismo año, fijó como nueva oportunidad para la evacuación de los testigos el 29 de septiembre de 2004. En esta última fecha, se dejó constancia de la no presentación o comparecencia de los testigos promovidos "en las dos oportunidades en que les fuera fijada por esta(s) instancia".

Al respecto, comparte esta Sala -considerando que los principios del proceso ordinario no rigen con la misma rigurosidad en el procedimiento administrativo- el criterio de la Administración alusivo a la irrecurribilidad del acto a través del cual aquella se pronuncia sobre la admisibilidad de las pruebas promovidas en sede administrativa, por no constituir éste un "acto decisorio"; ello sin perjuicio que de la revisión del acto definitivo se constate que la referida actuación ha provocado una disminución efectiva de las garantías del administrado y, por ende, un aspecto invalidante de la providencia.

En tal sentido, es de observar que a tenor de lo previsto en el artículo 483 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en vía administrativa de conformidad con lo establecido en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, "cada parte tendrá la carga de presentar al Tribunal los testigos que no necesiten citación en la oportunidad señalada", y de ser requerida debe la parte solicitarla expresamente.

En el caso de autos la representación de la ciudadana Antonieta Mendoza de López solicitó a la Administración que citara a los testigos, aduciendo a tal fin que resultaba improbable que acudieran al procedimiento si fueran instados por "simples particulares", argumento éste que no demostraba la mencionada necesidad por lo que permanecía en cabeza de la

⁴⁷ www.tj.gub.ve/decisiones/hcpa/426-1409-2009-2005-5251.html

interesada la carga de presentar los aludidos testigos.

Resulta necesario dejar sentado adicionalmente, que las testimoniales de las ciudadanas (...) fueron promovidas con el objeto de que declarasen sobre la labor cumplida por la Asociación Civil (...) y su conocimiento del Proyecto 'Expansión y Consolidación de la Justicia de Paz en los Estados Monagas, Anzoátegui, Sucre y Delta Amacuro', mientras que la de los ciudadanos (...) se promovieron para que éstos fueran interrogados 'sobre el seguimiento y control efectuado a dicho Proyecto.

Ello así, se impone reiterar que los (recurrentes) fueron sancionados por incurrir, con el carácter de funcionarios de la empresa del Estado Petróleos de Venezuela, S.A., en un 'concierto para la obtención de un resultado', y el segundo, adicionalmente, por contratar con la Administración a través de interpuesta persona; supuestos cuya constatación, como se dejó sentado en líneas anteriores, debía efectuarse con independencia de la obtención o no de beneficios económicos por parte de los empleados investigados, y del destino dado a los recursos. Por tal razón, las mencionadas testimoniales resultaban imperinentes para el establecimiento de los aludidos ilícitos administrativos.

(...)

Lo expuesto lleva a concluir que no se verifica en el presente caso un vicio invalidante del acto objeto de impugnación, toda vez que no se produjo una violación del derecho a la defensa de la recurrente en los términos por ésta aludidos. Por tal motivo, se desestima la denuncia bajo análisis. Así se declara." (Negritas del presente trabajo).

En decisiones posteriores, la citada Sala efectuó algunas precisiones respecto a la impugnabilidad de los actos de trámite, tal como se desprende de los siguientes fallos:

"F.- Del 'error inexcusable de derecho' cometido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Sobre este particular, sostuvo el ciudadano Freddy Mora Bastidas que el a quo cometió un "...error inexcusable de derecho, pues del contenido de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no se desprende que exista un acto administrativo definitivo previo, pues solamente existen los actos administrativos de trámite y los actos administrativos definitivos"

Según entiende la Sala de la 'denuncia' formulada por la parte apelante, ésta se encuentra inconforme con la calificación de 'acto administrativo definitivo previo', otorgada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo al acto emanado del jurado calificador del concurso, pues, a su juicio, sólo existen los actos administrativos de trámite y los actos administrativos definitivos.

En este orden de ideas, se constata que el artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos dispone lo siguiente:

(...)

De conformidad con lo previsto en el artículo anteriormente transcrito, tradicionalmente la doctrina ha dividido a los actos de procedimiento en actos de trámite (de carácter previo, instrumentales de la decisión que habrá de tomar la Administración), y los actos definitivos, que son aquellos que, después de seguido el iter procedimental previsto en la ley, resuelven el fondo del asunto que se le plantea al órgano administrativo.

Dicha distinción tiene como base la recurribilidad de los actos, pero más bien ésta es la consecuencia de esa diferenciación y no su causa, ya que la regla general será que los actos definitivos –que 'pongan fin al procedimiento', según las palabras utilizadas por el Legislador en el artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos- serán impugnables, mientras que los de trámite no ostentarán tal condición, salvo que: i) pongan fin a un procedimiento; ii) imposibiliten su continuación; iii) causen indefensión o; iv) prejuzguen como definitivos, siempre y cuando dichos actos lesionen los derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos de los particulares afectados por el procedimiento.

De conformidad con lo expuesto, no puede afirmarse que los actos de trámite distintos a los cuatro supuestos previstos en el artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos sean 'impugnables', ya que esa imposibilidad de cuestionamiento por parte del administrado contra este tipo de actos, se refiere a que no podrán ser controvertidos de manera inmediata, autónoma o separada, ya que siempre existirá la posibilidad de alegar y discutir los vicios de forma de los que éstos puedan adolecer cuando se recurre el acto definitivo, como contracara además de la potestad rectificatoria – que se inserta dentro de la potestad de autotutela genérica- de la Administración.

Todo lo anterior es manifestación directa del principio de concentración procedimental, que implica que el particular interesado deberá esperar la resolución final del procedimiento para poder cuestionar todas sus eventuales inconformidades con el modo o manera en la que el procedimiento se ha tramitado.

En definitiva, se precisa, que todos los actos de trámite que causen gravamen estarán sometidos al control de legalidad, sólo que a diferencia de los supuestos previstos en el artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el resto de éstos estará sometido a un control diferido. (Sentencia N° 1.097 del 22 de julio de 2009).⁴⁸

No obstante que, visto en abstracto, el proveimiento administrativo por el cual no se admitió la descrita prueba en el procedimiento disciplinario seguido contra el recurrente, pudiera haberle causado a éste 'indefensión', configurándose -en principio- como un acto de trámite impugnabile autónomamente; resulta imperativo precisar que, no habiendo puesto fin al procedimiento, imposibilitado su continuación, o prejulgado como definitivo, tal posibilidad de recurribilidad se circunscribe a los recursos que en vía administrativa establece el ordenamiento jurídico, mas no el ordinario consagrado para la sede contencioso-administrativa, a saber, el de 'nulidad', habida cuenta que este último:

a. No permite salvaguardar idóneamente los derechos que se denuncian como conculcados, al no tener como cualidad o propiedad, a los efectos de una tutela judicial efectiva, la necesaria 'inmediatez', frente a un procedimiento, el administrativo, cuyo iter es mucho más célere; y

b. Pudiese obrar como un injustificado retardo que haga nugatorio el necesario dinamismo y efectividad de la actividad administrativa, en potencial perjuicio de los intereses generales que está llamada a garantizar, toda vez que aceptar la posibilidad de impugnación en sede contencioso administrativa de ese específico tipo de acto administrativo (de trámite), devendría en la ocurrencia de una cuestión prejudicial que paralizaría el procedimiento administrativo, hasta tanto sea decidida por el juez.

Ello, sin perjuicio de la extraordinaria acción de amparo constitucional autónomo que, por su carácter expedito, eventualmente pudiese tutelar los derechos denunciados como conculcados, en situaciones como la evaluada.

Así, vista la incurribilidad autónoma del descrito acto, esto es, al no ser idóneo en el caso concreto el mecanismo recursivo elegido por la parte actora, a saber, recurso contencioso administrativo de nulidad, para atacar el acto administrativo de trámite de fecha 8 de julio de 2009 por el cual se confirmó el proveimiento del 3 de julio de ese año, en el que no se admitieron en sede administrativa las testimoniales promovidas por el hoy recurrente; debe esta Sala declarar la inadmisibilidad de la acción interpuesta. Así se decide.

La anterior declaratoria, sin embargo, no quiere significar la imposibilidad absoluta de cuestionamiento de dicho proveimiento administrativo ante esta jurisdicción contencioso administrativa, por intermediación de los recursos ordinarios; antes bien, lo que sucede es que el control de su legalidad deviene en diferido ya que siempre existirá la posibilidad de alegar y discutir los vicios de los que pueda adolecer cuando se recorra de nulidad -de ser el caso- el acto administrativo definitivo que decida el procedimiento. (Vid. Sentencia N° 1.097 del 22 de julio de 2009). Así se establece. (Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 1.289 del 23 de septiembre de 2009).⁴⁹

⁴⁸ www.tj.gov.ve/decisiones/tpa/julio/01097-22709-2009-2007-0607.html

⁴⁹ www.tj.gov.ve/decisiones/tpa/Septiembre/01289-23909-2009-2009-0602.html

De la interpretación concordada de los citados fallos se tiene que, cuando se trate de actos de trámite o preparatorios, tendrá que acreditar el particular interesado en su impugnación autónoma, que el acto: i) pone fin a un procedimiento; ii) imposibilita su continuación; o iii) prejuzga como definitivo; debiendo probarse asimismo que el acto de que se trate causa indefensión o lesiona algún otro derecho subjetivo o intereses legítimos del particular. Al parecer, se trata de la concurrencia de al menos dos extremos, que el acto tenga alguna de las características enunciadas del (i) al (iii) y que adicionalmente lesione el derecho a la defensa del actor u otro derecho o interés legítimamente protegido; pues de ocurrir sólo esto último (violación o amenaza de violación de un derecho), lo procedente, según el fallo último citado, sería el ejercicio de una acción de amparo.

El Juez, por su parte, deberá declarar si fueron o no acreditados los mencionados extremos (motivando suficientemente cualquiera de las dos situaciones), deteniéndose en los efectos del acto cuestionado dentro del procedimiento administrativo y respecto de la esfera jurídico-subjetiva del particular que promovió su revisión; en el primer supuesto (esto es, de estimar que se cumplieron los extremos para la impugnación autónoma), valorará si se declara la invalidez del acto, en cuyo caso le corresponderá determinar las resultas o efectos de su pronunciamiento en el iter procedimental administrativo en el cual se adoptó el acto de trámite impugnado.

CAPÍTULO II.

Elementos que determinan la validez de los actos administrativos. 1) Sobre la noción de invalidez y sus consecuencias. 2) Competencia: 2.1. Noción; 2.2. Irregularidades en el elemento subjetivo (consideraciones sobre el funcionario de hecho y las competencias implícitas). 3) Causa o motivo: 3.1. Noción; 3.2. Irregularidades en el elemento causal. 4) Motivación. 5) Procedimiento: 5.1. Noción; 5.2. Debido proceso; 5.3. Irregularidades en el aspecto procedimental.

Precisada la noción de acto administrativo, a los efectos del presente trabajo y para entrar al examen de los vicios que pueden exhibir tales actos así como de las interpretaciones que de los mismos se han venido desarrollando en la jurisprudencia nacional, estimamos necesario aludir a los elementos que determinan la validez del acto que puede ser objeto de un recurso contencioso-administrativo de nulidad, para lo cual se han escogido aquellos que, en nuestro criterio, han constituido los aspectos que, con mayor frecuencia, se invocan como vulnerados por la Administración. Antes, aludiremos a algunas consideraciones sobre la noción de ilegalidad, invalidez y los grados que aquélla puede ostentar respecto de la eficacia del acto administrativo.

1) Sobre la noción de invalidez y sus consecuencias.

Como hemos de referirnos a la interpretación de los vicios -de origen legal o jurisprudencial- que afectan o pudieran afectar de ilegalidad a un acto administrativo, y la valoración que de ellos se ha venido realizando desde el punto de vista de su poder invalidante, se impone realizar algunas consideraciones en torno a la noción de invalidez en el terreno de la teoría de las nulidades.

En sentido amplio, la invalidez supone la existencia de una irregularidad o deficiencia que produce o puede producir la extinción total o

parcial de los efectos de un acto administrativo (convergiendo entonces, en estos casos, las nociones de validez y eficacia), siendo la declaratoria de tal invalidez una sanción objetiva.

Parada se refiere a ella como una situación patológica del acto administrativo, caracterizada porque faltan o están viciados algunos de sus elementos.⁵⁰

Para Santamaría Pastor, citado por Beladiez Rojo, la invalidez es una calificación puramente teórica, derivada de la constatación de un desajuste entre la estructura real del acto y la estructura del tipo normativo, que origina que el acto carezca de exigibilidad jurídica; y como sanción que es, "necesita ser actualizada para dar lugar a la ineficacia". Cabe destacar que la autora discute si la calificación de sanción debe atribuirse a la invalidez o a la ineficacia y, aportando su propio concepto de invalidez, indica que ésta "es la calificación que debe otorgarse no ya cuando exista un desajuste estructural entre el acto y la norma, sino cuando el Derecho considera que ese desajuste estructural no debe ser protegido", y es por ello que -pensamos- apunta la autora que no obstante la calificación abstracta de la invalidez, la misma tiene sentido en tanto y en cuanto puedan exigirse las consecuencias concretas que de ella se derivan.⁵¹

En el Estudio Preliminar que elaboró a la tesis planteada por Beladiez Rojo en su libro "Validez y eficacia de los actos administrativo", Nieto definió la invalidez -separándola, al tiempo, de la ilegalidad- como el resultado de una valoración o calificación jurídica sobre el alcance del hecho mismo de la ilegalidad.

La teoría de la invalidez o nulidad de los actos administrativos surge de la trasposición al ámbito jurídico-público, de nociones aplicables en el Derecho Privado a la nulidad de los negocios jurídicos, con algunas claras

⁵⁰ Ramón Parada: *Derecho Administrativo. Parte General*. Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 168.

⁵¹ Margarita Beladiez Rojo: *Validez y eficacia de los actos administrativos...* op. cit., pp. 52-54.

diferencias, como el interés general involucrado (al que no se trasciende en el campo privado), la utilidad que se le ha dado al acto administrativo respecto de la necesidad de generar seguridad jurídica entre los particulares en el marco de sus relaciones con la Administración, y la confianza en el aparato ejecutivo del Estado.

Dicha invalidez, como se ha dicho, es o puede ser el producto de la constatación de una ilegalidad, sea ésta formal o material.

Michel Fromont, traduciendo a Harmut Maurer en su obra *Droit Administratif Allemand (Allgemeines Verwaltungsrecht)*⁵², expresa que *“L’illégalité est, pour ainsi dire, l’image négative de la légalité, telle que la refléterait un miroir”* (la ilegalidad es, por así decirlo, el lado o imagen negativa de la legalidad). Y, al tratar la *théorie de l’acte administratif illégal*, indica que la misma no sólo se refiere a la cuestión de determinar cuándo un acto administrativo es legal o ilegal, sino también *savoir quelles conséquences juridiques résultent de l’illégalité d’un acte administratif* (saber qué consecuencias jurídicas resultan de la ilegalidad del acto).

Es por ello que distingue entre la *légalité formelle* (legalidad formal) y la *légalité matérielle* (legalidad material) del acto administrativo. La primera guarda relación con la elaboración del acto administrativo e implica, en su criterio, *la triple exigence que celui-ci soit émis: a) a par l’autorité compétente; b) dans le respect des dispositions de procédure prévues à cet égard et c) sous la forme requise* (la triple exigencia que éste sea emitido: a) por la autoridad competente; b) en respeto a las disposiciones de procedimiento previstas y c) bajo la forma requerida). La segunda, tiene relación con el contenido del acto administrativo e implica *l’exigence que la réglementation s’exprimant dans cet acte soit conforme au droit* (la exigencia de que la reglamentación que se exprese en ese acto sea conforme a derecho).

⁵² Harmut Maurer: *Allgemeines Verwaltungsrecht (Droit Administratif Allemand)*. Traducido por Michel Fromont, Paris, L.G.D.J., 1994, pp. 237, 245, 247.

Beladiez Rojo pretende ilustrar la diferencia entre la forma y el fondo indicando que la primera sería el 'cómo' y, algunas veces, el 'cuándo', mientras que la segunda sería 'el qué'; en otros términos, señala que la forma es la técnica o el modo en el que hay que proceder para emitir una declaración de voluntad, y que su valor dependerá de la función que desempeñe. De manera que no alude a la invalidez sólo cuando se trate de un vicio de fondo, sino que admite que algunos vicios de forma pudieran tener carácter invalidante mientras que otros no.⁵³

Así, la autora que comentamos estima que en los casos de actos reglados las exigencias de forma carecen de fuerza invalidante, siempre que el acto sea conforme a derecho desde el punto de vista material y las exigencias formales no pretendan sino garantizar la legalidad material del acto; mientras que en los casos de actos de contenido discrecional en los que la formalidad omitida tenga por finalidad la adopción de una decisión administrativa acorde y oportuna a los intereses públicos, dicha omisión determina la invalidez del acto.

En la doctrina venezolana, Meier, cuando se refiere a los vicios del acto administrativo, los distingue atendiendo al momento en que puede verificarse la irregularidad, y así, diferencia la formación de la voluntad administrativa del acto como tal. En este sentido, califica como de fondo a los que se producen en la causa o el fin, y como de forma a los que se verifican en la realización de los actos de trámite; pero refiere a vicios como la ausencia absoluta de procedimiento y omisión de trámites esenciales como vicios en la formación del acto que son tanto de fondo como instrumentales.⁵⁴

Santamaría Pastor trata la invalidez formal como la eficacia invalidante de los vicios de forma: infracción de las normas reguladoras del procedimiento administrativo o de la forma de los actos; destacando que la

⁵³ Margarita Beladiez Rojo: *Validez y eficacia de los actos administrativos*, op. cit., p. 75.

⁵⁴ Henríquez Meier E.: *Teoría de las Nulidades en el Derecho Administrativo*, Caracas, Editorial Jurídica Alva, 2001, p. 214.

misma ha pasado de tener una importancia absoluta a una situación de relativización casi total que ha terminado atribuyéndole un carácter puramente instrumental.⁵⁵

Penagos, haciendo referencia a la sentencia del Consejo de Estado Colombiano N° 242 del 15 de marzo de 1991 (caso: León Kadoch B.), cita un extracto de dicho fallo, conforme al cual existe una teoría de formalidades sustanciales y no sustanciales o accidentales.⁵⁶

Ahora, la constatación de la ilegalidad formal o sustancial puede producir, respecto de la validez del acto administrativo, consecuencias diversas, que dependerán, primero, del régimen jurídico existente en la materia en el Ordenamiento Jurídico de que se trate; segundo, de las interpretaciones judiciales desarrolladas en dicho Orden.

Araujo Juárez, al abordar la materia, divide en dos los regímenes que en su criterio surgen cuando existe divergencia o disconformidad entre los elementos del acto y los requisitos contemplados en el Ordenamiento Jurídico; tales regímenes son, según expone: (i) las irregularidades invalidantes, donde el autor ubica tanto a la nulidad absoluta como a la anulabilidad o nulidad relativa, y (ii) las irregularidades no invalidantes, esto es, las que no inciden en la validez del acto administrativo.⁵⁷

Lares Martínez expone que dentro de la teoría de la invalidez se reconocen dos grados: los actos jurídicos absolutamente nulos (los que adolecen de vicios particularmente graves y ostensibles, que -a su juicio- carecen en principio de todo valor sin necesidad de que sean impugnados) y los actos jurídicos anulables (los que ostentan un vicio de menor gravedad y que producen todos sus efectos mientras no sean revocados o declarados nulos). Asimismo, califica de confusa la noción de 'acto inexistente', categoría

⁵⁵ Juan Alfonso Santamaría Pastor: *Principios de Derecho Administrativo...* op. cit., pp. 155, 160.

⁵⁶ Gustavo Penagos: *El acto administrativo según la jurisprudencia* Tomo III. Colombia. Ediciones Librería del Profesional, 1995, p.111.

⁵⁷ José Araujo Juárez: *Derecho Administrativo ...* op. cit., p.569.

(si así se le puede llamar) que a su decir surgió de la preocupación de sancionar irregularidades particularmente graves no previstas en texto legal alguno.⁵⁸

Meier se refiere como supuestos comprometedores de la validez del acto administrativo, a la nulidad absoluta y la nulidad relativa o anulabilidad, cuyas diferencias, en su criterio, atienden a la gravedad de la infracción y a su trascendencia respecto de la legalidad del acto. La primera es, a su juicio, radical y excepcional frente a la segunda, que califica como común y menos grave. Asimismo, señala que el acto nulo de "nulidad absoluta, radical o de pleno derecho" *"no nace a la vida del derecho (...) y por supuesto (...) tampoco podrá generar efectos en el futuro (ex-nunc, ex-tunc)"*.

Parada, en la obra *supra* citada, alude a tres categorías en el Ordenamiento Jurídico Español: la nulidad de pleno derecho, la anulabilidad y la irregularidad no invalidante; por lo que excluye los actos "inexistentes" por considerar que tal categoría choca con su carácter metafísico o metajurídico ("los actos valen o no valen"); porque la categoría de la nulidad absoluta cubre las necesidades que antaño justificaban la llamada "inexistencia" del acto y porque, en definitiva, según señala, en la mecánica judicial el acto inexistente posee un régimen idéntico al del acto nulo.⁵⁹

Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, por su parte, sostienen que la teoría de la invalidez del acto administrativo puede reducirse a dos únicas categorías: nulidad absoluta y anulabilidad; pues respecto de los "actos inexistentes" existe, a su juicio, una fuerte corriente opositora, dada cuenta que además de entrañar una *contradictio in terminis*, no da lugar -y en ello coincide, entre otros, con Parada- a un tratamiento jurídico distinto de la nulidad absoluta.⁶⁰

⁵⁸ Eloy Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo*...op. cit., p. 182.

⁵⁹ Ramón Parada: *Derecho Administrativo*...op. cit., p. 194.

⁶⁰ Fernando Garrido Falla, Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González: *Tratado de Derecho Administrativo*...op. cit., p. 588.

Santamaría Pastor, ya citado, reconoce la existencia de los llamados actos inexistentes, en algunos ordenamientos, pero precisando que se trata de una categoría excepcional cuyo régimen es sustancialmente el mismo que el de la nulidad absoluta; por lo que en el marco de la invalidez de los actos administrativos sólo alude a la nulidad de pleno derecho y a la anulabilidad, siendo ésta la regla.

Beladiez Rojo señala que la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad constituyen el punto de unión entre la invalidez y la ineficacia, y que aquéllas atienden a la diferente trascendencia que para determinado orden jurídico tenga el vicio que ostenta el acto.⁶¹ Aquí, la autora *in commento* marca la diferencia entre una y otra atendiendo al régimen procesal para hacerlas valer, indicando que la distinción entre los efectos (*ex tunc*, *ex nunc*) de ambas, es sólo una consecuencia de la concepción dogmática de la teoría de las nulidades que ha sido tradicional. Al respecto, sostiene que lo único que diferencia la nulidad de pleno derecho de la anulabilidad es el otorgamiento de mayores o menores facilidades para ejercer la acción impugnatoria, "pero una vez que ésta se ha ejercido, el resultado práctico pretendido es el mismo en uno u otro caso: declarar formalmente la invalidez del acto para privarle, así, de su eficacia".⁶²

Jordano Fraga, refiriéndose al ordenamiento Español, señala que la nulidad y la anulabilidad son categorías de la invalidez, y que las diferencias entre una y otra suelen cifrarse en: (i) la posibilidad de convalidación de los actos anulables; (ii) la inexistencia de plazos para instar la acción de nulidad, frente a la preclusión de plazos en la anulabilidad; (iii) los diferentes efectos de la declaración (*ex tunc* para la nulidad, y *ex nunc* para la anulabilidad); y (iv) el carácter taxativo de las causas de nulidad. No obstante, y previo a reconocer la posibilidad de que la jurisprudencia interna no acierte a establecer diferencias sustantivas, considera, siguiendo a Garrido Falla, que

⁶¹ Margarita Beladiez Rojo: *Validez y eficacia de los actos administrativos...* op. cit., pp. 58, 59.

⁶² Margarita Beladiez Rojo: *Validez y eficacia de los actos administrativos...* op. cit., p. 62.

la teoría de las nulidades "debe ser muy elástica, lo cual no obsta la existencia de criterios."⁶³

Nieto, por su parte, sostiene que las técnicas procedimentales de declaración de invalidez son la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad. Excluye entonces los llamados "actos inexistentes" e indica que la distinción entre las anotadas nulidades es menos trascendente de lo que se ha venido apreciando, pues: (i) en ambos supuestos la invalidez no es automática, (ii) en vía de recurso administrativo y judicial ninguna distinción cabe realizar en cuanto a las consecuencias del vicio de nulidad o anulabilidad. Respecto a esto último, sostiene la necesidad de deslastrarse de la distinción entre efectos *ex tunc* y *ex nunc*.⁶⁴

Expuestas y analizadas las posiciones esbozadas en los párrafos que anteceden, se ha podido apreciar que, cuando se habla de invalidez del acto administrativo no existe unanimidad en cuanto a: (i) la directa asociación de la ilegalidad con la invalidez; (ii) las categorías o niveles de esta última; (iii) las diferencias entre tales categorías. Por otro lado, tampoco existe avenencia en torno a qué aspectos se ubican dentro de lo formal y cuáles se corresponden con lo material, ni se ha ofrecido alguna suerte de fórmula que asocie lo formal estrictamente a la anulabilidad y lo material a la nulidad absoluta; mucho menos existe correspondencia alguna, a nivel doctrinario, en torno a los elementos que distinguen a estas dos.

Las anteriores circunstancias, vistas desde regímenes disímiles, producen menos inquietud que cuando se les aprecia dentro de un mismo Ordenamiento Jurídico, recayendo en la jurisprudencia -en este segundo supuesto- la difícil pero orientadora labor de establecer reglas más claras.

Consideramos, que aun cuando la forma guarda relación con la elaboración del acto y el fondo con su contenido (de manera que la primera

⁶³ Jesús Jordano Fraga: *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*. Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 169-170, 185.

⁶⁴ Véase el estudio Preliminar al Libro de Beladiez Rojo, citado *supra*.

se asocia comúnmente al aspecto procedimental y de exteriorización de la voluntad administrativa y, el segundo, al elemento causal); lo formal no está estricta ni únicamente ligado a vicios de los denominados "de nulidad relativa" o convalidables. Por el contrario, somos de la opinión que el valor de la forma es variable y esa versatilidad no depende sólo de los poderes (reglados o discrecionales) que se ejerciten a través del acto; esto es -a manera de ejemplo- el cumplimiento de las fases esenciales del procedimiento administrativo es un aspecto formal (según la doctrina y la jurisprudencia), como lo es igualmente, el requisito relativo al sello de la oficina de la cual emane el acto, pero la ausencia de una u otra exigencia no produce las mismas consecuencias, ergo, los aspectos formales deben apreciarse atendiendo a su utilidad o finalidad.

