

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

Alejandro Gallotti

Profesor de pregrado y postgrado de la UCAB.

Profesor de pregrado de la UCV

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

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

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

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

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

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

SUMARIO

Introducción

I. Principio de Legalidad

II. Principio de Eficacia

III. Principio de Participación

IV. Principio de Oficialidad

V. Principio sobre el Acto Administrativo

VI. Principio del Debido Proceso

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

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

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

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

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

“La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y los actos administrativos de carácter normativo dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático, participativo y protagónico.”

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

5 GO 6.147 extraordinario de 17 de noviembre de 2014.

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

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

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

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

6 Páginas 949 y 950.

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

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

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

II. PRINCIPIO DE EFICACIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11 Araujo Juárez, ob cit.

12 Ob cit., p. 956

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

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

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

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

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

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

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

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

III. PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN

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

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

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

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

1. Derecho de Petición

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. De la adecuada y oportuna respuesta

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

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

18 Ob. Cit.

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

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

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

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

IV. PRINCIPIO DE OFICIALIDAD

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

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

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

20 Pág. 953

21 Ley del Procedimiento Administrativo Común (España)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. PRINCIPIO SOBRE EL ACTO ADMINISTRATIVO

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

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

1. De las formalidades del acto administrativo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. La notificación del acto administrativo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. De los recursos administrativos y control de legalidad

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

A. De los recursos administrativos

El procedimiento administrativo presenta dos fases, generalmente denominadas de primera y segunda fase o de primer y segundo grado. Una vez que el procedimiento administrativo de primer grado ha culminado se concede la posibilidad al ciudadano de ejercer recursos en sede administrativa para procurar la revisión del acto sin necesidad de acudir a los órganos de administración de justicia. Es lo que la doctrina denomina *segunda fase del procedimiento administrativo*, con el objeto de la revisión de los actos en la propia sede administra-

tiva²⁸. Esto lo encontramos fundamentalmente en los artículos 86 y siguientes de la LOPA, siendo usualmente empleados de manera supletoria por las leyes especiales que prevén procedimientos administrativos.

De este modo tenemos que las leyes habilitadas de 2014 reconocen casi siempre de forma expresa la posibilidad de ejercer recursos o acciones judiciales contra lo decidido, vale traer a colación los artículos 55 y 56 de la LA, donde se indica que las decisiones de la Superintendencia Antimonopolio “...agotan la vía administrativa y contra ellas sólo podrá interponerse, dentro del término de cuarenta y cinco días continuos, el recurso contencioso administrativo”, lo que busca evitar la posibilidad de conocer un recurso en sede administrativa. Se trata de una postura no recomendable donde se niega una alternativa para resolver el conflicto con la Administración, lo ideal es garantizar tanto la posibilidad de ejercer recursos administrativos como judiciales, de manera que el particular pueda optar por ambos o por el ejercicio directo de la pretensión procesal en el ámbito jurisdiccional.

Así, tenemos el artículo 230 de la LISB que acepta el ejercicio del recurso de reconsideración de manera optativa (en el plazo de diez días hábiles)²⁹, y también la acción judicial conforme al artículo 231 dentro de los cuarenta y cinco días continuos siguientes a la notificación de la decisión del Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario (ISB). En lo que concierne a la LOPJ el ya citado artículo 84 exige como elemento formal del acto administrativo conclusivo del procedimiento administrativo el que sean indicados los recursos pertinentes, lo que supone hacer referencia a la LOPA y a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LOJCA). Por su parte, el artículo 9 de la LCP indica que todo acto administrativo dictado por los contratantes, por el Servicio Nacional de Contrataciones y el Registro Nacional de Contratistas, podrá

28 Ver Brewer (1998), ob.cit.

29 Artículo 236.

ser recurrido de conformidad con la Ley que regula la materia de procedimientos administrativos, las cuales agotan la vía administrativa (artículo 10).

B. De los mecanismos judiciales de impugnación del acto administrativo

Pudiéramos afirmar que el control de legalidad y posibilidad de impugnar una decisión administrativa es entendido tanto como principio del derecho público como derecho del ciudadano o afectado por la decisión para procurar la revisión judicial de lo acordado en sede administrativa. Araujo Juárez (2013) reconoce esa posibilidad *“Por cuanto es de la naturaleza del acto administrativo la producción de efectos jurídicos, puede ser objeto de impugnación, ya sea a través de la vía administrativa o mediante acciones o recursos judiciales, en ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra la Constitución (Arts. 26 y 259 eiusdem)”*³⁰.

