

### §33. EL OBJETO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA VIS EXPANSIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

*José Ignacio Hernández G.*

Profesor de la Universidad Monteávila y  
Universidad Central de Venezuela  
Sub-Director de la Revista de Derecho Público

#### I. INTRODUCCIÓN

Como justo y merecido homenaje a la continua labor de la *Revista de Derecho Público*, que arriba a sus cien primer números, y también, en reconocimiento a la trayectoria de su Director, el Profesor Allan R. Brewer-Carías, hemos querido abordar una de las aristas más relevantes que ha adquirido, recientemente, el Derecho Administrativo en Venezuela: el objeto del procedimiento administrativo.

La institución del procedimiento administrativo podría decirse que es de reciente data en el Derecho venezolano. Así lo evidencian los principales estudios de esta disciplina publicados entre la década de los cuarenta y sesenta del siglo pasado. La ausencia de estudio sistemático de dicha institución respondió, a no dudarlo, a la falta de desarrollo *legal* del procedimiento administrativo en Venezuela. Hasta la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, de 1981, el procedimiento administrativo carecía de base legal general, estando sólo regulado en disposiciones especiales dispersas. Salvo esas excepciones, la Administración tenía plena discrecionalidad para determinar el procedimiento aplicable en cada caso<sup>1</sup>.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos supuso un drástico cambio en la materia. No en vano, Brewer-Carías indicó que tal Ley estaba llamada a materializar uno de los cambios más profundos del Derecho Administrativo en Venezuela. Y así fue. Más de veinte años después la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos sigue siendo la Ley fundamental de la Administración Pública venezolana<sup>2</sup>.

A consecuencia de la promulgación de la Constitución de 1999, la institución del procedimiento administrativo ha venido sufriendo algunas transformaciones que, aun cuando dejan incólume el sistema trazado por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sí matizan, muy mucho, el alcance de sus disposiciones. Son muchas las aristas

---

1 Pueden consultarse, en este sentido, los trabajos de BREWER-CARÍAS, Allan, *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964; HERNÁNDEZ-RON, J.M., *Tratado elemental de Derecho Administrativo*, Editorial Las Novedades, 1943 y LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1963, en los cuales no hay un tratamiento dogmático especial de la institución del procedimiento administrativo. La figura del procedimiento administrativo era analizada dentro de los requisitos del acto administrativo (*cf.*: BREWER-CARÍAS, *cit.*, pp. 121 y ss; HERNÁNDEZ-RON, J.M., *cit.*, pp. 123 y ss. y LARES MARTÍNEZ, Eloy, *cit.*, pp. 113 y ss).

2 En general, sobre el impacto de la Ley Orgánica en el Procedimiento Administrativo, véase a BREWER-CARÍAS, Allan, "Comentarios a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos", *RD* n° 7, pp. 115 y ss.

que en este sentido podrían tocarse. En estas reflexiones, sin embargo, nos centraremos en la transformación operada en el *objeto* del procedimiento administrativo. Así, en la actualidad el procedimiento administrativo no se concibe únicamente como la *forma* de la actividad administrativa sujeta preponderantemente al Derecho Público. Además, él es concebido como la *forma* de la actividad administrativa regida preponderantemente por el Derecho Privado y, también, como la *forma* de la actividad de los particulares, regulada, también, por ese Derecho.

Ampliación del objeto del procedimiento administrativo. Es, debe advertirse, un fenómeno incipiente, pero que ha sido recogido ya por la Legislación y especialmente por la jurisprudencia. Tras ello subyace, en realidad, un fenómeno de mayor envergadura, del cual, el tema aquí tratado es tan sólo un leve indicio. Nos referimos al profundo trastocamiento que, en la férrea distinción entre el Derecho Público y el Derecho Privado, ha causado la Constitución de 1999, como derivación de la actividad cada vez más penetrante del Estado, que abarca, incluso, áreas tradicionalmente concebidas como propias de relaciones jurídico-privadas. En específico, y de cara al régimen de las Administraciones Públicas, esta situación es también incentivada por el artículo 141 constitucional, el cual pregona, ciertamente, que la Administración actuará con subordinación plena a la Ley y al Derecho pero -nótese bien- no proscribire que esa actuación se llevará a cabo bajo los cauces propios del Derecho Público.

Para abordar esta compleja problemática, aludiremos básicamente a *dos* puntos. En el *primero*, trataremos lo alusivo al procedimiento administrativo como la forma de la actividad administrativa, desde la perspectiva tradicional en la cual esa concepción era tratada, incluso, por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. La *segunda* parte se dedica al análisis de la ampliación del objeto del procedimiento administrativo, desde tres concretos ángulos: la ampliación del procedimiento administrativo a empresas privadas que gestionan actividades de interés general regidas por el Derecho Privado; la ampliación del procedimiento administrativo a empresas públicas cuando actúan en el tráfico jurídico-privado y la ampliación del procedimiento administrativo a la actividad de las Administraciones sujetas a Derecho Privado. En los dos primeros casos encontramos una realidad común: la ampliación del procedimiento administrativo se ha planteado en relación con la explotación (por empresas públicas o privadas) de actividades *privadas* consideradas o catalogadas como *servicios públicos*.

## II. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO LA FORMA DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

### 1. El concepto formal de procedimiento administrativo y su recepción en el Derecho venezolano

El procedimiento administrativo es, en esencia, un concepto formal. Así, el Diccionario de la Real Academia Española define el procedimiento como el *método de ejecutar algunas cosas*. Se trata, como observara Jesús González Pérez, de un concepto nuclear dentro del Derecho, no privativo, por ende, del Derecho Público. Procedimiento como fases de actos que, con identidad propia, se encuentran conectados causalmente en la

“unidad de efecto jurídico”<sup>3</sup>. El concepto, aplicado al Derecho Administrativo, hace así referencia a la forma de la actividad administrativa, según la feliz expresión de Benvenuti<sup>4</sup>. Sobre esta tesis, Hildegard Rondón de Sansó formuló relevantes conclusiones:

[...]en el campo de la actividad administrativa, el procedimiento se presenta como la forma de la función administrativa, detectándose el hecho de que en la medida en que el Estado de Derecho deja de ser una simple apariencia, las funciones públicas se procesalizan cada vez más, por cuanto el procedimiento es una garantía de la legalidad de la actuación[...]<sup>5</sup>.

La idea del procedimiento administrativo entronca con la noción de *legalidad administrativa* y, por ende, con el rasgo distintivo de la actividad administrativa, cual es su carácter sub-legal<sup>6</sup>. La actividad de la Administración ha de subordinarse a la Ley, no sólo en lo que atañe al ejercicio *sustantivo* de las potestades públicas que le han sido conferidas, sino también, en lo que respecta al *cauce formal* a través del cual esas potestades son ejercidas. La doctrina venezolana (Araujo Juárez) ha acotado que la forma adquiere en este contexto una dualidad. Por un lado, en tanto exteriorización de la voluntad de la Administración; por el otro, como el *iter* por medio del cual la Administración expresa su voluntad. Sólo a la segunda de las acepciones citadas debe reconducirse el concepto de procedimiento administrativo<sup>7</sup>.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, de 1981, asumió esta noción formal, al disponer en su artículo 1 que las Administraciones ahí enunciadas “ajustarán su actividad a las *prescripciones* de la presente Ley”. El término empleado (prescripciones) refleja precisamente el elemento formal definitorio del procedimiento administrativo, aun cuando su alcance excedió, muy mucho, de ese solo aspecto formal. Pues la Ley, como advirtiera Brewer-Carías, estaba llamada a regular los principios rectores de las relaciones jurídicas entre los particulares y las Administraciones. Es por ello que la Ley dedica varias disposiciones a establecer auténticos principios generales de las Administraciones Públicas, con un contenido más sustantivo que formal<sup>8</sup>.

Con todo, puede señalarse que la Ley ordena, formalmente, la actividad de las Administraciones Públicas, por lo que no hay, en ella, un procedimiento administrativo *formalizado*. En efecto, la Ley regula *principios generales de la actividad administrativa*, y en especial, *principios generales del procedimiento administrativo* que serán aplicables a toda actividad administrativa, de manera tal que, en ausencia absoluta de Ley, aplicarán tales principios, los cuales regirán supletoriamente frente a procedimientos regulados en

3 La explicación de GONZÁLEZ PÉREZ es tradicional. Recientemente del autor, véase *Manual de Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, p. 75.

4 Se cita usualmente, de este autor, su trabajo “Funzione amministrativa, procedimento, processo”, en *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 1952, pp. 118 y ss. Cfr.: CIERCO SEIRA, César, *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002, p. 30.

5 *Procedimiento administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983, p. 19.

6 De allí la importancia de los estudios generales de KELSEN y, más en concreto, de MERLK. Véase al respecto a MOLES CAUBET, Antonio, “Introducción al procedimiento administrativo”, *El procedimiento administrativo. Archivo de derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. IV, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1983, pp. 16 y ss.

7 *Derecho administrativo formal*, Vadell Hermanos, Valencia, 2001, pp. 34 y ss. Como apunta ARAUJO JUÁREZ, esta distinción ha sido aceptada tradicionalmente en Venezuela. Véase así la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 22 de junio de 1981, en la cual el concepto de *forma* es empleado tanto en lo que respecta al proceso de formación de la voluntad administrativa, como en lo tocante al modo de expresión de ésta (RDP n° 7, pp. 155 y ss).

8 “Comentarios a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, *cit.*, pp. 115 y ss. Muchos de los principios de la Ley atienden a aspectos sustantivos, que no formales, como por ejemplo, el principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 12).

Leyes especiales<sup>9</sup>. La intención de dicha regla, trazada en su artículo 47, era doble. Por un lado, afirmar el principio de legalidad administrativa: sólo la Ley podía modificar el *arquetipo* de procedimiento pautado en la Ley. Por el otro, la norma pretendía *uniformar* los principios generales del procedimiento administrativo<sup>10</sup>. La posterior evolución en la aplicación e interpretación de la Ley llevó a resultados muy distintos. De esa manera, la ordenación del procedimiento administrativo se ha llevado a cabo a través de normas sub-legales, incluso, de manera especial frente a lo previsto en la Ley; además, el procedimiento administrativo ha estado sometido a una entrópica regulación legal y sub-legal, desvaneciéndose el efecto de *homogenización* que la Ley quiso.

En relación con lo que hemos dicho, y para recapitular, puede entonces sostenerse que la noción más básica de procedimiento administrativo, es aquella que concibe a éste como la *preordenación formal* de la actividad administrativa. Con ello, por supuesto, no se pretende reducir al procedimiento a una mera formalidad pues, por el contrario, el procedimiento administrativo atiende, también, al contenido sustancial de la actividad administrativa. El procedimiento alude, así, al cauce a través del cual discurre la voluntad de la Administración en ejercicio de potestades administrativas, y él ha de asegurar el derecho a la defensa de los particulares, así como la adecuada tutela del interés general. Hay, pues, principios que atañen a ese cauce formal y, también, principios sustantivos de la actividad administrativa. Ambos aparecen recogidos, como se vio, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Por tanto, lo que ahora debe determinarse es qué se entiende por actividad administrativa a los fines del concepto que acaba de elaborarse.