Por otro lado, negamos que pueda defenderse de alguna manera la figura de los "actos inexistentes", pues al no contar, como hemos apuntado, con un conjunto de reglas claras para su identificación, tal inexistencia -por imperativo de la presunción de legitimidad de los actos administrativos- tendría que ser expresamente declarada; y para que el acto deje de existir, por así decirlo, esa declaratoria no puede ser otra sino de nulidad. De modo que, las formas o regímenes de invalidez deben circunscribirse, en nuestro Ordenamiento, a la nulidad relativa y la nulidad absoluta, cuyas diferencias -en cuanto a los supuestos que dan lugar a una y otra, y su posibilidad de convalidación- tienen más sentido en sede administrativa que en el ámbito judicial.

En efecto, los vicios que provocan la nulidad absoluta de un acto son de enumeración taxativa para la Administración Pública, mas no para los órganos jurisdiccionales encargados de controlar la legalidad de las actuaciones de aquélla, y al respecto debemos recordar las nociones de falso supuesto, omisión de formalidades procedimentales esenciales y la desviación de poder, de origen esencialmente jurisprudencial. Asimismo,

cuando un Tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa determina que un acto administrativo ostenta una irregularidad susceptible de provocar su invalidez y declara, por ende, su nulidad, poca repercusión tiene que esa irregularidad se encuentre calificada como vicio de nulidad absoluta o relativa, pues declarada la nulidad, el acto sencillamente dejará de producir sus efectos. Respecto a estos últimos, cabe agregar que siendo el recurso o demanda de nulidad contemplado en nuestro Ordenamiento una acción de jurisdicción plena, declarada la nulidad y consecuente ineficacia del acto los efectos de éste que deben proscribirse no serán sólo los que pretendan verificarse luego de la declaratoria judicial, sino también los que ya se hubieren producido, atendiendo siempre a la naturaleza de la voluntad administrativa contenida en el acto (creadora, modificadora o extintiva), por lo que tampoco ostenta relevante significación diferenciar los "tipos" de nulidad en sede judicial atendiendo a los efectos que la doctrina ha distinguido como *ex nunc* y *ex tunc*. Declarar la nulidad del acto permitiendo que los efectos propios del mismo verificados hasta la fecha del fallo, se mantengan, haría inefectiva la tutela jurisdiccional.

En cuanto a las irregularidades no invalidantes, a la que nos referiremos *infra*, preferimos asociarlas con la valoración de la legalidad más que con la teoría de las nulidades, por no conllevar, justamente, invalidez alguna.

Expuesto lo anterior, pasaremos a referirnos sucintamente a las notas esenciales de los elementos del acto administrativo que -a juzgar por nuestra experiencia en el área de la redacción de proyectos de sentencia en el ámbito contencioso administrativo- con mayor frecuencia suelen ser objeto de análisis atendiendo a los alegatos esgrimidos por los justiciables frente a actos administrativos particulares.

2) Competencia.

2.1. Noción.

Un Estado Democrático de Derecho supone, entre otras tantas cosas, un respeto a los límites jurídicos y políticos que impone el legislador; y el otorgamiento de facultades o potestades a la Administración lo realiza, justamente, la Ley. Esto ocurre de tal forma porque existen intereses generales que así lo demandan, cuyo aseguramiento o protección como objeto primordial de los órganos que ejercen el Poder Público, en especial de los órganos de la Administración Pública, puede incidir en situaciones subjetivas individuales, afectando derechos o intereses particulares. Se requiere entonces que tanto el efecto provocado con la actuación de que se trate como la eventual afección producida por ésta, provenga, al menos, del ejercicio de potestades públicas por autoridades legítimas.

A grosso modo, la competencia ha sido entendida como la habilitación legal del órgano (otorgamiento de la potestad y sus límites) e investidura del funcionario; siendo la norma, justamente, el "título formal de habilitación". Entre las innumerables definiciones aportadas por la doctrina, podemos citar:

"Uno de los elementos esenciales del acto administrativo", "esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo". (Dromi).⁶⁵

La "aptitud de obrar de las personas que actúan en el campo del derecho público, y particularmente, de los sujetos del derecho administrativo. La competencia, en esta forma, determina los límites entre los cuales pueden movilizarse los órganos de la Administración Pública." (Brewer-Carias).⁶⁶

Aptitud que una norma, de forma impersonal, confiere a un órgano de la Administración para emanar determinados actos jurídicos en nombre de ésta, cuya extensión se mide de acuerdo a la materia, el territorio y la jerarquía. (Parada).⁶⁷

⁶⁵ Roberto Dromi: *Derecho Administrativo...* op. cit., p. 209.

⁶⁶ Allan R. Brewer-Carias: *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2008, p. 150.

⁶⁷ Ramón Parada: *Derecho Administrativo...* op. cit., p. 131.

Las anteriores definiciones se enuncian, naturalmente, con el fin de precisar el contenido esencial del requisito en referencia, y como elemento de orden para las ideas subsiguientes, dado que no es posible ni es nuestra intención agotar los distintos términos en que aquella ha sido expuesta por la nutrida doctrina existente en la materia.

Así, tenemos que el elemento o requisito de la competencia está referido a la figura abstracta: órgano o ente que emana el acto; pero además de la constatada atribución -a aquéllos- de una determinada facultad, existen otros aspectos que necesariamente deben ser objeto de revisión dentro del aspecto subjetivo del acto administrativo, y que no tienen que ver directamente con la figura abstracta (órgano o ente), sino con la persona física que funge como su titular, a saber: (i) la investidura, (ii) la ausencia de vicios en el consentimiento, y (iii) la imparcialidad. En efecto, señala Santamaría Pastor que el primer requisito de validez del acto administrativo consiste en que el mismo sea dictado por el órgano de la Administración al que la norma correspondiente atribuya la potestad, "cuyo titular, legitimamente investido, no haya actuado hallándose incurso en causa de abstención o con su voluntad viciada".⁶⁸

La noción de investidura implica la existencia de un título legal que determine la relación orgánica, esto es, la yuxtaposición entre la persona física y el órgano, título que puede provenir de un nombramiento unilateral o de los resultados de un concurso para la provisión de determinado cargo y su subsiguiente designación, independientemente de que se trate de una permanencia absoluta en el servicio, una permanencia apriorísticamente determinada o en condiciones de interinidad.

La ausencia de vicios en el consentimiento supone que la voluntad del órgano manifestada a través de la persona física que ostenta su titularidad, sea legítima, es decir, que no sea el producto de la presión de factores como

⁶⁸ Juan Alfonso Santamaría Pastor: *Principios de Derecho Administrativo...* op. cit., p. 139.

la violencia, la intimidación, o de conductas dolosas del administrado o del sujeto administrativo; debe tratarse de una voluntad libre y consciente, que permita concluir que el contenido *per se* del acto obedece a la debida sujeción de un hecho a determinados preceptos que lo regulan y a la finalidad que persigue dicha norma.

El tema de la imparcialidad se ha tratado a través de la figura de la inhibición, regulada en nuestro ordenamiento en los artículos 36 y siguientes de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y encuentra justificación en los principios de legalidad, transparencia y responsabilidad. Este aspecto supone que la persona legalmente investida de la titularidad del órgano no se encuentre en algún supuesto legal de abstención, esto es, en una situación que, de acuerdo con la ley, pueda comprometer su imparcialidad e independencia y, por ende, exija su separación del conocimiento o decisión de determinado asunto. Dicha situación, como apunta Santamaría Pastor, puede venir dada por "un conjunto de circunstancias que entrañan una conexión afectiva, económica o profesional de las personas que intervienen en el procedimiento desde el lado de la Administración, de una parte, y los interesados o el objeto del procedimiento, de otro, y que, por lo tanto, determinan la prohibición para aquéllos de actuar en el mismo."⁶⁹

Seguidamente, haremos algunas consideraciones en torno a las irregularidades que pueden verificarse en el elemento subjetivo del acto administrativo. Al examen de las mencionadas condiciones y de las irregularidades *in commento*, respecto de la validez de tales actos, aludiremos *infra* al tratar las posiciones doctrinales y criterios jurisprudenciales en la materia.

2.2. Irregularidades en el elemento subjetivo.

En términos generales, el vicio de incompetencia ha sido asumido

⁶⁹ Juan Alfonso Santamaría Pastor: *Principios de Derecho Administrativo...* op. cit., p.69.

como una circunstancia objetiva, y lejos de lo que acontecía en el contencioso administrativo francés, en el que solía inicialmente confundirse tal irregularidad con otros vicios (como el falso supuesto) al punto que toda ilegalidad "intentaba ser reconducida a una incompetencia"⁷⁰, la doctrina y jurisprudencia contemporáneas no sólo la han definido hasta alcanzar su completa separación o autonomía, sino que además han sustraído de la misma distintas modalidades con características y derivaciones propias.

En efecto, se distinguen hoy día la usurpación de autoridad, la usurpación de funciones y la extralimitación de funciones; suficientemente caracterizadas por la doctrina y la jurisprudencia. Asimismo, se distinguen la incompetencia por la materia, por la jerarquía y por el territorio.

Ahora bien, en el ámbito de las irregularidades que pueden suscitarse en el elemento de la competencia, doctrina y jurisprudencia han aludido a los distintos grados de invalidez que aquéllas producen. Recordemos que en nuestro Orden Jurídico se contempla la "incompetencia manifiesta" como vicio de nulidad absoluta, previsión que justamente ha dado lugar a aceptar otros niveles en el elemento en cuestión.

Parada, por ejemplo, sostiene que la más grave sería la competencia *ratione materiae*, seguida de la falta de competencia territorial, destacando que en España a ambos supuestos se refiere como de incompetencia manifiesta el artículo 62.1.b) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; siendo la falta de competencia jerárquica, según aduce, no manifiesta.

En nuestro país, cuando se habla de incompetencia manifiesta (término que para algunos autores como García De Enterría resulta impreciso) se alude a una incompetencia notoria o grosera. Al respecto destaca Urdaneta Troconis que "No puede haber dudas (...) de que el criterio

⁷⁰ Gustavo Urdaneta Troconis: "Los motivos de impugnación en la jurisprudencia contencioso-administrativa venezolana de las últimas tres décadas". Derecho Contencioso-Administrativo. Libro Homenaje al Profesor Luis Henrique Fariás Mata. Barquisimeto. Librería J. Rincón, 2006, p.118.

escogido por el legislador para calificar la incompetencia generadora de nulidad absoluta es el de la ostensibilidad del vicio"; aun cuando precisa que tanto la anulabilidad como la nulidad absoluta son suficiente fundamento para la anulación del acto por parte del juez⁷¹, afirmación que concuerda con lo señalado en la primera parte del presente capítulo.

En todo caso, existe cierto acuerdo en cuanto a calificar la incompetencia por el grado como no manifiesta y la incompetencia por la materia como manifiesta.

Anabitarte y Menéndez sostienen que "un acto es nulo si es dictado por un órgano incompetente por razón de la materia o del territorio, pero sólo si la incompetencia es manifiesta, en el sentido de **notoria y ostensible**. La jurisprudencia, además, exige que la incompetencia sea **grave** (la incompetencia ha de ir acompañada de un nivel de gravedad jurídica que sea proporcionada a la gravedad de los efectos que derivan de la declaración de nulidad)." Aducen también que la incompetencia por razón de la jerarquía queda excluida de los supuestos de nulidad de pleno derecho pues constituye "un mero vicio de **anulabilidad**", de allí que pueda ser -señalan- convalidado por el órgano competente, esto es, por el superior jerárquico.⁷²

Por otro lado, Brewer considera que la usurpación de funciones es - como la usurpación de autoridad- un vicio de incompetencia manifiesta, vicio de inconstitucionalidad (art 118 CRBV). La extralimitación de funciones, por el contrario, es a juicio del citado autor, un vicio de incompetencia legal, y sus efectos en el acto dependerán de "lo manifiesto de la competencia", siendo esto último una "cuestión de hecho y de interpretación".⁷³

Para Meier, la manifiesta incompetencia se da a través de la violación

⁷¹ Gustavo Urdaneta Troconis: "Los motivos de impugnación en la jurisprudencia contencioso-administrativa venezolana de las últimas tres décadas". *Derecho Contencioso-Administrativo. Libro Homenaje al Profesor Luis Henrique Fariñas Mata*, op. cit., pp. 126, 128.

⁷² Alfredo Calleja Anabitarte y Ángel Menéndez Rexach: *Acto y Procedimiento Administrativo*...op. cit., p. 214.

⁷³ Allan R. Brewer-Carías: *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*...op. cit., p. 174.

directa del orden constitucional o legal de asignación y distribución de atribuciones entre los órganos de las diferentes administraciones públicas personificadas; mientras que la incompetencia que produce nulidad relativa ocurre con el quebrantamiento del orden interno de las competencias de una misma organización administrativa, usualmente definida por vía reglamentaria.⁷⁴ Agrega que si resulta necesario un examen minucioso de la normativa aplicable, entonces el vicio de incompetencia, de existir, no es manifiesta.

En cuanto al aspecto relativo a la competencia, consideramos pertinente efectuar algunas consideraciones particulares respecto a la figura del funcionario de hecho y las competencias implícitas.

Funcionario de hecho.

Se ha entendido al funcionario de hecho como aquel individuo que "en ciertas condiciones de hecho, ejerce funciones públicas como si fuera verdadero funcionario, como consecuencia de una investidura irregular, pero admisible"; de modo que el carácter de funcionario en tal caso, no es del todo conforme con las reglas de derecho, pero resulta aceptable por razones de equidad, necesidad o conveniencia.⁷⁵

Lares Martínez enumera los requisitos esenciales para la existencia de un funcionario de hecho, atendiendo a los períodos de normalidad o anomalía. Señala que en el primer caso, es necesaria la existencia y permanencia de un cargo legalmente creado, la posesión del cargo y el efectivo ejercicio de la función, así como la apariencia de legitimidad de la autoridad, que es lo que va a justificar, a la postre, la validez del acto. Dicha apariencia, apunta el comentado autor, citando a Constantineau, "puede derivar, o bien de un nombramiento o elección irregulares o informales, o bien del ejercicio de un cargo con la aquiescencia pública, en circunstancias

⁷⁴ Enrique Meier E.: *Teoría de las Nulidades en el Derecho Administrativo...* op. cit., p. 268.

⁷⁵ Elroy Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo...* op. cit., pp.399-400.

tales como para crear la reputación de carácter oficial".⁷⁶ Mientras que en el segundo supuesto, si bien es requerido el ejercicio efectivo de la función, no es necesario que el cargo haya sido creado por órganos regulares y el título que valida la actuación, más que una apariencia de legitimidad (en principio no apreciable), es la pasividad del colectivo frente a tal ejercicio del Poder.

De manera pues que el funcionario de investidura irregular, pero plausible por su apariencia y consiguiente aceptación general (de hecho), es distinto de la persona que carece de investidura o que "ostenta" alguna que no es posible ser admitida (usurpador).

Ahora, respecto del valor o validez de los actos dictados por los referidos funcionarios de hecho, existen divergencias, tal y como lo destacan Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González al indicar:

"En primer lugar, cabe negar toda validez a sus actos. Así para RANILETTI, la solución lógico-jurídica exige el desconocimiento de todo valor jurídico de tales actos. Es más, en estos casos quien actúa indebidamente en nombre de la Administración pública está incluso cometiendo un delito castigado por todos los Códigos penales (...) Si, efectivamente, la necesidad exige que tales actos, por ejemplo, de las autoridades irregularmente nombradas en tiempo de emergencia, deben ser declarados actos administrativos válidos, esta revalidación habrá de realizarse precisamente por una ley que se dicte al efecto.

Con criterios radicalmente antagónicos, otro sector de la doctrina ha defendido la tesis de la validez de los actos producidos por los funcionarios de hecho, siempre que se den determinadas circunstancias. Es, desde luego, la consideración de los intereses en juego la que en este caso se utiliza para justificar esta solución. Consideraciones en orden a la seguridad jurídica y a la apariencia de legalidad (pues si, como antes se ha dicho, no hay apariencia, ni siquiera podría plantearse el problema), hacen que la doctrina moderna no sienta repugnancia en admitir excepcionalmente la validez de los actos realizados por los que estamos denominando "funcionarios de hecho".⁷⁷

Penagos, subraya que para tener por válidos los actos emanados de los funcionarios de hecho, la doctrina exige: el ejercicio de una atribución establecida en la Constitución, la ley o un reglamento; una investidura irregular; posesión material del cargo; que no hayan dos personas en el mismo cargo; que el cargo se desempeñe de forma pacífica e

⁷⁶ Eloy Lares Martínez. *Manual de Derecho Administrativo...* op.cit., pp. 403-404.

⁷⁷ Fernando Garrido Falla, Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González: *Tratado de Derecho Administrativo...* op.cit., p. 599.

ininterrumpida.⁷⁸

En nuestro ordenamiento, también se han suscitado diferencias en torno a la idea de conceder validez o no a las actuaciones de los aludidos funcionarios. Así, en sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en fecha 29 de junio de 1995 (caso premezclados Ávila vs. PROCOMPETENCIA), dicho órgano jurisdiccional dejó abiertas las puertas para que en casos de apariencia razonable ('*investidura plausible*') o de necesidad, se aceptara la validez de los actos en cuanto a ello resulte favorable al administrado.

No obstante, la Sala Político-Administrativa ha señalado que "la incompetencia como vicio de nulidad absoluta del acto administrativo (...) se producirá cuando el funcionario actúe sin el respaldo de una disposición expresa que lo autorice para ello, o bien, cuando aún teniendo el órgano la competencia expresa para actuar, el funcionario encargado de ejercer esa competencia es un funcionario de hecho (...)"; desconociendo entonces la validez de los actos proferidos por este último.⁷⁹ (Subrayado añadido).

Competencias Implícitas.

En no pocas oportunidades la Sala Político-Administrativa ha sostenido que la competencia, esto es, el poder legal de realizar un acto jurídico, "únicamente existe cuando la ley expresamente la otorga"⁸⁰, destacando que "no habrá competencia ni, desde luego, actuación administrativa válida, si no hay previamente el señalamiento, por norma legal expresa, de la atribución que se reconoce al órgano y de los límites que la condicionan"⁸¹; negando con ello toda posibilidad de que se realice alguna actividad que involucre el ejercicio de funciones o actividades públicas sin que la misma se encuentre suficientemente precisada en una norma.

⁷⁸ Gustavo Penagos: *El acto administrativo según la jurisprudencia...* op. cit., p. 721.

⁷⁹ www.its.gov.vb/decisiones/oa/oa/Marco/00161-030304-1997-13374.htm

⁸⁰ Véase sentencia SPA/TSJ N° 270 del 19/10/89.

⁸¹ Sentencia SPA/CSJ del 25 de julio de 1990, caso: *Compagnie Générale Maritime*.

En armonía con tal posición, JM de la Cuétara, citado por Meier, afirma que "Las potestades son un poder susceptible de aplicación indefinida, que se actúa cuando el supuesto de hecho se convierte en un hecho real"⁶², de allí que, a juicio de ese autor, la Administración no puede en forma alguna, "por un acto de volición, autogenerarse potestades".

En el mismo orden de ideas, apunta Meier que "No existen (...) potestades indefinidas, imprecisas, ilimitadas e implícitas".⁶³

En un sentido divergente del criterio anterior, el profesor Dromi, al definir la competencia, se refiere a ésta como el conjunto de atribuciones que "en forma expresa o **razonablemente implícita**, confieren la Constitución Nacional, la Constitución provincial, los tratados, las leyes y los reglamentos"⁶⁴.

La doctrina francesa ha considerado como poderes implícitos los que se derivan del principio del 'paralelismo de las competencias' establecido en el *arrêt Fourne-Cormeran* del 10 de abril de 1959, en el cual se estableció que a falta de norma expresa que determine la autoridad competente para poner fin a las funciones de un director, dicho poder corresponde, de pleno derecho, a la autoridad "investida del poder de nominación".⁶⁵

Aunque con poca periodicidad, el Tribunal Supremo de Justicia se ha referido al tema de las competencias implícitas, como se puede apreciar del siguiente fallo:

"Ahora bien, para un gran sector de la Doctrina, esta regla de la competencia, admite excepciones, y es allí donde surge la tesis de las 'potestades implícitas o inherentes'. Esta tesis consiste en que aun cuando la competencia no esté expresamente contenida en una norma, es posible deducirla acudiendo a una interpretación finalista o sistemática de la norma. En este sentido, se explica que si la competencia no surge en forma concreta de la norma, debe establecerse si la actuación administrativa puede derivarse como consecuencia lógica del texto de la norma. Se señala como ejemplo, el caso de una norma que atribuye a la Administración Pública la potestad de vigilar la calidad de los veredos industriales a los cauces públicos, de la que se puede inferir la atribución, -aun cuando la norma no señale nada al respecto-, de instalar instrumentos de medida y desagüe de las

⁶² Henrique Meier E.: *Teoría de las Nulidades en el Derecho Administrativo...* op. cit., p. 278.

⁶³ Henrique Meier E.: *Teoría de las Nulidades en el Derecho Administrativo...* op. cit., p. 313.

⁶⁴ Roberto Dromi: *Derecho Administrativo...* op. cit., p. 209.

⁶⁵ Véase: Allan R. Brewer-Carias: *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos...* op. cit., p. 494.

respectivas fábricas. En nuestro ordenamiento jurídico, aun cuando se parte de un principio de legalidad formalmente estricto, la Doctrina se inclina a aceptar esta tesis de las potestades implícitas. Sin embargo, se ha insistido que al constituir una excepción a la regla de competencia, su aplicación debe ser muy restrictiva, no admitiendo una interpretación extensiva, ni siquiera analógica de la legalidad como atributiva de poderes a la Administración, ya que justamente, esta es excepcional por cuanto supone restricciones a la libertad individual. En efecto, lo contrario daría origen a que se crearan facultades que afecten derechos subjetivos de particulares, violándose así, el principio de legalidad de la competencia. Como consecuencia de ello, debe señalarse que en el ejercicio de las potestades implícitas, la Administración no podría desplegar actuaciones que afecten los derechos subjetivos de los particulares, por cuanto ello podría suceder sólo mediante norma atributiva de competencia. No obstante, lo antes señalado es matizado por otra parte de la Doctrina, que ha aceptado que en algunos casos, a falta de ley, la integración general del ordenamiento sobre la base de sus principios generales podría justificar al menos determinadas medidas administrativas. (DE LA CUETARA, Juan Miguel, Las potestades administrativas, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 101) [...].²⁸

En todo caso, no obstante el reconocimiento de competencias no contempladas expresamente en norma alguna pero que son sobreentendidas o deducibles de otra que sí posee soporte legal, se trata de un tema meramente de apreciación, que dependerá de la interpretación que en cada caso concreto efectúe el órgano jurisdiccional.

3) Causa o motivo.

3.1. Noción.

Escapa de los objetivos del presente trabajo entrar a desarrollar los distintos criterios en torno a la existencia del elemento causa en el acto administrativo y aquellos que niegan la utilidad de la teoría de la causa en el derecho administrativo (vgr. Giannini), por lo que partiendo de la premisa de su previsión en nuestra legislación y su desarrollo jurisprudencial a nivel nacional, comenzaremos por aludir a algunas definiciones del concepto *in commento*.

Para los autores Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, la causa consiste en "el efecto práctico determinado de cada acto administrativo". Tales doctrinarios, la equiparan a la "razón justificadora del acto", y apuntan que "la comprobación de la causa ha de consistir

²⁸www.tsi.gob.es/decisiones/soa/Febrero/00087-050204-2000-0006.htm

normalmente en la constatación o apreciación de un hecho o de un estado de hecho, con lo que se viene a resolver el problema jurídico de por qué y en qué medida las jurisdicciones revisoras pueden entrar en el examen de los hechos determinantes de una decisión administrativa".⁸⁷

También se ha definido como los hechos objetivos, anteriores y exteriores al acto, cuya existencia lleva al autor del acto a dictarlo.⁸⁸

A decir de Santamaría Pastor, de lo que trata el concepto de causa jurídica "es que toda decisión administrativa encuentre su justificación o su censura en una cierta situación de hecho existente en el momento en que es adoptada, porque la norma hace de aquel presupuesto fáctico condición o requisito necesario para el ejercicio de las competencias. Por ello, el control del juez sobre la causa atenderá primordialmente a la verificación de la exactitud de los hechos, es decir, a la existencia misma del motivo (...)."⁸⁹ Asimismo, agrega que de acuerdo a la jurisprudencia francesa, el régimen jurídico de los presupuestos de hecho supone que la Administración debe explicitar ante el Juez, si el acto dictado por ella es impugnado, los motivos de su decisión, incluso en aquellos casos en donde no exista formalmente la obligación legal de motivarlo.

El Profesor Meier, al tratar la nulidad del acto administrativo y el elemento causal, indica que "Hay una legalidad material y teleológica, además de la formal. (...) Si bien la potestad es el título jurídico genérico de actuación, el acto administrativo de efectos particulares opera siempre como el título específico de actuación concreta (Art. 78 LOPA). Ha de existir, insoslayablemente, perfecta articulación entre ambos. (...) La legalidad causal exige a la Administración que pruebe o demuestre que ha ejercido en forma 'causada', la potestad que le confiere la norma, es decir, que la actuó

⁸⁷ Fernando Garrido Falla, Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González: *Treatado de Derecho Administrativo*, V. I...op. cit., p. 810.

⁸⁸ Libardo Rodríguez: *Derecho Administrativo general y colombiano*, Bogotá, Editorial Temis, 1995, p. 217.

⁸⁹ Ramón Parada: *Derecho Administrativo* ...op. cit., p. 133.

legítimamente en el caso concreto”.⁵⁰

Esa razón justificadora del acto, pasa por un conjunto de operaciones intelectuales de la Administración que parten de la percepción y apreciación de uno o varios hechos, para luego, previa interpretación de la ley, subsumirlo en la norma de derecho para finalmente extraer de esta última la consecuencia jurídica definitiva aplicable. Entender esta sucesión de eventos permitirá, a su vez, comprender las distintas formas en las que un acto puede encontrarse viciado en el elemento causal, aspecto que abordaremos más adelante.