De este modo, las materias consagradas en el artículo 259 de la Constitución, resultan parte del derecho procesal administrativo y, por tanto implican facultades integradas a jueces que sean idóneos para el examen y estudio de las actuaciones de la Administración. Así, la referida norma constitucional prevé en líneas generales la *jurisdicción contencioso administrativa*, tanto en su componente orgánico como competencial, disponiendo las principales pretensiones procesales que pueden ventilarse en contra del Estado, como sería la anulación de actos administrativos, condenar al pago de sumas de dinero y reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración, conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

30 Araujo-Juárez, José. *Manual de Derecho Administrativo*, Ediciones Paredes.

Se observa que el constituyente previó de forma amplia lo que sería el contenido a ser desarrollado por la ley que regulará el derecho procesal administrativo, ello se verifica especialmente en el último supuesto, que señala que el juez podrá hacer *lo que sea necesario para restituir la situación jurídica infringida* por la actividad administrativa en sentido amplio, que como lo sostiene Beltran de Felipe (1995), la nueva base técnico-procesal de la justicia administrativa implicará el control judicial de la Administración con el objeto de proteger los derechos e intereses de carácter subjetivo, ello como un sistema de pretensiones (pág. 85). De esta forma, prever que el juez disponga lo necesario para la restitución de la situación jurídica lesionada, conlleva sin duda un poder sumamente profundo a favor del órgano jurisdiccional en aras de lograr una tutela judicial efectiva, lo cual, va desde el otorgamiento de medidas cautelares que garanticen las resultas del fallo, hasta procurar una verdadera y expedita ejecución de la sentencia definitivamente firme³¹.

Claro está que el justiciable deberá enervar la denominada presunción de legitimidad del acto administrativo, que para Araujo Juárez (2013) supone “...*que el acto administrativo ha sido dictado conforme a Derecho; y que determina que, como regla general, el acto administrativo se tenga por válido y por productor de su natural eficacia jurídica*”³². Para ello el particular deberá argumentar los vicios del acto administrativo y hacer uso -de ser necesario- de cualquier medio de prueba legal y pertinente para enervar esa presunción de legalidad del acto administrativo.

De manera que al momento de redactar las situaciones de hecho y fundamentos de derecho de una demanda de nulidad contra un acto administrativo, los principios aquí estudiados servirán como parámetro para verificar si el acto fue dictado

31 Obtenido del Derecho a la Defensa en Sede Administrativa. FUNEDA. 2013

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

con las formalidades debidas, atendiendo el ordenamiento jurídico vigente y cumpliendo el procedimiento legamente establecido que permitiera salvaguardar el derecho constitucional a la defensa del administrado, de lo contrario, la decisión administrativa será susceptible de anulación.

VI. PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO

A lo largo del presente trabajo hemos hecho especial énfasis al debido proceso como elemento esencial para que cualquier decisión administrativa pueda ser considerada como válida. De este modo, recordamos que el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, exigiendo, entre otros derechos: la defensa y la asistencia jurídica, ser notificado de los cargos por los cuales se le investiga, acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer la defensa.

El artículo constitucional bajo estudio debe considerarse como la base esencial de todo procedimiento administrativo, situación que ha sido claramente desarrollada por el Tribunal Supremo de Justicia, donde podemos traer a colación la sentencia N° 1734 del 16 de diciembre de 2009, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia de la Magistrado Luisa Estella Morales, donde se estableció qué debía entenderse por derecho a la defensa y debido proceso en el ámbito del procedimiento administrativo, así como los elementos esenciales que deben caracterizar al mismo y que podemos resumir de la siguiente manera:

- Ser llamado a participar en el procedimiento. Situación que conlleva la notificación del particular posiblemente afectado y conocer consecuentemente los motivos y

argumentos del Estado que dieron lugar al procedimiento.

