

## §36. NOTAS SOBRE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

*Gustavo Linares Benzo*

Profesor de la Universidad Central de Venezuela  
Sub-Director Revista de Derecho Público 2000-2002

El presente trabajo<sup>1</sup> pretende esbozar algunas líneas básicas del régimen venezolano de los actos administrativos. Siguiendo a García De Enterría, se estudiarán el concepto, los sujetos y los elementos del acto administrativo, la disciplina de su eficacia y el régimen de su validez. Sabedores de que no se trata del elemento nuclear del Derecho Administrativo, el acto administrativo sigue siendo sin embargo el vehículo ordinario de la voluntad administrativa y la materia propia del contencioso, mientras éste no termine de subjetividad como es su tendencia moderna.

### I. INTRODUCCIÓN

Desde el punto de vista procesal, el acto administrativo semeja mucho a una demanda, sólo que en virtud de la capacidad de la Administración de pasar a los hechos sin control judicial, tal demanda puede imponerse aún coactivamente contra su destinatario, como si se tratara de una sentencia ejecutoriable. De hecho, entender el acto administrativo como una demanda explicará que en el proceso contencioso administrativo de nulidad no haya oportunidad para la contestación de la demanda, pues esa contestación vendría siendo precisamente el recurso intentado por los destinatarios del acto.

Esta posibilidad de entender el acto administrativo como una demanda, inmediatamente ejecutable por la Administración sin recurrir a un juez, contra los particulares, en consecuencia también de la posición privilegiada que tiene frente a los tribunales y a la justicia, pues como ya se ha dicho hasta la saciedad, puede ejecutar por sí misma sus actos aún contra la voluntad ajena, cosa que ningún otro sujeto del ordenamiento puede hacer.

Es cierto que el acto administrativo se ha equiparado también a una sentencia, de hecho toda la dogmática sobre su estructura y requisitos se ha construido sobre los fallos judiciales, exigiéndole elementos semejantes a los de esas decisiones, como motivación, congruencia, sustanciación, etc. Así, el recurso de nulidad sería una suerte de apelación, un recurso también en el sentido procesal del término, que se intenta contra un acto previo; en todo caso, una impugnación. Sin embargo, esta tesis es menos acorde con una

---

<sup>1</sup> El presente trabajo es la segunda versión del núcleo del trabajo de ascenso a la categoría de profesor Asociado que presentaré en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV. Su primera versión se publicó en *Estudios de Derecho Público*, Tomo II, UCAB, Caracas, 2004, pp. 42-455 y la parte referente a las Empresas del Estado y los actos administrativos en mi colaboración en *Centenario del Código de Comercio venezolano de 1904*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2004, pp. 181-192.

concepción subjetiva del contencioso, pues le daría al acto administrativo un valor que no posee. En efecto, las sentencias son tales por emanar de un juez, órgano imparcial de la justicia y cuyo procedimiento de actuación garantiza los derechos procesales de las partes. En cambio, los actos administrativos provienen de un sujeto con intereses propios, la Administración, es decir, de un sujeto no imparcial, con lo cual comparar los actos administrativos a una sentencia inclinaría a dotar de un valor mayor a actos que carecen de las gestiones jurídicas propias de la sentencia.

Sobre el carácter parcializado de la Administración, puede decirse que deriva de su misma condición *política*, pues sus jueces son electos popularmente y por ello responden a concepciones del interés público variables y posiblemente todos válidos dentro del ordenamiento constitucional. Podría decirse que el interés público que gestiona la Administración depende del proyecto político triunfador en las elecciones correspondientes, lo que hace evidente e inmediatamente parcializado a ese gestor. De allí que sea imposible entender a los actos administrativos como sentencias, como si provinieran de un juez. De hecho, la Constitución, que postula una larga serie de valores y características de la Administración (honestidad, participación, celeridad, eficacia, etc.: artículo 141 de la Constitución) no incluye entre ellos la imparcialidad. Sólo la Ley Orgánica de la Administración Pública establece ese principio, de una manera claramente inconstitucional pues así se exige a la Administración que renuncie a su condición política, que tiene directamente de su origen electoral.

## II. EL CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO

Dos concepciones gravitan en torno a la idea de acto administrativo que ha llegado hasta nosotros. La primera, de origen francés, parte del dogma de que la Administración no podía ser juzgada -juzgar a la administración es administrar- y como sucedáneo, entonces, se enjuician sus actos a través de una jurisdicción, la contencioso administrativa, que es sobre todo revisora y que actúa en consecuencia a posteriori. Esa corriente francesa se complementa con las nociones de Duguit, que pretendió construir actos propios de cada uno de los poderes del Estado, viniendo a ser el acto administrativo el producto particular del Ejecutivo (Brewer).

Esta corriente hoy en día no es de recibo. En primer lugar, la progresiva subjetivización del contencioso administrativo ha aumentado los poderes del juez y ya no es posible decir que juzgar a la Administración sea administrar, sino que se trata de su sujeción a verdaderos tribunales y de una construcción del procedimiento mucho más semejante al de Derecho común: un torneo de patrimonios antes que un juicio al acto.

Por su parte, desde Alemania (Mayer) se veía el acto administrativo como paralelo de la sentencia judicial, dotado por tanto de ejecutividad y ejecutoriedad, reservando por tanto esa categorización a los actos que podían llevarse a la práctica sin homologación judicial. Esta tesis restringe indebidamente el catálogo de los actos administrativos, pues es un hecho que muchos de éstos no requieren de ejecución. Sin embargo, esta concepción parajudicial del acto administrativo ha tenido una importancia difícil de exagerar, pues no cabe duda de que la concepción doctrinaria de los elementos y de la funcionalidad de los actos simplemente ha recibido y modelado la teoría de la sentencia para explicar los actos administrativos, como se verá a lo largo de este trabajo.

Sobre todo, otra aspiración doctrinal ha sido muy influyente en la idea del acto administrativo que ha llegado hasta nosotros: la pretensión de hacer de esos actos el núcleo del Derecho Administrativo, una suerte de institución germinal y generativa de toda la estructura de nuestro Derecho. Esa pretensión es a todas luces exagerada, pues el acto administrativo es una institución más del Derecho Administrativo, y no la única. Se aprecia aquí la juventud de ese Derecho que, como todo Derecho primitivo hace de una categoría de actos el objeto de su arte (acto de comercio, obligación jurídica, etc.) antes de evolucionar hacia estadios donde el centro de la disciplina es la personalidad de sus sujetos, como ha venido pasando con el propio Derecho Administrativo desde las premonitorias palabras de Hauriou a principios del siglo XX.

Siendo el acto administrativo todo acto jurídico dictado por la Administración y sometido al Derecho Administrativo, se distingue entonces de la actividad material de la Administración, de su sistema contractual, de los actos de los administrados y de aquellos actos de la Administración sometidos a otros Derechos (Laboral, Mercantil, etc.). Establecida esa frontera del concepto de acto administrativo, podemos tratar de definirlo.

“Acto administrativo es toda declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa”, nos dice García de Enterría.

Esta definición podemos descomponerla en algunas notas. En primer lugar, el acto administrativo es cualquier declaración de la Administración y no sólo aquellas de voluntad que alteren una situación jurídica. Luego, debe emanar de una Administración Pública y no de los particulares, cosa que se verá detenidamente más adelante al hablar de la categoría de los “actos de autoridad”. Proviene, en tercer lugar, de una potestad administrativa, concepto técnico que asegura el respeto al principio de legalidad y que también se verá al hablar de potestades regladas y potestades discrecionales.

### III. CONTENIDO DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Casi todas las definiciones de acto administrativo incluyen la necesidad de que éste cause efectos jurídicos. Obviamente si no los causara no sería objeto del Derecho, pero detrás de esa afirmación subyace la idea de que sólo aquellos actos que puedan imponerse obligatoriamente a los administrados serían tales actos administrativos. Sin embargo, también lo son aquellas meras declaraciones de juicio o deseo. Entre ellos se encuentra el caso de las opiniones, que normalmente responden a una consulta. Así, se intentará construir de seguidas una teoría de la consulta y de la opinión.

Varias leyes venezolanas se refieren a la posibilidad de que la Administración responda consultas de los particulares sin que esa opinión sea vinculante para ellos. Quizás la primera de estas normas es la que actualmente contiene los artículos 230 a 235 del Código Orgánico Tributario (COT).

*Artículo 230:* Quien tuviere un interés personal y directo podrá consultar a la Administración Tributaria sobre la aplicación de las normas tributarias a una situación de hecho concreta. A ese efecto, el consultante deberá exponer con claridad y precisión todos los elementos constitutivos de la cuestión que motiva la consulta, pudiendo expresar su opinión fundada.

*Artículo 231:* No se evacuarán las consultas formuladas cuando ocurra alguna de las siguientes causas:

1. Falta de cualidad, interés o representación del consultante.
2. Falta de cancelación de las tasas establecidas por la ley especial.
3. Existencia de recursos pendientes o averiguaciones fiscales abiertas, relacionadas con el asunto objeto de consulta.

*Artículo 232:* La formulación de la consulta no suspende el transcurso de los plazos, ni exime al consultante del cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

*Artículo 233:* La Administración Tributaria dispondrá de treinta (30) días hábiles para evacuar la consulta.

*Artículo 234:* No podrá imponerse sanción a los contribuyentes que, en la aplicación de la legislación tributaria, hubieren adoptado el criterio o la interpretación expresada por la Administración Tributaria en consulta evacuada sobre el asunto.

Tampoco podrá imponerse sanción en aquellos casos en que la Administración Tributaria no hubiere contestado la consulta que se le haya formulado en el plazo fijado, y el consultante hubiere aplicado la interpretación acorde con la opinión fundada que haya expresado al formular la consulta.

*Artículo 235:* No procederá recurso alguno contra las opiniones emitidas por la Administración Tributaria en la interpretación de normas tributarias.

Como puede verse, la opinión de la administración tributaria al responder esta consulta sí produce un efecto concreto sobre el administrado: éste no podrá ser sancionado si actúa conforme al criterio emitido por la administración tributaria o ésta no contesta en tiempo hábil y el contribuyente actúa conforme a su propia opinión expresada en la consulta. Podemos encontrar aquí un primer indicio de que también las meras opiniones de la Administración son actos administrativos, que deben reunir sus requisitos y se rigen por las normas comunes de esos actos.

También llama la atención que el artículo 235 COT impide intentar “recurso alguno” contra las consultas, al parecer entendiendo que éstas no producen verdaderos efectos sobre el administrado. Si se entiende que esta prohibición de intentar recursos se restringe a los recursos *administrativos* y se permiten en cambio los contenciosos administrativos, el artículo sería impecable constitucionalmente. En cambio, una prohibición general de acceder a la justicia administrativa de un determinado tipo de actos sería inconstitucional, pues el artículo 259 de la Constitución no distingue entre ellos a los efectos del acceso a esa jurisdicción. En consecuencia, sería perfectamente posible recurrir ante los tribunales contenciosos competentes de las consultas emitidas por la Administración Tributaria.

A esta conclusión podría objetarse que las consultas, por un lado, no afectan al particular pues no son vinculantes y en consecuencia no inciden en su libertad y, por otro, son expresión simplemente de una mera opinión de la Administración que sería discrecional y que, sobre todo, no vincularía el ejercicio posterior y sí vinculante de sus potestades ordinarias. Sin embargo, también es cierto que normalmente *se trata de las opiniones del ente administrativo encargado precisamente de actuar esas potestades*.