3.2. Irregularidades en el elemento causal.

Para arribar a una determinada declaración que será expuesta en el documento contentivo del acto administrativo, la Administración efectúa (o al menos debe hacerlo) un conjunto de actividades de instrucción que comprenden operaciones de percepción, comprobación, apreciación y, por último, una labor de calificación, y en cualquiera de esos momentos aquélla puede incurrir, naturalmente, en errores, que atendiendo a la oportunidad en que se verifiquen, supondrán lo que la jurisprudencia ha denominado y diferenciado como falso supuesto de hecho y falso supuesto de derecho.

Esta irregularidad o vicio, que ha surgido de la aplicación analógica de la suposición falsa prevista como motivo de casación y que puede verificarse tanto en la percepción y apreciación de los hechos como en su calificación jurídica (aplicación del derecho), es un ejemplo de que el artículo 20 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no es de aplicación absoluta, es decir, que: (i) no es cierto que cualquier vicio distinto de los enumerados en el artículo 19 *eiusdem* debe situarse en el supuesto del artículo 20, (ii) la enumeración contenida en el citado artículo 19 no vincula a los jueces de lo contencioso administrativo, limitándose entonces a restringir el ejercicio de la autotutela revisora de la Administración.

⁵⁰ Enrique Meier E.: *Teoría de las Nulidades en el Derecho Administrativo...* op. cit., p. 347.

Al respecto, refiere Meier que de la interpretación de los artículos 19 al 21 de la citada ley orgánica, podría calificarse indebidamente al falso supuesto como un vicio o irregularidad menor, siendo que la jurisprudencia ha venido señalando -en el marco del análisis de la Teoría del Vicio en la Causa- "la nulidad absoluta de los actos afectados por las diversas modalidades del abuso o exceso de poder; el 'falso supuesto' en el más reciente concepto de dicha Teoría".⁹¹

En cuanto a las características del vicio en referencia, Garrido Falla, entre otros, han precisado que las dos clases de error fáctico que pueden viciar la causa del acto administrativo son (i) la falsedad de los hechos y (ii) su apreciación errónea. En el primer supuesto, lo necesario sería probar esa falsedad, logrado lo cual "el acto administrativo debe declararse viciado"; en el segundo supuesto consideran que la revisión jurisdiccional del error depende del grado de discrecionalidad que se le haya concedido a la Administración respecto de la apreciación de las situaciones de hecho.⁹²

En criterio de Fraga Pittaluga, podría afirmarse que el falso supuesto de hecho existirá cuando la Administración: invoque hechos inexistentes, obvie los que realmente se produjeron, constate parcialmente los hechos ocurridos, omita hechos fundamentales, califique erróneamente los hechos acaecidos, desconozca, omita o valore erróneamente las pruebas existentes. Mientras que el falso supuesto de derecho se producirá cuando el órgano administrativo: aplique las consecuencias jurídicas de la norma a supuestos de hecho distintos a los previstos en ella; interprete erróneamente el contenido de la norma jurídica que aplica al caso concreto; subsuma adecuadamente los hechos ocurridos en la norma, pero aplique otra consecuencia jurídica; invoque normas derogadas, que aun no están

⁹¹ Henrique Meier: *Teoría de las nulidades en el Derecho Administrativo...* op. cit., p. 341.

⁹² Fernando Garrido Falla, Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González: *Tratado de Derecho Administrativo. V. I...* op. cit., p. 612.

vigentes o que no existen.⁹³

A nivel jurisprudencial, son numerosos los fallos que han definido, sin mayores divergencias, la irregularidad a que nos referimos, pudiendo citarse a título referencial las sentencias Nos. 474, 1.117, 6.507, 1.069, 828, 1.266 y 300 de fechas 2 de marzo de 1999, 19 de septiembre de 2002, 13 de diciembre de 2005, 3 de mayo de 2006, 4 de junio de 2009, 9 de diciembre de 2010 y 3 de marzo de 2011, respectivamente, todas de la Sala Político-Administrativa del Máximo Tribunal.

Ahora, respecto al examen que debe realizar el órgano jurisdiccional para determinar la existencia o no del vicio *in commento* en un acto administrativo que ha sido objeto de impugnación, cabe hacer referencia a lo apuntado por Meier, en cuanto a que "el vicio en la causa exige analizar el expediente, las pruebas aportadas por la Administración y el particular, la valoración de las pruebas por parte de la Administración, el proceso intelectual de subsunción de unos hechos en el derecho y la calificación de los hechos con respecto a la norma de competencia".⁹⁴

En efecto, a diferencia de otros elementos de validez del acto administrativo cuya satisfacción puede efectuarse con la sola revisión del texto íntegro del acto [a saber, la competencia, el objeto y, en principio, la motivación (salvo los casos de motivación indirecta)], el análisis de una denuncia de falso supuesto exige necesariamente, desde nuestro punto de vista, el examen de las actas que integran el expediente administrativo, dada cuenta que difícilmente podrá la Administración vaciar en la providencia el contenido de toda la documentación, actuaciones, opiniones, informes, declaraciones, testimonios, etc., que sustentan su decisión.

De allí la relevancia del expediente administrativo como prueba

⁹³ Luis Fraga Pittaluga: "La causa del acto administrativo y el vicio de falso supuesto." *Revista de Derecho Público* N° 61-62: enero-julio 1995. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 1995, p. 47.

⁹⁴ Enrique Meier E.: *Teoría de las nulidades en el derecho administrativo...op.cit.*, pp. 340-341.

esencial en las demandas de nulidad, y la exigencia, no solo para la Administración sino para el mismo particular, de procurar incorporar debidamente a tal expediente lo que constituirá el soporte de sus respectivas posiciones.

Ahora, sobre la carga de la prueba al momento de esgrimir el recurrente el vicio de falso supuesto, se plantea aún la interrogante en cuanto a quién corresponde dicha carga: ¿debe el recurrente demostrar la falsedad del acto, o la Administración acreditar la veracidad del mismo? Y en torno a este aspecto se han producido distintos planteamientos, algunos de ellos contradictorios o, al menos, inconclusos.

En efecto, en el análisis del tema relativo a la prueba de la veracidad de los hechos apreciados por la Administración, su efectiva comprobación y acertada calificación jurídica, la jurisprudencia ha variado, colocando en algunas oportunidades la carga sobre la Administración y en otras, sobre el recurrente.

En sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, del 1º de febrero de 1990, citada por Meier, dicho Tribunal expuso que la prueba de los motivos del acto que son negados de manera absoluta respecto de un acto dictado en el marco de procedimientos sancionatorios o disciplinarios, corresponde íntegramente a la Administración y no al recurrente.⁹⁵

En sentencia del 31 de enero de 1990 (caso: Farmacia Unicentro), la Sala Político-Administrativa de la otrora Corte Suprema de Justicia, conociendo de un recurso de nulidad contra actos de la Dirección Sub-Regional de Salud de la Región Zuliana (MSAS) que habrían revocado, en ejercicio de la potestad de autotutela, un permiso concedido con anterioridad a la recurrente para la instalación, apertura y funcionamiento de una Farmacia, expuso:

⁹⁵ Henrique Meier E.: *Teoría de las nulidades en el derecho administrativo...* op. cit., pp. 347-348.

"La circunstancia invocada como fundamento del acto parece estar referida a la existencia de una decisión precedente sobre el mismo asunto, desde que se señala que la revocatoria ocurre por "haber tenido información este Despacho.... en cuanto a una apelación hecha por ustedes ante la Corte Suprema de Justicia por la negativa del Ministerio a la concesión del permiso para la instalación de la FARMACIA [...]".

Tal fundamento entrañaría, obviamente, para la administración la carga de acudir al debate probatorio a fin de evidenciar que ciertamente el objeto del acto impugnado había sido resuelto en forma previa y negativa, y desvirtuar la subyacente idea de que el permiso otorgado implícitamente constituiría revocatoria (permitida) de la originaria negativa de autorizar la instalación de la farmacia.

Más sin embargo la Administración se conformó con motivar su decisión en los términos ya expuestos, absteniéndose de traer a los autos la necesaria prueba de sus afirmaciones, incumpliendo su carga procesal y circunscribiéndose por tal el debate a la revisión de si estos motivos, de esa precaria forma expuestos y no probados, se apegan o no a los preceptos legales que informan la potestad revocatoria y sus límites". (Negritas añadidas).

Asimismo, la referida Sala -ahora del Tribunal Supremo de Justicia- indicó en sentencia N° 1276 del 22 de octubre de 2008⁸⁶, en el marco del examen de una denuncia de violación de la presunción de inocencia, lo siguiente:

"En esos términos se consagra el derecho a la presunción de inocencia, cuyo contenido abarca tanto lo relativo a la prueba y a la carga probatoria, como lo concerniente al tratamiento general dirigido al imputado a lo largo del procedimiento. Por tal razón, la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de las pretensiones sancionadoras de la Administración, recae exclusivamente sobre ésta. De manera que la violación al aludido derecho se produciría cuando del acto de que se trate se desprenda una conducta que juzgue o precalifique como "culpable" al investigado, sin que tal conclusión haya sido precedida del debido procedimiento, en el cual se le permita al particular la oportunidad de desvirtuar los hechos imputados [...]". (Negritas añadidas).

En sentido opuesto, la misma Sala expuso en anterior oportunidad (sentencia N° 530 del 1° de junio de 2004)⁸⁷, lo siguiente:

"Bajo este orden de ideas, pudo asimismo constatar este Supremo Tribunal, tal como se señaló supra, que los funcionarios reconocedores actuando de conformidad con lo preceptuado en la Ley Orgánica de Aduanas y su Reglamento General, en la oportunidad de realizar el reconocimiento de la mercancía verificaron la documentación inherente a la operación aduanera, tales como el Conocimiento de Embarque o B/L N° LAG043A66906, y el Manifiesto de Importación y Declaración de Valor, Formas "A" y "B" Nos. 18427199 y 19095256, respectivamente, advirtiendo las señaladas diferencias en los precios declarados que afectaban la valoración y, por consiguiente, la base imponible de los derechos de importación causados, procediendo así a dejar expresa constancia de tal circunstancia en el texto del acta de reconocimiento levantada una vez verificado dicho procedimiento.

⁸⁶ www.tsj.gov.ve/decisiones/tpa/octubre/81276-221908-2008-2001-0153.html

⁸⁷ www.tsj.gov.ve/decisiones/tpa/junio/00530-010604-2003-0870.htm

Ahora bien, frente a tal objeción la contribuyente se limitó a contrariar lo sostenido por los funcionarios fiscales, bajo el argumento conforme al cual no le era oponible el contenido de la referida circular, sin que se observe de autos que dicha contribuyente aportara elementos probatorios que lograsen desvirtuar el contenido de las actas de reconocimiento, ni permitiera demostrar que el precio de las mercancías pagado por ésta era accesible a cualquier comprador para la fecha de la transacción, tal como lo estipulaba la reglamentación aduanera. En este sentido, resulta pertinente destacar una vez más que los actos dictados por los órganos de la Administración Pública en el ejercicio de sus funciones gozan de una presunción de legitimidad y veracidad y, asimismo, el acta fiscal cuando es levantada por un funcionario competente goza de plena fe mientras no se pruebe lo contrario.

Derivado de lo anterior, observa esta Sala que en el caso de autos la carga de la prueba recaía sobre la contribuyente, quien a los fines de desvirtuar las objeciones fiscales contenidas en las actas de reconocimiento, debió aportar los elementos probatorios que permitieran demostrar la veracidad de su declaración de aduanas; no obstante, tal como se indicó, la mencionada contribuyente no consignó prueba alguna que demostrase que el precio de las mercancías pagado por ésta era accesible a cualquier comprador para la fecha de la transacción.

En tal sentido, habiéndose determinado que la Administración Aduanera en el presente caso no aplicó la mencionada Circular N° SAT/DI/TGA/2005/964-027, en forma aislada y directa, sino como un simple instrumento contenitivo de precios índices referenciales a los fines de la determinación del precio usual de competencia de las mercancías importadas, de conformidad con la previsiones contenidas en la Ley Orgánica de Aduanas y su Reglamento General, juzga este Alto Tribunal que las diferencias en la valoración de las mercancías advertidas por los funcionarios reconocedores resultan ajustadas a derecho. Así se declara." (Negritas añadidas).

Asimismo, en sentencia N° 1.217 del 11 de julio de 2007 (caso: Inversiones y Cantera Santa Rita, C.A.)⁶⁸, expresó:

"En efecto, se evidencia de las actas del expediente que la única actividad probatoria del actor en sede judicial, fue la promoción de copia simple del acto impugnado conjuntamente con el libelo, toda vez que en la oportunidad de promoción de pruebas la parte actora se limitó a exponer: "reproduzco el mérito de los autos en todo lo que beneficie a mi representada y en consecuencia promuevo como prueba el contenido del expediente administrativo, en donde puede comprobarse los vicios denunciados en el escrito de nulidad (...) en particular el contenido del informe técnico presentado en fecha 21/2/97 (...).

Asimismo, manifestó "promuevo como prueba los planos, material cartográfico y un estudio geológico [...], con respecto a lo cual se observa que tales recaudos forman parte de la propuesta consignada por la accionante la momento de solicitar las correspondientes autorizaciones ante la Autoridad Única de Área Agencia de Cuenca del Río Tuy y son anteriores al informe técnico que se cuestiona, lo cual no aporta ningún elemento probatorio que desvirtue lo expuesto por la Administración al negar la solicitud de ocupación y afectación del territorio. En este sentido, la Sala estima necesario advertir que conforme a lo dispuesto en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente tiene la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho, concretamente la denuncia de falso supuesto de hecho, por la presunta falsedad del contenido del informe sobre el cual se fundamentó la decisión en sede administrativa.

Por tanto, en criterio de esta Sala, no existen dudas respecto a que, contrario a lo alegado por el recurrente, el acto administrativo impugnado fue dictado sobre la base de circunstancias fácticas debidamente apreciadas por la Administración. Así se decide." (Negritas añadidas).

⁶⁸ www.tj.gov.ve/decisiones/csa/julio/01217-11707-2007-0006-14789.html

En similar sentido, podemos referir a la sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa en fecha 23 de septiembre de 2009, bajo el N° 01292⁶⁹, en la cual expuso:

"Asimismo, la recurrente denunció que la 'posición asumida por el Juez' suplió las defensas de la contraparte porque 'los representantes del SENAT no presentaron prueba alguna que sustentara lo que dice la Resolución Culinimatoria del Sumario impugnada...' lo cual se verificó cuando el juez consideró que 'la carga de la prueba de los costos corresponde a la contribuyente por la presunción de validez de que están investidos los actos administrativos...'

Al respecto la Sala considera necesario acudir al dispositivo contenido en el artículo 184 del Código Orgánico Tributario vigente (artículo 144 del Código de 1994), cuyo texto es el siguiente:

'Artículo 184 - El Acta de Reparó que se levante conforme a lo dispuesto en el artículo anterior se notificará al contribuyente o responsable por alguno de los medios contemplados en este Código. El Acta de Reparó hará plena fe mientras no se pruebe lo contrario.'

Conforme a la norma antes transcrita, las actas de reparo fiscal se definen 'como instrumentos administrativos, emitidas por funcionario público, y que son el resultado de una actividad de fiscalización e investigación, son documentos administrativos de trámite, que gozan de autenticidad, por su naturaleza, pues su formación o autoría se puede imputar a un determinado funcionario, previo el cumplimiento de las formalidades legales, acreditando tal acto como cierto y positivo; con fuerza probatoria plena, en los límites de la presunción de veracidad que las rodea, mientras no se pruebe lo contrario'. (Ver sentencias N° 00040 de fecha 15 de enero de 2003, caso: Consolidada de Ferrys, C.A. y 06368 del 30 de noviembre de 2005; caso: Chrysler Motor de Venezuela, S.A.).

Esta Sala ratifica su criterio en cuanto al valor probatorio de las actas de reparo fiscal, que por su autenticidad, gozan de plena fuerza probatoria, y por la presunción de veracidad que las rodea dan certeza respecto a las afirmaciones materiales sobre los hechos en ellas contenidos, hasta prueba en contrario.

Tomando en cuenta el anterior razonamiento, considera este Máximo Tribunal que no debe ser apreciado como un exceso de la sentencia recurrida, el pronunciamiento respecto de la carga que impone a la contribuyente desvirtuar la presunción de validez de que están investidas las actas fiscales.

Lo expuesto desvirtúa también la denuncia del representante legal de la contribuyente respecto del falso supuesto de derecho en que habría incurrido el a quo al interpretar - conforme al artículo 134 del Código Orgánico Tributario vigente-, que la contribuyente tenía la carga de probar los costos que debían corresponder a los ingresos omitidos, en virtud de que la fiscalización no demostró 'qué elementos de convicción o pruebas' la indujeron a 'tomar como ciertos los costos' declarados, 'sin valorar costos para los ingresos omitidos'.

De lo anterior se desprende que, contrariamente a lo expuesto, sí corresponde a la recurrente producir en el curso del proceso la prueba idónea y suficiente capaz de demostrar la falsedad de las actas fiscales, por lo que, al no hacerlo, la Sala declara improcedente la denuncia de la contribuyente con relación a los vicios de incongruencia positiva y falso supuesto de derecho. Así se determina." (Resultado añadido).

Como es de apreciarse, concretamente en los casos de actos administrativos que han sido el producto de procedimientos sancionatorios o disciplinarios (en general procedimientos de gravamen), han existido dos

⁶⁹ www.tj.gov.ve/decisiones/spa/septiembre01292-23909-2009-2097-1112.html

posiciones distintas en torno a quién corresponde acreditar, en sede judicial, la legalidad o no del elemento causal del acto: (i) conforme a una, la carga de demostrar la existencia y veracidad de los motivos de hecho de un acto y su adecuada calificación jurídica corresponde a la Administración, por tratarse de procedimientos que se inician de oficio, esto es, por ser aquélla la que imputa la comisión de determinada falta o ilícito, y en consideración a la presunción de inocencia; (ii) de conformidad con la otra, dicha carga descansa en el particular, en virtud de la presunción de validez o legitimidad que ostentan los actos administrativos, y por ser el administrado quien acciona el aparato judicial solicitando la declaratoria de nulidad del acto (artículo 506 del Código de Procedimiento Civil).

Consideramos, por una parte, que debe procurarse la armonización de los criterios, precisando el peso específico de cada uno de los elementos en juego, a saber, la presunción de inocencia, la presunción de legalidad del acto, las potestades inquisitivas de la Administración en esa clase de procedimientos, el deber procesal de acreditar los alegatos formulados. Por otra, creemos que sobre la base única de la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo no pueden establecerse consideraciones desestimatorias de los argumentos del recurrente o demandante en nulidad, sino que debe determinarse en cada caso a quién le sería verdaderamente exigible la acreditación de determinadas circunstancias (Administración/particular) en virtud de su posición dentro del procedimiento administrativo y sus respectivas vinculaciones con la materia debatida.

4) Motivación.

Como reseña Parada, la motivación constituye una exigencia relativamente moderna, pues en el Estado Absoluto se consideraba incompatible con el prestigio de la autoridad, que tuviera que dar explicaciones sobre sus actos; criterio que fue abandonado paulatinamente.

Respecto de la naturaleza de la motivación como requisito de validez

del acto administrativo se distinguen las posiciones que lo califican como elemento de fondo de aquellas que lo definen como elemento formal. La primera centra su atención en la vinculación indiscutible que tal exigencia mantiene con el derecho a la defensa, de rango constitucional, mientras que la segunda pone el acento en la labor mecánica que implica "enunciar" los motivos del acto administrativo.

Gallego y Menéndez han señalado al respecto, que "el papel de la motivación no puede ser explicado en términos de requisito exclusivamente formal, sino que en puridad ha de decirse que ocupa un papel intermedio entre los requisitos formales y materiales del acto; puesto que la motivación a fin de cuentas da razón de la adecuación de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico, es decir, al fin previsto por la norma, que es exigencia del principio de legalidad."¹⁰⁰

La descripción como tal del elemento de la motivación no ofrece mayor dificultad, pudiendo definirse como la expresión en la providencia administrativa del conjunto de razones o circunstancias de hecho y de derecho que han inducido la voluntad administrativa formalizada en el acto. En palabras de Gordillo, debe tratarse de una "auténtica y satisfactoria explicación de las razones de emisión del acto".¹⁰¹

En torno a este requisito del acto administrativo, son tres los aspectos que estimamos de interés comentar: ¿qué tipo de actos requieren ser motivados?, ¿cómo debe ser esa motivación? y ¿dónde debe expresarse?

Con relación a lo primero, expondremos alguna doctrina:

Gordillo considera que "de la motivación sólo puede prescindirse en los actos tácitos, pues en ellos no hay siquiera manifestación de voluntad".¹⁰²

Lares Martínez, por su parte, interpretando el artículo 9 de la Ley

¹⁰⁰ Alfredo Gallego Anabitarte y Ángel Menéndez Resach: *Acto y Procedimiento Administrativo...* op. cit., p. 209.

¹⁰¹ Agustín Gordillo: *Tratado de Derecho Administrativo...* op. cit., p. 222.

¹⁰² *Ibidem*, p. 223.

Orgánica de Procedimientos Administrativos, ha afirmado que "la expresión de los motivos es necesaria: a) tratándose de actos individuales, y no de actos generales; b) en los actos definitivos, y no en los actos de simple trámite. No será necesaria la motivación cuando la ley de modo expreso exima a la autoridad del cumplimiento de este requisito."¹⁰³

Desde nuestra perspectiva todos los actos administrativos expresos deben ser motivados, máxime si producen efectos en la esfera jurídica de particulares, incluidos los actos de trámite y los actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales. Los primeros (de trámite), no obstante que su recurribilidad está limitada a los supuestos del artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos o a la impugnación del acto definitivo (según sea el caso), deben, al igual que el acto de primer grado, motivarse suficientemente, dada cuenta que constituyen actos preparatorios de la voluntad definitiva a ser manifestada por la Administración.

Con relación a los segundos, los actos discrecionales, Bocanegra sostiene que cuando se ejerce una potestad discrecional se debe conocer las circunstancias que aconsejaron la opción por una determinada solución de entre las demás legalmente posibles.¹⁰⁴

Resulta gráfica sobre este punto la sentencia N° T-1168/08 26711/2008 de la Corte Constitucional de Colombia, en la que se indicó: "la discrecionalidad con la que puede contar la administración en determinados eventos no puede confundirse de manera alguna con arbitrariedad, ya que dicha discrecionalidad no es absoluta, sino que se circunscribe a unos fines específicos y a la proporcionalidad entre la decisión de la Administración y los hechos que le dan fundamento a la misma; además, por cuanto la decisión adoptada por la Administración debe encontrar fundamento en motivos suficientes que permitan diferenciar la actuación administrativa

¹⁰³ Eloy Lanes Martínez: *Manual de Derecho Administrativo*...op. cit., p. 155.

¹⁰⁴ Raúl Bocanegra Sierra: *La teoría del acto administrativo*...op. cit., p. 97.

discrecional de la arbitraria y del abuso de las facultades otorgadas. De manera concordante con lo anteriormente expuesto, esta Corporación ha establecido que en materia de actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales, dicha discrecionalidad no implica indefectiblemente que la Administración se exonere del deber de motivar sus decisiones. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en establecer la importancia de la motivación de los actos administrativos, como garantía de que los destinatarios del mismo puedan conocer las razones en las que se funda la Administración al adoptar decisiones que afecten sus intereses generales o particulares”.

En cuanto a cómo debe ser esa motivación, es de observar que en Venezuela el artículo 18 numeral 5 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos exige una “expresión sucinta” (o “referencia sucinta”), término éste que, a decir de Gallego Anabitarte y Menéndez, ha sido interpretado por la jurisprudencia como la no exigencia de una exposición extensa de razonamientos por parte de la Administración, bastando con una escueta referencia, pero suficiente, de los fundamentos de hecho y de derecho.¹⁰⁸

Consideramos que la expresión “sucinta”, aunado a la inadecuada aplicación del principio de flexibilidad que rige al procedimiento administrativo, han llevado a indebidas interpretaciones -por la Administración- de los artículos 2 y 62 de la citada ley orgánica, permitiendo un ejercicio de la función administrativa de antemano deficiente, so pretexto del antiformalismo (igualmente mal interpretado) y de las diferencias existentes entre el procedimiento administrativo y el judicial.

Concordamos con Parada, quien afirma que la motivación ha de ser suficiente para dar razón plena del proceso lógico y jurídico del acto en cuestión, careciendo de valor las falsas motivaciones o los llamados comodines, que valen para cualquier supuesto y que nada o poco justifican o

¹⁰⁸ Alfredo Gallego Anabitarte y Ángel Menéndez Revach: *Acto y Procedimiento Administrativo...* op. cit., p. 202.

explican la decisión del acto en el que se insertan.

Con tal apreciación ha coincidido la Sala Político-Administrativa de nuestro Tribunal Supremo de Justicia al señalar, en algunas oportunidades, que "cuando a pesar de ser sucinta permite conocer la fuente legal, así como las razones y hechos apreciados por el funcionario, la motivación debe reputarse como suficiente". La expresión "a pesar", de alguna manera pone en evidencia que el término "sucinta" empleado por el legislador no fue, en efecto, el más adecuado.¹⁰⁶

Así pues, lo sucinto eventualmente refirirá con lo suficiente, pero en todo caso dicha suficiencia estimamos debe medirse en función del sentido y la finalidad de la normativa aplicada, así como de los efectos que se pretenden con la voluntad declarada o expresada en el acto.

El punto respecto a dónde deben explicitarse esos motivos de hecho y de derecho se plantea con el objeto de dejar sentado que, en criterio de la doctrina y de la jurisprudencia, la motivación no necesariamente debe estar contenida en el acto, sino que puede ser indirecta o "extra-textual", esto es, que puede desprenderse del expediente administrativo. En este sentido, interesa citar nuevamente a Bocanegra, cuando indica que "la omisión de la motivación no debe provocar por sí misma la anulación del acto administrativo, si el examen del expediente permite comprobar que estaba correctamente fundamentado", destacando dicho autor que "la jurisprudencia admite la motivación por remisión a informes o al expediente, siempre que no se produzca indefensión material, lo que implica que el ciudadano haya tenido acceso a los fundamentos del acto que se dicta".¹⁰⁷

La Sala Político-Administrativa ha mantenido tal posición, conforme se desprende de la Sentencia N° 2542 del 15 de noviembre de 2006¹⁰⁸, en la cual expuso que: "(...) no se trafa de una exposición rigurosamente analítica

¹⁰⁶ Ver sentencias de la citada Sala Nos. 318 del 07/03/2001 y 2542 del 15/11/2006.