## 2. La actividad administrativa objeto del procedimiento administrativo como actividad sujeta a Derecho Público. La recepción de esta tesis en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

Son varias las funciones asignadas al procedimiento administrativo. Sistematizando las distintas teorías esbozadas, puede señalarse que el procedimiento atiende a cuatro grandes funciones: es *cauce de ejercicio* de la actividad administrativa; es *garantía de los particulares*; opera como *presupuesto del proceso contencioso-administrativo* y, finalmente, sirve como elemento para la *eficaz valoración de los intereses en juego*<sup>11</sup>, función actualmente relacionada con el principio de buena administración<sup>12</sup>. De allí que

9 Ello fue advertido tempranamente por G. RUAN, quien sostuvo que "...la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos ha partido de esta premisa no ha establecido un procedimiento uniforme, sino que ha establecido un conjunto de actuaciones destinados a dar un marco procedimental a la actividad administrativa..." ("La Administración y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos", *RDP* n° 18, pp. 57 y ss).

10 En relación con estos dos objetivos derivados del artículo 47, puede verse, por todos, a ARAUJO JUÁREZ, José, *Derecho administrativo formal, cit.*, p. 102. En todo caso, la Sala Constitucional ha previsto que procedimientos pautados en "leyes" especiales son de preferente aplicación al procedimiento ordinario previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (sentencia de 13 de agosto de 2001, caso *Genven Genéricos Venezolanos, C.A.*).

11 Entre otros muchos, *vid.* ARAUJO JUÁREZ, José, *Derecho administrativo formal, cit.*, pp. 54 y ss. y RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Procedimiento administrativo, cit.*, pp. 87 y ss. Véase en general a GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de Procedimiento Administrativo, cit.*, pp. 76 y ss. En la jurisprudencia, *vid.* sentencia de la Sala Constitucional de 8 de diciembre de 2003, caso *Colgate Palmolive C.A.* Desde una perspectiva más amplia, *vid.* SHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP-Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 360 y ss.

12 El procedimiento administrativo es concebido como modo de desarrollo del concepto vicarial de Administración, asumido entre nosotros por el artículo 141 de la Constitución lo que ha permitido cuestionar el estudio del

en la actualidad no sea válido limitar el procedimiento administrativo a la formación del acto administrativo, pues esa institución atiende, en general, a la formación de la voluntad de la Administración, incluyendo aquella sometida preponderantemente a Derecho Privado, como es el caso del procedimiento licitatorio previo a la celebración de los denominados “contratos de la Administración”<sup>13</sup>.

A los fines de las presentes reflexiones, interesa detenernos en la primera función. Procedimiento administrativo como cauce de la actividad administrativa. Para determinar qué es *actividad administrativa* en este contexto conviene adentrarnos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, delineado en su artículo 1.

Salvando las ya conocidas imprecisiones de esa norma, lo cierto es que, en su interpretación literal, ella pregona el sometimiento a la Ley de toda la actividad de las Administraciones Públicas, tanto centralizadas como descentralizadas. Apurando un poco más esta primera conclusión, se ha admitido que la Ley rige a las *Administraciones Públicas con forma de Derecho Público cuando actúen en ejercicio de potestades públicas*<sup>14</sup>. Quedarían fuera del alcance de la Ley las Administraciones con forma de Derecho Privado y, siempre, las Administraciones Públicas cuando, con independencia de su régimen, obren dentro del tráfico jurídico privado, conclusión que requiere, como se verá, ser afinada.

Planteadas estas precisiones, el objeto del procedimiento administrativo dentro de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos podría ser delimitado como la *actividad administrativa de Derecho Público*, en oposición a la actividad administrativa de Derecho Privado. Más en concreto, el concepto de actividad administrativa se confundiría, a estos fines, con el término más estricto de *potestades administrativas*, que no con el concepto de acto pues, como ha sido ya señalado, no todo procedimiento se instruye con la intención de dictar el *proveimiento* administrativo.

---

procedimiento administrativo como mera forma del acto administrativo: el procedimiento, también, atiende al fondo de la actividad administrativa siendo por ello una auténtica *institución administrativa*, que es el tratamiento que le damos en este estudio. Cfr.: PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 108 y ss.

13 Téngase en cuenta que el procedimiento administrativo es aplicable a la Administración, incluso, cuando ella aplique el Derecho Privado en ejercicio de la función administrativa. Cfr.: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2000, pp. 435 y ss. Además, no todo procedimiento desemboca en un acto administrativo, por lo que es preciso romper el paralelismo *procedimiento administrativo-acto administrativo*. Cfr.: CIERCO SEIRA, César, *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, cit., p. 33, así como SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 358 y ss.

14 Obviamente, la duda sólo se plantea en lo que respecta a la Administración Pública Descentralizada, que puede actuar bajo formas de Derecho Público o Privado. En relación con ello, BREWER-CARÍAS ha sostenido que la Ley rige solamente a los entes descentralizados con forma de Derecho Público de carácter estatal, salvo cuando actúen en el tráfico privado. En esos casos (observa BREWER-CARÍAS) no podría aplicarse la Ley “...la cual se refiere, básicamente, a los procedimientos que conducen a la emisión de actos administrativos, en los cuales siempre, el ente que los dicta, ejerce un poder legal de derecho público dando origen a relaciones jurídicas regidas por el derecho administrativo...”. *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, cit., pp. 27 y ss. En sentido similar, véase a ARAUJO JUÁREZ, José, *Derecho administrativo formal*, cit., pp. 86 y ss. La jurisprudencia, aún indirectamente, acoge esta posición. Véanse así las sentencias de la Sala Constitucional de 19 de agosto de 2003, caso T.A. *Chinchill* y de 22 de marzo de 2004, caso *Proconce Dos*, C.A.

### 3. Las dos excepciones iniciales a este principio: la actividad de Derecho Público de los particulares y la actividad administrativa de Derecho Público de las empresas públicas

Esta inicial interpretación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos fue en cierto modo matizada, al centrarse su ámbito de aplicación en el ejercicio de *potestades administrativas*. Preferencia, pues, por una noción *objetiva*, frente al criterio subjetivo derivado de la lectura literal del citado artículo 1. Esta matización se reflejó en dos casos puntuales.

#### A. La tesis de los actos de autoridad

En *primer lugar*, la Ley resulta también aplicable a la *actividad administrativa* de los particulares, es decir, al ejercicio de potestades por parte de los propios administrados: los llamados actos de autoridad. La jurisprudencia se ha referido a organizaciones “dotadas de autonomía y de autarquía, es decir del poder de emanar actos válidos para el ordenamiento jurídico del Estado” (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 15 de marzo de 1984, caso *Asociación de Autores y Compositores de Venezuela*). Trátese se organizaciones privadas a las cuales la Ley les ha otorgado potestades públicas (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 30 de agosto de 1993, caso *Unión Deportiva de Lara Fútbol Club*). De allí que el criterio determinante para definir a un acto de autoridad, es el ejercicio de potestades públicas conferidas por la Ley<sup>15</sup>. Recientemente, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 12 de abril de 2005, caso *Félix Abelardo Torres*, sostuvo lo siguiente:

[...]cuando una persona jurídica de Derecho Privado, dicta actos en ejecución de una potestad legalmente atribuida cuando se trata de la organización y desarrollo de una actividad de interés público, los mismos son controlables por la jurisdicción contencioso administrativa por tratarse justamente de los denominados actos de autoridad[...].

---

15 Véase RDP n° 55-56, pp. 398 y ss. Sobre la tesis de los actos de autoridad *vid.* RONDÓN DE SANSÓ, Hildgard, “Ampliación del ámbito contencioso administrativo”, RDP n° 22, pp. 33 y ss. La definición de los actos de autoridad se fundamenta en la atribución legal de potestades administrativas a particulares (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 26 de mayo de 1994, caso *Bancaracas Casa de Bolsa*, en RDP n° 57-58, pp. 324 y ss). Empero, suelen manejarse criterios mucho más flexibles, tales como la gestión de *servicios públicos* o de actividades de interés general. En nuestro criterio, se trata de elementos *accidentales*, desde que lo relevante es que la Ley atribuya a un particular el ejercicio de potestades administrativas. Sobre ello puede verse la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 13 de marzo de 2003, caso *Carlos Coromoto BRAVO BARRETO*. Conocía la Corte, en esa oportunidad, de la acción incoada contra una medida disciplinaria adoptada por una asociación civil (La Hacienda Country Club). La Corte, como era de esperar, negó la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de esa acción, aduciendo que “...los denominados actos de autoridad, emanan de tales entes y están sometidos al conocimiento de esta Corte, de ahí que se hace necesario distinguir entre el procedimiento disciplinario objeto del presente amparo constitucional, seguido por el Comité de Disciplina de la Asociación Civil La Hacienda Country Club, de carácter asociativo privado constituido con fines recreativos, *que no comprenden el ejercicio de una potestad pública*, y los actos de autoridad, cuyas características esenciales se han identificado como los dictados por un órgano privado dotado de autoridad, expresamente *facultado por una Ley*, para llevar a cabo un cometido público, siempre que se trate de una relación de supremacía condicionada por la satisfacción de un interés general o colectivo...” (destacado nuestro). Los actos de autoridad son producto del “...ejercicio de competencias fundamentadas en el *imperium* del Estado...” (sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo de 10 de febrero de 2005, caso *Patricia Alejandra ARAQUE contra la Universidad Santa María*).

Los actos de autoridad, en tanto son producto del ejercicio de potestades administrativas, se rigen por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos<sup>16</sup>. Más en concreto, la institución del procedimiento administrativo es trasladable a tales actos, en especial, en aras de asegurar el derecho a la defensa de los particulares cuya esfera jurídico-subjetiva puede ser lesionada por tales actos de autoridad<sup>17</sup>. Ello es coherente con la noción de procedimiento como forma de la actividad administrativa, en tanto en estos casos, los particulares, conforme a habilitaciones legales expresas, obran en ejercicio de actividades administrativas.

#### B. La actividad administrativa de los entes con forma de Derecho Privado

En *segundo lugar*, las empresas del Estado, y en general, los entes administrativos con forma de Derecho Privado, también se sujetan a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos cuando ejecuten, conforme a la Ley, potestades públicas, caso en el cual la jurisprudencia ha entendido aplicable el régimen propio de las personas jurídicas con forma de Derecho Público<sup>18</sup>. En realidad, esos entes operan en una dualidad de regímenes jurídicos: sus relaciones con el Estado se rigen por el Derecho Administrativo; sus relaciones con particulares, por el contrario, y como regla general, se rigen por el Derecho Privado, como ahora viene a reconocer el artículo 106 de la Ley Orgánica de la Administración Pública para el caso de las empresas públicas. Adviértase que, con independencia del régimen jurídico que resulte aplicable, esas sociedades mercantiles siempre se considerarán Administraciones Públicas y respecto de ellas, siempre será aplicable el Derecho Administrativo. La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en todo caso, sólo aplica cuando ejerzan, por Ley, potestades administrativas.