Además, cierta doctrina ha aclarado que lo que la Administración e incluso la propia ley han denominado consultas y opiniones son, en realidad, verdaderos actos de gravamen que, efectivamente, constituyen una amenaza a los derechos e intereses de los particulares.

Es pertinente invocar aquí la posición de Auby y Drago:

La jurisprudencia acepta así la admisibilidad del recurso contra actos calificados como opiniones por su autor. El examen específico muestra que estos actos eran en realidad verdaderas decisiones de las cuales el Juez ha determinado la verdadera calificación correcta”.<sup>2</sup>

Corresponde a la autoridad judicial calificar la naturaleza de los actos administrativos. Ello, además de ser una función judicial por su propia naturaleza, es más importante cuando lo que está en juego es el acceso a la justicia.

#### IV. LAS EMPRESAS DEL ESTADO Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

##### 1. Generalidades

La primera cuestión a resolver es la posibilidad de que las empresas del Estado dicten actos administrativos. Asunto fértil, pues exige indagar sobre la naturaleza de esas empresas en vista al concepto del acto administrativo, uno de cuyos núcleos es que se producen por el ejercicio de potestades públicas y que por tanto la mejor doctrina considera que sólo pueden emanar de verdaderas Administraciones Públicas y no de otros sujetos. Queda aparte a los efectos de este trabajo el problema de los llamados “actos de autoridad”, aquellos actos administrativos dictados por particulares, cuya mera existencia es problemática; se trata de un tema ajeno a mi presente intención, pues no hay duda de que las Empresas del Estado no son particulares.

En consecuencia, la naturaleza de las empresas del Estado es eminentemente *pública*. Es evidente su carácter instrumental, ahora legalmente consagrado por la excelente Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP) que por primera vez dedica varios artículos a las empresas del Estado. Básicamente, las considera una especie de la descentralización funcional (Título IV, de la desconcentración, de la de la descentralización funcional; Cap. II, de la descentralización funcional; Sección segunda, de las empresas del Estado) juntamente con los institutos autónomos y las fundaciones y asociaciones civiles del Estado. Este carácter de entidades descentralizadas funcionalmente les otorga sin duda carácter público, requisito necesario para dejar en claro su *instrumentalidad*, carácter esencial que elimina cualquier camuflaje que les confunda con empresas en mano privada e impida por tanto el debido control de lo que de otro modo sería el ejercicio nudo de potestades públicas.

En efecto, las empresas del Estado nacen por la necesidad del Estado interventor de agilizar sus actuaciones sobre la sociedad, limitadas y ralentizadas *ex professo* en aras de la libertad privada. De allí que el peligro fundamental que envuelve la figura de las empresas del Estado es el ejercicio disfrazado de verdaderas potestades públicas por entes que sólo instrumentalmente tienen forma privada de personificación, pero pueden ser vehículo del poder del Estado. Una de las tareas básicas del Derecho Administrativo en este campo es, pues, evidenciar la actividad de las empresas del Estado para que sea patente cuándo ejercen potestades públicas, para que éstas sean debidamente equilibradas con la libertad privada.

¿Pueden, por lo tanto, ejercer esas potestades? Responder esta pregunta es también hacerlo con la de si pueden dictar actos administrativos. Entra a jugar aquí la otra cara de las empresas del Estado: su carácter mercantil.

---

2 AUBY J.M. y DRAGO R., *Tratado de Contencioso Administrativo*, 2da edición, Tomo II, pp. 178-179

De ello no hay duda, pues además de su personificación como sociedades mercantiles, se rigen por el ordenamiento mercantil, tal como establecen los artículos 101 y 106 de la LOAP:

*Artículo 101.* La creación de las empresas del Estado será autorizada respectivamente por el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, los gobernadores o gobernadoras, los alcaldes o alcaldesas, según corresponda, mediante decreto o resolución de conformidad con la ley. Adquirirán la personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva en el registro mercantil correspondiente a su domicilio, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus estatutos y de la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela o del medio de publicación oficial correspondiente donde aparezca publicado el decreto que autorice su creación.

*Artículo 106.* Las empresas del Estado se regirán por la legislación ordinaria, salvo lo establecido en la presente Ley. Las empresas del Estado creadas por ley nacional se regirán igualmente por la legislación ordinaria, salvo lo establecido en la ley.

Ciertamente, ese carácter mercantil es un instrumento del Estado para el cumplimiento de fines públicos, pero por ello no puede negársele toda sustantividad. Las empresas del Estado no son institutos autónomos, donde la descentralización funcional incluye la personalidad pública: algo tiene que significar su mercantilidad y sometimiento al Derecho privado.

Significa, en primer lugar, que los particulares tienen la expectativa legítima de que las empresas del Estado actúen sobre todo como sociedades mercantiles. La mercantilidad de un sujeto no sólo es una técnica para agilizar su giro, sino también garantía de los demás ante conductas hostiles: ese es el sentido de las obligaciones del comerciante como la publicidad de sus actos fundamentales y las garantías patrimoniales frente a terceros, la quiebra entre ellas. De allí que los particulares tienen derecho a que las empresas del Estado actúen normalmente como sociedades mercantiles y sólo excepcionalmente ejerzan potestades públicas. El sometimiento de la Administración al Derecho Administrativo no es principalmente una técnica organizativa, sino garantía de la libertad privada; cualquier huida del Derecho Administrativo es sospechosa, debe ser atajada con premura y precisamente el recurso a las empresas del Estado es el expediente mejor para esa huida.

En consecuencia el ordenamiento básicamente aplicable a las empresas del Estado es el mercantil, no sólo en el sentido de facilidad en el tráfico, sino también en el sometimiento al estatuto normal de las personas privadas, es decir, a la imposibilidad de ejecutar la propia voluntad en contra de la de terceros sin intervención judicial. Esa ejecutoriedad es el núcleo de lo público y debe decirse sin ambages que de ella carecen las empresas del Estado. Solo mediante la actuación del órgano judicial pueden estas sociedades mercantiles en mano pública vencer la resistencia ajena.

Por lo tanto, en principio, las empresas del Estado no pueden dictar actos administrativos. Sólo por excepción expresamente prevista en la ley son capaces de ejercer potestades públicas y dictar esos actos, como dice el copiado artículo 106 LOAP: se rigen por la legislación ordinaria “salvo lo establecido en la presente ley”, es decir, no pueden dictar actos administrativos salvo que la propia LOAP lo autorice expresamente. De hecho, la LOAP es particularmente restrictiva en este campo, pues *sólo* ella puede apoderar a las empresas del Estado a dictar actos administrativos; en el caso de las empresas del Estado creadas por ley nacional puede la ley en general atribuirles el ejercicio de potestades públicas.

El juego del artículo 106 LOAP es muy importante. Una empresa del Estado creada por las máximas autoridades de las personas territoriales, únicas que pueden hacerlo a tenor del artículo 101 LOAP, sólo pueden dictar los actos administrativos previstos en la propia LOAP. Las empresas del Estado “creadas por ley nacional” son las únicas que cualquier ley puede atribuirles potestades públicas. Se impone así indagar que actos administrativos les atribuye LOAP a las empresas del Estado en general.

Ninguna norma de LOAP le atribuye potestades públicas a las empresas del Estado. La única previsión al respecto se encuentra en las disposiciones relativas a la descentralización funcional, la delegación intersubjetiva y la encomienda de gestión. Así, el artículo 32 LOAP establece:

*Artículo 32.* La descentralización funcional o territorial transfiere la titularidad de la competencia y, en consecuencia, transfiere cualquier responsabilidad que se produzca por el ejercicio de la competencia o de la gestión del servicio público correspondiente, en la persona jurídica y en los funcionarios y funcionarias del ente descentralizado.

La desconcentración, funcional o territorial, transfiere únicamente la atribución. La persona jurídica es cuyo nombre actúe el órgano desconcentrado será responsable patrimonialmente por el ejercicio de la atribución o el funcionamiento del servicio público correspondiente, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los funcionarios que integren el órgano desconcentrado y se encuentren encargados de la ejecución de la competencia o de la gestión del servicio público correspondiente.

La creación de una empresa del Estado puede por lo tanto contener transferencias de competencias de la Administración matriz a esa empresa. Se abre aquí la estrecha postura inicial de la ley, pues se podrán transferir muchas potestades a las empresas del Estado en sus actos de creación. Sin embargo, estas transferencias tienen importantes limitaciones. La primera de ellas esta contenida en el artículo 35 LOAP:

*Artículo 35.* Sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela o en leyes especiales, la delegación intersubjetiva e interorgánica no procederá en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de la adopción de disposiciones de carácter normativo.
2. Cuando se trate de la resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de recurso.
3. Cuando se trate de competencias o atribuciones ejercidas por delegación.
4. En aquellas materias que así se determinen por norma con rango de ley.

Las delegaciones intersubjetivas y su revocación deberán publicarse en la *Gaceta Oficial* de la Administración Pública correspondiente.

La delegación será revocable en cualquier momento por el órgano que la haya conferido.

Esta norma es aplicable a la descentralización funcional, pues de lo contrario sería inútil. La Administración haría fraude a la ley al constituir una empresa del Estado con las mismas atribuciones que no podría delegar de acuerdo con esta norma, haciéndola inoperante. De allí que no puedan constituirse empresas del Estado con potestades normativas (N° 1), ni con ninguno de los poderes cuya delegación está prohibida en ese artículo.

La segunda limitación viene dada por la naturaleza mercantil de las empresas del Estado. Su actividad es comercial, por lo que sólo podrían atribuirse a esas empresas el ejercicio excepcional de potestades públicas de sustancia *económica* y *mercantil*, que no suponga la abdicación de potestades públicas que esencialmente corresponden a la Ad-

ministración. Esa esencialidad corresponderá determinarla al juez, pero parece haber casos claros de potestades públicas que si bien se refieren a materias económicas y mercantiles no pueden atribuirse a empresas del Estado, como sería el caso de fijar el arancel de aduanas.

Otra limitación esencial a la atribución de potestades públicas a empresas del Estado es la propia del Derecho de la competencia. Si la empresa del Estado de que se trate actúa en un régimen de competencia, se violaría la libertad económica si pudiera imponerse a sus rivales ejerciendo potestades sobre el respectivo mercado, como sería por ejemplo el caso de empresas del Estado competidores de particulares que les fuera atribuida la potestad de fijar precios u otras condiciones. También el sector público está sujeto al Derecho de la competencia, como establece el artículo 4° de la Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia.

Tampoco podría atribuirse a las empresas del Estado la posibilidad de ejecutar los actos administrativos que dicten excepcionalmente. Ello es claramente una potestad exclusiva de las administraciones públicas: tal como se dijo, la mercantilidad de las empresas del Estado es también una garantía para los particulares, lo que exige su sometimiento a la necesidad de tutela judicial para imponerse a terceros.

En conclusión, sólo excepcionalmente y en su correspondiente acto de creación pueden otorgarse potestades públicas a las empresas del Estado y la consecuente emisión de actos administrativos, con las limitaciones previstas para las delegaciones en el artículo 35 LOAP, sólo en el caso de potestades de carácter económico y mercantil que no corresponden esencialmente a la Administración, no violen el Derecho de la competencia, ni impliquen ejecución administrativa.

