

LA RESURRECCIÓN -PARCIAL- DE LA FALLECIDA MÁXIMA SEGÚN LA CUAL SUSTITUIR A LA ADMINISTRACIÓN ES ADMINISTRAR

*Sobre los límites al poder de sustitución del Juez
administrativo, sus tentaciones y otros problemas
de fondo mucho más graves*

Por Alfredo Parés Salas

Profesor de Derecho Administrativo en la
Universidad Católica Andrés Bello
Caracas

Introducción.

Si afirmáramos que es mucho lo que se ha escrito sobre los poderes de sustitución del Juez administrativo respecto de la Administración pública, probablemente nos quedaríamos cortos. Desde la perspectiva de la tutela efectiva de los derechos subjetivos de los ciudadanos, se ha combatido incansablemente el dogma conforme con el cual sustituir a la Administración sería tanto como administrar, lo que -con fundamento en el principio de distribución de funciones- equivalía a *usurpar* las competencias constitucionalmente atribuidas a órganos de otra rama del poder público y era, por tanto, algo *vedado o prohibido* al Juez administrativo.

Ese dogma de raigambre francesa, producto de la reinterpretación *extrema* del principio de separación de poderes, para potenciar y fortalecer la Administración postrevolucionaria en su momento primigenio, mediante su liberación del control judicial, que se encontraba en manos de personas cercanas o simpatizantes del antiguo régimen¹, cristalizó en una de las famosas disposiciones de la Ley 16-24 de agosto de 1790. Vista hoy en retrospectiva, esa Ley sería quizá de las que más daño pudo haber hecho al principio de *universalidad del control judicial*. De acuerdo con ella, las funciones administrativas y judiciales se encontraban *radicalmente separadas* y los jueces *no podían de ningún modo perturbar* la actuación de los órganos administrativos, ni citar ante sí a los administradores con ocasión del ejercicio de sus funciones, todo lo cual se aseguró, incluso, mediante su tipificación como delito.² Eso, sin embargo, fue hace más de doscientos años.

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, 5ta Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1998, p. 47 y ss.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Op. cit.*, pp. 49 y 50.

El anterior dogma, importado y arrastrado en nuestro subconsciente por siglos, sucumbió ante la doctrina y jurisprudencia. Empero, tanto se quiso enterrarle *definitivamente*, que quizá -y de ello es parte de lo que pretendo muy brevemente dar cuenta en este ensayo- pasamos por alto que en esta, como en muchas otras cosas, los extremos suelen tocarse y las posiciones radicales o extremistas, a la postre, tampoco suelen dejar nada bueno.

Quizá, nos enfocamos *tanto* en la tutela de la esfera jurídico-subjetiva, a través de la *protección judicial* -porque asumimos siempre a los jueces como garantes de nuestros derechos-, que no vimos la posibilidad de que en ciertas ocasiones -sobre todo en momentos aciagos para el Derecho administrativo y la independencia judicial, como los que en nuestro país vivimos actualmente- *la propia justicia administrativa* sea precisamente quien se erija como la violadora de esos derechos. Esto es, que tengamos que enfrentarnos a una justicia administrativa que se malentiende a sí misma como protectora de la Administración pública y que, por tanto, pretende subsanar los errores cometidos por aquella y *se abstiene de controlarla*, aun ante la violación de derechos subjetivos.

Es por este motivo por el que hemos querido resucitar -insistimos, *solo parcial, y muy parcialmente*- la máxima tantas veces aludida, conforme con la cual los jueces no pueden administrar, ni tampoco pueden sustituirse a la Administración. Esta resurrección *parcial* tiene por *único* objeto servir como *límite al poder* de un Juez que se quiere disfrazar de administrador, no ya para tutelar los derechos subjetivos del particular vulnerados por la Administración, sino para *remendar o subsanar* lo que era competencia inicial -y exclusiva- de aquella y que ejerció violentando derechos subjetivos del ciudadano.

Y dejando por sentado que no es nuestra intención generalizar indiscriminadamente respecto de los Jueces administrativos³, lo que sí deseamos hacer en esta oportunidad es compartir una crítica a esa suerte de Juez saneador de los errores de la Administración, esa especie de Juez otorgador de segundas oportunidades, en fin, esa especie de Juez protector de los errores de la Administración pública, que se entiende, él mismo, como garante y tutor del bienestar público, el interés general y la colectividad. Los

