



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

**PERSPECTIVA ACTUAL DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA DE
INSPECCIÓN EN VENEZUELA**

(Trabajo Especial de Grado para optar al Título de
Especialista en Derecho Administrativo)

Autor: Yanina Da Silva de Lima
Tutor: José Ignacio Hernández González

Caracas, 15 de julio de 2013

INTRODUCCIÓN

En los últimos años han surgido en el ordenamiento jurídico venezolano una serie de disposiciones de rango legal y reglamentario en las cuales toma particular protagonismo la potestad de inspección de los órganos que forman parte de la Administración Pública, e incluso, como veremos, instancias que no se constituyen propiamente como parte de ésta, pero a las cuales, en todo caso, se le atribuyen las mismas potestades.

En su ejercicio, esta regulación ha venido gestando, de una parte, la instrumentalización de la potestad de inspección para la ejercicio de la potestad sancionatoria y, por tanto, lo que podría ser calificado en nuestro criterio como una desnaturalización de su fin propio, cual es la recopilación de información para la verificación del cumplimiento de los deberes de los particulares en lo que al ordenamiento jurídico administrativo se refiere. De otra parte, puede apreciarse el empoderamiento de tales instancias ajenas a la organización administrativa en el ejercicio de funciones propias de los órganos de la Administración Pública.

Encontramos de este modo dos aspectos de fundamental interés en lo que a la regulación y ejercicio de la potestad de inspección de la Administración Pública en nuestros tiempos se refiere

La investigación que proponemos tiene una orientación práctica y de allí su fundamental justificación, en cuanto procuramos con ella el contraste entre la naturaleza jurídica de la potestad de inspección de la Administración Pública, y lo que ha sido su regulación y aplicación reciente.

Se trata además de un tema que ha tenido gran impacto en los derechos de los ciudadanos, por cuanto como consecuencia del ejercicio de la potestad

de inspección, en lo que consideramos fuera de sus límites y desvirtuando su verdadero contenido y finalidad, se han presentado múltiples reclamaciones tanto jurisdiccionales como administrativas. Esta circunstancia podrá ser verificada al final de esta investigación e incluso mediante una revisión sucinta de las causas que ingresan a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Así es como estimamos que la presente investigación podría tener impacto institucional en lo que ha sido la tendencia jurisprudencial reciente respecto del alcance, contenido y fines de la potestad de inspección de la Administración Pública, aportando un punto de vista crítico a su interpretación por parte de los órganos jurisdiccionales. Igualmente, la investigación que proponemos involucra también breve análisis en el marco de la teoría de la organización administrativa, en tanto, dentro de los órganos con competencia para el ejercicio de la potestad de inspección, analizaremos la reciente incorporación de los consejos comunales como instancias de participación ciudadana.

Por último, estimamos pertinente apuntar como parte de los trabajos preparatorios en la selección del tema objeto de estudio, que consideramos se encuentran cubiertos los criterios subjetivos y objetivos de elección. Esto es, el interés de quien suscribe el presente trabajo, así como la competencia personal para llevarla adelante, como abogado cursante de la Especialización en Derecho Administrativo impartida por esa Casa de Estudios, y en el ejercicio profesional en el área del Derecho Administrativo. Asimismo, en la evaluación del condicionamiento de material, el autor ha verificado que cuenta con acceso a las fuentes de conocimiento necesarias, así como con la disponibilidad de tiempo para llevar a fin el presente proyecto de investigación.

Nótese pues que se trata de un proyecto de investigación con relevancia práctica, destinada a realizar un aporte crítico y novedoso en el ámbito del Derecho Administrativo Actual, y que se adecua al contenido de la Especialización a cuyo título nos encontramos optando.

Habiendo apuntado lo anterior, estimamos pertinente apuntar de manera sucinta cuáles son los temas abordados a fin de dar respuesta a los objetivos planteados. En el primer capítulo, procuraremos hacer un acercamiento al concepto de potestad con carácter general, tomando en consideración la doctrina nacional y comparada, así como el desarrollo jurisprudencial en la materia, determinando la potestad de inspección como aquella que comprende todos los poderes conferidos por el ordenamiento jurídico a la Administración con la finalidad de investigar, revisar, recopilar y recoger información de parte de los ciudadanos con el propósito de supervisar o verificar el cumplimiento de las normas, como parte de la actividad administrativa de policía en su nivel preventivo.

En el segundo capítulo, se estudiarán los extremos necesarios para que se considere atribuido el ejercicio de la potestad de inspección, así como los sujetos que eventualmente pudieran ser titulares de la misma y que lo son de acuerdo con las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico.

Sentado lo anterior, y como parte del tercer capítulo de este trabajo, se analizarán de manera sucinta los principios que rigen la actividad de inspección y que inciden de manera particular en la forma de atribución de competencia para su ejercicio y en los fines y contenido de la actividad.

Pasamos luego en el capítulo cuarto a describir las actividades que forman parte de la potestad de inspección, adelantamos desde ya, **(i)** el acceso a todos los establecimientos de interés para la actividad de inspección o para

la localización de pruebas de la comisión de infracciones, **(ii)** el acceso y examen de la documentación del inspeccionado; **(iii)** requerimiento de información –en respeto al derecho a la intimidad-; y **(iv)** la toma de muestras y hacer análisis y ensayos sobre éstas y sobre las características con las que se prestan ciertos servicios o actividades. Se abordan también en este apartado los fines de la potestad de inspección, acentuando que la misma tiene sus propios fines, independientes de los del procedimiento administrativo sancionador, que comporta en general recabar información y comprobar hechos a fin de garantizar la efectiva vigencia de la legalidad.

En quinto lugar, se estudia el tema del valor probatorio de las actas de inspección, que son, como veremos, los documentos en los cuales se materializa el ejercicio de las actividades de inspección, actos de trámite con relevancia externa.

Finalmente dentro de la estructura, se analizará el contenido, naturaleza y alcance de las medidas preventivas, en general, así como de las que pueden dictarse en el marco de las inspecciones practicadas por los órganos de la Administración Pública. Del mismo modo, se revisarán algunos casos prácticos como los de las medidas preventivas previstas en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, la Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria, la Ley de Costos y Precios Justos, y la Ley Orgánica de Ambiente.

Pues bien, habiendo esbozado lo anterior, consideramos importante dejar establecido algunos aspectos respecto del estudio que se hará de la potestad inspectora en este trabajo. El mismo, estará orientado específicamente a la actividad de inspección con fines de mera supervisión de cumplimiento del ordenamiento jurídico. Distinguimos esta función de la potestad de inspección de aquella de connotación probatoria, antes o

durante el procedimiento administrativo. Es claro que, en cuanto a definición y principios orientadores, con independencia del fin, nos encontraremos ante un mismo resultado en el estudio. Sin embargo, aunque de manera general no es posible su distinción en compartimientos estancos y aún cuando en muchos escenarios la función verificadora muta en la de levantamiento de evidencias, destacamos el telos preventivo y de verificación de la inspección antes que los demás, un poco más vinculados a la potestad sancionatoria y cuyo fortalecimiento ha generado, en nuestro criterio, el uso tergiversado de la potestad. Sobre este punto volveremos durante el desarrollo del trabajo y apuntaremos la distinción cuando ello sea pertinente.

CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE LA POTESTAD DE INSPECCIÓN

En el presente apartado procuraremos hacer un acercamiento al concepto de potestad con carácter general, tomando en consideración la doctrina nacional y comparada, así como el desarrollo jurisprudencial en la materia. Asimismo, nos dedicaremos a la determinación de la potestad de inspección como aquella que comprende todos los poderes conferidos por el ordenamiento jurídico a la Administración con la finalidad de investigar, revisar, recopilar y recoger información de parte de los ciudadanos con el propósito del ejercicio de sus competencias y, en especial, para supervisar o verificar el cumplimiento de las normas que regulan la actividad objeto de la inspección. Finalmente, se enmarcará a la potestad de inspección como parte de la actividad administrativa de policía en su nivel preventivo.

1.1. Alcance del concepto de potestad:

La potestad ha sido, como muchas nociones en Derecho, objeto incansable de disertaciones y ensayos de acercamiento a su definición, en tanto constituye un elemento fundamental que nace en el ordenamiento jurídico y se ejerce por sujetos del mismo ordenamiento, dando lugar, en muchos casos, a relaciones jurídicas independientes de su ejercicio.

Pues bien, a los efectos de aproximarnos a un concepto de potestad, seguiremos los aspectos de la obra de Santi Romano¹, quien ha sido, como afirman Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “quien con más rigor ha propuesto un concepto de potestad”². Ante todo, como algunos otros, el autor distingue el poder en sentido estricto o potestad, del derecho

¹ Santi Romano: *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*. Granada. Editorial Colmenares, 2002, pp. 221 y ss.

² Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo 1, 1ª Edición Argentina. Buenos Aires. Editorial Thomson Civitas y la Ley, 2006, p.449.

subjetivo, incluyendo a ambos dentro del “*commune genus*” de los poderes en sentido amplio y encuadrándolos entonces como manifestaciones de la capacidad;³ pasa luego a adentrarse en algunas de las cuestiones más debatidas en cuanto a la noción.

Dentro de ellas, llama la atención muy en particular el hecho de si a la potestad debe corresponder necesariamente una condición pasiva de sujetos que estén sometidos a la misma. Frente a esto, Santi Romano demuestra con situaciones concretas que no es posible sostener tal afirmación, concluyendo que existen casos en los cuales en ejercicio de una potestad falta un sujeto pasivo frente a los sujetos activos del poder y casos en los cuales el sujeto pasivo se encuentra no en sujeción, sino en posición de igualdad o superioridad. En definitiva, se trata de que el poder se desarrolla no en una particular y concreta situación jurídica, sino en una dirección más o menos *general* y, por lo tanto, varía en los casos singulares. No es entonces una necesaria sujeción al poder, sino más bien la necesaria sujeción al ordenamiento jurídico entendido objetivamente.⁴

Explica el autor que hay poderes cuyos sujetos activos no tienen enfrente sujetos pasivos, lo cual ocurre (i) cuando aún no se han ejercitado tales potestades y (ii) cuando están dirigidas a sujetos que no pueden considerarse como pasivos, pues los efectos del ejercicio de tales poderes son favorables a los mismos e incluso –con una simple manifestación de voluntad- pueden impedir que se verifiquen.⁵ Concluye Santi Romano que la sujeción no es un elemento que deba tomarse en consideración para la definición del poder.⁶ En cuanto a este punto, somos más del criterio, como García de Enterría, que la sujeción debe ser entendida en sentido amplio,

³ S. Romano: *Fragmentos de un Diccionario Jurídico...* op. cit. pp. 227, 229, 231 y 232.

⁴ S. Romano: *Fragmentos de un Diccionario Jurídico...* op. cit. pp. 221 y ss.

⁵ Véase en este punto la distinción referida por García de Enterría en cuanto a la situación de sujeción, donde la entiende, a diferencia de Santi Romano, en sentido amplio, pudiendo ser ventajosa o desventajosa.

⁶ S. Romano: *Fragmentos de un Diccionario Jurídico...* op. cit. p.235

pudiendo devenir en situaciones ventajosas o desventajosas y, con ello, es clara su presencia en las potestades. La problemática deriva, como apunta el propio Santi Romano, del concepto mismo de sujeción.

Aclarada la necesidad o no de la presencia de una relación de sujeción, entre las demás notas características de las potestades, o poderes en sentido estricto, Santi Romano apunta que si bien se distinguen de los derechos subjetivos y no se corresponden con una obligación, sí pueden *engendrar relaciones jurídicas* y, por tanto, derechos subjetivos y obligaciones a ellos correlativas. Adicionalmente, insiste, en que para la comprensión de la noción, las potestades deben ser consideradas en su *continua eficacia y unidad*, señalando que es imposible configurar un poder como un momento o elemento de una relación jurídica, cualquiera que sea la noción que de ésta se crea tener que aceptar.⁷

Finalmente, ya como corolario de la definición, el autor acaba por apuntar que, en la escala de las manifestaciones jurídicas subjetivas, *el poder aparece muchas veces como un momento intermedio entre la capacidad y el derecho subjetivo*, esto es, que es consiguiente a la primera, pero precedente respecto del segundo, un preliminar y un presupuesto de este último, como la capacidad es preliminar y presupuesto del poder. Así pues, los poderes no pueden comprenderse dentro de la categoría de los derechos subjetivos y son más bien el ejercicio de una capacidad en cuanto implica un más o menos amplio señorío de voluntad.⁸ Esta capacidad, como veremos, se traduce en la potestad de inspección en la competencia para su ejercicio que, como toda potestad, más aún de intervención en la esfera de los particulares, debe encontrar expresa consagración en la ley.

⁷ S. Romano: *Fragmentos de un Diccionario Jurídico...* op. cit. p.239

⁸ S. Romano: *Fragmentos de un Diccionario Jurídico...* op. cit. p. 257, 243 y 244

Teniendo en cuenta las nociones de Santi Romano, tenemos pues que la potestad es un poder de obrar que nace en el ordenamiento jurídico y se ejerce por sujetos del mismo ordenamiento, entendido como una institución, un conjunto de elementos subjetivos que se organizan y se dan sus propias normas. La potestad es de naturaleza extracontractual, unilateral y constituye un acto de voluntad. La fuente de las potestades es la Ley, a diferencia de lo que sucede con los derechos subjetivos, que, requiriendo la adquirencia del sujeto que la ejerce, suele tener como fuente el contrato. Así lo ha destacado la doctrina venezolana –Hildegard Rondón de Sansó– al señalar que la potestad resulta, en los términos de la Ley, de preceptivo ejercicio.⁹

En definitiva *la potestad es el poder jurídico que constriñe a la Administración a actuar para crear, extinguir, modificar, situaciones jurídicas subjetivas de conformidad con el ordenamiento jurídico*. Y siguiendo a García de Enterría, hay una situación general de sujeción frente a ellas.¹⁰

Acercándonos al sujeto activo de las potestades administrativas, traemos a este análisis lo previsto en el artículo 136 del Texto Fundamental, donde se prevé que el Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder

⁹ Rondón de Sansó apunta que constituye una **carga** para la Administración.

¹⁰ Referimos las definiciones que de potestad ha dado la doctrina nacional y extranjera. Jesús Caballero Ortiz define las potestades como manifestación del principio de legalidad, indicando que proceden directamente del ordenamiento jurídico; que son de carácter genérico y que de su aplicación surgen las relaciones jurídicas subjetivas; la potestad consiste así en un poder de actuación que ejercitándose de acuerdo a las previsiones legales, produce situaciones jurídicas en las que otros sujetos resultan obligados. (Jesús Caballero Ortiz: *La relación jurídico administrativa y las situaciones jurídicas de los administrados*, Revista de Derecho Administrativo Nº 6. Caracas. Editorial Sherwood, 1999, p.9). Por su parte, Hildegard Rondón de Sansó refiere que la potestad es una carga, por cuanto implica una habilitación para actuar (facultad), constituyendo, simultáneamente un requerimiento de que tal actuación sea realizada (deber). (Hildegard Rondón de Sansó: *Teoría General de la Actividad Administrativa*. Caracas. Ediciones Líber, 2000, p.44). Al igual que Romano, García de Enterría también perfila el concepto de potestad a través de su contraste dialéctico con el concepto de derecho subjetivo, señalando que, a diferencia de éste, la potestad procede directamente del ordenamiento jurídico, consistiendo en una posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, en concreto, señala que a la potestad corresponde una sujeción, que puede ser ventajosa o desventajosa, señalando, siguiendo a Giannini, que frente a la potestad hay una situación jurídica de inercia, que no una obligación. Finalmente, destacamos en el estudio de Enterría, que hace notar que las potestades administrativas pertenecen en su inmensa mayoría a la especie de potestad-función, de modo que deben ser ejercitadas en interés ajeno al propio, lo cual comporta dos consecuencias: que las potestades administrativas no pueden ejercitarse sino en servicio de ese interés comunitario ajeno y que la Administración está obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés comunitario lo exija. (Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo I...* op.cit., pp. 430 y ss) Véase también Autores Varios: *100 años de enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela*. FUNEDA. Tomo II. Caracas, 2011

Estadal y el Poder Nacional. Siendo que el Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral, y *cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias*, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.

En ese sentido, la función administrativa viene a ser una de las funciones del Poder Público, esto es, una de las actividades que realizan los órganos del Poder Público para alcanzar los fines del Estado. Si a ello le sumamos el carácter vicarial de nuestra Administración Pública, consagrado en el artículo 141 Constitucional¹¹, puede entonces sostenerse que la función administrativa como potestad es *la gestión concreta del interés público, en los términos previstos en el ordenamiento jurídico*.

Y es que hemos señalado que los órganos del Poder Público, en ejercicio de sus funciones, ejercen potestades que le son atribuidas por el propio ordenamiento jurídico, en concreto, por Ley. La función administrativa comporta entonces el ejercicio de potestades administrativas. Traemos aquí además la fundamental distinción de los poderes según que se ejerciten en interés propio del titular o los ejercite éste por un interés no propio o no exclusivamente propio, es decir, por un interés ajeno o por un interés objetivo.¹² Teniendo en cuenta lo anterior, las potestades administrativas, como manifestación del principio de la legalidad y poderes ciertos y limitados que son, se ejercitan en función del interés general, lo cual, al mismo tiempo, devela la *vertiente garantista de la noción*, en la medida en que, si no es en la consecución de tal interés, las mismas no pueden ejercerse.

¹¹ Artículo 141. La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

¹² S. Romano: *Fragmentos de un Diccionario Jurídico ... op. cit.*, p. 230.

Es precisamente a partir de esta noción garantista que debe analizarse las “potestades” previstas en los recientemente publicados textos normativos, en los cuales suele atribuirse con carácter general a los órganos y entes competentes del Poder Ejecutivo la “competencia” de adoptar las “medidas necesarias” para restablecer la situación jurídica de que se trate.¹³ En todo caso, tales disposiciones deben delimitarse tomando en consideración los poderes que derivan del ejercicio de potestades ciertas. Y es que las potestades son títulos jurídicos que se establecen vía competencia, competencia y potestad son dos caras de la misma moneda, y, en nuestro criterio, no es posible admitir la existencia de potestades ilimitadas.¹⁴ Retengamos este aspecto para las secciones siguientes, donde se delinean los límites al ejercicio de la potestad administrativa de inspección.

Son estas notas las fundamentales para apuntar que *el concepto de Administración se antepone al concepto de potestad*. En primer término, la Administración puede actuar y sin que su actuación comporte el ejercicio de potestades, esto es, sólo si los órganos y entes actúan como *potentio personae* ejercen potestades, no es posible afirmar -en nuestro criterio- que si la Administración actúa como un particular se encuentra en ejercicio de potestades públicas. En segunda instancia, la potestad es un producto de esa otra noción que es Administración y surge como medio para la consecución de su fin, cual es el interés general, y como garantía de los particulares en que tales poderes exorbitantes se encuentran delimitados y

¹³ Ejemplo de ello es el artículo 6 de la LEY PARA LA DEFENSA DE LAS PERSONAS EN EL ACCESO A LOS BIENES Y SERVICIOS “Artículo 6. (...) El servicio público declarado esencial en esta Ley debe prestarse en forma continua, regular, eficaz, eficiente, ininterrumpida, en atención a la satisfacción de las necesidades colectivas. Cuando no se preste el servicio en tales condiciones, el órgano o ente competente del Ejecutivo Nacional podrá tomar las medidas necesarias para garantizar la efectiva prestación del servicio.”

¹⁴ En el mismo sentido, Villar Palasí destaca lo impensable de la existencia de una potestad abstracta teniendo en cuenta que no caben poderes ilimitados en un Estado de Derecho; ello colisionaría además con los principios más elementales de organización; y que, en definitiva, una potestad ilimitada comporta el desconocimiento de la libertad misma. (José Luis Villar Palasí: *Principios de Derecho Administrativo*, Cuarta Edición. Madrid. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 1999, p. 229). Importa traer a este punto el tema de las cláusulas generales de apoderamiento, que, siguiendo a García de Enterría, no se trata de la atribución de poderes ilimitados, sino imprecisos en su definición previa, pero necesariamente delimitables en su aplicación.

condicionados a los términos en los cuales el ordenamiento jurídico los otorga. Por ello, en los términos del artículo 141 constitucional, la potestad es un poder fiduciario, pues es asignado por la Ley de manera específica para el servicio objetivo a los ciudadanos. De allí entonces esta conclusión central: *no existen potestades ilimitadas* y todas se encuentran orientadas a la consecución del *interés general*. Es lo que Juan Miguel de la Cuétara ha llamado el principio de mensurabilidad de la potestad pública, en especial, respecto a la potestad ablatoria, es decir, aquella que restringe la esfera jurídica del ciudadano.

1.2. Determinación del concepto de potestad de inspección

Con carácter general, podemos señalar que la potestad de inspección comprende todos los poderes conferidos por el ordenamiento jurídico a la Administración con el objeto de investigar, revisar, recopilar y recabar información relevante para el ejercicio de las competencias atribuidas por Ley a la Administración. Esto refleja que la inspección es siempre una potestad auxiliar o instrumental: la Administración recaba información necesaria para la adopción de decisiones.

Una muy especial manifestación de esa potestad, es aquella que se dirige a los ciudadanos, con el fin de velar por el cumplimiento de las normas que regulan su actividad. Como se expone en este trabajo, en esta dimensión, la potestad es igualmente auxiliar a la llamada potestad de policía administrativa.

Se trata pues del ejercicio de ciertos poderes, previamente atribuidos a un órgano de la Administración mediante Ley (capacidad), sobre sujetos sometidos a ellas (sujeción) en tanto y en cuanto se encuentran bajo supuestos de hecho regulados por disposiciones que prevén alguna

obligación relativa al control de la respectiva Administración (relación jurídica), y cuyo cumplimiento se supervisa.

Esta potestad ha cobrado importancia en la sociedad moderna en la medida en que su existencia deviene en fundamental para la comprobación del cumplimiento de las disposiciones que se multiplican incansablemente, todas ellas en la afanosa tarea de regular la variedad de complejos fenómenos a los que se enfrentan los Estados contemporáneos.¹⁵ Es así como, al socaire del fetiche de la Ley¹⁶, partiendo de que la multiplicación de las disposiciones se erige la potestad de inspección como una herramienta preventiva en la verificación del cumplimiento de las normas.

Precisamente, y de manera tradicional, la potestad de inspección ha sido catalogada como manifestación de la actividad de policía administrativa¹⁷. Es pues, en definitiva, una potestad relacionada con la actividad administrativa de limitación o policía, con el viso de la prevención, verificación, que va orientada a supervisar el cumplimiento del orden jurídico vigente.

En efecto, siguiendo la definición de policía de algunos autores, pudiéramos encuadrar la potestad de inspección como una potestad relacionada con la actividad administrativa de policía en su nivel preventivo. Riveró destaca el carácter preventivo de la actividad de policía administrativa, que se erige a su vez como uno de sus rasgos definitorios y distintivos respecto de la policía judicial. En su función preventiva, “la policía administrativa tiende a evitar que un problema suceda o que se agrave”¹⁸.

¹⁵ Véase Agustín García Ureta: *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*. Madrid. Marcial Pons, pp. 13 y 14 y José Bermejo Vera: *Derecho Administrativo Parte Especial*, Sexta Edición. Madrid. Civitas, 2005, pp.127 y ss.

¹⁶ En la creencia de que la multiplicación de las disposiciones normativas traerán como respuesta la solución de los problemas sociales de relevancia jurídica.

¹⁷ En general, sobre la actividad de policía administrativa, véase Jacqueline Lejarza: *La Actividad de Policía Administrativa*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 1997.

¹⁸ Jean Rivero: *Derecho Administrativo*, Traducción de la 9ª Edición. Caracas. Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p. 459

Por su parte, el Diccionario de la Real Academia Española define la inspección como “*Cargo y cuidado de velar por una cosa*”¹⁹. A mayor abundamiento, David Blanquer la conceptualiza como la “función pública de *imperium* que se ejerce a través de potestades exorbitantes de carácter reglado, que habilita a la Administración para averiguar hechos, recopilar datos e informaciones, así como comprobarlos”²⁰.

Es importante aclarar desde ya que la potestad de inspección cumple en todo caso un fin, si se quiere, probatorio, en tanto a través de esa potestad la Administración recaba información relevante, o pruebas relevantes, generalmente asociadas a la supervisión de determinada actividad. Pero en modo alguno la potestad de inspección puede implicar la adopción de actos administrativos de gravamen, pues éstos deben ser consecuencia del previo procedimiento administrativo contradictorio. Como actividad probatoria, la potestad de inspección puede ejercerse en la etapa de sustanciación del procedimiento administrativo, pero también –y relacionada con la actividad administrativa de supervisión- puede relacionarse con una etapa previa al procedimiento, con un matiz claramente preventivo²¹.

Como se observa, son reiterados los caracteres de la inspección como potestad ejercida por los órganos de la Administración Pública. Así lo han sido también en el tratamiento del concepto de potestad de inspección por parte de algunos de los órganos de administración de justicia venezolanos.

¹⁹ Diccionario de la Real Academia Española: <http://lema.rae.es/drae/>

²⁰ David Blanquer: *Curso de Derecho Administrativo I. Los sujetos y la Actividad*. Valencia. Tirant Lo Blanch, 2006 p.325.

²¹ Según el diccionario de la Real Academia Española supervisar comporta *ejercer la inspección superior en trabajos realizados por otros*. También en Derecho Administrativo la doctrina ha asimilado la potestad de supervisión a la actividad inspectora de la Administración Pública. De esta manera, diversos cuerpos normativos atribuyen a la Administración la potestad de fiscalizar o supervisar el cumplimiento de la normativa aplicable por parte de los ciudadanos que ejercer determinada actividad. En el Derecho administrativo, la supervisión es una especial manifestación de la actividad de limitación de actividades económicas estrechamente controladas por la Administración. Cfr.: Hernández G., José Ignacio, *Derecho administrativo y regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 155 y ss.

Traemos a este punto una decisión reciente de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo:

“La potestad de inspección asumida por la Administración Pública en función a los fines del Estado, comprende un conjunto de acciones, atribuciones y mecanismos preestablecidos tendentes a examinar y auditar el correcto desenvolvimiento funcional de aquellas actividades obligadas a vigilar en razón del ingente interés y orden público que las misma depositan dentro del complejo Estatal. Las actividades de inspección, llevan consigo la realización de análisis exhaustivos y pormenorizados de la situación o labores bajo las cuales se sume la misma, de modo que se examine su condición y estado actual, en relación con los mandatos y exigencias legales. En virtud de ello, se levantan informes plenamente detallados sobre la auditoría e inspección realizada, en la cual se exponga una relación circunstanciada de los hechos evidenciados, y las conclusiones obtenidas, y en razón de ello ejecutar o proponer los correctivos o reparos a que hubiere lugar.

La inspección requiere de una prolija vigilancia, representada en labores de fiscalización, supervisión, y control, siendo una de la principales funciones, mantener en plena armonía las actividades objeto de la misma, anticipando y previniendo de ese modo la ocurrencia de hechos que contravengan los mandatos de ley.”²²

Como se observa, se le otorga relevancia al contenido de la potestad y muy especialmente a su finalidad preventiva, no así sucede en la decisión que sigue de nuestro Máximo Tribunal, donde la Sala Político Administrativa exalta la vinculación de la potestad de inspección con la sancionatoria:

“Entendida de manera general como una actividad administrativa de intervención, para la comprobación y constatación de los derechos y las obligaciones de los particulares, con el fin de determinar su adecuación al ordenamiento jurídico. En este sentido, dicha intervención de la Administración puede ser previa o preventiva, a través de la técnica de la autorización, o posterior, una vez que se verifica el incumplimiento al ordenamiento y por ende, la eventual conformidad o disconformidad con el interés público, en cuyo caso, la

²² Véase Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo de 7 de abril del 2011, caso: *Dulce Yurinay Palmero Betancourt v. Ministerio del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda*.

intervención se traduce en represiva a los efectos de corregir dichas conductas.”²³

Nótese que la Sala resalta la potestad de inspección como un paso previo a la sanción, al referir incluso una “transformación” de este tipo de intervención –la inspectora- en represiva. Debemos diferir en este aspecto, contrario a la concepción de la potestad de inspección como una entidad propia y regida por sus propios principios, que no necesariamente coinciden con los de otras potestades administrativas. Y es que, tal como señala un importante sector de la doctrina “entender la inspección como un *prius* de la potestad sancionatoria o a esta segunda como cierre o garantía de la primera puede difuminar las líneas divisorias entre ellas. De hecho, la sanción, si bien necesaria, constituye la manifestación de que la prevención ha fallado y que sólo cabe castigar la infracción cometida.”²⁴

Y es que como hemos venido sosteniendo, la inspección es más bien una actividad de contenido probatorio y en ocasiones preventiva –aspecto que hemos querido reforzar en este trabajo-, destinada a la procura del interés público, distinta a la sancionatoria y que procura, en lugar de la sanción, la colaboración con los particulares para que, a la par que se persigue supervisar su apego al orden jurídico, se les oriente en cualquier aspecto que sea menester para lograr su mejor cumplimiento²⁵, sin perder nunca su finalidad esencialmente probatoria.

Cerramos este punto con la definición de inspección de Bermejo Vera, agregando a ella el hecho que, dichas actuaciones se rigen por principios propios de buena fe y procura del interés general. Así, la potestad de

²³ Véase Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 14 de febrero de 2007, caso: *Federación Farmacéutica Venezolana FERFAVEN*) y TSJ-SPA, 28 de noviembre de 2007, caso: *Lubricantes Güiría*.

²⁴ A. García, *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*,... op. cit., p.14.

²⁵ Sobre este punto véase, David Blanquer, *Curso de Derecho Administrativo I. Los sujetos y la Actividad*, Op. Cit... p.327, quien señala que la inspección no es una actividad instrumental de la actividad sancionadora, sino que tiene sus propios fines y funciones, “pues sirve para garantizar la vigencia de la legalidad”.

inspección comporta “ aquellas actuaciones, más o menos genéricamente previstas en el ordenamiento jurídico, que habilitan a las administraciones públicas para llevar a cabo funciones de comprobación o constatación del cumplimiento de la normativa vigente, en su sentido más amplio, esto es, incluidas muy especialmente las condiciones y requisitos de orden técnico, consecuencia inherente de la imposición que a determinadas personas, actividades, instalaciones, objeto y productos hacen ciertas normas jurídicas²⁶ 27

Es importante que retengamos el ejercicio de la potestad, como señala Santi Romano, partiendo de la capacidad, que no es más que la competencia prevista en la ley, que tiene por norte tiene el interés general, lo cual obliga a la actuación regida por la buena fe y a fin de prevenir el incumplimiento del orden jurídico establecido, que no sancionar al ciudadano sujeto a ella.

En resumen, podemos señalar que el concepto de potestad gira en torno a estos principios:

.- En *primer* lugar, la potestad es, como tal, un título cierto y definido de atribuciones establecidas en la Ley, que le permite a la Administración recabar –coactivamente- información necesaria para el mejor ejercicio de sus atribuciones. Dos aspectos resaltan de lo anterior: el carácter coactivo del requerimiento de inspección, y su contenido, siempre referido a hechos relevantes. De allí que se trate de una actividad típicamente probatoria.

-. En *segundo* lugar, la inspección con potestad, tiene una especial manifestación en relación con el ejercicio de la potestad de policía, actividad

²⁶ José Bermejo Vera: *La Administración Inspectora*, en Revista de las Administraciones Públicas Nº 147. Madrid, Sept/Dic 1998, p. 41.

²⁷ Esta definición ha sido tomada por nuestra jurisprudencia contencioso administrativa, véase en tal sentido Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, de 11 de agosto de 2010, caso: *FLECHA SPORT, C.A.*

de limitación o “supervisión”. En tal sentido, tal potestad tiene carácter preventivo, pues se orienta a recabar hechos relevantes sobre el cumplimiento de las cargas que la Ley establece a los ciudadanos, en especial, en su actividad económica. La potestad de inspección sólo puede tener ese carácter probatorio, sin que en modo alguno pueda ser ejercida como un instrumento para imponer limitaciones y mucho menos sanciones.

CAPÍTULO II

COMPETENCIA PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE INSPECCIÓN

En la presente sección, tal como asomamos previamente, se estudiarán los extremos necesarios para que se considere atribuido el ejercicio de la potestad de inspección, así como los sujetos que eventualmente pudieran ser titulares de la misma y que lo son de acuerdo con las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico. Resultan destacables los principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica, que exigen la atribución de la competencia a un órgano especializado, (Artículos 137 y 299 CRBV) de modo que, de no haberse atribuido en forma precisa a un determinado ente u órgano del Poder Público, el ejercicio de las potestades de inspección asignadas genéricamente resultan contrarias al principio de legalidad.

2.1 Sobre los extremos para la atribución del ejercicio de la potestad de inspección

A lo largo de este trabajo hemos descrito el concepto de potestad de inspección y los principios que la rigen, definiendo que la potestad es siempre una derivación de un *status* legal, de modo que resulta condición *sine qua non* una norma previa que, además de configurarla, la atribuya en concreto²⁸, indicando su contenido, alcance y la competencia para su ejercicio.

Cualquier potestad de la Administración, incluidas las de carácter discrecional, se reconoce o confiere para actuar ante determinadas situaciones de hecho establecidas por la norma jurídica habilitante de la

²⁸ Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández: *Tratado de Derecho Administrativo...* Op.Cit., p. 451

potestad.²⁹ Incluso en el caso de las potestades discrecionales, la Administración únicamente puede ejercerlas para fines de interés público y en concreto para atender al fin previsto que regula cada actividad, de lo contrario incurriría en el vicio de desviación de poder.³⁰

La competencia “no es más que el *quantum*, cantidad o medida de la potestad que la Ley le atribuye a cada órgano administrativo o ente público, lo que quiere decir que la competencia es la misma potestad expresada en términos cuantitativos, razón por la cual, como resulta lógico, por lo demás, tienen las mismas notas que caracterizan al todo (la potestad)”.³¹ Es de este modo, que el principio de legalidad, ya expuesto para la potestad, rige también para la atribución de la competencia al órgano administrativo de que se trate.

En la doctrina clásica se ha perfilado esta exigencia, vinculándola con la exclusión de atribución de poderes indeterminados a los órganos de la Administración Pública. En efecto, se sostiene que “la atribución de competencia por ley a un órgano determinado constituye uno de los argumentos para excluir poderes indeterminados”.³² Otra de las razones, como veremos en secciones siguientes, viene referida al contenido del poder que se arroga.

Pues bien, la necesidad de atribuir competencias a órganos determinados deriva de la complejidad propia de la estructura del Poder Público. Y es que, “toda organización y más aún a medida que aumenta en complejidad, se edifica sobre una distribución de funciones y de competencias en un conjunto

²⁹ Miguel Sánchez Morón: *Legalidad y sometimiento a la Ley y al Derecho*, en Los Principios jurídicos del Derecho Administrativo, Primera Edición, Director Juan Alfonso Santamaría Pastor. Madrid. Editorial La Ley, 2010, p. 67

³⁰ Miguel Sánchez Morón: *Legalidad y sometimiento a la Ley y al Derecho*. ...op.cit., p.68.

³¹ José Peña Solís: *Lineamientos de Derecho Administrativo*, Volumen I La organización Administrativa venezolana. Caracas, UCV, 1995, p. 131. Ver también: José Peña Solís: *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo 2. Contribución Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001.

³² Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández: *Tratado de Derecho Administrativo*...op.cit., p.457

de órganos. No puede haber un órgano que disponga de todas las competencias a la vez, por más que siempre existiría alguno que tenga alguna eminencia sobre todos y aunque vigile el funcionamiento del conjunto”.³³

Desde antigua data, nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa ha reconocido la necesidad de asignación de potestades mediante ley a un órgano de determinado de la Administración:

“No existe órgano administrativo sin potestades, pues ello resultaría en un órgano inoperante, que nada puede hacer. Y, de otra parte, nada pueden actuar los órganos administrativos más allá de los límites fijados por sus potestades. Por ello, desde este punto de vista, la potestad constituye un elemento fundamental en la definición de la organización administrativa.

Como tal elemento de organización, es evidente que las potestades son atribuidas en atención al órgano que habrá de ejercerlas, y más ampliamente, en función de todo el marco de la organización de la Administración. En consecuencia, las potestades no son –ni pueden ni deben ser- determinadas en razón del titular de un determinado órgano.”³⁴

Es de este modo que resulta indispensable que, del complejo entramado de órganos entre los que se distribuye el ejercicio del Poder Público, la ley asigne a uno en particular el ejercicio de determinada potestad. Esta circunstancia viene vinculada con el principio de mensurabilidad de las competencias públicas, principio esencial del Estado de Derecho contemporáneo, que deriva de su condición de Estado que reconoce derechos ajenos, y, a los efectos del contenido *in comento*, de su carácter de

³³ Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández: *Tratado de Derecho Administrativo...* op.cit., p.457

³⁴ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 09 de agosto de 1995, Caso: *Socorro Peraza Tirado*, 1995, en Allan Brewer Carías y Luis Ortiz Álvarez: *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961-1996)*, Primera Reimpresión. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2007, p.551.

complejo organizativo con una necesaria distribución de funciones y de competencias entre órganos diversos.³⁵

En lo que a la actividad administrativa de policía se refiere –contentiva de la potestad de inspección-, téngase en cuenta que se trata de una actividad de segundo grado en ejecución de la Constitución, esto es, de rango sublegal y en tal sentido, debe ejecutar una norma previa. De este modo, siendo la competencia materia de reserva legal (art.137 de la CRBV), la posibilidad de dictar actos administrativos de policía debe venir establecida previamente en una norma legal expresa.³⁶

Concretamente en cuanto a la potestad de inspección, la doctrina la ha calificado como una *potestad heteroatribuida*, pues es creada y otorgada por un ente distinto al ente destinatario de la misma. Es esto lo que determina que esté vedado a la Administración Pública acudir a la potestad reglamentaria con el fin de atribuirse la potestad de inspección, aunque el reglamento pueda colaborar con la ley en la relación admisible entre estas dos fuentes del ordenamiento jurídico.³⁷

Ya hemos reseñado en la sección correspondiente al principio de legalidad y reserva legal, así como la llamada reserva legal relativa, que propugna una consagración legal amplia de la potestad de inspección, de modo que sea la propia Administración, mediante actos de rango sublegal, la que defina su ejercicio concreto en la procura de su ejecución más eficaz.