---

16 De hecho, se ha admitido que los particulares pueden dictar, en estos casos, actos administrativos. *Cfr.*: CHAVERO GAZDIK, Rafael, *Los actos de autoridad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, pp. 64 y ss. Expone el autor que "...ciertas entidades privadas pueden dictar actos administrativos, en virtud de colaborar con el Estado en la prestación de los servicios públicos...". Y en tal virtud, se reconoce la aplicación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (pp. 120 y ss). En general, *vid.* BREWER-CARÍAS, Allan, "Sobre la importancia para el Derecho Administrativo de la noción de acto administrativo y de sus efectos", en *III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph BREWER-CARÍAS". Los efectos y la ejecución de los actos administrativos*, FUNEDA, segunda edición, 2005, p. 27. Una posición contraria ha sido recientemente mantenida por PISAN, Bernardo, "Naturaleza jurídica de los actos de autoridad", en *Revista de Derecho Administrativo* n° 19, Caracas, 2004, pp. 181 y ss. Su posición parece, sin embargo, excesivamente arraigada en la definición -siempre relativa- del artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

17 Tal y como ha observado la Sala Constitucional "...resulta coherente aseverar que los Entes de los cuales emanan los actos de autoridad, deben otorgar a los particulares cuyos derechos o intereses legítimos puedan ser afectados por la decisión, los mismos derechos y garantías que los órganos de la Administración Pública deben salvaguardar en la apertura y sustanciación de los diversos procedimientos administrativos, dentro de los cuales, por supuesto, están los derechos a la defensa y al debido proceso y sus distintos atributos..." (sentencia de 9 de mayo de 2002, caso *Federación Venezolana de Deportes Ecuestres*). Conforme a este criterio, el derecho a la defensa, según su plasmación en los numerales 1 y 3 del artículo 49 constitucional, es aplicable a los actos de autoridad, lo que exige la sustanciación del *debido procedimiento previo* a fin de dictar actos que incidan negativamente en la esfera jurídico-subjetiva de particulares.

18 Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 6 de agosto de 1996, caso *Consortio Hidroeléctrico Caroní*. Los comentarios a este fallo en BREWER-CARÍAS, Allan, "La interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el procedimiento de huida y recuperación del Derecho administrativo", *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph BREWER-CARÍAS"*, FUNEDA, Caracas, 1996, p. 31.

Incluso, la tesis de los actos de autoridad fue inicialmente extendida, por la jurisprudencia, a los actos dictados por entes administrativos con forma de Derecho Privado en ejercicio de potestades administrativas. De tal manera, la Sala Político-Administrativa, en sentencia de 14 de mayo de 1998, caso *Fundación IDEA*, concluyó lo siguiente:

[...] La consagración de los actos de autoridad, es una de las formas a través de la cual la jurisdicción contencioso-administrativa ha contribuido al afianzamiento del Estado de Derecho y al control de la arbitrariedad de los entes dotados de poder, capaz de incidir sobre la esfera jurídica de otros sujetos. No pareciera justo que los actos de los entes públicos estén sometidos al control de los tribunales especiales, como son los contencioso-administrativos, por el hecho de que los mismos están dotados de una fuerza ejecutoria y de una presunción de legitimidad y son capaces de incidir sobre los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados y, otros actos con iguales características, pero dictados por sujetos constituidos originalmente bajo la forma de derecho privado, no puedan ser objeto de tal control [...]

Es, en base a tales premisas que la ampliación del contencioso-administrativo lleva, entre otras cosas, al reconocimiento de la existencia de que sujetos constituidos bajo la forma de derecho privado, ejercen funciones públicas a través de actos públicos y a algunas de sus decisiones, se tienen como actos de autoridad [...].

Notar que la decisión alude, genéricamente, a *sujetos constituidos bajo la forma de Derecho privado*, expresión dentro de la que cabrían tanto particulares como entes administrativos con forma de Derecho Privado. Estos últimos, como se vio, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en virtud de la interpretación generalmente dada a su artículo 1. Nada obsta para que, sin embargo, estos entes administrativos con forma de Derecho Privado ejerciten, conforme a la Ley, potestades administrativas, caso en el cual deberán ajustar su actuación al procedimiento administrativo aplicable. En relación con este último caso, y con una posición contraria, Gustavo Linares Benzo ha señalado que, como regla general, no pueden las empresas del Estado dictar actos administrativos, salvo en el marco del artículo 106 de la Ley Orgánica de la Administración Pública. Pudiera así la Ley transferir a la empresa del Estado el ejercicio de determinadas potestades públicas, caso en el cual la empresa quedaría habilitada para dictar *actos administrativos*, siempre y cuando, además, se trate de potestades de sustancia económica y mercantil<sup>19</sup>.

En nuestra opinión, calificar los actos dictados por las empresas del Estado como *actos de autoridad* o *actos administrativos* puede resultar baladí, desde que lo fundamental es el régimen jurídico al cual se someten tales actos<sup>20</sup>. Así, la Ley puede atribuir a entes administrativos con forma de Derecho Privado el ejercicio de potestades públicas, supuesto en el cual será aplicable el procedimiento administrativo, atendiendo precisamente al ejercicio *objetivo* de potestades administrativas, de igual manera que el procedi-

19 Todo ello resguardando el Derecho de la Competencia. Interesa destacar que Linares niega, de plano que las empresas del Estado puedan dictar actos de autoridad, en tanto esa categoría sería privativa de los particulares. Cfr.: LINARES BENZO, Gustavo, "Las empresas del Estado y el artículo 7° del Código de Comercio", *Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904*, Tomo I, Caracas, 2004, pp. 179 y ss.

20 En realidad, esta discusión puede sostenerse también, como vimos, desde la perspectiva de los actos de autoridad emanados de particulares. Lo relevante, más allá de cualquier calificación al uso, es precisar si el régimen jurídico de los actos dictados por personas con forma de Derecho Privado es *idéntico* al régimen jurídico de los actos dictados por personas con forma de Derecho Público. Pareciera que la respuesta es negativa, desde las personas con forma de Derecho Público son creadas con la explícita intención de actuar como *potentior personae*. En cualquier caso, a los fines de este estudio basta con señalar que la institución del procedimiento administrativo sí es aplicable a esos actos, en tanto lo relevante es el ejercicio de potestades administrativas conferidas por Ley y no la forma del sujeto que desarrolla éstas.

miento administrativo será aplicable a particulares que actúen en ejercicio de potestades públicas. La extensión de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, a estos supuestos no se basa en la naturaleza del sujeto que actúa, sino por el contrario, en la naturaleza de la actividad que se ejerce.

La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha vuelto, recientemente, sobre este aspecto, en su sentencia de 9 de diciembre de 2004. La sentencia fue dictada con ocasión del recurso de nulidad incoado contra el acto de destitución del titular del órgano de control interno, dictado por una empresa del Estado (HIDROLARA). El Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental, quien conoció del recurso en primera instancia, dictó sentencia desechando la falta de jurisdicción alegada como punto previo por los apoderados judiciales de HIDROLARA, considerando que:

[...] Ello así, dicha empresa se rige preponderantemente por las normas de derecho privado, sin que ello implique que, para ciertos supuestos se aplique la normativa de derecho público (...) y por cuanto la recurrente fue destituida de su cargo, el 15 de septiembre de 2003, pero ingresó por concurso antes de la vigencia de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (...) resulta evidente que quien ingresó por concurso mediante una normativa de derecho público según la ley derogada del 13 de diciembre de 1995, no podía regirse por las normas del derecho del trabajo sino que tenía que regirse por la ley derogada lo que sería un absurdo ó por la ley vigente al momento de su destitución (...) lo peticionado es la nulidad o no de un acto que si bien no es administrativo, por no emanar de la administración pública, resulta evidente su carácter de acto de autoridad, que por ser tal le corresponde conocerlo a la jurisdicción contencioso administrativa y, así se decide [...].

El argumento empleado por el Juzgado Superior sigue la doctrina de los *actos de autoridad*, en el sentido que tal categoría es referible a toda persona creada bajo formas del Derecho Privado, con independencia que pertenezca al sector público o al sector privado. Por el contrario, la Sala Político-Administrativa, al conocer de la incidencia planteada, consideró que el acto recurrido sí era un acto administrativo:

[...] De las disposiciones antes transcritas, y partiendo de la premisa *supra* definida de la naturaleza pública de que goza la sociedad mercantil HIDROLARA, C.A., en criterio de esta Sala queda indubitablemente evidenciado el carácter público del cargo que desempeñaba la ciudadana Beatriz Helena Restrepo. En efecto, no cabe dudas que los Contralores Internos, actualmente denominados “Auditores Internos” por la vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, desempeñan una función pública en virtud de que, como titulares de uno de los órganos que integran el Sistema Nacional de Control Fiscal, son los llamados a garantizar la transparencia en el manejo y administración de los recursos de determinados entes u organismos del sector público.

[...]

Ello así, esta Sala no puede más que concluir que el acto por el cual el Presidente de la aludida compañía decidió prescindir de los servicios que la ciudadana Beatriz Helena Restrepo ejercía como Contralora Interna de la misma, es un acto administrativo, y por consiguiente, sometido directamente al control de los órganos judiciales. Por tal razón, el recurso de regulación de jurisdicción planteado por la parte demandada debe ser declarado sin lugar. Así se decide [...].

La sentencia no motiva, especialmente, las razones por las cuales el acto dictado por la empresa del Estado en ejecución de normas de Derecho Administrativo, era un *acto administrativo* y no un *acto de autoridad*. Pareciera haber privado, aquí, un criterio subjetivo, desde que las empresas del Estado siguen siendo Administraciones Públicas y por ende, los actos dictados por ellas en ejercicio de potestades administrativas serían, subje-

tivamente, actos administrativos. Pero, en todo caso, queda claro que el concepto de procedimiento administrativo es aplicable también a los entes administrativos con forma de Derecho Privado.

Esa aplicación se pregona, también, cuando esos entes, bajo relaciones jurídicas de Derecho Privado, ejercen instrumentalmente potestades públicas. El ejemplo común, antes esbozado, son los “contratos civiles” celebrados por entes con forma de Derecho Privado. La selección del contratista, en los supuestos del artículo 1 de la Ley de Licitaciones, quedará sometida a la Ley de Licitaciones que regula verdaderos procedimientos administrativos. En tales casos, la Administración ejerce las potestades derivadas de la referida Ley, aun cuando el fin último sea celebrar contratos regidos, sustantivamente, por el Derecho Privado.