³ Valga esta breve nota para reconocer a los jueces administrativos y funcionarios públicos que, pese a las circunstancias actuales que vivimos, hacen sus mejores esfuerzos por impartir una justicia imparcial, idónea y efectiva. No somos amigos de las generalizaciones y si bien este artículo pretende dar cuenta de *una parte* de lo que nosotros consideramos una realidad, también queremos aclarar que somos conscientes de la existencia de esa *otra parte* de la misma. Por esta razón, al lado de la crítica -quizá a veces fuerte- viene un reconocimiento a quienes, desde sus posiciones, luchan por un verdadero Estado de Derecho y de respeto a la Ley, al orden y a los derechos y libertades individuales, como pilares de una sociedad digna y justa.

poderes de sustitución, pues, no son -como ningún poder puede serlo- absolutos e ilimitados. Son poderes que responden a una finalidad, tienen un objeto y una justificación que, desde ya lo adelantamos, en este caso es la *tutela judicial efectiva* y la *universalidad del control judicial*.⁴

Esa errada concepción del Juez administrativo como garante de la Administración o ciego custodio del erario público se contrapone a la visión constitucional histórica y actual de la justicia administrativa, que -como en Alemania enseña HUFEN- entiende que el control de la Administración a través de jueces independientes es una exigencia fundamental del principio de Estado de Derecho y para la garantía de los derechos fundamentales. Así pues, la justicia administrativa es, «*en un Estado de Derecho, una forma indispensable de limitación del poder del Estado*»⁵, es controladora de la Administración y protectora de la esfera jurídica los administrados. De hecho, para JELLINEK el «*Estado de derecho significa, ante todo, Estado judicial*»⁶.

Por ello, cuando la finalidad de la sustitución no sea precisamente esa, sino una pretendida tutela directa del interés público por parte del Juez administrativo -lo cual, insistimos, está encomendado constitucionalmente *únicamente* a la Administración- *no puede* el Juez sustituirse a la Administración que ha obrado equivocadamente. Y, si bien es cierto que nuestro ordenamiento reconoce la posibilidad de que los jueces ejerzan función administrativa, con fundamento en el principio constitucional de colaboración entre los órganos de las diversas ramas del poder público⁷ -lo cual, dicho sea de paso, solo se da en supuestos tasados por Ley y atribuidos *directamente* al Juez⁸-, también lo es que aquel no

⁴ En propósito consúltese BREWER-CARÍAS, ALLAN, Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, p. 52 y ss.

⁵ HUFEN, FRIEDHELM, Verwaltungsprozessrecht, 8va Edición, Editorial C. H. Beck, Múnich, 2011, pp. 3 y 4.

⁶ JELLINEK, WALTER, Alemania como Estado de Derecho, Revista de Administración Pública, 1951, Sep-Dic, II (6), p. 349.

⁷ Artículo 136: El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.

⁸ Fundamentalmente, en los casos de administración de personal, esto es, el régimen de sus funcionarios, así como en el caso de atribución directa por Ley de potestades sancionatorias expresas para salvaguardar el orden y el decoro en audiencias orales o ante infracciones menores cometidas por litigantes, partes o personas que entren en relación con el tribunal (entre otros, artículos 24, 76, 98, 171 y 253 del Código de Procedimiento Civil). En todo caso, la distinción radica no en el mero hecho de que se acepte que el juez pueda efectivamente ejercer función administrativa, sino en el hecho de que la función administrativa que él ejerce, lo hace únicamente en los casos que el propio legislador ha decidido encomendarle directamente al juez esas potestades administrativas. Caso muy distinto es pretender sustituirse en el ejercicio de

es, ni puede entenderse tutor del interés general en asuntos que habían sido encomendados inicialmente a la Administración pública por la Ley.

El Juez administrativo, en definitiva, no está allí para sobarle el hombro a la Administración, consolarla, ayudarla y voltear la mirada ante sus errores. Un Juez tolerante le hace un flaco servicio a la Constitución, a la propia Administración pública y, en consecuencia, a quienes esta debe servir: a los ciudadanos. Si alguien preguntara en dónde debería estar el despacho de un Juez administrativo, no dudaríamos en responder que un sitio rodeado de ciudadanos y lejos del poder público. El Juez administrativo debe ser el aliado del ciudadano individualmente considerado y censor del poder público. Si el Juez y la Administración tutelan, ambos, el interés general, ¿quién cuidará entonces el interés individual?