¹⁰⁷ Raúl Bocanegra Sierra: *La Teoría del acto administrativo...* op. cit., pp. 96-97.

¹⁰⁸ www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/noviembre/02542-151106-1896-12876.htm

o de expresar cada uno de los datos o de los argumentos en que se funda de una manera extensa y discriminada, puesto que se ha llegado a considerar suficientemente motivada una resolución cuando ha sido expedida en base a hechos, datos o cifras ciertas que consten de manera expresa en el expediente o incluso, cuando la motivación aparezca del mismo expediente administrativo, siempre por supuesto, que el destinatario del acto haya tenido el necesario acceso a tales elementos.” (Resaltado añadido).

En cuanto concierne a las irregularidades que pueden producirse en el elemento de la motivación, se ha distinguido entre absoluta inmotivación, motivación escueta o insuficiente, y motivación confusa o contradictoria. En efecto, se ha señalado que entre los vicios que pueden afectar la motivación, cabe diferenciar la inmotivación o ausencia de motivación, de la motivación insuficiente. La primera se configura por un vacío total en la información dirigida a esclarecer los motivos en que se fundamentó la Administración para tomar su decisión, mientras que la motivación insuficiente tiene lugar cuando a pesar de existir una expresión referida a los hechos o el derecho aplicado, ésta se presenta con tal exigüidad que no se logra conocer con exactitud los motivos que dieron lugar al acto administrativo. (Vid. Sentencias SP/TSJ Nos 2.361 y 955 de fechas 24 de octubre de 2001 y 16 de julio de 2002). La contradictoria, supone una discordancia entre los motivos del acto al punto que los mismos se destruyen entre sí, sin que pueda deducirse cuál fue, en definitiva, la razón justificadora del acto.

Como es de apreciarse, la forma en que debe expresarse la motivación del acto administrativo y el lugar en que aquélla debe aparecer, también han sido objeto de flexibles interpretaciones, orientadas -según parece- por la finalidad del requisito en referencia y su incidencia en el ejercicio efectivo del derecho a la defensa. Tal posición exige que la Administración haya, al menos, constituido un expediente administrativo y

que éste sea remitido en original o copia certificada al Tribunal que eventualmente conozca de un recurso o demanda de nulidad.

5) Procedimiento.

5.1. Noción.

Urdaneta Troconis señala que "el elemento forma se descompone en tres grandes categorías de formalidades, referidas a tres momentos diferentes en la producción del acto administrativo", que serían: a) las formas preparatorias, contenidas en el procedimiento previo que da lugar a la formación de la voluntad administrativa, b) las formas de expresión, concernientes a la manera en que es declarada esa voluntad, y c) las formas de exteriorización, consistentes en los mecanismos a través de los cuales la Administración lleva al conocimiento de los particulares destinatarios del acto, el contenido de este último.¹⁰⁹ (Subrayado del presente trabajo).

Así, la noción de procedimiento ha sido históricamente desarrollada desde un punto de vista formal, esto es, como una secuencia lineal de actos de autoridad dirigidos al dictado de una resolución singular, o como el cauce natural a través del cual la Administración adopta sus decisiones, cualquiera que sea la naturaleza o alcance de éstas.¹¹⁰

De manera que la noción de procedimiento resulta de la de acto administrativo, por ser aquél necesariamente previo a este último, o dicho de otro modo, porque representa el instrumento a ser empleado para producir el acto decisorio; aunque a la postre no se produzca acto alguno.

Pero, como indica el catedrático español Javier Barnes, el procedimiento no es sólo un proceso decisorio, pues "constituye además un sistema para la obtención de datos, el tratamiento de la información, la

¹⁰⁹ Gustavo Urdaneta Troconis: "Los motivos de impugnación en la jurisprudencia contencioso-administrativa venezolana de las últimas tres décadas". *Derecho Contencioso-Administrativo. Libro Homenaje al Profesor Luis Henrique Fariñas Mata...* op. cit., p. 184.

¹¹⁰ Javier Barnes: "Hacia procedimientos administrativos de tercera generación". *Visión actual de los procedimientos administrativos*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2011, p. 51.

adquisición de conocimiento".¹¹¹

Asimismo, a nivel doctrinario también se ha intentado poner de relieve que el procedimiento no existe ni se justifica únicamente como sucesión de fases preparatorias de un acto administrativo, y en tal sentido, se le ha asociado a otros aspectos como serían la participación ciudadana y el principio de buena administración.

5.2. Debido proceso.

Un punto que resulta indiscutible en torno al procedimiento es que éste sirve de garantía respecto del acierto de lo decidido o manifestado en un acto, a la vez que facilita la defensa de los derechos que pudieran derivarse o, por el contrario, verse afectados por el proveimiento administrativo.

Esta acepción garantista del elemento *in commento* comienza a tener algún valor con la introducción del principio de legalidad como límite del ejercicio del Poder Público, y con el reconocimiento de los derechos ciudadanos frente a tal Poder.

La formulación del "due process of law" -introducida formalmente como garantía procesal en la Constitución de los Estados Unidos de América, a través de la V Enmienda, efectuada en 1791- fue producto de una larga evolución en el sistema del Common Law, cuyo primer precedente se ha situado en la Carta Magna inglesa de 1215, donde se desarrolló este derecho de los barones normandos frente al Rey "Juan Sin Tierra" a no sufrir arresto o prisión arbitraria, y a no ser molestados ni despojados de su propiedad sin el juicio legal de sus pares y mediante el debido proceso legal.

Señala Santofimio Gamboa que este derecho ha sido considerado como una de las principales conquistas del Estado Constitucional, y se ha afianzado como principio y base garantizadora de los derechos

¹¹¹ *Ibidem*, p. 63.

fundamentales de la persona, con la consolidación del Estado de Derecho.¹¹²

Al abordar el tema del surgimiento del procedimiento administrativo, Santofimio Gamboa reseña que con la revisión introducida al principio de legalidad como sustento del Estado de Derecho, y la incorporación al mismo del compromiso de respeto a la prevalencia de los derechos fundamentales, el cumplimiento de la legalidad implicaría la garantía jurídica e institucional para los asociados de la certeza suficiente de su participación en los desarrollos previos a cualquier decisión, conjuntamente con la Administración. En segundo lugar, "a que las administraciones produzcan sus decisiones a través de senderos ciertos y predeterminados. De esta forma, se crea para el derecho administrativo, la necesidad de adecuar para el cabal cumplimiento de la legalidad, un elemento adicional que consolida la seguridad jurídica en la actividad administrativa, se trata del proceso, institución desarrollada para el ejercicio de otras actividades estatales, como la judicial, y que no podía ser extraña para el eficaz encauzamiento de la actividad administrativa".

Carocca, por su parte, señala, que la garantía del debido proceso consiste en último término, en no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso, pero no cualquier proceso (y éste es el aspecto de interés), sino de "un proceso correcto o equitativo".¹¹³

Ahora bien, con el objeto de precisar el alcance del debido proceso o debido procedimiento en sede administrativa, y conscientes de la fecunda producción doctrinaria sobre el tema, estimamos pertinente aludir a algunas consideraciones que al respecto se han efectuado en el foro respecto de la

¹¹² Jaime Orlando Santofimio Gamboa: "El Derecho a la Defensa en las actuaciones administrativas (situación jurisprudencial)". *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo 'Allan Randolph Brewer-Carias'*. Caracas. Ediciones FUNEDA, 1998, p. 251.

¹¹³ Alex Carocca Pérez: *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. Barcelona. José María Bosch Editor, 1998, p. 165.

noción en referencia.

El Profesor Santofimio Gamboa ha indicado que se entiende por debido proceso (noción cuyos caracteres permiten su trasportación al procedimiento administrativo) "el más amplio sistema de garantías que procura a través de la realización del derecho material la obtención de decisiones justas. Desde el punto de vista eminentemente formal, el concepto de debido proceso adquiere también trascendencia, complementando su finalidad primordial, cual es la de la obtención de decisiones verdaderamente justas y adecuadas al derecho material. En este sentido, se entienden como elementos del debido proceso, entre otros, los siguientes: el ser oído antes de la decisión, participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación, ofrecer y producir pruebas; obtener decisiones fundadas o motivadas; notificaciones oportunas y conforme a la ley; acceso a la información u documentación sobre la actuación; controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; obtener asesoría legal; posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas. En fin, se trata de una suma no taxativa de elementos que (...) buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego, proporcionando las garantías que sean necesarias para la protección de los derechos fundamentales dentro de la relación procesal, en procura de decisiones verdaderamente justas y materiales."

A juicio del citado autor colombiano, la fuerza que tiene tal concepto obedece a su carácter amplio y generoso en garantías, en la medida en que recoge los "elementos pilares" que hacen de las relaciones intersubjetivas al interior del proceso un verdadero mundo de prevalencia del derecho material o substancial.¹¹⁴

¹¹⁴ Jaime Orlando Santofimio Gamboa: "El Derecho a la Defensa en las actuaciones administrativas (situación

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra el derecho o la garantía del debido proceso, estipulación que no es original del Constituyente de 1999 dado que ya estaba prevista -a lo largo de varios preceptos- en la Constitución de 1961, sólo que el nuevo texto fundamental extiende formalmente la constitucionalidad del debido proceso a las actuaciones administrativas.

Ahora bien, el artículo 49 constitucional no discrimina, respecto de las distintas garantías que integran el debido proceso, cuáles son exigibles en vía administrativa y cuáles están referidas al proceso judicial, debiendo destacarse que la disposición ofrece un catálogo de derechos que en general parece aludir esencialmente al entorno judicial y, dentro de éste, específicamente al penal. De modo que, ha sido tarea del legislador y, en particular, de los jueces, precisar los rasgos del debido proceso en sede judicial y en sede administrativa. En todo caso, de una franca lectura del citado precepto se puede desprender sin mayor dificultad que, salvo los numerales 4 y 8, los restantes resultan perfectamente aplicables al procedimiento administrativo, con mayor incidencia en los procedimientos sancionatorios o disciplinarios.

De manera que la definición del contenido del derecho al debido proceso en el espectro del procedimiento administrativo debe extraerse de la particularización al ámbito administrativo de las garantías enunciadas en el citado artículo 49, y asimismo, por no ser esa enumeración taxativa, de otras disposiciones constitucionales como serían los artículos 24 (referido a la prohibición de aplicar retroactivamente la ley), 51 (que prevé el derecho de petición), 137 (alusivo al principio de legalidad) y 141 (que enumera los principios que rigen la actividad administrativa).

Con relación al debido proceso en sede administrativa, se ha referido

[jurisprudencia]'. *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo 'Allan Randolph Brewer-Carias'*.... op. cit., p. 264.

el Máximo Tribunal venezolano en reiteradas oportunidades, y al respecto destacamos los siguientes fallos:

"Asimismo, constituye criterio reiterado de este Órgano Jurisdiccional considerar que el derecho al debido proceso no se patentiza por el hecho de que la manifestación de voluntad concretizada en el acto administrativo que afecta al administrado, haya sido dictada luego de instruido un procedimiento, pues ello depende de las garantías y derechos que en el transcurso de éste se le permitan al administrado, tales como el derecho de alegar y promover pruebas...". (Sentencias SPA/TSJ Nros. 2936 del 20 de diciembre de 2006, 1326 del 31 de julio de 2007, 1380 del 5 de noviembre de 2008, y 11 del 13 de enero de 2010).

"El artículo en comento establece que el debido proceso es un derecho aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas, disposición que tiene su fundamento en el principio de igualdad ante la ley, dado que el debido proceso significa que ambas partes en el procedimiento administrativo, como en el proceso judicial, deben tener igualdad de oportunidades tanto en la defensa de sus respectivos derechos como en la producción de las pruebas destinadas a acreditarlos.

En este mismo orden de ideas, el derecho a la defensa previsto con carácter general como principio en el citado artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y adoptado y aceptado en la jurisprudencia en materia administrativa, tiene también una consagración múltiple en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la cual, en diversas normas, precisa su sentido y manifestaciones. Se regulan así los otros derechos conexos como son el derecho a ser oído, el derecho a hacerse parte, el derecho a ser notificado, a tener acceso al expediente, a presentar pruebas y a ser informado de los recursos para ejercer la defensa." (Sentencia SPA/TSJ N° 315 del 7 de marzo de 2001).

"Ahora bien, reiteradamente ha señalado esta Sala que dentro de las garantías que conforman el debido proceso se encuentra el derecho a la defensa, el cual es interpretado como un derecho complejo, destacándose entre sus distintas manifestaciones: el derecho a ser oído; el derecho a ser notificado de la decisión administrativa, a los efectos que sea posible para el administrado presentar los alegatos que en su defensa pueda aportar al procedimiento; el derecho de tener acceso al expediente, con el propósito de examinar en cualquier estado del procedimiento las actas que lo componen a los fines de obtener un real seguimiento de lo que acontece en su expediente administrativo; el derecho que tiene el administrado de presentar pruebas que permitan desvirtuar los alegatos ejercidos en su contra, y, finalmente, el derecho que tiene toda persona a ser informado de los recursos y medios de defensa que proceden contra los actos dictados por la Administración, que se patentiza en el efectivo ejercicio de tales recursos o medios de defensa". (v'd. Sentencias SPA/TSJ Nros. 2425, 1421 y 1619 de fechas 30 de octubre de 2001, 6 de junio de 2006 y 11 de noviembre de 2009, respectivamente).

5.3. Irregularidades en el aspecto procedimental.

El tema de los vicios o irregularidades que pueden producirse por la transgresión del debido proceso en sede administrativa, no ha escapado a la interpretación y desarrollo jurisprudencial suscitado respecto de otros vicios del acto administrativo, verbigracia, la incompetencia y la inmotivación.

Y es así que, del seno de los tribunales contencioso-administrativos,

han surgido irregularidades no previstas expresamente en una norma que, de verificarse, pueden dar lugar a la declaratoria de invalidez y, por ende, de nulidad del acto administrativo. Nos referimos a la desviación de procedimiento y a la omisión de una fase esencial del mismo.

De manera que, al supuesto contemplado en el artículo 19 numeral 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, referido al vicio (de nulidad absoluta) de ausencia total de procedimiento previo al acto, se suman, como otras posibilidades de poner en evidencia la invalidez de un acto administrativo por errores procedimentales, la circunstancia de haberse seguido un procedimiento que no era el legalmente previsto para el supuesto concreto, y la supresión de una etapa que resultaba fundamental al procedimiento de que se trate, por las características del mismo o de la situación a la que atañe.

En este sentido, se ha pronunciado la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, al establecer:

[...] cabe destacar que la doctrina y la jurisprudencia contenciosa administrativa progresivamente han delineado el contenido y alcance del referido vicio de procedimiento administrativo, al permitir una valoración distinta de éste en atención a la trascendencia de las infracciones del procedimiento. Así, se ha establecido que el acto administrativo adoptado estaría viciado de nulidad absoluta, cuando: a) ocurre la carencia total y absoluta de los trámites procedimentales legalmente establecidos; b) se aplique un procedimiento distinto al previsto por la ley correspondiente, es decir, cuando por una errónea calificación previa del procedimiento a seguir, se desvíe la actuación administrativa del iter procedimental que debía aplicarse de conformidad con el texto legal correspondiente (desviación de procedimiento); o c) cuando se prescinde de los principios y reglas esenciales para la formación de la voluntad administrativa o se transgreden fases del procedimiento que constituyen garantías esenciales del administrado (principio de esencialidad)¹¹¹

Urduñeta Troconis dice que la desviación de procedimiento es una especie de la desviación de poder por lo que constituye, en su criterio, un vicio en el elemento fin del acto y, por ende, de fondo ("el vicio está en la intención, en la finalidad perseguida"); pero, si la aplicación de un procedimiento en lugar del previsto legalmente para el caso se produjo sin incidencia de intencionalidad ni finalidad desviada alguna, el vicio es

¹¹¹ Vid. Sentencia SPA/TSJ N° 1.970 de fecha 17 de diciembre de 2003, caso: Municipio Libertador del Distrito Federal; y N° 1110 del 4 de mayo de 2006, caso: Fabio Sgalla Vecino.

procedimental, es decir, de forma y no de fondo.

Ahora, en cuanto concierne a la incidencia de los citados vicios en la validez del acto administrativo, cabe referir a una sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en fecha 11 de junio de 1987 (caso: Angelo Masurana vs. República de Venezuela por órgano del Ministerio del Trabajo), en la cual se expuso:

"[...] (fuera del artículo 19 numeral 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos) los vicios en el procedimiento son de nulidad relativa, respecto de los cuales no existen en nuestro ordenamiento jurídico reglas generales que regulen su incidencia en la anulación de los actos administrativos y ha sido la propia jurisprudencia la que ha estado estableciendo los criterios [...]

La apreciación de si el defecto entraña nulidad depende de la importancia que revista el trámite o la forma incumplida, el derecho que afecta. Que produzca indefensión o que prive de algún elemento esencial de conocimiento que incide en el fondo o contenido de las actuaciones administrativas".¹²⁸

Asimismo, en la citada sentencia del 17 de diciembre de 2003, la Sala Político-Administrativa dejó sentado que:

"[...] cuando el vicio de procedimiento no produce una disminución efectiva, real y trascendente de las garantías del administrado, sino que representa sólo fallas o irregularidades parciales, derivadas del incumplimiento de algún trámite del procedimiento, nuestra jurisprudencia ha considerado que el vicio es sancionable con anulabilidad, es decir, nulidad relativa, ya que sólo constituyen vicios que acarrean la nulidad absoluta del acto aquellos que tengan relevancia y provoquen una lesión grave al derecho de defensa, además de los que representen una arbitrariedad procedimental evidente".

De esa forma, la doctrina judicial en la materia no sólo introduce irregularidades distintas de las contempladas expresamente en la ley, sino que también se deja a la interpretación del Juez el establecimiento del carácter invalidante de tales vicios de creación jurisprudencial; desprendiéndose, en definitiva, en cuanto al tratamiento de los señalados vicios, que su carácter invalidante atenderá a la constatación de: (i) una notoria desviación de la finalidad que se persigue con la actuación administrativa, y (ii) una efectiva y significativa transgresión de los derechos del particular.

Un aspecto que vale la pena referir en este punto, es el relacionado al

¹²⁸ Revista de Derecho Público N° 31, Julio-septiembre 1987, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1987, p. 79-80.

momento en que debe garantizarse el debido procedimiento, porque dependiendo del criterio que se adopte algunas situaciones serán apreciadas -o no- como violación a la comentada exigencia.

Existe una postura o corriente jurisprudencial que admite una suerte de convalidación del vicio de violación del derecho a la defensa durante el procedimiento administrativo, por el hecho de haber contado el interesado con la oportunidad de defensa *a posteriori* que comporta la interposición de los recursos administrativos y judiciales.

Alfredo Gallego Anabitarte y Ángel Menéndez Rexach señalan que "la jurisprudencia maneja un concepto de indefensión material y no formal, esto es, sólo considera que se ha producido indefensión cuando ha existido una disminución efectiva, real y trascendente de las garantías, es decir, cuando el titular del derecho o interés discutido, a causa del vicio formal en que ha incurrido la Administración, se ve imposibilitado para ejercer los medios legales suficientes para su defensa. Por ello, como se ha dicho, la jurisprudencia entiende que no se produce indefensión cuando el particular ha podido, a través de los procedentes recursos administrativos e incluso contencioso administrativos, formular alegaciones y aportar la documentación o pruebas que hubiera podido formular o acreditar, en defensa de sus derechos e intereses legítimos, en el trámite omitido (STS de 22 de mayo de 1992, Ar 4880)".¹¹⁷

En esta última línea, Bocanegra, en el marco de lo que él mismo denomina "carácter dinámico de los vicios procedimentales", considera que lo omitido en el procedimiento original o de formación del acto puede solventarse en el procedimiento de recurso, y aludiendo justamente a la audiencia coloca como ejemplo que ante la omisión de un trámite de audiencia en el procedimiento inicial, no puede invalidarse la resolución definitiva si se ha oído a los interesados en vía recursiva y dicha resolución

¹¹⁷ Alfredo Gallego Anabitarte y Ángel Menéndez Rexach: *Acto y Procedimiento Administrativo...* op. cit., p. 222.

es materialmente correcta.¹¹⁸

Si se revisan las sentencias de los órganos que integran la jurisdicción contencioso administrativa dictadas en materia de impugnación de actos administrativos por violación del debido procedimiento, se apreciará que con bastante frecuencia -aun cuando se aluda a alguna otra circunstancia que conculcara tal derecho- se hace referencia a la efectiva interposición de los recursos administrativos e, incluso, el judicial.

Al respecto, interesa traer a colación la posición de Alfredo Parés Salas, quien indica que: (i) el procedimiento administrativo previo se identifica con el llamado procedimiento constitutivo o de primer grado; (ii) el procedimiento de segundo grado es siempre un procedimiento posterior al acto administrativo definitivo; (iii) el artículo 19 numeral 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no hace mención a cualquier procedimiento sino al constitutivo o de primer grado; (iv) no valdría rebatir la sanción de nulidad de un acto administrativo alegando la sustanciación de un procedimiento posterior a éste.¹¹⁹

Coincidimos con el citado Profesor, en cuanto a que siendo la exigencia *in commento* que todo acto administrativo esté precedido de un procedimiento, mal podría examinarse su cumplimiento sobre la base de la realización de un procedimiento posterior, ni siquiera para abundar en las consideraciones formuladas en sede judicial para el caso concreto; dada cuenta que tal procedimiento a lo que está dirigido es a garantizar la activa participación del particular interesado, en el proceso a través del cual se formará la voluntad administrativa, participación que no tendrá la misma connotación si su ejercicio se le permite luego de que tal voluntad ha sido declarada. A ello hay que sumar que el debido procedimiento se encuentra ligado a otros principios como el de la buena administración y la presunción

¹¹⁸ Raúl Bocanegra Sierra: *La Teoría del Acto Administrativo*...op. cit., p. 198.

¹¹⁹ Alfredo Parés Salas: "Dispare primero y averigüe después". *Visión actual de los procedimientos administrativos*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2011, pp. 228, 230.

de inocencia, cuya garantía, para ser tal, debe ser anterior al acto que habrá de incidir en la esfera subjetiva del interesado. Por ende, abogamos porque se proscriba el antes dicho razonamiento.

CAPÍTULO III.

Posiciones doctrinarias respecto de los llamados vicios no invalidantes o vicios intrascendentes.

En el presente capítulo es nuestra intención exponer algunos enfoques que ha dado la doctrina al tema de los vicios o irregularidades no invalidantes, su percepción, alcance y tratamiento; así como efectuar un breve análisis crítico de ellos, que, luego de examinar los criterios judiciales adoptados al respecto, retomaremos para establecer nuestras conclusiones en torno a la materia.

A este fin, podemos citar a García de Enterría cuando señala que la presunción de validez de los actos administrativos ha dado lugar "a una tendencia a la reducción de la virtud invalidatoria de las infracciones (...) en que los actos puedan incurrir (...)", y acota que "la virtud anulatoria de estas infracciones se reduce sustancialmente hasta el punto de que el legislador reconoce la existencia de (...) irregularidades no invalidantes"¹²⁰. Da cuenta entonces el autor de la existencia de estos vicios que no llegan a afectar al acto desde el punto de vista de su validez, permitiendo conservar, por ende, sus efectos. Asimismo, indica como ejemplos de infracciones simples carentes de trascendencia invalidante: (i) el defecto de forma que no priva al acto de requisitos indispensables para alcanzar su finalidad, y (ii) la actuación fuera del plazo previsto, salvo los casos en que dicho plazo resulte esencial al acto.¹²¹

¹²⁰ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. op. cit., p. 608.

¹²¹ *Ibidem*.

Al abordar el tema de la invalidez de los actos administrativos, Bocanegra apunta, desde un inicio, que ella está referida a cualquier infracción del Ordenamiento Jurídico en que incurra el acto administrativo, "a excepción de las llamadas irregularidades no invalidantes"; precisando en tal sentido que la invalidez admite diversas graduaciones atendiendo a su intensidad.¹²²

En tal sentido, destaca que la figura jurídica de las irregularidades no invalidantes, aceptadas en el Derecho Español, está técnicamente referida a "las peculiaridades de los vicios formales o procedimentales de los actos administrativos que (...) sólo provocan la invalidez del acto cuando su concurrencia impide determinar si el acto es materialmente conforme a Derecho en el fondo".¹²³

Sostiene así que, con la expresión "irregularidades no invalidantes", a lo que se refiere la Ley es "al amplio espacio de las ilegalidades formales o procedimentales que, al no alterar el contenido material del acto, no pueden producir su invalidez, por razones de seguridad jurídica y de economía procesal, en cuanto resultaría absurdo anular un acto administrativo para tener que dictar a continuación una resolución idéntica, habida cuenta de la corrección material de la primera".¹²⁴

Botero Aristizábal¹²⁵ alude a la ilegalidad del acto administrativo como una noción divergente de la invalidez (diferencia que también planteó Nieto en el Estudio Preliminar referido en líneas precedentes). En tal sentido, señala que "no toda ilegalidad ocasiona la invalidez del acto, es decir, existen ilegalidades no sancionables con nulidad como en principio sería lo conducente o, incluso, tampoco con ineficacia"; se trata, a su juicio, de ilegalidades que no tienen la fuerza suficiente de atentar contra valores superiores protegidos por el ordenamiento.

¹²² Raúl Bocanegra Sierra: *La Teoría del Acto Administrativo...* op. cit., p. 169.

¹²³ *Ibidem*, p. 173.

¹²⁴ *Ibidem*, pp. 195-196.

¹²⁵ Luis Felipe Botero Aristizábal: *Acción popular y nulidad de actos administrativos...* op. cit., p. 16.

El citado autor apunta que en Colombia existe una graduación de origen jurisprudencial que ha dividido los vicios invalidantes de los no invalidantes, para sancionar con nulidad sólo a los primeros.

Santamaría Pastor, se refiere a las irregularidades no invalidantes como una figura atípica que se produce cuando determinadas infracciones legales en que incurre el acto, principalmente de carácter formal, no se sancionan con su invalidez.¹²⁶

El mismo autor, citado por Beladiez Rojo¹²⁷, considera que resulta elemental efectuar un tratamiento distinto para los diversos grados de irregularidad, de manera que la gravedad de la sanción legal esté en función de la trascendencia de la infracción de las distintas circunstancias que pudieren suscitarse; en otros términos, estima que se impone, inexcusablemente, una graduación de los tipos de actuación de la invalidez.