### C. Recapitulación

La interpretación tradicional del artículo 1 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativo parece insuficiente. Primero, pues también Administraciones Públicas descentralizadas funcionalmente con forma de Derecho Privado pueden actuar a través de un procedimiento administrativo. Igualmente, las reglas del procedimiento administrativo serán aplicables a particulares que ejerzan por Ley potestades administrativas. En uno y otro caso el elemento determinante es el ejercicio de potestades públicas y no el sujeto que actúa, por lo cual, como se vio, el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, definido en su artículo 1 con un predominante carácter subjetivo, debe abarcar, también, el criterio objetivo que acaba de exponerse, incluso cuando la Administración obre en el ámbito de relaciones jurídicas de Derecho Privado<sup>21</sup>. Por ende, no es del todo exacto excluir del ámbito de aplicación de la referida Ley, a las empresas del Estado y en general, a los entes con forma de Derecho Privado<sup>22</sup>.

## III. LA AMPLIACIÓN DEL OBJETO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO A ACTIVIDADES REGIDAS PREPONDERANTEMENTE POR EL DERECHO PRIVADO

1. La ampliación del procedimiento administrativo a empresas -públicas y privadas- que gestionan “servicios públicos”: la tesis jurisprudencial del “contencioso de los servicios públicos”

Con fundamento en el artículo 259 de la Constitución, la jurisprudencia ha *ampliado* el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa a fin de abarcar las reclamacio-

---

21 Las recientes Leyes administrativas no solucionan estas dudas. De esa manera, la *Ley sobre simplificación de trámites administrativos* aplica a las Administraciones central y descentralizada que gestionen *trámites* (artículos 1 y 3), disposiciones que podrían ser interpretadas en el mismo sentido dado al artículo 1 de la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo. Distinto es el caso de la *Ley Orgánica de la Administración Pública*, pues sus disposiciones abarcan, en general, a todas las Administraciones Públicas, aun cuando algunas de sus normas sólo pueden regir a las Administraciones que ejerzan potestades públicas: el artículo 26, por ejemplo, contentivo del principio de competencia.

22 Lo común es, sin embargo, interpretar el artículo 1 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en el sentido que esa norma no rige a las Administraciones descentralizadas con forma de Derecho Privado. *Cfr.*: LEAL WILHEM, Salvador, *Teoría del procedimiento administrativo*, Vadell Hermanos, Valencia, 2004, p. 5.

nes presentadas por los usuarios de servicios públicos. Tal sistema, denominado *contencioso de los servicios públicos*, tiene dos aristas que desde ya convendría diferenciar. Por un lado, la arista procesal, conformada por la articulación de pretensiones procesales administrativas cuyo objeto es la actividad -o inactividad- considerada servicio público. La segunda, la arista material, relacionada con el régimen aplicable a la actividad catalogada servicio público.

Interesa detenernos en la segunda arista, aun cuando, para ello, sea preciso analizar los principios generales del llamado contencioso administrativo de los servicios públicos. Como se verá, ha operado, en este contexto, una notable ampliación del objeto del procedimiento administrativo, pues éste es extendido a la actividad declarada servicio público, incluso, cuando se exteriorice a través de actos regidos, enteramente, por el Derecho Privado. La ampliación del objeto del procedimiento administrativo en este ámbito ha encontrado, recientemente, reflejo en diversas Leyes que al regular ciertas actividades económicas -regidas por el Derecho mercantil- prevén la necesidad de sustanciar procedimientos administrativos. Lo peculiar de lo anterior es que, en tales casos, no nos encontramos ante el ejercicio de potestades administrativas, sino simplemente, ante el despliegue de actividades que, sin menoscabo de su especial vínculo con el interés general, se rigen por el Derecho Privado.

#### A. Breve excursión sobre el llamado contencioso de los servicios públicos y la ampliación del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa

La idea de un cauce procesal dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa a través del cual los usuarios pudiesen formular reclamos por la deficiente prestación de servicios públicos no es, entre nosotros, planteamiento del todo novedoso. Todo lo contrario, correspondió a Hildegard Rondón de Sansó<sup>23</sup> apostar por esa ampliación del ámbito de lo contencioso administrativo, ampliación por la que también se inclinó el artículo 259 constitucional, que en relación con su antecesor -el artículo 206 del Texto de 1961- tan sólo se diferencia, precisamente, por la referencia expresa a los *reclamos contra la prestación de los servicios públicos*.

La Sala Constitucional, en sentencia de 8 de diciembre de 2000, caso *Transporte Sicalpar*, se pronunció sobre este sistema de reclamos. De manera preliminar -y ello es relevante para el presente estudio- la Sala concluyó que cuando la Ley encomienda a un particular la gestión de un servicio público, éste queda investido del ejercicio de las potestades anejas al servicio, de suerte tal que las lesiones jurídico-subjetivas derivadas de la prestación de esos servicios públicos pueden ser ventiladas “mediante un contencioso de los servicios públicos”<sup>24</sup>.

El servicio público es empleado, de esa manera, como criterio delimitador de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. La jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha asumido una noción bastante amplia. Así, la importante sentencia de 6 de julio de 2001, caso *Luz Eléctrica de Venezuela y otros*, sostuvo que para que una actividad pueda ser considerada servicio público debe reunir

---

23 V., su inicial propuesta en “Ampliación del ámbito contencioso-administrativo”, ya citado. Con posterioridad, la autora ha vuelto sobre esta idea en *Las Peculiaridades del Contencioso Administrativo*, FUNEDA, Caracas, 2001, pp. 199 y ss., así como “Fundamentos y alcance constitucionales del orden contencioso administrativo”, en *El Contencioso Administrativo Hoy*, FUNEDA, 2004, pp. 13 y ss.

24 El texto de la sentencia en *Revista de Derecho Público* n° 84, pp. 319 y ss.

las siguientes notas: (i) ha de tener contenido prestacional; (ii) ha de estar “asumida” por el Estado; (iii) debe ser atendida -directa o indirecta-mente- por la Administración y (iv) debe contar con un estatuto general que asegure las notas de continuidad, generalidad, igualdad de prestación y regularidad, entre otras.

¿Cuál es el alcance de tal “contencioso de los servicios públicos?”. El llamado contencioso administrativo de los servicios públicos es una suerte de conglomerado heterogéneo de pretensiones procesales. Nulidad de actos administrativos, condena por daños y perjuicios e, incluso, la vía del amparo constitucional, serían algunos de los medios a través de los cuales se manifestaría ese sistema. De tal manera, la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 3 de abril de 2002, caso *C.A. Luz Eléctrica de Venezuela y otros II*, engloba en este sistema “...(i) la supresión o falta del servicio; (ii) la prestación parcial o deficiente; (iii) el cobro no ajustado a la legalidad o anormal; (iv) los daños derivados de la falta o deficiencia del servicio y; (v) los actos administrativos de autoridad, dictados por entes privados en materia de servicios públicos concurrentes o virtuales...”<sup>25</sup>.

En relación con lo que se expone, destaca que la jurisdicción contencioso-administrativa se ha declarado competente para conocer de tales reclamos *con independencia que la parte demandada sea una Administración Pública*. Así, en ocasiones, tales reclamos se han intentado contra sociedades mercantiles privadas (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 6 de marzo de 2003, caso *C.A. Luz Eléctrica de Venezuela*, y de 18 de septiembre de 2003, caso *CANTV*). Pero también dicha competencia ha sido asumida en relación con empresas del Estado que actúan en un régimen de Derecho Privado (como es el caso de *HIDROCAPITAL*, según lo resuelto por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 30 de noviembre de 2001).

Todos estos criterios han sido recientemente ratificados por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 5 de noviembre de 2004, en la cual asumió la competencia para conocer la acción autónoma de amparo constitucional que había sido interpuesta contra la empresa privada *C.A. Electricidad de Caracas*:

[...] Ahora bien, en el caso de autos el accionante denunció como infringidos, los derechos constitucionales relativos a la presunción de inocencia y a obtener un servicio público de calidad, consagrados en los artículos 49 numeral 2 y 117, respectivamente, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como consecuencia de la supresión del servicio público de electricidad, llevada a cabo por la empresa C.A. ELECTRICIDAD DE CARACAS, cuya actividad encuadra dentro de lo que debe concebirse como servicio público domiciliario, ya que la misma se desarrolla en función de la satisfacción de un interés general o colectivo y, que es prestado de forma regular, continua, obligatoria, mutable y en condiciones de igualdad; de todo lo cual se evidencia que la presente acción de amparo está dirigida a proteger derechos constitucionales ante la co-

---

25 También se han entendido incluidos en este sistema, los reclamos contra la *falta de prestación del servicio público o supresión de éste* (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 14 de abril de 2000, caso *IVVS*); contra la *prestación deficiente de los servicios públicos* (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 4 de junio de 1998, caso *Enfermos de SIDA* y de 6 de noviembre de 2000, caso *Proavanca*); contra la *interrupción del servicio público*, respecto de la cual se ha admitido la vía del amparo (sentencia de la Sala Constitucional de 8 de diciembre de 2000, precitada), salvo por falta de pago del servicio (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 10 de marzo de 2000, caso P.I. Montes); sin embargo, sí se ha admitido el amparo respecto la suspensión del servicio por falta de pago de cantidades sujetas a reclamos no resueltos (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 10 de octubre de 2002, caso *Constanza ESPINEL*). Véase lo que, sobre este aspecto, sostenemos en HERNÁNDEZ G., José Ignacio, “Un ensayo sobre el concepto de servicio público en el Derecho venezolano”, *BDP* n° 89-90/91-92, pp. 47 y ss.

misión de irregularidades en la prestación de un servicio público; por lo que conforme a lo antes expuesto, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en aplicación del criterio citado asume el conocimiento de la presente causa [...].

Toda pretensión cuyo objeto sea la prestación de una actividad considerada *servicio público*, es entonces sometida al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, ello -nótese bien- con independencia que el derecho sustantivo alegado sea o no el Derecho Administrativo, lo que es el signo característico de las pretensiones procesales administrativas. De hecho, muchas de las actividades catalogadas como servicios públicos -servicio eléctrico, por ejemplo- no se encuentran siquiera reservadas al Estado, por lo que su régimen preponderante es el Derecho privado<sup>26</sup>. Y sin embargo, las pretensiones esgrimidas en relación con este tipo de actividades son residenciadas en el contencioso administrativo.