³⁵ Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández: *Tratado de Derecho Administrativo...* op.cit., p.458

³⁶ María Amparo Grau: *La actividad administrativa de policía*, en II Jornadas sobre Derecho Administrativo de Policía, Las Formas de la Actividad Administrativa, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2005, p. 11 y 12. Véase también Adolf Merkl, (1953) *Teoría General del Derecho Administrativo*, 315 citado por Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo*. UCV. Caracas, 2002, p. 232 y 233.

³⁷ A. García Ureta, *La potestad inspectora de la Administraciones públicas...* op.cit., p. 458.

Entre nosotros, nótese que la referida reserva legal relativa encuentra reflejo en lo que a la competencia para el ejercicio de las potestades se refiere en la propia Ley Orgánica de la Administración Pública. Su artículo 27 señala:

Artículo 27. En el caso que una disposición legal o administrativa otorgue una competencia a la Administración Pública, sin especificar el órgano o ente que debe ejercerla, se entenderá que corresponde al órgano o ente con competencia en razón de la materia.

En el caso que una disposición legal o administrativa otorgue una competencia a un órgano o ente de la Administración Pública sin determinar la unidad administrativa competente, se entenderá que su ejercicio corresponde a la unidad administrativa con competencia por razón de la materia y el territorio.

Allí, la expresión “Ejecutivo Nacional” en general, implica identificar cuál es el órgano o ente con competencia en la “materia”, siguiendo a tal fin las disposiciones del Decreto sobre el número, organización y competencias de los Ministerios.

No obstante, en la práctica hay casos en los cuales el objeto de la Ley para cuya verificación se atribuyen las potestades de inspección, trae consigo la superposición de intereses y materias y, con ello, se corre el riesgo de que varios órganos o entes del Poder Público se consideren habilitados al mismo tiempo para ejercer esas potestades.

En adición a ello, en nuestro caso, se suma la muy frecuente modificación en la organización de los Ministerios, lo cual genera cambios constantes en sus competencias materiales y afecta de manera considerable la ejecución de algunas potestades. A la fecha, se encuentra vigente el Decreto N° 6.732, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, publicado en Gaceta Oficial N° 39.202 de 17 de junio de 2009.³⁸ Dicho

³⁸ De este instrumento ha sido derogado el numeral 3 de la Disposición Transitoria Décima Segunda, según consta en el Decreto N° 7.805, mediante el cual se adscribe al Ministerio del Poder Popular para la Alimentación el Instituto Nacional de Nutrición, creado mediante Decreto Ejecutivo N° 320, de fecha 11 de noviembre de 1949, publicado en

Decreto ha sufrido más de 10 modificaciones en los últimos años, las cuales, en muchos casos, no encuentran correlativo en el ajuste de los procedimientos ante las instancias de la Administración Pública.

Ambas circunstancias generan afecciones a la seguridad jurídica de los ciudadanos, nota que, como señalamos al inicio de esta sección, participa de la mano con el principio de la legalidad en la asignación de competencia para el ejercicio de la potestad de inspección.

En cuanto a la atribución por Ley de la potestad de inspección, es necesario diferenciar dos supuestos. La potestad de inspección vinculada a la supervisión, deberá contar con un título legal habilitante, asociado a la norma que crea la potestad de supervisión. Por el contrario, la potestad de inspección como instrumento para recabar pruebas en la sustanciación del procedimiento administrativo, puede entenderse incluida dentro de la denominada potestad inquisitiva, reconocida en el artículo 53 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En este trabajo, nos dedicaremos especialmente a desarrollar el supuesto de la potestad de inspección vinculada a la supervisión antes que a la destinada a recabar pruebas. Sin embargo, aprovechamos esta oportunidad para hacer algunos comentarios respecto de esta última.

Así, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece en su artículo 58 el régimen de los medios de pruebas aplicables en el marco del procedimiento administrativo, a saber:

Artículo 58. Los hechos que se consideren relevantes para la decisión de un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba

G.O. N° 39.553, de fecha 16/11/2010. Adicionalmente, ha quedado derogado el artículo 23 del presente Decreto, según consta en la G.O. N° 39.644, de fecha 29/03/2011.

establecidos en los Códigos Civil, de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal o en otras leyes.

Así pues, encontramos que, en definitiva, los medios de prueba que pueden emplearse son los mismos consagrados en materia civil y penal. Como sabemos, la prueba “es la actividad encaminada a demostrar la exactitud o inexactitud de los hechos que han de servir de fundamento a la decisión del procedimiento”³⁹. Por su parte, “los vehículos capaces de trasladar al proceso los hechos que contienen son los medios de prueba”.⁴⁰ Entre ellos, se encuentra tradicionalmente la prueba de inspección, que se utiliza como medio pues, tal como señala la norma, la Administración tiene la potestad de comprobar por los medios que estime convenientes, las situaciones de hecho que van a dar origen al acto administrativo.

Adicionalmente, de acuerdo con el artículo 69 de la propia Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, se impone a la Administración no sólo la potestad de actuar de oficio en materia de prueba, sino también la responsabilidad y la obligación de hacerlo.⁴¹

Téngase en cuenta esta distinción en lo sucesivo, pues, como advertimos, a lo largo del presente trabajo nos enfocaremos en los principios y fines de la potestad de inspección entendida como previa al procedimiento administrativo e instrumento de acopio de información con fines de supervisión. Sin embargo, insistimos, no con esto dejamos de lado o desconocemos los tradicionales fines probatorios de la inspección, bien en la sustanciación del procedimiento administrativo, bien en una fase previa de modo que permita el acopio de información que fundamente la apertura del

³⁹ Jesús González Pérez: *Manual de Procedimiento Administrativo*. Segunda Edición. Madrid. Civitas, 2002, p. 327 y ss.

⁴⁰ Jesús Eduardo Cabrera Romero: *La prueba ilegítima por inconstitucional*. Caracas. Ediciones Homero. 2012, p. 8

⁴¹ Allan R. Brewer Carías: *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2004, p. 65, 117, 317. Ver también Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo*. Notas de Agustín Gordillo. 1era Edición. Tomo II. Buenos Aires. Thomson y La Ley, 2006, p. 505 y ss.

procedimiento administrativo o permita conservar hechos que pudieran haber desaparecido al tiempo de su sustanciación.-

Esta distinción es además relevante, pues si bien en el marco del procedimiento administrativo la Administración cuenta ya con una potestad de inspección, en el marco de la actividad de policía la potestad de supervisión debe tener un reconocimiento expreso y claro en la Ley. Dentro del contexto ya señalado de deslegalización del Derecho administrativo venezolano, se ha pretendido sin embargo atribuir a la Administración una suerte de potestad general e ilimitada de inspección, como se indica –por ejemplo- en el artículo 172.9 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario. Ello constituye una clara violación al principio de legalidad, se insiste, pues la potestad de inspección es siempre un poder limitado en la Ley, máxime si se vincula a la actividad de policía.

Tocados los aspectos anteriores en cuanto a la forma de atribución de la competencia para el ejercicio de la potestad de inspección, pasamos a analizar los sujetos que eventualmente podrían ejercerla.

2.2 Sobre los sujetos titulares

Como toda potestad, ciertamente puede ser ejercida por los órganos del Poder Público, normalmente de la Administración Pública. Un punto de interés es el tema de los actos que, aun siendo emanados de sujetos privados, se consideran como actos administrativos, a saber, los llamados actos de autoridad. Finalmente, se asomará el ejercicio de la potestad de inspección por parte de los consejos comunales, como instancias de participación ciudadana que han adoptados funciones intermedias entre los propios sujetos privados y la Administración Pública, en atención a su naturaleza *sui generis*.

2.2.1. Los órganos del Poder Público

Dentro de las denominadas ramas del Poder Público, en las cuales de modo tradicional se han dividido sus funciones, la actividad de inspección es, ciertamente, parte íntegra de la función ejecutiva del Poder Público. De este modo, aunque existan importantes competencias inspectoras en determinados ámbitos en manos del Estado, la gran mayoría de las funciones inspectoras las concentra el Poder Ejecutivo y, adicionalmente, parece que deberían corresponder dentro de él a los niveles más próximos al ciudadano.⁴² En respuesta a esta circunstancia, es que también instancias que, si bien no forman parte de la Administración Pública, se encuentran en un nivel más cercano a la ciudadanía y, por tanto, les son atribuidas ciertas funciones de esta naturaleza.

2.2.2 Actos de autoridad

Los actos de autoridad se definen como aquellos que, siendo de origen privado, son equiparados a los actos administrativos y, en esa medida, son actos sometidos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Tanto la doctrina como la jurisprudencia desarrollaron una serie de criterios para determinar cuándo estamos ante un acto de esta naturaleza.⁴³

En general, es sostenible que “para que un acto emanado de personas de derecho privado sea considerado como un acto administrativo es necesario que el particular esté colaborando con el Estado en la prestación de un

⁴² Ricardo Rivero Ortega: *El estado Vigilante*. 1era Edición. Madrid. Tecnos, 2000, p. 138

⁴³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 22 de septiembre de 1987, Caso: *Federación de Colegios de Abogados de Venezuela*, en Revista de Derecho Público N° 32, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1987, pp. 87-88. Hildegard Rondón: *Ampliación del ámbito contencioso administrativo*, en Revista de Derecho Público N° 22 abril-junio. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 1985, p.35. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 24 de noviembre de 1986, Caso: *María Josefina Bustamante vs. UCAB*.

servicio público, y además que ejerza prerrogativas públicas que le hayan sido atribuidas por algún texto normativo”.⁴⁴

Tal como señalamos, a los actos de esta naturaleza se aplica el régimen supletorio de Derecho Administrativo, lo cual comporta, en *primera instancia*, que tales actos que son de origen privado van a adquirir la presunción de legitimidad, veracidad y legalidad que acompaña a todos los actos administrativos. De este modo, como afirma Brewer Carias “sus efectos se cumplen de inmediato, no suspendiéndose por el hecho de que contra los mismos se intenten recursos administrativos o jurisdiccionales de nulidad”⁴⁵

En *segunda instancia*, a los calificados como actos de autoridad les resultan aplicables además una serie de principios que son propios del procedimiento administrativo común, como por ejemplo: el principio de motivación de los actos administrativos; principio de irretroactividad; principio de publicidad y de unidad del expediente, principio de imparcialidad, de acceso al expediente y del derecho a ser oído, principio de agotamiento de la vía administrativa, de continuidad del servicio público.⁴⁶

En el mismo orden ha habido pronunciamientos del Máximo Tribunal, donde coinciden los aspectos que hacen que **(i)** un acto emanado de un ente privado; **(ii)** en ejercicio de potestades públicas o en su caso, derivado del ejercicio del servicio público; **(iii)** atribuidas de forma expresa por una norma jurídica, sea considerado un acto de autoridad.

Así, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de 14 de mayo de 1998, caso: Jaime Requena v. Fundación

⁴⁴ Rafael Chavero: *Los actos de autoridad*. Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 1996, p.90. Respecto de los actos de autoridad y su control ver: Armando Luis Blanco Guzmán: *El control de los Actos de Autoridad en el Contencioso Administrativo* en “La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso administrativa. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2012, p.191

⁴⁵ Allan Brewer Carias: *Principios de Procedimiento Administrativo*. Madrid. Civitas, 1990, p. 125.

⁴⁶ R. Chavero: *Los actos de autoridad...* op.cit., pp.122 y ss.

Instituto de Estudios Avanzados (Fundación IDEA), reiteró el siguiente criterio, que venía siendo labrado por la jurisdicción contencioso-administrativa:

“Al respecto esta Sala observa que, la figura de los *actos de autoridad* uno de los grandes aportes de la jurisprudencia al Derecho Administrativo moderno, constituye una solución racional a la situación de ciertos entes que si bien, se crean bajo forma de derecho privado, sin embargo, ejercen potestades públicas, por disposición de una norma. Esta función pública es reconocida por el Estado: en algunos casos en forma directa, de manera tal que algunos actos que de ellos emanen están dotados de autonomía, y en consecuencia, constituyen reglas de conducta admitidas por el ordenamiento jurídico interno. Tal es el caso que declarara la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, en relación con las sociedades autorales, al considerar que si bien se trataba de entidades privadas, sin embargo, la fijación de las tasas a los terceros usuarios de los derechos por el uso del derecho de autor, tenía eficacia inmediata, sin necesidad de la homologación de los órganos del Estado.

Paralelamente, existen los casos de reconocimiento indirecto, en el sentido de que exigen para la validez de sus actos la homologación por la Administración del Estado, y es el caso de las universidades privadas, que si bien tienen un sistema análogo a la de las universidades nacionales, otorgan títulos que deben ser sin embargo, homologados por el Ministerio de Educación, para adquirir eficacia jurídica, tal como fuera reconocido por nuestros tribunales contencioso-administrativos.”

En fecha más reciente la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha ratificado su criterio respecto de los actos de autoridad en sentencia de 16 de enero de 2002, señalando:

“(…) la consagración de los actos de autoridad, es una de las formas a través de la cual la jurisdicción contencioso-administrativa ha contribuido al afianzamiento del Estado de Derecho y al control de la arbitrariedad de los entes dotados de poder, capaz de incidir sobre la esfera jurídica de otros sujetos. Ante la similitud de los actos de los organismos públicos que operan sobre los sujetos del ordenamiento, y de los entes privados, que tienen su misma eficacia, y que están

previstos mediante un dispositivo legal, bien sea en forma directa o indirecta, no puede el intérprete, crear categorías diferentes, sino que, por el contrario, le corresponde utilizar los mismos instrumentos. Es en base a las consideraciones precedentemente aludidas que la ampliación del contencioso administrativo lleva al reconocimiento de la existencia de sujetos que, constituidos bajo la forma de derecho privado (...), sean calificados como entes de autoridad, ya que los mismos ejercen funciones públicas a través de los actos públicos, que a los efectos de control se denominan actos de autoridad y por lo tanto sometidos a la jurisdicción contencioso administrativa

Destaca, además del desarrollo del control de los actos de autoridad, el fin que procura el acto, que se trate de *un fin de interés público*, pese a que emane de un ente constituido bajo la forma del derecho privado. Esto constituye otro dato adicional que podemos enmarcar como parte de los caracteres que definen a los actos de autoridad.

Finalmente, traemos a este punto la decisión de 15 de mayo de 2012, de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que resume los criterios de antes expuestos sobre el acto de autoridad, señalando lo siguiente:

“Los “*actos de autoridad*” han sido examinados en diferentes oportunidades por la jurisprudencia de esta Sala que ha indicado lo siguiente:

“Al respecto se observa, que tal y como señalara el a quo, el acto impugnado encuadra dentro de los denominados doctrinaria y jurisprudencialmente ‘actos de autoridad’, los cuales podrían ser definidos en sentido lato, como aquéllos emanados de personas de derecho privado conforme a delegaciones que les hace la Ley, en procura de satisfacer fines de interés público propios de la actividad administrativa, impugnables en consecuencia ante la jurisdicción contencioso administrativa, en virtud de haberse producido en el ejercicio de competencias fundamentadas en el imperium del Estado. (En este sentido, vid. decisiones de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo,

casos: Ma. Josefina Bustamante y Ramón Escovar León, ambos vs. Universidad Católica Andrés Bello, de fechas 24 de noviembre de 1986 y 19 de enero de 1988, respectivamente)". (Sentencia de esta Sala N° 0766 del 27 de mayo de 2003). (Resaltado de la Sala).

Ahora bien, tal como se desprende de la jurisprudencia transcrita, para determinar la existencia de un acto de autoridad, debe existir un ente de derecho privado que en virtud de una disposición legal ejerza potestades públicas o un servicio público, lo que apareja la atribución de prerrogativas destinadas a tutelar el interés general en la actividad de servicio público. (*Vid. Sentencia SPA N° 02727 del 30 de noviembre de 2006*)."(Caso JOSÉ RAMÓN MUÑOZ SÁNCHEZ v. COMITÉ DE CONDUCTA Y ÉTICA MÉDICA DEL CENTRO MÉDICO DOCENTE LA TRINIDAD)

Así, definimos a los actos de autoridad "como aquellos emanados de personas de derecho privado conforme a delegaciones que les hace la Ley, en procura de satisfacer fines de interés público propios de la actividad administrativa, impugnables en consecuencia ante a la jurisdicción contencioso administrativa, en virtud de haberse producido en el ejercicio de competencias fundamentadas en el *imperium* del Estado."

En la mayoría de los casos la asunción de ciertas potestades por parte de los privados responde a razones de eficiencia y eficacia, de modo que el particular funge como principal colaborador del Estado en la consecución de sus fines. Especialmente en el marco del Estado Social, el Estado, en su garantía de la procura existencial, requiere también de incrementar los controles. Para ello, el brazo ejecutor de los privados resulta fundamental y es que la participación de los ciudadanos en función de colaboración trae consigo la idea de que, en principio, la Administración ejecutará sus funciones de forma más eficiente sus funciones. Así sucede con el ejercicio de funciones inspectoras.

La atribución a los particulares de ciertas funciones que materializan la potestad de inspección ha traído consigo una diatriba de larga data. En general, en cuanto a la discusión de si es posible o no la “cesión” de potestades de la Administración a entidades privadas y, de ser el caso, si las funciones que ejercen comportan una real potestad o simplemente el ejercicio de funciones de colaboración. Existen posiciones encontradas, así advierte García Ureta al señalar en cuanto a este punto que “se trata de una cesión al sector privado de cometidos y funciones, no sólo el ejercicio de los mismos, que hasta la fecha tenían consideración de públicos. Este proceso ha suscitado (y suscita) opiniones diversas que, en ocasiones, tildan de <indeseable> la traslación legalizada a entidades privadas del ejercicio de relevantes potestades, en particular la inspectora.”⁴⁷

Parte de la doctrina sostiene que las potestades que están vinculadas con la idea de *soberanía* deberían estar excluidas de su ejercicio por los particulares, esto es, aquellas “que responden a la esencia de lo público, los cometidos básicos de la Administración y que definirían su razón de ser. En términos generales, la inspección respondería a este esquema”⁴⁸. En ese orden se ha advertido que:

“En los casos en que la inspección implique un desenvolvimiento de la potestad de *imperium*, es decir, que para llevarla a cabo sea necesario hacer uso de dicha potestad, la Administración no podrá delegar en un sujeto privado la inspección, pues la potestad de *imperium* es una potestad propia y exclusiva de la Administración, y no puede ponerla en manos de un administrado.”⁴⁹

Otro de los criterios que se utilizan por quienes opinan que la potestad de inspección debe ser ejercida únicamente por la Administración Pública, con

⁴⁷ A.García Ureta: *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas...op.cit.* p. 239, refiriendo a Bermejo Vera, en el prólogo del libro de Ricardo Rivero Ortega: *El Estado Vigilante op. cit....*, p. 20

⁴⁸ A. García Ureta, Agustín: *La potestad inspectora de las administraciones públicas*, Op. Cit.. p. 242 y 243.

⁴⁹ Martí Bague, p. 273, referido por Ricardo Rivero Ortega: *Op. Cit.*.p. 150.

exclusión de los particulares es el de la *independencia*. Para algunos, el ejercicio de la actividad de control requiere de un grado elevado de autonomía de aquél que lo ejecuta, de modo que ineludiblemente habría de ser la Administración la instancia verificadora del cumplimiento del orden jurídico. Así se ha señalado que:

“Las ventajas de una independencia necesaria, en servicio del interés público, que puede ser exigida con mayores garantías de efectividad en este caso, e incluso una economía de medios, aparte los nacidos de la especialización previa, la mayor proximidad entre función de vigilancia y función sancionadora, etc., aconsejan sin lugar a vacilaciones, la estructura estatal de la inspección, como función que únicamente al Estado debe corresponder.”⁵⁰

Y es que se trata del control de cumplimiento de las normas y además exige “objetividad”, de modo que lo propio es que sea la Administración Pública y no los particulares quienes la lleven a cabo.⁵¹

De otra parte, se encuentran las posturas que sostienen que la actuación e intervención de los particulares en este ámbito no sólo son válidas, sino también necesarias. En atención a criterios de eficiencia, eficacia e incluso técnicos, en muchos casos resulta más conveniente que los particulares efectúen labores de supervisión antes que la Administración Pública. Ello va de la mano con el llamado principio de corresponsabilidad, consagrado también entre nosotros en la Constitución de 1999, que trae consigo el hecho que el Estado, en la consecución de sus fines, involucra a los particulares en la realización de ciertas actividades, en la procura de una más eficiente gestión de asuntos públicos. Se trata pues de hallar o crear espacios intermedios entre la tradicional dicotomía Sociedad-Estado.⁵²

⁵⁰ Manuel Alonso García, voz “Inspección de trabajos”, p.885 referido por Rivero Ortega, Ricardo, *El Estado Vigilante, Op. Cit.*...p. 149 y 150.

⁵¹ A.García Ureta, *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas...op.cit.* p.243

⁵² Presente en los artículos 4, 165, 184 y muy especialmente, en el 326 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Además, en cuanto al principio de corresponsabilidad Véase:Ricardo Combellas, 2002. La Constitución de 1999 y la Reforma Política. Implicaciones para la gobernabilidad democrática. Revista

Y es que en los últimos años experimentamos una transformación de las formas de intervención del Estado sobre la economía. Una de las características del nuevo planteamiento es la sustitución de la intervención unilateral por la cooperación.”⁵³

Así, la doctrina ha señalado:

“Es apreciable que la Administración está pasando de un modelo de actuación directa a otro en el que adquiere una posición de supervisión de la actuación de terceros, que colaboran con ella en la inspección de distintas actividades bajo un estricto régimen normativo.”⁵⁴

En referencia a algunas formas de control por parte de los particulares, Agustín García coloca como ejemplo paradigmático el de la seguridad industrial, donde se establece un método de verificaciones “en cascada, tanto de quien es controlado (particular-organismo de control) como de aquel que lleva a cabo el control (organismo de control-entidad de acreditación).”⁵⁵

Entre las posturas que favorecen el otorgamiento de potestades inspectoras a los particulares, somos del criterio que, eventualmente, la atribución sería

Venezolana de ciencia Política. No. 22 Julio-Diciembre 2002. Centro de Investigaciones de Política Comparada. Postgrado de Ciencia Política. ULA. Mérida. FERMÍN, Enrique Luis. 2007. Observaciones sobre el principio de corresponsabilidad en la CRBV. Documento electrónico. Fecha consulta: 03/09/2007. <http://64.233.169.104/search?q=cache:6pm4aHHwXIMJ:www.pgr.gob.ve/Doctrinas/Opiniones/opiniones2.htm+corresponsabilidad&hl=es&ct=clnk&cd=4&gl=ve>. PERFECTO SÁNCHEZ, José Ricardo. 2000. La corresponsabilidad, valor social insustituible para la observancia de los Derechos Humanos. Universidad Autónoma del Estado de México. Documento electrónico. Fecha de la consulta: 21/05/2004. <http://www.Google.es/search?q=cache:gs4LfZxlcUJ.www.uaemex.mx/mpaz/articulos2>. ZAMBRANO CONSTANZO, Alba. 2005. Participación y empoderamiento comunitario: rol de las metodologías implicativas. X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, 18 - 21 Oct. 2005. Documento electrónico. Fecha de consulta: 13/11/2007. <http://www.iiij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/CLAD/CLAD%20X/documentos/zambrcon.pdf>

⁵³ Cfr. Ritter, “Der Kooperative Staat”, AÖR, 1979, referido por Ricardo Rivero Ortega: El Estado Vigilante, *Op. Cit.*... p.151

⁵⁴ A.García Ureta, *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas...op.cit.* p. 244. Como ejemplo el autor señala al legislador europeo “El legislador, sobre todo el europeo, ha sido consciente de que es preciso incentivar la adecuación al ordenamiento jurídico desde la base, es decir, desde aquellos que son beneficiarios del grueso de la normativa. De ahí que se promuevan las técnicas de autocontrol.”

⁵⁵ A.García Ureta, *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas...op.cit.* p.245.

de meras funciones de control, siendo que “la actividad de control consiste en la simple comprobación empírica de datos”⁵⁶, mientras que la inspección “implicaría un verdadero poder acompañado de potestades exorbitantes de las que carecería el particular colaborador”⁵⁷.

A modo de recapitulación encontramos que los particulares pueden dictar actos con la naturaleza de actos administrativos y, por tanto sujetos a control, en el marco de su actuación, siempre que ellos reúnan las condiciones propias que la doctrina ha atribuido a los actos de autoridad.

En lo que a la potestad de inspección se refiere, en concreto, somos del criterio, como parte de la doctrina, que se trata de una potestad y, por tanto, no sujeta a transferencia a los particulares y que, en todo caso, las funciones que se le atribuirían serían de colaboración. El principio de colaboración se encuentra mayormente consagrado y es empleado para referirse a los Poderes Púderes Públicos. En efecto, así se encuentra expresamente previsto en nuestra Constitución.⁵⁸ La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado:

“En efecto, la colaboración implica una ayuda para ejercer las competencias propias de cada órgano, en el entendido de que en muchas ocasiones los diferentes cuerpos estatales no se bastan a sí mismos, sino que requieren información que reposa en otras dependencias o recursos también asignados a otros. La colaboración, además, implica el deber de no obstaculizar las actuaciones ajenas, sino que, por el contrario, toda la actuación estatal esté orientada a un mismo fin: cumplir con los cometidos fijados por la Constitución para el conjunto del aparato público. Los órganos son distintos, por lo que son distintos también los

⁵⁶ A.García Ureta, *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas...op.cit.* p. 251.

⁵⁷ A.García Ureta, *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas...op.cit.* p. 251.

⁵⁸ **Artículo 136.** El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio **colaborarán entre sí** en la realización de los fines del Estado.(Negrillas nuestras)

medios, pero los fines sí son comunes y en ellos reposa el deber de colaboración.

Por tanto, es evidente que el Tribunal Supremo de Justicia debe colaborar con la Asamblea Nacional, y viceversa, pero no de forma que uno sustituya al otro, salvo que por excepción la propia Carta Magna lo permita, como mecanismo para resolver una situación concreta. La colaboración interorgánica presupone la separación de los órganos en el ejercicio del poder público. Colaboran precisamente porque tienen funciones distintas y, uniendo esfuerzos, pueden asegurarse los fines estatales.

Lo que pretenden los accionantes, sin embargo, va mucho más allá de una colaboración, pues el recurso de interpretación constitucional tiene como pretensión el que la Sala fije con carácter vinculante el sentido de normas del Texto Fundamental. Desde el momento en que se emita el fallo interpretativo no habrá posibilidad de adoptar un criterio distinto, con lo que la Sala sustituiría por completo al Parlamento, eliminando uno de sus atributos básicos: la libertad de discusión para llegar a un resultado producto del consenso. El Parlamento es el primer intérprete de la Constitución, así no sea el último, y no existe justificación para imponerle un criterio de antemano” (Sentencia de 07 de abril de 2005, caso: *Conrado Pérez Briceño y otros*; Sentencia de 19 de julio de 2006, caso: *Juan Pablo Sotendo*)

La esencia pues del principio de colaboración no es la transferencia de competencias para que otro órgano las ejerza, tampoco su delegación, se trata de que, los involucrados, en el ámbito de las funciones que le son propias, orquesten esfuerzos para la consecución de un interés del Estado. La colaboración trae consigo eficiencia en la actuación pública, bien sea entre poderes o interorgánica.

Si se traslada el concepto y sus principios a la óptica de los particulares y su vínculo con el ejercicio de la potestad administrativa de inspección, se trata pues de la unión de esfuerzos por parte de los ciudadanos en las actividades inspectoras de la administración para hacer de ella una actividad más eficiente en el logro de sus fines.

Damos paso entonces, como tercer punto de esta sección relativa a los sujetos que ejercen la potestad de inspección, a la breve mención a los consejos comunales.

2.2.3 Consejos Comunales

De conformidad con las regulaciones recientes se han atribuido ciertas tareas similares a la potestad de inspección a los consejos comunales, tanto en materia fiscal, donde fungen como auxiliares de la Administración Tributaria, como en el ámbito de la defensa para las personas en el acceso a los bienes y servicios, donde a través de la figura de los Comités de Contraloría Social para el Abastecimiento pueden inspeccionar a los proveedores a los fines de determinar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley. Así, por ejemplo, en materia fiscal, se ha previsto la posibilidad de que los Consejos Comunales verifiquen el cumplimiento de los deberes formales y levanten un acta que luego suministrarán al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), órgano con competencia en la materia.

Analizaremos brevemente la naturaleza de los Consejos Comunales, teniendo en consideración que, aún cuando se atribuyen ciertas potestades, debe tenerse en consideración que las mismas deben ser interpretadas en atención (i) a que no son órganos de la Administración Pública y (ii) su función de acuerdo con su Ley de creación es la de ser órganos de participación ciudadana para el control social. Con ello, no tendría la potestad de inspección las mismas implicaciones que para los órganos de la Administración Pública, antes bien, se trataría de una participación en términos de colaboración en el ejercicio de la potestad.

2.2.3.1 Antecedentes⁵⁹

Actualmente, se plantea ampliar el espectro de participación de los Consejos Comunales, y desde hace más de cinco (5) años que se han venido publicando instrumentos normativos que soportan su actuación. En la Propuesta de Reforma Constitucional que fue sometida a aprobación mediante referendo en el año 2007, se planteaba incluir al Poder Popular como una nueva rama del Poder Público, otorgándole fundamento constitucional a la figura de los Consejos Comunales. Y desde el junio de 2009 existe el Ministerio del Poder Popular para las Comunas y Protección Social⁶⁰. En tal sentido, consideramos relevante el análisis de dichas instancias de participación desde la perspectiva del ejercicio eventual de potestades públicas, ya que los Consejos Comunales se presentan como mecanismos para el ejercicio del control social de la actividad administrativa.⁶¹

El derecho que tienen los ciudadanos a participar libremente en los asuntos públicos directamente o por medio de sus representantes ha sido consagrado en el artículo 62 del Texto Fundamental. Incluso, se establecen los medios a través de los cuales se materializa dicha participación en lo político y en lo social.

Así, se observa que con base en el referido derecho de participación ciudadana se ha consolidado el llamado “control social”, reconociéndose la posibilidad de los ciudadanos de participar directamente en la gestión de las

⁵⁹ Véase en cuanto a los Consejos Comunales: Claudia Nikken, *La Ley Orgánica de los Consejos Comunales y el Derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos*, en *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2011, p.184.

⁶⁰ Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Central, Gaceta Oficial N° 39.202 de 17 de junio de 2009.

⁶¹ El fenómeno de la participación ciudadana y el desarrollo de instancias que canalizan su ejercicio, las cuales se desarrollan en paralelo a las instancias propias de la organización administrativas –los Municipios en especial- ha sido objeto de estudio en otros países, con procesos similares, por ejemplo, véase en tal sentido, Haroldo Dilla Alfonso y otros: *Participación Popular y Desarrollo en los Municipios Cubanos*. Caracas. Fondo Editorial Tropykos, 1994.

políticas públicas, ya no sólo en el ámbito local -como tradicionalmente ha sido reconocido- sino además en la actividad administrativa. Es precisamente, dentro de ese control social que se circunscribe la figura de los Consejos Comunales como instancias de participación, articulación e integración de las organizaciones comunitarias con alcance nacional.

Como señalamos, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (“CRBV”)⁶² estableció las bases de los mecanismos de participación ciudadana, entre los cuales encontramos –implícitamente- a los Consejos Comunales. En efecto, en su artículo 70 prevé la figura de las Asambleas de Ciudadanos, como instancia de participación popular, y es con base en ella que la Ley de los Consejos Comunales prevé su creación.

Así, promulgada la CBRV, se dicta la primera LEY DE LOS CONSEJOS LOCALES DE PLANIFICACIÓN PÚBLICA (“LOCLPP”)⁶³ la cual consagró en su artículo 8 el principio de la participación de la comunidad organizada, a través de los llamados Consejos Parroquiales y Comunales, promovidos por el Consejo Local de Planificación Pública en cada uno de los espacios de la sociedad civil, cuya función era convertirse en el *“centro principal de la participación y protagonismo del pueblo en la formulación, ejecución, control y evaluación de las políticas públicas”*.

Es así como dicho instrumento normativo estableció las bases primigenias de la organización y funcionamiento de los Consejos Comunales como mecanismos de participación ciudadana en el control de las políticas públicas en el ámbito municipal. Ahora bien, promulgada la primera Ley de los

⁶² Previo a la CBRV, la Constitución de la República de Venezuela de 1961, establecía la figura de los Consejos Consultivos, estableciendo el artículo 109 que la ley regulará la integración, organización y atribuciones de los cuerpos consultivos que juzguen necesarios para oír la opinión de los sectores económicos privados, la población consumidora, las organizaciones sindicales de trabajadores, los colegios profesionales y las universidades, en los asuntos que interesan a la vida económica.

⁶³ Publicada en Gaceta Oficial N° 37.463 de 12 de junio de 2002. Dicha Ley se reformó y publicó en Gaceta Oficial N° 38.591 de 26 de diciembre de 2006. Hoy se encuentra vigente la Ley publicada en Gaceta Oficial N° 6.017 Extraordinario de 30 de diciembre de 2010.

Consejos Comunales, se reforma la LOCLPP y la referida norma fue derogada.

Asimismo, ya la LEY ORGÁNICA DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL⁶⁴ (“LOPPM”) en su Título VI, se dedica a la participación protagónica en la gestión local. El artículo 251 consagra la participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública municipal, consagrado como derecho amplio, sin más limitaciones que las dictadas por el interés público y la salvaguarda del patrimonio público, previsto en el artículo 252 *eiusdem*. Más específicamente, se regula el derecho de los ciudadanos a organizarse en contralorías sociales con el objeto de ejercer el control del gobierno local.

Destaca el artículo 259, en el cual se enuncian de medios de participación de los ciudadanos, entre ellos: cabildos abiertos, asambleas ciudadanas, referendos y el *control social*.

Así, promulgada la LCC, los Consejos Comunales allí previstos, sustituyen a los Consejos Parroquiales y Comunales previstos en la LOCLPP y en la LOPPM, constituyéndose en estructuras paralelas al régimen municipal, como unidad primaria para la participación⁶⁵. Adicionalmente, en los últimos años se han dictado otras leyes que complementan el denominado sistema de las Leyes sobre el Poder Popular y el Estado Comunal, a saber, las Leyes sobre el Poder Popular, las Comunas, el Sistema Económico Comunal, la Planificación Pública y Comunal y la Contraloría Social.⁶⁶

⁶⁴ Publicada en Gaceta Oficial N° 6.015 Extraordinario del 28 de diciembre de 2010. Las LPPM anteriores, que precedieron la publicación de la ley de los Consejos Comunales, también establecían estas disposiciones desde el 2006.

⁶⁵ Allan Brewer-Carías: *Introducción General al Régimen del Poder Público Municipal*, Ley Orgánica del Poder Público Municipal. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2007, p. 75.

⁶⁶ Véase Allan Brewer Carías: *Introducción General al Régimen del Poder Popular y del Estado Comunal*, Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2011.

2.2.3.2 Del régimen de los Consejos Comunales

Ahora bien, la CBRV en su artículo 2 consagra a Venezuela como un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia.⁶⁷ Diversas normas del Texto Fundamental establecen las bases de la creación de los Consejos Comunales como instancias de participación ciudadana previstas en el consagrado Estado Social de Derecho. Nos referimos principalmente a los artículos 5 (soberanía popular), 6 (gobierno democrático), 62 (derecho a la participación), 70 (mecanismos y medios de participación), 132 (responsabilidad social y participación solidaria), 158 (política de descentralización), 168 (incorporación de la participación ciudadana en la gestión pública), 182 (creación del Consejo Local de Planificación Pública) y 184 (mecanismos de descentralización y transferencia de servicios).

De esta manera se observa que la consagración del Estado Democrático y Social de Derecho trae aparejada un sistema de controles destinados a garantizar que el Poder Público, a través de sus distintas ramas, actúe conforme a los valores superiores previstos en la CRBV y es que, en principio, los mecanismos de participación ciudadana, vgr. los Consejos Comunales, nacen como instancias de control de la actuación de la Administración e intervención de los ciudadanos en la gestión de las políticas públicas.

Parte de la doctrina⁶⁸, se inclina por establecer que el principio de desconfianza, sobre el cual se fundamenta la actuación del Poder Público, justifica la existencia de distintos controles. Siendo precisamente, el control social, uno de tales controles previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

⁶⁷ Sobre la consideración del Estado Social de Derecho y de Justicia, véase Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 24 de enero de 2002, caso: *Asodeviprilara*.

⁶⁸ José Ignacio Hernández: *La Contraloría General de la República y los principios del régimen de control fiscal en Venezuela*. Leyes del Poder Ciudadano. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2005, p. 191.

Por otra parte, la LOPPM en su artículo 269 define al *control social* como el mecanismo a través del cual todo ciudadano individual o colectivamente participa en la vigilancia y control de la gestión pública municipal, en la ejecución de programas, planes y proyectos, en la prestación de servicios públicos municipales, así como en la conducta de los funcionarios públicos, para prevenir, racionalizar y promover correctivos.

Lo anterior se complementa con la previsión de la ejecución del control social que ejercen los ciudadanos solicitando la información y documentación administrativa que sea de interés de la comunidad, estando la Administración –de acuerdo a lo previsto en el artículo 273 LOPPM- en obligación de suministrarla.

Así pues, el fundamento del control social de la actividad administrativa tiene sus raíces en el tradicional control fiscal –control de gestión- previsto en la LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL FISCAL (“LOCGR”), específicamente al preverse el fomento de la participación ciudadana destinada a **(i)** atender las iniciativas de la comunidad, **(ii)** sistematizar las denuncias ciudadanas, **(iii)** establecer estrategias de promoción de la participación ciudadana para coadyuvar en la vigilancia de la gestión fiscal y **(iv)** promover mecanismos de control ciudadano. De esta manera, la LOCGR establece en el artículo 24 que los ciudadanos -al lado de los órganos de control fiscal previstos en la Ley- en el ejercicio de su derecho a la participación en la función de control de la gestión pública, integran el Sistema Nacional de Control Fiscal.

De este modo, se dicta la LCC, la cual consagra a los Consejos Comunales como instancias de participación, articulación e integración entre las diversas organizaciones comunitarias, grupos sociales que permiten a la comunidad

organizada ejercer la gestión de las políticas públicas. Las consideraciones y alcance de los objetivos propuestos para esta ley permite en parte solventar la ausencia de una norma expresa relacionada con su ámbito de aplicación, pues hace referencia a distintas etapas de procesos legales y establecen la determinación de actores, acciones y relaciones entre distintos sujetos jurídicos.⁶⁹

Consideramos relevante traer a este punto la incorporación de los consejos comunales como órganos sujetos al control en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁷⁰, que en su artículo 7 dispone:

“Artículo 7º: Están sujetos al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

1. Los órganos que componen la Administración Pública;
2. Los órganos que ejercen el Poder Público, en sus diferentes manifestaciones, en cualquier ámbito territorial o institucional;
3. Los institutos autónomos, corporaciones, fundaciones, sociedades, empresas, asociaciones y otras formas orgánicas o asociativas de derecho público o privado donde el Estado tenga participación decisiva;
4. Los consejos comunales y otras entidades o manifestaciones populares de planificación, control, ejecución de políticas y servicios públicos, cuando actúen en función administrativa;
5. Las entidades prestadoras de servicios públicos en su actividad prestacional;
6. Cualquier sujeto distinto a los mencionados anteriormente, que dicte actos de autoridad o actúe en función administrativa.”