- Garantizar el acceso al expediente administrativo. Ello resulta esencial, dado que no sólo el acto administrativo de apertura del procedimiento permite tener un conocimiento amplio de las situaciones de hecho, fundamentos de derecho que dieron origen a dicho procedimiento, sino que además el acceso al expediente administrativo deviene indispensable por cuanto contiene la documentación administrativa, investigaciones y en definitiva los medios de prueba que han llevado a la Administración a acordar el inicio de un procedimiento, así como también deberá incorporar todo lo actuado en el curso del procedimiento.
- Derecho a ser oído. Tal y como lo indica la Sala, el ciudadano objeto del procedimiento debe tener la oportunidad de exponer sus alegatos y presentar los medios de prueba que considere convenientes, así como también ejercer el control y contradicción de cualquier instrumento que haya sido agregado al procedimiento, por cuanto si bien corresponde a la Administración demostrar y verificar el ilícito administrativo, dado que el particular se presume inocente, éste de cualquier modo, debe tener la posibilidad de ejercer una cabal defensa contra la actuación que el Estado lleva en su contra. Presupuesto que permite controlar el Poder de Imperio y ejercicio del *Ius Puniendi*.
- Que sea adoptada una decisión oportuna, dentro del lapso legalmente previsto para ello, que abarque y tome en cuenta todas y cada una de las pruebas y defensas aportadas al procedimiento administrativo³³.

33 Obtenido del *Derecho a la Defensa en Sede Administrativa*. FUNEDA. 2013

De esta forma, se observa como elemento esencial del derecho a la defensa y debido proceso en sede administrativa garantizar que el particular sea oído, lo que implica consagrar un lapso o acto que haga posible que este exponga sus alegatos y medios de prueba que estime necesarios para superar los cargos formulados por la Administración.

Los procedimientos especiales establecidos en las leyes habilitadas de 2014 confieren -al menos en el texto de la norma- los referidos parámetros de defensa (con ciertas consideraciones que se examinarán en el siguiente punto), donde podemos destacar el artículo 141 de la LPA que dispone que *“En la audiencia de descargos el presunto infractor (...) podrá, bajo fe de juramento, presentar sus defensas o admitir los hechos que se le atribuyen de manera escrita u oral, caso en el cual se levantará acta sucinta”*. Por su parte, los artículos 76 y siguientes de la LOPJ desarrollan una serie de trámites que involucran una audiencia de descargos y un lapso probatorio que en síntesis indica que en esa audiencia *“el presunto infractor podrá, bajo fe de juramento, presentar sus defensas, negar o admitir los hechos que se le atribuyen de manera escrita u oral, y promover y exhibir las pruebas que estime pertinentes”*.

En lo que respecta a la LA, el artículo 36 concede a los presuntos infractores contra los que se inició el procedimiento *“... un plazo de quince días para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones. En aquellos casos en que la Sala de Sustanciación lo estime necesario, podrá conceder una prórroga de quince días...”*. Mientras que el artículo 235 de la LISB señala que una vez iniciado el procedimiento administrativo y notificados los interesados conforme a las previsiones establecidas en la LOPA, se concederá ocho días hábiles siguientes a la notificación para *“presentar sus alegatos y argumentos”*.

Vemos que en líneas generales se dispone el deber de notificar al particular y concederle un lapso o acto para su defensa, lo que incluye exponer alegatos y medios de prueba, la mayo-

ría conforme a sus propios parámetros especiales o bien apoyándose supletoriamente en la LOPA.

1. Derecho a la Presunción de Inocencia en sede administrativa

Conforme a la garantía de presunción de inocencia, ninguna persona puede ser declarada culpable o responsable (término más acorde al procedimiento administrativo) hasta que no se pruebe su actuación ilícita a través de un proceso judicial o procedimiento administrativo que culmine bien con una sentencia condenatoria o en este caso con una decisión administrativa. En consecuencia, se exige en todo estado y grado del proceso -sea judicial o administrativo- que se presuma su inocencia, lo que implicará entonces la tramitación de un proceso justo, ya que sólo mediante el adecuado seguimiento de una serie de fases determinadas por la Ley, preservando las garantías jurídicas ya referidas, será posible dar cumplimiento del derecho constitucional al debido proceso.

Lo precedente debe ser observado tanto en la fase de investigación (previa al procedimiento administrativo sancionatorio, como pudiera ser el caso de una fiscalización), así como en el acto que da inicio al procedimiento administrativo donde debería indicarse las situaciones de hecho y fundamentos de derecho que dan lugar al mismo, sin que se haga afirmación alguna en cuanto a las responsabilidades o posibles infracciones que hayan podido ser observadas en la fase de investigaciones, todo esos hechos -posibles ilícitos- deberán ser dilucidados luego de sustanciado el procedimiento administrativo.