Quisiéramos poner en contexto qué queremos decir cuando aludimos a un Juez que se sustituye en favor de la Administración. Hagámoslo brevemente de la mano de un ejemplo ficticio: Un conductor atraviesa un semáforo en rojo con su auto y un funcionario del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria «SENIAT» (nulidad absoluta por incompetencia manifiesta), que se encuentra en la esquina y se percata del hecho, sin procedimiento constitutivo previo (nulidad absoluta por prescindencia de procedimiento), sin oír sus alegatos o permitirle aportar pruebas (violación del derecho a la defensa y al debido proceso), impone, sin motivación alguna (nulidad por inmotivación), la multa prescrita en la vigente Ley de Transporte Terrestre. El afectado acude a la justicia administrativa y el Juez, basado en los elementos que cursan en autos, concluye que el ciudadano sí se cometió un ilícito administrativo y -pese a los vicios alegados por este en la demanda de anulación- sostiene que «... *anular un acto administrativo por razones estrictamente formales, sin pronunciarse sobre el fondo de los hechos debatidos, involucraría... permitir una conducta contraria a los deberes y obligaciones que debe tener todo funcionario público, poniéndose en riesgo el funcionamiento mismo de la Administración Pública*»⁹. Dice el Juez, en nuestro ejemplo imaginario, que de anularse el acto, se dejaría sin castigo la infracción, por lo que se abstiene de demoler la actuación, pese a su innegable disconformidad a Derecho.

potestades administrativas que el legislador ha atribuido directamente a los órganos y entes de la administración pública, como tutora del interés general, como parte interesada.

⁹ La cita va precedida de la siguiente aseveración: «... *de admitir la posibilidad de que existiera un error procedimental... sería equivalente a dejar impune la actuación contraria a derecho de la querellante en el marco de las funciones que como funcionario público le fueron encomendadas, como consecuencia de incurrir en un formalismo extremo*» (Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso-Administrativo, sin fecha en la versión digital, caso: Auristela Villaroel de Martínez v. INAVI, Exp. AP42-R-2005-000931).

El anterior caso -si bien extremo, no necesariamente irreal, aunque en supuestos probablemente más disimulados o mejor elaborados- nos sirve para iniciar nuestras reflexiones. Demos, entonces, en primer lugar, un vistazo a algunos criterios y disquisiciones que pueden ayudarnos a delimitar un poco más el ejercicio del poder de sustitución, para, en un segundo lugar, pasearnos por algunas circunstancias que hemos identificado como potenciales elementos tentadores que podrían brindar a los jueces -falsos- argumentos para pretender sustituirse a la Administración.

II. LOS LÍMITES CONCRETOS AL PODER DE SUSTITUCIÓN DEL JUEZ ADMINISTRATIVO

Tradicionalmente la doctrina ha reconocido que un primer límite a los poderes de sustitución del Juez se halla en la existencia de potestades -mayormente- discrecionales. Consideramos que a ese pacífico límite ha de sumarse un segundo límite: La imposibilidad de sustituirse en perjuicio del administrado. Veamos ambos.

1. La sustitución y la discrecionalidad administrativa: El primer límite.

Como lo asevera MUCI, es precisamente el derecho a una tutela judicial efectiva el fundamento para afirmar que «*si de lo que se trata... es de ejercer poderes reglados, no puede dudarse del poder del juez para sustituir a la Administración Pública... [y que]... no existe obstáculo que le impida al juez ocupar el lugar de la Administración para aplicar la ley al caso concreto*»¹⁰. Así, siempre y cuando la actuación del Juez se fundamente en Derecho y no en apreciaciones políticas, pareciera no haber obstáculos para la sustitución. Se trata, pues, en esencia de la misma operación jurídica que llevaría a cabo la Administración, al verificar que unos hechos determinados pueden ser subsumidos en una norma y, en consecuencia, debe ser actuada la consecuencia jurídica.

La doctrina alemana ha desarrollado las nociones de discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados -nociones ambas que en estadios previos del desarrollo de nuestra disciplina no lograban diferenciarse con precisión- desde el punto de vista de la *estructura de la norma jurídica*. Así, los alemanes enseñan que la discrecionalidad administrativa es un fenómeno que se verifica solo en la *consecuencia jurídica* de la norma, en tanto la existencia de los conceptos jurídicos indeterminados se verifica en su *supuesto de hecho*.

¹⁰ MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, Los poderes del juez administrativo, Tutela judicial efectiva y control integral de la actividad administrativa, en: Revista de Derecho, Tribunal Supremo de Justicia No. 14, Editorial Texto, Caracas, 2004, p. 95.