La doctrina ha sostenido que el numeral 4 la norma citada **(i)** resulta del principio de la universalidad del control, ya que éste comporta que toda actividad administrativa, incluso aquella que emana de entidades no estatales, que dicte actos de autoridad o actúe en función administrativa se encuentra sometida al control. Adicionalmente **(ii)** se advierte la redundancia del numeral *in comento* en vista de que los entes y órganos que en ella se

⁶⁹ José Gregorio Delgado: *Comentarios a la Ley de los Consejos Comunales*. Caracas. Vadell Hermanos Editores, 2007, p.25

⁷⁰ Publicada en Gaceta Oficial No. 39.447 de 16 de junio de 2010

enumeran pueden incluirse en los numerales 1 y 2, ya que en la propia Ley Orgánica de los Consejos Comunales se dispone que adquieren personalidad jurídica con su registro.⁷¹ En todo caso, el control en el contencioso administrativo de los actos de los Consejos Comunales, únicamente debe admitirse bajo la tesis de los actos de autoridad en Venezuela, y por ende, en el marco del ejercicio de potestades asignadas por Ley a esas instancias. Se reitera así que las Leyes del Poder Popular no asignan potestades de inspección de manera general a esas instancias, con lo cual, sus actividades en el marco de la “contraloría social” no deberían considerarse actos de autoridad, como luego se verá.

Esa circunstancia debe ser valorada y considerada por los integrantes de los Consejos Comunales y por los representantes de los diferentes órganos del Estado, que se relacionan con estas formas asociativas que concretan un medio de participación ciudadana y protagonismo del pueblo.⁷²

2.2.3.3 De la constitución y estructura de los Consejos Comunales

Los Consejos Comunales son actualmente concebidos como el cauce propio para el ejercicio del derecho de participación ciudadana, a fin de intervenir en la gestión de los asuntos comunales (artículo 2 LCC), están integrados por un conglomerado social de familias que conforman una comunidad y los habitantes –reunidos- de dicha comunidad conforman la Asamblea de Ciudadanos, como máxima instancia de decisión de los consejos comunales.⁷³

⁷¹ Allan Brewer Carías y Víctor Hernández Mendible: *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2011, p. 28 y 42. Esta inclusión se refiere como una novedad en Emilio Ramos González (Coordinador): *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Comentada*. Caracas. Fundación Gaceta Forense, 2013, p.93.

⁷² José Gregorio Delgado: *Comentarios a la Ley de los Consejos Comunales... op.cit.* , p.25.

⁷³ Artículo 20. La Asamblea de Ciudadanos y Ciudadanas es la máxima instancia de deliberación y decisión para el ejercicio del poder comunitario, la participación y el protagonismo popular, sus decisiones son de carácter vinculante para el consejo comunal en el marco de esta Ley.

Los Consejos Comunales a los fines de su funcionamiento, conforme a lo previsto en el artículo 19 de la LCC, están integrados por la Asamblea de Ciudadanos y Ciudadanas del consejo comunal; el colectivo de coordinación comunitaria, la Unidad Ejecutiva, la Unidad Administrativa y Financiera Comunitaria y la Unidad de Contraloría Social.

El procedimiento legal para la constitución de los Consejos Comunales se desarrolla mediante el señalamiento de un conjunto de espacios organizativos bajo la modalidad de equipos o comisiones, indicando en forma específica su forma de integración y sus tareas particulares hasta llegar a la legalización de los Consejos Comunales. Primero, se debe organizar un Equipo Promotor que tendrá como función difundir la iniciativa de formación del Consejo Comunal y convocar a la primera Asamblea de Ciudadanos.⁷⁴ De esta primera Asamblea de Ciudadanos, surge el Equipo Electoral Provisional, que es la instancia encargada de convocar la elección del primer consejo comunal.⁷⁵

Como parte de ello, el equipo electoral provisional convoca a la primera Asamblea de Ciudadanos, denominada Asamblea Constitutiva Comunitaria⁷⁶, donde se elegirán a los primeros voceros del consejo comunal, en cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley.

Adicionalmente, un aspecto neurálgico en la constitución de los Consejos Comunales es su registro mediante Acta Constitutiva. Y es que los Consejos Comunales adquieren personalidad jurídica mediante su registro ante el Ministerio del Poder Popular con competencia en la materia que, a la fecha,

⁷⁴ Artículo 5 LCC

⁷⁵ Artículo 8 LCC

⁷⁶ Artículo 10 LCC

es el Ministerio del Poder Popular para las Comunas, según lo reseñamos anteriormente.⁷⁷

Finalmente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3 de la LCC, la acción de los Consejos Comunales se regirá conforme a los principios participación, corresponsabilidad, democracia, identidad nacional, libre debate de las ideas, celeridad, coordinación, cooperación, solidaridad, transparencia, rendición de cuentas, honestidad, bien común, humanismo, territorialidad, colectivismo, eficacia, eficiencia, ética, responsabilidad social, control social, libertad, equidad, justicia, trabajo voluntario, igualdad social y de género, con el fin de establecer la base sociopolítica del socialismo que consolide un nuevo modelo político, social, cultural y económico.⁷⁸

2.2.3.4 Ámbitos de acción de los Consejos Comunales

Llama la atención que, con fundamento en el orden constitucional vigente desde 1999, ya previo a la promulgación de la primera LCC se encontraban previstos en diversos instrumentos, especiales modos de participación ciudadana para el ejercicio del control social, destacando la participación de estas Unidades Comunitarias en distintos escenarios económicos.

De esta manera, nos referiremos a la participación de los Consejos Comunales prevista en el –hoy derogado- DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ESPECIAL DE DEFENSA POPULAR CONTRA EL ACAPARAMIENTO, LA ESPECULACIÓN, EL BOICOT Y CUALQUIER OTRA CONDUCTA QUE AFECTE EL CONSUMO DE ALIMENTOS O PRODUCTOS SOMETIDOS A CONTROL DE PRECIOS⁷⁹

⁷⁷ Bajo la vigencia de la LCC derogada, los Consejos Comunales adquirían personalidad jurídica mediante la inscripción ante la COMISIÓN LOCAL PRESIDENCIAL DEL PODER POPULAR.

⁷⁸ Respecto de la orientación hacia la consolidación de la base socialista, debemos señalar que, aunque no forma parte de este trabajo de investigación, diferimos de la previsión en este y otros instrumentos legislativos y reglamentarios de disposiciones de esta naturaleza. Consideramos que ellos resulta inconstitucional por ser contrario a nuestra Constitución Económica, que prevé el sistema de economía de mercado.

⁷⁹ Decreto N° 5.197 de 16 de febrero de 2007 publicado en Gaceta Oficial N° 38.629 de 21 de febrero de 2007.

(“LEAEB”); en la LEY DEL RÉGIMEN PRESTACIONAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT (“LRPVH”); en la LEY DE TIERRAS; en la LEY DE RESPONSABILIDAD SOCIAL EN RADIO Y TELEVISIÓN; en la LEY ORGÁNICA PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE AGUA POTABLE Y DE SANEAMIENTO; en la LEY DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD; en la LEY PARA PROTECCIÓN DE FAMILIAS, LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD; en el DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY DE REFORMA DE LA LEY DE IMPUESTO SOBRE ALCOHOL Y ESPECIES ALCOHÓLICAS; en la LEY CONTRA LOS ILÍCITOS CAMBIARIOS; y en la PROVIDENCIA DEL SERVICIO NACIONAL INTEGRADO DE ADMINISTRACIÓN ADUANERA Y TRIBUTARIA N° SNAT/20070890.

Revisaremos de modo particular estas disposiciones y su vigencia actual, muy especialmente de cara a la atribución de “potestades fiscalizadoras” de naturaleza “complementaria” a los órganos de la Administración Pública, casi todas ellas con la vocación de supervisión de cumplimiento de obligaciones legales y posterior sanción.

Nótese desde ya que la confusión en cuanto al contenido de la potestad de inspección y su connotación sancionatoria trae como consecuencia su atribución a instancias que, sin ser órganos de la Administración Pública, la ejercen con base en leyes que se la atribuyen, bajo la pretendida justificación que, la eventual sanción los incumplimientos verificados, sí es impuesta por la Administración. Ahondaremos en este aspecto más adelante.

2.2.3.4.1. LOS CONSEJOS COMUNALES EN LA LEAEB

La LEAEB tenía por objeto establecer las acciones o mecanismos de defensa contra el acaparamiento, la especulación, el boicot y cualquier otra conducta que afecte el consumo de los alimentos y productos sometidos al control de precios y regular su aplicación por el Ejecutivo con la participación de los Consejos Comunales.

De esta manera, se establecía que los Consejos Comunales actuarían a través de los COMITÉS DE CONTRALORÍA SOCIAL PARA EL ABASTECIMIENTO (“CCSA”), quienes eran, en los términos de la Ley, los responsables de promover en la comunidad la defensa de sus derechos. Es decir, los Consejos Comunales a través de los CCSA constituían instancias de participación en la fiscalización dentro del ámbito empresarial, específicamente por lo que respecta al abastecimiento de los alimentos y cumplimiento del control de precios por parte de las empresas que se dedican a la producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de alimentos y productos sometidos a control de precios.

Es decir, en este caso el control social se ampliaba, y los CCSA participaban colaborando en las funciones de la Administración y fiscalizando la actividad de los propios particulares –empresas-, desviándose -de cierta manera- del control social de la actividad administrativa⁸⁰.

Según lo que preveía en el artículo 7 de la LEAEB, entre las funciones de los CCSA, en coordinación con el Ejecutivo Nacional, destacaba **(i)** comprobar el abastecimiento de los alimentos sometidos a control de precios con las características de un servicio público esencial (prestarse en forma continua, regular, eficaz, eficiente, ininterrumpida, en atención a la satisfacción de las necesidades colectivas) y **(ii)** fiscalizar, vigilar y exigir el cumplimiento del régimen del control de precios de alimentos o productos. Como se advierte,

⁸⁰ Destaca la similitud de las funciones de los Comités de Contraloría Social para el Abastecimiento con los Consejos de obreros, campesinos y soldados (“soviets”) en la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas (U.R.S.S). De esta manera y mediante Decreto se establecía en todas las empresas un control sobre la producción, venta y almacenaje de los productos y materias primas así como sobre la administración financiera de la empresa, creando a tal fin comités encargados de establecer el mínimo de productividad de la empresa y de tomar las medidas necesarias para el control de precio. Asimismo, se crearon los Consejos Regionales de control obrero colocados bajo la dependencia de los Consejos de obreros y de soldados, así como un Consejo Único superior para todo el país. Véase: *Diccionario Jurídico Omeba*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Tomo IV, pp. 717 y ss.

el contenido de las atribuciones otorgadas por Ley a estos CCSA es – claramente- de naturaleza inspectora, se trata del ejercicio de una potestad por instancias que no constituyen órganos del Poder Público, matizada por ciertas limitaciones en su alcance.

Así, se observa que la LEAEB reconocía la participación de los ciudadanos a través de los Consejos Comunales para ejercer el control social sobre las funciones de la Administración -control de ilícitos previstos en la Ley- y las actividades que desarrollan las empresas –públicas o privadas⁸¹- dedicadas a la producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de alimentos y productos sometidos a control de precios, que afecten el derecho de los consumidores a adquirir tales productos. Sin embargo, conviene referir la falta de precisión respecto al alcance de dichas funciones de control social que la LEAEB le atribuye a los CCSA, lo cual daba pie a eventuales excesos en la actividad de los Consejos Comunales.

Es decir, los CCSA se encontraban previstos como instancias de participación ciudadana, que si bien no podían acordar medidas preventivas destinadas a restablecer cualquier infracción al régimen de control de precios, ejercían el control social para proteger el derecho de los consumidores a adquirir los alimentos o productos sometidos a control de precio y, además, velaban porque los entes y órganos públicos lo respetaran, a través de la labor de formación ciudadana y el seguimiento a la recta ejecución de las medidas dictadas por el Ejecutivo.

⁸¹ El artículo 3 de la LEAEB establecía que quedan sujetos a aquella, las personas naturales o jurídicas, venezolanas o extranjeras, que se dedican a la producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de alimentos o productos sometidos a control de precios. Nótese que no se excluyen del ámbito subjetivo de aplicación a las empresas públicas.

Respecto al ejercicio de funciones de por parte de los CCSA la doctrina se ha pronunciado con diferentes tendencias. Así, muy especialmente Herrera Orellana ha replicado a Hernández González⁸² señalando:

“Igualmente, luce erróneo sostener que la actividad de los Comités de Contraloría Social ´es una de las formas de participación de los administrados en las tareas y funciones de la Administración, pero en modo alguno sustituye el ejercicio de las potestades que la Ley reconoce a la Administración´, pues aquellos no se limitan a la denuncia y a la participación en los procedimientos en calidad de representantes de los usuarios, sino que pueden ejecutar por sí mismos medidas que sólo la autoridad administrativa podría aplicar; como son las de fiscalizar, inspeccionar y controlar a los particulares sometidos al control de precios, o de activar mediaciones y conciliaciones entre éstos y los usuarios, y la práctica dirá si incluso participarán en ´la recta ejecución de las medidas preventivas dictados por los órganos o entes competentes del Ejecutivo Nacional”⁸³

Vale señalar que la LEAEB ha sido derogada. En efecto, tanto esta Ley como su posterior reforma publicada en la Gaceta Oficial Nº 38.862 de 31 de enero de 2008, fueron derogadas por la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, G.O. Nº 5.889 Extraordinario del 31 de julio de 2008, reformada parcialmente en el 2009 y 2010.

Sin embargo, todas ellas preservaron la figura de los CCSA, así, la ley vigente dispone:

Artículo 92

Derecho a organizarse para la defensa

Las personas tienen derecho a constituirse en asociaciones u organizaciones de participación popular, que ostenten la vocería de sus asociados para contribuir con la defensa de sus derechos e intereses, siempre de conformidad con lo previsto en la presente Ley.

⁸² José Ignacio Hernández González: *Comentarios a la Ley contra el Acaparamiento*. Caracas, FUNEDA. 2007, p.38.

⁸³ Luis Alfonso Herrera Orellana: *La Potestad de Autotutela Administrativa*. Caracas. Ediciones Paredes, 2008, p.202

Los Consejos Comunales a través de los Comités de Contraloría Social para el Abastecimiento, constituyen una instancia de participación responsable de promover en la comunidad la defensa de sus derechos e intereses económicos y sociales y con ello lograr la felicidad social dentro del estado democrático y social de derecho y de justicia, siendo la instancia para velar por el control, monitoreo, verificación, vigilancia relativa al abastecimiento de bienes y servicios de primera necesidad y de cualquier otra naturaleza de interés colectivo en toda la cadena de distribución, producción y consumo.

Artículo 93

Actuaciones del Comité de Contraloría Social para el Abastecimiento

Una vez realizada la fiscalización y verificada la infracción, se levantará un acta suscrita por al menos tres de los cinco miembros del Comité dejando fiel constancia de los hechos, que deberá ser remitida de inmediato al Órgano o Ente competente del Ejecutivo Nacional, a objeto de que analice el caso, y de ser procedente imponga las medidas preventivas y se inicie el procedimiento administrativo, conforme a esta Ley.

Nótese el alcance de las atribuciones de fiscalización y verificación, que alcanzan al levantamiento de un acta que se remitirá al órgano o ente competente para que, de constar hechos que presuntamente pudieran constituir alguna infracción, se proceda de la forma correspondiente. Este es, los hechos soportados en tales actas serán el fundamento de la Administración para dictar una medida preventiva o iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio.

Procede ahora la cuestión, ¿son estas atribuciones fiscalizadoras y de vigilancia verdaderas potestades de inspección? Si nos colocamos en la posición del legislador, nos encontramos pues, ante dos posibles escenarios, cualquiera de ellos inconstitucional, uno por error desde el punto de vista *material* y el otro desde un punto que pudiéramos denominar *subjetivo*.

El primero de ellos, partiría de que los consejos comunales no son órganos de la Administración Pública y, como tal, no pueden ejercer potestades, entre

ellas la potestad de inspección. Sin embargo, se previó con una concepción errónea o desdibujada de la potestad de inspección, entendiendo que la misma se encuentra vinculada a la potestad sancionatoria y de medidas preventivas. Siendo así, se asumió, inconstitucionalmente, que los CCSA podrían estar dotados de atribuciones de monitoreo, fiscalización, verificación y vigilancia en el cumplimiento de las disposiciones de la LEAEB y luego de la LDPABS, sin que ello comportara la atribución propiamente de potestades de inspección, pues las atribuciones se limitan hasta el levantamiento de actas, y no alcanzan la posibilidad de dictar medidas preventivas ni iniciar procedimientos de carácter sancionatorio. Este escenario es el que denominamos de inconstitucionalidad por error desde el punto de vista *material*, esto es, en la apreciación del contenido de la potestad de inspección.

En segunda instancia, otro escenario, es que la voluntad de legislador fue, ciertamente, atribuir potestades de inspección a los CCSA. Aquí, la inconstitucionalidad deviene por el sujeto al que se le atribuye, desde el punto de vista *subjetivo*, en tanto las potestades públicas deben ser atribuidas y ejercidas por órganos del Poder Público. En el caso de la potestad de inspección, vinculada con el Poder Ejecutivo, correspondería al órgano de la organización administrativa con la competencia material correspondiente. Somos del criterio que los Consejos Comunales no pueden ser considerados parte de la Administración Pública, menos aún como supuesto “órganos” del pretendido “Poder Comunal o Popular” al que, mediante actos de rango legal y sublegal, se le ha introducido como una rama más del Poder Público. Lo cierto es que el Poder Público se divide, en los términos del artículo 136 de la Constitución, en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral, por lo que resulta inconstitucional tal argumento. La participación ciudadana es un derecho y los ciudadanos pueden ejercerlo a través de los mecanismos e instancias previstos en el

propio Texto Fundamental y en las leyes que lo desarrollan, no por ello, tales instancias, adquieren la connotación de órganos del Poder Público y, por tanto, insistimos en ellos, no pueden ser titulares de potestades públicas.

Para ambos casos, reiteramos:

- (i) Que las facultades de inspección, vigilancia y fiscalización, que devienen en el levantamiento de actas donde se deja constancia de ciertos hechos que pudieran dar origen al inicio de un eventual procedimiento administrativo sancionatorio, ya configuran, *per se*, el ejercicio de una potestad de inspección. Asunto diferente, como hemos visto, es el del fin y las consecuencias de la potestad. Su fin es procurar el mejor cumplimiento del ordenamiento jurídico, en un primer nivel y el que más hemos reforzado, mediante el apoyo a los ciudadanos en el cumplimiento de sus obligaciones. Para ello las explicaciones técnicas de los funcionarios debidamente capacitados para la inspección son de gran valor. En una segunda instancia, cuando lo ameriten las circunstancias, puede recurrirse al inicio de un procedimiento administrativo sancionatorio, cuando se constaten elementos suficientes de la infracción del orden jurídico.
- (ii) La potestad de inspección, como cualquier otra potestad pública, debe ser ejercida por un órgano del Poder Público. Y, como hemos señalado, no es en lo absoluto el caso de los CCSA, en todo caso se admitirían funciones de colaboración por parte de estas instancias de participación ciudadana.

Nos permitimos realizar este análisis en la presente sección por cuanto resulta de particular interés el hecho que, incluso antes de la publicación de la primera Ley de los Consejos Comunales, ya existían figuras –que aún estar vigentes- como los Comités de Contraloría Social para el Abastecimiento, que se erigen como la más fuerte manifestación de atribución de potestades de inspección a instancias de participación ciudadana que no forman parte de la Administración Pública. Ello suponía una grave situación al confiar, a instancias privadas y no especializadas, el ejercicio de la potestad de inspección en el marco de la actividad de policía,

que es una de las actividades en las cuales no debería admitirse la figura de los actos de autoridad.

2.2.3.4.2 LOS CONSEJOS DE VIVIENDA Y HÁBITAT EN LA LRPVH y LOS COMITÉS DE TIERRAS URBANAS en la LEY DE TIERRAS Y DESARROLLO AGRARIO

La LRPVH⁸⁴ -promulgada también con anterioridad a la LCC- y hoy derogada en su artículo 91 preveía la participación y el control social como el derecho constitucional de las personas a ejercer su poder de decisión, intervención y control de manera directa y con plena autonomía e independencia en la formulación, planificación y regulación de las políticas, planes, proyectos y acciones en vivienda y hábitat, así como la evaluación y control de la gestión habitacional y de su financiamiento.

En este sentido, en la citada Ley se contemplaba la promoción de la gestión del poder comunitario a través de la creación progresiva de los Consejos Parroquiales de Vivienda y Hábitat (artículo 77); Organizaciones para la Participación de los Usuarios y Control Social (artículo 92); Organizaciones Comunitarias Integrales de Vivienda y Hábitat (artículo 94) y los Consejos Comunitarios de Vivienda y Hábitat (artículo 96).

En el ámbito de sus funciones, dichas organizaciones comunitarias tienen diversas atribuciones en materia de vivienda y hábitat, entre ellas **(i)** establecer las necesidades de vivienda y hábitat del ámbito territorial correspondiente; **(ii)** promover, programar y ejecutar actividades de apoyo al desarrollo de la organización de las comunidades; **(iii)** procesar los

⁸⁴ Publicada en Gaceta Oficial N° 38.182 de 9 de mayo de 2005. Ley reformada parcialmente, sólo por lo que respecta a las Disposiciones Transitorias, reforma publicada en Gaceta Oficial N° 38.591 de 26 de diciembre de 2006, esta última reformada por la publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.867 de 28 de diciembre de 2007 y, finalmente, la hoy vigente publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.889 de 31 de julio de 2008

planteamientos de las organizaciones comunitarias y elevarlas a instancias superiores; **(iv)** ejercer la contraloría social a las Instituciones del Sistema Nacional de Vivienda y Hábitat; **(v)** informar y rendir cuenta periódicamente y **(vi)** promover la participación de las comunidades.

A la fecha, la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat ⁸⁵ vigente ya no prevé las disposiciones y formas organizativas antedichas, sin embargo, continúa contemplando a los Consejos Comunales como parte del Sistema Nacional de Vivienda y Hábitat ⁸⁶ y se hace referencia a la figura de los Comités de Tierras Urbanas⁸⁷, cuya creación referiremos de seguidas.

Por su parte, en la LEY DE TIERRAS Y DESARROLLO AGRARIO⁸⁸ DEL 2001, se preveía de manera genérica el establecimiento de organizaciones colectivas económicas para la producción, privilegiando el sistema cooperativo, colectivo o comunitario. Posteriormente, el 4 de febrero de 2002 se dictó el DECRETO N° 1.666 MEDIANTE EL CUAL SE INICIA EL PROCESO DE REGULARIZACIÓN DE LA TENENCIA DE LA TIERRA EN LOS ASENTAMIENTOS URBANOS POPULARES⁸⁹, a través de la participación de las comunidades organizadas, procurando la debida coordinación interinstitucional. De este modo, en el marco de las funciones de la Oficina Técnica Nacional para la Regularización de la Tenencia de la Tierra Urbana se estableció el estímulo de la participación

⁸⁵ Gaceta Oficial N° 5.889 Extraordinario del 31 de julio de 2008

⁸⁶ Artículo 4. (...)

Sujetos del Sistema: el Ejecutivo Nacional, el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat, los productores de vivienda y hábitat, los operadores financieros, los usuarios, los Consejos Comunales y toda persona natural o jurídica que de cualquier forma intervenga en el Sistema, los cuales se regirán por lo establecido en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, las políticas, estrategias, normas técnicas y regulaciones emanadas del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de vivienda y hábitat y los convenios y contratos que se suscriban.

⁸⁷ **Artículo 78.** El Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de vivienda y hábitat en coordinación con los órganos y entes públicos competentes, deberá adoptar los planes y programas necesarios para lograr la transformación integral de los asentamientos urbanos populares, que permita el mejoramiento o construcción de vías adecuadas de acceso y tránsito al sector, de redes de servicios públicos y de infraestructuras para servicios de educación, salud, recreación y organización comunal, con el propósito de lograr la integración de sus habitantes al disfrute pleno de la vida urbana, promoviendo la participación protagónica, cooperación activa, democrática, deliberante, autogestionaria, corresponsable y organizada, fortaleciendo el Poder Popular, a través de los Comités de Tierra Urbana incorporados a los Consejos Comunales.

⁸⁸ Decreto N° 1.546 con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario de 9 de noviembre de 2001 publicado en Gaceta Oficial N° 37.323 de 13 de noviembre de 2001, reformado parcialmente mediante Ley de Reforma Parcial publicada en Gaceta Oficial N° 5.771 Extraordinario de 18 de mayo de 2005.

⁸⁹ Publicado en Gaceta Oficial N° 37.378 de 4 de febrero 2002.

ciudadana mediante la conformación de los llamados COMITÉS DE TIERRAS URBANAS (“CTU”).

Posteriormente, se dictó la Ley Especial de Regularización Integral de la Tenencia de la Tierra de los Asentamientos Urbanos Populares⁹⁰, cuyo artículo 6 establece la participación de los Comités de Tierras Urbanas incorporados a los Consejos Comunales, que coadyuvarían a la realización de la regularización integral y ejecución de las actuaciones necesarias para que se reconozca la propiedad en relación a la misma y sus habitantes, sea por usucapión o por adjudicación bajo los principios del Estado Social de Derecho.

A la fecha, la LEY DE TIERRAS Y DESARROLLO AGRARIO⁹¹ vigente prevé en su artículo 4⁹² que se privilegiará a los consejos comunales y cualquier otro tipo de organización colectiva en lo que a la economía agrícola se refiere. Adicionalmente, llama la atención las previsiones del artículo 31, que establece:

“Artículo 31

El Instituto Nacional de Tierras (INTI) en el Registro Agrario llevará un inventario de las aguas y de las tierras con vocación de uso agrícola disponibles para su desarrollo. A tal efecto los consejos comunales **participarán activamente en el levantamiento de la información a ser empleada para la formación, actualización y control del Registro Agrario, así como el establecimiento de las normas de obligatorio cumplimiento para la validez y eficacia de la misma.**

⁹⁰ Publicada en Gaceta Oficial N° 38.480 de 17 de julio de 2006. Hoy derogada por la Ley Especial de Regularización Integral de la Tenencia de la Tierra de los Asentamientos Urbanos o Periurbanos, publicada en Gaceta Oficial N° 39.668 del 6 de mayo de 2011, que continua previendo los Comités de Tierras Urbanas.

⁹¹ Publicada en Gaceta Oficial N° 5.991 Extraordinario de 29 de julio de 2010

⁹² **Artículo 4** Las organizaciones colectivas económicas para la producción agrícola se establecerán teniendo como base los principios de mutua cooperación y solidaridad, privilegiando el sistema colectivo, cooperativo, comunitario, consejos de campesinos y campesinas, consejos comunales y cualquier otro tipo de organización colectiva. En tal sentido, se estructurará el fundo colectivo mediante la organización y destinación de bienes productivos, la organización de personas para el trabajo colectivo y el desarrollo del poder autogestionario de los mismos.

El ejercicio de la participación establecida para los consejos comunales, deberá efectuarse en coordinación con el Instituto Nacional de Tierras (INTI), el cual dictará las normas necesarias para su implantación y proveerá la capacitación de los y las integrantes del consejo comunal que ejecutarán las actividades de levantamiento de información.” (Negrillas nuestras)

Como se observa, se prevé a los Consejos Comunales la atribución de participar en el levantamiento de información utilizada para la formación, actualización y control del Registro Agrario, así como el establecimiento de las normas de obligatorio cumplimiento para la validez y eficacia de la misma.

Nótese que la misma norma prevé que tales atribuciones serán ejercidas en coordinación con el Instituto Nacional de Tierras, quien dictará las normas de actuación de los Consejos Comunales y los capacitará para el ejercicio de tales funciones. Es esta una diferencia fundamental respecto de las previsiones para los Comités de Contraloría Social para el Abastecimiento, que actúan de manera independiente en sus labores de fiscalización. En este caso, una interpretación constitucional de la norma citada, nos lleva a colegir que los consejos comunales solamente actuarán en coordinación con el INT y bajo las normas y directrices que éste haya dictado.

2.2.3.4.3 Otros ámbitos de acción de los Consejos Comunales y de la comunidad organizada

Destacan además, entre los otros escenarios de participación de la comunidad organizada, aquellos previstos en:

- (i) LEY DE RESPONSABILIDAD SOCIAL EN RADIO, TELEVISIÓN Y MEDIOS ELECTRÓNICOS⁹³, que establece en el artículo 12 y siguientes la posibilidad de constituir “organizaciones de usuarios” cuyo objeto es promover y defender sus derechos comunicacionales;

⁹³ Publicada en Gaceta Oficial N° 39.610 de 7 de febrero de 2011.

- (ii) LEY ORGÁNICA PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE AGUA POTABLE Y DE SANEAMIENTO⁹⁴, que prevé la participación de los suscriptores a través de la figura de las Mesas Técnicas de Agua;
- (iii) LEY DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD⁹⁵, que en su artículo 47 establece que los ciudadanos con discapacidad, sus familiares y otras personas podrán constituir organizaciones sociales, económicas, deportivas, culturales, artísticas, de *contraloría social* o de cualquier índole, para expresar las manifestaciones de su acción;
- (iv) DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY DE REFORMA DE LA LEY DE IMPUESTO SOBRE ALCOHOL Y ESPECIES ALCOHÓLICAS (“LISAEA”)⁹⁶, que prevé en su artículo 48 que el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de seguridad ciudadana establecerá los lineamientos para que las Alcaldías, previa opinión **favorable y vinculante** del respectivo Consejo Comunal, otorgue los permisos para expendio de licores y fije los horarios respectivos.
- (v) LEY CONTRA LOS ILÍCITOS CAMBIARIOS⁹⁷, que establece en el artículo 6, la participación de los Consejos Comunales, auxiliando al INDEPABIS en el cumplimiento de deberes impuestos por la Ley, en el caso concreto, exhibir en los establecimientos anuncios indicando cuáles de los bienes y servicios ofertados, fueron adquiridos con divisas autorizadas por CADIVI. Nótese que en este supuesto, tal como sucede en el caso agrario, se trata de una actuación coordinada con un órgano de la Administración Pública.
- (vi) PROVIDENCIA DEL SERVICIO NACIONAL INTEGRADO DE ADMINISTRACIÓN ADUANERA Y TRIBUTARIA (SENIAT) N° SNAT/20070890⁹⁸, que establece las Disposiciones para que las comunidades organizadas coadyuven gratuitamente con el SENIAT, en el ejercicio de las facultades de verificación de deberes formales conforme al Código Orgánico Tributario.⁹⁹

⁹⁴ Publicada en Gaceta Oficial N° 38.763 de 6 de septiembre de 2007.

⁹⁵ Publicada en Gaceta Oficial N° 38.598 de 5 de enero de 2007.

⁹⁶ Publicado en Gaceta Oficial N° 38.784, de 5 de octubre de 2007.

⁹⁷ Publicada en Gaceta Oficial N° 5.975 Extraordinario del 17 de mayo de 2010

⁹⁸ Publicada en Gaceta Oficial No. 38.840 de 28 de diciembre de 2007

⁹⁹ Carol Parilli Espinoza: *Una aproximación a los consejos comunales para el ejercicio del control social de la actividad administrativa como manifestación de la participación ciudadana* en Anuario de Derecho Público. Caracas. Centro de Estudios de la Universidad Monteávila, 2007.

- (vii) LEY DE PESCA Y ACUICULTURA¹⁰⁰ , que prevé que los Consejos Comunales tienen la potestad de ejercer la contraloría social de las actividades de pesca, acuicultura y conexas, a tal efecto se le asigna las funciones de fiscalizar, vigilar y exigir el cumplimiento del régimen de control de precios de los alimentos o productos hidrobiológicos, a través de los Comités de Contraloría Social para el Abastecimiento.
- (viii) LEY ORGÁNICA DE SEGURIDAD Y SOBERANÍA AGROALIMENTARIA¹⁰¹: Se habilita a los Consejos Comunales para que intervengan, en el ejercicio de la contraloría social, en los procedimientos de inspección, fiscalización y control, previendo que ellos y cualquier forma de organización y participación social, intervendrán en el ejercicio de sus funciones de contraloría social, en tales actividades.
- (ix) LEY DE COSTOS Y PRECIOS JUSTOS¹⁰², donde se prevé la participación popular de las comunidades organizadas, o grupos de consumidores, en la categorización de los precios, a través de los mecanismos que prevea la Superintendencia Nacional de Costos y Precios, para que los mismos aporten su conocimiento y experiencia en el acceso a determinados bienes y servicios. Se prevé también la posibilidad de que la Superintendencia convoque a mesas de trabajo u otros mecanismos de participación al sector privado organizado, a los efectos de que expongan sus consideraciones en la definición de los caracteres de las categorías cuya planificación se previere. Por último, dentro de la sección correspondiente al Sistema Nacional Integrado de Costos y precios Justos, se dispone que la comunidad organizada apoyará coordinadamente a los órganos y entes del Sistema Nacional Integrado de Costos y Precios, a fin de lograr la eficacia en el control social, los órganos y entes del Sistema Nacional Integrado de Costos y Precios estarán obligados a crear las condiciones necesarias a fin de lograr esta coordinación. Adicionalmente, el Reglamento Parcial sobre la Superintendencia de Costos y Precios Justos¹⁰³ expresamente reconoce la participación a través de los consejos comunales (Artículo 41) y dispone que dicha Superintendencia propiciará incorporar en los procedimientos de supervisión y control a los Consejos Comunales, y a tales efectos coordinará con el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de poder popular, lo que estime conveniente sobre este

¹⁰⁰ Publicada en Gaceta Oficial N° 5.877 Extraordinario de 14 de marzo de 2008

¹⁰¹ Publicada en Gaceta Oficial N° 5.889 Extraordinario del 31 de julio de 2008.

¹⁰² Publicada en Gaceta Oficial N° 39.715 del 18 de julio de 2011.

¹⁰³ Publicado en Gaceta Oficial N° 39.802 del 17 de noviembre de 2011.

particular (Artículo 45) En ejecución de dicha disposición, mediante la Providencia No 005¹⁰⁴ se reconoce que a los efectos de la participación ciudadana y del ejercicio del control social, los Consejos Comunales y las demás formas de organización, cuando tengan conocimiento de posibles infracciones, irregularidades o incumplimiento de la Ley de Costos y Precios Justos y demás normativa referente a la fijación de precios determinados por la Superintendencia Nacional de Costos y Precios, deberán notificarle a los fines de que esta realice las inspecciones y fiscalizaciones correspondientes a los electos de comprobar las presuntas irregularidades o infracciones (Artículo 2)

Son pues éstos los principales ámbitos de acción de los Consejos Comunales o de la comunidad organizada actualmente, los cuales, prevemos, tenderán a acrecentarse a fin de ampliar la participación ciudadana en la gestión, control y ejecución de las políticas públicas.

2.2.3.5 Sobre las consideraciones respecto de los Consejos Comunales en la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública

Traemos a este punto el Decreto N° 6.217, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública en el cual se reconocen a los Consejos Comunales y demás formas de organización comunitaria, como instancias a las que se puede transferir “potestades públicas” para lograr su economía y eficiencia, siempre que la naturaleza de la potestad lo permita (artículo 20 de la Ley). En nuestro criterio se trata de una norma inconstitucional y contraria al principio de irrenunciabilidad de las potestades públicas.

Concordamos sí, con la admisión de que los órganos superiores de dirección y demás órganos o entes de la Administración Pública celebren “compromisos de gestión” con los Consejos Comunales “para la obtención de determinados resultados en los respectivos ámbitos de competencia”

¹⁰⁴ Publicada en Gaceta Oficial N° 39.918 del 09 de mayo de 2012.

(artículo 132 de la Ley). Esta circunstancia se corresponde con el principio de colaboración de los particulares con la Administración Pública al que hemos aludido en secciones anteriores, y mediante el cual entidades particulares –si es que allí podemos encuadrarlos, o más bien, donde deberían encuadrarse– asisten a la Administración a la consecución de los fines, como sucedería con la potestad de inspección.

2.2.3.6 Los Consejos Comunales en la nueva Ley Orgánica de Contraloría Social

Estimamos relevante hacer referencia en este punto al control social, su definición y propósito en los términos de la Ley Orgánica de Contraloría Social¹⁰⁵, lo cual permite distinguirlo de la actividad de inspección.

La contraloría social, sobre la base del principio constitucional de la corresponsabilidad, es una función compartida entre las instancias del Poder Público y los ciudadanos y las organizaciones del Poder Popular, para garantizar que la inversión pública se realice de manera transparente y eficiente en beneficio de los intereses de la sociedad, y que las actividades del sector privado no afecten los intereses colectivos o sociales (Artículo 2 de la Ley)

De este modo, el propósito fundamental del control social es la prevención y corrección de comportamientos, actitudes y acciones que sean contrarios a los intereses sociales y a la ética en el desempeño de las funciones públicas, así como en las actividades de producción, distribución, intercambio, comercialización y suministro de bienes y servicios necesarios para la población, realizadas por el sector público o el sector privado (Artículo 3 de la Ley).

¹⁰⁵ Publicada en Gaceta Oficial N° 6.011 del 21 de diciembre de 2010 Cfr. Luis Alfonso Herrera Orellana.

Así, el control social se manifiesta como una actividad que es ciertamente supervisora, con fines correctivos y preventivos, pero con fundamento y principios orientadores propios que la distinguen de la actividad de inspección. No se trata entonces del ejercicio de la potestad de inspección, lo cual deja a salvo la crítica de atribuir a los Consejos Comunales, muy imprecisas “atribuciones” de controlar la social, que en realidad deberían restringirse a cauces de ejercicio del derecho a la libre participación ciudadana previsto en el artículo 62 constitucional.