Al respecto podemos traer como referencia la sentencia N° 1397 dictada en fecha 7 de agosto de 2001 por la Sala Constitucional del TSJ, donde se sostuvo con relación a la presunción de inocencia, en sede administrativa, lo siguiente:

“Como puede observarse, la garantía de la presunción de inocencia comporta, entre otros aspectos: (i) la necesaria tramitación de una fase probatoria en la cual el particular, sin perjuicio de que la carga probatoria corresponde en estos casos a la Administración, pueda desvirtuar los hechos o infracciones que se le imputan, permitiendo así que el órgano competente pueda efectuar un juicio de culpabilidad y (ii) que la culpabilidad del indiciado haya sido legalmente declarada. Tales elementos requieren, sin duda, de la previa tramitación del procedimiento administrativo correspondiente, pues, sin el cumplimiento de esta formalidad, es obvio que no pueda verificarse la actividad probatoria que permita derivar la culpabilidad, ni que pueda considerarse que ésta ha sido legalmente declarada” (Resaltado añadido).

Queda bastante claro que no es posible afirmar la comisión de una infracción o hecho ilícito si no ha habido previamente la sustanciación de un procedimiento que haya permitido a la Administración, conjuntamente con el particular, dilucidar los hechos irregulares que llevaron a una organización administrativa determinada a iniciar averiguaciones y posteriormente a levantar cargos contra un particular. De esta forma, la sentencia antes citada delimita las fases del procedimiento administrativo, indicando especialmente que todo lo recabado en la fase de investigaciones pueda ser posteriormente controlado y de ser el caso refutado por el particular una vez que sea iniciado formalmente el procedimiento administrativo y se le haya concedido al particular su derecho constitucional a la defensa, por lo que la Administración no puede afirmar la efectiva comisión de un hecho ilícito hasta tanto la parte afectada haya expuesto sus alegatos y medios de prueba correspondientes a los cargos levantados en su contra.

Ahora bien, en las leyes habilitadas de 2014 hay una disposición que llama especial atención, nos referimos al artículo 74 de la LOPJ que contempla la Apertura del procedimiento

administrativo sancionatorio, indicando que *“cuando el sujeto de esta Ley manifieste inconformidad con la sanción impuesta, podrá solicitar la aplicación del procedimiento administrativo establecido en el presente capítulo, debiendo, la funcionaria o funcionario competente ordenar su apertura”* (Subrayado añadido).

Tal y como ha sido redactada la norma se nos indica que cuando el sujeto se encuentre inconforme con la sanción, podrá solicitar que se inicie el procedimiento administrativo, es decir, se da a entender que primero sancionarán y luego, a solicitud de parte interesada, se podrá solicitar la apertura del procedimiento. Realmente es difícil establecer si se trata de un error de la redacción o si efectivamente se ha tergiversado de manera intencional la relación causa-efecto del procedimiento administrativo sancionatorio, ya que este se debe iniciar ante la presunta comisión de ilícitos administrativos y su resultado será una decisión administrativa donde, de verificarse el ilícito, se impondrá una sanción. Por el contrario aquí se propone imponer primero la sanción y si el sujeto de aplicación no está conforme es cuando se podrá solicitar el inicio al procedimiento administrativo³⁴.

Por otra parte, vale también destacar que tenemos precedentes en los que mediante la fiscalización a particulares, la Administración inmediatamente afirma la comisión de ilícitos, cercenando el derecho constitucional a la presunción de inocencia, el cual, como indicamos solo se puede superar luego de la sustanciación de un procedimiento administrativo que haya admitido una fase o lapso de defensa para el interesado. Por lo tanto, la presencia del particular en la fiscalización y sus conversaciones con el fiscal o funcionario no pueden ser estimados como elemento suficiente para sostener el cumplimiento del principio de debido proceso, ya que las fiscalizaciones no pueden servir como procedimientos de naturaleza definitiva que generen agravio o sanciones a los administrados, ya que

34 Obtenido de *Procedimientos Administrativos y Potestad Sancionatoria en la LOPJ*. FUNEDA. 2014

no se han suscitado las fases formales necesarias para garantizar la defensa del particular y para que la Administración pueda revisar lo recabado y tomar una decisión adecuada a los hechos.