#### B. La ampliación del procedimiento administrativo a empresas -públicas o privadas- que gestionan actividades de servicio público

El sometimiento de las pretensiones relacionadas con actividades económicas catalogadas como servicios públicos a la jurisdicción contencioso-administrativa supone, en definitiva, la ampliación -sustantiva y formal- del Derecho Administrativo, ello, con independencia del carácter *privado* de las actividades catalogadas como servicios públicos<sup>27</sup>. De esa manera, se ha llegado a sostener que la actividad de servicio público lleva-

26 La jurisprudencia ha exigido dos requisitos para admitir la competencia de la justicia administrativa en reclamos de servicios públicos. (i) Por un lado, que la actividad "...sea prestacional y que apareje una ventaja, beneficio o un bien destinado a la satisfacción de una necesidad de carácter general, siendo asumida por el Estado, bien sea directa o indirectamente, por medio de concesiones otorgadas a favor de cualquier persona, exigiéndose la capacidad o competencia para poder actuar como concesionarios...". Esta exigencia -actividades "asumidas" por el Estado- es ciertamente ambigua, desde que -como se observa ya, desde la experiencia francesa- el que una actividad sea "asumida" por el Estado no implica siempre su reserva al Estado, pues la "asunción" opera en cuanto a que el Estado garantiza la prestación de esa actividad, la cual puede incluso ser ejercida por la libre iniciativa privada (MALARET G., Elisenda, "Servicios Públicos, Funciones Públicas, Garantías de los Derechos de los Ciudadanos: Perennidad de las necesidades, transformación del contexto", *Revista de Administración Pública* n° 145, Madrid, 1998). Además, (ii) se exige "...que su prestación se rija por un estatuto o régimen especial, caracterizado por la generalidad, uniformidad, igualdad, continuidad, obligatoriedad y subordinación a normas preponderantemente de Derecho Público, que permita distinguirlo de otras actividades públicas...". Esa especialidad en modo alguno afecta el régimen sustantivo aplicable, pues incluso las actividades regidas por ordenamientos sectoriales pueden informarse, sustantivamente, por el Derecho privado. Sobre estos dos requisitos, vid. la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 18 de septiembre de 2003, caso *Andrés Alberto ÁLVAREZ IRAGORRY contra la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV)*. Véase también lo expuesto en la nota siguiente.

27 Se impone, en este punto, una forzosa aclaratoria. Caben, básicamente, dos conceptos del servicio público: bajo una noción *subjetiva*, la declaratoria de una actividad como servicio público supone su reserva al Estado; desde una perspectiva *objetiva*, la declaratoria de una actividad como servicio público sólo entraña una llamada de atención para que los Poderes Públicos aseguren su adecuada gestión. Bajo este último criterio, que es el que hemos defendido, reserva y servicio público no son términos coincidentes. Sobre ello se pronunció la Sala Constitucional en sentencia de 6 de mayo de 2004, caso *Banco del Caribe (RDP n° 97-98, pp. 273 y ss)*, y antes, en sentencia de 24 de agosto de 2003, caso *Arnaldo GONZÁLEZ SOSA* (sobre este fallo vid. HERNÁNDEZ G., José Ignacio, "¿Superación de la crisis conceptual del servicio público?. A propósito de la sentencia de la Sala Constitucional del 29 de agosto de 2003", en *Revista de Derecho Administrativo* n° 17, Caracas, 2003, pp. 235. Más recientemente, la Sala Constitucional ha reiterado este criterio en su sentencia de 16 de marzo de 2005, caso *Ordenanza sobre Tarifas del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador del Distrito Federal (Revista de Derecho Público n° 101, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005, p. 156)*. Que una actividad declarada servicio público no se encuentre reservada al Estado supone, básicamente, que en ella rige la libertad de empresa y que, por ende, su ejercicio es posible bajo cauces propios del Derecho Privado. Nada obsta, por supuesto, para que el Estado *regule* el ejercicio

da a cabo por empresas -públicas y privadas- reviste las formas propias de la actividad administrativa e, incluso, pueden derivar en auténticos actos administrativos, aun cuando, subjetivamente, no estamos en presencia de ninguna Administración. Así, en la sentencia de principio ya citada de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 6 de julio de 2001, caso *Luz Eléctrica de Venezuela y otros*, se había incoado un “recurso contencioso administrativo de nulidad” contra los “actos administrativos” dictados por el grupo al cual pertenece la empresa privada C.A. Luz Eléctrica de Venezuela, C.A., a través de los cuales se detectaron “anomalías” en el consumo de electricidad y se procedió a suspender el suministro eléctrico a ciertos usuarios.

La sentencia no se detiene en la naturaleza jurídica de los actos recurridos, limitándose a señalar que las pretensiones esgrimidas versan sobre un “servicio público en estricto sentido”, conforme a la regulación derivada de la -entonces vigente- Ley del Servicio Eléctrico. De tal manera, el concepto de acto administrativo es ampliado hasta el punto de abarcar actos dictados por *empresas privadas* que no están ejerciendo potestades públicas sino, por el contrario, actividades económicas de relevante interés general. Junto a esa calificación, la jurisprudencia ha entendido trasladable, también, la figura del procedimiento administrativo en la prestación de esas actividades de servicio público:

[...]al respecto, la Corte observó que tal y como fue desarrollado a través de la decisión precedente, la prestación ejecutada por la presunta agravante es una actividad de incuestionable necesidad domiciliaria, esto es, de fundamental utilización para los estándares de vida de cualquier estrato social; máxime aún cuando como se dijo, semejante prestación ha sido estimada por el Estado como una actividad que debe garantizar su continuidad y eficiencia, bien de forma directa o indirecta, como en el caso presente.

En tal sentido, se expresó que siendo una actividad de entrañable interés público (el suministro de luz eléctrica), cuya prestación se rige por un estatuto o régimen especial, *toda sanción que sea impuesta al usuario de tan imprescindible beneficio diario, debe responder al apego no sólo de la reserva legal, sino también, al de una imposición enmarcada dentro de un catálogo mínimo de garantías, tales como: (i) un procedimiento previo y (ii) la aplicación excepcional de la privación del servicio.*

Advirtiéndose que, *eso no significaba el traslado de rigorismos procedimentales que hicieran engorroso para la concesionaria o prestadora del servicio, el que pudiera constreñir a los usuarios contumaces en honrar sus mínimas obligaciones cotidianas (Vgr. suspender el servicio por falta de pago, por el transcurso de un período determinado); pues allí, la carga de la prueba se limitaba a demostrar la cancelación o no de la tarifa imputada por el consumo generado durante un período breve. Es pues, en esencia un régimen de permanente, cotidiano, consustancial y hasta ordinaria coacción (“si no cancela a tiempo, se le suspenderá el servicio”, tal y como ocurre con líneas telefónicas de cualquier índole). Era pues en definitiva, un régimen sancionatorio no exorbitante, cuya ratio estaba basada en ofrecer al prestador del servicio un mecanismo de cómo garantizar su*

---

de esa actividad, pero ello en modo alguno afectará su naturaleza *privada*, es decir, su carácter de actividad económica informada por el principio de libertad de empresa y sometida preponderantemente al Derecho Privado. A favor de la tesis mantenida por nosotros, y muy especialmente, en cuando a la convivencia de la libertad de empresa con actividades consideradas servicios públicos, véase recientemente a HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, “Los Servicios Públicos Competitivos y la Libertad de Empresa”, en *Estudios en Homenaje a Don Jorge FERNÁNDEZ RUIZ. Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos*. Tomo II, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005. Recientemente sobre este tema véase también a SISCO RICCIARDI, Octavio, “Hacia un nuevo concepto de servicio público. Su visión en la Constitución venezolana de 1999”, *El Estado constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela. Libro Homenaje a Tomás POLANCO ALCÁNTARA*, Estudios del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, pp. 649 y ss.

*equilibrio económico, frente al impostergable deber que tiene de salvaguardar la continuidad del servicio, y sin que ello se tradujera en perjuicios económicos[...]*” (destacado nuestro. Sentencia de 3 de abril de 2002, caso *C.A. Luz Eléctrica de Venezuela y otros II*).

La adopción de medidas de coacción sobre los usuarios requiere, de esa manera, la sustanciación de un previo procedimiento, el cual, para la Corte, no debe estar inspirado en trámites engorrosos, desde que se trata de un “régimen sancionatorio no exorbitante”. Dejando a un lado la imprecisión de este término, lo cierto es que la sentencia citada exigió sustanciar un previo procedimiento antes de la adopción de medidas coactivas sobre el usuario deudor, a fin de respetar sus garantías. Medidas calificadas, además, como actos administrativos.

La Sala Constitucional, de nuevo, en el marco del sector eléctrico, reiteraría esa conclusión, en especial, respecto de empresas del Estado que gestionan el servicio eléctrico. Conoció la Sala de la acción por intereses difusos y colectivos intentada contra ciertas empresas eléctricas, acción incoada, principalmente, ante el cobro de energía consumida pero no facturada. Lo relevante, de cara al presente estudio, es que la Sala Constitucional extendió la institución del procedimiento administrativo -conforme a su desarrollo en el artículo 49 de la Constitución- a la actuación llevada a cabo por estas empresas eléctricas, al exigir un previo trámite para la adopción de medidas gravosas sobre los usuarios:

[...] Como la Constitución de 1999, establece en su artículo 49 que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, y que la defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación, derecho de defensa que esta Sala ha extendido al proceso administrativo, la determinación de la sustracción de energía no puede hacerse a espaldas del usuario, quien debe tener oportunidad de ser oído antes de ser sancionado (artículo 49.3 constitucional) [...] (sentencia de 31 de mayo de 2004, caso *Eleorienté*).

La afirmación se sustenta en la propia regulación aplicable al sector eléctrico. Mas sin embargo, la Sala Constitucional lleva esta afirmación al punto de catalogar como *administrativo* al procedimiento a través del cual las empresas eléctricas pueden proceder al cobro de energía no facturada<sup>28</sup>.

## **2. La ampliación del procedimiento administrativo a empresas que gestionan actividades de interés general en la legislación especial**

La legislación especial ha corroborado esta tendencia jurisprudencial, al extender principios propios del procedimiento administrativo a actividades económicas de interés general desarrolladas por empresas del Estado. Lo ha hecho, especialmente, a partir del desarrollo de un complejo sistema de *reclamos* de usuarios. Veamos, a continuación, algunos ejemplos sectoriales.

-*La Ley Orgánica del Servicio Eléctrico* reconoció, en su artículo 40.2, un sistema de *reclamos* de los usuarios en diversas instancias. De esa manera, los reclamos serán for-

---

28 V., el artículo 54 del Reglamento de Servicio Eléctrico. Sobre esta norma, la sentencia citada señaló que “...el procedimiento obligatorio del artículo 54 mencionado, debe garantizar el derecho de defensa del usuario, a fin de que se cumpla el debido proceso, y por lo tanto el usuario tiene el derecho de ser oído previamente ...”. La Sala no duda en catalogar a dicho trámite como un procedimiento administrativo: “...se trata de un procedimiento que deben aplicar los prestadores de servicio, sean entes públicos o privados, y que conforman un especial procedimiento administrativo. Tal procedimiento contiene un recurso, que la norma denomina apelación del reclamo, y que impide de ser ejercido la suspensión del servicio...”.

mulados directamente ante la empresa eléctrica; en *segunda instancia*, los usuarios podrán dirigirse a la “autoridad municipal competente” y, finalmente, en última instancia, los usuarios podrán presentar su reclamo ante la Comisión Nacional de Energía Eléctrica<sup>29</sup>. Notar cómo la primera instancia de estos reclamos se desarrolla ante empresas con forma de Derecho Privado mientras que las instancias posteriores se desenvuelven ante Administraciones Públicas con forma de Derecho Público, y regidas, como tal, por el Derecho Administrativo. En la práctica, y conforme a la citada sentencia de la Sala Constitucional de 31 de mayo de 2004, caso *Eleoriente*, todos estos trámites -incluyendo los gestionados ante las empresas eléctricas- tendrían naturaleza administrativa, lo que implicaría la aplicación de la institución del procedimiento administrativo.