2.3 Recapitulación

A modo de recapitulación, señalamos que la potestad de inspección, como cualquier otra, se reconoce o confiere para actuar ante determinadas situaciones de hecho establecidas por la norma jurídica habilitante de la potestad. Esta es una consecuencia del principio de legalidad que orienta el actuar de la Administración Pública, quien además, únicamente puede ejercerla para fines de interés público y en concreto para atender al fin previsto que regula cada actividad.

El ejercicio de la potestad de inspección lo llevan consigo los órganos de la Administración Pública, por encontrarse comprendida dentro de la función ejecutiva y somos del criterio que, eventualmente, la atribución a instancias particulares sería de meras funciones de control, abarcando la simple comprobación empírica de datos, en contraposición a la inspección que implicaría un verdadero poder acompañado de potestades exorbitantes de las que carecería el particular colaborador. Solo en cuanto a estos extremos se admitiría la figura de intervención de los particulares, y su actuación se calificaría como de acto de autoridad, de ser el caso.

A los consejos comunales, por su naturaleza sui generis, no podríamos encuadrarlos del todo como una intervención privada en las funciones de la Administración Pública, pues como hemos visto la legislación ha erigido incluso la posibilidad de transferirles competencias públicas. No obstante, consideramos que a su actuación, en lo que al ejercicio de la potestad de inspección se refiere debe darse el mismo tratamiento que a la intervención privada, pues, en realidad, no constituyen parte del Poder Público y no pueden –constitucionalmente- ejercer potestades públicas.

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTIVIDAD DE INSPECCIÓN

Tal como adelantamos en el capítulo precedente, la potestad de inspección es autónoma e independiente de otras potestades administrativas y en esa medida cuenta con principios rectores propios. En este capítulo se analizarán de manera sucinta los principios que rigen la actividad de inspección y que inciden de manera particular en la forma de atribución de competencia para su ejercicio y en los fines y contenido de la actividad. Todos estos principios se encuentran vinculados con aquellos que sirven de orientación a la actividad de policía administrativa, en la medida en que ésta es la actividad administrativa de la que deviene la potestad de inspección.

i. Principio de legalidad y reserva legal

Como toda actividad de limitación de la esfera subjetiva de derechos de los particulares, la potestad de inspección, manifestación de la actividad de policía administrativa, debe encontrar asidero en la Ley.¹⁰⁶ Es éste uno de los principios rectores del Estado de Derecho, conjuntamente con el de separación de poderes y respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos. El principio de legalidad se erige como la “piedra angular del Derecho Administrativo desde su origen”¹⁰⁷.

Así, siguiendo la configuración que había establecido la Constitución de 1961, la Constitución de 1999 declaró al Estado Venezolano como un Estado de Derecho. Esta consagración comporta la necesaria sumisión de todas las

¹⁰⁶ Harmurt Mauer: *Derecho Administrativo Alemán*. México. Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, pp. 119 y 120.

¹⁰⁷ Miguel Sánchez Morón: “Legalidad y sometimiento a la Ley y al Derecho”, en *Los Principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Director Juan Alfonso Santamaría Pastor. Primera Edición. Editorial La Ley, España, 2010, pág. 55

actuaciones de los órganos del Estado al ordenamiento jurídico establecido. Más especialmente, en cuanto a la Administración Pública la cláusula del Estado de Derecho impone la obligación de actuar siempre conforme a lo establecido en la ley y en las otras normas jurídicas que regulan su actividad.¹⁰⁸

Este principio encuentra consagración expresa en el artículo 137 de nuestro Texto fundamental¹⁰⁹ y su aplicación e interpretación en este sentido ha sido reiterada por la jurisprudencia de nuestros Tribunales Contencioso Administrativos.¹¹⁰

Cuando referimos la actuación con base en la ley es ley en sentido formal¹¹¹, es decir, norma jurídica escrita aprobada por el Órgano Legislativo, salvo la extensión comprensiva de los decretos-leyes dictados por el Ejecutivo Nacional bajo habilitación¹¹². El sometimiento de la Administración a la ley

¹⁰⁸ Véase Henrique Meier: *El principio de la legalidad administrativa y la Administración Pública*, en Revista de Derecho Público N° 5, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas enero-marzo 1981, pp. 45 a 46; Allan Brewer Carías: *Principios Fundamentales del Derecho Público*, Cuadernos de la Cátedra Allan Brewer Carías de Derecho Administrativo Universidad Católica Andrés Bello, No. 17. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2005, pp. 33 a 36.

¹⁰⁹ Artículo 137. La Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.

¹¹⁰ Sentencias de la Sala Política Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia de 13 de mayo de 2009, Caso: *Corporación Betapetrol, S.A.*, 28 de noviembre de 2007, Caso: *Lubricantes Güiria S.R.L* y 17 de agosto de 2004, Caso: *Henry Perera Gorrín*.

¹¹¹ Al respecto, ténganse en cuenta la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-6, 86, de 9 de mayo de 1986, "La expresión 'leyes' en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", sobre el mecanismo conforme al Tratado para crear tal limitación:

"22. Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder. (...)

24. La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos"

¹¹² En cuanto a este aspecto, debemos advertir sobre las inconstitucionalidades de Decretos-Leyes que resultan violatorios del principio de legalidad al ser dictados para regular asuntos que exceden de la habilitación legislativa otorgada y, peor aún, al amparo de leyes habilitantes inconstitucionales.

es, pues, “una consecuencia directa del Estado democrático de Derecho, en cuanto que la ley es el producto del órgano directamente representativo de la voluntad popular”.¹¹³

La jurisprudencia¹¹⁴ ha distinguido tradicionalmente entre una dimensión formal y una material del principio de legalidad. En su acepción material, el principio de legalidad administrativa comporta la necesidad de no infringir las normas jurídicas aplicables, cualesquiera que sean. Por otra parte, en su aspecto formal, se impone que la actuación de la Administración encuentre su cobertura en una norma con rango de ley, en tanto la actividad administrativa es de rango sublegal y, cuando procura una intervención en la esfera jurídica subjetiva de los ciudadanos debe encontrar fundamento en una norma con rango de ley.¹¹⁵ Esto es precisamente lo que sucede con el ejercicio de las potestades, en particular, la potestad de inspección.

La previsión de la potestad de inspección por parte de la Administración Pública requiere ser consagrada, cuanto menos en su esquema esencial, en una norma con rango de ley que le preste la necesaria habilitación al órgano de la Administración de que se trate. Más adelante analizaremos el asunto de la competencia. Lo importante es que la consagración puede ser “expresa o entenderse de manera implícita, aunque siempre inequívoca, en la medida

¹¹³ M. Sánchez Morón, Miguel: *Legalidad y sometimiento a la Ley y al Derecho* ...op.cit. p. 56.

¹¹⁴ Encontramos esa distinción tanto en Derecho nacional como comparado. Entre nosotros, se ha aplicado especialmente en materia sancionatoria: La Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, ha señalado en sentencia N° 2338, de fecha 21 de noviembre de 2001, lo siguiente:

“... el principio de la legalidad en materia sancionatoria -invocado por la parte accionante como lesionado-, está estrechamente vinculado a otro principio reconocido como el de la tipicidad de los delitos, conforme al cual, no existe delito sin ley previa que lo consagre, es decir, que toda conducta que constituya un delito, así como las sanciones correspondientes deben estar previamente estipuladas en una disposición normativa, general y abstracta (desde el punto de vista formal) que los defina, pues se entiende que tales sanciones afectan o inciden de manera directa e individual sobre la esfera jurídica de los ciudadanos, por lo que en este caso, no le estaría dado al legislador hacer remisiones “genéricas” para que, mediante un reglamento se establezcan delitos o sanciones relacionados con la Ley de que se trate.

Así, en aras de la seguridad jurídica que debe existir en todo Estado de Derecho, le corresponde a la ley definir todas aquellas conductas que pudieran calificarse como delitos y que por tanto, acarrearían penas y sanciones, tal exigencia se encuentra consagrada en la norma prevista en el artículo 49, numeral 6 de la Constitución vigente cuando dispone que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, y en consecuencia, “(...) 6. [n]inguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes...”. (Sic).

¹¹⁵ M. Sánchez Morón, Miguel: *Legalidad y sometimiento a la Ley y al Derecho* ...op.cit. p. 57.

en que la ley le atribuya a la Administración el control de las disposiciones de que se trate”.¹¹⁶

En estos últimos casos, el principio de legalidad queda reforzado o complementado por la reserva de ley. Como bien es sabido, la propia Constitución reserva a la ley la regulación de numerosas materias, aquellas que entiende de contenido más sensible y que, en tal medida deben encontrar regulación en textos de ejecución directa e inmediata de la Constitución. En todo caso es muy importante tener presente que aún cuando no exista reserva de ley en sentido estricto, las leyes suelen regular – de ordinario- cuanto menos los aspectos esenciales de cualquier materia u objeto de interés jurídico.¹¹⁷

Y es que, como ha sostenido la doctrina nacional y comparada, en nuestro sistema constitucional la ley puede regular cualquier materia, “de manera que el legislador tiene libertad absoluta para ocupar cualquier campo normativo y, en su caso, para regular por ley lo que hasta un determinado momento pudo haber sido regulado por reglamento. Pero además el legislador está obligado constitucionalmente a regular por ley determinadas materias. Es lo que se denomina reserva de ley. En estos supuestos, el titular de la potestad reglamentaria tiene en principio vedada toda intervención normativa, incluso en ausencia de norma con rango de ley, salvo que el propio legislador le autorice o habilite para ello. Se trata de materias muy numerosas en el texto de la Constitución, aunque no todas definidas con igual precisión.”¹¹⁸

¹¹⁶ A. García Ureta, *La potestad inspectora...* op. cit., p.70.

¹¹⁷ A. García Ureta, *La potestad inspectora...* op. cit., p.57. En el mismo sentido lo afirma David Blanquer, *Curso de Derecho Administrativo*, Op. Cit....p. 292, señalan que “El principio de reserva de Ley “no equivale a una prohibición que impide a la Administración dictar Reglamentos, pues se admiten las normas reglamentarias de carácter ejecutivo dictadas como complemento de las normas con rango de Ley (“*secundum legem*”). Lo que no se admiten son los Reglamentos Independientes (“*praeter legem*”), que sin previa habilitación legislativa limitan los derechos y las libertades de los ciudadanos.”

¹¹⁸ José Luis Villar Palasí y José Luis Villar Ezcurra, *Principios de Derecho Administrativo I*, Cuarta Edición. Madrid. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 1999, pp.101 y ss.

Ahora bien, esto no quiere decir que en las materias reservadas a la ley no sea posible intervención alguna del reglamento. Todo lo contrario, no solamente es posible, sino que en muchos casos resulta necesaria en tanto la ley no puede regular todos los problemas imaginables y con todo detalle, o precisar aspectos técnicos vinculados con el ejercicio de la potestad de inspección. La colaboración del reglamento en estos casos es admisible e incluso habitual, pero para ello se precisa una habilitación expresa del legislador, una remisión o reenvío normativo de la ley al reglamento. Más aún, esta remisión tiene sus límites materiales, pues es la ley la que debe regular la materia por sí misma con un criterio legal discernible – de forma inequívoca como señalamos supra- y no puede hacer posible una regulación reglamentaria independiente de referencias legales.¹¹⁹

Así pues, la potestad de inspección, en sus elementos esenciales, debe encontrar asidero expreso en la ley.¹²⁰ Esto es, en cuanto a la competencia, la materia sobre la cual versa, los sujetos sobre los cuales recaerá dicha potestad y, en la medida que ello sea posible, cualesquiera otros elementos que, por su naturaleza, pudieran en todo caso regularse por reglamentos a los cuales remita la Ley. De allí la crítica a las recientes Leyes administrativas que pretenden regular una potestad de inspección ilimitada, como la Ley de Instituciones del Sector Bancario, ya comentada.

En este punto reiteramos la salvedad de que, en los casos en que la actividad de inspección se utiliza en el marco de un procedimiento administrativo como forma de aportar pruebas que determinen la conducta

¹¹⁹ A. García Ureta: *La potestad inspectora...* op.cit., p.59.

¹²⁰ "Por otro lado, las exigencias del Estado Social y Democrático de Derecho no se satisfacen adecuadamente por la simple habilitación contenida en una norma con rango de Ley, pues existe el riesgo de que esa norma no incluya la regulación del contenido esencial del alcance de la limitación de derechos. Para evitar una remisión en blanco de la Ley al Reglamento que produce el efecto de que las decisiones fundamentales no se toman por los representantes de los ciudadanos en sede parlamentaria, sino por los gestores burocráticos en sede administrativa, se exige una densidad mínima a la previa habilitación legislativa. La Ley no puede limitarse a atribuir a la Administración una genérica potestad de intervención en la libertad de los ciudadanos, sino que debe fijar las condiciones básicas de ejercicio de la potestad (la habilitación legislativa tiene que ser no sólo previa y expresa, sino también concreta y específica) David Blanquer, *Curso de Derecho Administrativo*, Op. Cit.... p.293)

del ciudadano, el fundamento se haya en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en su artículo 53.

García Ureta¹²¹ refiere, entre el principio de reserva legal, a los elementos que han de considerarse para determinar la posible intervención de reglamento. Partiendo del principio de la *indispensabilidad del reglamento*, el autor distingue varios elementos necesarios para soportar dicho principio, a saber, (i) la complitud de la regulación; (ii) el criterio de especificación; y (iii) el de previsibilidad. Atendiendo a esos criterios, se afirma que, siendo que en la potestad de inspección predomina el carácter preventivo, antes que el represivo, la reserva de ley se aplica de forma relativa, a fin de dejar suficiente amplitud a la Administración para lograr un ejercicio eficaz de la potestad. Como veremos, la eficacia es otro de los principios rectores de la potestad de inspección.

ii. Salvaguarda del derecho a la defensa

La Constitución de 1999 contempla expresamente la aplicación de la garantía del debido proceso no solo a los procesos penales, sino también en el ámbito de los procedimientos administrativos. En efecto, según lo dispone el 49 del Texto Fundamental:

Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las

¹²¹ A. García Ureta: *La potestad inspectora...* op.cit., pp.78 y 80

excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.
2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.

3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.

4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.

5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.

La jurisprudencia se ha pronunciado destacando que el derecho a la defensa y al debido proceso, consagrados en el artículo 49 de la Norma Fundamental, no son exclusivos de los procedimientos jurisdiccionales y la efectiva defensa de los derechos e intereses de los particulares en un procedimiento administrativo, sólo es posible si tal procedimiento se ajusta a los derechos y garantías previstos tanto en la Constitución como en las leyes, establecidos precisamente para el desarrollo pleno y absoluto del derecho a la defensa. Igualmente, es importante señalar que, la imposición

de una sanción presupone el cumplimiento de un procedimiento administrativo en el cual se garantice el derecho a la defensa del presunto infractor, por lo que, en el marco del ejercicio de las potestades de inspección, la Administración Pública no puede imponer sanción alguna.¹²²

En concreto, al ejercicio de la potestad de inspección como parte de la actividad de policía administrativa, la doctrina ha sido clara en sostener que la garantía de la defensa a la actividad de policía implica que debe ofrecerse al particular afectado la *posibilidad real, cierta y efectiva*, de oponer sus argumentos de hechos y de derecho en forma previa a la aplicación del acto sancionatorio. En este sentido, en manifestación del derecho a la defensa, son el principio de cargos previos, el derecho a ser oído, el acceso al expediente, etc. Para que el derecho a la defensa sea real y efectivo una de las exigencias de rango constitucional es la de informar de los cargos, ello, en el ámbito de la inspección, se equipararía a la información sobre las obligaciones cuyo cumplimiento se verifica¹²³

Este principio es fundamental y va de la mano de los fines de la actividad de inspección. La inspección, como bien hemos hecho hincapié, no es una potestad orientada a la sanción, ni necesariamente debe entenderse como previa a un procedimiento sancionatorio, aunque claro está, muchas veces lo precede.

Este principio se ha identificado siempre como parte de los procedimientos administrativos y, muy especialmente, cuando ellos eran manifestación del ejercicio de potestades de policía, como lo es la potestad de inspección. Así

¹²² Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de 6 de marzo de 1996. Caso: *Cauchos Valery*. Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de 15 de mayo de 2003, Caso: *ZMO Comercial*; de 26 de julio de 2000, Caso: *María Mata de Castro* y de 1 de febrero de 2002, Caso: *Frutería Planet Fruit S.R.L.*

¹²³ María Amparo Grau: *La actividad administrativa de policía*, en II Jornadas sobre Derecho Administrativo de Policía, Las Formas de la Actividad Administrativa. Caracas. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2005, p. 58

se evidencia con decisiones dictadas bajo la vigencia de la Constitución de 1961, por ejemplo en materia de protección al consumidor o del hoy derecho a las personas al acceso a los bienes y servicios: “(i) imposición de sanciones administrativas en el curso de procedimientos de inspección y fiscalización realizados de manera autónoma y sin tramitación de un procedimiento sancionatorio previo (Sentencia 28 de marzo de 1996 caso: distribuidora de productos sandoz S A y Covigal SA contra INDECU); (ii) el decreto y ejecución de medidas de cierres de locales y establecimientos sin el correspondiente acto sancionatorio y sin el procedimiento previo en el cual el particular haya tenido oportunidad de alegar sus defensas (sentencia 8 de mayo de 2002 caso R.C.A. Electrónica CA, 9 de agosto de 2002, caso: pablo electrónica ca) y (iii) la aprehensión preventiva de bienes y su venta al público sin la existencia de un proceso penal que autorice expresamente al INDECU a ejecutar dicha medida (sentencia de 28 de marzo de 1996, almacenadora oriente, CA vs INDECU)”.¹²⁴

Ahora bien, en fecha reciente, la jurisprudencia contencioso administrativa ha reinterpretado la garantía del ejercicio del derecho a la defensa y su alcance en el marco del ejercicio de la potestad de inspección como actividad previa al procedimiento administrativo, sosteniendo:

“Se observa y se reitera entonces que la violación del debido proceso y del derecho a la defensa sólo es estimable como vulneración de trascendencia constitucional cuando se ha causado un perjuicio ostensible en la defensa del particular, lo cual ocurriría cuando la infracción ha supuesto una disminución efectiva, real o insoportable dentro la discusión jurídica que se está llevando a cabo en el procedimiento correspondiente, repercutiendo, como es natural, en la resolución de fondo obtenida y alterando el sentido mismo de la decisión rendida.

¹²⁴ María Amparo Grau, “La actividad administrativa de policía, en II Jornadas sobre Derecho Administrativo de Policía”, en *Las Formas de la Actividad Administrativa*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2005, p.60.

Ahora bien, a los fines de resolver la denuncia bajo análisis, y teniendo en cuenta las premisas abordadas y establecidas previamente, resulta importante señalar que el informe rendido por la Administración, que contiene el acto administrativo sancionatorio y la imposición de multa, luego de transcribir los hechos verificados y decidir la supuesta responsabilidad que tenía la empresa Alimentos Polar, C.A., (de acuerdo con la Ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y cualquier otra conducta que afecte el consumo de los alimentos o productos declarados de primera necesidad o sometidos a control de precios concretamente, según su artículo 16, literal “b”), pasa a indicar que se concedió “un plazo de diez (10) días” a la referida sociedad mercantil, “para que exponga sus pruebas y alegue sus razones, respecto a los hechos aquí constatados, de conformidad con el artículo 48 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, ante la Coordinación Regional de INDECU”.

De lo anterior se evidencia que en el mismo acto impugnado donde se acordó la sanción impuesta a Alimentos Polar, C.A., se ordenó la apertura del plazo previsto en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, a los fines de que Alimentos Polar C.A., presentare los razonamientos, las pruebas, y en general, todas las defensas que a bien pudiera alegar para rebatir la multa provisional impuesta en su contra, en consideración de sus intereses y la aclaratoria, resolución de los hechos que presuntamente evidenció la Administración. En ese sentido, el artículo 48 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos expresa:

“Artículo 48. El procedimiento se iniciará a instancia de parte interesada, mediante solicitud escrita, o de oficio.

En el segundo caso, la autoridad administrativa competente o una autoridad administrativa superior ordenará la apertura del procedimiento y notificará a los particulares cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos pudieren resultar afectados, concediéndoles un plazo de diez (10) días para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones”.

El precepto normativo antes señalado hace referencia, en su único aparte, al plazo que se garantiza a los interesados una vez que la Administración -de oficio- ha optado por iniciar el procedimiento administrativo, de modo que la ley ordena que se conceda un lapso de 10 días para que los sujetos involucrados se apersonen en el trámite, formulen los alegatos y presenten las pruebas que consideren pertinentes a su defensa, lo que denota, de esa manera, la existencia de un debate procesal donde el administrado cuenta con oportunidades y mecanismos adecuados para imponer su apreciación sobre el asunto controvertido, en satisfacción del derecho constitucional al debido proceso.

De lo anterior se colige, en criterio de este Tribunal, que el Informe y la multa que estableció la Coordinación de Carabobo del INDECU tenían carácter provisional, pudiendo ser ratificadas o revocadas por la autoridad administrativa, luego de examinadas las defensas que se garantizaron a Alimentos Polar C.A., por lo que esta Corte verifica que la referida empresa contó con la oportunidad de ejercer ante la Administración un control posterior del acto vertido, y de esa manera, al no observarse una ausencia insoportable o efectiva en la defensa de los intereses de la empresa, se aseguró y se verificó el respeto a los derechos constitucionales del debido proceso y la defensa en el caso concreto” (Sentencia No. 2011-0248 de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo de 22 de febrero de 2011)

Es así como se afirma que el derecho a la defensa se encuentra garantizado siempre que exista la posibilidad de ejercerlo, así sea con posterioridad a la imposición de una sanción. Ello es criticable, pues el sentido del derecho a la defensa como se garantiza en el artículo 49, numerales 1 y 3 de la Constitución, debe ser siempre previo a la imposición del acto ablatorio, no posterior. De allí que la inspección, como fase previa al procedimiento administrativo ablatorio, no puede imponer medidas ablatorias definitivas.

iii. Proporcionalidad y menor intervención

Como toda actividad de policía administrativa la potestad de inspección lleva consigo la adopción de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, en concreto, medidas que procuren el cumplimiento adecuado de las disposiciones legales y reglamentarias cuya ejecución se inspecciona. En cualquier caso, las medidas que restringen los derechos de propiedad y libertad de los ciudadanos no deben exceder las que sean estrictamente necesarias. Así, se aplica la regla de la proporcionalidad de la medida, de modo que los medios utilizados deben ser proporcionales y adecuados a fin que se persigue obtener.¹²⁵

¹²⁵ Eloy Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo*. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2002, p.238.

La proporcionalidad entre la actividad administrativa y el fin público a que debe responder supone que los medios empleados se correspondan con los resultados, sin que estos sobrepasen las necesidades públicas. Ello comporta realizar un juicio de idoneidad, coherencia e incluso utilidad práctica entre medios y fines.¹²⁶ No debe haber desproporción entre el objeto de la medida de policía tomada como parte de la inspección y los fines perseguidos, pues ello comportaría que hubo un exceso de limitación, en el caso de aplicación de sanciones de naturaleza administrativa. Es por ello que en el ejercicio de la potestad de inspección por parte de los órganos de la Administración Pública debe existir adecuación entre el medio elegido y el fin propuesto, ya que existe desproporcionalidad cuando las normas o medidas administrativas no guarden una adecuación con los fines que persigue el ordenamiento jurídico.¹²⁷

En relación estrecha con el principio de proporcionalidad, encontramos el principio *favor libertatis* que nuevamente involucra una actuación administrativa o bien una aplicación de carácter restrictivo, cuando se trate de normas que limiten la libertad de las personas, considerada en toda su extensión y amplitud. Es un principio que solo es oponible contra la actuación de la Administración Pública.¹²⁸

Como vemos, no se trata de la imposibilidad de limitación. Si ello así fuera, sería imposible el ejercicio de control alguno sobre la actividad de los ciudadanos y por tanto, se desvanecería la actividad de policía administrativa y todas las potestades que comporta su ejercicio. Al contrario, se reconoce la posibilidad y, más aún, la necesidad de la limitación, manifestada a través del control de cumplimiento que se ejerce mediante la potestad de inspección,

¹²⁶ D. Blanquer, *Manual de Derecho Administrativo...* op.cit., p. 294.

¹²⁷ Tomás Hutchinson: *La Actividad Administrativa de la Policía y la Garantía de los Derechos Constitucionales*, en II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carias", Las Formas de la actividad Administrativa. Caracas. Funeda, 1996, p. 112

¹²⁸ A. García Ureta, *La potestad inspectora...* op. cit., p. 799 a 801

siempre que resulte proporcional a sus fines e incida en la esfera de libertades de los particulares únicamente en cuanto ello sea necesario. Lo que se procura es que, en caso que existieran varios medios que permiten alcanzar el mismo fin se debe utilizar el que represente la menor restricción para la libertad de los ciudadanos.¹²⁹

Así ha sido reconocido y reiterado por la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, señalando que en nuestro ordenamiento jurídico en el marco del Estado Social de Derecho, la actividad de la Administración debe adecuarse “a sus fines y se desarrolle en el marco del principio *pro libertate*, esto es, la modalidad usual del establecimiento de la libertad en forma general, dirigida o reconocida en favor de todas las personas, pasando de inmediato a advertir la existencia de limitaciones, esto es, de fronteras o bordes que pueden delimitar las manifestaciones regulares o normales de las facultades derivadas de esa libertad. Tales restricciones se confinan, por imperativo del Texto Fundamental, a las previstas en el mismo, y las que establezcan las leyes, en atención, y con fundamento exclusivo, en determinadas razones de interés general, con lo cual se ensambla efectivamente el dispositivo de la garantía jurídica que comentamos.”¹³⁰

Finalmente, traemos a este punto el reconocimiento del principio *favor libertatis* por parte de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en la Opinión Consultiva Oc-5/85 de 13 de Noviembre de 1985, sobre la Colegiación Obligatoria De Periodistas, donde señaló:

“52. La anterior conclusión se deduce claramente del artículo 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal b) indica que ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de:

¹²⁹ D. Blanquer, *Manual de Derecho Administrativo...* op.cit., p. 294.

¹³⁰ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 19 de julio de 2005. Caso: *Festejos Mar*.

limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.”

De este modo, encontramos cómo los principios de proporcionalidad y menor intervención encuentran consagración no sólo en el orden interno, sino también en el ámbito internacional, erigiéndose como parámetro de la actuación de la Administración en los casos en los que ésta comporte una injerencia en la esfera jurídico subjetiva de los particulares. Es así como el respeto a estos principios es presupuesto del ejercicio de la potestad de inspección, la cual, tal como se ha venido exponiendo, forma parte de la actividad de policía administrativa y, por tanto, de limitación de la actividad de los ciudadanos.¹³¹

iv. Eficacia:

Entre nosotros, el principio de eficacia como orientador de la actividad administrativa tiene rango constitucional.¹³² El principio de eficacia es un factor decisivo de legitimación de la Administración Pública, y uno de los componentes del estatuto constitucional de la Administración.¹³³ En efecto, se encuentra íntimamente vinculado con el carácter vicarial de la

¹³¹ Vale señalar que la proporcionalidad se encuentra entre las conductas consagradas como de la buena Administración en el Código de Buena Conducta Administrativa de la Comisión Europea, Principios generales de buena administración. “Proporcionalidad. La Comisión asegurará que las medidas adoptadas sean proporcionales al objetivo perseguido. En particular, la Comisión garantizará que la aplicación de este Código nunca dé lugar a la imposición de cargas administrativas o presupuestarias desproporcionadas respecto del beneficio esperado.”

¹³² Artículo 141. La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

¹³³ Ricardo Rivero Ortega: *El estado vigilante*. Madrid, Editorial Tecnos. 2000, p. 133.

Administración Pública, esto es, Administración al servicio de los ciudadanos. Y es que, eficacia comporta que los objetivos propuestos sean alcanzados, propuestos, claro está, en el ordenamiento jurídico.

El principio de eficacia puede interpretarse como una de las vertientes del principio de proporcionalidad, siendo que éste no solamente conlleva la aplicación de la cláusula *favor libertatis* en las intervenciones administrativas, tal como expusimos en la sección anterior, sino que debe ser entendido también *como necesaria utilización de los medios idóneos para obtener los fines perseguidos por el ordenamiento, es decir, herramientas adecuadas y suficientes para servir eficazmente los intereses generales*.¹³⁴

La eficacia se ve reflejada en las dos vertientes o finalidades con las que se identifica la potestad de inspección, a saber, (i) como mecanismo verificador del cumplimiento del ordenamiento jurídico, orientador de los particulares en su actuación, y (ii) como forma de dejar constancia de presuntos hechos constitutivos de ilícitos administrativos.

Tal como ha afirmado nuestra jurisdicción contencioso administrativa, las inspecciones se encaminan a ser un medio idóneo para lograr un mayor y mejor conocimiento de presuntos hechos constitutivos de ilícitos administrativos¹³⁵, exigiéndose eficacia en su ejecución. Pero esta necesidad de eficacia de la función inspectora se hace si cabe más intensa, pues si *la realización del ordenamiento depende en buena medida de la existencia de un eficaz aparato inspector*, la función inspectora se convierte en una clave de consecución de objetivos de interés general y de la efectiva aplicación del derecho.¹³⁶ En este sentido, la eficacia en el ejercicio de las

¹³⁴ Ricardo Rivero Ortega: *El estado vigilante...* op.cit., p. 133.

¹³⁵ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 01 de agosto de 2002. Caso: *Interbank Seguros*. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 25 de septiembre de 2003, *Caso Multinacional de Seguros*.

¹³⁶ Ricardo Rivero Ortega: *El estado vigilante...* op.cit., p. 134.

potestades públicas se encuentra vinculada con el principio de la buena administración.¹³⁷¹³⁸

Además, “el principio de eficacia dota de un contenido jurídico legítimo, por ejemplo, a la presunción de veracidad de las actas de inspección o a la obligación de colaborar de los sujetos de la inspección, que deben suministrar información, ambas prerrogativas administrativas –privilegios en más- que deben ser compensados con garantías –privilegios en menos- que eviten los excesos en el ejercicio de la función inspectora, que debe actuarse respetando el resto de sus principios inspiradores (legalidad, reserva de ley, proporcionalidad y respeto de los derechos fundamentales) con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.”¹³⁹

Finalmente, es importante hacer mención, en cuanto a la vigencia del principio de eficacia, a los principios de economía y celeridad que rigen la actuación de los órganos de la Administración Pública,¹⁴⁰ en tanto la eficacia depende directamente de los medios materiales y personales que estén a la disposición de quienes ejercen la función pública. De este modo, la eficacia se conecta con la organización y la distribución de competencias entre los distintos cuerpos de inspección, apelando en este caso al principio de unidad¹⁴¹, para lograr la armonía y la simplificación de las inspecciones administrativas.¹⁴²

¹³⁷ A mayor abundamiento sobre este principio sobre este principio véase: José Rodríguez-Arana: *El Derecho Fundamental al buen gobierno y a la buena administración de las instituciones públicas* en Revista de Derecho Público No. 13. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2008, p.31 y ss.

¹³⁸ José Araujo Juárez: *Derecho Administrativo Venezolano. Aproximación a su construcción científica*, Boletín de Derecho Administrativo UCAB, Números 1 y 2, Enero 2011.

¹³⁹ R. Rivero Ortega: *El estado vigilante...op.cit.*, p.135.

¹⁴⁰ Artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública. La actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad en el ejercicio de la misma, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales.

¹⁴¹ Pudiera incluso extenderse y vincularse al Principio Interorgánico de las Funciones del Estado. Respecto de este principio véase A. Brewer Carías: *Principios Fundamentales de derecho Público*, Cuadernos de la Cátedra ABC de Derecho Administrativo de la UCAB, No. 17. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2005.

¹⁴² R. Rivero Ortega: *El estado vigilante...op.cit.*, p.136.

v. Seguridad jurídica y buena fe

Tanto la seguridad jurídica, como la buena fe, son principios rectores de la actividad administrativa, en los términos de la Constitución y de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

La seguridad jurídica evoca “certeza o certidumbre del Derecho, es decir, de las reglas y técnicas o instrumentos que lo integran, de modo que se conozca de antemano el sentido y las formas de interpretación y aplicación”.¹⁴³ Se suele referir para indicar que en la aplicación de cualquier norma, precepto singular o conjunto articulado de preceptos, o incluso de una corriente jurisprudencial o doctrinal, en cualquier supuesto de conflicto de relevancia jurídica, por medio de un razonamiento, debe existir una *efectiva garantía* que permita explicar y justificar la solución adoptada.¹⁴⁴

La plena efectividad del principio de seguridad jurídica debería proporcionar satisfacción a las razonables expectativas de los ciudadanos sobre cuál ha de ser la actuación de los poderes públicos legítimos, no solamente en la elaboración o producción de las normas que integran el ordenamiento jurídico total, sino, muy importante, en la aplicación del Derecho ya producido. Todos los operadores jurídicos, están vinculados por el principio de seguridad jurídica,¹⁴⁵ así, los titulares de la potestad de inspección están regidos por este principio en el uso de su potestad.

Entre nosotros, la Sala Constitucional en sentencia de 25 de marzo de 2008, Caso: *Valerio Antenori* ha señalado:

¹⁴³ José Bermejo Vera: *El principio de seguridad jurídica*, en Los principios jurídicos del Derecho Administrativo. Madrid. Editorial La Ley, 2010, p.75.

¹⁴⁴ José Bermejo Vera: *El principio de seguridad jurídica...op.cit.*, p.76

¹⁴⁵ José Bermejo Vera: *El principio de seguridad jurídica...op.cit.*, p.77

“Al respecto, esta Sala se ha pronunciado en múltiples oportunidades respecto al principio de confianza legítima (vid. sentencia 3180, dictada el 15 de diciembre de 2004, caso: *TECNOAGRÍCOLA LOS PINOS TECPICA, C.A.*, estableciendo lo siguiente:

"Seguridad Jurídica se refiere a la cualidad del ordenamiento jurídico, que implica certeza de sus normas y consiguientemente la posibilidad de su aplicación. En ese sentido en Venezuela existe total seguridad jurídica desde el momento que la normativa vigente es la que se ha publicado, después de cumplir con los diversos pasos para su formación, en los órganos de publicidad oficiales, por lo que surge una ficción de conocimiento para todos los habitantes del país, y aún los del exterior, de cuál es el ordenamiento jurídico vigente, el cual no puede ser derogado sino por otra ley, que a su vez, tiene que cumplir con los requisitos de validez en su formación, y con los de publicidad.

Pero, a juicio de esta Sala, este no es sino un aspecto de la seguridad jurídica, ya que el principio lo que persigue es la existencia de confianza por parte de la población del país en el ordenamiento jurídico y en su aplicación, por lo que el principio abarca el que los derechos adquiridos por las personas no se vulneren arbitrariamente cuando se cambian o modifican las leyes; y porque la interpretación de la ley se hace en forma estable y reiterativa, creando en las personas confianza legítima de cuál es la interpretación de las normas jurídicas a la cual se acogerán.

Estos otros dos contenidos generales de la seguridad jurídica (a los cuales como contenido particular se añade el de la cosa juzgada), se encuentran garantizados constitucionalmente así: el primero, por la irretroactividad de la ley sustantiva, lo que incluye aspectos de las leyes procesales que generan derechos a las partes dentro del proceso (artículo 24 constitucional); y el segundo, en la garantía de que la justicia se administrará en forma imparcial, idónea, transparente y responsable (artículo 26 constitucional), lo que conduce a que la interpretación jurídica que hagan los Tribunales, en especial el Tribunal Supremo de Justicia, sea considerada idónea y responsable y no caprichosa, sujeta a los vaivenes de las diversas causas, lo que de ocurrir conduciría a un caos

interpretativo, que afecta la transparencia y la imparcialidad.

Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia la mayor responsabilidad en la interpretación normativa, ya que es la estabilización de la interpretación lo que genera en la población y en los litigantes, la confianza sobre cual sería el sentido que tiene la norma ante un determinado supuesto de hecho (a lo que se refiere la uniformidad de la jurisprudencia)".

De la decisión parcialmente transcrita se evidencia, que el principio de seguridad jurídica, supone que los cambios en el sentido de la actuación del Poder Público, no se produzcan en forma irracional, brusca, intempestiva, sin preparar debidamente a los particulares sobre futuras transformaciones, pues ello, atentaría contra las expectativas de continuidad del régimen legal y de los criterios preexistentes.

En el orden de las ideas anteriores, García Morillo (*Derecho Constitucional* Vol. I. Valencia: Cuarta Edición. pág. 65) afirma, que la seguridad jurídica consiste en la "...regularidad o conformidad a Derecho y la previsibilidad de la actuación de los poderes públicos y, muy especialmente, de la interpretación y aplicación del Derecho por parte de las Administraciones públicas y los jueces y tribunales".

En criterio del referido autor, dicho principio, propugna la exclusión del comportamiento imprevisible generador de inseguridad jurídica, pues "...sólo en un ordenamiento en la que la seguridad jurídica sea un principio predominante pueden los ciudadanos defender adecuadamente sus intereses y derechos."

De la misma manera, Villar Palasí ***Derecho Administrativo. España***: Universidad de Madrid 1968, 143) apunta, que la confianza legítima tiende "...en esencia a la necesaria protección por medio de los tribunales frente al acto arbitrario", es decir, plantea la noción de previsibilidad en el comportamiento y en la aplicación del derecho por los Poderes Públicos, lo cual supone proporcionar un margen de certeza en la actuación del Estado.

Así, el principio *in comento* tiende a que los particulares, conozcan de antemano qué conducta puede suponer la modificación de su status jurídico. De allí, que el Magistrado Levis Ignacio Zepa, (La Interpretación Judicial. ***Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica***. Tribunal

Supremo de Justicia. Serie Eventos N° 3. Caracas. 2004. pág. 324) certeramente sostenga, que *"...hay sujetos cuya interpretación de alguna forma va a tener mayor trascendencia que otras. Es el caso del juez, dado que el derecho tiene una función predictiva, muy vinculada a la idea de seguridad jurídica, ya que se espera que las interpretaciones se conserven dentro de unas determinadas líneas; no con la idea de que no puedan cambiar, pero sí con la idea de que se pueden hacer ciertas predicciones razonables sobre las decisiones, las cuales constituyen verdaderos antídotos contra las interpretaciones extravagantes o las interpretaciones inesperadas; esas interpretaciones que nadie había visto y un buen día alguien con alguna genialidad, con esos destellos que pueden a veces llegarle a alguien, surja una interpretación que nadie esperaba."*

En definitiva, seguridad jurídica es, en una de sus vertientes, previsibilidad en la aplicación del Derecho, es por ello que, como advertimos, vincula a todos los órganos de la Administración Pública, entre ellos, a los titulares de la potestad de inspección en su ejercicio. Como contrapartida, se erige como garantía de los ciudadanos sujetos a dicha potestad, para la mejor defensa de su esfera jurídico-subjetiva de derechos.