Uno de los casos donde la fiscalización inobservó la presunción de inocencia fue el suscitado el 31 de enero de 2015 en la cadena de farmacias Farmatodo, donde podemos citar algunas de las afirmaciones de los funcionarios actuantes:

“La Superintendencia de Precios Justos abrió un procedimiento a la cadena Farmatodo por incurrir en irregularidades en la atención a los clientes, indicó el jefe civil del Estado Mayor de la Batalla Económica en Caracas, Ernesto Villegas.

A través de su cuenta en Twitter, @VillegasPoljakE, informó que inspeccionó la sucursal de la red de farmacias ubicada en la avenida Los Ilustres, en Caracas, donde los clientes hacían una larga cola para ser atendidos, pues había cajas de cobro vacías.

«Con sólo permitir acceso al local y habilitar todas las cajas quedó disuelta larga cola frente a Farmatodo Los Ilustres», indicó Villegas, quien agregó que no se justifica que con gente en cola haya ‘cajas vacías y mucho menos operación morrococoy y maltrato al público’.

Ahora, la cadena deberá explicar a la superintendencia «por qué propician colas en las puertas de sus locales», apuntó el también Jefe del Gobierno de Distrito Capital...”¹

Vemos que en el mismo día en que se realizó la fiscalización ya existía una opinión oficial emitida en medios de comunicación que afirmaba diversas irregularidades que implican infracciones y delitos contenidos en la LOPJ. Similar circuns-

1 Obtenido de <http://www.ultimasnoticias.com.ve/noticias/actualidad/economia/sundde-abrio-procedimiento-a-farmatodo.aspx#ixzz3QVWka8sM>

tancia la suscitada con *Abastos Día a Día*, donde en el propio acto de fiscalización se afirmó el delito de boicot sin que se hubiese desarrollado previamente el procedimiento administrativo sancionatorio².

Lo adecuado sería que de ser observadas o apreciadas irregularidades en el curso de una fiscalización, el funcionario recabe los medios documentales o probatorios necesarios para iniciar ulteriormente el procedimiento administrativo respectivo, manteniendo en todo momento el derecho a la defensa del particular, para que luego de la sustanciación se tome una decisión que podría ser declarar sin lugar o improcedente la sanción o bien imponer la sanción o multa que corresponda.

2. Derecho de acceso al Expediente Administrativo

Todo lo recabado a lo largo de las investigaciones, así como las actuaciones observadas en el curso del procedimiento administrativo, deben encontrarse incorporadas y debidamente foliadas dentro de un expediente, no sólo para que el funcionario correspondiente pueda analizar todo lo sustanciado antes de emitir su decisión, sino especialmente para garantizar al particular sujeto al procedimiento, el conocimiento de todos los actos, medios probatorios y demás elementos que se vienen desarrollando ante la Administración, y de esta forma salvaguardar aspectos inherentes a la defensa como sería controlar y contradecir los medios de prueba que han sido levantados por la Administración y por el mismo particular, además de tener certeza de los hechos que están siendo verificados por la autoridad pública³.

En este orden de ideas, el artículo 31 de la LOPA dispone el denominado Principio de Unidad del Expediente Administrativo, el cual implica no sólo la conformación de un expediente

2 Ver entre otros <http://www.elmundo.com.ve/noticias/economia/politicas-publicas/fiscalia-acusa-de-boicot-a-director-de-dia-dia.aspx>

3 Obtenido de *El Derecho a la Defensa en sede Administrativa*. FUNEDA. 2013

de manera cronológica y debidamente foliado, sino que además exige la recolección de todas las actuaciones inherentes al procedimiento administrativo. Así, la LOPA dispone que "... De cada asunto se formará expediente y se mantendrá la unidad de éste y de la decisión respectiva, aunque deban intervenir en el procedimiento oficinas de distintos ministerios o institutos autónomos...", lo que, en estricta sumisión al Principio de Legalidad, exige de todo órgano administrativo, abrir un expediente que recoja las actuaciones administrativas, mantener la unidad del mismo, y particularmente del acto que constituya la decisión administrativa, so pena de trasgredir el derecho constitucional a la defensa y debido proceso del particular objeto del procedimiento.