En el caso de las delegaciones intersubjetivas (art. 33, 35 y 36 LOAP) se aplican las mismas limitaciones.

En cambio, es imposible atribuir potestades públicas a una empresa del Estado mediante encomiendas de gestión. El artículo 39 LOAP así establece:

*Artículo 39.* En la Administración Pública Nacional, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios, los órganos de adscripción podrán encomendar, total o parcialmente, la realización de actividades de carácter material o técnico de determinadas competencias a sus respectivos entes descentralizados funcionalmente por razones de eficacia o cuando no posean los medios técnicos para su desempeño, de conformidad con las formalidades que determinen la presente Ley y su reglamento.

La encomienda de gestión no supone cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano encomendante dictar cuantos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de la encomienda.

Solo actividades de carácter material o técnico pueden encomendarse a entes descentralizados funcionalmente. Se aplica también aquí que en el caso de las empresas del Estado esa actividad no puede significar la ejecución administrativa, y las demás limitaciones que hemos predicado de las atribuciones a ellas de potestades públicas.

El mismo artículo 106 LOAP establece otra limitación importante a la atribución de potestades públicas a las empresas del Estado: sólo en el caso de empresas creadas por ley *nacional* pueden otras leyes, obviamente nacionales, otorgarles potestades públicas. Así, empresas del Estado no creadas por ley nacional no pueden recibir atribuciones de potestades públicas así sea de leyes nacionales, con lo cual ello sólo es posible en su acto de creación y con las limitaciones ya analizadas.

Así, sólo en el caso de empresas del Estado creadas por ley nacional -como sería el caso de PDVSA en la Ley Orgánica de Hidrocarburos- pueden ser apoderadas de potestades públicas por esa ley de creación y por otras leyes nacionales. Si a esa atribución se aplican las mismas limitaciones que en el caso de las potestades atribuidas por el acto de creación a empresas no creadas por ley es cuestión aparte, pero que debe ser modulada pues en este caso quien atribuye las potestades es el propio legislador y no la Administración. Sin embargo, el núcleo de esas limitaciones tiene que ver con la garantía de la libertad privada frente al ejercicio del Poder Público, con lo cual habría que analizar bajo esa luz la correspondiente atribución y decidir si desmejora la posición de los administrados, lo que la haría inconstitucional.

## 2. Algunos casos particulares

Un caso particular de potestades administrativas en cabeza de empresas del Estado está previsto en la reciente Ley de Silos, Almacenes y Depósitos Agrícolas. Su Disposición Transitoria Primera establece:

Los entes públicos y privados que se constituyen, a los efectos de esta Ley, o que se encuentren administrando y operando comercialmente Silos, Almacenes y Depósitos Agrícolas, obligatoriamente se someterán a las normas y recomendaciones impartidas por el Ministerio de Agricultura y Tierras, como órganos rector de las políticas de almacenamiento agrícola.

Con independencia de que esta norma debe ser interpretada de modo que sea necesaria una previa determinación de los contratos a que se refiere esta Disposición realizada por la correspondiente autoridad *administrativa*, la propia CASA ha venido interpretando la norma de modo que actúa directamente y más que solicitar la entrega material de los correspondientes silos los toma con auxilio de la fuerza pública.

Se aplica aquí lo dicho anteriormente: los estatutos de CASA no la habilitan expresamente a dictar actos administrativos que den por resueltos contratos administrativos como serían los referidos a la copiada disposición legal. Por lo tanto, no siendo CASA una empresa creada por ley nacional sino constituida por instrucciones del Presidente de la República, ni siquiera la Ley de Silos puede atribuirles potestades administrativas y sólo podría ejercer las permitidas por LOAP, que no es el caso. De allí que la copiada disposición es inconstitucional al violar lo preceptuado en una ley orgánica en la materia de su competencia. Mucho menos podría CASA ejercitar materialmente esta resolución y ocupar con auxilio de la fuerza pública.

Existen varios casos de empresas del Estado creadas por ley nacional que ejemplifican la segunda de las posibilidades enunciadas, es decir, que pueden ser apoderadas de potestades públicas por su ley de creación y cualesquiera otras leyes, además de las que establece la LOAP. Al menos puede hablarse de dos: las empresas del Estado del sector de los hidrocarburos y la empresa del Estado gestora del sistema eléctrico nacional.

Las primeras se encuentran previstas en la Ley Orgánica de Hidrocarburos, cuyos artículos 22 y 27 establecen:

*Artículo 22.* Las actividades primarias indicadas en el artículo 9, serán realizadas por el Estado, ya directamente por el Ejecutivo Nacional o mediante empresas de su exclusiva propiedad. Igualmente podrá hacerlo mediante empresas donde tenga control de sus decisiones, por mantener una participación mayor de cincuenta por ciento (50%) del capital social, las cuales a los efectos de este Decreto Ley se denominan empresas mixtas. Las empresas que se dediquen a la realización de actividades primarias serán empresas operadoras.

*Artículo 27.* El Ejecutivo Nacional podrá mediante decreto en Consejo de Ministros, crear empresas de la exclusiva propiedad del Estado para realizar las actividades establecidas en este Decreto Ley y adoptar para ellas las formas jurídicas que considere convenientes, incluida la de sociedad anónima con un solo socio.

Se trata así de empresas nacionales creadas por ley nacional o al menos con su expresa previsión, por lo que se les pueden otorgar potestades públicas mediante cualesquiera leyes además de la de su creación y en consecuencia dictar actos administrativos, con las limitaciones que se han establecido anteriormente. De hecho, la propia Ley Orgánica de Hidrocarburos les permite emplear nada menos que la potestad expropiatoria (art. 38).

De igual manera, la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico establece en su artículo 33:

*Artículo 33.* El Ejecutivo Nacional constituirá una empresa propiedad de la República para llevar a cabo la gestión del Sistema Eléctrico Nacional, bajo la forma o modalidad que considere pertinente, la cual estará supervisada por el Ministerio de Energía y Minas.

La empresa que realice la actividad de gestión del Sistema Eléctrico Nacional, que para los efectos de esta Ley se denominará Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico, ejercerá el control, la supervisión y la coordinación de la operación integrada de los recursos de generación y transmisión del Sistema Eléctrico Nacional, así como la administración del Mercado Mayorista de Electricidad.

La función de gestión del Sistema Eléctrico Nacional será fiscalizada por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica a efecto de establecer su adhesión a esta Ley y a las Normas de Operación del Sistema Eléctrico Nacional.

*Parágrafo Único:* El Ejecutivo Nacional, oída la opinión de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, podrá ordenar que la actividad de gestión del Sistema Eléctrico Nacional se separe en gestión económica y gestión técnica, de tal forma que ellas sean ejercidas por personas jurídicas distintas. Las normas de funcionamiento y la organización de las nuevas empresas serán establecidas en el Reglamento de esta Ley o en los Estatutos de las nuevas empresas.

De nuevo, una empresa del Estado creada por ley nacional, con lo que puede ser objeto de la asignación de potestades públicas por cualesquiera leyes nacionales, también con las intenciones ya apuntadas. La propia Ley Orgánica del Servicio Eléctrico le atribuye muchas de esas potestades (art. 34).

## V. ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

### 1. Elementos objetivos

La estructura del acto administrativo presenta algunos elementos que le dan sustantividad. Son el presupuesto de hecho, el fin, la causa y los motivos. Se trata de un aparato montado para garantizar el cumplimiento de la ley y la efectividad del principio de legalidad en el desenvolvimiento de las potestades de la Administración. Como veremos al hablar de los motivos, el presupuesto de hecho desencadena la actividad administrativa según la ley, que debe dirigirse al fin que la misma ley impone, de manera efectiva (causa), todo lo cual se expresa en los motivos.

### A. El presupuesto de hecho

Se trata de una situación material que vienen a ser el supuesto de hecho de la norma atributiva de la potestad que se ejerce. Son hechos, comprobables mediante la experiencia, y que se encuentran previstos como el supuesto de hecho de una norma concreta. Siguiendo la dogmática procesal, la determinación del supuesto de hecho supone un doble ejercicio. En primer lugar, la constatación de los hechos en su facticidad, en el mero suceder, y luego la *calificación* de esos hechos a los efectos de su subsunción en el supuesto de hecho de la norma. Así, el intercambio de voluntades sobre cosa y precio (constatación de hecho) se califica como contrato de venta, y será normalmente ese hecho calificado el que servirá para encuadrarse en el supuesto de hecho de la norma. Nótese que la calificación es ya una operación jurídica, que como tal puede ser controlada por el juez si se trata de una calificación reglada. En ese sentido, la calificación es una cuestión de derecho, patrimonio de juez, salvo que del examen de la potestad de que se trate se deduzca que la operación de calificar los hechos corresponda a una potestad discrecional, como es el caso paradigmático del concepto “interés público”, como veremos en su oportunidad.

El supuesto de hecho puede consistir en una situación material fácilmente objetivable, cuya subsunción en la norma no requiere de mayores esfuerzos técnicos o hermenéuticos. La potestad de nombrar a un funcionario en un cargo determinado exige que esté vacante, lo que es sencillo de determinar.

Sin embargo, también es posible que el supuesto de hecho consista en una expresión abstracta o ambigua, que exija determinadas operaciones para su concreción y claridad. Antes de entender que esa abstracción o ambigüedad otorgan discrecionalidad a la Administración para determinar el hecho, debe examinarse si nos hallamos más bien ante un concepto jurídico indeterminado, caso en el cual no existiría esa discrecionalidad. De hecho, buena parte de las potestades que tradicionalmente se consideraban discretionales sencillamente presentaban un concepto jurídico indeterminado cuya concreción es una operación reglada, controlable por el juez.

La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados es patrimonio del Derecho común, y es perfectamente aplicable a los actos administrativos. Si la ley usa términos abstractos, como justiprecio, urgencia, emergencia, su concreción no habilita a la Administración a decidir libremente si ocurre o no en la realidad. Se trata de conceptos abstractos en la norma, pero que pueden concretarse perfectamente en los hechos de modo que sólo en determinados casos se da o no se da el concepto en la realidad. Existe o no emergencia, y se permite entonces acudir a la adjudicación directa en la contratación necesaria para afrontarla (art. 88, 6 de la Ley de Licitaciones), sin que le quepa a Administración decidirlo a su arbitrio.

Mientras en el caso de un supuesto de hecho fácilmente objetivable la Administración procede sencillamente a su constatación en la realidad, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados la abstracción de la norma requiere de diligencias prácticas o interpretativas para determinar su realidad fáctica, pero sólo existe una solución justa, conforme a Derecho, en la concreción de ese concepto jurídico indeterminado. El bien a expropiar tiene un precio, la emergencia existe o no.

Salta a la vista que esa concreción del concepto jurídico indeterminado puede no resolverse en una constatación precisa en la realidad. De hecho, la estructura de estos conceptos presenta en la realidad zonas de certeza negativa, realidades en que es absolutamente cierto que el concepto no se da en práctica, este inmueble no vale menos de un

millón de bolívares ni más de un millón quinientos mil. Esas zonas de certeza negativa dejan un sector de maniobra a la Administración, que el juez debe respetar. De esta manera se temple la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados y es mucho más asequible para el manejo de las potestades de la Administración.