Por último, encontramos el principio de Buena Fe, que rige todas las actuaciones entre la Administración y los ciudadanos, de la misma forma que es un principio general del Derecho que rige las relaciones entre los particulares. El principio de buena fe "es un concepto jurídico indeterminado que, en su sentido semántico, alude a la conciencia, convicción o intención de no perjudicar a otro o de no violar la Ley"¹⁴⁶ Así:

"La Administración viola o infringe la buena fe cuando falta a la confianza que ha despertado en el administrado procediendo en contra de sus propios actos. Si bien es cierto que el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos es aplicable también a la Administración, solamente puede ser invocado por el particular en

¹⁴⁶ Hildegard Rondón de Sansó: *III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Allan R. Brewer Carías. Caracas. Funeda, 1998, p.1998

algunas ocasiones, pues en otras le está permitido e incluso se le exige ir contra sus propios actos.”¹⁴⁷

En definitiva, la buena fe comporta la convicción de que la persona natural titular del órgano de la Administración Pública actúa de manera lícita y conforme a Derecho y comporta, además, un deber de coherencia:

“El principio de buena fe implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever, y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos. El ordenamiento no debe amparar a quien quiere hacer valer un derecho o interés legítimo en contradicción con su actuación anterior, pues existe un deber de coherencia.”¹⁴⁸

Tal como ha afirmado la doctrina, la buena fe resulta de especial importancia en materia de policía administrativa, como es el caso del ejercicio de la potestad de inspección. Y es que vinculado con la finalidad de la policía administrativa, el bienestar común, “debe entenderse que la Administración cuando ejecuta la norma de policía está ejecutando una disposición que le impone al particular un especial sacrificio en atención a esa finalidad, por lo cual, lo que debe privar no es el ánimo punitivo o persecutorio, sino el logro de la protección del bien común”.¹⁴⁹

Finalmente, destacamos que la aplicación de este principio a la Administración se traduce, como lo prevé la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, en que está obligada a presumir la buena fe de los ciudadanos.¹⁵⁰

¹⁴⁷ T. Hutchinson: *La Actividad Administrativa de la Policía y la Garantía de los Derechos Constitucionales...* op.cit., p. 113.

¹⁴⁸ D. Blanquer: *Curso de Derecho Administrativo...* op.cit., p. 295

¹⁴⁹ María Amparo Grau: *La actividad administrativa de policía*, en II Jornadas sobre Derecho Administrativo de Policía, Las Formas de la Actividad Administrativa. Caracas. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2005, p. 62.

¹⁵⁰ Véase capítulo I, del Título III, de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.891 de 31 de julio de 2008.

Es importante destacar las consecuencias prácticas que trae consigo la aplicación de los principios de buena fe y seguridad jurídica como principios orientadores de la actividad de la Administración Pública. En general, podría sostenerse que reflejo de ellos son otros como, la irretroactividad de las decisiones de la administración y la vinculación de la actuación Administrativa a sus decisiones o actuaciones precedentes de modo que si el ciudadano obra conforme a tales actuaciones se encuentra actuando en buena fe. Lo mismo sucede, en particular para el caso de las inspecciones, cuando el principio de buena fe y simplificación obraría a favor del ciudadano inspeccionado en supuestos como requerimientos de información y su presentación, verificación de cumplimiento de ciertos extremos normativos de acuerdo a la práctica administrativa, entre otros. La aplicación extensiva de la presunción de buena fe del ciudadano debería entonces llevar a la progresiva sustitución de la actividad de inspección previa y controlara, al control posterior de la actividad del ciudadano, todo lo cual resultaría amén favorable a la libertad y a la simplificación de trámites administrativos.

CAPÍTULO IV

CONTENIDO Y FINES DE LA ACTIVIDAD DE INSPECCIÓN

En el presente capítulo se enunciarán y describirán brevemente las actividades que forman parte de la potestad de inspección, tal es el caso del **(i)** acceso a todos los establecimientos de interés para la actividad de inspección o para la localización de pruebas de la comisión de infracciones, **(ii)** el acceso y examen de la documentación del inspeccionado; **(iii)** requerimiento de información –en respeto al derecho a la intimidad-; y **(iv)** la toma de muestras y hacer análisis y ensayos sobre éstas y sobre las características con las que se prestan ciertos servicios o actividades.

Además, se enunciarán los fines de la potestad de inspección, acentuando que la misma tiene sus propios fines, independientes de los del procedimiento administrativo sancionador, que comporta en general recabar información y comprobar hechos a fin de garantizar la efectiva vigencia de la legalidad.

Pues bien, con carácter general, la doctrina y la jurisprudencia sostienen que la potestad de inspección tiene por fin recabar información con el objeto de comprobar el cumplimiento efectivo del ordenamiento jurídico. Es mediante su ejercicio que la Administración Pública verifica la observancia de las obligaciones y prohibiciones que las normas erigen tanto respecto de los particulares, como de los funcionarios públicos.¹⁵¹

En concreto, dicha actividad de verificación se lleva a cabo a través de actuaciones materiales, las cuales, a su vez, definen el alcance de la potestad de inspección. Esas actuaciones materiales resultan ser muy variadas, pues dependen del sector de actividad en la cual se ejerza la

¹⁵¹ D. Blanquer: *Curso de Derecho Administrativo...* op.cit., p.325.

potestad de inspección¹⁵² y es que ésta afecta a sectores tan distintos que exige planteamientos específicos, no sólo de las llamadas normas de cobertura de la potestad o que habilitan su ejercicio y en relación con los requisitos formales del mismo, sino más aún, en cuanto a las condiciones en que deben llevarse a cabo las operaciones materiales de la actuación inspectora.¹⁵³

La relevancia de la definición de las operaciones a las que alcanza la potestad, así como de las condiciones en que tales operaciones materiales se llevan a cabo, radica en que, tal como se ha expuesto en secciones anteriores de este trabajo, cuando se trata de la potestad de inspección admitimos que existe una obligación por parte del ciudadano de soportar la injerencia administrativa en su esfera de actuación.¹⁵⁴ Y es precisamente una de las características propias de las potestades, la proyección de sus efectos sobre terceros, independientemente de su voluntad.¹⁵⁵

Pues bien, si procuramos definir el alcance del contenido de la potestad advierte la doctrina que forma parte de la función ejecutiva¹⁵⁶ y que, como tal, va de la mano de algunas otras actividades y funciones de la Administración Pública. Así lo ha sostenido Bermejo Vera¹⁵⁷, al apuntar:

“(…) en la potestad de inspección ha de entenderse que la atribución de la competencia sobre una materia sustantiva implica las facultades de ordenación y arrastra consigo una de las funciones complementarias de dicha ordenación, es decir, el control de su cumplimiento. Ello sin perjuicio, naturalmente, de las posibilidades de transferencia, delegación o encomienda que no afectan a la titularidad

¹⁵² José Bermejo Vera: *Los principios ordenadores de la facultad de inspección*, en la *Derecho Administrativo Iberoamericano*. Caracas. Ediciones Paredes, 2007, p. 559.

¹⁵³ J. Bermejo Vera, *Los principios ordenadores de la facultad de inspección*, ...op.cit., p. 559.

¹⁵⁴ R. Rivero Ortega: *El estado vigilante*...op. cit., p. 75.

¹⁵⁵ Véase en este sentido Juan Miguel De la Cuétara, *Las potestades administrativas*. Madrid. Tecnos, 1986, p.40.

¹⁵⁶ Así lo señala Ricardo Rivero Ortega.

¹⁵⁷ J. Bermejo Vera, *Los principios ordenadores de la facultad de inspección*, ...op.cit., pp. 556-558.

de las competencias, sino sólo al ejercicio de las mismas, como es sabido.

(...)

De ahí que, en este tema más que en ningún otro, sea absolutamente necesaria la colaboración y “coordinación” entre Administraciones, muy especialmente en las materias en que las Administraciones comparten responsabilidades.

(...)

Por otro lado, allá donde la Administración estatal tiene asignadas funciones de coordinación, es inevitable que tal función de coordinación conlleve la potestad de inspección, pues sólo será posible garantizar aquella función coordinadora cuando se pueda vigilar el ejercicio de las actividades susceptibles de tal coordinación. Como es bien sabido, y aunque se trata de un término muy mal utilizado en la legislación vigente, la coordinación implica una cierta “superioridad” o “supremacía” de quien coordina.”

En general, esta potestad que se ejerce producto de funciones de control o coordinación comprende, en definitiva, actividades de acopio de datos, acompañadas de algún otro contenido que luego veremos en actividades materiales concretas. Ya hemos hecho al inicio de estas consideraciones la diferenciación entre la potestad de inspección como actividad supervisora y de recopilación de información y la actividad de inspección que se lleva a cabo con fines probatorios, así, traemos nuevamente en palabras de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la referencia a esta última:

“En el procedimiento administrativo, al igual que en el judicial, se pueden hacer uso de todos los medios de pruebas, salvo aquellos expresamente prohibidos. Así se interpreta del artículo 58 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, al disponer que los hechos que se consideren relevantes para la decisión de un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba establecidos en los Códigos Civil, de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal (hoy Código Orgánico Procesal Penal), o en otras leyes, como sería, a título de ejemplo, el Código Orgánico Tributario y la Ley Orgánica de Aduanas y su Reglamento.” (Sentencia del Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital, de 19 de mayo de 2010: caso *Credicard El Emperador*)

Volviendo a las precisiones sobre la inspección como actividad supervisora, adicionalmente, la doctrina ha destacado la importancia de precisar que no toda actividad pública de acopio de datos se incluye dentro de la potestad de inspección. Dentro de ésta se circunscribe únicamente a las actividades que, comportando acopio de datos, estén orientadas a velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico, que incluye inclusive la obligación de colaboración de los particulares, cuando en ciertas oportunidades fungen como entidades auxiliares de la Administración Pública. Es pues, solamente en estos casos, cuando la actividad de la Administración se considerará inspectora, como vemos, se trata de la identificación del fin que persigue la actividad. No obstante, la creciente importancia de la actividad administrativa de acopio de información, al socaire del “desarrollo de la sociedad informacional y al reconocimiento de la información como factor de poder y control, dificulta la calificación de numerosas intervenciones administrativas como inspecciones o como otras técnicas informativas, de recopilación de datos preparatorios de su actuación.”¹⁵⁸

Sin embargo, aún teniendo en cuenta lo anterior, la propia doctrina ha reconocido la posibilidad de separar a la potestad inspectora de esas otras actividades de recopilación de información, así:

“Pese a la variedad de técnicas informativas de la Administración, la actividad administrativa de inspección puede ser aislada como una técnica informativa concreta y como una potestad específica de protección de los intereses públicos, aun estando incluida tanto en el concepto de policía como en el de supervisión, pues no cabe duda de que describe una modalidad específica de ejercicio de ambas acciones.”¹⁵⁹

Como se observa, la recopilación de datos, de acuerdo con este criterio, puede responder al ejercicio de la potestad de inspección enlazada con la

¹⁵⁸ R. Rivero Ortega: *El estado vigilante...* op.cit., pp. 67 y 68.

¹⁵⁹ R. Rivero Ortega: *El estado vigilante...* op.cit., p.74.

llamada actividad de policía, o por el contrario, puede perseguir fines informativos, como por ejemplo, la información para elaborar índices estadísticos.

En nuestro criterio, la potestad de inspección puede en efecto distinguirse de alguna otra actividad de acopio de información, muy especialmente porque no solamente comporta dicho acopio, sino que el mismo se encuentre orientado a la verificación del cumplimiento de alguna normativa en particular. En otras ocasiones, la actividad de supervisión o acopio de información por parte de la Administración Pública se encuentra más bien orientada a recabar información que le permita establecer ciertas regulaciones y no, a la verificación de estas. Traemos a este punto como ejemplo la actividad de acopio de información que ha llevado adelante la Superintendencia Nacional de Costos y Precios Justos desde el año 2012. En efecto, la SUNDECOP lo que procura con esta recopilación de información es verificar, con base en las estructuras de costos presentadas por las empresas privadas de distintos sectores de la economía, los parámetros adecuados para el establecimiento o fijación de los precios máximos de venta al público de los bienes de que se trate en cada caso.¹⁶⁰

Esa distinción, sin embargo, no debe suponer alteración alguna del régimen general de la potestad de inspección, pues incluso requerimientos de información con fines de estudio o estadísticos, rigen las garantías del ciudadano asociadas al buen ejercicio de la potestad.

Precisado lo anterior, pasamos a señalar lo que la doctrina y algunas regulaciones han entendido en Derecho comparado como operaciones materiales que definen a la potestad de inspección:

¹⁶⁰ Véase en tal sentido: Providencia Administrativa No. 184 Publicada en Gaceta Oficial No. 39.981 de 08 de agosto de 2012. Providencia Administrativa No. 196 Publicada en Gaceta Oficial No. 40.027 de 13 de octubre de 2012.

- “El poder de acceder a todos los establecimientos de interés para la actividad de vigilancia o para la localización de pruebas de comisión de infracciones. Si estos establecimientos están abiertos al público no hay problemas jurídicos relevantes. Las mayores dificultades surgen cuando esos establecimiento puedan tener la consideración de “domicilio”, pues la CE establece que en el domiciliado no puede realizarse ninguna entrada o registro sin el consentimiento del titular o resolución judicial. Además, debe tenerse en cuenta que el TC ha establecido que este domicilio que se protege es el de las personas físicas y jurídicas. En definitiva, en todos los casos la administración tendrá que pedir el consentimiento del interesado o solicitar autorización judicial.
- El poder acceder y examinar la documentación del inspeccionado y el poder de requerirle información. Sobre estos poderes el TC ha declarado que no son necesariamente contrarios al derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.
- El poder tomar muestras y realizar análisis y ensayos sobre éstas y sobre las características con las que se prestan ciertos servicios o actividades.”¹⁶¹

Como se observa, la doctrina española involucra a las más amplias actividades para la consecución del fin de la potestad inspectora, cual es, obtener información relevante, cierta y suficiente para la determinar si se ha cumplido con las disposiciones que el ordenamiento jurídico prevé en determinado sector de actividad. Se trata por tanto de una actividad de observación, requerimiento, toma de muestra y análisis de hechos.

Siendo tan amplias las operaciones materiales que exige el ejercicio de la potestad de inspección, así como la variedad de las mismas según el objeto u actividad inspeccionado, es difícil para el legislador regular en los textos el detalle de tales operaciones. Sin embargo, encontramos algunos casos en los que se ha hecho una labor importante en la procura de tal definición. A

¹⁶¹ Manuel Rebollo Puig y otros: *Panorama del Derecho Administrativo Sancionador en España, los derechos y las garantías de los ciudadanos*, en Revista de Estudios Socio Jurídicos. Bogotá. Universidad del Rosario. Enero-Junio 2005, pp. 49 y 50.

modo ilustrativo y como ejemplo de indicación detallada de las operaciones materiales que la actividad inspectora comporta, citamos la recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a criterios mínimos de las inspecciones medioambientales:

“2. A efectos de la presente Recomendación se entenderá por «inspección medioambiental» una actividad consistente, según convenga, en:

a) comprobar si las instalaciones controladas cumplen los requisitos medioambientales pertinentes establecidos en la legislación comunitaria tal como han sido transpuestos en las legislaciones nacionales o aplicados en el ordenamiento jurídico nacional (en lo sucesivo, denominados «las disposiciones legislativas comunitarias») e impulsar dicho cumplimiento;

b) vigilar el impacto ambiental de las instalaciones controladas con objeto de determinar si es necesario realizar más inspecciones o aplicar medidas para hacer cumplir la legislación (por ejemplo, expedir, modificar o revocar las autorizaciones o permisos) para garantizar el cumplimiento de las disposiciones legislativas comunitarias;

c) realizar las actividades necesarias para esos propósitos, por ejemplo:

- visitas a las instalaciones,
- supervisión del cumplimiento de las normas de calidad medioambiental,
- consideración de informes y declaraciones de ecoauditorías,
- consideración y verificación de las actividades de autocontrol realizadas por entidades explotadoras de instalaciones controladas o en su nombre,
- evaluación de las actividades y operaciones realizadas en la instalación controlada,
- control de los locales y los equipos pertinentes (incluida la adecuación del mantenimiento de los mismos) y de la idoneidad de la gestión medioambiental de las instalaciones,
- control de los registros pertinentes en poder de las entidades explotadoras de las instalaciones controladas.

3. Las inspecciones medioambientales, incluidas las visitas a las instalaciones, podrán ser:

a) rutinarias, es decir, realizadas como parte de un programa de inspecciones previsto, o

b) no rutinarias, es decir, realizadas, por ejemplo, en respuesta a una reclamación, en relación con la expedición, renovación o modificación de una autorización o permiso, o para investigar accidentes, incidentes o casos de incumplimiento.

4. a) Las inspecciones medioambientales podrá realizarlas cualquier autoridad pública, ya sea a nivel nacional, regional o local, instituida o designada por el Estado miembro y que será responsable de las tareas incluidas en la presente Recomendación.

b) Los organismos a que se refiere la letra a) podrán, de acuerdo con la legislación nacional, delegar las tareas que deberán realizarse en virtud de la presente Recomendación, bajo su autoridad y supervisión, en cualquier persona jurídica de Derecho público o privado siempre y cuando tal persona no tenga intereses personales en los resultados de las inspecciones que realiza.

c) Los organismos a que se refieren las letras a) y b) se denominarán «autoridades encargadas de las inspecciones»¹⁶²

Entre nosotros, escasos han sido los acercamientos a delimitar o enunciar las actividades materiales que comporta la potestad de inspección. Ni el legislador ni la jurisprudencia han dedicado mucho espacio a este aspecto, sin embargo, los tribunales contencioso administrativo, como parte del control de las actuaciones que se efectúan en ejercicio de la potestad inspectora, la han definido descriptivamente enunciando algunas de las operaciones materiales:

“En este sentido, la inspección puede ser apreciada como un conjunto de actuaciones tendentes a la comprobación e investigación, en virtud de la cual la Administración Pública pretende dar efectividad a las disposiciones normativas que regulan el desarrollo de un sector de actividad de los particulares, con el propósito de verificar el cumplimiento de la normativa jurídica que las regula.

(...)

En definitiva, la potestad de inspección habilita a la Administración Pública para llevar a cabo funciones específicas de comprobación o

¹⁶² RECOMENDACIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 4 de abril de 2001 sobre criterios mínimos de las inspecciones medioambientales en los Estados miembros (2001/331/CE) 27.4.2001 ES Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 118/41

constatación de la legalidad. Por lo que, dicha potestad de inspección constituye una actividad de control, de trámite o preparatoria de otra decisión, en atención a los resultados que se obtengan al momento de practicarlas.”¹⁶³

Como se observa, se incluyen las actuaciones de comprobación e investigación, cualquiera que ellas sean, a fin de verificar el ajuste de la actuación a la legalidad. Continuando, la Corte Segunda ha sostenido en otras decisiones:

“En tal sentido, del antecedente jurisprudencial supra transcrito, se colige que este Juzgador luego de un detallado y mesurado análisis de la situación fáctica, determinó que efectivamente el cargo de Inspector Operacional III, es un cargo que califica indefectiblemente como de entera confianza. Por otro lado es de hacer notar, que el artículo 21 en su última parte explícitamente establece lo siguiente: ‘También se considerarán cargos de confianza aquéllos cuyas funciones comprendan principalmente actividades (...) inspección, (...), sin perjuicio de lo establecido en la ley’.

(...omissis...)

La inspección requiere de una prolija vigilancia, representada en labores de fiscalización, supervisión, y control, siendo una de la principales funciones, mantener en plena armonía las actividades objeto de la misma, anticipando y previniendo de ese modo la ocurrencia de hechos que contravenga los mandatos de ley.

En razón de ello, siendo el cargo del recurrente es un cargo de Inspección es posible su subsunción en la norma, y por ende, su atribución dentro de la categoría de cargo de confianza”. (Negritas y subrayado de esta Corte).

En efecto, de los antecedentes jurisprudenciales supra transcritos, se colige que esta Corte luego de un detallado y mesurado análisis de la situación fáctica, determinó que efectivamente el cargo de Inspector Operacional III, es un cargo calificado indefectiblemente como de entera confianza. Por otro lado es de hacer notar, que el artículo 21 en su última parte explícitamente establece lo siguiente: “También se considerarán cargos de confianza aquéllos cuyas funciones comprendan principalmente actividades (...) inspección, (...), sin perjuicio de lo establecido en la ley”.¹⁶⁴

¹⁶³ Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, de 11 de agosto de 2010, caso: FLECHA SPORT, C.A.

¹⁶⁴ Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, de 07 de abril de 2011, Caso: DULCE YURINAY PALMERO BETANCOURT.

En este sentido se indica cómo la potestad inspectora comporta una prolija vigilancia, representada en labores de fiscalización, supervisión, y control. Se trata pues de operaciones materiales meticolosas y exhaustivas para obtener la información necesaria. Tan es así que los cargos de inspectores se califican como de confianza.

Por último, más recientemente la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo ha reiterado la exhaustividad que requiere la actividad de inspección:

“En este sentido se advierte que, de acuerdo con el diccionario de la Real Academia española en su versión digital la palabra inspeccionar tiene las siguientes acepciones: “Examinar, reconocer atentamente”, asimismo, la palabra inspeccionar es definida como: Acción y efecto de inspeccionar; Cargo y cuidado de velar por algo; Casa, despacho u oficina del inspector”;

Se advierte así que, la acción de inspeccionar sí admite actividades de verificación o constatación de acontecimientos; de hecho, como ya se ha visto, una buena parte de las acepciones de este vocablo refieren, precisamente, a la realización de actividades de inspección, revisión, vigilancia, cuido, seguimiento, etc.

Adicionalmente, estima la Corte que en el marco de la teoría de la actividad administrativa, son marcadas y claras las diferencias entre las actividades de inspección y las de control u ordenación de la actividad de los particulares. En este sentido, la inspección y fiscalización son, esencialmente, una actividad destinada a coadyuvar o facilitar la realización de otras actividades de ordenación, también denominadas actividades de policía, por parte de la Administración Pública, mediante la obtención de información o la comprobación y verificación de elementos fácticos, todo ello con el fin de verificar el cumplimiento o no de determinados deberes impuestos por la Ley al particular.”¹⁶⁵

¹⁶⁵ Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo de 22 de febrero de 2012, Caso: *ELIRA CESARIANA RIVAS HERNÁNDEZ vs INDEPABIS*.

Se trata pues de actividad de verificación y constatación, por tanto, todas aquellas operaciones materiales que sean necesarias para que tal examen sea “prolijo” y permita recabar datos que conduzcan a la verificación de si, efectivamente, se da cumplimiento a la legalidad.

La definición de su contenido nos induce al acercamiento de sus fines, los cuales se encuentran interrelacionados con aquél en la medida en que dependen de él para ser alcanzados y al mismo tiempo, ellos determinan al propio contenido.

Para comenzar esta aproximación vale la pena acentuar que la potestad de inspección tiene sus propios fines, independientes de los del procedimiento administrativo sancionador, que comporta en general recabar información y comprobar hechos a fin de garantizar la efectiva vigencia de la legalidad. Ciertamente existe una nota de instrumentalidad en la actividad inspectora, instrumentalidad respecto del cumplimiento de sus fines. Así, siempre la inspección se realiza para recabar información relevante para el ejercicio de la actividad administrativa, incluyendo de manera específica la información relevante para el ejercicio de la actividad de policía. En este sentido, la inspección se orienta a la verificación del orden jurídico en una determinada área de actividad, únicamente para fijar hechos relevantes, de acuerdo con la Ley.

Y es que, insistimos, ante todo, resulta fundamental el hecho que la inspección no es exclusivamente una actividad instrumental al servicio de la potestad sancionadora, pues atiende en general a recabar la información necesaria para el ejercicio de la actividad administrativa, no limitada al ámbito sancionador. Ya se ha señalado, que “la potestad de inspección tiene sus propios fines y funciones, pues sirve para garantizar la efectiva vigencia de la

legalidad.”¹⁶⁶ A mayor abundamiento, señalamos que el inicio del procedimiento administrativo sancionador tiene por objeto verificar o comprobar el presunto incumplimiento de normas del ordenamiento jurídico, el cual puede o no culminar con la aplicación de una sanción. Sin embargo, se inicia porque hay indicios de tal incumplimiento. Al contrario, la actividad de inspección tiene por fin la supervisión del cumplimiento, pero no se inicia producto de hechos o indicios de presunto incumplimiento, sino como un poder/deber de la Administración Pública en la supervisión del cumplimiento del Derecho. Es por tanto ésta la razón de ser del desarrollo de esta sección, que por demás contribuye a deslindar la potestad inspectora de la potestad sancionatoria, desde una perspectiva teleológica.

Ahora bien, como toda potestad pública, la potestad de inspección involucra un poder-deber, esto es, que implica no sólo una posibilidad de actuación legítima (potestad-función) sino la obligación de actuar en favor del fin para el cual fue concedida (potestad-deber).¹⁶⁷

En términos generales la inspección tiene por objeto constatar hechos o situaciones y recopilar información para el mejor ejercicio de la actividad administrativa en el marco del principio de buena Administración. En ese sentido, la potestad inspectora opera no sólo como una técnica de la que dispone la Administración para garantizar el cumplimiento de las normas, sino que protege las libertades sociales y económicas, a la par que afianza la vigencia del principio de legalidad.¹⁶⁸

La potestad inspectora la encontramos no sólo en el ámbito de las relaciones entre la Administración y los particulares (i.e. Administración Tributaria-Contribuyente, Concedente-Concesionario, Administración Económica-

¹⁶⁶ D. Blanquer: Curso de Derecho Administrativo p.327

¹⁶⁷ Quiroz, David, Notas sobre la Potestad Administrativa de Inspección, trabajo sin publicar.

¹⁶⁸ *Ibíd.*

Agentes Económicos), sino también dentro de la propia Administración en el marco de relaciones inter-orgánicas. Tal es el caso, por ejemplo, de las contralorías (Contraloría General de la República, contralorías estatales y contralorías municipales) respecto de los órganos y entes sujetos a su vigilancia. En ambos casos, lo que se procura es asegurar que las actividades desplegadas por los sujetos pasivos de la inspección se ajusten a las normativas que los gobiernan.¹⁶⁹

Son varias las clasificaciones que presenta la doctrina para los fines de la potestad inspectora, nos permitimos reagruparlas distinguiendo entre los fines inmediatos y los ulteriores. Entre los primeros, como se verá agrupamos los que devienen en actividades materiales concretas, operaciones que son llevadas a cabo para alcanzar un primer fin inmediato. Entre los segundos, comprendemos los objetivos superiores de la potestad, que ciertamente son consecuencia de las operaciones materiales realizadas, pero que comprenden su verdadera naturaleza y relevancia para el orden jurídico.

Pues bien, como parte de los *fines inmediatos o materiales*, incorporamos los que la doctrina ha calificado como fines informativos y recaudatorios.

Informativos, pues siendo el objeto de las inspecciones la observación y recopilación de información, es evidente que dicha actividad cumple finalidades informativas, permitiendo a la Administración mantenerse en cuenta de las actividades que realizan las personas sujetas a inspección y a la vez guardar toda aquella información que por su importancia, requiera ser almacenada para su posterior revisión o análisis, de modo que contribuyan a la formulación de políticas públicas.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ R. Rivero Ortega: *El Estado Vigilante...* op.cit., pp. 83 y 84.

Luego encontramos la finalidad recaudatoria, especialmente refiriéndolo al ámbito tributario. Y es que en materia tributaria las inspecciones cumplen una función de importancia, al constituirse en instrumento para la recaudación de tributos. En todo caso, es importante tener en cuenta que la inspección no es el medio para recaudar, sino un instrumento del que se sirve la Administración Tributaria para recopilar información, detectar las fallas que pudieran haberse producido en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y, posteriormente, arbitrar la aplicación de los correctivos correspondientes. En este ámbito, la inspección está asociada a la actividad de policía o limitación.

Con carácter general, no conviene ligarla a una función recaudatoria, en la misma medida que no conviene vincularla a la potestad inspectora, pues esa vinculación generalizada podría llevar a desnaturalizarla. Sin embargo, en algunos casos sucede pues que es posible recaudar ciertas tasas para cubrir los costes de la práctica de las operaciones materiales que el ejercicio de la potestad de inspección conlleva.¹⁷¹ Esto es, aunque no resulte apropiado hacer una vinculación generalizada entre la recaudación y la inspección, hay supuestos en los cuales no solamente se recaudan montos que corresponden con el pago de ciertos impuestos, sino que, en otras ocasiones, las recaudaciones provienen del pago de tasas administrativas con las cuales se financian los costos que ocasiona la actividad inspectora.

En segunda instancia, como parte de los *finis ultteriores*, agrupamos los que la doctrina ha calificado como fines instructivos o correctivos y los preventivos, procurando en ambos casos la verificación del cumplimiento de la legalidad mediante mecanismos que, por demás, procuren evitar la sanción.

¹⁷¹ R. Rivero Ortega: *El Estado Vigilante...* op.cit., p. 86.

La finalidad preventiva de la acción inspectora es puesta de relieve por algunos autores para quienes actualmente nos encontramos en situación de tránsito hacia un Estado de prevención o de seguridad, por oposición a un Estado de represivo. Bajo esta óptica, es evidente que la función de inspección adquiere un rol preponderante dentro del elenco de funciones estatales; en ese sentido, el propósito de la potestad inspectora no sería una mera comprobación del cumplimiento de las normativas, sino que perseguiría la protección efectiva de los bienes jurídicos que son objeto de protección por el ordenamiento y la potestad sancionadora pasaría a un segundo plano¹⁷².

Y es que al tiempo que las relaciones económicas se van haciendo más complejas y el desarrollo tecnológico provoca prórrogas legislativas, el reconocimiento del papel preventivo adquiere mayor relevancia.¹⁷³

Se trata pues de procurar adecuar la conducta regular de la ciudadanía al respeto de los valores protegidos por el ordenamiento jurídico y de una verificación real de tal circunstancia. Esta adecuación, claro está, tiene lugar en el marco de la protección de las libertades individuales esenciales a cualquier sistema democrático. Antes que una limitación inapropiada en de la libre actuación, se trata de una instrucción oportuna en el cumplimiento del ordenamiento jurídico, para proteger a los ciudadanos de la potencial aplicación de sanciones. Así se ha sostenido:

“Parece oportuno hacer alguna digresión sobre la función de garantía que cumple la inspección. (...) La finalidad no es garantizar la validez del Derecho, sino su efectiva vigencia en la vida cotidiana de los ciudadanos. No se trata de controlar la legalidad de los actos administrativos, sino de fiscalizar los hechos en que se fundamenta su

¹⁷² Nieto sostiene que el objetivo de una buena política sancionatoria no es sancionar, sino todo lo contrario, no sancionar pues con una “simple amenaza” se logra el cabal respeto al ordenamiento jurídico. Alejandro Nieto: *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid. Tecnos, 1994. p. 32.

¹⁷³ R. Rivero Ortega: *El Estado Vigilante...* op.cit., p.80.

aplicación (verificar, comprobar o constatar que la realidad fáctica se acomoda a la norma jurídica).”¹⁷⁴

Y además, continuamos, el fin ulterior es la salvaguarda de los principios y valores que el orden jurídico ha considerado relevantes a los efectos de su consagración y protección. De este modo se plantea:

“El motivo principal de la dotación y ejercicio de estas funciones de inspección y control es, cualquiera sea el plano desde el que las contemplemos, la protección de la seguridad (sanitaria, educativa, económica, arquitectónica, etc.) de personas o de bienes.”¹⁷⁵

Y es que el principio de prevención constituye un principio general del ordenamiento jurídico y no se agota en sí mismo, sino que procura el fin ulterior de la protección de los valores jurídicamente relevantes. “Las Administraciones no pueden asumir ab initio la simple aplicación de la sanción ni de la restauración como mecanismos principales de su actuación. Éstos son únicamente medios que se deberían activar de forma subsiguiente a que la prevención (v. gr. Vía la correspondiente inspección) haya fallado o, a pesar de haberse puesto toda la diligencia posible, no haya resultado factible evitar la causación del daño”. Ciertamente, en un ordenamiento donde no prele la prevención sobre la sanción, resulta autoritario e ineficaz, circunstancia que va de la mano del principio *pro libertatis*. Se trata de la verificación del cumplimiento de deberes, sirve para mitigar los daños que se pueden producir (ej suspendiendo la actividad o advirtiendo de la causación de perjuicios) y tiene efecto intimidatorio. Advertencia de control permanente.¹⁷⁶

Hechas estas consideraciones, incorporamos por último la finalidad instructiva o correctiva. A la finalidad preventiva de los procedimientos de

¹⁷⁴ D. Blanquer: *Curso de Derecho Administrativo*...op.cit., p.327.

¹⁷⁵ J. Bermejo Vera, *Los principios ordenadores de la facultad de inspección*, ...op.cit., pp. 554.

¹⁷⁶ A. García Ureta, *La potestad inspectora de las Administración Pública*...op.cit., pp.31 y 32.

inspección, se añade la finalidad instructiva o correctiva. Los procedimientos de inspección pueden servir para que la persona, ente u organismo sujeto a inspección corrijan las deficiencias o fallas que puedan tener y adecuen su conducta al ordenamiento jurídico; desde esta perspectiva, las inspecciones son un instrumento idóneo para el procurar el perfeccionamiento de las actuaciones de las personas sujetas a inspección.¹⁷⁷

Observamos pues cómo los fines inmediatos dan paso a los ulteriores, de modo que la verificación y recopilación de información deviene en el control del cumplimiento del orden jurídico actuando en la procura de la prevención y corrección antes que la sanción.

Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado recogiendo todos los fines descritos y además, distinguiendo la potestad inspectora de la sancionatoria. La Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo apunta:

“De lo anterior, ha quedado de relieve que la razón de ser la potestad inspectora está constituida, como destaca la doctrina, por la necesidad de la Administración Pública de encauzar las conductas de los sujetos, realizando así el ordenamiento jurídico, en el entendido que su actividad representa una gran relevancia para el interés general y que, por ello, se encuentran sujetas a una específica regulación. (Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo. Ob. cit. pp. 86 y siguientes).

De esta forma, la potestad de inspección constituye una pieza muy importante para lograr el cumplimiento de la legalidad, pues garantiza el cumplimiento de las normas reguladoras de la actividad de los particulares. Con ella, la Administración lleva a cabo su misión de vigilancia y control que, básicamente, supone la observación directa de los administrados con el propósito de comprobar que cumplen las normas jurídicas.

En este sentido, la potestad de inspección puede afectar a objetos (vehículos, laboratorios, bienes públicos, residuos, etc.), personas físicas (deportistas, contribuyentes, etc.) y, claro está, a personas

¹⁷⁷ R. Rivero Ortega: *El Estado Vigilante...* op.cit., p.82

jurídicas (Sociedades mercantiles, y, específicamente, Entidades de crédito y banca o seguros, de mediación o de valores. Entes públicos u Organismos no gubernamentales incluidos, etc.).

El sujeto u objeto inspeccionable lo es sólo en la medida en que aquél resulta obligado a hacer algo, y hacerlo de una manera determinada, en las condiciones dispuestas por las normas, sea de una forma estricta o genéricamente determinada. En el fondo, como las demás potestades, es un instrumento adecuado para efectuar la concreción del poder público en técnicas jurídicas precisas, y, por ello, debe ejercerse siempre, y en todo caso, por razones de interés público.

La vertiente positiva del ejercicio de la potestad de inspección no es sólo la defensa y protección de los intereses generales, sino incluso la de los intereses particulares, en todos los supuestos en que el ejercicio de la potestad deriva en la corrección o ajuste de la actividad objeto o persona inspeccionados, a las exigencias expresamente previstas en las normas.

Sin embargo, en los casos de verificación o constatación del incumplimiento de las condiciones o requisitos normativos y técnicos, la potestad de inspección puede derivar en el ejercicio de otra potestad mucho más importante, como es la potestad sancionadora, e incluso el surgimiento de responsabilidades adicionales como son las obligaciones de reposición de las cosas a su estado primitivo, restauración de objetos, reparación de daños o pago de indemnizaciones debidas.¹⁷⁸

En definitiva, tanto la doctrina como nuestra jurisprudencia contencioso administrativa han recogido los fines de la inspección, destacando su finalidad preventiva y la valiosa contribución que ello representa para un sistema sancionatorio eficaz, sistema que se ejecuta al amparo del ejercicio de una potestad distinta e independiente de la inspectora. Y es que como bien apunta Bermejo Vera: "(...) la Administración no puede ni debe utilizar sus "prerrogativas legales" –la potestad administrativa de inspección constituye, desde luego, una de ellas- con la única finalidad de aprovecharse de los errores ajenos, toda vez que el único objetivo debe ser la corrección

¹⁷⁸ Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, de 11 de agosto de 2010, caso: FLECHA SPORT, C.A.

anticipada de las conductas antijurídicas y, en su caso, la reflexión sobre las producidas, en el más amplio sentido.”¹⁷⁹

Ciertamente, como hemos venido apuntando a lo largo de este trabajo, en muchas ocasiones, la inspección cumple fines probatorios y preparatorios al procedimiento administrativo y con ocasión a la sustanciación. No obstante, destacamos el aporte que representa, aún cuando no resulte en la constitución de pruebas para un posterior procedimiento administrativo.

Los fines de la potestad de inspección la definen y caracterizan, siendo éstos la verificación y recopilación de información que desembocan en el control del cumplimiento del orden jurídico. Lo anterior, con independencia del uso que a posteriori se le dé a los elementos que han sido acopiados durante la inspección y dejando a salvo la posibilidad de que la actividad inspectora se utilice, específicamente y con la clara intención de recabar pruebas para un procedimiento administrativo posterior o que, habiéndose iniciado, requiera de pruebas recabadas a través de la actividad inspectora.