-El procedimiento de reclamos de los usuarios es regulado, también, en la *Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento*. Así, los suscriptores de los servicios de agua potable y saneamiento podrán formular reclamos a los prestadores de esos servicios públicos, dentro de los quince días hábiles siguientes a los hechos que motivan el reclamo (artículo 71). Lo relevante es que contra la negativa expresa o tácita -notar la reminiscencia a la figura del silencio administrativo- el interesado podrá ejercer *recurso de reconsideración* ante el Poder Municipal y, de ser el caso, *recurso jerárquico* ante la Superintendencia Nacional. Llama la atención, principalmente, la previsión de típicos recursos administrativos no como medios de impugnación de actos administrativos, sino como instrumentos de reclamos contra la actividad de los gestores de los servicios de agua potable y saneamiento. Se observa de nuevo la insistencia por trasladar, a actividades económicas, la institución del procedimiento administrativo.

-La recientemente promulgada *Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión* vuelve sobre esta tendencia y traza, igualmente, un sistema de reclamos de los usuarios encauzado a través de trámites también asimilables al procedimiento administrativo. Los usuarios podrán, según el numeral segundo del artículo 12, “...dirigir solicitudes, quejas o reclamos vinculados con los objetivos generales de esta Ley, a los prestadores de servicios de radio y televisión...”. De esa manera, se establece -a través de normas de Derecho Administrativo- el derecho de los usuarios de formular reclamos contra los prestadores de los servicios de radio y televisión, imponiendo la Ley, en cabeza de éstos, el deber de otorgar respuesta debida y oportuna a dichos reclamos.

No se discute que, en los ejemplos citados, la institución del procedimiento administrativo es aplicable a actividades económicas de relevante interés general que, sin embargo, no se encuentran expresamente reservadas por Ley al Estado, por lo que su gestión puede ser llevada a cabo en un régimen fundamental de Derecho Privado, sin perjuicio de la inmisión del Derecho Administrativo, particularmente, mediante regulaciones de ordenación y limitación. Pero, en cualquier caso, las empresas a quienes se les extiende la institución del procedimiento administrativo no ejercen potestades públicas. No actúan, pues, como *potentior persone*. Y, sin embargo, tal y como ha admitido la jurisprudencia, se les aplica la institución del procedimiento administrativo y con ello, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. De hecho, eventualmente, los actos dictados por las empresas que gestionan servicios públicos han sido catalogados como actos de autoridad<sup>30</sup>.

---

29 V., lo que, en conjunto, exponemos en la obra colectiva *Régimen jurídico del servicio eléctrico en Venezuela*, Caracas, 2002, pp. 238 y ss. En general, sobre este tema, *vid.* HERNÁNDEZ G., José Ignacio, “La defensa de los usuarios en la actividad de distribución eléctrica”, en *RDP* n° 97-98, pp. 47 y ss.

30 Puede verse sobre ello la sentencia de la Sala Constitucional de 4 de diciembre de 2003, caso *Almacenadota Caraballeda*. Para la Sala, las empresas de gestión de servicios públicos pueden ejercer potestades administrativas

### 3. Reflexiones críticas sobre la ampliación del procedimiento administrativo a actividades que no entrañan el ejercicio de potestades públicas. ¿Hacia un nuevo concepto de actividad administrativa?

Lo antes expuesto resume la situación actual de la problemática que queremos tratar. El procedimiento administrativo -y con él, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos- es extendido a la gestión económica llevada a cabo por empresas bajo un régimen preponderante de Derecho Privado. El criterio subjetivo no es aquí aplicable pues la extensión del procedimiento administrativo se hace con abstracción de la naturaleza pública o privada. Tampoco resulta ya válido el criterio de las potestades administrativas pues, como ha quedado dicho, estas empresas no gestionan potestades públicas, es decir, no actúan sobre prerrogativas de Derecho Privado sino, a lo sumo, mediante la gestión de actividades de interés general.

Esta ampliación del objeto del procedimiento administrativo toca las bases mismas del Derecho Administrativo venezolano. Pareciera que éste deja de ser Derecho estatutario de las Administraciones Públicas, para pasar a ser Derecho común de sujetos que ni son órganos y entes administrativos, ni ejercen la función administrativa. De hecho, entendemos que esta ampliación es, en realidad, ampliación del concepto de *actividad administrativa*, con lo cual, paradójicamente, el concepto de procedimiento administrativo permanecería incólume. Este es, sigue siendo, la forma de la actividad administrativa. Lo que es actividad administrativa ha variado, sin embargo, muy mucho.

#### A. Algunas diferencias básicas entre los conceptos de servicio público, potestades administrativas, y actividad administrativa

Sin necesidad de volver sobre planteamientos ciertamente retóricos, parece ser que en la base de la problemática que aquí queremos reflejar subyace el equívoco concepto de servicio público. Es la idea de servicio público, precisamente, la que impulsó a la ya comentada sentencia de la Sala Constitucional de 8 de diciembre de 2000, así como a la también citada sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 6 de julio de 2001. De allí que algunas acotaciones preliminares se imponen.

No hay, como es conocido, un concepto unívoco de servicio público. En todo caso, la jurisprudencia venezolana parece inclinarse más por una noción objetiva -propia de Duguit- en tanto lo relevante es la existencia de actividades prestacionales de interés general cuya gestión siempre ha de ser tutelada por el Estado:

[...] Ya esta Sala aclaró, por un lado, que no toda actividad que se catalogue como servicio público se encuentra reservada al Estado (sentencia n° 2436 de 29 de agosto de 2003, caso *Arnaldo González S.*, por otro lado, que la configuración estricta o tradicional del servicio público debe limitarse a aquellas actividades que por Ley Orgánica han sido reservadas al Estado (sentencia n° 825 de 6 de mayo de 2004) [...] (sentencia de la Sala Constitucional de 16 de marzo de 2005, precitada).

---

que típicamente son ejercidas por la Administración, supuesto en el cual "...estamos ante la realización de una función netamente administrativa para la satisfacción de intereses generales o colectivos, en cuyo ejercicio las personas de derecho privado dictan actos de los que la doctrina y la jurisprudencia patria han denominado actos de autoridad...". De nuevo, la Sala advierte que las empresas -públicas o privadas- concesionarias de un servicio público, deberán sustanciar un *previo procedimiento administrativo* para la adopción de actos de gravamen sobre sus contratistas.

Conforme al anterior criterio, hay actividades catalogadas como servicios públicos que no se encuentran reservadas por Ley al Estado y que, por el contrario, se configuran como actividades económicas regidas, preponderantemente, por el Derecho Privado. De allí que hemos postulado la necesidad de abandonar el concepto de servicio público como modalidad de la actividad administrativa, pues no siempre aquél responde a una actividad gestionada directa o indirectamente por la Administración. De esa manera, actividades consideradas servicios públicos pueden ser gestionadas por particulares como derivación de su derecho de libertad económica. Y en tal caso, tales particulares no actuarían como *potentior persone*, sino por el contrario, como sujetos de Derecho común<sup>31</sup>.

- Asunto del todo distinto es el concepto de potestades administrativas. La potestad es una *facultad-deber*, esto es, la atribución conferida por la Ley a la Administración para expresar su voluntad y afectar la esfera jurídico-subjetiva de los particulares, generando de esa manera relaciones jurídico-administrativas. La potestad es el signo característico de las Administraciones Públicas, quienes pueden actuar, de esa manera, como *potentior persone*. Se colige de lo anterior que las nociones de servicio público y potestad pública no son coincidentes, en el sentido que pueden existir actividades consideradas o declaradas como servicio público, pero que no impliquen el ejercicio de potestades administrativas. En especial, cuando particulares explotan actividades económicas privadas de interés general, equívocamente catalogadas como servicio público, no ejercen potestades administrativas. Todo lo contrario, ellos actúan dentro del Derecho común<sup>32</sup>.

-Más arduo resulta definir *actividad administrativa*. Frente a la genérica noción alusiva al conjunto global de actuaciones llevadas a cabo por la Administración<sup>33</sup>, cabe también un concepto más reducido, a fin de acotar la actividad administrativa a las actuaciones llevadas a cabo por las Administraciones Públicas en ejercicio de potestades administrativas. Junto a estas actuaciones encontraríamos, también, la actividad de *gestión económica*, en la cual la Administración actúa bajo normas de Derecho Privado. Asumiendo este concepto reducido, la idea del procedimiento como forma de la actividad administrativa cobra pleno sentido. El procedimiento sería, así, la forma de las potestades administrativas y de allí que el concepto sea inaplicable a la actividad administrativa basada, preponderantemente, en el Derecho Privado<sup>34</sup>.

---

31 En general, seguimos lo expuesto en nuestro trabajo "Un ensayo sobre el concepto de servicio público en el Derecho venezolano", *cit.* En nuestra opinión, al no haber un concepto unívoco de servicio público, no hay, tampoco, un régimen jurídico uniforme de esos servicios. Sobre ello *vid.* LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2002, p. 209. Reconocemos que no es ésta la teoría predominante en la doctrina venezolana, en la cual pareciera que el concepto de servicio público se ancla en la titularidad pública del servicio público y por ende, en el conjunto de potestades públicas inherentes al servicio (ARAÚJO-JUÁREZ, José, *Manual de Derecho de los Servicios Públicos*, Vadell Hermanos, Valencia, 2003, pp. 70 y ss).

32 V., RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Teoría general de la actividad administrativa*, Caracas, 1995, pp. 43. y ss. Para la autora, las potestades operan en el ámbito de la actividad administrativa sometida a Derecho Público.

33 Tal es la posición tradicional de GIANNINI, Masimmo Severo, *Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1991, pp. 107 y ss. En Venezuela véase a PEÑA SOLÍS, José, *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen Primero, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, pp. 31 y ss.