Queda por analizar si el concepto “interés público”, “interés general” o sintagmas parecidos constituyen un concepto jurídico indeterminado o, por el contrario, habilitan a la Administración para determinar discrecionalmente cuándo se realiza en la realidad. El tema no es académico, pues ha sido planteado por García De Enterría en términos muy rotundos.

Desde ya debemos decir que el término “interés público”, su similar “interés general” o frases semejantes, construyen a favor de la Administración una potestad discrecional inequívoca, pues ese término apunta a decisiones de sustancia política, que corresponden constitucionalmente al Poder Ejecutivo y no a los tribunales. En efecto, el interés público viene determinado en una democracia por la orientación de la mayoría de la población, y ese juego político se concentra en el binomio Poder Legislativo - Poder Ejecutivo, el primero representante del pueblo y el segundo su fiduciario. Por ello, cuando el legislador otorga potestades a la Administración para ejercerlas de acuerdo con el interés general, la determinación de ese interés corresponde a la Administración dentro de los límites de la ley, si es que ésta impone algunos.

Si el término “interés general” fuera un concepto jurídico indeterminado, el juez podría controlar su determinación, con lo cual se apoderaría de potestades propias de los componentes políticos del Poder Público. El Poder Judicial carece de la información necesaria para determinar ese interés y, sobre todo, no posee la legitimación popular esencial para que esa determinación sea democrática.

Normalmente se entiende que el principio de separación de poderes es principalmente una salvaguarda de la autonomía judicial, y sobre esa base se ha expresado la mayoría de la literatura. Sin embargo, es necesario recordar también que el principio, consagrado en el artículo 136 de la Constitución venezolana, funciona en ambos sentidos. Existen no sólo zonas exclusivas de la competencia de los tribunales, sino también ámbitos donde la Administración posee potestades propias cuyo ejercicio le corresponde sin interferencias. No sólo existe una autonomía judicial, sino también una autonomía administrativa, como corolario de la separación de poderes.

Nótese que la propia Constitución otorga potestades directamente a la Administración. En otras palabras, que existe un ámbito constitucionalmente asignado al Ejecutivo que es corolario de la separación de poderes, y que excede a la mera discrecionalidad administrativa, otorgada por la ley. El ejemplo clásico en Venezuela han sido las potestades financieras de este Poder Público a la hora de elaborar y ejecutar el presupuesto, donde la propia Constitución establece límites tanto al Legislativo como al Judicial.

La separación de poderes en Venezuela, pues, es originalmente, desde la Constitución de 1811, más cercana a la establecida en los Estados Unidos que la que se ha ido hilvanando en Europa desde su tardío constitucionalismo del siglo XIX. El juez no puede sustituir a la Administración en todos los casos, no solo cuando la ley le otorga discrecionalidad a ésta, sino mucho más en el ejercicio de potestades directamente consagradas en la Constitución. Allí la amplitud de los poderes ejercidos es aún mayor que cuando la ley le permite recurrir a su apreciación subjetiva. Así, existe también una verdadera autonomía ejecutiva frente al juez, en los términos de la Constitución, y ello impide que sus actos sean controlados completamente por el Poder Judicial.

Esta autonomía del Ejecutivo también existe, aunque en menor grado, en el ejercicio de potestades discrecionales. Allí es la ley la que permite a la Administración actuar libremente, y ese caballo de Troya dentro del Estado de Derecho puede ser controlado por las técnicas cada vez más en boga entre nosotros y en el Derecho comparado.

La estructuración constitucional del Poder Ejecutivo se articula sobre la base de un órgano -con su cortejo de personas públicas- dotado de todas las prerrogativas y potestades necesarias para administrar y gobernar. Entre ellas, se trata de un aparato que es capaz de reunir toda la *información* necesaria para decidir los asuntos que le estén encomendados. La enorme cantidad de *data* que reposa en los archivos de cualquier Administración moderna es una de las principales garantías de la mayor posibilidad que tiene ésta de tomar la decisión adecuada en cada caso.

No es superfluo anotar aquí que entre los órganos que normalmente se encuadran dentro de una Administración están los entes encargados de la estadística y de la recopilación de esta información, y que la ofrece al resto del aparato administrativo. Esos órganos no están en el Poder Judicial, ni existe ninguna previsión mediante la cual los tribunales accedan regularmente a los datos que produce y procesa la Administración Pública.

La procedimentalización de la Administración, fenómeno normal en las administraciones modernas, es otra garantía de que este compuesto es el más indicado para decidir los asuntos que le competen. Esos procedimientos no sólo aseguran que la información se almacene ordenadamente, sino lo que es más importante, que los particulares interesados en esos procedimientos tendrán acceso tanto a la información producto del órgano público de que se trate como la posibilidad de exponer y probar sus datos. Las leyes de procedimiento administrativo y la jurisprudencia que las interpreta son muy exigentes en estos externos, y salvaguardan la capacidad de la Administración de decidir adecuadamente.

Esta *mejor posición* de la Administración es otra de las razones que exigen que los jueces sean cuidadosos a la hora de tomar decisiones por la Administración. No cuentan los tribunales con la información que sí es del acceso de los entes públicos, y deciden los casos únicamente con la que se encuentra en autos. Esta es una de las razones de las *deferencia* que conoce el derecho administrativo norteamericano, mediante la cual los tribunales dan por buenas las decisiones administrativas, en vista de la más adecuada posición de la Administración en los casos bajo su dominio. (Sent. de la Corte Suprema de Justicia de los EEUU, caso *Chevron* (467 US, 104 S. Ct).

El control judicial de la Administración, por pleno que sea, no puede olvidar tanto la más adecuada visión de los asuntos que tiene ésta, como la realidad de que el interés general en su plenitud sólo es de su dominio, y que le está constitucionalmente encargado.

Por lo tanto, la posición de la Administración dentro del Poder Público es una razón más para que sea ésta la que decida cual es el “interés público”.

## B. La finalidad del acto administrativo

El artículo 12 de la LOPA establece:

Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarias para su validez y eficacia.

El artículo copiado parece dirigirse exclusivamente a reglamentar las potestades discrecionales de la Administración. Sin embargo, es obvio que es aplicable a todas las potestades administrativas, inclusive las regladas, por argumento *a fortiori*. Así, todas las potestades administrativas tienen que “mantener la debida proporcionalidad y adecuación (...) con los fines de la norma”. Se construye así el elemento fin de los actos administrativos.

El fin de los actos administrativos es el objetivo a perseguir en el desenvolvimiento de la potestad que se resuelve en el acto administrativo de que se trate. Cada norma tiene una causa final a la que apunta, como la recaudación de tributos a subvenir a las necesidades fiscales y no, por ejemplo, a aterrorizar a los ciudadanos. De allí que el fin de la norma debe ser servido por el acto administrativo en todo caso, sin que quepa apartarse de él aun apuntando a otro fin público.

Un campo muy especial donde puede desarrollarse este elemento, cuya violación produce el vicio de desviación de poder, como se verá, es la exigencia de solvencias fiscales y parafiscales para obtener prestaciones públicas completamente ajenas a esas solvencias. Así, las solvencias de esta especie para la obtención de divisas durante el control de cambio establecido en Venezuela durante 2003 puede considerarse como un típico vicio de desviación del fin del acto administrativo, pues exigir esas solvencias tiene por fin arbitrar recursos para el Tesoro Público, y no entorpecer el desenvolvimiento de la actividad económica.

### C. La causa

La causa de los actos administrativos es la efectividad del servicio que el acto presta al fin normativo. En otras palabras, si el acto logra obtener el fin que la norma prescribe.

Caben aquí las disquisiciones sobre la causa y la importación al Derecho Administrativo de las nociones del Derecho Privado. En principio, éstas son plenamente aplicables al campo de los actos administrativos, con la reserva de que se trata de una de las cuestiones más debatidas dentro de la teoría general del Derecho.

Entre otras notas, esa teoría ha diferenciado la causa de los contratos nominados (la compraventa, por ejemplo) de la de los innominados. Aquella vendría dada por la ley, en el caso de la compraventa por el efectivo intercambio de consentimientos sobre cosa y precio, mientras que en los contratos innominados por el servicio al objetivo fijado libremente por las partes. Sin embargo, estas nociones no son trasladables sin matices al Derecho Administrativo, por la sencilla razón de que en el caso de los actos administrativos su finalidad está siempre contenida en la ley, sin que pueda la Administración interponer otros distintos. La causa de los actos administrativos, el servicio del acto a su finalidad, sería entonces siempre nominada.

### D. Los motivos

El derecho Privado ignora los motivos subjetivos de las partes para actuar. Protege los pactos e intercambios con abstracción de la motivación concreta de los sujetos, para garantizar el tráfico jurídico.

La situación de la Administración es muy distinta. Su vida es siempre ajustada a Derecho, con lo cual no puede tener motivos distintos a los permitidos por el ordenamiento, pues incluso en el caso de las potestades discrecionales esa discreción viene otorgada por el propio ordenamiento.

Así, los motivos que tiene la Administración para actuar deben ser en todo conforme con el derecho, y de esa manera se concreta todo el esquema propuesto. Los motivos deben expresar la realidad en la práctica del supuesto de hecho normativo y que desencadena el ejercicio de la potestad, revelan el servicio al fin propio de la potestad, cuya efectividad es la causa del acto en que se resuelve ese ejercicio. De allí que el control de los motivos, mediante el examen de la motivación, como se verá, permite calibrar el cumplimiento de todos estos requisitos supuesto de hecho, fin y causa.

## 2. Elementos formales

### A. Procedimiento

Merkl dejó claro que toda actividad estatal debía procesalizarse, y no solo la judicial. Así nace la idea de un procedimiento administrativo, afín al judicial y que es uno de los elementos de producción de los actos administrativos.

El procedimiento administrativo regula la actividad de la Administración para fijar el supuesto de hecho que desencadenará la aplicación de la norma. Permite igualmente la participación de una pluralidad de sujetos administrativos: las distintas Administraciones Públicas involucradas en la emisión del acto. Sobre todo, permite la actividad de las partes, es decir, de los administrados sobre los cuales recaerán los efectos del acto.

El régimen positivo del procedimiento administrativo se encuentra en los artículos 47 y siguientes de la LOPA.

### B. La forma

En principio, la forma escrita es la normal de los actos administrativos. Su contenido se encuentra disciplinado en el artículo 18 LOPA.

### C. La motivación

Es la exposición de los motivos. De acuerdo con el artículo 9 LOPA:

Los actos administrativos de carácter particular deberán ser motivados, excepto los de simple trámite o salvo disposición expresa de la Ley. A tal efecto, deberán hacer referencia a los hechos y a los fundamentos legales del acto.

Se trata de razonar sobre la base de la norma el que los hechos fijados se subsumen en el correspondiente supuesto de hecho.

## VI. LA EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La posición singular de las Administraciones Públicas, capaces de pasar a los hechos sin control judicial -personas más poderosas, pues- ejerce su fuerza también en la eficacia de los actos administrativos. En efecto, como actos emanados de la Administración y sujetos al Derecho Administrativo, recordemos que no todos los actos de la Administración son actos administrativos, gozan de peculiares características frente a todos los demás actos de los sujetos del ordenamiento jurídico.