¹⁷⁹ Bermejo Vera, Los principios ordenadores de la facultad de inspección, en Derecho Administrativo Iberoamericano. p. 552

CAPÍTULO V

VALOR PROBATORIO DE LAS ACTAS DE INSPECCIÓN

Pese al vasto desarrollo de la potestad inspectora de la Administración Pública en Venezuela, entre nosotros, poco ha sido el estudio de su contenido, alcance y del valor de las actuaciones que de ella se derivan. Nos referimos a las denominadas actas de inspección. Y es que “el ejercicio de la potestad de inspección se materializa por lo general, en documentos concretos, denominados generalmente como Actas.”¹⁸⁰ Se trata de actos de trámite con relevancia externa, pero merecen este calificativo por su carácter instrumental, preparatorio, posibilitador de una resolución eventual, posterior o futura.¹⁸¹

5.1. Consideraciones generales sobre el valor de las actas de inspección

Si la Ley así lo prevé, las actas de inspección gozan de presunción de veracidad y acierto de los hechos que haya observado directamente el funcionario, no a las opiniones jurídicas ni a lo que terceras personas le hayan podido contar. En derecho comparado se ha desarrollado extensamente el asunto del valor probatorio de las actas de inspección, a fin de determinar respecto de cuáles de sus elementos cuentan con ese valor y, muy especialmente, si de algún modo su atribución representa alguna transgresión al principio de presunción de inocencia, que goza de rango constitucional. En cuanto a algunos de estos aspectos también se ha pronunciado la jurisprudencia nacional.

¹⁸⁰ José Bermejo Vera: *Los Principios ordenadores...* op.cit., p. 566.

¹⁸¹ R. Rivero Ortega: *El Estado Vigilante...* op.cit., p.204.

Sucede que la documentación formal de las operaciones materiales que tienen lugar en la ejecución de la actividad inspectora deviene de razones elementales de seguridad jurídica y la eventual comprobación de los indicios. Dicha documentación, como señalamos, se produce en las Actas de Inspección. Debe aclararse que tal formalización en un documento de la actividad administrativa no debe ser confundida con una supuesta preconstitución de medios de prueba. Antes bien, se trata de “cosificar” las tareas de investigación y comprobación, transformándolas en algo material, el documento, explicado por la ausencia de oralidad.¹⁸² Se utilizan pues las actas como mecanismos para integrar al expediente administrativo las operaciones que se ejecutan en el marco las inspecciones. No se trata pues de la “práctica de pruebas con el objetivo de convencer o persuadir a un tercero sobre la efectiva existencia de un hecho controvertido.”¹⁸³

El valor probatorio de las actas en la doctrina, se debate entre aquéllos que la consideran como una simple prueba, sin que le corresponda una valoración jurídica especial; y aquellos quienes estiman que la certeza de los hechos planteados en el acta de inspección debe ser debidamente destruida. De acuerdo con el Tribunal Constitucional Español, en su sentencia 76/1990

“En consecuencia, ningún obstáculo hay para considerar a las actas y diligencias de inspección como medios probatorios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos (...) tampoco cabe objeción alguna a su calificación legal como documentos públicos, en la medida en que se autorizan por funcionarios públicos en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas y con las solemnidades o formalidades legalmente establecidas”

¹⁸² D. Blanquer: *Curso de Derecho Administrativo...* op cit., p. 326.

¹⁸³ D. Blanquer: *Curso de Derecho Administrativo...* ob cit., p. 326.

La jurisprudencia también ha recalcado que la eficacia que se concede a las actas no es “una patente de posible arbitrariedad” y que no implica la “intangibilidad de los hechos constatados”.¹⁸⁴

Entre nosotros, los tribunales contencioso administrativa se ha pronunciado en algunas oportunidades sobre la valoración de las actas de inspección. Ha sido emblemático el criterio sentado en la Sentencia de la Sala Político Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia de 13 de mayo de 2009. Caso: *Corporación Betapetrol, S.A.*, donde se estableció:

“Por el contrario, debe precisar en esta oportunidad la Sala, que el *valor probatorio* de las Actas de Inspección levantadas en ejercicio de las actuaciones inspectoras de la Administración, deriva fundamentalmente de la presunción de legalidad de todo acto administrativo. De allí que los hechos, actos o estados de cosas que se hagan constar en los referidos documentos deben tenerse como ciertos, salvo que otros medios de prueba desvirtúen lo allí documentado por el funcionario público competente, siendo entonces el acta de inspección un medio de prueba fundamentador pero no concluyente, a los efectos de las ulteriores decisiones administrativas que pudiesen producirse como resultado del ejercicio de la potestad sancionadora.

Así mismo, se ha de advertir que nada impide que los hechos expuestos en las Actas de Inspección puedan ser desvirtuados en el curso del procedimiento administrativo, a fin de enervar la decisión administrativa ulterior que pudiese producirse como resultado de un procedimiento administrativo sancionador iniciado precisamente, con fundamento en los datos, hechos o situaciones de las que se deja constancia en el acta levantada a tales efectos.

(...)

Por consiguiente, resulta errado afirmar que los mencionados actos (Acta de Inspección y Auto de Apertura del Procedimiento), emanados de la Dirección de Industrialización y Tecnología de Hidrocarburos, hayan causado indefensión o vulnerado el debido proceso de la parte actora, pues al analizar el contenido de la Resolución N° 476 del 27 de diciembre de 2005 dictada por el Ministro

¹⁸⁴ A. García Ureta: *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*..., op.cit.p 227.

de Energía y Petróleo, cuyo contenido es confirmado en el acto impugnado (Resolución N° 220 del 18 de julio de 2006), fue el incumplimiento de las obligaciones de la empresa Corporación Betapetrol, S.A., en virtud de la falta de incorporación de las observaciones de carácter técnico y jurídico requeridas por el Ministerio de Energía y Minas a través de la Dirección en cuestión y la Consultoría Jurídica, el supuesto de hecho que sirvió de fundamento a la revocatoria de la Licencia acordada a la empresa recurrente, y no los hechos de los que se dejó constancia en la referida Acta de Inspección en la que se alude por ejemplo a la falta de inicio de los trabajos de construcción de la Refinería de Caripito, ya que como acertadamente expuso la licenciataria en su escrito de descargos, el proyecto asociado a la dicha Refinería se encontraba en la primera fase de la Licencia referida a la aprobación por parte del Ministerio del citado estudio de prefactibilidad.

Para mayor abundamiento, con respecto al alegado incumplimiento de las formalidades relativas a la actuación fiscalizadora, se debe agregar que la concepción del *procedimiento* como cauce formal de la serie de actos conducentes a la adopción de una determinada decisión de la Administración, es una formalidad que no resulta aplicable al ejercicio de la actividad inspectora, ya que ésta no debe sujetarse necesariamente a un *procedimiento formalizado* en el sentido expuesto. De allí que la actividad inspectora puede iniciarse de oficio o a instancia de parte, sin obviar los elementos consustanciales al ejercicio de cualquier actividad de la Administración, pudiendo incluso en algunos casos, prescindir de la notificación formal de dicha actuación si está en riesgo la finalidad perseguida con la misma o ante supuestos de extrema urgencia o gravedad. En estos últimos casos sólo es exigible el levantamiento del Acta como manifestación formal a los efectos de que el funcionario deje constancia de los hechos relevantes.” (Cursivas de la Sala)

Este criterio fue reiterado en fecha reciente, mediante sentencia de la misma Sala de 30 de marzo de 2011, en el Caso: *Inversora Turística Caracas, C.A.* Nótese que se afirma que es producto de la presunción de legalidad de todo acto administrativo, que los hechos, actos o estados de cosas que se hagan constar en las actas de inspección deben tenerse como ciertos, salvo que otros medios de prueba desvirtúen lo que está allí documentado por el funcionario público competente.

Así se ha pronunciado también la doctrina comparada, destacando la postura de que el valor probatorio que se le atribuye deriva de su consideración como actos administrativos:

“Con independencia de la titularidad sobre la potestad sancionatoria, el fundamento del valor probatorio que se concede a las actas de inspección es una consecuencia natural de su consideración como actos administrativos.”¹⁸⁵

En el mismo sentido se ha pronunciado García Ureta en el Derecho Español, apuntando lo siguiente:

“De manera general, se ha señalado que el fundamento del valor probatorio que se concede a las actas de inspección es una ‘consecuencia natural’ de su consideración como acto administrativo. En esta línea, un sector doctrinal es de la opinión de que una de las justificaciones de especial importancia del valor probatorio es la propia presunción de legalidad del acto administrativo. Es cierto que todo acto administrativo tiene atribuido por la LRJPAC una presunción de validez (art. 57.1). Sin embargo, cabe plantearse por qué el legislador añade una previsión expresa sobre el ‘valor probatorio de los actos producidos por funcionarios que constaten hechos bajo unas determinadas condiciones.’¹⁸⁶

Sin embargo, ya advierte García Ureta que pueden plantearse algunos otros fundamentos jurídicos a la atribución de un valor cualificado a las actas de inspección y menciona varios de ellos, a saber, (i) el principio de eficacia de la actuación administrativa y potestad de policía, (ii) la posibilidad de acreditación de hechos fugaces y, finalmente, (iii) la especialización e imparcialidad de los funcionarios que ejecutan la inspección.

¹⁸⁵ R. Rivero Ortega: *El estado vigilante...* op.cit., p.203.

¹⁸⁶ A. García Ureta: *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas...* op.cit., p. 219

Muy especialmente las razones relativas al principio de eficacia de la actuación administrativa y potestad de policía, la vinculación del valor que se atribuyen a las actas con la función persuasiva de la inspección, así como los motivos de pericia e imparcialidad, han sido abordados por varios autores. Así se afirma:

“Si con la función inspectora se pretende prevenir la realización de determinadas conductas y, en último término, asegurar el respeto del ordenamiento, no parece descabellado presumir que los funcionarios de la Administración que realicen esta tarea, respetando determinados requisitos sustantivos y procedimentales, ofrecerán una versión objetiva de los hechos fiscalizados.”¹⁸⁷

Por lo que respecta a la pericia e imparcialidad, recordemos que ésta era también una de las razones que se planteaban en la discusión respecto de si los particulares podrían o no realizar labores de colaboración en la actividad de inspección.¹⁸⁸ Siguiendo a García, es este el más atinado fundamento al valor probatorio de las actas, ya que, “(...) resulta lógico que la actividad que despliegue un funcionario pueda tener valor probatorio, habida cuenta del origen constitucional del deber de imparcialidad (art. 103.3)”¹⁸⁹ Pronunciándose en el mismo sentido otros autores que apuntan:

“El valor cualificado que se atribuye a las pruebas recabadas por la Inspección administrativa se fundamenta en el contacto directo e inmediato con los hechos, combinado con la cualificación técnica de quienes desempeñan esa tarea de fiscalización. Por ser más preciso, no es tanto la pericia profesional como la supuesta neutralidad del experto lo que cualifica esta actividad de fiscalización. Imparcialidad que se busca reforzar separando los órganos de gestión ordinaria de los órganos de inspección, y

¹⁸⁷ R. Rivero Ortega: *El Estado Vigilante*...op. cit., pp. 205 y 206.

¹⁸⁸ Algunos autores apuntan la función fedataria del inspector, advierte que, con ocasión de ella, el resultado de la inspección se documenta en actas a las que se atribuye la ficción de ser ciertas y verdaderas. (D.Blanquer: *Curso de Derecho Administrativo*...op. cit, p. 326.)

¹⁸⁹ A. García Ureta: *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*...op.cit., p.221.

prohibiendo que aquéllos dirijan o supervisen la inspección (o dicten órdenes e instrucciones acerca del resultado de la fiscalización).”¹⁹⁰

Somos del criterio que las razones técnicas y de imparcialidad abonan en la consideración de las actas de inspección como un elemento que merece un valor probatorio particular. Más sin embargo, el valor probatorio no se predica de cualquier constatación realizada. En Derecho Español:

“La LRJPAC exige la concurrencia de determinados aspectos previos, sin los cuales, como antes se ha señalado, no cabe otorgar eficacia a dichas constataciones fácticas. Por tanto, la objetividad constituye un principio del actuar administrativo que proporciona una justificación adecuada de la presunción de veracidad de las actas.”¹⁹¹

De allí se han desgajado los aspectos respecto de los cuales se atribuye valor efectivo a las actas de inspección:

“En la inspección se pueden dar algunas actuaciones previas o preliminares al Procedimiento Administrativo Sancionador. El mayor debate jurídico se produce sobre el valor de estas actuaciones previas en el posterior PAS. La LAP establece que los hechos constatados por funcionarios (encargados de las funciones de inspección e investigación), recogidos en un documento público, tendrán valor probatorio. Esta previsión tiene una gran trascendencia. Significa darle valor probatorio a unas actuaciones que se han realizado sin las garantías propias del PAS. Sin embargo este valor probatorio:

- Se refiere sólo a los hechos que haya observado directamente el funcionario. No alcanza a sus opiniones jurídicas ni a lo que terceras personas le hayan podido contar.
- Significa que ese documento, por sí solo y sin necesidad de repetir la inspección en el PAS, puede destruir la presunción de inocencia y justificar la imposición de una sanción.
- Significa que ese documento, por sí solo y sin necesidad de repetir la inspección en el PAS, puede destruir la presunción de inocencia y justificar la imposición de una sanción.

¹⁹⁰ D. Blanquer: *Curso de Derecho Administrativo...* ob cit., p.328

¹⁹¹ A. García Ureta: *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas...* op.cit., p. 223.

- No significa que se trate de una prueba a la que la ley haya atribuido un valor superior al de otras pruebas. Se trata de una prueba más que se sumará a las demás que se practiquen en el PAS. Sin embargo, en la práctica, los órganos sancionadores tienden a dar a esta prueba un especial valor, sobre la base de la imparcialidad y los conocimientos del funcionario que realizó la inspección.

Sin embargo, algunas leyes van más allá y añaden que los datos recogidos se presumirán ciertos y veraces. Esto significa otorgar por ley un valor probatorio superior al de otras pruebas. Aunque la jurisprudencia es vacilante, la que consideramos más correcta afirma que tal presunción de veracidad vulneraría la presunción de inocencia, pues obligaría al presunto infractor a tener que probar su inocencia.¹⁹²

Se trata, como señalamos supra, de una presunción de veracidad y acierto de los hechos que haya observado directamente el funcionario, no a las opiniones jurídicas ni a lo que terceras personas le hayan podido contar. Presunción que, como afirmó nuestra Sala Político Administrativa, prevalece salvo que otros medios de prueba desvirtúen lo allí documentado por el funcionario público competente.

Justo en este punto conviene hacer mención a la denominada teoría de los documentos administrativos, por cuanto, como veremos, en ella se encuadran las actas de inspección. Con ocasión de lo anterior, haremos las precisiones de que el valor probatorio que se atribuye a las actas de inspección deriva de las consideraciones generales del valor probatorio de los documentos administrativos.

¹⁹² Manuel Rebollo Puig y otros: *Panorama del Derecho Administrativo Sancionador en España, los derechos y las garantías de los ciudadanos...* op.cit., pp. 50 y 51.

5.2. Breves consideraciones sobre la teoría del documento administrativo, su valor probatorio y las actas de inspección

El documento como medio de prueba es un objeto creado por la actividad humana normalmente representando un hecho manifestado voluntariamente y destinado a crear algún efecto jurídico.¹⁹³ Los documentos públicos son, en general, aquellos emanados de los funcionarios de la Administración Pública, conforme a lo establecido por la ley y en el ejercicio de las funciones que le son propias.¹⁹⁴

La doctrina ha sostenido que la función del documento administrativo no es otra que la de documentar los actos de la Administración Pública que comportan manifestaciones de voluntad del órgano administrativo que la suscribe o que versan sobre manifestaciones de certeza jurídica.¹⁹⁵

Algún sector de la doctrina admite a los documentos administrativos como una categoría de documento público. Es el caso de Echandía cuando define a los denominados “instrumentos públicos” como una especie de documento público, que consiste un escrito proveniente de un funcionario público en ejercicio de un cargo o autorizado para éste. Sin embargo, hace algunas precisiones en cuanto a su valor probatorio, advirtiendo que para probar contra lo dicho en un documento de esta naturaleza puede utilizarse toda clase de pruebas, cuando no existe norma legal que limite su conducencia; como existe en Colombia (en otros países se excluyen los testimonios). Señala que lo correcto es aceptar las declaraciones de los funcionarios públicos, ya que en ellos se depositó la fe pública y el ejercicio de la función administrativa –en el caso que nos ocupa- esto mientras no aparezca

¹⁹³ Hugo Nemirovski: *El valor probatorio del documento electrónico* en Revista de Derecho Probatorio No. 14. Caracas. Ediciones Homero, 2006, p. 178

¹⁹⁴ Arístides Rengel Romberg: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Tomo IV. Caracas. Organización Gráficas Capriles C.A., p. 152

¹⁹⁵ Arístides Rengel Romberg: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Op Cit, p. 152

evidente que ha incurrido en falsedad material o ideológica, o en un simple error.¹⁹⁶

Aquí comenzamos a determinar la importancia de la categorización de los documentos administrativos, derivado del impacto que ello tiene en el valor de los dichos en ellos contenidos.

En algún tiempo, la jurisprudencia patria aceptó que el documento administrativo era equipable al documento público en cuanto a su valor probatorio y que, por tanto, el medio para impugnarlo era la tacha de falsedad.¹⁹⁷ Esta postura fue superada rápidamente, y ya hace casi medio siglo que se pasó a admitir la distinción entre ambos documentos, con el consecuente cambio en la consideración sobre su valor probatorio, .

En efecto, se comenzó a entender a los documentos administrativos como una categoría diferente dentro de los documentos, al punto que, entre los rasgos que los distinguen se ha señalado que “No es procedente en cuanto a la virtualidad probatoria asimilar absolutamente el documento administrativo al documento publico, porque entre otras diferencias este solo puede ser destruido por la tacha de falsedad, mientras que el administrative, por cualquier clase de prueba procedente.”¹⁹⁸

Así, la Sala Político Administrativa en sentencia de 28 de mayo 1998, caso: *CVG Electrificación del Caroní*, señaló:

¹⁹⁶ Hernando Devis Echandia: *Teoría General de la Pueba Judicial*. Tomo II. Bogotá. Biblioteca Jurídica Diké, p. 544, 574 y 578.

¹⁹⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 18 de febrero de 1971 referida por Allan Brewer Carías: *Estado de Derecho y Control Judicial*. Instituto Nacional de Administración Pública. Caracas, 1987, p. 391. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 26 de octubre de 1971, referida por Jesús Eduardo Cabrera Romero: *Los Documento Privados Auténticos, Los Documentos Privados Simples y sus copias certificadas emitidas por orden judicial* en Estudios Jurídicos sobre el documento público y privado en el Derecho Procesal Civil. Caracas. Ediciones Fabreton, 1982, p. 420.

¹⁹⁸ Arístides Rengel Romberg: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Tomo IV. Caracas. Organización Gráficas Capriles C.A., p. 153

“...Esta especie de documentos –los administrativos- conforman una tercera categoría dentro del género de la prueba documental, y por tanto, no pueden asimilarse plenamente a los documentos públicos, ni a los documentos privados. La especialidad de los antecedentes administrativos radica, fundamentalmente, en que gozan de una presunción de legitimidad, autenticidad y veracidad, pero tal presunción puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Se distinguen así esta especie de documentos de los instrumentos públicos, que sólo pueden ser impugnados mediante la tacha de falsedad; y de los meros documentos privados, que pueden ser, incluso, desconocidos en contenido y firma por el adversario. Siendo los documentos administrativos –como los promovidos por la empresa apelante- un medio de prueba distinto de los documentos privados, resulta claro para esta Sala que no pueden aquellos quedar sometidos a la disposición consagrada en el aparte único del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, pues dicho precepto regula, única y exclusivamente, la oportunidad en que deben producirse los documentos privados. Observa la Sala, finalmente, que no existiendo una disposición procesal especial que regule la oportunidad en que deben producirse en juicio los documentos administrativos, razón por la cual resulta plenamente aplicable, en esta materia, el principio general consagrado en los artículos 396 y 400 del Código de Procedimiento Civil. En tal virtud, las partes que quieran servirse de un documento de esta especie pueden anunciarlo o promoverlo en el lapso de promoción y producirlos o evacuarlos en la etapa de evacuación de pruebas...”.

En igual sentido, más recientemente la misma Sala en sentencia de fecha 16 de mayo 2003, caso: *Henry José Parra Velásquez*, hizo las siguientes consideraciones respecto de los documentos públicos administrativos:

“...Los documentos públicos administrativos son aquellos realizados por un funcionario competente actuando en el ejercicio de sus funciones, pero que no se refiere a negocios jurídicos de los particulares, sino que tratan de actuaciones de los referidos funcionarios que versan, bien sobre manifestaciones de voluntad del órgano administrativo que la suscribe, conformando la extensa gama de los actos constitutivos (concesiones, autorizaciones, habilitaciones, admisiones, suspensiones, sanciones, etc), o bien constituyen manifestaciones de certeza jurídica que son las declaraciones de ciencia y conocimiento, que a su vez, conforman la amplia gama de los actos declarativos (certificaciones, verificaciones, registros, etc.), y

que por tener la firma de un funcionario administrativo están dotados de una presunción desvirtuable de veracidad y legitimidad de su contenido, en razón del principio de ejecutividad y ejecutoriedad que le atribuye el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y por tanto deben considerarse ciertos hasta prueba en contrario...”.

La Sala acoge y reitera estos precedentes jurisprudenciales, y establece que si bien los documentos públicos administrativos son dictados por funcionarios de la Administración Pública en el ejercicio de sus funciones y en las formas exigidas por la ley, no son documentos públicos, sino una categoría distinta.

En ese sentido, la Sala ha puesto de manifiesto las diferencias entre el documento público, el documento auténtico y el documento administrativo, en cumplimiento de lo cual ha establecido que el primero se caracteriza por ser autorizado y presenciado con las solemnidades legales, por un registrador, juez u otro funcionario o empleado público, que tenga facultades para dar fe pública; el segundo, es redactado por las partes interesadas y posteriormente es firmado ante un funcionario público, o reconocido ante aquél y, por ende, existe certeza legal de su autoría; y los documentos administrativos emanan de funcionarios de la Administración Pública, en el ejercicio de sus funciones, con el propósito de documentar las manifestaciones de voluntad o de certeza jurídica del órgano administrativo que la emite, los cuales gozan de la presunción de veracidad y certeza, que admite prueba en contrario. (Sentencia de la Sala de Casación Civil de 14 de octubre de 2004, caso: *Corporación Coleco, C.A. contra Inversiones Patricelli, C.A.*)”

Así también ha sido categórica la jurisprudencia al reiterar que los documentos públicos administrativos no son documentos públicos, sino una categoría distinta, lo que ha determinado no solamente su valor probatorio sino la oportunidad en que, eventualmente, podrían ser consignados o promovidos en juicio, sosteniendo que sólo pueden ser consignados o promovidos en el lapso probatorio correspondiente; y no forman parte de los documentos que pueden ser producidos en segunda instancia.

En ese sentido se pronunció la Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia de 08 de marzo de 2005, Caso: *Meltex Tejidos, C.A.*, en la que señaló:

“...De la precedente transcripción la Sala observa que la resolución N° 001732 de fecha 2 de marzo de 2001, que fue promovida ante la alzada de conformidad con el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, fue considerada por el juez de la recurrida como un documento público administrativo, razón por la cual otorgó la eficacia probatoria prevista en el artículo 1.363 del Código Civil, y estableció que el documento administrativo se asemeja en sus efectos probatorios a los documentos auténticos “por cuanto la verdad de la declaración contenida en dicho documento, hace fe hasta prueba en contrario, razón por la cual los mismos pueden producirse hasta los últimos informes”.

...omissis...

Al efecto, esta Sala considera que no se encuentra ajustado a derecho el pronunciamiento hecho por el juez de alzada respecto al documento administrativo promovido en la alzada, pues estima que esa prueba fue incorporada de forma irregular al proceso.

...omissis...

Por lo que, conforme a la jurisprudencia y doctrina *ut supra* expuesta, la Sala concluye que si bien el documento público y el documento administrativo gozan de autenticidad desde el mismo momento en que se forman, la cual emana del funcionario público que interviene en el acto, los documentos administrativos no se asimilan completamente a los públicos, por cuanto gozan de la presunción de certeza y veracidad, que puede ser desvirtuada por la parte mediante prueba o pruebas en contrario, que deben ser incorporadas en el proceso en cumplimiento de las formas procesales establecidas en la ley, con el propósito de que los no promoventes puedan ejercer sobre éstas un efectivo control y contradicción.

Por esa razón, la Sala ha establecido de forma reiterada que los documentos administrativos sólo pueden ser consignados en el lapso probatorio y no en cualquier grado y estado de la causa y hasta los últimos informes como ocurre con los documentos públicos, que sólo pueden ser destruidos a través de la tacha o el juicio de simulación. (Ver, entre otras, Sent. 20/10/04, caso: Inversiones Gha, C.A., contra Licorería del Norte C.A.).”

Así pues, el documento público administrativo, entendido éste como acto escrito emanado de la Administración Pública que –según este criterio- “goza de una presunción de veracidad y legitimidad” que puede ser desvirtuada con otras pruebas.¹⁹⁹ Hay aquí una indebida confusión entre el valor probatorio del documento administrativo y el “principio de legalidad del acto administrativo”. Que todo acto se presuma válido es una premisa aceptada en nuestro Derecho únicamente en cuanto a la ejecución del acto administrativo. Ello nada tienen que ver con el valor probatorio de ese acto, en el sentido que mal puede establecerse una “presunción” de certeza que no está expresamente contemplada y que, de manera indebida, aproxima el documento público al documento privado.²⁰⁰

Las actas de inspección son claramente documentos administrativos, dadas las características que las informan de modo que, manera de conclusión señalamos que:

- i. El acta que levantan los funcionarios públicos en ejercicio de su actividad inspectora es un documento administrativo, en los términos doctrinarios y jurisprudenciales expuestos a lo largo de esta sección.
- ii. En cuanto a su valor probatorio, los documentos administrativos no tienen valor probatorio de documento público, aun cuando se ha trasladado indebidamente la presunción de legalidad al ámbito probatorio;
- iii. Excepcionalmente la Ley sí establece presunción de certeza.

Los hechos contenidos en las actas de inspección gozan así de una presunción de certeza. Esto es, que se tendrá por cierta hasta tanto se

¹⁹⁹ Ver Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 22 de mayo de 2003, caso: *N.M. Nucete*

²⁰⁰ Véase: Gonzalo Pérez Luciani: *La llamada "Presunción de Legitimidad" de los actos administrativos*, en *Revista de Derecho* N° 1, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2000.

aporten al expediente pruebas que desvirtúen los hechos y circunstancias allí plasmados. Esta aseveración ha dado pie a una intensa discusión en la doctrina y jurisprudencia comparadas, muy especialmente, respecto del derecho de presunción de inocencia que ostenta rango constitucional. Y es que, “no obstante, estos preceptos deben integrarse con los principios que informan la prueba, de conformidad con las exigencias que se derivan del derecho de defensa y de la presunción de inocencia. Únicamente desde esta perspectiva cabrá entender la existencia de unos documentos públicos administrativos capaces de erigirse en prueba de cargo para la imposición de la correspondiente sanción.”²⁰¹ En especial, tal afirmación es de dudosa compatibilidad con la garantía de la presunción de inocencia, que impone la carga de la prueba en cabeza de la Administración, como veremos de inmediato.

5.3. Consideraciones sobre la presunción de inocencia y la supuesta inversión de la carga de la prueba

En el entendido que generan presunciones *iuris tantum*, las actas tienen valor probatorio intermedio, entre los dichos de un particular en una denuncia y el valor máximo de la plena prueba que, en algunas ocasiones otorga el Derecho. De modo que, en realidad, no cuentan con la virtualidad de quebrar incontrovertiblemente la presunción de inocencia, sino que gozan de una presunción de que los hechos se corresponden con la realidad constatada²⁰²

En nuestro Texto Fundamental se encuentra consagrado el derecho de presunción de inocencia (art. 49.2), que se configura como un derecho subjetivo público que opera no solo en el marco de procedimientos administrativos, sino también en circunstancias extrajudiciales, donde los

²⁰¹ Vincenç Aguado I Cudolá: *La presunción de certeza en el Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid. Civitas, 1994, p.108.

²⁰² A. García Ureta: *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas...* op.cit., p.231.

ciudadanos cuentan con el derecho a recibir la consideración y trato de no autor o partícipe en hechos sancionados por la Ley.

“Como recuerda la STC 109/1986, la presunción de inocencia “opera en las situaciones extraprocesales”, por lo que obliga a las administraciones a respetarlas en las actividades de inspección”²⁰³

En el ámbito procedimental, la presunción de inocencia se manifiesta muy especialmente en el régimen jurídico de la prueba:

“(…)De igual forma, el referido derecho opera fundamentalmente en el campo procedimental con un influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba.

Existe la perspectiva procedimental del derecho a la presunción de inocencia, tal garantía se traduce, en que toda sanción debe ir precedida de una actividad probatoria que impide a la Administración imponer sanciones a lo administrados sin las pruebas suficientes. Asimismo, significa que la carga de la actividad probatoria pesa en principio sobre los acusadores y que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia.

En tal sentido, la inmediata consecuencia procesal del derecho a la presunción de inocencia consiste en desplazar la carga de la prueba el onus probandi, a la Administración. Así, es ella la que en un procedimiento contradictorio con participación y audiencia del interesado inculcado, debe suministrar recoger y aportar los elementos probatorios a través de los medios comunes que sirvan de soporte al supuesto de hecho cuya clasificación como falta administrativa se pretende.

El derecho fundamental a la presunción de inocencia garantiza entonces, que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria, impidiendo la imposición de sanciones sin pruebas, que éstas han de merecer tal concepto jurídico y que, asimismo la actividad probatoria pesa-en principio- sobre la Administración, y no sobre el administrado”²⁰⁴

²⁰³ A. García Ureta: *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas...* op.cit., p.223.

²⁰⁴ Sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Nº 406 de 28 de marzo de 2001 y de 31 de enero de 2002, caso: *PEQUIVEN*, Sentencia del Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial Del Estado Zulia, de 04 de marzo de 2011. Caso: *Richard Jose Inciarte Zarraga*.

Es como consecuencia de lo anterior que se plantea la supuesta contradicción entre la presunción de inocencia y la atribución de cierto valor probatorio a las actas de inspección cuando sean invocadas como medios de prueba en procedimientos sancionadores, ya que se cuestiona si tal atribución comporta una inversión de la carga de la prueba radicada en el acusador. Sin embargo, parte de la doctrina se ha dedicado a evidenciar que ese hecho no es tal:

“Estos documentos son antecedente imprescindible para que la inspección se entienda como correctamente realizada, aunque el contenido del Acta no necesariamente tiene garantizada la autenticidad, y el órgano que debe adoptar la decisión definitiva no está vinculado estrictamente al contenido. Es obvio que, frente al ejercicio de la actividad de inspección, los inspeccionados disponen de un completo cuadro de garantías que sirven de compensación a esta relevante potestad. En ocasiones, las Actas contienen “evaluaciones de conformidad”, básicas para la exención de responsabilidades (...) A las Actas se les atribuye *ex lege* presunción de veracidad, pero, *dicha veracidad no es absoluta e indiscutible sino que puede ceder frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, pues nada impide que frente a las actas se puedan utilizar los medios de defensa oportunos, lo cual no supone invertir la carga de la prueba, sino actuar contra el acto de prueba aportado por la parte contraria* (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 76/1990)

(...)

Por cierto, este presumido valor probatorio, tal y como declara la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 76/1980, solo puede referirse a los hechos constatados directamente por el funcionario quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los inspectores consignen en el acta.”²⁰⁵

Se explica entonces cómo más que una inversión de la carga de la prueba, se trata de una “necesidad de actuación” ante la prueba aportada por la Administración:

²⁰⁵ J. Bermejo Vera: *Los Principios ordenadores...* op cit, pp. 566-567.

“En el caso de las actas no se invierte la carga de la prueba, sino que se produce la necesidad de actuar en contra de la prueba aportada por la Administración.

(...)

De ahí que, en caso de insuficiencia de pruebas, la presunción de inocencia debe prevalecer.

(...)

Obviamente, existe una “absoluta prohibición” de utilizar y valorar pruebas obtenidas mediando la lesión de un derecho fundamental, ya que la presunción de inocencia exige que la prueba se realice a través de medios constitucionalmente legítimos.”²⁰⁶

Continúa el mismo autor:

“Las actas no constituyen pruebas incontrovertibles, sino elementos probatorios susceptibles de ser valorados y llevar al convencimiento de la realidad de la conducta que se impute en las mismas. Por tanto, nada impide que frente a las actas se puedan utilizar los medios de defensa oportunos, lo cual no supone invertir la carga de la prueba, sino actuar contra el acto de prueba aportado por la parte contraria. De hecho, la jurisprudencia pone de manifiesto que la exactitud de los hechos declarados probados por la administración no tiene a su favor la mera presunción de veracidad del acta que haya podido levantar el funcionario competente, sino, sobre todo, la coherencia de su versión frente a la del ciudadano que le permita destruir la presunción de inocencia de éste.”²⁰⁷

Como se observa se atribuye valor probatorio desvirtuable y ello no se asimila una inversión de la carga de la prueba, pues la traslación del *onus probandi* sería inconstitucional.²⁰⁸

²⁰⁶ A. García Ureta: *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas...* op.cit., p.224.

²⁰⁷ A. García Ureta: *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas...* op.cit., p. 229.

²⁰⁸ Lo dicho se expone en la Sentencia en Audiencia Nacional, de 15 de diciembre de 2005. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera. Obstrucción a la labor inspectora de la Agencia Española de Protección de Datos, “Sobre esta última cuestión recordemos en primer lugar que según el artículo 40 de la ley 15/1999, los funcionarios que ejerzan la inspección tienen la consideración de autoridad pública en el desempeño de sus cometidos lo que indudablemente confiere a las Actas por ellos levantadas de una presunción de certeza respecto de los hechos reflejados en las mismas que hayan sido constatados por el funcionario actuante y siempre que se extiendan con arreglo a los requisitos procedimentales establecidos legalmente. Esta presunción que deriva de las Actas de Inspección no se caracteriza como una presunción iuris et de iure, ya que expresamente admite la prueba en contrario, sino en la consideración de la existencia de un medio probatorio válido en derecho, que ni es indiscutible, ni es excluyente de otros medios de prueba, ni es preferente en su valoración, constituyendo un primer medio de prueba sobre los hechos que constan en el Acta la presunción no alcanza a calificaciones jurídicas ni juicios de valor o simples opiniones y puede ceder frente- a otras pruebas, por lo que no supone una inversión del “onus probandi”, un desplazamiento de la carga de probar, permitiendo al ciudadano actuar, a través de las alegaciones y medios probatorios que interesa, contra el acto de prueba aportado por la Administración (Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, de 28 de abril.

Pese a lo anterior, tanto entre nosotros, como en derecho comparado, la doctrina y la jurisprudencia son vacilantes. En algunos casos de derecho comparado se admite el hecho del desplazamiento de la carga de la prueba producto de la atribución de valor probatorio a las actas de inspección.²⁰⁹

El Tribunal Supremo, en relación con determinadas Actas (de la Inspección de Trabajo o de la Inspección de Tributos, por ejemplo) aprecia la doctrina de que la presunción de veracidad que se les atribuye afecta a aquellas Actas que se consideren protocolizadas de forma regular desde el punto de vista formal, por establecer con precisión y objetividad las circunstancias del caso y los datos que hayan servido para su redacción, debiendo destacarse la limitación objetiva de la presunción de certeza al alcanzar exclusivamente a hechos que por su producción objetiva son susceptibles de percepción directa por el Inspector o son inmediatamente deducibles de aquellos y acreditadas por medios de pruebas consignados en el acta (STS de 12 de octubre de 1995), doctrina ésta perfectamente trasladable a las Actas levantadas por la Inspección de Datos. Debe anotarse finalmente sobre esta cuestión que las Actas de la Inspección de Datos son redactadas por funcionarios públicos especializados, a quienes se reconoce que actúan en el ejercicio de sus funciones de inspección de modo imparcial, en su calidad de empleados públicos al servicio de la Administración Pública que se encuentran sujetos a la Ley y el Derecho por imperativo constitucional.

Las anteriores consideraciones no excluyen lógicamente la potestad de los Tribunales Contencioso-Administrativos para valorar, en la fiscalización del procedimiento administrativo, las pruebas existentes y las pruebas practicadas en su descargo en sede jurisdiccional, y lograr su convicción acerca de la veracidad de los hechos establecidos por la Inspección de Datos, empleando las reglas de la lógica y la experiencia, lo que es inherente a la función jurisdiccional, a la que viene vinculado en mérito a los artículos 106 Y 117 de la Constitución.

Pues bien, el recurrente sólo de forma retórica imputa al Acta como defecto formal la falta de redacción circunstanciada de los hechos cuando tal falta es irreal pues los hechos aparecen perfectamente reflejados en el documento, a lo que se añade que en el presente caso no se ha aportado por la parte recurrente ninguna prueba que permita llegar a convicción diferente de la que se deduce de la lectura del propio Acta.

En definitiva, y según lo que se lleva expuesto, la pretensión actora encaminada a la anulación de la resolución administrativa carece de fundamento y ello obliga a la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto."