34 Es decir, que los conceptos de *actividad administrativa* y *potestad administrativa* no serían siempre equivalentes, en tanto no toda actividad administrativa supone el ejercicio de potestades públicas: hay, también, actividad administrativa basada, preponderantemente, por el Derecho Privado, en la cual la Administración no expresa su voluntad mediante potestades. H. RONDÓN DE SANSÓ ha señalado que la calificación de actividad administrativa puede ser endosada a las actuaciones de Derecho Privado de la Administración, en tanto esas actuaciones son realizadas por una persona de "naturaleza pública" y, además, por cuanto se atiende siempre a un fin público (*Teoría de la actividad administrativa, cit.*, pp. 25 y ss. Recientemente BREWER-CARIAS ha vuelto sobre este tema, al subrayar

## B. Planteamiento crítico al intento de definir el procedimiento administrativo sobre la base del concepto de servicio público

Atendiendo a lo antes expuesto, debemos criticar la tendencia de extender el procedimiento administrativo a la gestión de actividades catalogadas como servicios públicos. Ello, pues la heterogeneidad del servicio público impide edificar, sobre él, el concepto de procedimiento administrativo. Incluso, esa ampliación del objeto del procedimiento administrativo ha operado respecto de actividades que, sin perjuicio de su estrecha vinculación con el interés general, son en realidad actividades empresariales que constituyen actos objetivos de comercio que son explotados en ejercicio del derecho de libertad de empresa, como es el caso, por ejemplo, del servicio eléctrico.

Esta extensión no es, en realidad, novedosa. De hecho, la tesis de los actos de autoridad se ha pretendido edificar, con claras reminiscencias en el régimen francés, en la noción de servicio público. Actos de autoridad como actos dictados en ejercicio de una actividad de servicio público<sup>35</sup>. La jurisprudencia de la Sala Constitucional (sentencia de 4 de diciembre de 2003, caso *Almacenadora Caraballeda*) ha vuelto sobre este planteamiento.

No obstante, en nuestra opinión, anclar el concepto de procedimiento administrativo en la noción de servicio público es improcedente, por las razones que de seguidas se expresan:

- En *primer lugar*, lo hemos dicho ya, la propia indeterminación del concepto *servicio público* impide edificar sobre éste otros conceptos, como el de procedimiento administrativo. Buen ejemplo de ello es la decisión de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 18 de septiembre de 2003, precitada, la cual declara la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la acción de amparo incoada contra CANTV, invocando anteriores decisiones basadas en la gestión de actividades de servicio público. La decisión es ciertamente paradójica pues -nótese bien- las telecomunicaciones no son declaradas como servicio público ni por Constitución, ni por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones<sup>36</sup>. A pesar de ello, se *interpretó* que los servicios de telecomunicaciones -que constituyen un acto objetivo de comercio que puede ser ejercido en virtud del derecho de libertad de empresa- eran servicios públicos, de lo que se deriva, como se vio, la naturaleza *administrativa* de esa actividad y la aplicación de la institución del procedimiento administrativo.

- En *segundo lugar*, pues existen actividades consideradas o declaradas servicios públicos que, sin embargo, responden a verdaderas actividades económicas no reserva-

---

que en la actividad administrativa puede apreciarse siempre la interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado ("La actividad administrativa y su régimen jurídico", en *II Jornadas sobre Derecho Administrativo*, FUNEDA, Caracas, 2005, p. 41).

35 CHAVERO, R., *Los actos de autoridad*, cit., pp. 87 y ss., ha sostenido que para que un acto emanado de personas de Derecho Privado "...sea considerado como administrativo es necesario que el particular esté colaborando con el Estado en la prestación de un servicio público, y además, que ejerza prerrogativas públicas que le hayan sido atribuidas por algún texto normativo...". Sin embargo, reconoce el autor la debilidad de esta posición, precisamente, ante la indeterminación del concepto de servicio público. Cita el autor la conocida decisión de la Sala Político-Administrativa de 6 de mayo de 1993, caso *Ruperto MACHADO*, aun cuando la lectura de ese fallo en modo alguno permite concluir que éste acoge la tesis del servicio público. Todo lo contrario, es el criterio de *funciones administrativas ejercidas en virtud de mandato de Ley*, la nota que, según el fallo citado, caracteriza a los llamados actos de autoridad.

36 Algún sector de la doctrina apoya la calificación de las telecomunicaciones como servicios públicos. *Cfr.*, PEÑA SOLÍS, José, *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen 3, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003, especialmente, pp. 430 y ss.

das al Estado y sometidas, por ende, a un régimen preponderante de Derecho Privado. El caso prototípico son los servicios de telecomunicaciones. Al gestionar esas actividades no se actúa en ejercicio de prerrogativas de Derecho Público; por el contrario, se opera dentro del Derecho Común. Luego, los trámites anejos al ejercicio de esa actividad no pueden ser catalogados como procedimientos administrativos. Sencillamente, pues el Derecho sustantivo aplicable no es el Derecho Administrativo.

- En relación con lo anterior, y en *tercer lugar*, recordar que no toda gestión de servicios públicos entraña el ejercicio de potestades administrativas. Por el contrario, hay servicios públicos que responden a actividades económicas *privadas*, en las cuales no se actúa como *potentior persone*. En definitiva, lo que define en primer término al procedimiento administrativo, en nuestra opinión, es el ejercicio de potestades administrativas. Y éstas no siempre están presentes en actividades catalogadas como servicio público.

En los casos resueltos por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 6 de julio de 2001, y por la Sala Constitucional en sentencia de 31 de mayo de 2004, las actividades analizadas -servicio eléctrico- más allá de su calificación como servicios públicos, no se encontraban reservadas al Estado. Se trataba, por el contrario, de actividades económicas privadas cuyo régimen sustantivo era de Derecho Privado. El Derecho Administrativo opera sobre esas actividades limitando y ordenando la actuación de los operadores económicos. Pero la aplicación del Derecho Administrativo no transforma en administrativa la actividad económica que es regulada. Es por ello que en nuestra opinión, las actuaciones de esos operadores económicos no podían reconducirse a la figura del procedimiento administrativo. Sencillamente, en tanto no mediaba ejercicio de potestad administrativa de ningún tipo.

Adviértase, de lo anterior, que la objeción a la extensión del objeto del procedimiento administrativo es fundamentada, por nosotros, en la desnaturalización de la actividad ejercida por estos entes, la cual es identificada con la típica actividad administrativa desplegada en ejercicio de potestades públicas, afirmándose incluso que los actos dictados por esos entes son *actos administrativos*. Entre nosotros, una dura crítica a esta tendencia ha sido esbozada por Araujo Juárez, quien observa que tal tendencia responde a una inapropiada aplicación de la tesis de los actos de autoridad. Dicha tesis -para Araujo- requiere la concurrencia de dos condiciones: la existencia de prerrogativas públicas y el fin de servicio público perseguido. En los casos resueltos por la jurisprudencia, sin embargo, se ha atendido sólo a la última condición<sup>37</sup>. Es decir, que los entes encargados de la gestión de “servicios públicos”, aun cuando desarrollan una actividad aneja al interés general no siempre ejercen potestades públicas, siendo ése, precisamente, el criterio determinante para precisar cuándo se está ante una actividad administrativa *strictu sensu*.

C. Una forzosa matización: la actividad administrativa regida por el Derecho Privado y la institución del procedimiento administrativo. Sobre el Derecho administrativo privado desde el artículo 141 constitucional

En un todo de acuerdo con lo que se viene señalando, debe concluirse que la institución del procedimiento administrativo no puede reconducirse a la actividad administrativa de Derecho Privado. Tampoco, por supuesto, a la actividad privada de particulares. Claro está, no se niega que en el ámbito de esas actividades privadas cabe plantear la

37 ARAUJO JUÁREZ, José, *Manual de Derecho de los Servicios Públicos*, cit., pp. 176 y ss.

existencia de procedimientos, pero no de carácter administrativo. La expresión de Benvenuti sobre el procedimiento como forma de la actividad o función administrativa, o como forma de la transformación del *poder* en acto, cobra aquí especial importancia: sin función administrativa, es decir, sin potestades administrativas, no puede haber procedimiento administrativo.

La propia justificación del procedimiento administrativo avala esta aseveración. De esa manera, el procedimiento administrativo como *garantía de los particulares* se fundamenta -Cierco Seira- en la necesidad de estatuir "...un conjunto de garantías que actúen de freno y contrapeso a los poderes exorbitantes de la Administración pública en tanto *potentior persone...*"<sup>38</sup>. Si la Administración no opera en ejercicio de potestades públicas, el procedimiento -en tanto garantía de los administrados- no se encuentra justificado. Pero hay que hacer, sin embargo, una forzosa matización.

Lo anterior no supone que cuando la Administración actúa bajo formas y/o instrumentos de Derecho Privado, el Derecho Administrativo no resulte aplicable. No es eso, en absoluto, lo que quiere señalarse. En realidad, la Administración, con independencia del régimen jurídico bajo el cual actúe, siempre va a estar regulada por el Derecho Administrativo y, muy especialmente, por los principios generales a que se contrae el artículo 141 de la Constitución. Los términos empleados por esa norma son ciertamente reveladores. La Administración Pública, que está al servicio de los ciudadanos, debe actuar siempre con subordinación plena a la Ley y al Derecho, atendiendo a los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad. Esos principios conforman el régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas y siempre son referibles a éstas, incluso, cuando manifiesten su voluntad a través de formas de Derecho Privado.

Los entes administrativos con forma de Derecho Privado son Administraciones Públicas y a ellos resulta aplicable el régimen derivado del artículo 141 constitucional. Es por lo anterior que el Derecho Privado aplicado a esos entes debe ahormarse, en atención a ese régimen jurídico fundamental, de lo que surge el denominado *Derecho administrativo privado*, que no es más que el conjunto de normas de Derecho Privado que, orientadas a los principios a que se contrae el artículo 141 constitucional, resultan aplicables a las Administraciones Públicas, incluso, con forma de Derecho Privado. Pero ello, se insiste, no supone que los entes con forma de Derecho Privado deban expresar su voluntad a través de procedimientos administrativos, dado que éstos, en tanto cauce formal, sólo resultan aplicables cuando media el ejercicio de potestades públicas. No obstante, los principios generales de las Administraciones Públicas establecidos legalmente, y que desarrollan los postulados del artículo 141 constitucional, sí serán referibles a los entes con forma de Derecho Privado incluso cuando no ejerzan potestades públicas, con inde-

---

38 *La participación de los interesados en el Derecho Administrativo, cit.*, pp. 56 y ss. En ejercicio de potestades públicas la Administración puede imponer a los particulares su voluntad, incluso, de manera coactiva, lo que justifica la salvaguarda del derecho a la defensa mediante el trámite de audiencia previa (en general, *vid.* BREWERCARÍAS, Allan, *El Derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del procedimiento administrativo, cit.*, pp. 548 y ss.). Cuando la Constitución, en su artículo 49, señala que las garantías allí contenidas -entre ellas, el derecho a la defensa- son trasladables también a actuaciones administrativas, ha de entenderse, por ende, que se trata de actuaciones que suponen el ejercicio de potestades públicas. Si la Administración actúa en el ámbito del Derecho Privado sin posibilidad de imponer su voluntad a los particulares, el sentido del derecho a la defensa se perdería. No obstante, bajo la concepción ampliada del procedimiento administrativo que hemos venido comentando, hay también una *ampliación del derecho a la defensa* el cual, incluso, pasa a ser vinculante en relaciones entre particulares o entre particulares y Administraciones con forma de Derecho Privado.

pendencia que tales principios estén establecidos en Leyes procedimentales. Se insiste, tales entes despliegan su actividad como Administraciones Públicas<sup>39</sup>.