En efecto, es ya un tópico decir que los actos administrativos gozan de ejecutividad y ejecutoriedad. Suscintamente, la ejecutividad es el valor de los actos administrativos como *títulos ejecutivos*, en el sentido procesal del término: no requieren de homologación judicial para servir de sustento a su imposición, inclusive forzosa, frente a la voluntad ajena a la de la Administración. La ejecutoriedad es corolario de la ejecutividad: es la posibilidad de imponer en terreno de los hechos el contenido del acto administrativo de que se trate. El juego de ambas notas termina de definir una de las características básicas de los actos administrativos como emanados de una Administración Pública y que posee, por esa circunstancia, una fuerza mayor a la de los demás actos no judiciales de los sujetos del ordenamiento.

La concepción doctrinaria expuesta ha sido expresamente recibida por el ordenamiento positivo. El artículo 78 de la LOPA establece:

Ningún órgano de la administración podrá realizar actos materiales que menoscaben o perturben el ejercicio de los derechos de los particulares, sin que previamente haya sido dictada la decisión que sirva de fundamento a tales actos.

El artículo dice claramente que los actos administrativos “sirven de fundamento” a los actos de ejecución: un título ejecutivo, pues, como lo sería una sentencia judicial. Aunque el artículo pretende en primer lugar evitar las vías de hecho, es decir, pasar a los hechos sin una decisión previa, está diciendo también que basta un acto administrativo para dar base a esa actuación de hecho, “actos materiales” dice la norma. El hecho de que el copiado artículo 78 LOPA hable de actos de ejecución que menoscaben o perturben el ejercicio de los derechos de los particulares no altera la conclusión para todos los demás actos, pues al hacer esa determinación el artículo se está refiriendo a la ejecución típica de los actos administrativos, aquella que va dirigida contra el patrimonio particular: si ésta requiere de un acto previo, con más razón será necesaria en los demás casos.

El carácter ejecutivo de los actos administrativos ha dado en buena parte de la doctrina a considerar que éstos gozan de una presunción de validez, lo que sería el fundamento de esa ejecutividad. Así, por presumirse válidos y ajustados a derecho, los actos administrativos serían ejecutivos. Una legitimidad presunta sería la razón del carácter ejecutivo de estos actos.

No pareciera necesaria esa presunción. En efecto, decir que los actos administrativos son ejecutivos porque se presumen válidos es una petición de principio: bastaría con afirmar esa ejecutividad para que se pudiera pasar a los hechos. Así, ninguno de los demás títulos ejecutivos que presenta el Derecho común (títulos cautelares, sentencias definitivamente firmes, etc.) se consideran así porque se presuman legítimos. Sencillamente, el ordenamiento, para favorecer el tráfico jurídico, les da ese carácter con independencia de su conformidad al derecho, bien porque esa conformidad es inútil para dotarlos de eficacia ejecutiva; bien porque ya se agotaron todas las vías para determinarla. De esa manera, no hay porque buscar un fundamento de la ejecutividad en una presunta legalidad del acto: ello es inútil.

Y peligroso, puede añadirse. Peligroso porque la posición jurídica de la Administración requiere, por definición, que pueda pasar el terreno de los hechos sin control del juez, pero en modo alguno exige una presunción de legalidad que hubiera que enervar en sede judicial. Esa posición de la Administración sencillamente le otorga fuerza ejecutiva a sus actos, pero la conformidad al Derecho de éstos sólo será dilucidada en el eventual proceso judicial que los envuelva. La provisionalidad de cualquier presunción de legalidad de los actos administrativos es otra razón para rechazarla, pues no sólo es inútil, sino que añade al particular, ya gravado con la necesidad de ser demandante en vista de la ejecutividad de los actos, el gravamen adicional de tener que desvirtuar en juicio dicha presunción. De hecho, no funciona de esa manera el contencioso administrativo, donde de ninguna manera obra la presunción de legalidad, pues el juez puede, inclusive, anular el acto de oficio si se trata de vicios de nulidad absoluta, entre otras cosas porque esa nulidad se deriva de causales de Derecho, y el juez se presume que lo conoce esta vez correctamente.

Otro tema, muy vinculado a la llamada presunción de legalidad de los actos administrativos, es el de los requisitos de un acto para que se presuma válido. De acuerdo con la tesis expuesta, esos requisitos serían en realidad aquellos que permiten hablar de un acto administrativo y no de una vía de hecho. En otros términos, cuándo la conducta de la Administración es lo suficientemente formalizada para considerar que no estamos pura y simplemente frente a una actuación de hecho. Se trata, pues, de un mínimo de condiciones externas del acto administrativo.

Esa apariencia viene dada por tres elementos: la competencia del funcionario, el carácter no delictual del contenido del acto y un mínimo de procedimiento. Como puede verse, esos requisitos salvan al acto de caer en las causales de nulidad absoluta previstas en el artículo 19 de la LOPA, lo que permite predicar de ellas lo que se dice de esas causales. Es decir, que la incompetencia que convierte a un acto administrativo en una vía de hecho es la manifiesta, cosa que se verá más adelante; que se trate de verdaderos delitos en el caso del contenido de la ejecución del acto, o que la falta de procedimientos sea total y absoluta. Fuera de estos casos, el acto es uno administrativo y no una vía de hecho, y se puede pasar a su ejecución por la propia Administración.

## **1. La ejecución de los actos administrativos**

Visto que los actos administrativos son títulos ejecutivos, es obvio predicar de ellos la ejecutoriedad, es decir, su potencial de materializarse en conductas de la Administración inclusive contrarias a la voluntad de terceros. Pasamos así al capítulo decisivo de la ejecución de los actos administrativos, que puede decirse sin exagerar que es el núcleo y la justificación del Derecho Administrativo, pues si esa ejecución estuviera confiada al juez, el Derecho de la Administración sería sensiblemente el mismo de los particulares, como de hecho ha ocurrido históricamente en los países anglosajones.

La LOPA dedica el capítulo V de su Título III a disciplinar la ejecución de los actos administrativos. Sin embargo, ya su artículo 8 comienza a referirse a la materia:

Los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la administración en el término establecido. A falta de este término, se ejecutarán inmediatamente.

Los actos administrativos se ejecutan “*por la administración*” y no por el juez. Este es el punto capital, como se dijo, que se hace necesario un Derecho que equilibre frente al particular este enorme poder, exorbitante en relación con el propio de los demás sujetos del ordenamiento. Esa ejecución administrativa, que no judicial, viene aún más claramente establecida en el artículo 79 LOPA:

La ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la propia administración salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial.

Sólo si la ley entrega al Poder Judicial, de manera expresa, la ejecución de los actos administrativos, pueden los jueces pasar a ejecutarlos, mientras que la Administración sólo puede pedirles esa ejecución. Este artículo de la LOPA plantea inmediatamente un problema constitucional. ¿Puede la ley otorgar al Poder Judicial la ejecución de un sector importante de los actos administrativos, o incluso la de todos ellos? El principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, pues, ¿es de rango constitucional o se trata de una materia dejada al arbitrio del legislador? La pregunta es crucial, pues de su respuesta depende nada menos que la existencia misma del Derecho Administrativo, que dejaría de ser necesario si la Administración tuviera, como cualquier particular, que demandar ante los tribunales y obtener éxito en ello si desea pasar a los hechos contra la voluntad de otro sujeto del ordenamiento.

La Constitución no establece con precisión técnica la ejecutoriedad de los actos administrativos. Sin embargo, en su articulado puede encontrarse suficiente base. Así, el artículo 236, numeral 1, otorga al Presidente de la República la potestad de “hacer cumplir” la Constitución y la ley, declaración inútil si para ello requiriese de autorización judicial. De igual manera, el artículo 259 repite el artículo 206 de la Constitución de 1961, reconociendo a la jurisdicción contencioso administrativa la posibilidad de “anular actos administrativos”, con lo cual se deduce que éstos son ejecutivos, pues de otra manera sería inútil su anulación y, en consecuencia, también son ejecutorios. Por último, el artículo 140 establece que la responsabilidad de la Administración tiene como título el funcionamiento de ésta, lo que apunta inequívocamente a una Administración actuante con poderes superiores para pasar a los hechos aún en contra de la voluntad ajena. En definitiva, la existencia misma de un Poder Ejecutivo (art. 136) requiere como premisa que ese poder pueda actuar de hecho, pues de lo contrario sólo existiría el Poder Judicial y el Poder Legislativo.

Además y siguiendo en esta jurisprudencia extranjera (sent. del Tribunal Constitucional español de 17-02-1984) la consagración constitucional del principio de *eficacia* como uno de los inherentes a la Administración Pública (art. 141 de la Constitución venezolana), da base también a la ejecutoriedad de los actos administrativos.

Queda así resuelto el problema que nos planteamos: el legislador no puede enervar el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos: su ejecución corresponde a la Administración que los dictó. La Constitución respalda, pues, la potestad de la Administración de ejecutar sus actos.

El artículo 80 LOPA establece el procedimiento de ejecución de los actos administrativos:

La ejecución forzosa de actos por la administración se llevará a cabo conforme a las normas siguientes:

1. Cuando se trate de actos susceptibles de ejecución indirecta con respecto al obligado, se procederá a la ejecución, bien por la administración o por la persona que ésta designe, a costa del obligado

2. Cuando se trate de actos de ejecución personal y el obligado se resistiere a cumplirlos, se le impondrán multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía y, en el caso de que persista en el incumplimiento, será sancionado con nuevas multas iguales o mayores a las que ya se le hubiere aplicado, concediéndole un plazo razonable, a juicio de la administración, para que cumpla lo ordenado. Cada multa podrá tener monto de hasta diez mil bolívares (Bs. 10.000,00), salvo que otra ley establezca una mayor, caso en el cual se aplicará ésta.

La norma divide la ejecución de los actos administrativos en dos grandes grupos: aquellos que pueden llevarse a la práctica sin concurso del particular obligado y aquellos otros que requieren de ese concurso. Obviamente la disciplina de uno y otro será radicalmente distinta.

El primer grupo de actos puede ejecutarse de tres maneras: el apremio sobre el patrimonio, la ejecución subsidiaria y la compulsión sobre las personas.

#### A. Apremio sobre el patrimonio

Se trata de ejecutar los actos administrativos que se resuelven en imponer al particular el pago de una suma dineraria, bien se trate de una sanción o de otro tipo de acto. De vieja data nuestro sistema ha reconducido esta situación al procedimiento de cobro de créditos fiscales previsto en los artículos 653 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Se trata de uno de los juicios ejecutivos previstos en el código adjetivo y consiste básicamente en la intimación al deudor para que pague sobre la base de un título ejecutivo, que en el procedimiento previsto en el CPC es un crédito fiscal. Por analogía, parece ser el procedimiento adecuado para ejecutar los créditos que derivan de actos administrativos que no sean fiscales.

Luego de la intimación a pagar dentro de los tres días siguientes, si no hay posición, se procederá a ejecutar el crédito sin más dilaciones. Si hay oposición, deberá sancionarse para suspender la ejecución.

Debe decirse que el propio CPC (art. 653) remite al COT como norma principal, siendo el CPC supletorio de éste. Sin embargo, el COT (art. 211 a 214) solo prevé un procedimiento administrativo previo al judicial, que habrá que recorrer antes de intentar el cobro mediante el juicio ejecutivo ya mencionado.