Araujo Juárez, opina que lo que debe determinarse es si el o los vicios son de tal naturaleza que ejercen una influencia determinante sobre la decisión administrativa proferida, y si un vicio no es susceptible de influenciar el sentido de la decisión "no será de naturaleza a comportar la anulación".¹²⁸ Considera asimismo, que la jurisprudencia administrativa se apoya en las consecuencias de las nulidades y en las razones que justifican su existencia, más que en lo formal.

De igual forma, Parada considera que no todas las infracciones del ordenamiento jurídico originan vicios que dan lugar a la anulabilidad, y que de estos últimos deben exceptuarse los supuestos de irregularidad no invalidante que, a juicio de dicho autor, comprende las actuaciones administrativas realizadas fuera del tiempo establecido en la norma (si la naturaleza del término no impone la nulidad del acto extemporáneo) y los

¹²⁶ Juan Alfonso Santamaría Pastor: *Principios de Derecho Administrativo. Volumen II...* op. cit., p. 160.

¹²⁷ Margarita Beladiez Rojo: *Validez y eficacia de los actos administrativos...* op. cit., p. 53.

¹²⁸ José Araujo Juárez: *Derecho Administrativo. Parte General...* op. cit., pp. 581-582.

defectos de forma que no impiden que el acto alcance su finalidad.¹²⁹

Podemos aludir en este tema a lo que Lares Martínez denomina 'actos irregulares pero válidos' (aun cuando los incluye en los actos anulables), y que pretende explicarlos refiriéndose a los vicios de forma que no ejercen influencia alguna en el conocimiento o la voluntad que formula la declaración final, y que por tal motivo no inciden sobre la validez del acto y, por ende, no son causa de nulidad, aun cuando pudieran dar lugar a responsabilidades disciplinarias.¹³⁰

Dromi, ofrece una escala de vicios que identifica como muy graves, graves, leves y muy leves, en virtud de la magnitud de la trasgresión del orden jurídico; precisando respecto a estos últimos, que no afectan la validez del acto, por lo que, aun cuando no emplea la terminología, los expone entonces como vicios no invalidantes. Asimismo, indica que cuando la ley no enuncia sistemáticamente los vicios de los que puede adolecer un acto, deberá evaluarse -particularmente- la gravedad del vicio.¹³¹

No obstante, realiza una enumeración de vicios que, en su criterio, son 'muy leves' y, por ende, no originan invalidez; y se producen cuando: (i) realizando un razonable esfuerzo de interpretación, es posible encontrar el sentido del acto a pesar de su oscuridad o imprecisión; (ii) media error no esencial del agente público o dolo no determinante del administrado; (iii) no se cumplen en órganos colegiados algunos requisitos como la convocatoria de un miembro, la indicación y constancia de los votos disidentes, el tiempo y/o lugar de la sesión, o la identificación de las personas que han intervenido; (iv) existe un error por omisión o insuficiencia del lugar y fecha de emisión del acto; (v) falta la aclaración de la firma del agente interviniente, la mención del órgano o ente del cual emana el acto.

Urdaneta Troconis, ha tocado el punto de las irregularidades

¹²⁹ Ramón Parada: *Derecho Administrativo. Parte General...* op.cit., p. 209.

¹³⁰ Eloy Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo...* op. cit., p.188.

¹³¹ Roberto Dromi: *Derecho Administrativo...* op. cit., p.242.

irrelevantes o intrascendentes al estudiar los motivos de impugnación en la jurisprudencia contencioso administrativa venezolana y, en tal sentido, refiriéndose al falso supuesto, ha sostenido que la falsedad de un supuesto de hecho de un acto administrativo "sería irrelevante" si el acto sigue estando suficientemente fundamentado en otros supuestos que sí son ciertos.

De otra parte, y aludiendo ahora al elemento procedimental, refiere a casos "en los que, a pesar de constatar el tribunal que en el procedimiento constitutivo fueron inobservados trámites o fases esenciales, incluso de manera atentatoria contra el derecho a la defensa, termina declarando que la convalidación también constatada hace desaparecer el efecto invalidante de esos vicios, ya sea porque se alcanzó el resultado que las formas omitidas perseguían, ya sea porque el interesado subsanó el error con su conducta"; y al efecto cita sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 10 agosto 1993 (caso Ford Motors).

En ese marco, el comentado autor afirma que "no toda irregularidad formal constituye un vicio de procedimiento ni todos los vicios de procedimiento tienen la misma intensidad". También apunta que del principio conforme al cual el procedimiento constituye no un fin sino un instrumento para conseguir determinados fines, se desprende que "si el fin esperado no se ha visto afectado, poco importa si el procedimiento se cumplió o no".¹³²

En este sentido, señala -aun en el marco del elemento formal del acto administrativo- que la irregularidad irrelevante o intrascendente consistiría en cualquier desajuste que en un procedimiento administrativo se produzca en relación con los trámites y formas previstas en la ley, pero que no afecten en modo alguno el fondo de la decisión. Destaca en este punto la necesidad de distinguir entre un vicio aislado de procedimiento y la ausencia absoluta de procedimiento (irregularidad intrascendente sin virtualidad invalidante;

¹³² Gustavo Urdaneta Troconis: "Los motivos de impugnación en la jurisprudencia contencioso-administrativa venezolana de las últimas tres décadas". *Derecho Contencioso-Administrativo. Libro Homenaje al Profesor Luis Henrique Fariás Mata...* op. cit., pp. 185 y 186.

irregularidad trascendente con virtualidad invalidante).

Meier, por su parte, toca el tema en referencia ofreciendo algunos ejemplos. Así, para este autor constituye un vicio intrascendente el error en que se incurra al indicar el número de la cédula de identidad de un funcionario, en el acto de su designación. Asimismo, considera que "Otra de las modalidades de vicios intrascendentes en la formación de la aptitud legal del autor del acto (del elemento subjetivo), es el problema de la inhibición a que está obligado el funcionario incurso en algunas de las causales previstas en el artículo 38 de la LOPA"; precisando al respecto que la no inhibición por sí sola no resulta suficiente para anular el acto, sino que debe acreditarse la parcialidad y la disminución efectiva de los derechos del particular.¹³³

Beladiez Rojo, refiriéndose a los requisitos formales del acto administrativo, apunta que sólo son relevantes para el Derecho en la medida que constituyan un elemento imprescindible para asegurar la adecuación a derecho del acto, y es por ello que afirma que únicamente cuando la infracción formal impida realmente conocer si el contenido del acto es válido, deberá determinar la invalidez de la resolución.¹³⁴

De otra parte, afirma que no sólo son válidos los actos que en sí mismos son conformes a derecho, sino que también pueden serlo actos que hayan sido dictados infringiendo gravemente la ley si, a pesar de ello, han creado una situación que el Derecho considera digna de protección.¹³⁵ Con tal planteamiento reconoce que existen irregularidades, incluso graves, que no necesariamente deben tener un efecto invalidante sobre el acto que adolece de ella.

Continúa señalando al respecto, que existen casos en los que el derecho de los particulares a obtener la invalidez de un acto cede ante intereses de mayor emvergadura. En concreto, refiere a un principio que

¹³³ Meier, Enrique. *Op. Cit.* Págs. 297, 310 y 321.

¹³⁴ Margarita Beladiez Rojo: *Validez y eficacia de los actos administrativos...op. cit.*, p. 122.

¹³⁵ *Ibidem.*, p. 64.

impide declarar inválido un acto cuando con ello se cause un daño superior al interés público que el que podría ocasionar su conservación.

Conforme puede desprenderse de las posiciones *supra* esbozadas, el tema de las irregularidades no invalidantes es usualmente asociado con defectos de forma o procedimentales del acto administrativo y su exteriorización. De igual forma, se les vincula con "infracciones simples" o "muy leves" que, por sus propias características, no inciden en lo material o sustancial del acto, esto es, no tienen influencia determinante en la voluntad declarada en el acto administrativo y, por ello, no producen una real disminución de los derechos del particular ni atentan contra valores superiores. Se ha señalado igualmente que aun ante vicios de carácter grave, debe valorarse su efecto invalidante en función de las consecuencias que produciría la declaratoria de nulidad.

Veremos más adelante si nuestra jurisprudencia concuerda efectivamente con tales planteamientos.

CAPÍTULO IV.

Reglas establecidas por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa para la calificación de un vicio como invalidante o no.

De una revisión de las decisiones dictadas por los órganos que integran la jurisdicción contencioso administrativa se puede notar que el control de la legalidad de los actos emanados de la Administración Pública o de cualquier órgano de la estructura jurídico-pública en ejercicio de función administrativa, no necesariamente se ha ejercido como una suerte de operación a través de la cual el Juez se limita, sencillamente, a subsumir una situación de hecho en las características de una determinada irregularidad formalmente calificada como vicio, para aplicar o no la consecuencia jurídica de su nulidad; primero, porque no todos los vicios que puede ostentar un

acto administrativo están legalmente contemplados (piénsese en aquellos de creación esencialmente jurisprudencial) y, en segundo lugar, porque tales vicios (sea su origen legal o jurisprudencial) también han sido objeto de definición, precisión y desarrollo por los propios Tribunales, aspectos que -además- varían en su apreciación de manera casuística.

Por otro lado, cabe destacar que la tarea de los Tribunales contencioso administrativos no parece estar dirigida o comprender la evaluación del quehacer administrativo en sí mismo, esto es, más allá del principio de legalidad estrictamente, el actuar de la Administración al servicio de las personas y conforme a otros principios también de previsión legal como la eficacia, eficiencia, honestidad y transparencia. En efecto, se plantea la disyuntiva, en cuanto al objetivo del examen jurisdiccional, de si la revisión judicial de la función administrativa pretende -en el marco de la ruptura del esquema meramente objetivo del recurso de nulidad- analizar si se han producido efectivas lesiones a la esfera del particular que comprometan la validez del acto; o si, por el contrario, su intención está más bien dirigida a cuestionar lo menos posible el desempeño de la función pública por los órganos del Estado, habida cuenta de la presunción de validez o legalidad que ostentan sus actos.

Veamos algunas interpretaciones judiciales que se han realizado en torno al tema que nos ocupa:

- Respecto del requisito de la competencia.

a) Sentencia SPA/TSJ N° 570 del 10 de marzo de 2005 (caso: Hyundai Consorcio vs. Ministro del Interior y Justicia):

"[...] tanto la doctrina nacional como extranjera han sido contestes en definir la competencia como la capacidad legal de actuación de la Administración, es decir, representa la medida de una potestad genérica que le ha sido conferida por la Ley. De allí que la competencia no se presume sino que debe constar expresamente por imperativo de la norma legal y de los actos administrativos de carácter normativo, dictados formalmente con carácter previo conforme a la ley [...]"

Dicho mandato legal ha sido desarrollado por la jurisprudencia de esta Sala al sostener que si bien la competencia debe estar consagrada en una norma de rango legal, ello de ninguna manera impide que la misma pueda ser desarrollada a través de

disposiciones de rango sub-legal, verbigracia, por vía reglamentaria o por providencias administrativas’.

En dicha sentencia se concluyó lo siguiente:

‘Ello encuentra plena justificación en aras del dinamismo que debe enmarcar al desarrollo de la actividad administrativa, es decir, la adecuación y amoldamiento de la misma a las transformaciones y mutaciones de la realidad, adoptando en un determinado momento las medidas que estime más convenientes para el interés del colectivo.’ (Sentencia de fecha 19 de diciembre de 2021, número 03052, Caso Jaime Manzo Manzo y otros).

En fin, determinar la incompetencia de un órgano de la Administración, supone demostrar que ésta ha actuado sin la existencia de un poder jurídico previo que legitime su actuación, lo cual acarrearía la nulidad absoluta del acto administrativo impugnado.’ (Negritas añadidas).

b) Sentencia SPA/CSJ N° 270 del 19 de octubre de 1989:

‘Todo acto dictado por una autoridad incompetente se encuentra viciado. Ahora bien el vicio de incompetencia de que adolezca, no aparta necesariamente la nulidad absoluta del acto, ya que conforme a lo dispuesto en el ordinal 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, para que se configure ese supuesto, es necesario que la incompetencia sea manifiesta. De tal manera que para determinar el grado de invalidez de un acto viciado de incompetencia, es necesario atender a la manera en que la misma se presenta. Así, si la incompetencia es manifiesta, vale decir, notoria y patente, de manera que sin particulares esfuerzos interpretativos se compruebe que otro órgano sea el realmente competente para dictarlo, o que se pueda determinar que el ente que la dictó no estaba facultado para ello, la nulidad será absoluta, (artículo 19, ordinal 4° de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos). Si la incompetencia no es manifiesta, la nulidad será relativa (artículo 20 eiusdem).

En resumen, puede decirse que la usurpación de autoridad determina la nulidad absoluta del acto (...) y la usurpación de funciones y la exalimitación de funciones, como tales, no apartan por sí la nulidad absoluta del acto, ya que ello dependerá del grado de ostensibilidad como se presente el vicio de incompetencia.’

c) Sentencia SPATSJ N° 118 del 13 de febrero de 2001 (caso: Adrián Octavio Oronoz Silva vs. Ministro del Trabajo):

{...} Respecto de la violación del procedimiento legalmente establecido, por haber efectuado la notificación del acto el Ministro del Trabajo y no el Inspector del Trabajo de la jurisdicción como ordena el artículo 451 de la Ley Orgánica del Trabajo, se observa: ...

...En consecuencia, no puede sostenerse válidamente que el Inspector del Trabajo no hubiere ejercido sus específicas competencias en la materia, como tampoco puede estimarse que el Auto dictado por el Ministro del Trabajo (Encargado), haya sido dictado por un funcionario manifiestamente incompetente para hacerlo, toda vez que en su carácter de superior inmediato del Inspector del Trabajo, corresponde a éste la revisión en sede administrativa de los recursos que en vía jerárquica se intenten contra los actos de los Inspectores.

...A juicio de la Sala, para que un acto administrativo pueda estar afectado de nulidad absoluta, de acuerdo a lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, debe haber sido dictado por un funcionario manifiestamente incompetente o con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido; y en el presente caso, el hecho de emanar del Ministro del Trabajo no supone una incompetencia manifiesta, dado el carácter de superior inmediato de este funcionario en relación con el Inspector del Trabajo y tampoco se ha vulnerado el procedimiento específico para efectuar la notificación que ordena el artículo 451 de la Ley

Orgánica del Trabajo. En consecuencia, debe desestimarse el alegato de la parte actora en este sentido y así se declara.”

- Respecto de la causa:

a) Sentencia N° 474 SPA/CSJ del 2 de marzo de 1999:

“En efecto, tanto la Ley de Carrera Administrativa como la Ley del Personal del Servicio Exterior estipulan que son de libre nombramiento o elección y remoción, los funcionarios públicos que dichas leyes determinan. Atendiendo a la última doctrina de la Sala en esta materia, es concluyente que el régimen legal aplicable a los funcionarios en comisión es el paulado en la Ley del Personal del Servicio Exterior y la fundamentación legal, en principio, para la remoción de esos funcionarios lo constituye el artículo 69 de dicha Ley. Sin embargo, la Ley del Personal del Servicio Exterior no consagra el período de disponibilidad ni la incorporación al Registro de Elegibles que establecen los artículos 64 y 68 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, por lo cual, la remoción fundada en las normas invocadas por la Administración contenidas en la Ley de Carrera Administrativa y el Decreto N° 211, atendiendo a los efectos de la situación del accionante, eran perfectamente aplicables, no solamente porque su contenido es idéntico al preceptado en el estatuto especial del servicio exterior, sino porque es más favorable a dichos funcionarios, al estipular beneficios que dicha ley no contempla.

En consecuencia, conforme a la doctrina que se asentara en el fallo invocado por la propia recurrente, el fundamento legal del acto en el caso concreto bajo análisis, esto es, la Ley de Carrera Administrativa, su Reglamento General y Decreto N° 211, no configuran en forma alguna el vicio de falso supuesto de derecho denunciado.

Por otra parte, de admitirse bajo estrictos criterios formalistas, contrarios a los principios de justicia consagrados en la vigente Constitución, que la fundamentación correcta del acto era el artículo 69 de la Ley del Personal del Servicio Exterior, se estaría en presencia de un vicio no invalidante e intrascendente, toda vez que la norma en la cual pudo sustentarse la decisión administrativa es idéntica en su finalidad a la denunciada como incorrecta, lo cual conduciría a la Sala a desecharla, igualmente, como constitutiva del vicio de falso supuesto de derecho. Así se declara, igualmente.”

b) Sentencia SPA/TSJ N° 118 del 13 de febrero de 2001 (caso: Adrián Octavio Oronoz Silva vs. Ministro del Trabajo):

“En consecuencia, no existe duda acerca de la referencia a los hechos que contiene el acto impugnado y si bien no se citan expresamente disposiciones legales, se desprende del conjunto del texto que la materia a la cual alude el Auto se encuentra prevista en la Ley Orgánica del Trabajo; tanto en lo referido al proceso de unificación de sindicatos, como a las elecciones sindicales y a las notificaciones que debe efectuar el Ministerio del Trabajo, sin perjuicio del contenido de éstas, tópico al cual se hará referencia en el punto 3 de este fallo, resultando, a juicio de la Sala, suficientemente motivado el acto que se recurre. Así se declara.”

c) Sentencia SPA/TSJ N° 465 del 27 de marzo de 2001 (caso: Luis Alberto Villasmil vs. Consejo de la Judicatura):

“De lo anterior se deduce que el Consejo de la Judicatura estimó que el recurrente obró de forma inexcusable, al cometer un craso error en la calificación jurídica realizada por él en

relación a la figura del interdicto restitutorio, ...tratándose de elementos procesales básicos que por su función, el juez debe conocer ampliamente.

Al respecto, luego de efectuado el examen correspondiente, concluye la Sala que es desacertado el criterio sostenido por el Tribunal Disciplinario del extinto Consejo de la Judicatura, al calificar como error judicial inexcusable el criterio asumido por el juez, pues se advierte que el artículo 783 del Código Civil, ubicado en el Título V, relativo a la posesión, establece:

"Quien haya sido despojado de la posesión, cualquiera que ella sea, de una cosa mueble o inmueble, puede, dentro del año del despojo, pedir contra el autor de él, aunque fuere el propietario, que se le restituya en la posesión" (negritas de la Sala).

De la transcripción efectuada, se infiere sin dificultad que resulta jurídicamente viable el decreto interdictal a favor del poseedor, incluso, contra el propietario, pues justamente de lo que se trata es de proporcionar una acción de naturaleza posesoria que permita al poseedor protegerse de situaciones, tales como la perturbación o el despojo causados por cualquier otra persona; lo cual resulta perfectamente aplicable al supuesto de hecho que da lugar al procedimiento administrativo sancionatorio. De manera que, sin entrar a considerar el carácter de poseedor o no del solicitante del interdicto restitutorio, pues ello pertenece al fondo del asunto a que se contrae la solicitud interdictal, considera esta Sala Político-Administrativa que el Tribunal Disciplinario incurrió en el vicio de falso supuesto de hecho, al apreciar erróneamente los hechos narrados en el caso de autos, pretendiendo subsumirlos dentro de la norma contenida en la Ley de Carrera Judicial que alude al error judicial inexcusable.

Sin embargo, observa la Sala que la medida disciplinaria impugnada se basa también en que el recurrente incurrió en abuso de poder; es prudente señalar que conforme a lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 44 de la Ley de Carrera Judicial, éste ocurre cuando la autoridad judicial se atribuye funciones que la ley no le ha conferido.

En tal sentido, esta Sala ha podido apreciar que aún cuando el acto administrativo sancionatorio no encuentra justificación en lo que respecta a la presunta incursión de la causal que prevé el error judicial inexcusable, no sucede lo mismo en relación con el supuesto que contempla el abuso de autoridad, pues efectuada la revisión completa de las actas que componen el expediente, se observa que si bien el recurrente alegó en su defensa el desconocimiento de una querrela interdictal ejercida en fecha 22-04-96 por ante el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas; no niega conocer la sentencia de fecha 22-03-94, decisión ya firme emanada del Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en virtud de la cual se declaró la nulidad de la venta de los puestos de estacionamiento del Edificio La Pirámide, realizada por Promotora La Pirámide, C.A. a la empresa La Pirámide, S.R.L. en fecha 29 de noviembre de 1985, toda vez que se consideró que la misma violó el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal. En consecuencia, se dictaminó que los referidos puestos de estacionamiento por ser bienes comunes, pertenecen a los propietarios del Edificio La Pirámide.

En efecto, consta en el libelo contentivo del interdicto restitutorio intentado por la empresa Promotora La Pirámide, C.A. ante el Juzgado a cargo del recurrente, la transcripción de la sentencia antes acotada; de manera que comprobado que si tuvo conocimiento el juez Luis Alberto Villasmit sobre la nulidad del contrato de venta efectuado entre ambas sociedades mercantiles, mal puede ahora aducir que obró sin conocimiento de causa; y lo que es más grave, incurrió en abuso de autoridad al dictar un decreto interdictal restitutorio con base en el contrato anulado, contrariando así el dispositivo del aludido fallo.

En tales términos, considera esta Sala ajustada a derecho la sanción impuesta por el Tribunal Disciplinario del extinto Consejo de la Judicatura en lo que se refiere a que el accionante Luis Alberto Villasmit, incurrió en la causal prevista y sancionada con destitución, en el numeral 12 del artículo 44 de la entonces vigente Ley de Carrera Judicial. Así se decide." (Resultado añadido).

d) Sentencia SP/TSJ N° 6065 del 2 de noviembre 2005 (caso: Edgar Alex Zerpa vs. Ministerio de la Defensa):

"[...] la Sala ha señalado que el vicio de falso supuesto de hecho que da lugar a la

anulación de los actos administrativos, es aquel que consiste en la falsedad absoluta de los supuestos o motivos en que se basó el funcionario que los dictó.

Si ciertamente los motivos son totalmente diferentes, de tal manera que la decisión debió ser otra, cabe en consecuencia hablar de falso supuesto de hecho.

Para que pueda invalidarse una decisión administrativa por falso supuesto de hecho, es necesario que resulten totalmente falsos el o los supuestos de hecho que le sirvieron de fundamento a lo decidido. Cuando la falsedad es sólo parcial, pero no absoluta, es necesario verificar si los alcances de aquélla (de la falsedad) son de una entidad tal que puedan conducir a enervar el acto; esto es, en otros términos, que debe evaluarse si abstracción hecha de lo que es falso, el resto de los hechos que sí son ciertos fundamentan adecuadamente o no al acto administrativo; de tal manera que si resultan ciertas y demostradas el resto de las circunstancias de hecho, aun cuando la otra sea falsa, ello necesariamente conduce a que el acto no debe ser anulado.

En el caso de autos, no obstante resultan inciertas tanto una de las circunstancias alegadas la Administración sobre la cual dictó la medida de destitución contra el actor (que la actividad haya estado ligada a alguna actividad política), como una de las agravantes (relativa a la comisión de la falta en forma que perjudique o hayan perjudicado la buena imagen de la Institución), son verídicas el resto de las imputaciones y circunstancias agravantes que se le imputan.

Dicho de otro modo, ciertamente no consta en el expediente sustanciado por la Administración que el actor se haya relacionado o inmiscuido de alguna manera en asuntos políticos (artículo 61, ordinal 33 del Reglamento de Incentivo y Corrección para el Cadete de la Escuela de Formación de Oficiales de las Fuerzas Armadas de Cooperación), ni que la conferencia se haya dictado en lugares o circunstancias que perjudiquen la buena imagen del Instituto Militar (artículo 57, literal c, ordinal 13, *iusdem*).

Sin embargo, sí consta en autos (fofo 8 del expediente administrativo) y así lo reconoció el actor, haber dirigido una comunicación al Gobernador del estado Zulia, solicitándole los pasajes del profesor Enrique Rivas Gómez para la ciudad de Maracaibo; organizar la conferencia sobre drogas en la Iglesia ubicada en el Sector San Francisco la Popular, con la asistencia de la comunidad de la zona y de cuatro Cadetes de Segundo año del Instituto Militar; no haber solicitado la autorización correspondiente ante algún Oficial de Planta de la Escuela; conocer de antemano que las solicitudes de esta naturaleza deben procesarse por el órgano regular a lo cual hizo caso omiso y reconoció que con ello incurrió en faltas de carácter grave.

Es la veracidad de estas infracciones, que también llevaron al órgano administrativo a adoptar la decisión contra el impugnante, las que ponen en evidencia que los fundamentos de hecho del acto que se revelaron como falsos, constituyen un vicio no invalidante del acto administrativo, lo cual impide en consecuencia su nulidad. Así se declara.⁷

e) Sentencia SPA/TSJ N° 46 del 17 de enero de 2007 (caso: Colegio de Farmacéuticos del Estado Sucre vs. Procompetencia):

“[...] Ahora bien, se desprende del fallo apelado que el a quo, consideró comprobado el falso supuesto de derecho en el que incurrió la Administración al estimar que las recurrentes violaron el ordinal 2° del artículo 10 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, por cuanto, a su juicio, cuando las recurrentes regularon de manera legal el turno farmacéutico, no limitaron [...] la producción, la distribución y el desarrollo técnico o tecnológico de las inversiones”.

No obstante lo anterior, la Corte consideró que tal vicio no ‘invalidaba’ la Resolución impugnada, toda vez que [...] durante la sustanciación del procedimiento administrativo sancionatorio resultó suficientemente comprobado que tanto la Federación Farmacéutica Venezolana, así como el Colegio Farmacéutico del Estado Sucre incurrieron en las prácticas anticompetitivas tipificadas en los artículos 8 y 9 de la Ley mencionada, cuya efectiva violación acarrea la imposición de las sanciones que en efecto le fueron impuestas por el órgano administrativo [...].

Sobre este particular, se considera oportuno hacer referencia a la doctrina que respecto de

los vicios no invalidantes ha sido desarrollada por esta Sala. Así, se ha señalado que para que pueda ser anulada una decisión administrativa por falso supuesto de derecho, es necesario que resulten totalmente falsos el o los supuestos de hecho que sirvieron de fundamento para la aplicación de la norma. Cuando la falsedad es sólo parcial, pero no absoluta, es necesario verificar si los alcances de aquélla (de la falsedad) son de una entidad tal que puedan conducir a enervar el acto; esto es, en otros términos, que debe evaluarse si abstracción hecha de lo que es falso, el resto de los hechos que si son ciertos fundamentan adecuadamente o no al acto administrativo; de tal manera que si resultan ciertas y demostradas las demás circunstancias de hecho, aun cuando la otra sea falsa, ello necesariamente conduce a que el acto no debe ser anulado. (Vid. Sent. N° 6.065 dictada por esta Sala en fecha 2 de noviembre de 2005).