Así, tenemos que las leyes habilitadas de 2014 también hacen referencia al expediente administrativo como medio para conformar y recabar el procedimiento administrativo, por ejemplo los artículos 137, 14 y 141 de la LPA hacen clara referencia al expediente y a la obligación de agregar ciertos trámites administrativos. El artículo 189 de la LISB hace referencia a la paralización del "*expediente*" aunque lógicamente se refieren a la paralización del procedimiento administrativo, mientras que el artículo 36 de la LA hace expresa referencia al "*expediente administrativo*". Por su parte, la LOPJ tanto en lo que concierne a medidas preventivas como al acto conclusivo del procedimiento sancionatorio (artículos 45 y 84 respectivamente) también consideran como elemento formal al expediente administrativo.

3. Principio de Proporcionalidad y Razonabilidad

Para Campolieti, *ob.cit.*, el debido proceso sustantivo se compone de dos aspectos diferentes "...*(i) la denominada razonabilidad en la selección de los hechos relevantes que contempla la decisión y (ii) la adecuación o proporción entre la medida adoptada*

y el fin perseguido por la norma..."⁴. Ello implica la ejecución del ordenamiento jurídico por parte del Estado de manera ponderada, en clara atención a los hechos suscitados y a la aplicación más justa posible de las consecuencias legales y sanciones respectivas. Así, el artículo 10 de la LOAP expresamente prevé la proporcionalidad y objetividad en el ejercicio de la función administrativa.

Lo anterior conlleva, una adecuación silogística de los hechos objeto del procedimiento con la disposición más justa y acorde a la consecución de la justicia administrativa, debiendo examinar, la denominada *exigencia de adecuación al fin*, lo cual, implica que la autoridad administrativa tiene que elegir la medida o sanción que sea adecuada para alcanzar el fin que la justifica. Para ello han de tener en cuenta el bien jurídico que se tutele. La pena óptima ha de ser cualitativa y cuantitativamente adecuada al fin. De este modo, la actividad desarrollada por el Estado debe ser realizada respetando especialmente los principios de proporcionalidad y razonabilidad establecidos en el artículo 12 de la LOPA, puesto que su actividad influirá de menor o mayor forma en la salvaguarda de los derechos y garantías constitucionales con el objetivo de procurar el Estado de Derecho y de Justicia.

En este orden, conviene resaltar que la doctrina nacional expresa sobre la proporcionalidad de las medidas adoptadas por un órgano o ente de policía administrativa, lo siguiente: *"...éstas siempre han de guardar adecuación y proporción con las circunstancias -proporcionalidad de la medida-, principio éste que se encuentra consagrado en nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (artículo 12) norma que dispone los límites a la discrecionalidad y que significa la debida proporción entre la acción de policía administrativa y el hecho que la provoca u origina"*⁵.

4 Pág. 963

5 LEJARZA, Jacqueline. *La actividad de policía administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas: Venezuela, pp. 85-86.

Por su parte el autor Garrido Falla expresa que la “...policía sólo debe adoptar las medidas necesarias para la conservación y seguridad del orden público. Como ha observado FLEINER, la adopción del remedio más enérgico –de entre los varios posibles– ha de ser siempre la última ratio de la policía, **de donde la regla de la proporcionalidad de la medida en atención a las circunstancias**”⁶.

En igual sentido, la Sentencia N° 01202 de la Sala Político Administrativa de fecha 03 de octubre de 2002 ha determinado que el principio de proporcionalidad previsto en la norma dispuesta en el artículo 12 de la LOPA, ordena que las medidas adoptadas por el ente administrativo deben ser proporcionales con el supuesto de hecho de que se trate. En este sentido, el referido principio constituye una exigencia para la Administración, ya que para fijar una sanción entre dos límites mínimo y máximo, deberá apreciar previamente la situación fáctica y atender al fin perseguido por la norma.

De esta manera tenemos algunas referencias en las nuevas leyes habilitadas de 2014, entre las que destaca el artículo 187 de la LISB que indica que las sanciones administrativas a que se refiere ese Decreto Ley, se adoptarán siguiendo los principios de legalidad, tipicidad, racionalidad, proporcionalidad e irretroactividad. Además, dispone en el artículo 191 los siguientes criterios para imponer sanciones:

1. La naturaleza y entidad de la infracción.
2. La gravedad del peligro ocasionado o del perjuicio causado.
3. Las ganancias obtenidas, en su caso, como consecuencia de los actos u omisiones constitutivos de la infracción.
4. La importancia de la institución del sector bancario correspondiente, medida en función del importe total

6 Garrido Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II. Tecnos, 1.994, p. 135.

de sus activos sobre el total de activos del sector bancario.