#### B. Ejecución subsidiaria

Se trata, de ejecutar aquellos actos que por no ser personalísimos pueden ejecutarse por persona distinta al obligado. Allí obra con toda su fuerza el numeral primero del copiado artículo 80 LOPA, que ordena en estos casos proceder a la ejecución por la propia Administración que ésta designe, a costa del obligado. Se trata del caso de órdenes de demolición, constitución de servidumbres, etc.

#### C. Compulsión sobre la persona

Cuando se trate de actos personalísimos de no hacer o soportar, la Administración podrá ejercer la compulsión directa sobre la persona obligada, con el debido respeto de su dignidad. Se trata del caso de desocupaciones, disolución de manifestaciones, etc. No

puede confundirse este supuesto con el previsto en el numeral segundo del artículo 80 LOPA, pues ese es el caso, como se verá, de obligaciones personalísimas en que no procede la compulsión sobre las personas.

#### D. Multa coercitiva

En caso de obligaciones personalísimas de hacer, que no pueden ejecutarse mediante la compulsión directa sobre las personas, se procederá mediante multas sucesivas y crecientes al obligado. El monto muy reducido de estas multas (Bs. 10.000 cada una) hace poco eficaz este sistema.

### 2. Las condiciones de eficacia de los actos administrativos

La eficacia de los actos administrativos comienza con su sola emisión.

Así lo establece el artículo 8 de la LOPA:

Los actos administrativos que requieren ser cumplido mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la administración en el término establecido. A falta de este término, se ejecutarán inmediatamente.

El copiado artículo permite que la Administración prorrogue el momento de inicio de la eficacia del acto mediante la imposición de un plazo. Sin embargo, el principio general, es decir, si no se establece ese plazo, es el de la eficacia inmediata del acto administrativo.

Que el artículo 8 LOPA se refiera a los actos que requieren ejecución no le impide convertirse en el principio general para cualquier acto administrativo: la eficacia de éstos comienza en el mismo momento en que empiezan a existir como tales actos administrativos, es decir, cuando reúnen los requisitos establecidos en el artículo 18 LOPA.

Así, los efectos jurídicos y materiales que deriven de un acto administrativo tienen lugar desde su emisión. Desde ese momento se contarán los plazos que impliquen esa eficacia y tendrán lugar los eventos que ese acto signifique: la investidura del funcionario que de designe, el otorgamiento de ventajas, etc. Sin embargo, debe notarse desde ya que esa eficacia inmediata puede demorarse en virtud de que se requiere notificar o publicar el acto de que se trate, como se verá.

#### A. La notificación

El artículo 73 de la LOPA establece el régimen general de la notificación de los actos administrativos.

Se notificará a los interesados todo acto administrativo de carácter particular que afecte su derechos, debiendo contener la notificación del texto íntegro del acto, e indicar si fuere el caso, los recursos que proceden con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deberán incorporarse.

El criterio clave para entender el sistema de notificaciones que plantea la LOPA es entender que la notificación es *otro acto*, distinto del que se notifica. Ese acto de notificación debe llenar sus requisitos establecidos en la ley, y es necesario para la eficacia del acto.

En efecto, estamos en presencia de un caso de eficacia demorada del acto administrativo. Aquellos actos administrativos que requieren de notificación comienzan a ser eficaces desde su notificación, y no desde que son emitidos, que es el criterio general como se expuso más arriba.

El régimen de la notificación requiere que se estudien sus requisitos subjetivos (sujeto activo y sujeto pasivo de la notificación), y sus requisitos objetivos, donde se analiza qué actos deben notificarse y los requisitos formales que deben llenar la notificación.

El sujeto activo de la notificación es el mismo órgano que emitió el acto. En principio, pues, la notificación, debe venir suscrita por el mismo funcionario que suscribió el acto administrativo que se notifica.

Surge el problema de los actos administrativos emitidos por órganos colegiados. En ese caso, no es necesario que todos los funcionarios miembros del órgano suscriban la notificación. Bastará que el presidente o máximo jerarca del órgano colegiado que se trate suscriba la respectiva notificación.

El sujeto pasivo, de acuerdo con el artículo 73 de la LOPA, son los “interesados”. Concepto técnico éste que ha sido desarrollado principalmente por la doctrina y la jurisprudencia, partiendo de lo establecido en el artículo 22 de la LOPA:

Se considerarán interesados, a los efectos de esta Ley, a las personas naturales o jurídicas a que se refieren los artículos 112 y 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

La remisión que hace la LOPA a la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia produce una identidad entre el interés para actuar en el procedimiento administrativo y el necesario para presentarse en la jurisdicción contencioso administrativo. En efecto, los referidos artículos 112 y 121 de la LOCSJ establecen:

*Artículo 112.* Toda persona natural o jurídica plenamente capaz, que sea afectada en sus derechos o intereses por ley, reglamento, ordenanza u otro acto de efectos generales emanado de alguno de los cuerpos deliberantes nacionales, estadales o municipales o del Poder Ejecutivo Nacional, puede demandar la nulidad del mismo, ante la Corte, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, salvo lo previsto en las Disposiciones Transitorias de esta Ley.

*Artículo 121.* La nulidad de los actos administrativos de efectos particulares podrá ser solicitada sólo por quienes tengan interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate.

El Fiscal General de la República y demás funcionarios a quienes la Ley atribuya la facultad, podrán también solicitar la nulidad del acto, cuando este afecte un interés general.

Ha llegado el momento, pues, de estudiar las posiciones jurídicas de los administrados en el procedimiento administrativo.

## B. Los interesados

Por lo tanto será necesario establecer los tipos de partes que pueden actuar en el proceso, para luego analizar la legitimación que requieren. Destacaremos las características esenciales de la figura del coadyuvante y los efectos procesales de su intervención. Además será necesario un análisis pormenorizado de la sentencia Rómulo Villavicencio (CSJ-SPA de 26-09-91), que unido al estudio doctrinario de la materia podrá llevarnos a una definición suficientemente clara al respecto. El caso decidido por esa sentencia fue esencialmente éste: el extinto Consejo de la Judicatura inició una averiguación contra un

juez de Primera Instancia en lo Penal y Salvaguarda del Patrimonio Público, denunciado por el abogado Rómulo Villavicencio, quien se consideraba lesionado por la conducta del mencionado juez. Tal averiguación se resolvió con la destitución del referido juez, quien intentó el correspondiente recurso de nulidad. Rómulo Villavicencio se opuso a la admisión del recurso, y el Juzgado de Sustanciación de la Sala Político-Administrativa declaró inadmisibile la oposición. Villavicencio apeló, fue negado el recurso y ocurrió de hecho ante la Sala. La sentencia citada resuelve la cuestión afirmando que Rómulo Villavicencio sí tenía legitimación para intervenir en el proceso, incluso como verdadera parte.

Desde un punto de vista estrictamente procesal existe solo un tipo de parte en el proceso. Sin embargo ello no obsta para que observemos distintas eficacias de las pretensiones formuladas por los sujetos en su manera de actuar en él, y por lo tanto la base para una distinción de las partes en el contencioso-administrativo. Distinción que puede fundamentarse a partir de tres criterios, a saber: que los actos realizados por la parte recaigan en su esfera jurídica o en la de otro, el cual distinguirá la parte directa y la parte indirecta, en la que destacamos como ejemplo de la última los casos de representación y de sustitución; que la pretensión, el cual distinguirá la parte principal de la parte subordinada, y por último, que la pretensión sea mantenida por un solo sujeto o por varios, lo cual origina la clasificación de partes simples y partes múltiples.

A los fines del presente trabajo nos interesa el segundo criterio de clasificación por medio del cual distinguimos la parte principal de la parte accesoria, puesto que dentro de este supuesto ubicaremos la justificación de la actuación del coadyuvante en el contencioso-administrativo. Aunque autores niegan dicha distinción procesal, manteniendo que solo es parte la que goza de plenitud de facultades en el proceso, es mayoritaria la opinión contraria en la doctrina procesal civil. De manera general se entiende que son partes principales tanto la Administración demandada, como las personas a cuyo favor derivaren derechos del acto o disposición a los que se refiere la demanda. Por otro lado, se entiende por parte accesoria aquellas que actúan de manera subordinada respecto a la pretensión de otro sujeto. El ejemplo típico de dicha clasificación lo constituye la figura del coadyuvante.

Ahora bien, desviándonos del análisis de la distinta eficacia con la que una persona en su pretensión se ubica como parte principal o accesoria en un proceso, es decir, de la formulación de una pretensión autónoma o subordinada a otra, habría que analizar la legitimación que se requiere para actuar como coadyuvante en un determinado proceso contencioso-administrativo. Como bien sabemos la legitimación es la aptitud para ser parte en un proceso concreto, que presupone que no toda persona con capacidad procesal puede serlo, únicamente las que se encuentren en una determinada relación con la pretensión. Por lo tanto es un requisito procesal, del que no se encuentra exceptuado el coadyuvante, y que inevitablemente debe cumplir al expresar un interés en una determinada pretensión ante el órgano jurisdiccional.

Para determinar la legitimación exigida para la intervención del coadyuvante en un proceso contencioso-administrativo, habría que responder las preguntas ¿qué relación debe existir entre el coadyuvante y la pretensión autónoma a la que pretende ayudar?, ¿cómo se configura la situación de hecho por la que el coadyuvante pretende estar legitimado para actuar en el proceso? Para responderlas destacaremos la jurisprudencia en lo que se refiere a los sistemas de legitimación, para así definir cual es la circunstancia requerida por el ordenamiento jurídico para que se configure la legitimación necesaria para la intervención del coadyuvante en el proceso contencioso-administrativo. La doc-

trina tradicional de la Sala Político-Administrativa sobre la legitimación activa en los juicios de nulidad de actos de efectos particulares se encuentra resumida en la precisión que hace la sentencia *Rómulo Villavicencio* al respecto. En efecto, como bien resume ese fallo:

Esta Sala ha precisado de la interpretación concordada de los artículos 121 y 111 de la LOCSJ, que la legitimación activa en los medios de impugnación de los actos administrativos de efectos particulares, viene dada por las situaciones jurídicas individuales, determinadas en unos casos por la titularidad de derechos subjetivos y en otros por la de intereses legítimos, según que la relación con la administración sea un vínculo previo ‘interindividual’ (derecho subjetivo), o surja de una concreta actuación administrativa, que afecte una especial situación de hecho de determinado o determinados particulares (interés legítimo)<sup>3</sup> (Subrayados de la Sala) (pp. 6 y 7 del Texto original).

Como puede verse, *Rómulo Villavicencio* recoge expresamente la tradición de la Sala en materia de legitimación activa en el recurso de nulidad de actos de efectos particulares, cuando cita expresamente tres sentencias líderes en la materia: *Azulejos Maracay*, *Fuente de Soda Tolón* e *Iván Pulido Mora*.

En efecto, de acuerdo con *Iván Pulido Mora* en el ordenamiento procesal venezolano pueden encontrarse tres sistemas de legitimación pasiva:

(i) El propio de los recursos de inconstitucionalidad de actos de efectos generales (art. 112 LOCSJ) según el cual basta la condición de simple interesado para interponerlo. Por simple interesado debe entenderse “*cualquier persona capaz, venezolano o no, en pleno uso de sus derechos civiles y políticos*” (*idem*). Se trata, en definitiva, de una acción popular.