En el caso de autos, se observa que aun cuando resulta incierto que las recurrentes a través de los acuerdos y decisiones adoptadas hayan limitado la producción, la distribución y el desarrollo técnico o tecnológico de las inversiones, prácticas prohibidas expresamente en el ordinal 2° del artículo 10 de la ley especial de la materia, si resulta cierto que la conducta por ellas desplegada (esto es, los acuerdos y resoluciones adoptadas) encuadran en el supuesto de hecho de los artículos 6 y 9 de dicha Ley; esto es, la obstaculización de la permanencia de empresas en el mercado, y la restricción de la libre competencia entre los miembros de uniones, asociaciones, federaciones, cooperativas y otras agrupaciones, lo cual se encuentra expresamente prohibido por las disposiciones antes aludidas.

Es la veracidad de tales hechos, los que llevaron al órgano administrativo a adoptar la decisión contra las recurrentes, conductas que no fueron desvirtuadas a lo largo del proceso seguido ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, por lo que resulta improcedente declarar la nulidad del acto cuestionado, aun cuando hayan sido encuadradas en forma errónea en alguna disposición legal no aplicable, toda vez que tales hechos si constituyen el supuesto fáctico regulado en otras normas cuya infracción igualmente se constató que cometieron las recurrentes.

Desvirtuadas las denuncias formuladas por la parte apelante, resulta forzoso para esta Sala declarar sin lugar la apelación ejercida. Así se decide."

f) Sentencia SPATSJ N° 598 del 14 de mayo de 2008 (caso: Luis Beltrán Sánchez vs. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial):

"De lo anterior se infiere que en el caso en concreto el órgano administrativo estimó que la existencia de un poder otorgado por el recurrente al abogado Eynard Tovar Parra para que lo representara en juicio, suponía una sociedad de intereses o amistad íntima con éste.

Sin embargo, a juicio de esta Sala tal situación evaluada por sí sola no resultaba suficiente para considerar probada una vinculación tan estrecha entre el actor y su apoderado que conllevara a deducir una sociedad de intereses o amistad íntima entre ellos, supuestos que implican la demostración de elementos adicionales al mandato.

En el caso concreto, al no estar demostrada la causal de inhabilitación antes referida, no resultaba procedente la aplicación de la sanción de destitución por la causal prevista en el numeral 11 del artículo 40 de la Ley de Carrera Judicial, incurriendo de esta manera el acto impugnado en el vicio de falso supuesto en cuanto a ese específico aspecto. Así se declara.

No obstante, en el marco del criterio de esta Sala expresado, entre otros fallos, en decisión N° 05065 del 2 de noviembre de 2005, concerniente a los vicios no invalidantes de los actos administrativos, debe advertirse que el anterior pronunciamiento no da lugar en el presente caso a la declaratoria de nulidad del acto administrativo impugnado, toda vez que la referida imputación no constituyó la única causa por la cual la Administración sancionó al recurrente y, en tal sentido, la otra revisada precedentemente en esta decisión, que también acarrea su destitución, a saber, el abuso de poder por la irregular disposición de bienes pertenecientes al tribunal a su cargo, resultó ajustada a derecho. Así se decide."

- Respecto de la motivación:

a) Sentencia SPA/TSJ N° 318 del 7 de marzo de 2001 (caso: Elsa Ramírez de Ramos vs. Contraloría General de la República):

"Al respecto cabe señalar que la motivación del acto atiende a dos circunstancias: la referencia a los hechos y la indicación de los fundamentos legales en que se basa la Administración, es decir, su justificación fáctica y jurídica, lo que constituye un elemento sustancial para la validez del acto, ya que la ausencia de causa o fundamentos abre amplio campo para el arbitrio del funcionario, pues en tal situación jamás podrán los administrados saber por qué se les priva de sus derechos o se les sanciona. Contrario de lo anotado es que la motivación del acto permite el control jurisdiccional sobre la exactitud de los motivos, constituyéndose en garantía de los derechos de los administrados.

Además, cabe advertir que la motivación del acto, no implica un minucioso y completo raciocinio de cada una de las normas que le sirven de fundamento al proveimiento, pues basta que pueda inferirse del texto los fundamentos legales y los supuestos de hecho que constituyeron los motivos en que se apoyó la Administración para decidir.

En fin no se trata de una exposición rigurosamente analítica o de expresar cada uno de los datos o de los argumentos en que se funda de una manera extensa y discriminada, puesto se ha llegado a considerar suficientemente motivada una resolución cuando ha sido expedida en base a hechos, datos o cifras ciertas que consten de manera expresa en el expediente o incluso, cuando la motivación aparezca del mismo expediente administrativo, siempre por supuesto, que el destinatario del acto haya tenido el necesario acceso a tales elementos."

b) Sentencia SPA/TSJ N° 129 del 11 de febrero de 2010 (caso: Daryng Axel Díaz vs. Ministro del Poder Popular para la Defensa):

"Más recientemente, en sentencias Nros. 00551 y 00732 publicadas en fechas 30 de abril de 2009 y 27 de mayo de 2009, respectivamente, esta Sala Político-Administrativa indicó lo siguiente:

"... todo acto administrativo, excepto los de simple trámite, debe contener expresión sucinta de los hechos que lo justifican y sus fundamentos legales. En este sentido, en jurisprudencia de esta Sala, se ha señalado que la motivación es un requisito esencial para la validez del acto administrativo; que basta para tener cumplido el mismo, que éste aparezca en el expediente formado con ocasión de la emisión del acto administrativo y sus antecedentes, siempre que su destinatario haya tenido acceso y conocimiento oportuno de éstos, resultando suficiente en determinados casos, la simple referencia de la norma jurídica de cuya aplicación se trate [...]."

- Respecto del procedimiento.

a) Cabe referir la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 13 de julio de 1993, en la que se deja sentado que los actos administrativos que no tomen en cuenta expresamente algunas

pruebas aportadas al procedimiento administrativo, no adolecen de vicio alguno; entendiéndose tales pruebas como tácitamente desechadas.¹³⁸

b) Sentencia SPA/TSJ N° 902 del 10 de mayo de 2001 (caso: Depositaria Judicial Estaveca vs. Ministerio de Justicia):

"Ahora bien, se observa que el ordinal 1° del artículo 6° de la Ley Sobre Depósito Judicial establece que las empresas cuya actividad esté orientada a las tareas de Depositarias, deben constituirse como Compañías Anónimas o de Responsabilidad Limitada, debiendo llenar, entre otros requisitos: "... 1°) El objeto exclusivo de la sociedad será el ejercicio de las funciones de depósito judicial..."

Además, el artículo 28, ordinal 2 de la misma norma legal arriba citada dispone:

"... El Ministerio de Justicia podrá revocar la autorización concedida al depositario judicial en los casos siguientes: 2°) En caso de cesación de pago o cuando hubiere temor fundado de que el depositario judicial pueda lesionar los intereses de los particulares o no pueda responder de los daños y perjuicios que se causen con ocasión del depósito judicial, y con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley..."

Del análisis pormenorizado del contenido de las dos Resoluciones emanadas del Ministerio de Justicia, esta Sala pudo constatar que la revocatoria de los permisos otorgados a la recurrente, se realizó de oficio por parte de la Administración.

Sobre este particular, resulta necesario destacar que la jurisprudencia de esta Sala Político-Administrativa, ha señalado reiteradamente que el derecho a la defensa constituye una garantía que permite que todo proceso judicial o administrativo, como es el caso que nos ocupa, sea equilibrado y respetuoso, asegurándose la igualdad entre las partes, así como el derecho a ser oído, por lo que el interesado podrá desvirtuar lo imputado, o probar lo contrario a lo sostenido por un funcionario cuando se trate de procedimientos administrativos.

De tal manera que cuando se trate de un acto en el cual se pueda ver lesionado el derecho subjetivo de los particulares, la Administración está en la obligación de abrir un procedimiento en el cual se garantice al administrado, el ejercicio efectivo de las garantías antes señaladas.

Ahora bien, del análisis de las Resoluciones transcritas y de las actas que cursan en autos, pudo constatar esta Sala que el Ministerio de Justicia (hoy Ministerio del Interior y Justicia), revocó las autorizaciones sin que previamente se hubiese iniciado un procedimiento en el que la Depositaria Judicial Estaveca, S.A. tuviera la posibilidad de exponer alegatos y promover las pruebas que en su favor considerare pertinentes.

Al respecto, esta Sala observa que si bien, como lo alega la Procuraduría, el Ministerio tiene facultad para revocar las autorizaciones otorgadas, tal revocatoria no puede realizarse sin tomarse en cuenta los derechos del afectado.

Así, en el Capítulo V de la Ley Sobre Depósito Judicial (artículo 25 y siguientes), se establece lo relativo a la "Fiscalización de los Depositarios Judiciales", indicándose en el artículo 27 que el Fiscal designado para realizar la inspección y vigilancia respectiva, cuando considere que existe alguna irregularidad, procederá a levantar un acta que firmarán tanto éste (el Fiscal) como el depositario o su administrador, remitiendo el original de la inspección al Ministerio de Justicia para la imposición de la sanción respectiva.

Así las cosas, aun para las irregularidades mínimas en que puedan incurrir las depositarias, existe un procedimiento que, si bien resulta algo informal, permite al afectado conocer los hechos que se le imputan y, en consecuencia, ejercer su derecho a la defensa.

De allí, que cuando la Ley Sobre Depósito Judicial no establece un procedimiento para la revocatoria de las autorizaciones otorgadas con la finalidad de ejercer las funciones de depositario judicial, éste debe realizarse conforme con las disposiciones contempladas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, garantizándose de esta manera el efectivo derecho a la defensa y al debido proceso que debe estar presente tanto en la instancia

¹³⁸ Revista de Derecho Público N° 55-56, julio-diciembre 93. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 1993, p. 216.

judicial como en la administrativa

En consecuencia, al no haber tenido el recurrente acceso a un procedimiento administrativo, considera esta Sala que las dos Resoluciones cuestionadas, están viciadas de nulidad por lesionar el debido proceso administrativo y, por tanto, resultan nulas, según la previsión contenida en el numeral 4º del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Por tanto, en el dispositivo del fallo la Sala repondrá la causa al estado de que el organismo respectivo inicie el procedimiento correspondiente a los fines de revocar las autorizaciones concedidas a la actora. No obstante, la Sala en virtud de su poder cautelar y a los efectos de garantizar el ejercicio de los derechos de las partes involucradas ordenará la suspensión, en el dispositivo de el fallo, de la realización de toda actividad mercantil de las depositarias con excepción de la relativa a la entrega de vehículos. Así se decide". (Negritas añadidas).

c) Sentencia SPA/TSJ N° 1.450 del 12 de julio de 2001 (caso: Francisco Alberto Mérida vs. Ministro de Relaciones Interiores):

"Denuncia el recurrente que la Administración ignoró el procedimiento instaurado por el Reglamento Interno para la Administración de Personal de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP). Al respecto, se observa:

En el presente caso al actor se le instauró el procedimiento disciplinario pautado en el Reglamento Interno para la Administración de Personal de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP), el cual habría sido vulnerado por la Administración, dado que conforme a su artículo 59, "El sumario disciplinario abierto por la Inspectoría General de los Servicios deberá concluirse dentro del plazo de treinta días a partir de la noticia del hecho. El inculcado tendrá acceso a los recaudos con diez (10) días de antelación a las remisión de las actuaciones al Director General Sectorial, a fin de hacer exposición por escrito por sí o mediante la ayuda de algún funcionario perteneciente a los Servicios de Inteligencia y Prevención tendientes a su defensa".

En el presente caso los hechos sucedieron el 13 de abril de 1996 y la sanción fue dictada el día 15 de abril de 1996, olvidándose, en principio, el marco reglamentario escogido por la propia Administración.

No obstante, se desprende de autos que el actor declaró y aceptó, en su declaración, los hechos constitutivos de las faltas por las cuales fue destituido, y en el expediente administrativo cursan las declaraciones de los involucrados en ellos, las actas policiales y demás elementos probatorios, que demuestran de manera convincente, el abandono del servicio, la ingestión desmesurada de bebidas alcohólicas, haber disparado con su arma de reglamento contra un vehículo colectivo de pasajeros y haber ocasionado la muerte de una persona de tres balazos, por lo cual los antecedentes del caso, las circunstancias en que ocurrieron, el responsable del hecho y las normas sancionatorias aplicables, constaron a la Inspectoría General y al Director del organismo, casi inmediatamente después de ocurridos los hechos, careciendo de objeto que la Administración dejara transcurrir los lapsos reglamentarios para proceder a aplicar la sanción de destitución, dada la gravedad de las faltas y el compromiso institucional que se imponía por el hecho de que uno de sus funcionarios estuviere involucrado en tan graves irregularidades.

Se agrega a lo anterior, que los lapsos contemplados para sustanciar el procedimiento que contempla el Reglamento Interno para la Administración de Personal de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP), se instituyeron, precisamente, para investigar los hechos, identificar a los presuntos responsables y establecer las normas sancionatorias aplicables, cuestiones que la Administración verificó completamente a las 24 horas de producirse el incidente, teniendo el actor acceso a los recaudos de la investigación, desde que éste despertó, esposado y detenido, y fue informado de todo lo sucedido a raíz de su comportamiento. En consecuencia, carece de fundamento la denuncia de violación del procedimiento formulada por el recurrente. Así se declara." (En esta sentencia también se refiere al establecimiento de medidas disciplinarias en reglamentos pero no anula el acto...)" (Resaltado añadido).

d) Sentencia SP/TSJ N° 38 del 20 de enero de 2010 (caso: Manuel Rosales Guerrero vs. Contraloría General de la República):

"De manera que al no guardar el objeto de la prueba pertinencia con el hecho imputado la Administración no tenía el deber de valorarla, ello incluso sin necesidad de una declaración expresa de su impertinencia, dado que en los procedimientos administrativos la valoración de las pruebas se realiza con base en un formalismo moderado en virtud del principio de flexibilidad probatoria, no estando la Administración atada a un régimen tan riguroso como el que se exige en la función jurisdiccional (Vid. Sentencia N° 815 del 4 de junio de 2008)".

e) Sentencia SP/TSJ N° 116 del 3 de febrero de 2010 (caso: Clariant Venezuela S.A. vs. Ministro del Poder Popular para Economía y Finanzas):

"La anterior disposición consagra la posibilidad que un órgano administrativo jerárquicamente superior a otro se avoque al conocimiento de un asunto que le esté atribuido al subordinado, cuando razones de índole técnica, económica, social, jurídica o de interés público lo hagan conveniente.

Sin embargo, en este excepcional caso el legislador exige que dicha facultad se realice 'mediante acuerdo motivado que deberá ser notificado a los interesados en el procedimiento, si fuere el caso, con anterioridad al acto administrativo definitivo que se dicte.'

Dichas exigencias están dirigidas a que los interesados identifiquen con antelación claramente la autoridad que en definitiva atenderá el asunto, y conocer los motivos que justificaron, para el caso concreto, la sustitución del órgano naturalmente competente, aspectos éstos relacionados con el principio de la seguridad jurídica, toda vez que con el ejercicio de esta excepcional facultad de avocamiento se dejan de aplicar las reglas ordinarias que en materia de competencia establece la Ley respectiva.

En el caso en concreto, esta Sala observa que el Director General de Inspección y Fiscalización de ese Ministerio dictó la decisión (...) -acto de primer grado-, en la que ordenó a la recurrente reintegrar al Banco Central de Venezuela la cantidad de dos mil ochenta y dos dólares (...), por no haber comprobado el correcto uso de las divisas otorgadas (...), acto contra el cual aquélla interpuso recurso de reconsideración.

Siendo ello así, se observa que el numeral 2 del artículo 20 del Decreto Presidencial N° 3.337 de fecha 12 de diciembre de 2004, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.088 del 14 del mismo mes y año, contenido de la Reforma Parcial del Decreto N° 373 de fecha 7 octubre de 1999, en el que se dicta el Reglamento Orgánico del Ministerio de Finanzas, dispone:

'Artículo 20: Corresponde a la Dirección General de Inspección y Fiscalización:
(...)

2) Finiquitar los casos pendientes en materia de régimen cambiario. (...)'

Igualmente debe señalarse que el artículo 94 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, prevé (...)

Conforme a las disposiciones antes transcritas, esta Sala aprecia que el recurso de reconsideración interpuesto por la sociedad mercantil recurrente debía ser resuelto por el Director General de Inspección y Fiscalización del Ministerio del Poder Popular para las Finanzas, al estarle atribuida expresamente la competencia para ello y ser el órgano emisor del acto originario.

Sin embargo, fue la Viceministra de Regulación y Control de ese Ministerio (autoridad jerárquicamente superior a aquélla), la que decidió el recurso de reconsideración (...) de conformidad con lo establecido en el supra transcrito artículo 41 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, pero sin que conste en autos que previamente haya dado

cumplimiento de los dos (2) extremos exigidos en la mencionada norma, para ejercer tal facultad de evocamiento.

Ahora, en criterio de esta Sala tal inobservancia en el presente caso a lo que conduciría es a un vicio estrictamente formal cuyo único efecto sería la nulidad relativa del procedimiento en cuestión y, por consiguiente, que esta Sala simplemente ordene a la autoridad recurrida proceder a subsanar tales omisiones, antes de expresar nuevamente su misma voluntad sobre la situación de autos.

En este orden de ideas debe señalarse que este Órgano Jurisdiccional ha establecido que cuando el vicio de procedimiento no produce una discriminación efectiva, real y trascendente de las garantías del administrado, sino que representa sólo fallos o irregularidades peculiares, derivadas del incumplimiento de algún trámite del procedimiento, el vicio es sancionable con anulabilidad, es decir, nulidad relativa, ya que sólo constituyen vicios que afectan la nulidad absoluta del acto aquellos que tengan relevancia y produzcan una lesión grave al derecho de defensa, además de los que representan una arbitrariedad procedimental evidente. (Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.970 de fecha 17 de diciembre de 2000).

(...)

Por las consideraciones precedentemente expuestas, esta Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara: SIN LUGAR el recurso contencioso administrativo de nulidad ejercido”.

- Respecto a otras formalidades.

a) Sentencia N° 1.505 del 28 de julio de 2001 (caso: Aserca Airlines, C.A. vs. Ministro de Transporte y Telecomunicaciones):

“En el caso de autos, se evidencia que la autoridad aeronáutica no menoscabó el derecho a la defensa de ASERCA AIRLINES C.A. En efecto, se constata del expediente administrativo remitido por el actual Ministerio de Infraestructura que la tramitación de cada uno de los procedimientos fue la siguiente:

Se iniciaron mediante sendas actas de infracción aeronáutica, en las cuales consta la fecha y la hora en que fueron levantadas, el número de vuelo y de matrícula, el retardo, el nombre, identificación, cargo y firma del funcionario del Ministerio de Transporte y Comunicaciones y del Representante de la Empresa. Luego, por memorando suscrito por el Director General Sectorial de Transporte Aéreo, dirigido al Comité de Infracciones, se ordenó “abrir el procedimiento administrativo correspondiente a la empresa AEROSERVICIOS CARABOBO C.A. (ASERCA). De lo anterior, así como de la oportunidad con que contaba para presentar sus alegatos, fue notificada la recurrente y esta última, en la oportunidad señalada, consignó su escrito de defensa.

También expresa la recurrente que las actas de infracción no fueron firmadas por el representante legal de ASERCA AIRLINES, C.A. Advierte este Alto Tribunal que la firma es abundantemente necesaria cuando se trata de la notificación del acto final, pues éste sí es capaz de causar un verdadero gravamen, mas no cuando se está en presencia de las actas de infracción, las cuales, como se ha señalado, por lo general no escarzan un perjuicio directo al particular.” (Subrayado añadido).

De las decisiones parcialmente transcritas pueden desprenderse las circunstancias siguientes (en función de lo que, al menos en alguna oportunidad, se ha señalado a nivel judicial): a) la competencia para dictar un acto administrativo puede venir desarrollada por normas de rango sub-legal o

mediante providencias administrativas; b) la incompetencia como vicio de nulidad depende de su grado de ostensibilidad; c) la Administración podrá omitir, en el acto administrativo, la indicación de su base legal, si ésta se deduce del acto mismo; d) la falsa apreciación de un hecho en el acto administrativo no invalida necesariamente el acto si los restantes motivos fueron correctamente percibidos y conducen, por sí solos, a la misma conclusión; e) no existe falso supuesto de derecho si la Administración se fundamenta en un norma errónea, si la aplicable es idéntica en su finalidad; f) si la Administración no analiza suficientemente la base legal aplicada al caso concreto, pero pueden inferirse del acto los fundamentos legales del mismo, no existirá falso supuesto; g) en algunos casos será suficiente "la referencia" a la norma jurídica aplicada; h) si la Administración no aplica el procedimiento legalmente previsto para el supuesto concreto, pero el particular se defiende, no existe irregularidad procedimental; i) la Administración no está obligada a indicar en el acto el por qué considera que una prueba es impertinente a los efectos de abstenerse de su valoración; j) la ausencia de firmas en un acto de trámite no constituye un vicio.

Los anteriores criterios evidencian que el examen de los vicios del acto administrativo cada vez está más influido por consideraciones que no son verdaderamente deducibles de la ley sino de la percepción y criterio del intérprete, y que tal forma de apreciación reduce, sin duda, los casos en que las anotadas irregularidades producirán la invalidez del acto administrativo no obstante la indiscutible existencia de una indebida actuación de la Administración.

En el capítulo que sigue, expondremos nuestra posición en torno a las ventajas y desventajas de tales posturas jurisprudenciales.

CAPÍTULO V.

Incidencia de los criterios jurisprudenciales en la efectividad de la tutela judicial y el ejercicio de la función administrativa. 1) Tutela judicial efectiva; 2) Conservación de los actos administrativos; 3) Efectos de la jurisprudencia en la materia.

1) La tutela judicial efectiva.

El término "tutela judicial" tiene su origen en la sustitución de la "autodefensa" por la protección encomendada a una persona que, siendo imparcial ante las posiciones en conflicto, distribuye entre las partes de éste sus derechos, manteniendo entre ellos la paz.

El reconocimiento expícito del derecho a la tutela judicial, precisa Picó, tuvo lugar a partir de la Segunda Guerra Mundial, cuando ocurre en Europa el fenómeno de la "constitucionalización de los derechos fundamentales de las personas", y dentro de éstos, "una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial". Así, aduce dicho autor que los claros modelos de ese fenómeno de constitucionalización de las garantías procesales como derechos fundamentales de las personas, lo constituyen la Constitución Italiana del 27 de diciembre de 1947 (artículo 24) y la Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949 (artículos 19.4, 101.1 y 103.1); así como el "Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales", de 1950 (artículo 6); y finalmente, en España, la Carta Magna de 1978 (artículo 24).¹³⁷

Al respecto indica Canova¹³⁸ que, una vez que el Estado ha vedado a los particulares el velar, por sí mismos, sus derechos e intereses frente a los demás y se ha apropiado, para afianzar la paz social, de la administración de justicia, queda constreñido a reconocer la facultad de los ciudadanos de

¹³⁷ Juan Picó i Junoy: *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona. J.M. Bosch Editor, 1997, pp. 17-20.

¹³⁸ Antonio Canova González: "Tutela judicial efectiva, contencioso administrativo y Sala Constitucional". *Revista de Derecho Administrativo N° 7*. Caracas. Editorial Sherwood, 1999, pp. 22-23.

exigir, frente a él, la tutela de lo que entienden es su espacio jurídicamente protegido. Agrega, que la obligación estatal de dar protección jurisdiccional a los ciudadanos queda forzosamente ampliada a propósito de la noción de Estado de Derecho, pues además de inequívoca, debe prestarse de manera efectiva, esto es, debe ser "real y verdadera".

En Venezuela, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (directamente inspirado en la Constitución Española), se encuentra expresamente consagrado en el artículo 26 de la Constitución de 1999, el cual integra y forma parte de los derechos y garantías fundamentales, y el mismo comprende el acceso a la jurisdicción, el debido proceso y la eficacia del fallo.

Del contenido del citado precepto y, en general, de los principios que a nivel de derechos fundamentales y administración de justicia inspiran el Texto Fundamental, debe entenderse a la tutela judicial efectiva como el derecho a hacer valer situaciones jurídicas concretas ante los órganos que integran el Poder Judicial, sin restricciones injustificadas; a pretender de éstos determinadas actuaciones, y a que el examen de tales pretensiones se efectúe en el marco de unas garantías mínimas integradas en un proceso.

Valga destacar que el aludido artículo 26 vino a reconocer, más que establecer, el derecho en referencia (como en efecto se desprende de la Exposición de Motivos de la Constitución, en la cual "Se reconocen los derechos de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva"); pues con base en el artículo 68 del Texto Constitucional de 1961 la otrora Corte Suprema de Justicia, invocando la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de un derecho a la tutela judicial efectiva de rango constitucional, efectuó importantes pronunciamientos, como la declaratoria de inconstitucionalidad del antiguo requisito "solve et repete" (vid. sentencia de la Sala Político-Administrativa del 14 de octubre de 1990, caso: Scholl Venezolana, C.A.); y

el reconocimiento en el contencioso-administrativo de las medidas cautelares (vid. decisión de la misma Sala del 15 de noviembre de 1995, caso: Lucía Hernández y Arnoldo Echegaray).