²⁰⁹ Referimos, por ejemplo, la SENTENCIA NÚM. 292 DE 2.012. Sentencia T.S.J. Andalucía 292/2012 de 30 de enero. En relación con el valor probatorio de las actas de la Inspección de Trabajo, una nutrida jurisprudencia ha señalado, que los hechos recogidos en las mismas gozan de una presunción de certeza y veracidad "iuris tantum"; salvo prueba eficiente, plenamente convincente e incontestable en contrario (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1988 [RJ 1988\2542] y de 25 de octubre de 1988 [RJ 1988\7873]) según lo establecido en el art. 52.2 de la Ley 8/1988 de 7 de abril de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Sin embargo, como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1988 (RJ 1988 \1454) "si bien es cierto que el art. 38 del Decreto 1860/1975 atribuye una presunción de certeza al contenido de las Actas de Inspección, esa presunción debe entenderse referida a los hechos comprobados con ocasión de la Inspección y reflejados en el Acta, bien porque su realidad objetiva fuera susceptible de percepción directa por el Inspector en el momento de la visita o porque haya sido comprobada por esta autoridad documentalmente o por testimonios entonces recogidos y otras pruebas realizadas";, abundando en este razonamiento las sentencias de 23 de febrero (RJ 1996\1530) y 6 de mayo de 1996 (RJ 1996 \4107), en las que expresamente se alude al problema probatorio en el asunto sancionador, derivado de la relación entre el derecho fundamental de presunción de inocencia, del art. 24 de la CE, y la presunción de veracidad de las Actas de la Inspección de Trabajo, establecida en el art. 38 del Decreto 1860/1975, que impone la distribución de la carga de la prueba, y una valoración de la prueba constituida por el acta, base del procedimiento sancionador. En este orden de ideas dicho Tribunal Supremo, ha interpretado el precepto en el sentido de que la presunción de certeza y veracidad atribuida a las Actas de Inspección, se encuentra en la imparcialidad y especialización que, en principio, debe reconocerse al inspector actuante (SSTS de 18 de enero [RJ 1991\1508] y 18 de marzo de 1991 [RJ 1991\3183]), presunción de certeza perfectamente compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, ya que los arts. 38 del Decreto 1860/1975, de 10 de julio y 52.2 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, se limitan a atribuir a tales actas el carácter de prueba de cargo, dejando abierta la posibilidad de practicar la prueba en contrario. En cualquier caso, esta presunción de certeza desplaza, como se acaba de señalar, la carga de la prueba al administrado, de suerte que es éste quien debe acreditar con las pruebas precisas, que no se ajustan a la realidad los hechos descritos por la Inspección. Finalmente, se ha dicho que la presunción de certeza no excluye un control de los medios empleados por el Inspector, exigiéndose asimismo, que

Entre nosotros, esta circunstancia se ha presentado en alguna doctrina en materia de tributos, en la cual los tribunales han afirmado la inversión de la carga de la prueba, al señalar:

“Sobre este principio general de la carga de la prueba, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 10 de febrero de 1999, citada por el autor Patrick Baudin, en el Código de Procedimiento Civil, señaló lo siguiente: “(...) Aun cuando el contencioso tributario carece de un régimen legal probatorio propio, le son aplicables supletoriamente, los principios generales que rigen al contencioso administrativo y al sistema civil; en tal sentido las reglas del C.P.C., que regulan los medios de pruebas, admisión y evacuación de las mismas, regirán también a este proceso en tanto y en cuanto le sean aplicables, y no contravenga lo dispuesto en el C.O.T. (...). En cuanto a la distribución de la carga de la prueba, el art. 506 del C.P.C., dispone que las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho; (...). **En el proceso contencioso tributario, en principio, la carga de la prueba corresponde al recurrente, consecuencia de presunción de legitimidad y de certeza que inviste a los actos administrativos,** debiendo por lo tanto el destinatario del acto, es decir, el contribuyente o responsable que se considere lesionado por dicho acto, producir la prueba en contrario de esa presunción. En otras palabras, en virtud del valor presuntivo legalmente reconocido al acto administrativo tributario, quien alegue su ilegitimidad o ilegalidad deberá probarla (...)”. (Ob. Cit. págs. 956 y 957).

Concordando el dispositivo legal transcrito, con la posición jurisprudencial citada, se verifica que en el presente caso, dada la presunción de legitimidad y legalidad de los actos de procedimiento dictados por la Administración Pública, y en especial del Acta de Inspección levantada con ocasión del presente caso, se verifica que la carga de desvirtuar los hechos imputados correspondía al destinatario del acto administrativo en cuestión. (Negrillas nuestras) Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, de 13 de mes de febrero 2012, caso: *FIESTA CASINOS GUAYANA, C.A.*

El caso es, insistimos, que no se trata de una mera precisión terminológica, sino de la defensa de los derechos constitucionales de los administrados. Es

el contenido de las actas, ya sean de infracción o de liquidación determinen las circunstancias del caso y los datos que hayan servido para su elaboración (STS 11 de marzo de 1992).

allí donde se justifican estas consideraciones. En nuestro criterio las consecuencias de la atribución de valor probatorio a ciertas comprobaciones reflejadas por los funcionarios en las actas de inspección, deben armonizarse con los postulados y derechos constitucionales de los ciudadanos, solo así, tendrán cabida. Es por ello que, no puede admitirse un simple traslado del *onus probandi*, antes bien, ha de entenderse que la presunción de inocencia prela y permanece intacta, y las actas de inspección son únicamente pruebas que al ser aportadas por la Administración, generan la necesidad de actuación por parte del particular.

5.4 El levantamiento de las actas por entidades privadas

Finalmente, se encuentra la cuestión del valor probatorio que habría que atribuirse a las actas de inspección levantadas por las entidades privadas. Ya en una sección anterior de este trabajo se expusieron las posturas que se inclinan por no afirmar que la potestad de inspección propiamente dicha puede ser ejercida por particulares. Al respecto, doctrina extranjera advierte que si sólo se atribuye valor probatorio a las actas levantadas por funcionarios, ello comportaría que las Actas poseen la naturaleza de documentos públicos. Así pues, las Actas levantadas por ese tipo de personal de organismos o entes privados no habrían de tener la condición de documento administrativo y, por tanto, no puede atribuírsele valor probatorio alguno. Para algunos, entonces, las Actas elaboradas por el personal de las entidades privadas no podrán servir más que como denuncia.”²¹⁰

Tratamos en sección anterior de este trabajo la ejecución de labores inspectoras por parte de los Consejos Comunales en el marco de las entidades privadas. En algunas decisiones que involucran la ejecución de

²¹⁰ J. Bermejo Vera: *Los Principios ordenadores...* op.cit., pp. 566 y 567.

inspecciones administrativas, encontramos casos en los que se ha aportado al expediente constancias u otros documentos emanados de consejos comunales, organizaciones *sui generis*, pero que, sin duda, no forman parte de la Administración Pública. En estos supuestos se encuentran pronunciamientos de la siguiente naturaleza, citamos:

“Promueve la parte demandante, signada con la letra “A”, Copia simple de Constancia de fecha 12 de Septiembre del año 2009, emanada del Consejo Comunal del Barrio El Liceo Municipio Guanarito del estado Portuguesa, que cursa al folio 72. Documental que hace valer plenamente la apoderada judicial de los accionantes, mientras que la representación judicial de la demandada, indica que tendría que analizarse su naturaleza jurídica, es decir, determinar si se trata de un documento público o un documento emanado de un tercero, para así otorgarle o no valor probatorio, así bien esta sentenciadora al analizar la naturaleza jurídica de los consejos comunales, ha determinado que las documentales emanadas de los mismos deben ser consideradas como emanadas de terceros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por lo que la referida documental debió haber sido ratificada por el tercero que suscribió la misma, mas sin embargo de la misma documental no puede determinarse quien la suscribe, pues esta en forma ilegible y sin un número de cédula de identidad que al menos permita vincular la misma; por lo que no habiendo sido ratificada mediante la prueba testifical, a esta juzgadora no le merece valor probatorio alguno y en consecuencia desecha la misma del preste proceso. Así se establece. (Tribunal de Juicio de la Coordinación Laboral del Estado Portuguesa, 2 de junio de 2011, LUIS BELTRAN ÁLVAREZ ARANA y otros vs. CONSTRUCTORA MENE)

Como se observa, el valor que se atribuye es el de documental emanada de un tercero, de modo que debe ser ratificada en juicio. Ello derivado de la distinción que se hace respecto de los documentos públicos. Así pues, sería éste el tratamiento que se daría a cualquier documento que emitan los Consejos Comunales, incluidos los que comporten labores de inspección.

A modo de conclusión, interesa destacar el valor probatorio de las actas de inspección como documentos que gozan de una presunción de veracidad

iuris tantum respecto de los hechos allí plasmados conforme a los requerimientos de ley, sin que ello comporte, reiteramos una vez más, la traslación de la carga probatoria a los particulares, siempre en salvaguarda de su derecho constitucional a la presunción de inocencia.

CAPÍTULO VI
MEDIDAS PREVENTIVAS DICTADAS EN EL MARCO DE INSPECCIONES
ADMINISTRATIVAS

En el presente capítulo se analizará el contenido, naturaleza y alcance de las medidas preventivas, en general, así como de las que pueden dictarse en el marco de las inspecciones practicadas por los órganos de la Administración Pública. Del mismo modo, se revisarán algunos casos prácticos como los de las medidas preventivas previstas en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, la Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria, la Ley de Costos y Precios Justos, y la Ley Orgánica de Ambiente.

Las medidas cautelares en el marco de la potestad inspectora encuentran su asidero en la necesidad de urgente protección de los derechos tutelados por las normas cuyo cumplimiento se verifica en la inspección. De este modo, la verificación de hechos o indicios que determinan la afección de intereses que han de protegerse sirven de soporte para la adopción de providencias cautelares, anejas a esas circunstancias de hecho.²¹¹

Son pues, los hechos verificados, el título habilitante de la Administración para la toma de tales medidas en el procedimiento inspector. Es claro que ellas representan una restricción en la esfera jurídico-subjetiva de quienes se

²¹¹ En derecho comparado se ha señalado respecto de la urgencia "Tanto el contenido de las Actas, como la propia existencia de indicios claros de infracción, pueden servir de soporte a la adopción de medidas cautelares. Los agentes de la inspección pueden proponer, desde luego, esas medidas, pero sólo el órgano a quien corresponde adoptar la decisión definitiva es competente para adoptarlas (art. 72 de la Ley 30/1992). Salvedad hecha, por supuesto, de los casos de regla específica en norma con rango de Ley. Así, por ejemplo, lo hace la Ley de Salud de Aragón, de 15 de abril de 2002, autorizando al personal de la inspección a "realizar cuantas actuaciones sean precisas para el cumplimiento de sus funciones de inspección, pudiendo adoptar las medidas cautelares provisionales necesarias a fin de evitar perjuicios para la salud en casos de urgente necesidad". El carácter de inmediatez y efectividad, totalmente imprescindible en el control de ciertas actividades especialmente peligrosas para la salud individual y colectiva, nos obliga a pensar en profundidad sobre las posibilidades jurídicas de actuación cautelar de los funcionarios encargados de la inspección. No es suficiente, en mi opinión, con el reconocimiento de las facultades de propuesta de los inspectores al órgano resolutorio, en la medida en que determinados riesgos exigirían la anticipación práctica de resoluciones efectivas. Sin embargo, la ya denunciada falta de correspondencia entre la cualificación real de los encargados de la inspección y la naturaleza de los bienes o actividades sometidos a dicha potestad, hacen muy difícil la regulación sobre esta cuestión. Es indudable que semejante disposición respeta en este caso el principio de legalidad, aunque esta autorización ha de interpretarse siempre subordinada a las reglas generales del control de la discrecionalidad administrativa y de los denominados conceptos jurídicos indeterminados ("medidas necesarias", "urgente necesidad"). No obstante, y aparte de la delicada situación en que se coloca al personal encargado de la inspección, se plantea la duda de si tales decisiones son jurídicamente aceptables por proceder de personas y no de órganos administrativos. En todo caso, cuando existen estas posibilidades, la intervención del órgano administrativo competente es necesaria para la ratificación inmediata de dichas "medidas". Un caso extremo, en este ámbito, se produce cuando las normas permiten adoptar estas medidas al personal de los organismos privados o "colaboradores" de las Administraciones." (J. Bermejo Vera: *Los principios ordenadores...* op.cit., pp. 567 y 568.)

ven afectados y es por ello que deben encontrar asidero o justificación jurídica suficiente. Además, tales medidas cuentan con determinadas características, como veremos, que le otorgan una naturaleza ajustada a la protección tanto de los bienes jurídicos por los cuales se dictan, como de los derechos constitucionales a la defensa y presunción de inocencia de las partes contra quien obran.

Conviene iniciar señalando que la nota característica de la tutela cautelar y las medidas que se dictan a su amparo, es de su carácter *instrumental*. Esta instrumentalidad comporta que las medidas cautelares no son un fin en sí mismas, estos, no tienen por finalidad resolver un asunto directa y definitivamente, no son la respuesta última a la situación jurídica que se presente, sino que son instrumentos de la decisión final, de esa respuesta última, que se adopte en relación con un asunto. Es debido a tal nota característica y definitoria de las medidas cautelares tienen por objeto asegurar que la decisión definitiva que se dicte en torno a alguna controversia sea efectiva, cuando llegue. Es decir, son instrumentos cuya razón de ser es garantizar que la indefectible decisión de fondo no quede ilusoria, sino que pueda ser cumplida efectivamente. . Así lo ha señalado la doctrina²¹²:

“Sin embargo, esa *provisoriedad* no resulta suficiente, por sí sola, para definir el carácter cautelar de una providencia, pues, toda medida cautelar es *provisoria*, pero no toda medida provisoria es, necesariamente, cautelar. La *provisoriedad* es una nota esencial de las medidas cautelares, pero no es exclusiva de ellas³. En vista de ello, Calamandrei concluye, y en ello se coincide, que el carácter típico de las providencias cautelares es, más bien, la **instrumentalidad** propia de las mismas.

²¹² Karina Anzola: *El carácter autónomo de las “medidas preventivas” contempladas en el artículo 111 del Decreto Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios* en Revista de Derecho Público No. 115. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana. 2008.

Esa instrumentalidad la refiere señalando que las providencias cautelares *“nunca consti- tuyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamen- te. Nacen, por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito. Esta relación de instrumentali- dad o, como ha dicho otros, de subsidiariedad, que liga inevitablemente toda providencia cautelar a la providencia definitiva en previsión de la cual se dicta, es el carácter que más netamente distingue la providencia cautelar...”*

Finalmente, sobre la finalidad de las providencias cautelares, ultima el autor que en ellas hay, *“mas que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia.”* Son, entonces, *“instrumentos de la justicia”*. Todo ello demuestra que la nota esencial, verdaderamente distintiva, o típica, de las providencias cautelares se encuentra en su carácter instrumental (en contraposición a autó- nomo), que supone que las medidas cautelares no son un fin en si mismas, no tienen por finalidad resolver un asunto directa y definitivamente, sino que son un medio, un instrumen- to, para lograr que la decisión final, la sentencia o providencia definitiva que la sucederá, pueda ser efectiva, es decir, no quede ilusoria en la práctica. **Es de esa instrumentalidad, pues, de donde se derivan el carácter provisorio y el carácter reversible de las medidas cautelares.”**

Adicionalmente, se ha admitido que dicha instrumentalidad va de la mano, no solamente de la salvaguarda de circunstancias de cara a una eventual resolución en un procedimiento administrativo sancionatorio, sino además, de cara a la salvaguarda de determinados intereses públicos relevantes. Es éste precisamente el caso de la potestad inspectora. Así:

“Como se ha indicado, ‘no son instrumentos de otra resolución, sino directamente del interés público que en cada caso se persigan.
(...)’

En las primeras estaría ausente tal conexión procedimental, siendo su finalidad la de garantizar el orden frente a peligros que se susciten y sin necesidad de encontrarse relacionados con un procedimiento sancionador”

(...)

Como se ha apreciado, “no hay una simple garantía de la eficacia de la resolución sino de la eficacia de la actuación administrativa o, si se prefiere, de la efectividad en términos reales de adecuación al fin de la ‘resolución que pudiera recaer’”²¹³

Es por ello que las medidas preventivas en la inspección llevan la nota de la instrumentalidad, no como instrumento de garantía de la eventual resolución de un procedimiento administrativo sancionatorio, sino instrumento de garantía de los bienes jurídicos protegidos por las normas cuyo cumplimiento se verifica mediante la actividad inspectora.

En cumplimiento de dicha instrumentalidad las medidas cautelares para ser adoptadas o decretadas suponen, por ende, que se haya iniciado o esté por iniciarse un proceso en el cual se debata y vaya a decidirse el fondo del asunto del que se trate, obviamente, a través de una decisión final, que será la que pretenderá asegurar en su plena eficacia la medida cautelar.

La instrumentalidad de las medidas cautelares es también la que permite explicar varias de las características propias de la tutela cautelar y, además justifican el hecho de que pese a la urgencia en que se acuerdan y de su basamento en meras presunciones, no menoscaban realmente ningún derecho constitucional de la parte contra quien obra. En particular es sostenible que ellas no transgreden los derechos a la defensa y a la presunción de inocencia de los ciudadanos contra quienes se decretan.

²¹³ A. García Ureta: *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas...* op.cit., p.146.

Ello sucede por cuanto, en primera instancia, el ciudadano contra quien obra la medida cautelar de que se trate cuenta con un procedimiento para oponerse a la misma, que, aunque breve, ofrece espacio para ofrecer razones que justifiquen su desaplicación.²¹⁴ Y, en segundo lugar, las medidas cautelares cuentan con una duración temporal, pues han de adaptarse a las circunstancias de hecho que determinaron su aplicación.

Así, si tales circunstancias contrarias a los bienes tutelados por el orden jurídico se mantienen, ha de darse inicio al correspondiente procedimiento administrativo sancionatorio, donde el particular contará con todos los mecanismos procedimentales para la tutela de sus derechos constitucionales. En caso contrario, la medida adoptada debe ser levantada por la Administración inspectora.

Todo lo anterior, justifica también que las medidas cautelares se decreten solo con base en presunciones, sin que exista plena certeza, que es lo que se requiere para la emisión de una decisión de fondo, o una decisión definitiva. Bastará con una presunción, con la probabilidad de que los hechos verificados transgreden el ordenamiento jurídico. Así lo ha sostenido la jurisprudencia venezolana, adoptando la doctrina comparada:

“Ahora bien, la importancia del ejercicio de la potestad de inspección, en el entendido de que con ella se pretenden adecuar la actuación de los particulares a las expresas regulaciones normativas, impone que la Administración se encuentra habilitada legalmente para hacer frente a las necesidades de resguardar el interés general, para lo cual se ha impuesto este tipo de actuación.

Por ello, del ejercicio de la potestad inspectora pueden derivarse medidas que pretendan atajar posibles infracciones como, en general, situaciones que se desvíen de lo que la norma exija en cada momento, ya sea la protección del consumidor o la del ambiente, o la

²¹⁴ Véase, por ejemplo, los artículos la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria.

salud de las personas, o –como ocurre en el caso de autos- la correcta comercialización de las armas de fuego, lo que impone acreditar previamente el cumplimiento de las exigencias necesarias para el porte de las mismas. Debido a esto, se habilita a la Administración para poder adoptar medidas que salgan al paso de estas circunstancias. Su finalidad es la de asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer.

No obstante, el ordenamiento jurídico recoge también la existencia de determinadas medidas que no persiguen necesariamente tal finalidad. En este sentido, se trataría de medidas que persiguen proteger directamente interés público que en cada caso persigan. Por ello, son adoptadas como reacción ante ciertos riesgos o perturbaciones y suponen, por su contenido y fines, medidas para evitar lesiones al interés público protegido o para impedir la continuación de sus efectos antijurídicos.

La característica de estas medidas está, entonces, en que su finalidad es el restablecimiento del ordenamiento jurídico conculcado, adoptadas con el propósito de hacer desaparecer una situación que se reputa ilegal y que, ante la urgencia de proteger el interés general, se dirigen a la congelación de la situación de hecho. Por tanto, se trata de medidas de coacción administrativa directa caracterizadas y motivadas por una situación de urgencia, que legitima la acción inmediata con fundamento en una decisión no procedimentalizada, la cual, en todo caso, se encuentra sometida al principio de legalidad y guiada por los principios de oportunidad, congruencia y proporcionalidad. (vid. GARCÍA URETA, Agustín. La potestad inspectora de las Administraciones Públicas. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 144 y ss.).²¹⁵

Sin embargo, a pesar del perjuicio que la medida cautelar dictada sobre la base de meras presunciones genera en la situación subjetiva del afectado por la adopción de la misma, no es conforme a Derecho concluir en la violación del derecho constitucional a la presunción de inocencia, por el cual nadie puede ser privado de su posesión sin que quede demostrada su actuación contraria a las leyes, ya que esa decisión que se ha acordado en su contra no es definitiva, y puede ser revocada en cualquier momento por el

²¹⁵ Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, de 11 de agosto de 2010, caso: FLECHA SPORT, C.A.

cuando las circunstancias verificadas por los funcionarios inspectores se modifiquen o, si fuere el caso, se concluya si hubo en efecto o no una transgresión imputable al afectado por la medida cautelar, mediante el procedimiento administrativo.

Gracias al mismo carácter instrumental las medidas cautelares han de ser reversibles, esto es, deben permitir que, en caso de que se sentencie en el fondo a favor de la persona contra quien obró, pueda volverse todo al estado previo a su adopción, sin perjuicio de que sea preciso para la parte injustamente favorecida por la medida decretada indemnizar a la otra (contra quien obró la medida indebidamente) todos los daños y perjuicios ocasionados.

“La tutela cautelar y la garantía indemnizatoria deben ser los valladares frente a la adopción de medidas expeditivas que supongan una lesión de derechos patrimoniales de los sujetos, siempre que la actuación administrativa se demuestre indebida o desproporcionada. Si no lo ha sido, en cambio, estaríamos ante una suerte de sanción, no ante una verdadera lesión antijurídica, sino ante un acto de naturaleza no expropiatoria, pero que los particulares están obligados a soportar, de acuerdo con el enunciado de los presupuestos de la responsabilidad del artículo 139.3 de la Ley 30/1992.”²¹⁶

Finalmente, llegamos a la última de las consecuencias o características claves de la instrumentalidad de las medidas preventivas y es que estas son, por esencia, temporales.²¹⁷ Tienen vida mientras permanecen las circunstancias que le dieron lugar, una vez hayan cesado, deben revertirse o,

²¹⁶ R. Rivero Ortega: *El Estado Vigilante...* op.cit., p.194.

²¹⁷ Entre las características principales de las medidas cautelares en ejercicio de la potestad inspectora, García Ureta señala la *provisionalidad*, advirtiendo que comporta que las medidas se deben adecuar a los hechos y que, por tanto, han de mantenerse hasta tanto se mantengan los hechos que determinaron su adopción. Y es que ellas se dictan para la protección de intereses jurídicos relevantes según el sector de actividad de que se trate y una vez cesen o bien, pasado el lapso que la ley indique para el inicio del procedimiento administrativo sancionador. Adicionalmente, acompaña esta nota de (i) la *discrecionalidad de la administración en el momento de su adopción*, siendo que debe tenerse en cuenta que la toma de las medidas preventivas exige la apreciación de ciertos hechos, insistimos, su apreciación, lo cual comporta la verificación de los hechos, no su invención u omisión. Y, finalmente, (ii) la *competencia del órgano*, pues el órgano que tome las medidas deben ser el competente para la práctica de la inspección (A. García Ureta: *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas...* op.cit., p.147.)

en caso contrario iniciar el procedimiento indicado. En este último caso, una vez emitida la decisión de fondo, la medida preventiva o cautelar cesa en sus efectos, sea porque haya servido para la ejecución de la decisión, sea porque ha de ser revocada una vez demostrado en el procedimiento que la parte contra quien obró no había contrariado la ley.

Es así como, la nota fundamental de la instrumentalidad devienen otras características propias como los son la *provisionalidad*, *reversibilidad* y *temporalidad*, y son esas características las que justifican su adopción con base en meras presunciones y a negar la violación de los derechos constitucionales a la defensa y a la presunción de inocencia de la parte afectada cuando sean dictadas.

Estas notas son pues, fundamentales e ineludibles y aunque existe una variedad de medidas posibles de dictar, todas ellas, cualquier que sea la restricción que comporten, deben respetar tales notas. De no hacerlo, estaríamos en presencia de una desnaturalización de las mismas, convirtiéndose en medidas de contenido sancionatorio dictadas sin procedimiento previo y, por tanto, violatorias de los derechos constitucionales de los sujetos afectados por ellas.

Precisados estos aspectos, hemos tomado a modo ejemplificativo algunas de las medidas preventivas que nuestro ordenamiento jurídico autoriza a la Administración para dictar.

En la Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria²¹⁸ se prevé la posibilidad de ordenar en el mismo acto de inspección la ejecución de las medidas administrativas a que haya lugar²¹⁹ a fin de evitar la continuidad de los incumplimientos que pudieran derivarse del procedimiento. En tal sentido,

²¹⁸ Gaceta Oficial N° 5.889 Extraordinario del 31 de julio de 2008.

²¹⁹ Artículo 143.

se prevé la posibilidad de adoptar y ejecutar en el mismo acto las siguientes medidas preventivas²²⁰ (i) suspensión del intercambio, distribución o venta de los productos, o de la prestación de los servicios; (ii) comiso; **(iii)** destrucción de mercancías; (iv) requisición u ocupación temporal de los establecimientos o bienes indispensables para el desarrollo de la actividad agroalimentaria o, para el transporte o almacenamiento de los bienes comisados; (v) cierre temporal del establecimiento; (vi) suspensión temporal de las licencias, permisos o autorizaciones; (vii) y todas aquellas que sean necesarias para garantizar el abastecimiento de los alimentos o productos regulados en la Ley. La requisición, ocupación temporal, así como el comiso preventivo son todas medidas de inmediata ejecución. Se prevé un procedimiento de oposición a las medidas preventivas²²¹.

Hacemos notar que solo para el caso particular de las medidas preventivas por infracción de la normativa sanitaria se prevé que cuando las causas que originaron la medida preventiva hubieren sido subsanadas a satisfacción de la autoridad sanitaria o ésta declare que las condiciones en las cuales se encuentran los productos no contravienen la normativa sanitaria, el afectado podrá exigir la revocatoria inmediata de la medida preventiva.²²² Por favor, retengamos el aspecto relativo a la reversibilidad de la medida.

Por su parte, en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios²²³ se prevé que los funcionarios competentes dispondrán de amplias facultades de fiscalización para comprobar y exigir el cumplimiento de los derechos y obligaciones previstos en esta Ley, pudiendo especialmente adoptar las medidas necesarias para impedir la destrucción, desaparición o alteración de la documentación que se exija, incluidos los

²²⁰ Artículo 147.

²²¹ Artículo 151.

²²² Artículo 150.

²²³ Gaceta Oficial N° 39.358 del 1 de febrero de 2010.

registrados en medio magnéticos, o similares, así como de cualquier otro documento de prueba relevante cuando se encuentre éste en poder del fiscalizado.²²⁴

En cuanto a los supuestos para la procedencia de medidas preventivas²²⁵ se prevé que el peligro del daño, como requisito para adoptar la medida preventiva, viene dado por *el interés individual o colectivo para satisfacer las necesidades en la disposición de bienes y servicios de calidad de manera oportuna especialmente aquéllos inherentes al derecho a la vida, a la salud y a la vivienda*. Mientras que la presunción de buen derecho *se origina en el derecho del pueblo a la construcción de una sociedad justa y amante de la paz*. Y al mismo tiempo se especifican ciertos supuestos en los que procede dictar la medida.²²⁶ Destacamos la imprecisión de los supuestos de

²²⁴ Artículo 110, numeral 12.

²²⁵ Artículo 111.

²²⁶ Artículo 111 “(...) En consecuencia, las funcionarias o los funcionarios autorizados del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, dispondrán de amplias facultades para proceder a dictar y ejecutar las medidas preventivas, conforme a las disposiciones de este Título, en cualquiera de las siguientes situaciones:

1. Cuando él o los sujetos de la cadena de producción, distribución y consumo, prestadores de servicios, o terceros responsables cierren, abandonen, restrinjan la oferta, se nieguen a expender bienes, obstaculicen el desarrollo normal de cualquiera de las etapas de la cadena, alteren las características de la prestación del servicio establecidas en el artículo 7 de esta Ley o presuntamente hubieren omitido realizar cualquier actividad para el normal desenvolvimiento de su proceso, en cualquiera de las fases de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización.
2. Cuando el requerido conforme a la ley, no exhiba los libros y documentos pertinentes o no aporte los elementos necesarios para efectuar la fiscalización.
3. Cuando la declaración de los sujetos de la cadena de distribución, producción y consumo, de los prestadores de servicios, o terceros responsables, no estén respaldadas por los documentos, contabilidad u otros medios que permitan conocer los antecedentes así como el monto de las operaciones que deban servir para la determinación de su contabilidad.
4. Se opongan u obstaculicen el acceso a los locales, oficinas o lugares donde deban iniciarse o desarrollarse las facultades de fiscalización, de manera que imposibiliten el conocimiento cierto de las operaciones que allí se realicen.
5. Lleven dos o más sistemas de contabilidad con distinto contenido.
6. No presenten los libros y registros de la contabilidad, la documentación comprobatoria o no proporcionen las informaciones relativas a las operaciones registradas.
7. Omisión del registro de operaciones o presunta alteración de ingresos, costos y deducciones.
8. Registro de compras, que no cuenten con los soportes respectivos.
9. Omisión o presunta alteración en los registros de existencias que deban figurar en los inventarios, o registren dichas existencias a precios distintos a los de costo.
10. No cumplan con las obligaciones sobre valoración de inventarios o no establezcan mecanismos de control de los mismos.
11. Se adviertan presuntas irregularidades que imposibiliten el conocimiento cierto de las operaciones.
12. Se advierta riesgo de destrucción, desaparición o alteración de los bienes y de la documentación que se exija conforme a las disposiciones de esta Ley, incluidos los registrados en medios magnéticos o similares, así como de cualquier otro elemento probatorio relevante para la determinación de los hechos investigados.
13. En el caso que el infractor persista en vender los alimentos o productos a precios especulativos.

procedencia de la medida en cuanto a la configuración de la presunción de buen derecho y el peligro en el daño.

Por lo que respecta a los tipos de medidas preventivas²²⁷ se prevé (i) la ocupación y operatividad temporal, (ii) tomar posesión de los bienes y utilización de sus respectivos medios de transporte, (iii) tomar posesión de los bienes y de los medios de transporte con los que se suponga fundadamente que se ha cometido algunos de los supuestos de ilícitos administrativos, previstos en la Ley, (iv) comiso inmediato de los bienes u otros mecanismos que se considere pertinentes; (v) cierre temporal del establecimiento o local, con la finalidad que el presunto infractor subsane los supuestos que motivaron la aplicación de la medida. El lapso fijado podrá extenderse en caso de incumplirse o irrespetarse la medida preventiva; (vi) la retención preventiva del medio de transporte cuando existan suficientes elementos de la presunta comisión del delito de contrabando de extracción, (vii) así como todas aquéllas que sean necesarias para garantizar el bienestar colectivo de manera efectiva, oportuna e inmediata. Destacamos el hecho de que solamente el cierre temporal le otorga, valga la redundancia, temporalidad a la medida, mientras que otras como el comiso y la toma de posesión de bienes, se presentan como definitivas. También, al igual que en los demás casos, se prevé un procedimiento de oposición a la medida preventiva²²⁸

Luego, la Ley Orgánica del Ambiente²²⁹ prevé que “desde el momento del conocimiento del hecho” el órgano competente podrá adoptar las medidas preventivas que fueren necesarias para evitar las consecuencias degradantes del hecho que se investiga, los cuales podrán consistir en (i) ocupación temporal, total o parcial de las fuentes contaminantes hasta tanto

14. Cuando se verifique la presunta violación de lo establecido en los artículos 16, 53 y cualquiera de los supuestos de ilícitos administrativos, previsto en los artículos 65, 66, 67, 68 y 69 de la presente Ley.”

²²⁷ Artículo 112.

²²⁸ Artículo 113.

²²⁹ Gaceta Oficial N° 5.833 Extraordinario del 22 de diciembre de 2006.

se corrija o elimine la causa degradante; (ii) la retención de los recursos naturales, sus productos, los agentes contaminados o contaminantes; (iii) la retención de maquinarias, equipos, instrumentos y medios de transporte utilizados; (iv) clausura temporal del establecimiento que con su actividad degrade el ambiente; (v) prohibición temporal de las actividades degradantes del ambiente; (vi) cualquier otra medida necesaria para proteger y prevenir los daños al ambiente.

Finalmente, la Ley de Costos y Precios Justos²³⁰ se prevé que sí durante la inspección o fiscalización²³¹ el funcionario actuante detectara indicios del incumplimiento de las obligaciones de dicha Ley, podrá adoptar y ejecutar en el mismo acto medidas preventivas destinadas a impedir la continuidad de los incumplimientos que pudieran derivarse del procedimiento. Dichas medidas preventivas podrán consistir en (i) suspensión del intercambio, distribución o venta de los productos, o de la prestación de los servicios; (ii) comiso; (iii) requisición u ocupación temporal de los establecimientos o bienes indispensables para el desarrollo de la actividad o, para el transporte o almacenamiento de los bienes comisados, (iv) cierre temporal preventivo del establecimiento; (v) suspensión temporal de las licencias, permisos o autorizaciones; (vi) todas aquellas que sean necesarias para impedir la vulneración de los derechos de las ciudadanas y los ciudadanos, protegidos por dicha ley.

Igualmente se establece que cuando se dicten preventivamente la requisición o la ocupación temporal, tal medida se materializará mediante la posesión inmediata, la puesta en operatividad y el aprovechamiento del establecimiento, local, vehículo, nave o aeronave, por parte del Órgano o ente competente o, el uso inmediato de los bienes necesarios para la continuidad de las actividades de producción o comercialización de bienes, o

²³⁰ Gaceta Oficial N° 39.715 del 18 de julio de 2011.

²³¹ Artículo 60.

la prestación de los servicios, garantizando el abastecimiento y la disponibilidad de éstos durante el curso del procedimiento. Por último, se prevé que cuando el comiso preventivo se ordene sobre alimentos o productos perecederos, podrá ordenarse su disposición inmediata con fines sociales, lo cual deberá asentarse en acta separada firmada por el representante del organismo público o privado destinatario de las mercancías comisadas.

Pues bien, las medidas ilustradas encuadran en algunos supuestos entre aquellas que la doctrina ha señalado, como por ejemplo, la paralización de la actividad, que sería el equivalente al cierre temporal:

“Se trata de herramientas para hacer más eficaces sus labores inspectoras y de la posibilidad de adoptar medidas cautelares para asegurar también la protección de los bienes jurídicos a cuya defensa se destina su actividad.

La posibilidad de paralizar la actividad es uno de los poderes extremos que puede activar una inspección administrativa, aunque este poder no se encomiende en todo caso directamente a los órganos de inspección.”²³²

En otros casos, la intervención de la empresa inspeccionada, cuando la actividad que llevan a cabo los particulares inspeccionados no puede ser suspendida en razón de su interés público:

Otro poder excepcional, configurado como potestad autónoma, que puede conceder el Legislador a los órganos inspectores, es el de acordar la intervención de la empresa controlada. La conexión de esta potestad con la función inspectora ha sido puesta de relieve por GARMERO CASADO, señalando que ‘(...) la intervención suele ser un complemento de otras facultades conferidas a los órganos que la ostentan, dotados generalmente de poderes de vigilancia sobre las empresas a intervenir; es precisamente en el ejercicio de esos poderes de inspección y control como la autoridad inspectora percibe

²³² R. Rivero Ortega: *El Estado Vigilante...* op.cit., p.193.

normalmente la mediación del presupuesto de hecho habilitante ara intervenir la empresa'.²³³

Mas sin embargo, pese a que pudiera encontrarse, incluso en derecho comparado, justificación para la toma de medidas de la naturaleza de las antes expuestas, destaca en las regulaciones que, aunque sean denominadas como “preventivas” y exista una similitud con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil (procedimiento inmediato, urgente, sin que la otra parte intervenga), su carácter instrumental es frágil y, antes bien, se configuran como medidas definitivas, sin que haya habido procedimiento alguno.

Y es que no basta la denominación de unas medidas como “preventivas” para que ellas así lo sean, muy por el contrario, solo lo serán si desde el punto de vista material satisfacen las notas que las hacen cautelares y respetan los derechos fundamentales de aquellos contra quienes se conceden.

Lo primero que destacamos es que, únicamente en dos casos que destacamos *supra*, las leyes tomadas para este análisis prevén la obligatoriedad de levantamiento de la medida en el supuesto en el cual las circunstancias de hecho tomadas como fundamento para dictarlas se modifiquen, ni tampoco, algún tipo de adaptación de la medida en el caso de que modificación de las circunstancias.

Tampoco se deriva de la consagración de estas “medidas preventivas” el carácter reversible de las mismas, que supone que pueda volverse todo al estado previo a su adopción. Bien en el caso de que en un procedimiento administrativo sancionatorio se decida en el fondo a favor de la persona

²³³ R. Rivero Ortega: *El Estado Vigilante...* op.cit., p.194.

contra quien obró la medida cautelar; o bien, si las circunstancias cambiaron, se levanta la medida dictada. Esta última posibilidad, como apuntamos, tampoco contemplada.

Es el caso, por ejemplo, de las medidas de comiso antes referidas, o de las de toma de posesión de bienes, en los casos en que éstos son puestos a disposición de la ciudadanía o instancias de participación ciudadana, pues dadas estas circunstancias, mal puede volverse al estado en que se encontraba la situación antes de la adopción de la medida. No existe en estos supuestos disposición alguna que regule su devolución, indemnización para el caso en que se hayan afectado las condiciones en las que se encontraban al tiempo de la toma inmediata de la medida, o en el caso de bienes consumibles, alguna indemnización o, si se trata de bienes fungibles, de la sustitución por otros en de características similares.

De este modo, se trataría de medidas preventivas que no cumplen con los extremos propios de la tutela cautelar pues las mismas, **(i)** no son dictadas en el marco de un procedimiento administrativo principal a cuya decisión final sirven de instrumento y tampoco **(ii)** con naturaleza temporal, sujetas, por Ley, a modificación con la modificación de las circunstancias de hecho que le dieron lugar. De este modo, no tienen, el carácter de provisionales o reversibles, sino que son, en definitiva, medidas idénticas a un acto administrativo definitivo, aunque sin procedimiento previo y fundamentado en meras presunciones. Devienen, por ello, en inconstitucionales.

Y es que, ciertamente, todas las medidas antes referidas suponen decisiones y actuaciones que inciden directamente en la esfera jurídico subjetiva de los afectados, sin que exista un procedimiento principal que permita un cabal contradictorio en el que se pueda demostrar la conformidad o no a derecho de la parte contra quién obra la medida o disposición que obligue –en casi

ninguno de los casos- al levantamiento de la medida con el cambio de condiciones. Adicionalmente, se observa que en la mayoría de los casos, muy especialmente destacamos el comiso y la toma de posesión de bienes, no son reversibles sus efectos. Señalamos además, como hemos adelantado, que la temporalidad de las medidas es indefinida, ya que no están sujetas, ni a la duración de un procedimiento, ni a la apertura del mismo, ni al levantamiento o modificación con el cambio de circunstancias de hecho, en un determinado lapso de tiempo.

Estas consideraciones nos permiten concluir que, en muchos casos, las denominadas medidas preventivas previstas en nuestros textos legales no son tales, pues carecen de la nota esencial de la instrumentalidad.²³⁴ Muy distante de ello, se erigen como verdaderas medidas de contenido sancionatorio sin que haya mediado procedimiento previo. Esta aseveración la formulamos en conocimiento de que, ciertamente, no abarcamos todas las disposiciones que nuestro ordenamiento jurídico prevé en esta materia, sin embargo, hemos analizado las que, por el contenido de interés público que protegen (protección de los consumidores, soberanía agroalimentaria, protección ambiental), se erigen como cardinales.