(ii) el correspondiente al derecho Privado, en el cual es necesario alegar la titularidad de un *derecho subjetivo de índole privada*; y

(iii) el del procedimiento contencioso administrativo de ilegalidad contra actos particulares, en el cual son admitidos a recurrir “de una parte, los titulares de derechos subjetivos administrativos, es decir, quienes derivarían su capacidad procesal de vínculos establecidos previa y espacialmente por la Administración con el particular, en virtud de lo cual resulta justo que el afectado solicite la nulidad del acto ilegal lesivo y hasta la restauración de su derecho mediante dicho acto desconocido, por haberse irrumpido contra esos vínculos previos (contrato, concesión, permiso...); desconocimiento que configura la lesión de ese derecho subjetivo preexistente y de índole administrativa. Pero, además, detentan esa misma capacidad procesal para actuar en juicio los interesados legítimos -concepto diferente en Derecho público del anteriormente expuesto-, es decir, aquellos particulares que sin ser titulares de derechos subjetivos administrativos se encuentren en una especial situación de hecho ante la infracción del ordenamiento jurídico, la cual, por eso mismo, los hace más sensibles que el resto de los administrados al desconocimiento del interés general o colectivo por parte de la Administración al violar la ley”.

En otras palabras, para recurrir el contencioso de nulidad de actos de efectos particulares es necesario alegar un derecho subjetivo o un interés legítimo, entendido este último como “una especial situación de hecho ante la infracción del ordenamiento jurídico, la cual, por eso mismo, los hace más sensibles que el resto de los administrados al desconocimiento del interés general o colectivo por parte de la Administración al violar la ley”.

---

<sup>3</sup> Vid. SPA; sentencia de fechas 03-10-92, caso *Iván Pulido Mora*; de 06-02-84, caso *Fuente de Soda Tolón* y 20-07-65, Caso *Azulejos Maracay*.

Del examen de los sistemas de legitimación que presenta el Derecho venezolano que hace *Iván Pulido Mora*, pueden extraerse entonces *tres categorías de posiciones subjetivas* que dan acceso a determinadas jurisdicciones:

i) *el derecho subjetivo*, ya sea de índole privada o pública, propio del Derecho Privado y del contencioso-administrativo, respectivamente;

ii) *el interés simple*, correspondiente a cualquier persona capaz, venezolana o no, en pleno uso de sus derechos civiles y políticos, que da acceso a los recursos de inconstitucionalidad de actos de efectos generales y

iii) *el interés legítimo* especial situación de hecho frente a la infracción del ordenamiento jurídico por la Administración, que habilita para recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Para acceder a esta última jurisdicción, pues que es lo que nos interesa, según *Iván Pulido Mora*, es necesario invocar un derecho subjetivo o un interés legítimo, siendo insuficiente el simple interés.

¿Cuál es la innovación de Rómulo Villavicencio? Expresamente, como vimos más arriba, esa decisión comparte la doctrina de *Iván Pulido Mora*, al citarla expresamente; se trata de un *complemento* de la doctrina mantenida por la Sala. En efecto, *Villavicencio*, expidiéndose sobre el problema de la intervención de terceros en el procedimiento de nulidad, considera que es necesario acudir a la regulación de derecho común (el CPC) para resolver lo que a su juicio es una laguna en la Ley de la Corte: de acuerdo con *Rómulo Villavicencio*, las normas de esa ley sólo regulan la intervención *de las partes*, y no la *de terceros*.

Sobre la base de Derecho Procesal común, aplicable de acuerdo con el artículo 88 LOCSJ, el fallo comentado distingue básicamente entre la intervención de terceros que ostentan el carácter de *partes* y la de los *terceros adhesivos simples* (p.5 del texto original). Será parte si alega un derecho propio, de acuerdo con el artículo 381 del CPC, o será tercero adhesivo simple si alega un simple interés (p.6). Por lo tanto, a tenor del propio artículo 381 citado, puede haber terceros intervinientes cuyo carácter en juicio sea el *de verdaderas partes*.

La sentencia continua afirmando rotundamente, sobre la base de *Iván Pulido Mora*, que en el contencioso-administrativo:

[p]arte accionante o recurrente es *el titular de un derecho subjetivo frente a la administración, o de un interés legítimo lesionado por la actividad de éste*. (p. 7) (resaltado nuestro)

Es decir, que tanto la invocación de un derecho subjetivo como la de un interés legítimo *catalogan de parte a quien invoque esa legitimación* en un recurso de nulidad de un acto de efectos particulares. Como en el caso concreto que esa sentencia decidió, el abogado *Rómulo Villavicencio* invocaba derechos propios, era una verdadera *parte*, a pesar de que estaba interviniendo como tercero, en vista de la eficacia directa de la cosa juzgada de la decisión que recaería en ese proceso: esa decisión sería también la de su propia situación jurídica (pp. 10 y 11).

En resumen, quien alega derechos subjetivos o intereses legítimos en un recurso de nulidad de un acto de efectos particulares, con independencia de si actúa como recurrente o como tercero, *es una verdadera parte*, pues sobre su situación jurídica recaerá directamente la eficacia de la cosa juzgada de la decisión definitiva del asunto. Literalmente:

Aquellas personas que pueden hacerse parte, distintas al accionante, en el procedimiento de anulación, por reunir las mismas condiciones exigidas para éste, es decir, de interesado (titular de derechos subjetivos o de intereses legítimos) conforme a los artículos 137 y 121 de la LOCS), *no son terceros*. (p. 13).

Estos terceros, dice la sentencia, son aquellos llamados más precisamente terceros *adhesivos simples*, previstos en el ordinal 3° del artículo 370 del CPC. Al respecto.

[I]a justificación de la intervención del tercero *adhesivo simple*, es la eficacia *refleja*, que puede tener la decisión a dictarse en un proceso pendiente entre otras personas, por la unión o dependencia que presentan sus derechos o intereses con la relación deducida en aquél proceso. No es que la sentencia que se dicte sea ley para el tercero, ya que solo lo es para las partes, (eficacia directa de la cosa juzgada - principales o litis consortes), sino que le interesa por las consecuencias que tiene para una de las partes, pero que pueden manifestarse a cargo de ese tercero (eficacia refleja de la cosa juzgada). Y ello por las interferencias, conexión o dependencia, que se presentan entre la relación jurídica material deducida en el proceso y la relación jurídica de la cual el tercero es titular (p.e., fiadores, accionistas, acreedores, subarrendatarios). Por esta causa es por lo que el tercero adhesivo simple *coadyuva* a la pretensión de una de las partes, por el interés en que ésta venza a la otra, y por ello, coopera o colabora con la parte principal, solicitando, alegando y probando junto a ella o para ella, o hasta supliendo su inactividad, pero no podría, por ejemplo, por esa misma condición *instrumental*, oponerse a los actos procesales del coadyuvado, debiendo, en todo caso, estar y pasar por ellos. (pp. 11 y 12 del texto original).

Con claridad meridiana, *Rómulo Villavicencio* termina diciendo que “fácil es, pues, concluir, en que éste interviniente adhesivo *no es parte sino tercero*” (p. 12).

La novedad del fallo está aquí: *la disciplina de los terceros adhesivos simples en el juicio de nulidad de los actos de efectos particulares. Sin alterar la doctrina tradicional de la legitimación de las partes* (titulares de derechos subjetivos o de intereses legítimos) construye el tratamiento que debe dársele a aquellos otros intervinientes que *no alegan ni derechos subjetivos ni intereses legítimos*, sino un interés indirecto, “derivado de la unión o dependencia que presenten sus derechos o intereses con la relación deducida en el proceso” (p. 11), de acuerdo con lo que ya pacíficamente nuestro CPC y la doctrina procesal civil viene aceptando.

Después de *Rómulo Villavicencio*, pues, el catálogo de posiciones subjetivas aumenta con una nueva categoría. Además de las mencionadas supra: (i) interés simple del recurso de inconstitucionalidad de actos de efectos generales, ii) derechos subjetivos, públicos o privados y (iii) intereses legítimos frente a la Administración, aparece (iv) *el interés del tercero adhesivo simple*, regulado en el ordinal 311 del artículo 370 del CPC y sobre el que abunda la sentencia comentada.

Todo el análisis anterior levanta la cuestión de hasta dónde llega la obligación de notificar, es decir, cual es el universo de sujetos notificables de un acto administrativo determinado. El tema es importante, pues un tratamiento laxo de la materia produciría obstáculos a la actividad administrativa al tener que notificarse a un número inmenso de interesados.

Surge aquí el concepto de afectación *directa* a las posiciones subjetivas de los administrados, es decir, que el rango de los interesados llega nada más a aquéllos sobre los que recaen inmediatamente los efectos del acto a notificar. Así se limita razonablemente el conjunto de las personas notificadas, pues de lo contrario los actos tendrían que ser notificados a un ingente número de personas. Piénsese nada más en actos relativos a derechos particulares, como un registro inmobiliario, que debiera notificarse a todos los afectados, por indirecta que sea su relación con el acto. Así, habría que notificar a los vecinos e inclusive al resto de la colectividad.

Visto lo anterior, es decir, el régimen de las posiciones jurídicas de los administrados de cara a la notificación de los actos administrativos, cabe una distinción ulterior entre el interesado y la persona receptora de la notificación. De acuerdo con el artículo 75 de la LOPA:

La notificación se entregará en el domicilio o residencia del interesado o de su apoderado y se exigirá recibo firmado en el cual se dejará constancia de la fecha en que se realiza el acto y del contenido de la notificación, así como el nombre y Cédula de Identidad de la persona que la reciba.

La norma recoge el principio de la notificación domiciliaria o residencial de los actos administrativos, pero su redacción permite concluir que la persona receptora de la notificación puede ser distinta del interesado a notificar. En otras palabras, la notificación es eficaz con la entrega de la notificación a cualquier persona hábil que se encuentre en el domicilio o residencia del interesado. La ley presume, pues, que el interesado ha sido notificado si la notificación es recibida en su domicilio o residencia aunque no sea él personalmente quien lo haga.

La ley exige que se otorgue recibo firmado de la notificación, con constancia de la fecha del acto, es decir, de la notificación y de su contenido. En este caso no es necesario que se copie íntegramente el acto, sino que se le identifique mediante su fecha y el órgano que lo emitió y se acompañe en copia certificada.

De acuerdo con el artículo 73 LOPA deben notificarse los actos administrativos que afecten los derechos de los interesados. Ya se hizo un análisis de lo que debe entenderse por interesado, así que solo debe analizarse ahora el concepto de afectación de los derechos.

La fórmula es vaga, pero puede concretarse a la vista del acto administrativo de que se trate. Una primera consideración exige que se notifique tanto los actos favorables como los desfavorables, pues es obvio que ambos afectan los derechos de los interesados.

El artículo 73 dice expresamente que la afectación debe incidir en los “derechos” de los interesados. Esa cláusula no debe interpretarse restrictivamente, como si no debieran notificarse actos que afecten intereses que no pueden considerarse derechos. Visto ya que esa distinción no tiene cabida en nuestro Derecho, con más razón deben notificarse cualesquiera actos que afecten la posición subjetiva de los interesados.