5. Las consecuencias desfavorables de los hechos para el sistema financiero o la economía nacional.
6. Hacer participar o utilizar a otras instituciones financieras en la comisión de las infracciones.
7. La obstaculización de las investigaciones de la SISB o de cualquier otro órgano de la Administración Pública.
8. La circunstancia de haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa.
9. En el caso de insuficiencia patrimonial, las dificultades objetivas que puedan haber concurrido para alcanzar o mantener el nivel legalmente exigido del patrimonio.
10. La conducta anterior de la institución del sector bancario en relación con las normas que le afecten, atendiendo a las multas que le han sido impuestas, durante los últimos cinco años.
11. Cualquier otra circunstancia debidamente motivada, que a juicio del Superintendente se considere como atenuante o agravante de la falta cometida.

Por su parte los artículos 51 y 52 de la LA prevén circunstancias atenuantes y agravantes que deberán ser consideradas por el Superintendente Antimonopolio a la hora de imponer una sanción, siendo que las multas también deberán valorar *“la gravedad de la falta”* (artículo 54). Similar referencia encontramos en los artículos 51 y 70 de la LOPJ bien para la imposición de multas en caso de infracciones genéricas como para el caso de los delitos que acarrean sanción e incluso privación de libertad, y que concretamente consideran *“Sin perjuicio de lo contemplado en el Código Penal”* las siguientes:

Agravantes:

1. Sean cometidas por un funcionario en el curso o con motivo de su actividad funcional.
2. Sean cometidos abusando de la posición de dominio en un determinado mercado.
3. Sean cometidos en circunstancias de escasez, desastre, alarma pública o calamidad.
4. Ocasionen grave daño a la colectividad.
5. Creen zozobra o pánico en la colectividad.
6. Afecte a múltiples víctimas.
7. Sean cometidos al amparo de una empresa o corporación, o grupos de empresas o corporaciones.
8. Sean cometidos utilizando mecanismos para ocultar o evadir su responsabilidad ante los hechos, que obliguen a las autoridades utilizar medios especiales para levantar el velo corporativo.
9. Sean cometidos utilizando para ello operaciones fraudulentas o ficticias.

Atenuantes:

1. Haber confesado la infracción a las autoridades competentes.
2. Haber colaborado en la investigación del hecho punible aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales que emanen de los hechos.
3. Haber procedido en cualquier momento del procedimiento a reparar o disminuir el daño causado por el delito, con anterioridad al acto conclusivo correspondiente.

4. Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

En este sentido, la imposición de una multa, sanción o decisión que implique agravio sobre el particular debe ser resultado de una ponderada valoración de las situaciones de hecho observadas, su ilicitud, reincidencia, grado de afectación a terceros, dimensión del daño causado, entre otros, a los fines de que el funcionario pueda de manera concreta tomar una decisión justa, proporcionada y razonable al caso que fue analizado.

Finalmente es menester destacar que la imposición de una sanción no es algo que pueda delimitar de manera discrecional el funcionario o bien de forma relajada, por el contrario, la determinación de una multa o la imposición de una medida que ocasione agravio refiere a una facultad muy rigurosa de la Administración que solo con la debida motivación y objetiva valoración integral de los hechos, podrá ser acordada una decisión que afecte la esfera jurídica y patrimonial del particular.

CONCLUSIONES

Tal y como pudimos apreciar, el procedimiento administrativo exige diversas rigurosidades formales para que pueda ser considerado un medio capaz de habilitar a la Administración Pública para emitir una decisión que pueda ocasionar un agravio sobre el ciudadano o destinatario del acto. Ello además de reglas específicas que deben estar contenidas en normas legales, requiere la observancia de numerosos principios tales como:

- *Principio de legalidad*

Que esencialmente dispone que las atribuciones de los órganos y entes que conforman el Poder Público deben encontrarse previstas en la Constitución o en la Ley, agregando la Doctrina que toda actuación del Estado debe observar el denominado Bloque de Legalidad, lo que supone que todo acto dictado por la Administrativo debe circunscribirse al ordenamiento jurídico vigente.