La consecuencia palmaria de tal circunstancia, nos referimos de la ausencia del carácter instrumental, es que la adopción de las mismas en los términos regulados en las Leyes sí entra en contradicción con los derechos constitucionales a la presunción de inocencia y, en general, al debido procedimiento, contemplados en el artículo 49, numerales 2, 3 y 4 del Texto

²³⁴ Véase en este punto, entre otros Luis Alfonso Herrera, Tomás Arias y Juan Luis Modolell: *La libertad Económica en el Decreto-Ley sobre Seguridad y Soberanía Agroalimentaria y en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011. Autores Varios: *Ley de Costos y Precios Justos*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2012. Juan Domingo Alfonso Paradisi: *Comentarios en cuanto a los procedimientos administrativos establecidos en el Decreto N° 6.092 con rango valor y fuerza de Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios* en Revista de Derecho Público 115. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2008.

Fundamental, pues a nuestro entender, se configuran como medidas autónomas, y lejos de ser instrumentales son definitivas.

Y es que resulta inconstitucional que en un mismo acto, la autoridad evalúe en forma unilateral y decida sin motivación alguna cualquiera de las “medidas preventivas” contenidas en las normas referidas, pues no son medidas “preventivas”, sino verdaderas decisiones de fondo pero tomadas en forma anticipada.

De todos estos aspectos se evidencia *el uso de la potestad de inspección como cauce para la imposición de medidas ablatorias y sanciones*. Ello por cuanto, la actuación administrativa, orientada por disposiciones de rango legal como las expuestas, deviene en la imposición de medidas irreversibles e indefinidas bajo la denominación de cautelares y en violación de los derechos constitucionales de los afectados.

Traemos a este punto la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 06 de diciembre de 2006, Caso: *C.A. Agropecuaria San Francisco y otros*, en el cual se señala:

“2. En efecto, esta Sala anuló, a instancia de la Federación Nacional de Ganaderos de Venezuela (FEDENAGA), el artículo 89 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, publicada el 13 de enero de 2001, en el que se disponía:

“Iniciado el procedimiento, el Instituto Nacional de Tierras podrá intervenir las tierras objeto de rescate que se encuentren ociosas o incultas, de conformidad con lo previsto en el presente Decreto Ley.

La intervención de tierras ociosas o incultas se acordará por el directorio del Instituto Nacional de Tierras de manera preventiva, a fin de hacer cesar la situación irregular de las mismas. En el acuerdo de intervención el Instituto Nacional de Tierras dictará las condiciones de la misma según el caso particular, fijando:

1. Si se ocupa o no preventivamente por grupos campesinos de manera colectiva con fines de establecer cultivos temporales, con prohibición de establecer bienechurías permanentes mientras se decide el rescate.
2. El tiempo de la intervención, el cual tendrá una duración máxima de diez (10) meses, prorrogable por igual período.
3. Las normas dirigidas a proteger los recursos naturales existentes en las tierras intervenidas.
4. Cualquier otra condición que el Instituto Nacional de Tierras estime conveniente”.

Como fundamento de la declaratoria de inconstitucionalidad y su consecuente anulación, la Sala sostuvo en el fallo N° 2855/2002 lo siguiente:

“Respecto a la inconstitucionalidad de la norma que contiene el artículo 89, que dispone que iniciado el procedimiento de rescate de tierras, la Administración podrá intervenir las mismas, expresó la parte recurrente que ésta transgrede el principio de separación de los poderes públicos, ya que dispone el rescate de tierras de propiedad pública que se encuentre en manos de terceras personas y presenten la característica de estar en estado de ociosidad, lo que constituye una violación al principio constitucional de la separación de los poderes públicos, pues con dicho dispositivo la Administración, con su sola voluntad, puede declarar inculta la tierra y la faculta para dictar una medida cautelar en una causa donde el mismo es parte y asume el rol de juzgador.

En su criterio ‘(...) tal atribución debería ser producto de la materialización de un proceso judicial que conduzca al juzgador a tal concepto, garantizándole al ciudadano los derechos fundamentales de igualdad, defensa e imparcialidad que la actividad jurisdiccional otorga a diferencia del ente administrativo, el cual por esencia tiene el predominio del ius imperium y un compromiso con una gestión política, imprescindible pero que le hace parcial en sus criterios’.

En este sentido, la Sala hace valer acá los argumentos expuestos en el apartado anterior para señalar que, con el ejercicio de los poderes inquisitivos de la Administración en el procedimiento administrativo, per se, no se está transgrediendo el principio de división de poderes, ya que la estructura orgánica y funcional del Estado, que estableció nuestra Constitución vigente, al igual que la imperante bajo la vigencia de la Constitución de 1961, estipula una División de Poderes (conceptualización flexible) que permite que cada uno de los órganos que ejercen los distintos Poderes Públicos colaboren entre sí, surgiendo como corolario de esta situación que la separación de funciones no coincida directamente con la división de poderes,

encontrándose muchas veces en la actividad jurídica de los órganos del Estado, que éstos ejerzan, además de las funciones que le son propias por orden constitucional, funciones que son características de otros Poderes.

Sin embargo, también es de indicar que los procedimientos administrativos ablatorios, aquellos que tienen por objeto disminuir la esfera jurídica de los administrados mediante la restricción de un derecho, deben estar dotados de mayores garantías para aquéllos, de forma tal que la potestad administrativa sea ejercida de manera congruente y adecuada a los fines propuestos por el ordenamiento, garantizándose así el apego a la ley de la actuación administrativa.

Es así como el test de constitucionalidad de una norma que disponga la posibilidad de que la Administración instaure un procedimiento ablatorio es más estricto, pues con ella se están restringiendo, de manera directa, derechos subjetivos afectándose enormemente la situación jurídica del administrado. En tal sentido, se observa que si bien el título al cual pertenece la norma en referencia trata del rescate de las tierras propiedad del Instituto Nacional de Tierras, el artículo 89 trata de la intervención de esas tierras, rubricadas como ociosas o incultas, de manera preventiva, para hacer cesar esa situación, esto es, el carácter ocioso o inculto.

Como puede desprenderse, la finalidad de la intervención previa no guarda correspondencia con la instauración del procedimiento ablatorio, esto es, la necesidad de recuperación de las tierras propiedad del Instituto Nacional de Tierras ocupadas ilegal o ilícitamente, inexistiendo la debida adecuación a los hechos de esa potestad otorgada a la Administración, ya que, en todo caso, esa será una medida que corresponde con la necesidad de solventar el carácter ocioso o inculto de la tierra y no con la ocupación ilegal o ilícita de la misma, por lo cual, ante esa situación, y no existiendo tampoco una proporcionalidad entre la intervención instituida por el artículo y el carácter ocioso o inculto de la tierra, pues una vez finalizado el procedimiento administrativo correspondiente, la Administración, por el principio de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, podrá entrar en posesión directa del bien, lo cual no justifica una intervención momentánea, esta Sala declara la inconstitucionalidad de la norma en referencia porque transgrede el derecho constitucional a la propiedad, dado que no es posible una interpretación que la adecue al ordenamiento constitucional. Así se decide”.

En ella se anula el artículo 89 de la Ley de Tierras, que preveía una medida preventive, por considerarlo inconstitucional, derivado del alcance de la medida impuesta.

Sin embargo, debemos señalar que en lo que a las medidas preventivas de contenido sancionatorio dictadas en el marco de inspecciones, tampoco la jurisprudencia ha sido categórica al evaluarlas y, peor aún, secunda la posición de la Administración en dictar medidas sin tiempo alguno de duración y sin la obligatoriedad de que, de mantenerse, se inicie un procedimiento administrativo sancionatorio en un determinado lapso de tiempo. Referimos en este punto el criterio sentado por la Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 19 de mayo de 2004, donde sostuvo:

“Por otra parte, en cuanto a lo señalado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, esta Sala estima que las medidas adoptadas por el Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria que consistieron en ordenar retirar de exhibición unos plaguicidas por no tener el Registro de dicho ente administrativo, no debían estar precedidas por un procedimiento administrativo, por cuanto las mismas obedecen a la necesidad de proteger un derecho como lo es la sanidad ambiental, que en definitiva incide en el bienestar de la colectividad; a través de la verificación del cumplimiento por parte del accionante de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la fabricación y comercialización de plaguicidas, así como de otros productos farmacéuticos, químicos o biológicos que afecten la actividad de sanidad vegetal y animal.

En este orden de ideas, el autor Luciano Parejo Alfonso en su obra *“Seguridad Pública y Derecho Administrativo”* señala:

“El Estado debe asegurar el imperio del derecho y una justa convivencia social, por ello puede imponer limitaciones en la forma, modo o extensión del goce de los derechos. Estas limitaciones, impuestas por el poder de policía, en suma son para el bien de la comunidad toda, pues se trata de una protección en defensa del interés social(...) Pues precisamente al Estado le incumbe el deber de verificar el cumplimiento del deber que tienen todos los administrados,

de no perturbar el buen orden público e impedir los trastornos que puedan incidir en su propia existencia”.

Este criterio, ha sido señalado por esta Sala Constitucional, en decisión del 5 de mayo de 2003 (caso: *Técnicas Marmoleras C.A.*) en la que se precisó:

“Por otra parte, observa esta Sala que con respecto a la violación del debido proceso y el derecho a la defensa ocasionada por la supuesta falta de procedimiento, considera necesario destacar lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley Orgánica del Ambiente referido a las medidas preventivas que fueren necesarias tomar para evitar las consecuencias nefastas que pudiesen ocasionar el despliegue de las actividades de una empresa determinada dentro del curso del proceso. Ello así las actividades que les fueron paralizadas a TECVEMAR C.A. no constituyeron ninguna violación al derecho a la defensa y al debido proceso, en virtud de que se pudo constatar de las actas que conforman el presente expediente que el procedimiento se inició el 29 de agosto de 2000 y la notificación de la medida tomada por la gravedad de los hechos fue practicada el día siguiente de lo acontecido, y siendo que en el caso de que no se hubiese iniciado un procedimiento administrativo, los representantes de la Guardia Nacional estaban plenamente facultados por Ley para ordenar el cese de las actividades realizadas por la referida empresa, configurándose así una excepción a la oportunidad del ejercicio al derecho a la defensa y al debido proceso, en vista de la discrecionalidad que otorga la Ley en casos donde intervengan intereses de orden público, pues la actuación de la Guardia Nacional sería examinada en el procedimiento administrativo que se iniciaría, y en cuya decisión se determinaría su legalidad, providencia que finalmente pudiera ser cuestionada ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa”.

En razón de lo antes expuesto esta Sala estima que cuando la Administración ejerce estas funciones de inspección y vigilancia, está en el deber de dictar las medidas necesarias para prevenir una falta o un ilícito administrativo que puedan afectar a la colectividad, sin que la misma requiera para su adopción la apertura de un procedimiento, pues ello le restaría la eficacia a la medida por la urgencia que demanda su imposición.

En consecuencia, este alto Tribunal considera que la actuación de los funcionarios del Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria, circunscrita a ejercer estas funciones de inspección y vigilancia, en nada afectó los derechos constitucionales de los accionantes, máxime

cuando se constató que el órgano administrativo, luego de haber practicado la referida medida ordenó la apertura del procedimiento administrativo respectivo contra NITRO PLANT, C.A., por no tener los permisos que emite ese Servicio Autónomo, procedimiento en el cual los accionantes pueden ejercer las defensas que considere pertinentes para la protección de sus derechos.”

Como se observa, para nada se toman en consideración los extremos que hacen de una medida cautelar tal, y ajustada a la Constitución, por el contrario, se justifica la toma de una medida ablatoria sin límite temporal alguno y en el marco de una inspección. Los intereses generales no son justificación para infringir o sacrificar derechos constitucionales de los afectados. Lo que se procura es el equilibrio entre ambos, otorgando cobertura inmediata, mas temporal, a los intereses colectivos, ofreciendo luego mecanismos que procuren la protección de los derechos constitucionales del afectado. Bien sea por el inicio, en un lapso definido, del procedimiento administrativo correspondiente, o bien por la modificación o levantamiento de la medida según se modifiquen las circunstancias de hecho que la motivaron.

Es en ese sentido que el Magistrado Pedro Rondón Haaz, dejó sentado su voto salvado en esa misma sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, señalando:

“Para quien discrepa, la Administración Pública ciertamente ostenta la potestad de dictar medidas *preventivas* o *cautelares* y, en consecuencia, *provisionales*, para la presunción de infracciones administrativas que puedan tener consecuencias frente a la colectividad, potestad cautelar que, cabe destacar, es accesoria a las de policía administrativa, y, además, ha de ejercer en los términos y bajo los parámetros en que así lo establezca una norma legal.

Tales medidas preventivas sí pueden dictarse, antes o durante del inicio del procedimiento administrativo respectivo, pero en modo alguno podría la Administración dictarlas de manera *autónoma* y *definitiva* y, por tanto, con carácter *sancionatorio*, no cautelar, *sin*

procedimiento alguno, que es lo que sucedió en el caso de autos, supuesto en el cual sí existe una violación del derecho a la defensa y debido proceso.

En este sentido, cabe la observación de que, en materia procesal, la norma jurídica puede acoger la existencia de ciertas “medidas autónomas” o “autosatisfactivas” que son aquellas que, de manera breve, urgente y a través de un procedimiento de cognición o contradictorio limitado, acuerdan una determinada pretensión para evitar un daño irreparable o de difícil reparación a una de las partes. Más que medidas cautelares, se ha entendido que se trata de verdaderos procesos, aunque breves, sumarios y urgentes, pues no cumplen con los requisitos de dependencia e instrumentalidad propios de toda medida cautelar.

Distinto es el caso de las medidas cautelares *anticipadas*, que son aquellas que se solicitan y acuerdan antes de la interposición de una demanda o bien del inicio de un procedimiento administrativo, cuando el peligro en la mora haga temer que no es posible esperar hasta el comienzo del procedimiento sin que se produzcan daños irreparables, y, por tanto, se justifica el adelanto de su adopción (vid. Calamandrei, Piero, *Providencias Cautelares*, Buenos Aires, 1984, pp. 53 y ss.). No obstante, siguen siendo accesorias e instrumentales respecto de ese procedimiento que ha de iniciarse con posterioridad, pues su finalidad es el aseguramiento de la eficacia de la decisión de fondo que ha de dictarse en ese trámite principal. Además, la ausencia del inicio oportuno de dicho procedimiento o la posterior ratificación de la medida en el curso del mismo, según sea lo que disponga el ordenamiento jurídico, implicará el decaimiento de la medida pues, se insiste, debe ser aneja y dependiente del mismo, aunque se acuerde de manera anticipada. De allí que, puede concluirse, **no hay medidas plenamente autónomas en vía administrativa, menos aún si son de gravamen –como sucede en el caso de autos-, pues se trataría de una limitación desproporcionada e indefinida en el tiempo.**

Por tanto, este voto salvante considera que la Sala debió ratificar y no revocar la decisión de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, pues bien se declaró con lugar el amparo en tanto se comprobó que la Administración dictó una medida ablatoria sin previo procedimiento y sin que ésta dependiera de un trámite administrativo posterior, esto es, se dictó una medida autónoma y ablatoria que, en consecuencia, constituyó una decisión de carácter sancionador que violó el derecho a la defensa y debido proceso.”

Así pues, el voto salvante destaca el carácter instrumental de las medidas preventivas y la necesidad de que ellas, en efecto, sean temporales, reversibles y que no persigan un fin en sí mismas, pues el caso contrario, como lo sostiene la Sala en su decisión, comporta una violación flagrante de los derechos a la defensa, al debido proceso y a la presunción de inocencia de los afectados.

De lo anterior, se evidencia en nuestro ordenamiento jurídico el uso de la potestad de inspección como cauce para la imposición de medidas ablatorias y sanciones.

CONCLUSIONES

1.- De acuerdo con la doctrina, las potestades administrativas como manifestación del principio de la legalidad y poderes ciertos y limitados que son, se ejercen en función del interés general. Si no es en la procura de tal interés, pierden su naturaleza y en consecuencia no pueden ejercerse. Es ésta la vertiente garantista de la noción de potestad.

2.- La inspección se configura como una potestad de la Administración Pública, que como potestad, se encuentra destinada a la consecución del interés público, distinta a la sancionatoria y que procura, en lugar de aquella, la colaboración con los particulares para que, a la par que se persigue supervisar su apego al orden jurídico, se les oriente en cualquier aspecto que sea menester para lograr su mejor cumplimiento, sin perder nunca su finalidad probatoria.

3.- Respecto de esa finalidad probatoria, se advierte que las actividades de inspección tienen, en realidad, una doble función: **(i)** La preventiva - mencionada justo antes- y **(ii)** la probatoria. Esta última se encuentra vinculada a la inspección que, como medio de prueba permitido por la Ley, puede ser utilizada en el marco del procedimiento administrativo para recabar información respecto de las presuntas infracciones que se investigan. Adicionalmente, puede cumplir esa misma función antes del inicio del procedimiento administrativo, justamente en las oportunidades en las cuales el ejercicio de la potestad inspectora es condicionante del ejercicio de la potestad sancionatoria, pues producto de la primera surgen y se acopian elementos que compelen a la apertura del procedimiento administrativo sancionatorio.

4.- Entre las definiciones aportadas por la doctrina, destacamos que, de manera amplia, la potestad de inspección comporta “ aquellas actuaciones, más o menos genéricamente previstas en el ordenamiento jurídico, que habilitan a las administraciones públicas para llevar a cabo funciones de comprobación o constatación del cumplimiento de la normativa vigente, en su sentido más amplio, esto es, incluidas muy especialmente las condiciones y requisitos de orden técnico, consecuencia inherente de la imposición que a determinadas personas, actividades, instalaciones, objeto y productos hacen ciertas normas jurídicas” Esta definición comprende las actividades materiales que definen a la inspección y que, por tanto, se encuentran presentes en cualquiera de sus vertientes –supervisora y preventiva o probatoria-

4.- Traemos a este punto el hecho de que el ejercicio de la potestad no es más que la competencia prevista en la ley, que tiene por norte, insistimos, el interés general. De allí que la actuación de los sujetos que la ejercen debe estar regida por la buena fe y a fin de prevenir el incumplimiento del orden jurídico establecido, que no sancionar al ciudadano sujeto a ella. Entre los principios que rigen la actividad inspectora se encuentran los de legalidad, salvaguarda del derecho a la defensa, eficacia, seguridad jurídica y buena fe, proporcionalidad y menor intervención.

5.- Entre nosotros, la ley asigna cuáles son los órganos competentes para el ejercicio de la potestad de inspección, en su mayoría y muy especialmente en los recientes textos con rango y fuerza de ley, en función de la materia. No obstante, en la práctica hay casos en los cuales el objeto de la Ley para cuya verificación se atribuyen las potestades de inspección, trae consigo la superposición de intereses y materias y, con ello, se corre el riesgo que

varios órganos o entes del Poder Público se consideren habilitados al mismo tiempo para ejercer esas potestades.

6.- En adición a ello, en nuestro caso, se suma la muy frecuente modificación en la organización de los Ministerios, lo cual genera cambios constantes en sus competencias materiales y afecta de manera considerable la ejecución de algunas potestades. A la fecha, se encuentra vigente el Decreto N° 6.732, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, publicado en Gaceta Oficial N° 39.202 de 17 de junio de 2009. Dicho Decreto ha sufrido más de 10 modificaciones en los últimos años, las cuales, en muchos casos, no encuentran correlativo en el ajuste de los procedimientos ante las instancias de la Administración Pública.

7.- Ambas circunstancias generan afecciones a la seguridad jurídica de los ciudadanos, nota que, como hemos señalado, participa de la mano con el principio de la legalidad en la asignación de competencia para el ejercicio de la potestad de inspección.

8.- Un punto de interés es el tema de los actos que, aun siendo emanados de sujetos privados, se consideran como actos administrativos, a saber, los llamados actos de autoridad. Del mismo modo, es relevante el ejercicio de la potestad de inspección por parte de los consejos comunales, como instancias de participación ciudadana que han adoptado funciones intermedias entre los propios sujetos privados y la Administración Pública, en atención a su naturaleza *sui generis*.

9.- El ejercicio de la potestad de inspección lo llevan consigo los órganos de la Administración Pública, por encontrarse comprendida dentro de la función ejecutiva. Somos del criterio que, eventualmente, la atribución a instancias particulares sería de meras funciones de control, abarcando la simple

comprobación empírica de datos, en contraposición a la inspección que implicaría un verdadero poder acompañado de potestades exorbitantes de las que carecería el particular colaborador. Solo en cuanto a estos extremos se admitiría la figura de intervención de los particulares, y su actuación se calificaría como de acto de autoridad, de ser el caso.

10.- A los consejos comunales, por su naturaleza *sui generis*, no podríamos encuadrarlos del todo como una intervención privada en las funciones de la Administración Pública, pues como hemos visto la legislación ha erigido incluso la posibilidad de transferirles competencias públicas. No obstante, consideramos que a su actuación, en lo que al ejercicio de la potestad de inspección se refiere, debe darse el mismo tratamiento que a la intervención privada, pues, en realidad, no constituyen parte del Poder Público y no pueden –constitucionalmente- ejercer potestades públicas.

11.- Interesa destacar el valor probatorio de las actas de inspección como documentos que gozan de una presunción de veracidad respecto de los hechos allí plasmados conforme a los requerimientos de ley, sin que ello comporte la traslación de la carga probatoria a los particulares, siempre en salvaguarda de su derecho constitucional a la presunción de inocencia.

12.- Destacamos como aspecto práctico de este trabajo especial, la proliferación del uso de la potestad de inspección prevista en los recientes textos normativos. En el marco de esa potestad se dictan medidas preventivas, cuya naturaleza, como hemos visto, excede de la propia de la naturaleza cautelar. Se trataría de medidas preventivas que no cumplen con los extremos propios de la tutela cautelar pues las mismas, (i) no son dictadas en el marco de un procedimiento administrativo principal a cuya decisión final sirven de instrumento, y tampoco (ii) con naturaleza temporal, sujetas, por Ley, a modificación por el cambio de las circunstancias de hecho

que le dieron lugar. De este modo, no tienen el carácter de provisionales o reversibles, sino que son, en definitiva, medidas idénticas a un acto administrativo definitivo, aunque sin procedimiento previo y fundamentado en meras presunciones. Devienen, por ello, en inconstitucionales.

13.- Estas medidas suponen decisiones y actuaciones que inciden directamente en la esfera jurídico subjetiva de los afectados, sin que exista un procedimiento principal que permita un cabal contradictorio en el que se pueda demostrar la conformidad o no a derecho de la parte contra quién obra la medida o disposición que obligue –en casi ninguno de los casos- al levantamiento de la medida con el cambio de condiciones.

14.- Adicionalmente, se observa que entre tales medidas se encuentra el comiso y la toma de posesión de bienes, cuyos efectos no son reversibles. A ello se suma que la temporalidad de las medidas es indefinida, ya que no están sujetas, ni a la duración de un procedimiento, ni a la apertura del mismo, ni al levantamiento o modificación con el cambio de circunstancias de hecho, en un determinado lapso de tiempo.

15.- Así, tales medidas preventivas, dictadas en el marco del ejercicio de la potestad inspectora, se erigen como verdaderas medidas de contenido sancionatorio sin que haya mediado procedimiento previo. De este modo, la adopción de las mismas en los términos regulados en las Leyes entra en contradicción con los derechos constitucionales a la presunción de inocencia y, en general, al debido procedimiento, contemplados en el artículo 49, numerales 2, 3 y 4 de la Constitución.

16.- Se evidencia el uso de la potestad de inspección como cauce para la imposición de medidas ablatorias y sanciones. Ello por cuanto, la actuación administrativa, orientada por disposiciones de rango legal como las

expuestas, deviene en la imposición de medidas irreversibles e indefinidas bajo la denominación de cautelares y en violación de los derechos constitucionales de los afectados.

17. Recomendamos pues la necesaria reconfiguración de la potestad inspectora en Venezuela (i) definiendo su previsión legal orientada por sus funciones de acopio de información y de fin de preservación de los intereses generales, antes que de sanción a los inspeccionados; (ii) teniendo en cuenta la garantía de los principios que la orientan y los derechos que amparan a quienes son objeto de la inspección; (iii) delimitando con claridad su alcance en los casos en los cuales es ejercida por órganos sui generis, verbi gracia, los consejos comunales o instancias del Poder Popular.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Santi Romano: *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*. Granada. Editorial Colmenares, 2002, pp. 221 y ss.
- Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo 1, 1º Edición Argentina. Buenos Aires. Editorial Thomson Civitas y la Ley, 2006, p.449.
- Jesús Caballero Ortiz: *La relación jurídico administrativa y las situaciones jurídicas de los administrados*, Revista de Derecho Administrativo Nº 6. Caracas. Editorial Sherwood, 1999, p.9
- Hildegard Rondón de Sansó: *Teoría General de la Actividad Administrativa*. Caracas. Ediciones Líber, 2000, p.44
- Autores Varios: *100 años de enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela*. FUNEDA. Tomo II. Caracas, 2011
- José Luís Villar Palasí: *Principios de Derecho Administrativo*, Cuarta Edición. Madrid. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 1999, p. 229
- Agustín García Ureta: *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*. Madrid. Marcial Pons, pp. 13 y 14 y José Bermejo Vera: *Derecho Administrativo Parte Especial*, Sexta Edición. Madrid. Civitas, 2005, pp.127 y ss.
- Jacqueline Lejarza: *La Actividad de Policía Administrativa*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 1997.
- Jean Rivero: *Derecho Administrativo*, Traducción de la 9º Edición. Caracas. Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p. 459
- Diccionario de la Real Academia Española
- David Blanquer: *Curso de Derecho Administrativo I. Los sujetos y la Actividad*. Valencia. Tirant Lo Blanch, 2006 p.325.
- Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo de 7 de abril del 2011, caso: *Dulce Yurinay Palmero Betancourt v. Ministerio del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda*.

- Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 14 de febrero de 2007, caso: *Federación Farmacéutica Venezolana FERFAVEN*
- TSJ-SPA, 28 de noviembre de 2007, caso: *Lubricantes Güiria*.
- José Bermejo Vera: *La Administración Inspectora*, en Revista de las Administraciones Públicas Nº 147. Madrid, Sept/Dic 1998, p. 41.
- Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, de 11 de agosto de 2010, caso: *FLECHA SPORT, C.A.*
- Miguel Sánchez Morón: *Legalidad y sometimiento a la Ley y al Derecho*, en Los Principios jurídicos del Derecho Administrativo, Primera Edición, Director Juan Alfonso Santamaría Pastor. Madrid. Editorial La Ley, 2010, p. 67
- José Peña Solís: *Lineamientos de Derecho Administrativo*, Volumen I La organización Administrativa venezolana. Caracas, UCV, 1995, p. 131.
- JoséPeña Solis: *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo 2. Contribución Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001.
- Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 09 de agosto de 1995, Caso: *Socorro Peraza Tirado*, 1995
- Allan Brewer Carias y Luis Ortiz Álvarez: *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961-1996)*, Primera Reimpresión. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2007, p.551.
- María Amparo Grau: *La actividad administrativa de policía*, en II Jornadas sobre Derecho Administrativo de Policía, Las Formas de la Actividad Administrativa, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2005, p. 11
- Adolf Merkl, (1953) Teoría General del Derecho Administrativo, 315 citado por Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo*. UCV. Caracas, 2002, p. 232 y 233.
- Jesús González Pérez: *Manual de Procedimiento Administrativo*. Segunda Edición. Madrid. Civitas, 2002, p. 327 y ss.
- Jesús Eduardo Cabrera Romero: *La prueba ilegítima por inconstitucional*. Caracas. Ediciones Homero. 2012

- Allan R. Brewer Carías: *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2004.
- Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo*. Notas de Agustín Gordillo. 1era Edición. Tomo II. Buenos Aires. Thomson y La Ley, 2006.
- Ricardo Rivero Ortega: *El estado Vigilante* . 1era Edición. Madrid. Tecnos, 2000.
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 22 de septiembre de 1987, Caso: *Federación de Colegios de Abogados de Venezuela*, en Revista de Derecho Público N° 32, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1987, pp. 87-88.
- Hildegard Rondón: *Ampliación del ámbito contencioso administrativo*, en Revista de Derecho Público N° 22 abril-junio. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 1985
- Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 24 de noviembre de 1986, Caso: *María Josefina Bustamante vs. UCAB*.
- Rafael Chavero: *Los actos de autoridad*. Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 1996.
- Armando Luis Blanco Guzmán: *El control de los Actos de Autoridad en el Contencioso Administrativo* en “La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso administrativa. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2012.
- Allan Brewer Carias: *Principios de Procedimiento Administrativo*. Madrid. Civitas, 1990, p. 125.
- Ricardo Combellas, 2002. La Constitución de 1999 y la Reforma Política. Implicaciones para la gobernabilidad democrática. Revista Venezolana de ciencia Política. No. 22 Julio-Diciembre 2002. Centro de Investigaciones de Política Comparada. Postgrado de Ciencia Política. ULA. Mérida.
- FERMÍN, Enrique Luis. 2007. Observaciones sobre el principio de corresponsabilidad en la CRBV. Documento electrónico. Fecha consulta: 03/09/2007.
<http://64.233.169.104/search?q=cache:6pm4aHHwXIMJ:www.pgr.gob>.

[ve/Doctrinas/Opiniones/opiniones2.htm+corresponsabilidad&hl=es&ct=clnk&cd=4&gl=ve](http://www.uaemex.mx/ve/Doctrinas/Opiniones/opiniones2.htm+corresponsabilidad&hl=es&ct=clnk&cd=4&gl=ve).

- PERFECTO SÁNCHEZ, José Ricardo. 2000. La corresponsabilidad, valor social insustituible para la observancia de los Derechos Humanos. Universidad Autónoma del Estado de México. Documento electrónico. Fecha de la consulta: 21/05/2004. <http://www.Google.es/search?q=cache:gs4LfhZxlcUJ.www.uaemex.mx/mpaz/articulos2>.
- ZAMBRANO CONSTANZO, Alba. 2005. Participación y empoderamiento comunitario: rol de las metodologías implicativas. X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, 18 - 21 Oct. 2005. Documento electrónico. Fecha de consulta: 13/11/2007. <http://www.iiij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/CLAD/CLAD%20X/documentos/zambrcon.pdf>
- Claudia Nikken, *La Ley Orgánica de los Consejos Comunales y el Derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos*, en *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2011, p.184.
- Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Central, Gaceta Oficial N° 39.202 de 17 de junio de 2009.
- Haroldo Dilla Alfonso y otros: *Participación Popular y Desarrollo en los Municipios Cubanos*. Caracas. Fondo Editorial Tropykos, 1994.
- Allan Brewer-Carías: *Introducción General al Régimen del Poder Público Municipal*, *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2007, p. 75.
- Allan Brewer Carías: *Introducción General al Régimen del Poder Popular y del Estado Comunal*, *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2011.
- Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 24 de enero de 2002, caso: *Asodeviprilara*.
- José Ignacio Hernández: *La Contraloría General de la República y los principios del régimen de control fiscal en Venezuela*. *Leyes del Poder Ciudadano*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2005.

- José Gregorio Delgado: *Comentarios a la Ley de los Consejos Comunes*. Caracas. Vadell Hermanos Editores, 2007, p.25
- Allan Brewer Carías y Víctor Hernández Mendible: *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2011.
- Emilio Ramos González (Coordinador): *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Comentada*. Caracas. Fundación Gaceta Forense, 2013, p.93.
- *Diccionario Jurídico Omeba*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Tomo IV, pp. 717 y ss.
- José Ignacio Hernández González: *Comentarios a la Ley contra el Acaparamiento*. Caracas, FUNEDA. 2007, p.38.
- Luis Alfonso Herrera Orellana: *La Potestad de Autotutela Administrativa*. Caracas. Ediciones Paredes, 2008, p.202
- Carol Parilli Espinoza: *Una aproximación a los consejos comunales para el ejercicio del control social de la actividad administrativa como manifestación de la participación ciudadana* en Anuario de Derecho Público. Caracas. Centro de Estudios de la Universidad Monteávila, 2007.
- Harmurt Mauer: *Derecho Administrativo Alemán*. México. Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, pp. 119 y 120.
- Miguel Sánchez Morón: “Legalidad y sometimiento a la Ley y al Derecho”, en *Los Principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Director Juan Alfonso Santamaría Pastor. Primera Edición. Editorial La Ley, España, 2010, pág. 55
- Henrique Meier: *El principio de la legalidad administrativa y la Administración Pública*, en Revista de Derecho Público N° 5, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas enero-marzo 1981
- Allan Brewer Carías: *Principios Fundamentales del Derecho Público*, Cuadernos de la Cátedra Allan Brewer Carías de Derecho Administrativo Universidad Católica Andrés Bello, No. 17. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2005
- Sentencias de la Sala Político Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia de 13 de mayo de 2009, Caso: *Corporación Betapetrol, S.A.*,

28 de noviembre de 2007, Caso: *Lubricantes Güiría S.R.L* y 17 de agosto de 2004, Caso: *Henry Perera Gorrín*.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-6, 86, de 9 de mayo de 1986
- Sentencia N° 2338 de la SC , de fecha 21 de noviembre de 2001.
- José Luis Villar Palasí y José Luis Villar Ezcurra, *Principios de Derecho Administrativo I*, Cuarta Edición. Madrid. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 1999.
- Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de 6 de marzo de 1996. Caso: *Cauchos Valery*. Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de 15 de mayo de 2003, Caso: *ZMO Comercial*; de 26 de julio de 2000, Caso: *María Mata de Castro* y de 1 de febrero de 2002, Caso: *Frutería Planet Fruit S.R.L*
- María Amparo Grau: *La actividad administrativa de policía*, en II Jornadas sobre Derecho Administrativo de Policía, Las Formas de la Actividad Administrativa. Caracas. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2005.
- Eloy Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo*. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2002.
- Tomás Hutchinson: *La Actividad Administrativa de la Policía y la Garantía de los Derechos Constitucionales*, en II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carias”, Las Formas de la actividad Administrativa. Caracas. Funeda, 1996.
- Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 19 de julio de 2005. Caso: *Festejos Mar*.
- Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 01 de agosto de 2002. Caso: *Interbank Seguros*.
- Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 25 de septiembre de 2003, *Caso Multinacional de Seguros*.
- José Rodríguez-Arana: *El Derecho Fundamental al buen gobierno y a la buena administración de las instituciones públicas* en Revista de

Derecho Público No. 13. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2008, p.31 y ss.

- José Araujo Juárez: *Derecho Administrativo Venezolano. Aproximación a su construcción científica*, Boletín de Derecho Administrativo UCAB, Números 1 y 2, Enero 2011.
- Brewer Carías: *Principios Fundamentales de derecho Público*, Cuadernos de la Cátedra ABC de Derecho Administrativo de la UCAB, No. 17. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2005.
- José Bermejo Vera: *El principio de seguridad jurídica*, en Los principios jurídicos del Derecho Administrativo. Madrid. Editorial La Ley, 2010, p.75.
- Hildegard Rondón de Sansó: *III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Allan R. Brewer Carías. Caracas. Funeda, 1998, p.
- Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.891 de 31 de julio de 2008.
- José Bermejo Vera: *Los principios ordenadores de la facultad de inspección*, en la Derecho Administrativo Iberoamericano. Caracas. Ediciones Paredes, 2007, p. 559.
- Juan Miguel De la Cuétara, *Las potestades administrativas*. Madrid. Tecnos, 1986, p.40.
- Providencia Administrativa No. 184 Publicada en Gaceta Oficial No. 39.981 de 08 de agosto de 2012. Providencia Administrativa No. 196 Publicada en Gaceta Oficial No. 40.027 de 13 de octubre de 2012.
- Manuel Rebollo Puig y otros: *Panorama del Derecho Administrativo Sancionador en España, los derechos y las garantías de los ciudadanos*, en Revista de Estudios Socio Jurídicos. Bogotá. Universidad del Rosario. Enero-Junio 2005, pp. 49 y 50.
- RECOMENDACIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 4 de abril de 2001 sobre criterios mínimos de las inspecciones medioambientales en los Estados miembros (2001/331/CE) 27.4.2001 ES Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 118/41
- Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, de 11 de agosto de 2010, caso: FLECHA SPORT, C.A.

- Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, de 07 de abril de 2011, Caso: DULCE YURINAY PALMERO BETANCOURT.
- Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo de 22 de febrero de 2012, Caso: ELIRA CESARIANA RIVAS HERNÁNDEZ vs INDEPABIS.
- Alejandro Nieto: *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid. Tecnos, 1994. p. 32.
- José Bermejo Vera, Los principios ordenadores de la facultad de inspección, en *Derecho Administrativo Iberoamericano*. p. 552
- Hugo Nemirovski: *El valor probatorio del documento electrónico* en *Revista de Derecho Probatorio* No. 14. Caracas. Ediciones Homero, 2006, p. 178
- Arístides Rengel Romberg: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Tomo IV. Caracas. Organización Gráficas Capriles C.A., p. 152
- Hernando Devis Echandia: *Teoría General de la Pueba Judicial*. Tomo II. Bogotá. Biblioteca Jurídica Diké, p. 544, 574 y 578.
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 18 de febrero de 1971 referida por Allan Brewer Carias: *Estado de Derecho y Control Judicial*. Instituto Nacional de Administración Pública. Caracas, 1987, p. 391.
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 26 de octubre de 1971, referida por Jesús Eduardo Cabrera Romero: *Los Documentos Privados Auténticos, Los Documentos Privados Simples y sus copias certificadas emitidas por orden judicial* en *Estudios Jurídicos sobre el documento público y privado en el Derecho Procesal Civil*. Caracas. Ediciones Fabreton, 1982, p. 420.
- Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 22 de mayo de 2003, caso: N.M. Nucete
- VincenÇ Aguado I Cudolá: *La presunción de certeza en el Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid. Civitas, 1994, p.108.

- Sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo N° 406 de 28 de marzo de 2001 y de 31 de enero de 2002, caso: *PEQUIVEN*,
- Sentencia del Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial Del Estado Zulia, de 04 de marzo de 2011. Caso: *Richard Jose Inciarte Zarraga*.
- SENTENCIA NÚM. 292 DE 2.012. Sentencia T.S.J. Andalucía 292/2012 de 30 de enero.
- Karina Anzola: *El carácter autónomo de las “medidas preventivas” contempladas en el artículo 111 del Decreto Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios* en Revista de Derecho Público No. 115. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana. 2008.
- Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria.
- Luis Alfonso Herrera, Tomás Arias y Juan Luis Modolell: *La libertad Económica en el Decreto-Ley sobre Seguridad y Soberanía Agroalimentaria y en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011.
- Autores Varios: *Ley de Costos y Precios Justos*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2012.
- Juan Domingo Alfonso Paradisi: *Comentarios en cuanto a los procedimientos administrativos establecidos en el Decreto N° 6.092 con rango valor y fuerza de Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios* en Revista de Derecho Público 115. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2008.