La notificación debe contener el texto íntegro del acto que se notifica, sigue diciendo el artículo 73. Algunas administraciones transcriben completamente el acto a notificar dentro del propio acto de notificación, pero ello parece un exceso de celo. Basta acompañar a la notificación el original o copia certificada del acto que se notifica.

De igual manera, el artículo 73 LOPA exige que se señalen los recursos que proceden contra el acto notificado, con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse. El incumplimiento de estos requisitos se sancionan en el artículo 77 LOPA:

Si sobre la base de información errónea, contenida en la notificación, el interesado hubiere intentado algún procedimiento improcedente, el tiempo transcurrido no será tomado en cuenta a los efectos de determinar el vencimiento de los plazos que le corresponden para interponer el recurso apropiado.

El administrado que actúe según lo indicado en la notificación respecto a recursos, sus plazos y sus decisiones, no se verá afectado por la información errónea, pues el tiempo empleado en ella no se computará para el trámite del recurso que efectivamente corresponda.

Es obvio que este señalamiento de recursos, plazos y órganos de decisión debe ser específico, sin que sean aceptables fórmulas genéricas como “los recursos correspondientes” o “los recursos previstos en la ley”.

Como acto administrativo distinto al notificado, la notificación debe también llenar los requisitos establecidos en el artículo 18 de la LOPA.

### 3. Cesación de la eficacia

La cesación de la eficacia de los actos administrativos puede ser provisional o definitiva. En el primer caso estamos en presencia de la suspensión de los actos administrativos.

Frente al principio de eficacia inmediata de los actos administrativos puede obrar la facultad de la Administración de suspender su eficacia. Ello viene previsto en el artículo 87 LOPA:

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

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

La potestad suspensiva de los actos administrativos es claramente discrecional, como se desprende del uso del verbo “podrá” en el artículo copiado. Tiene dos motivos expresos en la ley: cuando la ejecución del acto administrativo pueda causar grave perjuicio al interesado; cuando se impugne el acto por motivos de nulidad absoluta. Estos supuestos funcionan como requisitos necesarios para la suspensión del acto, no pudiendo la Administración suspender la ejecución de los actos por otros motivos. Sin embargo, como ya se dijo, la potestad de suspender esa ejecución es discrecional.

No es discrecional, en cambio, la necesidad de exigir caución al interesado antes de proceder a la suspensión. Necesariamente deberá constituirse esa garantía como requisito para la procedencia de la suspensión.

La cesación definitiva de la eficacia de los actos administrativos ocurre en varios supuestos. En primer lugar, el cumplimiento de lo previsto en el acto agota su eficacia, si se trata de órdenes en otras decisiones ejecutadas en la práctica. Una demolición ejecutada, por ejemplo.

Igualmente, si desaparecen los supuestos fácticos que dan base al acto de que se trate, también se extinguirá la eficacia del acto. Así, las medidas sanitarias ante una epidemia cesan cuando ésta ha terminado.

Los actos administrativos sujetos a plazos o a condiciones resolutorias dejan de ser eficaces con el cumplimiento del plazo o con el acaecimiento de la condición.

Por último, la anulación y la revocación del acto administrativo hace cesar su eficacia.

## VII. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

De acuerdo con el artículo 93 LOPA:

La vía contencioso administrativa quedará abierta cuando interpuestos los recursos que ponen fin a la vía administrativa, éstos hayan sido decididos en sentido distinto al solicitado, o no se haya producido decisión en los plazos correspondientes. Los plazos para intentar los recursos contenciosos son los establecidos por las leyes correspondientes.

Esta norma se refleja también en el artículo 134 de la LOCSJ:

Las acciones o recursos de nulidad contra los actos generales del Poder Público podrán intentarse en cualquier tiempo, pero los dirigidos a anular actos particulares de la Administración, caducarán en el término de seis meses contados a partir de su publicación en el respectivo órgano oficial, o de su notificación al interesado, si fuere procedente y aquella no se efectuare. Sin embargo, aún en el segundo de los casos señalados, la ilegalidad del acto podrá oponerse siempre por vía de excepción, salvo disposiciones del acto podrá oponerse siempre por vía de excepción, salvo disposiciones especiales.

El interesado podrá intentar el recurso previsto en el artículo 121 de esta Ley, dentro del término de seis meses establecidos en esta disposición, contra el acto recurrido en vía administrativa, cuando la Administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el término de noventa días consecutivos a contar de la fecha de interposición del mismo.

Cuando el acto impugnado sea de efectos temporales, el recurso de nulidad caducará a los treinta días.

El juego de ambas normas consiste en permitir el acceso a la vía judicial por el simple transcurso de los plazos que esas normas establecen sin que la Administración haya decidido los correspondientes recursos. Es pacífico en la doctrina entender que en este caso se presume que la Administración ha decidido en contra del particular, construyéndose así la teoría del silencio negativo.

El silencio de la Administración es un simple presupuesto procesal para intentar la correspondiente acción contencioso-administrativa, sin que sea necesario construir ninguna presunción de resolución negativa, a pesar de lo que establece el artículo 4 LOPA.

Así, es innecesario considerar que transcurridos los plazos de ley se produce una ficción de respuesta negativa. Por el contrario, ese transcurso lo que representa es un presupuesto procesal, un requisito de la actividad en los términos de GUASP, para que sea admisible la correspondiente acción contencioso-administrativa. De hecho, el artículo 124 2°, LOCSJ, expresamente considera como causal de inadmisibilidad el no agotamiento de la vía administrativa<sup>4</sup>.

## VIII. VALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

El derecho privado presta su teoría de la invalidez de los actos en general al Derecho Administrativo. De allí que esa invalidez pueda catalogarse en tres categorías: la nulidad y la anulabilidad.

---

4 TORO, María Elena, El silencio de la administración en *XVIII Jornadas J.N. DOMÍNGUEZ ESCOBAR. Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*, Tomo II, Barquisimeto 1993, pp. 419 y ss.

La nulidad absoluta se refiere a un vicio intrínseco al acto, a sus elementos constitutivos. De allí que el acto así viciado no produce efectos nunca, desde su inicio. Su carácter general hace oponible el vicio frente a cualquiera, con efectos *erga omnes*. También, el juez puede apreciar de oficio este tipo de vicios, y es inconfirmable el acto que lo posea. Por el contrario, la nulidad relativa solo puede solicitarla el afectado por el acto, dentro de cierto plazo y puede ser convalidada. La inexistencia, por último, se refiere a la falta inclusive de mera apariencia de acto jurídico, por ausencia de elementos fundamentales que no está prevista expresamente en la ley pero que obviamente restan al supuesto de que se trate hasta el aspecto de acto, jubilar a un muerto, una multa impuesta por un particular.

Cuando esta teoría general se aplica en el Derecho Administrativo, se invierte el principio del Derecho Privado de acuerdo con el cual las nulidades son absolutas, por excepción relativa. Ello se deriva de la necesidad de dar campo al tráfico administrativo, que requiere que la nulidad absoluta sea excepcional y para supuestos tasados. De allí que en todo este sector rija el principio del *favor acti*, que produce la incomunicación de la invalidez y la posibilidad de subsanar el acto en cualquier momento, salvo en el caso de las nulidades absolutas. También, los vicios no impiden la ejecución del acto, siempre que sean de nulidad relativas, y se establecen plazos fijados para interponer los correspondientes recursos.

### 1. Nulidad absoluta

Un acto viciado de nulidad absoluta puede ser revocado en cualquier momento, como establece el artículo 83 LOPA:

La administración podrá en cualquier momento, de oficio, o a solicitud de particulares, reconocer la nulidad absoluta de los actos dictados por ella.

Aunque el artículo use la expresión reconocer, la doctrina y la jurisprudencia son pacíficos en entender que se trata de una verdadera potestad revocatoria de los actos absolutamente nulos, que puede ser declarada incluso de oficio.

Los supuestos de nulidad absoluta están en el artículo 19 de la LOPA:

Los actos de la administración serán absolutamente nulos en los siguientes casos:

1. Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal;
2. Cuando resuelvan un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares, salvo autorización expresa de la Ley.
3. Cuando su contenido sea de imposible o ilegal ejecución; y
4. Cuando hubieren sido dictados por autoridades manifiestamente incompetentes, o con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido.

Así,

a. La Constitución ofrece dos normas que establecen supuestos de nulidad absoluta: el artículo 138 se refiere al caso de la autoridad usurpada y el artículo 25 a los actos que violen derechos constitucionales.

b. La cosa juzgada favorable a los particulares es uno de los más cotidianos casos de nulidad absoluta, que ocurre cuando se decide en contra de lo previamente resuelto a favor de los administrados.

c. La imposible ejecución se refiere a la inexistencia, tal como expusimos anteriormente. La ilegal ejecución se refiere a los actos que constituyen delito.

d. La incompetencia que vicia el acto de nulidad absoluta es la manifiesta. Así, se refiere a casos de ausencia de la potestad de que se trate o de la existencia de un abismo jerárquico entre la autoridad que dictó el acto y el funcionario realmente competente.

e. Por último, la prescindencia total y absoluta de procedimiento. No solo se trata de la ausencia de todo trámite, caso rarísimo, sino también de la omisión de trámites esenciales, como sería el caso de la audiencia del interesado cuando ésta se requiera.

## 2. Anulabilidad

La disciplina de la anulabilidad de los actos administrativos responde a criterios completamente otros de los de la nulidad absoluta. Aquí el sistema se construye a favor del agraviado por el acto, de modo de que si éste no reacciona el acto permanece plenamente válido.

De acuerdo con el artículo 20 LOPA:

Los vicios de los actos administrativos que no llegaren a producir la nulidad de conformidad con el artículo anterior; los harán anulados.

La anulabilidad responde entonces a un criterio residual: cualquier vicio que no sea de nulidad absoluta será de ésta especie.

De igual manera, la anulabilidad permite que el acto afectado por ella sea convalidado, como expresa el artículo 81 LOPA:

La administración podrá convalidar en cualquier momento los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan.

También el vicio de anulabilidad no se traslada a otros elementos no viciados del mismo acto, es decir, se trata de la incomunicación del vicio, tal como establece el artículo 21 LOPA:

Si en los supuestos del artículo precedente, el vicio afectare sólo a una parte del acto administrativo, el resto del mismo, en lo que sea independiente, tendrá plena validez.

En Venezuela, Urdaneta Troconis ha establecido que entre la nulidad absoluta y la anulabilidad existen nada más dos diferencias. En la vía administrativa, sólo son convalidables los actos administrativos viciados de anulabilidad, no los de nulidad absoluta; igualmente, sólo pueden revocarse en vía administrativa los actos favorables si están viciados de nulidad absoluta. En la vía judicial, la única diferencia estriba en que el juez puede declarar de oficio de nulidad del acto por vicios no denunciados por el recurrente solamente si se trata de vicios de nulidad absoluta

## 3. Revocación

La administración puede revocar sus propios actos siempre y cuando no afecten derechos de particulares. Así se establece el juego conjunto de los artículos 19,2 y 82 de la LOPA. Igualmente, puede corregir los errores materiales o de cálculo que contengan los actos administrativos, de acuerdo con el artículo 84 LOPA.