- *Principio de Eficacia*

Que dispone que el procedimiento administrativo debe estar conformado por una serie de pasos y cauces que hagan posible alcanzar los cometidos y objetivos pretendidos por la ley y por la Administración.

- *Principio de Participación*

Donde se dispone el derecho de los ciudadanos a dirigir peticiones, solicitudes o instancias a los organismos públicos, lo que genera a su vez el deber de estos en dar trámite legal a esos requerimientos para proceder ulteriormente a emitir una adecuada y oportuna respuesta.

- *Principio de Oficialidad*

En el que se exige a la Administración Pública proceder conforme a la ley, a dar inicio a los procedimientos administrativos correspondientes y dar sustanciación adecuada a los mismos hasta que se logre su culminación formal.

- *Principio sobre el Acto Administrativo*

Principio que nos refiere tanto a las formalidades del acto administrativo, los parámetros que debe contener,

así como a los deberes de notificación que tiene la Administración para poder dar eficacia a sus decisiones.

- *Principio del Debido Proceso*

Básicamente referido al derecho constitucional a la defensa y sustanciación debida que debe observar todo procedimiento en sede administrativa, con especial preponderancia al derecho que tiene el particular a ser oído, presentar su defensa (argumentos y medios de prueba), acceder al expediente administrativo y obtener una decisión justa, proporcional y razonable.

Es por ello que podemos afirmar que los anteriores principios constituyen los parámetros rectores del procedimiento administrativo, puesto que son pieza esencial en la salvaguarda de los derechos de los particulares y que permiten hacer del procedimiento administrativo un medio para alcanzar la añorada justicia administrativa. Es por ello que aun cuando la ley especial no prevea un procedimiento específico, la Administración deberá acudir supletoriamente a la LOPA o bien a la ley de procedimientos administrativos que resulte idónea para cumplir con los cometidos y principios antes estudiados.

Las leyes habilitadas de 2014 incorporan de forma expresa muchos de los elementos formales examinados a lo largo de este trabajo, e incluso algunas prevén procedimientos administrativos especiales que en general observan los principios rectores antes indicados, sin embargo, en algunos casos también se disponen ciertas facultades que pueden resultar contraproducentes para el derecho a la defensa del particular, como lo es la facultad de imponer medidas preventivas que suelen presentar efectos indefinidos en el tiempo (LOPJ) o bien desconocer la posibilidad de ejercer un recurso en sede administrativa (LA), así como referencias a notificaciones electrónicas sin delimitar claramente los parámetros de validez de la notificación (LCP).

Lo anterior se corrige mediante una adecuada técnica legislativa que delimite apropiadamente las facultades y atribuciones de los órganos y entes que conforman el Poder Público, buscando no que los procedimientos y sus formalidades resulten cómodos para los funcionarios, sino para que mediante trámites eficaces se asegure el derecho constitucional a la defensa en sede administrativa y el logro de los cometidos del procedimiento, que es lo que básicamente se procura con este recordatorio de los principios rectores de los procedimientos administrativos.

Por último se estima prudente destacar la necesaria formación de los funcionarios que ejecutarán esos procedimientos, tanto para los que salen a la calle a realizar fiscalizaciones como los que dentro del seno del organismo se encargan de sustanciar los procedimientos administrativos. Los problemas que presenta el derecho administrativo venezolano no se solucionan con la simple emisión de nuevas leyes o reformando las existentes, se necesita un certero equilibrio entre la creación de normas adecuadas y su justa ejecución, porque de nada sirve redactar la disposición jurídica más bondadosa o prodigiosa si luego va a ser tergiversada u obtusamente ejecutada por el Poder Ejecutivo. La sociedad venezolana reclama con desesperación un comportamiento justo y proporcional de las autoridades administrativas, donde la función pública y el procedimiento administrativo sean garantes del Estado de Derecho y no herramientas empleadas a fines políticos y de propaganda. El derecho administrativo no puede seguir siendo utilizado como instrumento del Gobierno para alcanzar fines personales o para mantener el poder fuera de los cánones de la democracia, el derecho administrativo no es una excusa para habilitar cualquier tipo de actuación del Estado, sino un medio de equilibrio de las relaciones jurídicas entre la Administración y los ciudadanos, donde estos últimos deberían ser los sujetos preponderantemente protegidos.