En el ámbito del derecho supranacional, la tutela judicial efectiva está consagrada en: el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, dictada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en fecha 10 de diciembre de 1948, los artículos 2 numeral 3, literales a, b y c, y artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas; el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en 1848, en Bogotá, Colombia; el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José, adoptada en esa ciudad de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

En el marco del desarrollo jurisprudencial del derecho en referencia (post-Constitución de 1999), puede mencionarse la sentencia N° 576 dictada el 27 de abril de 2001 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (caso: María Josefina Hernández Marsán), en la que se expuso:

“...La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 26 consagra la Garantía Jurisdiccional, también llamada el derecho a la tutela judicial efectiva, que ha sido definido como aquel, atribuido a toda persona, de acceder a los órganos de administración de justicia para que sus pretensiones sean tramitadas mediante un proceso, que ofrezca unas mínimas garantías, todo lo cual sólo es posible cuando se cumplen en él los principios establecidos en la Constitución. Es, pues, la Garantía Jurisdiccional, el derecho de acceso a la justicia mediante un proceso dirigido por un órgano, también preestablecido para ello por el Estado, para conseguir una decisión dictada conforme al derecho mediante la utilización de las vías procesales prescritas para el fin específico perseguido, en el entendido que dicho derecho en manera alguna comprende que la decisión sea la solicitada por el actor o favorezca su pretensión, ni que en el curso del mismo se observen todos los trámites e incidencias que el actor considere favorables a él. El derecho a la tutela judicial efectiva comprende, asimismo, el derecho a la ejecutoriedad de la sentencia obtenida en derecho. Ahora bien, dicha garantía implica, para los administrados, la obligación de someter la tramitación de sus pretensiones a los órganos jurisdiccionales establecidos por el Estado mediante las vías y los medios procesales contemplados en las leyes adjetivas, así como también la de no obstruir, de manera alguna, la administración de justicia desarrollada por el Estado en cumplimiento de sus funciones, lo que conlleva la obligación de no realizar actos inútiles ni innecesarios a la defensa del derecho que se pretenda sea declarado, pues ello, además de contravenir los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil, podría configurar el abuso de derecho generador de responsabilidad

patrimonial u otras responsabilidades...". (Negrillas agregadas).

Asimismo, resulta ilustrativa la decisión N° 960 de fecha 9 de mayo de 2006, con ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, en la que la citada Sala expresó:

"...La Sala recuenta que uno de los mayores logros del Constituyente de 1999 fue la expresa consagración del derecho a la tutela judicial efectiva en el artículo 26 de la Carta Magna, derecho que comprende otros también fundamentales, como lo son: a) el derecho de acceso a la jurisdicción, expresamente mencionado en ese artículo 26; b) el derecho a la defensa y al debido proceso, desarrollados en el artículo 49 constitucional; y c) el derecho a una decisión oportuna y eficaz –al que alude el único aparte del artículo 26 eiusdem–, el cual, a su vez comprende el derecho a la tutela cautelar de las partes en juicio y el correlativo poder cautelar general del juez para asegurar la efectividad del fallo definitivo...Sin duda, el derecho a la tutela judicial efectiva es fundamental en un Estado que, según la Constitución, se califica como de Derecho y de Justicia. Esa calificación revela claramente las pretensiones del Constituyente: el Derecho (las normas y los principios generales) es base del Estado y debe perseguirse que ese Derecho se traduzca en Justicia (su efectiva y uniforme aplicación). Por ello, el Poder Judicial (organización que, por antonomasia, tiene atribuida la Justicia en los casos en que sea reclamada) adquiere un lugar preponderante en la estructura estatal.

Al Poder Judicial se le otorgan constitucionalmente garantías (la autonomía es una de ellas), pero a la vez el Poder Judicial queda sujeto a una serie de deberes que son el correlativo de los derechos de los justiciables. Sin vacilación, la Sala afirma que el principal derecho de los justiciables es el de la tutela judicial efectiva. De allí, la razón por la que se trata de un derecho de contenido tan amplio como diverso. ... (omissis)... Lo que sí es pertinente destacar es que el derecho a la tutela judicial efectiva implica el reconocimiento a los jueces de poderes para la protección cautelar y para la ejecución de sus sentencias.

Efectivamente, el poder cautelar de los jueces se erige como auténtico deber en caso de que el peticionario en el proceso alegue y demuestre que se dan las circunstancias necesarias para obtener una protección anticipada. De esta manera, para la parte en el proceso el otorgamiento de medidas cautelares es un derecho y para el juez, un deber. Esta Sala lo ha reconocido así en numerosas ocasiones y, con base en ello, ha concedido la tutela solicitada en cuanto ocasión lo ha estimado procedente, en cumplimiento de su misión constitucional.

Las medidas de ejecución, aun con más razón, son parte del derecho a la tutela judicial efectiva, pues no basta la emisión del fallo para que el victorioso se vea satisfecho, salvo que se trate de pretensiones mero declarativas, en las cuales –justamente– no hay ejecución posible. El juez, llegada la oportunidad, debe procurar el cumplimiento de sus fallos y, de ser el caso, lograrlo a través de los medios de ejecución forzosa, para lo cual la parte interesada cuenta con los mecanismos procesales para exigirlos.

Para la Sala, entonces, y en su jurisprudencia reiterada, las medidas provisionales y las de ejecución son parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, la Sala es del criterio que el legislador puede, en ciertos casos, negar la posibilidad de obtener protección cautelar o incluso la ejecución de los fallos judiciales....".

El contenido de esta jurisprudencia parcialmente transcrita ha sido reiterado en numerosas decisiones, a saber: Sentencia N° 2222 del 15/08/2003, Expediente N° 03-0060; Sentencia N° 1554 del 08/07/2002, Expediente N° 01-0763; Sentencia N° 1313 del 22/06/2005, Expediente N° 03-0981; Sentencia N° 1554 del 08/07/2002, Expediente N° 01-0763, entre muchas otras; lo que le da fuerza de precedente constitucional dado el carácter vinculante de las decisiones que emanan de la Sala Constitucional.

Sólo a modo referencial, señalaremos que la Sala Político-Administrativa, por su parte, ha expresado:

"... la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra el derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 26), que no se agota, como normalmente se ha difundido, (i) en el libre acceso de los particulares a los órganos de administración de justicia para defenderse de los actos públicos que incidan en su esfera de derechos, sino que también comporta, (ii) el derecho a obtener medidas cautelares para evitar daños no reparables por el fallo definitivo; (iii) derecho a asistencia jurídica (asistencia de letrados) en todo estado y grado del proceso; (iv) derecho a exponer las razones que le asistan en su descargo o para justificar su pretensión; (v) oportunidad racional para presentar las pruebas que le favorezcan y para atacar el mérito de las que lo perjudique; (vi) obtener un fallo definitivo en un tiempo prudente y, otra garantía, hoy por hoy más necesaria ante órganos o entes contumaces a cumplir con las decisiones judiciales, (vii) el derecho a obtener pronta y acertada ejecución de los fallos favorables...". (Sentencia N° 2.762 del 20 de noviembre de 2001; caso: Félix Enrique Pérez, Mirian Celia y Otros vs. Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela).¹⁸⁸

"El derecho a la tutela judicial efectiva constituye uno de los principios de mayor trascendencia que definen y determinan la acción contemporánea del estado de derecho. El conjunto de derechos y garantías reconocidos en favor de los ciudadanos por el ordenamiento jurídico, se hace letra muerta, si el Estado no garantiza en forma prioritaria, la existencia y el respeto a un sistema jurisdiccional que permita libremente a los administrados exigir la protección plena de todas sus libertades.

En esa dimensión, el derecho a la tutela judicial efectiva se transforma en el primer y principal instrumento que asegura la justa, confiable y pacífica resolución de los conflictos entre particulares inherentes a la vida en sociedad, así como, la primera línea de protección de las libertades ciudadanas ante las eventuales actuaciones arbitrarias de los órganos del Estado.

Dos de las más importantes implicaciones del derecho a la tutela judicial efectiva, lo conforman el derecho a la defensa y al debido proceso. El primero, entendido como la libertad de formular los alegatos, aportar las pruebas y ejercer los recursos que el ciudadano estime más convenientes para la causa que sostiene en resguardo de sus derechos e intereses y, el segundo, como la garantía de que todo juicio se ventile siguiendo un procedimiento previamente establecido por la ley, sin dilaciones indebidas, de carácter público, en fin, con respeto a todas las garantías procesales." (Sentencia N° 1.703 del 7 de octubre de 2004).¹⁸⁹

De las características dadas por la doctrina y la jurisprudencia a la tutela judicial efectiva, podemos apreciar la existencia de dos posiciones: a) la primera, estriba en asociar el derecho a obtener una tutela jurisdiccional eficaz, con el acceso a la justicia o, dicho de otro modo, con el derecho de acción; b) la segunda, aprecia la tutela judicial desde un punto de vista más autónomo y complejo, y la define en función de la existencia de un sistema jurisdiccional en el que se garantice en cada fase del proceso -no sólo en el momento del efectivo acceso al órgano jurisdiccional sino a lo largo del

¹⁸⁸ www.tsa.gov.ve/decisiones/tsa/Noviembre/02762-201101-16491.htm

¹⁸⁹ www.tsa.gov.ve/decisiones/tsa/Octubre/01703-071004-2000-0860.htm

mismo hasta la fase de ejecución- toda una serie de aspectos que no constituyen sino atributos del derecho a la defensa y el debido proceso, a saber: el derecho a exponer las razones que le asistan al justiciable o justifiquen su pretensión, a presentar las pruebas que estime pertinentes y contar con la oportunidad de atacar el mérito de las que considere le perjudican, el derecho a obtener un fallo definitivo, oportuno y acorde con las circunstancias planteadas, entre otros.

Lo que no admite discusión es que el comentado derecho tiene -como apunta Canova- "enormes incidencias en la estructura del proceso"¹⁴¹, por cuanto a la vez que conmina al legislador a la incorporación de "instrumentos capaces de coadyuvar en la batalla contra los daños que se pueden originar por el transcurso del tiempo", coloca al Estado como principal responsable del correcto funcionamiento de la actividad prestacional de administración de justicia. Claro está que la tutela judicial debe ejercerse y garantizarse dentro del margen del proceso y de manera razonable.

En definitiva, la efectividad en el acceso a la justicia y de la tutela judicial proferida, no depende sólo de la existencia de un marco normativo que regule la forma de pretender esa tutela o de un procedimiento que permita arribar a una decisión vinculante, esto es, que emane de un ente que tenga la capacidad de hacerla cumplir, sino que exige -adicionalmente- que la emisión del fallo haya estado precedida de un análisis consciente, razonable y ponderado de los efectos del mismo no sólo en las situaciones particulares involucradas, sino en el marco de la realidad en que la sentencia adoptada va a tener incidencia; lo que abarca -tratándose de causas contencioso administrativas- el funcionamiento en sí mismo de la Administración Pública, tanto para la oportunidad del pronunciamiento judicial como en momentos futuros en los que dicha Administración decida actuar sobre la base,

¹⁴¹ Antonio Canova González: "Tutela judicial efectiva, contencioso administrativo y Sala Constitucional". *Revista de Derecho Administrativo* N° 7...op. cit., p. 44.

interpretación u orientación del precedente judicial.

La tutela judicial efectiva exige a los jueces una especial conducta, por lo que el papel del juez es determinante para lograr la efectividad del derecho. En el ejercicio de la función jurisdiccional debe conseguirse un punto medio en cuanto a la idoneidad del fallo, idoneidad tanto respecto de las situaciones subjetivas afectadas como respecto de la incidencia de la declaración judicial en el quehacer del aparato administrativo cuyos órganos verán, en dicho pronunciamiento, una pauta u guía de gestión.

2) Conservación de los actos administrativos.

La conservación o estabilidad de los actos administrativos se ha postulado como un principio que, aunado a la presunción de legitimidad o validez de tales actos, ha tenido una notable incidencia al momento de resolver impugnaciones contra aquéllos.

Sobre el punto, Botero Aristizábal señala que el principio de conservación o estabilidad de los actos administrativos "procura mantener intangible la actuación administrativa, por encima de ilegalidades que no tienen la fuerza suficiente de atentar contra valores superiores protegidos por el ordenamiento, situados estos últimos casi siempre en el texto constitucional".¹⁴²

Beladiez Rojo, acuñando frases de Merkl, alude a la "pretensión de vigencia" o "pretensión de eternidad" del Derecho, a través de la cual éste persigue su supervivencia, y a su vez explica que ese Derecho abogue o proteja la conservación de los actos dictados como producto de su aplicación, independientemente de que ese acto esté o no conforme con el orden jurídico. La conservación de los actos jurídicos viene a asegurar, señala, que todo acto que pueda cumplir su finalidad sin infringir el ordenamiento jurídico, la cumpla, esto es, haga efectiva la función que le es

¹⁴² Luis Felipe Botero Aristizábal. *Acción Popular y nulidad de actos administrativos...* op. cit., p. 16.

propia, función o finalidad práctica en la que estará involucrada la satisfacción de intereses de sujetos de derecho; de modo que tal conservación viene a ser, en sí misma, un valor jurídico y atiende a los efectos que el acto puede o es capaz de producir.¹⁴³

En el campo de los actos administrativos, que suponen siempre la satisfacción de intereses generales y ostentan además una presunción de validez, considera la citada autora que tal conservación es incluso más sencilla. No obstante, apunta -muy razonablemente- que tal vocación de permanencia no significa que los actos deban ser conservados en cualquier caso, sino que la determinación en cuanto a conservar o no los efectos de un acto impone analizar la importancia o interés del mantenimiento del acto, bien porque resulte relevante para el derecho, bien porque dicho acto -aun habiendo incurrido en infracción grave de la ley- involucre un interés digno de protección; en este último caso habrá que examinar además el régimen de invalidez existente.

Es así que el principio de conservación -según dicha autora- permite determinar cuándo un acto es, en sí mismo, valioso para el Derecho, apreciación que se dificulta justamente cuando el acto adolece de alguna irregularidad o vicio.

Al respecto, esto es, en el marco de la conservación de actos irregulares, pone como ejemplo que sobre un terreno ilegalmente expropiado se haya construido una obra pública, vgr., una autopista; supuesto en el cual "a pesar de que la expropiación es ilegal, es necesario conservarla".¹⁴⁴

Jordano Fraga no coincide con tal posición pues considera que la prohibición de convalidación de los actos nulos posee fundamentos racionales tan legítimos como el principio de conservación y, citando a Capozzi, estima que en esos casos de actos nulos, que no pueden ser

¹⁴³ Margarita Beladiez Rojo: *Validez y eficacia de los actos administrativos...* op. cit., pp. 42, 45.

¹⁴⁴ Margarita Beladiez Rojo: *Validez y eficacia de los actos administrativos...* op. cit., p. 43.

subsanaos con una simple sucesiva manifestación de voluntad, el único remedio es la emanación de un acto nuevo, completo en sus elementos.¹⁴⁵

Dentro de nuestra doctrina, Torrealba Sánchez refiere como una de las constantes en el tratamiento jurisprudencial del acto administrativo a "la consideración del principio de conservación del acto como criterio primordial para evaluar la procedencia de anular el mismo por defectos o irregularidades de forma, sobre la base, tanto de la entidad del vicio, como de evaluar sus consecuencias respecto a determinar si el acto alcanzó o no su finalidad y si durante el iter procedimental de su formación pudo o no haberse configurado indefensión para el administrado".¹⁴⁶

Al comentado principio de conservación o estabilidad del acto administrativo, se ha referido la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, siendo un ejemplo de ello la sentencia adoptada el 21 de octubre de 2009 bajo el N° 2009-1728, en la que expuso:

"[...] aun cuando la Administración no calificó de la manera más adecuada la conducta del recurrente, el hecho cierto, reconocido por el apoderado judicial del recurrente, es que el funcionario Antonio José Castellanos Rodríguez no observó con diligencia e integridad el cumplimiento de los deberes, órdenes e instrucciones contenidas en las Normas de Seguridad de la Dirección de Investigaciones; que con su negligencia pudo evidentemente producir un perjuicio grave a la reputación de la DTSP, exponiendo la buena fama del Organismo, una institución vital para el mantenimiento de la seguridad del Estado, e incurriendo en las faltas contempladas en la Ley del Estatuto de la Función Pública, esto es, incumplió con su deber de funcionario al contravenir el cumplimiento de las órdenes del servicio (artículo 85, ordinal 4); actuar de manera negligente incurriendo en omisiones que afectan la disciplina y el prestigio de la institución (artículo 85.6); razones por las cuales considera la Corte, que la sanción de destitución impuesta por el Director General del Organismo estuvo ajustada a derecho y por tanto debe mantenerse, en virtud de la desobediencia a las órdenes e instrucciones contenidas en las Normas de Seguridad de la Dirección de Investigaciones, y a la falta de probidad puesta de manifiesto por el recurrente en el ejercicio de sus funciones. Así se decide.

Aunado a lo anterior, en el caso de autos a juicio de esta Corte resulta necesario tener en consideración el principio de conservación de los actos administrativos, conforme al cual el hecho de que los actos cumplan con el fin al cual están destinados -si éste es legítimo-, ello representa en sí mismo un valor jurídico, que se manifiesta en la pretensión de asegurar que ese acto cumpla la función que le es propia (esto es, que alcance su finalidad práctica) para garantizar de este modo la satisfacción de los intereses que motivaron su emanación. El principio de conservación posee especial relevancia en el Derecho Administrativo, dada la necesaria presencia del interés público en todo el actuar de la Administración. Al tener todos los actos administrativos, por definición, un fin público, la finalidad que se persigue con esa conservación no es sólo la realización de los intereses de las partes, sino la del interés general, que es el fin que todo acto de la Administración debe pretender (...)

¹⁴⁵ Jesús Jordano Fraga: *Nullidad de los actos administrativos y derechos fundamentales...* op. cit. p.170.

¹⁴⁶ Miguel Ángel Torrealba Sánchez: "El acto administrativo como objeto de la pretensión procesal administrativa y su tratamiento jurisprudencial a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia"... op. cit.

En el caso de autos, a pesar de haber incurrido originariamente en un error en la calificación de la causal interpuesta, en la Resolución impugnada se estableció que el recurrente incurrió en el supuesto de hecho referido a la falta de probidad y a la desobediencia a las órdenes e instrucciones impartidas, por lo que a juicio de esta Corte - reiteramos- comprobado el acaecimiento de los supuestos contenidos en el artículo 86 de la Ley del Estatuto de la función Pública, resulta suficiente para convalidar la actuación de la Administración, y en consecuencia, los efectos del acto administrativo impugnado deben conservarse.¹⁴⁷

La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha interpretado también, en repetidas oportunidades, el señalado principio, como se aprecia de las decisiones que a continuación citamos parcialmente:

(i)

"La estabilidad de los actos administrativos se traduce siempre en una necesidad de esencia finalista para el ordenamiento jurídico, tanto para la eficacia del acto como para la seguridad jurídica de los particulares y, en segundo lugar, que puede y debe la Administración declarar la nulidad de oficio en cualquier momento, de aquellos actos suyos contrarios a derecho y que se encuentren afectados de nulidad absoluta, sin perjuicio de que también pueden hacerlo con respecto a aquellos actos suyos violados de nulidad relativa que no hayan dado lugar a derechos adquiridos." (Sentencia SPA/TSJ N° 1107 del 19 de junio de 2001).¹⁴⁸

(ii)

"Se exige entonces para la impugnación de los actos administrativos de efectos particulares, la titularidad de un derecho subjetivo lesionado por el acto administrativo que se recurre, o un interés calificado que reúna las características previstas en la ley, esto es: legítimo, es decir, protegible por el ordenamiento jurídico; personal, en el sentido de que ha de proceder de la situación jurídica particular en la que se encuentra el administrado frente al acto administrativo; y directo, lo cual supone que de prosperar la acción intentada se origine un beneficio a favor del recurrente o se le evite un perjuicio.

Tal requerimiento no puede entenderse como una limitación al derecho de acceso a la justicia, consagrado en el artículo 26 de nuestro Texto Fundamental, sino que el mismo debe interpretarse en el sentido de prevenir acciones temerarias, y de evitar exponer, injustificadamente, la necesaria seguridad jurídica que deriva del principio de estabilidad de los actos administrativos, por el ejercicio de impugnaciones intrascendentes, que retrasen y entorpezcan la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de personas que realmente se han visto afectadas por la actividad administrativa." (Sentencia de la SPA/TSJ N° 336 del 6 de marzo de 2000).¹⁴⁹

(iii)

"Finalmente, con respecto al segundo argumento indicado por la recurrente, en el sentido de que el acto no se pronunció sobre uno de los hechos denunciados por la Inspectoría General de Tribunales como irregularidad cometida por la Juez encausada, se observa que efectivamente, en el escrito de acusación, se señala como una irregularidad cometida por la Juez, el haber homologado un desistimiento realizado por la parte actora en la acción de deslinde, sin haber tomado en cuenta la oposición a dicho desistimiento formulada por la parte demandada; sin embargo dicho señalamiento fue realizado de manera referencial, no fue incluido dentro de la petición final elevada ante el órgano administrativo, ni tampoco fue objeto de calificación jurídica previa alguna por parte de la Inspectoría General de Tribunales.

No obstante ello, se observa igualmente, que el acto impugnado no hace pronunciamiento

¹⁴⁷ <http://ca.tj.gov.ve/decisiones/2009/octubre/1478-21-AP42-R-2008-000818-2009-1728.html>

¹⁴⁸ www.tj.gov.ve/decisiones/spa/junio/01107-190901-10568.html

¹⁴⁹ www.tj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00336-060301-2001-0838.htm

alguna con respecto a estos hechos, en ningún sentido; por lo que considera esta Sala que el mencionado acto administrativo resulta incompleto, al no haber emitido pronunciamiento sobre todos y cada uno de los hechos denunciados.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la Administración se encuentra en la obligación de resolver todas y cada una de las cuestiones que le hubieren sido planteadas, tanto inicialmente como durante la tramitación. Sin embargo, dicha omisión sólo podría conllevar a la anulación del acto, en el caso de que la misma afecte el contenido del acto administrativo dictado, estando esta Sala en el deber de preservar la validez de todo aquello en el acto que resulte independiente; ello, por aplicación del principio de conservación de los actos administrativos, establecido en el artículo 21 *et seq.*, según el cual: "Si en los supuestos del artículo precedente, el vicio afectare sólo a una parte del acto administrativo, el resto del mismo, en lo que sea independiente, tendrá plena validez."

En aplicación de lo anteriormente expuesto, se observa que la omisión en que incurrió la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial no afecta el contenido del acto administrativo en cuestión, toda vez que el pronunciamiento realizado se refiere a hechos distintos e independientes, por lo que, no constituye un motivo para su nulidad; resultando procedente conservar su plena validez y ordenar su corrección en el sentido de que dicho acto sea complementado, salvando la omisión de la cual fue objeto. Así se declara." (Sentencia de la SPA/TSJ N° 2583 del 7/12/04; reiterada el 17 de enero de 2007 en sentencia N° 00042; el 12 de marzo de 2008 en sentencia N° 00310, y el 6 de abril de 2011 en sentencia N° 00425.)¹²⁰

(iv)

"En el proceso administrativo, disponen los artículos 18 ordinal 5° y 62 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que: (...)

Al respecto la Sala evidencia, como antes se señaló, que al haber apreciado el órgano sancionador los alegatos presentados por el recurrente y las pruebas traídas al procedimiento administrativo disciplinario por General de Tribunales, entre ellas la copia del Libro Diario del tribunal a cargo del juez sancionado, mientras que el recurrente no presentó prueba alguna que lo favoreciera ni en el procedimiento administrativo ni en este judicial, en especial en cuanto al alegato que afirma no se tomó en cuenta, referido a "... la declaratoria Sin Lugar de que efectuara en mi contra el Inspector General de Tribunales, por cuanto en un expediente en el que yo denuncié a un Juez por actuar fuera de los límites de competencia territorial no fue acusado porque las partes habían terminado el Juicio por un Acto de Auto Composición Procesal, situación que también ocurrió en mi caso; anexando inclusive los Autos de Homologación del Tribunal de y sin embargo no hubo pronunciamiento alguno...", no se configura el tal vicio de incongruencia alegado por el recurrente ni tampoco el "silencio de pruebas", llamado por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

Ahora bien, en el caso de presentarse en un acto impugnado una omisión sobre algún alegato de cualesquiera de las partes, sólo podría conducir a la anulación del acto, si afectase el contenido de éste, sin embargo, esta Sala tiene el deber de preservar la validez de todo aquello que en el acto impugnado resulte independiente a dicho alegato omitido, ello por aplicación del principio de conservación de los actos administrativos, (...).

De acuerdo a lo antes expuesto, observa, que aún siendo cierta la alegada omisión de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, en cuanto a que en un caso semejante al presente, el órgano sancionador dictó una decisión distinta a la tomada en este procedimiento, es necesario aclarar que tal denuncia se correspondería a la presunta violación del derecho constitucional de la igualdad y no al vicio de incongruencia o silencio de prueba alegado. En consecuencia, por cuanto el recurrente no probó en sede administrativa ni en esta instancia judicial, que tales circunstancias fuesen iguales, se observa que dicho alegato se refiere a un hecho distinto e independiente al debatido en el presente juicio, no pudiendo configurarse un vicio que conlleve a la declaratoria de nulidad del acto recurrido y por tanto resulta procedente conservar su plena

¹²⁰ www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Diciembre/02583-071204-2006-0409.html

validez. Así se declara.” (Sentencia de la SPA/TSJ N° 1.358 del 25 de mayo de 2006).¹⁸⁸

(v)

“(…) la Administración al revisar un acto que haya generado derechos o intereses para algún particular, debe ser lo más cuidadosa posible en el análisis y determinación de la irregularidad, pues de declararse la nulidad de un acto que no adolezca de nulidad absoluta, se estaría sacrificando la estabilidad de la situación jurídica creada o reconocida por el acto y, por ende, el principio de seguridad jurídica, esencial y necesario a todo ordenamiento, por eliminar un vicio que no reviste mayor gravedad.

De esta forma, la estabilidad de los actos administrativos y el principio de seguridad jurídica que informa el ordenamiento, sólo debe ceder ante la amenaza grave a otro principio no menos importante, cual es el principio de legalidad, el cual se vería afectado ante la permanencia de un acto gravemente viciado. (Sala Político-Administrativa, sentencia N° 01388 de fecha 04 de diciembre de 2002, caso Iván Darío Badell; ratificado en sent. No. 1589 de fecha 21 de junio de 2006, caso: Cargil de Venezuela, C.A.)” (Sentencia de la SPA/TSJ N° 1.820 del 14 de noviembre de 2007).¹⁸⁹

(vi)

“En tal orden de ideas, y encontrándose referido el presente análisis a la alegada violación de los derechos a la defensa y al debido proceso, es de destacar que esta Sala ha dejado sentado que el contenido esencial de este último (el debido proceso) entraña la necesidad de que todo procedimiento administrativo o jurisdiccional cumpla diversas exigencias, tendientes a mantener al particular interesado en el ejercicio más amplio de los mecanismos y herramientas jurídicas a su alcance, con el fin de defenderse debidamente contra aquello que se le imputa....

(...)