Recientemente, la *Ley contra la Corrupción* ha venido a reiterar esta premisa. El sentido de la Ley, como hemos observado ya, es proscribir la huida del patrimonio público, por lo que se implementa un sistema de control sobre el patrimonio público con independencia de las características del sujeto que lo maneje<sup>40</sup>. Por ello, sus artículos 6 y siguientes enuncian los *principios para prevenir la corrupción y salvaguardar el patrimonio público*, que son aplicables, insistimos, con independencia de la naturaleza y régimen jurídico del sujeto involucrado en el uso de ese patrimonio. Tales principios son, en realidad, los propios de la actividad administrativa: honestidad, eficiencia, eficacia, publicidad, participación, objetividad y otros similares. Principios que, por otra parte, habían sido inicialmente refrendados en el artículo 30 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y que han sido luego desglosados por el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, que tampoco prejuzga sobre la *forma* jurídica de ésta.

En definitiva, los entes con forma de Derecho Privado, en tanto Administraciones Públicas, siempre deben regirse por los principios generales establecidos en el artículo 141 constitucional. Si ejercen potestades administrativas su voluntad tendrá que encauzarse, además, dentro del procedimiento administrativo aplicable. Pero, en todos los casos, su actuación quedará dominada por el Derecho Administrativo. Incluso, los postulados derivados del principio de interdicción de la arbitrariedad (razonabilidad y racionalidad, principalmente) deben ser cumplidos por tales entes con forma de Derecho Privado quienes, además, deberán procurar siempre la adecuada tutela del interés general valorando, objetivamente, todos los intereses en juego. Hay normas vinculantes que son válidas para todo modo de administrar, por lo que "...el Derecho privado no está capacitado para dispensar al Ejecutivo del respeto a las exigencias propias del orden de distribución de competencia y de los requisitos básicos de legitimación. También la acción de la Administración con forma de Derecho privado es acción del Estado y tiene que responder como tal públicamente..." (Shimidt-Assmann)<sup>41</sup>.

Llegados a este punto, y a fin de recapitular lo expuesto, se imponen realizar algunas acotaciones.

- En *primer lugar*, como se indicó, el procedimiento administrativo, en tanto institución, sólo se justifica en tanto medie el ejercicio de potestades administrativas. Ello no quiere decir que, fuera de esos casos, el Derecho Administrativo no resulte aplicable. Por el contrario, éste regirá tanto a la actividad preponderante de Derecho Privado de las Administraciones Públicas como, en ciertos casos, la actividad privada de particulares, como luego se verá.

- En atención a lo expuesto, y *en segundo lugar*, los principios generales esbozados en el artículo 141 de la Constitución *siempre* son referibles a toda Administración Pública, aun cuando actúe bajo formas propias del Derecho Privado. Lo que se impone, aquí, es adecuar ese Derecho Privado a los principios generales del Derecho Administrativo. Lo anterior, por supuesto, no implica que la voluntad de esos entes deba expresarse a través

39 Por ello, un sector de la doctrina alemana ha propuesto ampliar el ámbito de aplicación de las Leyes de procedimiento a este tipo de entes. *Cfr.*, SHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, *cit.*, p. 302.

40 Es por ello que la Ley puede resultar aplicable, incluso, a particulares que administren el patrimonio público. Véase lo que tratamos en HERNÁNDEZ G., José Ignacio, "El concepto de funcionario público en la nueva Ley contra la Corrupción", *El régimen jurídico de la función pública en Venezuela. Homenaje a la Doctora Hildegard RONDÓN DE SANSÓ*, Tomo III, FUNEDA, Caracas, 2004, pp. 165 y ss.

41 *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, *cit.*, pp. 300 y ss.

de un *procedimiento administrativo* ni, tampoco, que sus decisiones adquieran siempre carácter de *actos administrativos*. Se insiste, estos entes actuarán bajo un régimen sustantivo de Derecho Privado y, por ende, sin ejercer potestades públicas. Empero, en tanto son considerados Administraciones Públicas, la actuación de esos entes debe cumplir con ciertas condiciones especiales, necesarias para dar cumplimiento a los principios generales a los que nos hemos referido. Aquí juega especial función el principio constitucional de *buena administración*: que la Administración deba actuar razonablemente, ponderando todos los intereses en juego, no es, en absoluto, privativo de las actuaciones llevadas a cabo mediante el ejercicio de potestades administrativas.

- En *tercer lugar*, estos principios generales pueden ser también aplicables a particulares que exploten actividades de interés general y colaboren, de esa forma, con la Administración Pública, conforme al mandato del artículo 135 constitucional. Se advierte, de nuevo, que esta premisa no supone aplicar la institución del procedimiento administrativo a estos particulares ni, tampoco, calificar como actos administrativos las decisiones por ellos adoptadas. Lo que quiere reflejarse es que, siempre conforma a las previsiones *legales* existentes, los principios generales comprendidos en el artículo 141 constitucional pueden ser extensivos a particulares, sin necesidad de desnaturalizar la actividad por ellos desarrollada. Incluso, el artículo 4 de la Ley contra la Corrupción permite catalogar como funcionarios públicos a los particulares relacionados con el uso del patrimonio público, lo que a su vez implica extender, a esos particulares, los principios generales refrendados por la Ley.

D. A modo de recapitulación: ¿Redefinición del concepto de actividad administrativa? Sobre la extensión del procedimiento administrativo a actividades de interés general que no entrañan el ejercicio de potestades administrativas

La tendencia jurisprudencial que hemos comentado parece encerrar la redefinición del concepto de actividad administrativa. El concepto se despliega, así, a la actividad desarrollada por empresas -públicas o privadas- que gestionan actividades consideradas como servicios públicos. Naturaleza administrativa que se traslada, también, al cauce formal a través del cual esas empresas expresan su voluntad, cauce que viene a ser caracterizado como un verdadero procedimiento administrativo. Con ello, el concepto *formal* de Administración se extiende, incluso, a los propios particulares que participan, con ésta, en la gestión de actividades catalogadas de interés general.

Esta tendencia amplía, notablemente, el objeto del procedimiento administrativo y con él, el ámbito del Derecho Administrativo. La idea del procedimiento administrativo como forma de la actividad administrativa pierde aquí todo significado, ante el desbordamiento del contenido de la actividad administrativa. Bastaría así que una actividad sea declarada o considerada como servicio público para que, entonces, la voluntad de la empresa encargada de su gestión sea expresada a través de un procedimiento administrativo, con todos los principios de éste, delineados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. En especial, esa calificación de servicio público hace extensible, a tales empresas, la garantía constitucional del debido procedimiento y derecho a la defensa, desarrollada en los numerales 1 y 3 del artículo 49 de la Constitución, con lo cual, el derecho a la defensa -tradicionalmente referido a relaciones entre un particular y otro sujeto investido de potestades públicas- es extendido, también, a relaciones entre sujetos de Derecho Privado.

Para nosotros, esa finalidad de interés general -o de servicio público, si se quiere- no transforma la naturaleza sustantiva de la actividad que es ejercida. El servicio público no califica, como *administrativa*, la actividad ejercida por esas empresas, ni torna en *administrativos* los procedimientos por ellas sustanciados. En realidad, ese servicio público o finalidad de interés general puede reflejar -desde la teoría tradicional de los actos de autoridad- la existencia de una potestad pública *atribuida por Ley* a esas empresas, públicas o privadas. La actividad de esos sujetos no es administrativa en tanto ellos atienden a un servicio público; por el contrario, será administrativa cuando la Ley apertreche del ejercicio de potestades administrativas a esas empresas, lo que revelará la consecución de un objetivo de interés general.

Extender el procedimiento administrativo a empresas que gestionan este tipo de actividades (principalmente, actividades anejas al servicio eléctrico) supone, en definitiva, ampliar notablemente el objeto de ese procedimiento e incluso, el sentido mismo que el concepto de Administración tiene entre nosotros. Ello, en tanto empresas que explotan actividades económicas privadas, bajo cauces propios del Derecho Mercantil, serían consideradas, funcionalmente, Administraciones Públicas. La calificación, respecto de las empresas públicas, es, por supuesto, válida, en tanto éstas representan un instrumento del cual se vale el Poder Ejecutivo para alcanzar los cometidos que le son propios. Empero, esa calificación, respecto de particulares que no ejercen por Ley potestades públicas, es ciertamente peculiar.

Nada impide, por supuesto, que preservando la naturaleza *no administrativa* de esas actividades económicas, ellas sean sometidas a restricciones propias del Derecho Administrativo, encargadas de asegurar su adecuada prestación. No obstante, como se dijo, los controles administrativos sobre actividades económicas no modifican la naturaleza de éstas. Lo contrario supondría, prácticamente, la completa "*administrativización*" de las más variadas actividades económicas que, sin estar reservadas al Estado, se someten a potestades administrativas de ordenación y limitación.

Es posible, pues, reconocer la aplicación de los principios generales contenidos en el artículo 141 de la Constitución a la actuación *con forma de Derecho Privado* de la Administración (dando así recepción a la tesis del Derecho Administrativo privado), e incluso, a la actuación privada de particulares desarrollada con fines de interés general y por ende, en colaboración con la Administración (es decir, una suerte de *Derecho privado administrativo*). Ello no implica, sin embargo, que la actividad ejercida en ambos supuestos sea administrativa, en el sentido que la voluntad de esos sujetos se expresará a través del procedimiento administrativo en ejercicio de procedimientos administrativos. Es posible, para nosotros, reconocer la aplicación de estos principios generales a actuaciones que en modo alguno cabe reconducir a la figura de las potestades públicas, y en las cuales, por lo tanto, no tiene cabida el principio de *autotutela*, con sus diversas variantes, que es signo distintivo de la actuación de la Administración o de particulares como *potentior personae*. La institución del procedimiento administrativo no es, pues, aplicable en tales casos, aun cuando la actividad que es desarrollada debe atenerse a los principios generales del Derecho Administrativo enumerados en el artículo 141 constitucional.

Sin embargo, la extensión del objeto del procedimiento administrativo que ha sido admitida por la jurisprudencia comentada, excede, muy mucho, del concepto de actividad administrativa pues supone, en definitiva, una clara *vis expansiva* del Derecho Administrativo anclado en el siempre impreciso y ambiguo concepto de servicio público.

La idea de un Derecho Administrativo como Derecho estatutario de las Administraciones Públicas pierde, aquí, todo sentido. Por ello, la evolución posterior de esa aun incipiente tendencia impactará, a no dudarlo, en las bases mismas del Derecho Administrativo venezolano.