No obstante lo anterior, atendiendo a la citada doctrina y al contenido de las actas que integran el presente expediente, se advierte que la emisión del acto impugnado estuvo precedida de algunas actuaciones como fueron el Oficio N° 07-00-490, del 11 de septiembre de 2007, a través del cual la Directora General de Control de Estados y Municipios de la Contraloría General de la República solicitó de los miembros del Consejo del Municipio Tomás Lander del Estado Miranda la remisión del curriculum vitae y demás “datos personales” del ciudadano José Oscar Ardila Rodríguez; así como el Oficio N° 850/2007 emitido el día 13 de ese mes y año por el órgano legislativo municipal, en respuesta al anterior requerimiento, que serviría al organismo contralor para hacerse del criterio contenido en el acto impugnado. Asimismo, se observa que en fecha 28 de febrero de 2008, esto es, con anterioridad a la Resolución recurrida, el prenombrado ciudadano dirigió escrito al Contralor General de la República (recibido en la misma fecha en el Despacho de dicha autoridad), en el cual, encontrándose al tanto de “las imputaciones realizadas contra (su) persona”, formuló los alegatos que estimó pertinentes. (Agregado de la Sala).

Siendo ello así, esta Sala, efectuando una ponderación entre los intereses que el particular recurrente señala como afectados (en especial el alegato de violación de sus derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso y a la presunción de inocencia, así como la ausencia de su notificación expresa previo a la emisión del acto impugnado), y el principio de estabilidad de los actos administrativos (de esencia finalista para el Ordenamiento Jurídico, tanto para la eficacia del acto como para la seguridad jurídica), y como quiera que el impugnante tuvo conocimiento de los hechos que le involucraban y presentó su posición al respecto con anterioridad a la Resolución recurrida, estima que, a pesar de la situación supra descrita, resulta improcedente declarar en el presente caso, sobre la base de la

¹⁸⁸ En: www.tj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/01358-250506-2003-1238.htm

¹⁸⁹ www.tj.gov.ve/decisiones/spa/Noviembre/01820-141107-2007-2006-0011.html

denunciada violación, la nulidad del acto impugnado, dada cuenta que éste no fue dictado con prescindencia absoluta de procedimiento y el interesado pudo ejercer tempestivamente su derecho a la defensa frente a las circunstancias puestas de relieve ante el máximo organismo contralor con anterioridad a la emisión del acto objeto del presente recurso." (Sentencia SPA/TSJ N° 807 del 11 de mayo de 2011).

Vale la pena aludir a lo dispuesto por la Sala Constitucional del Máximo Tribunal en sentencia N° 803 del 27 de julio de 2010, en la cual dejó sentado lo siguiente:

"[...] por otra parte la Sala pudo advertir del contenido del fallo objeto de estudio, que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, cuando conoció el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la querrelante, contra la decisión dictada el 22 de febrero de 2005, por el Juzgado Superior Quinto de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, mediante la cual declaró sin lugar el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto por el apoderado judicial de la ciudadana Gil Mary Castellanos Cedeo, contra el entonces Ministerio del Interior y Justicia, consideró que "el fundamento empleado por la Dirección de Recursos Humanos del entonces Ministerio de Interior y Justicia para proceder a la remoción y retro de la querrelante del cargo de vigilante código 7406, adscrita al Centro Penitenciario Metropolitano mediante Resolución Administrativa Número 87 del 28 de mayo de 2005, residió en la consideración de su cargo como de confianza y por ende, de libre nombramiento y remoción en virtud que las funciones y tareas inherentes a dicho cargo correspondían a las denominadas actividades de seguridad del Estado a las cuales alude el artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública", lo que no corresponde con las actividades desempeñadas por la recurrente, por cuanto las labores de seguridad del Estado, "comprenden las labores de inteligencia desarrolladas, entre otras, por la Dirección de Servicios de Inteligencia y Prevención adscrita al Ministerio del Interior y Justicia, así como a la Dirección de Inteligencia Militar Adscrita al Ministerio de la Defensa (DIM) (...), en tanto las funciones desempeñadas por la recurrente comprenden principalmente la custodia y resguardo de los reclusos que se encuentren cumpliendo penas privativas de libertad en los centros penitenciarios y el mantenimiento del orden y las condiciones de seguridad obligatorias en dichos establecimientos penales, no siendo posible la identificación o equiparación de dichas funciones a las labores de seguridad de Estado a las cuales alude el artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, en criterio de esta Corte".

No obstante, aplicando el "principio de conservación de los actos administrativos", efectuó un análisis de las funciones desempeñadas por la querrelante, para determinar que "el cargo de Vigilante de la querrelante dentro del precitado penal, corresponde a la categoría de los cargos de confianza y por consiguiente, de libre nombramiento y remoción, en virtud de las funciones inherente al mismo", en atención a lo que consideró "que los efectos del acto administrativo impugnado deb(i)an conservarse, no siendo procedente la pretensión de la querrelante de declarar la nulidad del mismo".

En este contexto, aprecia la Sala que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo se sustituyó en la administración y motivó sobrevenidamente el acto administrativo de remoción, para así -a pesar de que estimó que el Ministerio del Interior y Justicia al fundamentar el acto administrativo recurrido incurrió "en la confusión de considerar que las funciones desempeñadas por la querrelante correspondían a las denominadas actividades de seguridad de Estado"- mantener la validez de dicho acto administrativo, pues al haberse desestimado el fundamento que sirvió para determinar que el cargo de Vigilante era de confianza y por ende de libre nombramiento y remoción, ello conllevó indefectiblemente a la nulidad del acto administrativo, lo cual imposibilita mantener la validez del acto en virtud de la aplicación del principio de conservación de los actos, el cual está dirigido a conservar aquellos actos que pueden cumplir su finalidad sin infringir el ordenamiento jurídico, o que infringiéndolo sea necesaria su conservación para evitar un grave perjuicio al interés general, puesto que su nulidad causaría un daño mayor que el que podría causar su conservación. (Véase BELADIEZ ROJO, Margarita, "Validez y Eficacia de los actos Administrativos", Marcial Pons, pp. 43 y 47).

Por ello, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo al aportar un nuevo fundamento legal para considerar que las funciones desempeñadas por la recurrente eran de confianza y por ende de libre nombramiento y remoción, no conservó -definido por la Real Academia Española como mantener algo o cuidar de su permanencia- el acto, si no que suplió a la Administración y "dictó" un nuevo acto administrativo, basado en un

fundamento legal distinto al del acto primigenio, lo cual acarrea indudablemente la violación del derecho a la defensa, ya que no existe mecanismo de control sobre dicho acto administrativo.

Así, que la asunción del criterio sostenido por la Corte, implicaría la subsanación por parte de los órganos de justicia, de los vicios que adolezca un acto administrativo, lo cual no es potestad de los órganos de administración de justicia, la subsanación es una técnica convalidatoria que solamente puede realizar la Administración, pues a través de ella se revisan los actos administrativos inválidos con el fin de eliminar los defectos que adolezcan, para así adaptarlos al ordenamiento jurídico o para determinar su anulación, supuesto en el que la corrección del vicio solo se corrige eliminando el acto y dictando otro que lo sustituya que sea conforme a Derecho. (Vid. BELADREZ ROJO, Margarita, "Validez y Eficacia de los actos Administrativos", Marcial Pons, p p 199-260).

(...)

Así las cosas, considera la Sala que la argumentación expresada en la sentencia dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo representa una motivación sobrevenida, para subsanar en sede judicial, el vicio del acto administrativo mediante el cual se le removió del cargo a la querrelante, pues como se apuntó, éste quedó nulo al desestimarse el fundamento jurídico que sirvió al órgano querrelado para determinar que las funciones desempeñadas por la querrelante correspondían a un cargo de confianza (...).¹³³

Como puede apreciarse de los fallos parcialmente transcritos y de las interpretaciones dadas a nivel jurisprudencial al carácter "invalidante" de algunos vicios del acto administrativo, podemos advertir que respecto del principio de conservación o estabilidad de los actos administrativos se ha señalado, por una parte, que el mismo sólo puede ceder ante la inminente amenaza de postulados de igual o mayor envergadura, como sería el principio de legalidad; por otra, se ha afirmado que es posible conservar la vigencia de un acto que infringe el orden jurídico si con ello se persigue soslayar graves daños a un interés general.

Lo anterior lleva a concluir que el principio de legalidad no es, como regla, de mayor jerarquía que el principio de estabilidad del acto administrativo, dada cuenta que aquél podría sacrificarse en función de preservar un acto ilegal cuando un "interés general" así lo demande. Pero ocurre que ese interés general también está involucrado en la exigencia de que los órganos que ejercen el Poder Público cifan sus actuaciones al marco normativo vigente, y en la necesidad de que se garantice a los ciudadanos una buena administración de la gestión pública.

¹³³ www.taj.gov.ve/decisiones/socon/Julio/803-27710-2010-09-1382.html

Nótese que siendo la seguridad jurídica, entre otros, el fin que se persigue al someter o constreñir al Estado, y en especial a la Administración, al Derecho vigente, también se la ha tratado como justificación de la necesidad de conservar los efectos de actuaciones administrativas aun siendo éstas contrarias a derecho.

Todo lo expuesto evidencia que las posibilidades que se plantean frente a la tarea de determinar la validez o no de un acto irregular (el que ha infringido la ley en sentido amplio, el que ostenta un vicio), esto es: (i) declarar su invalidez y consecuente ineficacia, o (ii) desechar la pretensión de nulidad y permitir que continúe produciendo efectos, se analizan y pueden eventualmente acogerse, cualquiera de ellas, sobre la base de los mismos principios.

Consideramos que la aplicación del principio de conservación de los actos administrativos frente a supuestos de infracciones cometidas por los órganos o entes de la Administración Pública (el cual, cabe destacar, no ha sido circunscrito sólo a aspectos formales), no debe atender únicamente a la circunstancia de que la irregularidad no afecta la voluntad definitiva del acto, o que la preservación de éste no causa daños mayores.

Se ha dicho, conforme fue referido en líneas anteriores, que el principio de estabilidad *in commento* procura mantener intangible la actuación administrativa, por encima de ilegalidades que no tienen la fuerza suficiente de atentar contra valores superiores; ahora, ¿no es un valor superior el buen funcionamiento de la Administración Pública? ¿no es un valor superior el que aquélla se conduzca conforme a los principios de transparencia, honestidad y ética? De responderse afirmativamente estas interrogantes habría entonces que concluir que la interpretación del señalado principio no puede ser la misma en todos los casos.

3) Efectos de la jurisprudencia en la materia.

De las consideraciones hasta ahora expuestas puede preliminarmente deducirse que existe, en el ámbito del contencioso administrativo de nulidad, una tendencia a mantener la vigencia de los actos administrativos impugnados.

En efecto, salvo evidentes, indiscutibles o insubsanables casos de invalidez, se ha propendido a declarar la improcedencia de los recursos, sobre la base de distintos postulados y concepciones como la presunción de validez de los actos administrativos, la flexibilidad y antiformalismo de los procedimientos administrativos, el principio de estabilidad de tales actos, la carga de la prueba del recurrente en sede jurisdiccional, la sobrevenida "subsanción" de los errores de la Administración (incluso por actuaciones provenientes del particular), y la seguridad jurídica entendida como certeza respecto de la conservación de las actuaciones administrativas.

La posibilidad de que, aun cuando el Juez contencioso administrativo advierta en la producción de la voluntad administrativa contenida en un acto administrativo, un vicio o irregularidad, no anule el acto, puede apreciarse desde una perspectiva positiva o negativa. En el primer caso, podrá esgrimirse que tal posibilidad no es más que una forma de comprender la dinámica de la actividad administrativa -que admite fallas- y garantizar la continuidad y efectividad de la gestión pública en ese sector. En el segundo caso, podrá considerarse que la jurisdicción contencioso-administrativa no está realizando el debido control de la actividad administrativa, dejando pasar los errores en los que, durante su ejercicio, incurren los órganos de la Administración Pública.

Antes de adoptar alguno de los anteriores enfoques, habría que atender a lo siguiente:

- Es necesario tener presente, porque suele olvidarse, la posición de poder que ostenta la Administración en virtud de los cometidos que le han sido asignados, poder cuya justificación, a propósito de tales objetivos, no discutimos; pero ocurre que en virtud justamente de tal condición no es en el

proceso, como apunta Rodríguez García, "un sujeto cualquiera, sino que goza de una colosal situación de privilegio".¹⁵⁴ Si a ello acompañamos una serie de interpretaciones soportadas en postulados (presunción de legitimidad, estabilidad) asociados fundamentalmente a la antedicha "supremacía", la posibilidad de cometer un efectivo control de la gestión pública administrativa se hace más utópica.

- En definitiva, cada elemento o requisito del acto administrativo persigue una finalidad específica, independientemente que todos coincidan finalmente en la voluntad declarada en el proveimiento, y por tal razón la Administración está obligada a satisfacerlos en su integridad, sin que pueda *motus proprio* o a discreción fraccionarlos en orden de "importancia" y, en función de ello, decidir cuáles observa y cuáles no.

- En nuestro ordenamiento jurídico el que recurre siempre es un particular (por cuanto no existe en Venezuela el recurso de lesividad), es decir, que quien solicita la declaratoria de nulidad de un acto administrativo es uno o varios sujetos que se consideran afectados por el proveimiento; de manera que, en muchos casos el acto que se impugna sólo interesa (sea que se anule o no) a esa persona o grupo determinado de personas, por lo que su conservación a pesar de la existencia de un vicio en el acto, so pretexto de la estabilidad de los actos administrativos, no necesariamente va a redundar en la satisfacción de intereses mayores.

- Hay que destacar que la labor que realizan los jueces comienza y termina con un proceso intelectual que no comprende sólo la interpretación de normas sino también de situaciones sustantivas: la posición del administrado y el desempeño de la Administración.

Cabe destacar aquí, en el orden de las ideas planteadas, la siguiente disquisición de García Pullés:

"[...] el rol protagónico reservado para el o-a, al menos en Argentina, debe ser capturado desde una perspectiva poco recorrida, cual es la valoración de la eficacia del proceso en sí como instrumento de prevención contra el accionar ilegítimo del Estado y en particular de la

¹⁵⁴ Nelson Rodríguez García: "La Posición Especial de la Administración en el proceso contencioso-administrativo venezolano". Libro *Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet...* op. cit., p. 193.

Administración.

El examen más superficial de la realidad interna de la Administración Pública y las características del desarrollo del proceso contencioso-administrativo y sus efectos, permite entender hasta qué punto se transforma –mas allá de sus objetivos explícitos- en una herramienta de control sobre la gestión de esa Administración, extremo que poco tiene que ver con el valor que el orden jurídico atribuye a la declaración del derecho que el Estado, a través del magistrado, realiza en la sentencia.

Puede observarse que esta especie de control no resulta una consecuencia jurídica del proceso, ni es tal su finalidad. Sin embargo, entiendo que tal interpretación pecaría de estrechez, como lo haría quien pensara que las normas penales no tienen un fin paradigmático y de advertencia, aunque jurídicamente no tienen efecto directo sobre quienes no delinquen.

En mi opinión, el control ejemplar derivado de la sola promoción del proceso contencioso-administrativo se manifiesta en distintos campos que rodean a la actividad administrativa examinada en la litis. Así:

a. Desde la óptica de los funcionarios competentes para decidir, se exhibe como:

1.1. Desalentador de la actuación irregular al reducir sus posibilidades de éxito. 1.2. Recordatorio sobre la limitación del ejercicio del poder que imponen el control y la publicidad de las decisiones. 1.3. Fuente de origen del fantasma de la responsabilidad personal del decisor (...).

c. En el horizonte de los ciudadanos que promueven la acción jurisdiccional:

3.1. Refuerza la propia conciencia del derecho a la tutela frente al poder estatal, generando nuevas exigencias respecto de la legitimidad de los procesos administrativos. 3.2. Respalda la confianza legítima en las instituciones (...).¹²⁴

De tal manera que, si bien compartimos la posición de que la omisión de formas o formalidades accidentales o no esenciales no debe acarrear la nulidad de un acto si éste ha cumplido, en su formación, con los elementos esenciales (en virtud del principio que impide sacrificar lo material por lo meramente formal), tal criterio no puede extenderse al punto de pretender que independientemente de las irregularidades constatadas en un acto éste no debe anularse si quien lo impugna no desvirtúa los motivos de la Administración (aunque esta última, por su parte, tampoco los haya acreditado debida o suficientemente).

La idea no es que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa se aboquen a anular actos administrativos por irregularidades menores o que incidan en aspectos estrictamente accidentales; pero tampoco se trata de que los tribunales se conviertan en fieles protectores de la conservación de los actos administrativos, so pena de regresar al sistema

¹²⁴ Ferrando García Pulles: "El proceso contencioso administrativo como expresión del sistema republicano. La eficiencia como recaudo". *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo*. Tomo I. Caracas, Ediciones Paredes, 2009, p. 482.

que sometía a las personas, en su relación con la Administración, a un régimen absoluto e irreductiblemente exorbitante.

Finalmente, hay que poner de relieve la necesidad de que la labor jurisdiccional sea cada vez más uniforme, lo que no quiere significar que se pronuncie igual siempre en casos similares, sino que pueda apreciarse un esquema lógico, coherente y consecuente de razonamiento y criterio, que permita reconocer o comprender la disimilitud o excepcionalidad de un caso que es tratado bajo un esquema distinto.

Una interpretación menos centrada en la presunción de validez de los actos administrativos y el principio de estabilidad, atendiendo y razonando siempre la naturaleza del caso concreto, podría proyectarse positivamente en una mejor gestión pública, pues, como apunta Hutchinson, "no siempre los órganos administrativos protegen adecuadamente los intereses que les son confiados".¹⁵⁶

¹⁵⁶ Tomás Hutchinson: "Antecedentes del control judicial de la Administración Argentina". *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo*. Tomo I. Caracas. Ediciones Paredes, 2008, p. 454

CONCLUSIONES.

El recurso de nulidad, cuyo origen reside en el recurso por exceso de poder, es el mecanismo que nuestro Ordenamiento Jurídico contempla para hacer efectivo el principio de la legalidad y la garantía de los derechos particulares, cuando se trate de impugnaciones de actos administrativos expresos, salvedad hecha del silencio administrativo en vía recursiva.

La presunción de legalidad o legitimidad del acto administrativo debe entenderse como un instrumento para garantizar la continuidad dinámica de la actividad administrativa y no como un simple privilegio de la Administración.

La jurisprudencia ha venido deduciendo a lo largo del conocimiento de las causas que se le presentan, una serie de vicios del acto administrativo que no se encuentran así previstos o delineados en la ley, al tiempo que ha intentado definir la incidencia que, en cada caso, tendría tal irregularidad en la validez y consecuente eficacia de los actos administrativos.

No existe a nivel doctrinario ni jurisprudencial unanimidad en cuanto a la directa asociación de la ilegalidad con la invalidez.

Se entiende por irregularidad no invalidante aquella que permite la subsistencia del acto no obstante la deficiencia en su formación.

Las irregularidades no invalidantes son usualmente asociadas con defectos de forma o procedimentales del acto administrativo y su exteriorización, o con infracciones simples o leves; pero también se les ha identificado con infracciones de mayor envergadura que, sin embargo, no inciden de forma determinante en la voluntad declarada en el acto administrativo.

El examen de los vicios del acto administrativo está cada vez más influido por el criterio del intérprete, el cual ha venido comprimiendo los casos

en que las anotadas irregularidades producirán la invalidez del acto administrativo no obstante la constatada existencia de una indebida actuación de la Administración.

Existe una tendencia a la conservación o mantenimiento de los actos administrativos, no obstante presenten vicios o irregularidades que, bajo el rigor formal, deberían comportar su nulidad.

El contencioso administrativo de nulidad debe asumirse también como una herramienta de control sobre la gestión de la Administración Pública.

Respecto al criterio que ha de emplearse a fin de analizar el carácter invalidante o no de los vicios del acto administrativo, y su conservación, debe entenderse, como indica Nieto, que: "la aplicación implacable de un solo principio resultaría perturbadora. Si la ilegalidad arrastrara siempre la invalidez, quedarían sin alcanzar ciertos fines públicos y padecería la eficacia administrativa; pero si, por el contrario, la ilegalidad no fuera sancionada nunca con la invalidez, saltaría por los aires el Estado de Derecho y hasta es posible que el Estado y el Derecho a secas."¹⁵⁷

¹⁵⁷ Margarita Beladiez Rojo: *Validez y eficacia de los actos administrativos. (Estudio Preliminar de Alejandro Nieto)*. Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 11.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- BADELL MADRID, Rafael: *El Recurso de Nulidad*. En: Derecho Contencioso Administrativo. Libro Homenaje al Profesor Luis Henrique Fariás Mata. Librería J. Rincón. Barquisimeto, 2006.
- BELADIEZ ROJO, Margarita: *Validez y eficacia de los actos administrativos*. Marcial Pons. Madrid, 1994.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *La Teoría del Acto Administrativo*. Iustel. Madrid, 2005.
- BOCANEGRA SIERRA, Raul: *Lecciones sobre el acto administrativo*. Civitas. España, 2006.
- BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis Felipe: *Acción Popular y nulidad de actos administrativos. Protección de derechos colectivos*. Legis. Colombia, 2004.
- BREWER CARIÁS, Allan R.: *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2008.
- BREWER CARIÁS, Allan R.: *Las Constituciones de Venezuela*. Tomo II. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2008.
- BREWER-CARIÁS, Allan y ORTÍZ-ÁLVAREZ, Luis: *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961-1996)*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007.
- CAROCCA PÉREZ, Alex: *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. José María Bosch Editor. Barcelona, 1998.
- DROMI, Roberto: *Derecho Administrativo*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1996.

- DROMI, Roberto: *El Acto Administrativo*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1977.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*. Thomson Civitas. Editorial Aranzadi, SA. Tomo II. España, 2006.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y MÊNENDEZ REXACH, Ángel: *Acto y procedimiento administrativo*. Marcial Pons. Madrid, 2001.
- GARCÍA PULLÉS, Fernando: *El proceso contencioso administrativo como expresión del sistema republicano. La eficiencia como recaudo*. En: *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo*. Tomo I. Ediciones Paredes. Caracas, 2009.
- GARRIDO FALLA, Fernando, PALOMAR OLMEDA, Alberto y LOSADA GONZÁLEZ, Herminio: *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen I. Parte General. Editorial Tecnos. Madrid, 2005.
- GORDILLO, Agustín: *Tratado de Derecho Administrativo. La defensa del usuario y del administrado*. FUNEDA. Caracas, 2001.
- GOZÁINI, Osvaldo Alfredo: *Derecho Procesal Constitucional. El Debido Proceso*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2004.
- HUTCHINSON, Tomás: *Antecedentes del control judicial de la Administración Argentina*. En: *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo*. Tomo I. Ediciones Paredes. Caracas, 2009.
- JORDANO FRAGA, Jesús: *Nullidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*. Marcial Pons. Madrid, 1997.
- LARES MARTÍNEZ, Eloy: *Manual de Derecho Administrativo*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 2001.
- MAURER, Hartmut: *Allgemeines Verwaltungsrecht (Droit Administratif*

Allemand). Traducido por Michel Fromont. L.G.D.J. Paris, 1994.

- MEIER E., Enrique: *Teoría de las nulidades en el Derecho Administrativo*. Editorial Jurídica Alva, S.R.L. Caracas, 2001.

- MOLES CAUBET, Antonio: *La Progresión del Derecho Administrativo*. Universidad Central de Venezuela. Separata de la Revista de la Facultad de Derecho N° 3. Caracas, 1955.

- MUCI BORJAS, José Antonio: *Los Poderes del Juez Administrativo. Tutela judicial efectiva y control integral de la actividad administrativa*. Revista de Derecho Público N° 14. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004.

- ORTÍZ-ÁLVAREZ, Luis A.: *Revolución Francesa y Justicia Administrativa*. Editorial Sherwood. Caracas, 2003.

- PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte General*. Marcial Pons. Madrid, 1996.

- PENAGOS, Gustavo: *El acto administrativo según la jurisprudencia*. Tomo III. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1995.

PICÓ I JUNOY, Joan: *Las garantías constitucionales del proceso*. J.M. Bosch Editor. Barcelona, 1997.

- Revista de Derecho Público N° 31. Julio-septiembre 1987. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1987.

- Revista de Derecho Público N° 55-56. Julio-diciembre 1993. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1993.

- Revista de Derecho Público N° 61-62. Enero-julio 1995. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1995.

- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nelson: *El Sistema Contencioso Administrativo Venezolano y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Tesis Doctoral. Universidad de Carabobo. Valencia, 1982.

- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nelson: *La Posición Especial de la Administración en el proceso contencioso-administrativo venezolano*. En: Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet. Tomo I. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1981.
- RODRÍGUEZ HUERTAS, Olivo A.: *Derecho Administrativo Dominicano y Principios Generales*. En: *Derecho Administrativo Contemporáneo*. Tomo 1. Ediciones Paredes. Caracas, 2009.
- ROJAS FRANCO, Enrique: *Las acciones contencioso administrativas*. En: *Derecho Administrativo Iberoamericano*. Tomo 2. Ediciones Paredes. Caracas, 2007.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho Administrativo*. V II. Editorial Centros de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 2005.
- SANTOFÍMIO GAMBOA, Jaime Orlando: *El Derecho a la Defensa en las actuaciones administrativas (situación jurisprudencial)*. IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carias": La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo. Ediciones FUNEDA. Caracas, 1998.
- TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: *El acto administrativo como objeto de la pretensión procesal administrativa y su tratamiento jurisprudencial a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*. En: *El Contencioso-Administrativo a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*. FUNEDA. Caracas, 2009.
- TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: *Manual de Contencioso Administrativo (Parte General)*. Editorial Texto, C.A. Caracas, 2007.
- URDANETA TROCONIS, Gustavo: *Los motivos de impugnación en la jurisprudencia contencioso administrativa venezolana de las últimas tres*

décadas. En: *Derecho Contencioso Administrativo. Libro homenaje al profesor Luis Henrique Fariás Mata*. Librería J. Rincón. Barquisimeto, 2006.

- Universidad Pedagógica Experimental Libertador. *Manual de Trabajos de Grado de Especialización y Maestría y Tesis Doctorales*. Fondo Editorial de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador. Caracas, 2006.

- VALLARTA PLATA, José Guillermo: *La Justicia Administrativa: Retrospectiva y Actualidad*. En: *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo*. Tomo I. Ediciones Paredes. Caracas, 2009.

- _____ *Visión actual de los Procedimientos Administrativos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011.