Solo en tanto y en cuanto la Ley atribuye un elenco de alternativas igualmente justas a un mismo supuesto de hecho, puede hablarse de discrecionalidad administrativa: Cuando la norma, por ejemplo, autoriza a la Administración para decidir si actúa o no ante una situación determinada, nos encontramos con un primer tipo de discrecionalidad (*Entschließungsermessen*) que se relaciona con el llamado principio de oportunidad y que se suele llamar *discrecionalidad en la decisión*.¹¹ Luego, una vez que ha decidido intervenir o cuando la intervención es obligatoria porque no existe discrecionalidad en la decisión, la Ley puede, además, prever un conjunto de alternativas ante un mismo supuesto de hecho, todas, en principio, igualmente justas (*Auswahlermessen*), a lo cual se le suele llamar *discrecionalidad en la elección*.¹² Para controlar judicialmente el uso de la discrecionalidad administrativa, la doctrina ha desarrollado varias técnicas, sobre las que GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ dan un recuento en su obra.¹³ Así, hoy se admite que el Juez administrativo se encuentra habilitado para controlar la discrecionalidad, a través de (i) la verificación de los hechos determinantes que dieron pie a la actuación, así como (ii) el apego a la finalidad prevista en la norma, mediante (iii) el deslinde de los conceptos jurídicos indeterminados o (iv) con fundamento en los principios generales del derecho, y muy particularmente, el de *proporcionalidad*.

Más allá de estas técnicas de control, nos encontraremos con el verdadero *núcleo duro* de la discrecionalidad administrativa, esto es, aquella que se identifica verdaderamente con los conceptos de oportunidad y conveniencia. Ese es el núcleo duro el que realmente escapa del ámbito de control del Juez administrativo, pues, como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, «solo invocando el Derecho y en nombre del Derecho podrá el juez reprochar algo a la administración»¹⁴.

Solo, entonces, cuando estamos en presencia del ejercicio del *núcleo duro* de potestades *discrecionales*, esto es, decisiones esencialmente políticas, que se fundamentan en motivos de «oportunidad y conveniencia» no podríamos hablar de sustitución. En propósito -y a título ilustrativo- parafraseemos a HERRERA ORELLANA, quien pone los siguientes casos como ejemplos en los que no cabría la sustitución: La expedición de un reglamento debido a la omisión de la

¹¹ MAURER, HARTMUT, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15ta Edición, Editorial C. H. Beck, Múnich, 2004, p. 134.

¹² MAURER, HARTMUT, *Op. Cit.*, p. 135.

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, 13era Edición, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p. 469. Véase también GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La Lucha contra las Inmunidades del Poder*, 2da Reimpresión, Civitas, Madrid, 1995, FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *De la Arbitrariedad de la Administración*, 5ta Edición, Editorial Thomson Civitas, Navarra, 2008

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II, 10ma Edición, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p. 593.

Administración de dictarlo, la celebración de un contrato con el ganador de una buena pro, la asunción de la dirección de un establecimiento prestador de un servicio público sanitario debido a la mala prestación del mismo, la imposición de una sanción administrativa o la orden de ocupación temporal de un inmueble con fines expropiatorios, por considerar que existe un interés público en la construcción de una obra.¹⁵

La presencia del núcleo duro de potestades discrecionales se erige así como el primer límite tradicional al poder de sustitución. No obstante ello, como ya lo dijimos, no es este el único límite.

2. La sustitución y el tipo de actividad administrativa: El segundo límite.

El segundo límite surge en atención al *tipo de acto administrativo* del que se trate. Para ello retomaremos la clásica distinción entre los actos *favorables* y de *gravamen*, los cuales, en *principio*, se vinculan usualmente a los procedimientos administrativos iniciados por *solicitud* o a *instancia* del interesado, o de *oficio* por la propia Administración.

La aludida distinción entre el tipo de acto administrativo nos puede llevar a diversas conclusiones, ya que, en la medida en que el acto o prestación expresa o tácitamente denegada, se trate de un acto o prestación solicitada por el particular interesado, que *ampliaría su esfera jurídico-subjetiva* y en cuya expedición o ejecución es este el principal interesado -y siempre que tenga un derecho subjetivo a obtenerlo, por cuanto cumple con los requisitos *reglados* impuestos por la Ley para su obtención o se encuentra dentro de la esfera de los elementos de la discrecionalidad controlables judicialmente-, *deberá* el Juez administrativo sustituirse a la Administración y dictar el acto favorable denegado u omitido. En esta hipótesis, la Administración se nos presenta como un sujeto renuente, contumaz o rebelde a cumplir un deber impuesto por Ley. Es entonces cuando, con el objeto de salvaguardar los derechos subjetivos del ciudadano vulnerados por la Administración renuente, *puede -y debe-* el Juez *sustituirse* y ordenar que su decisión equivalga al acto denegado u omitido. Ante esa contumacia de la Administración, debe el Juez jugar un rol protagónico, proactivo.

Cosa diametralmente opuesta sucede cuando se está en presencia de actos de *gravamen*, producto *usualmente* de un procedimiento iniciado de oficio o por denuncia de un interesado, y que se enmarcan, también usualmente, en el

¹⁵ HERRERA ORELLANA, LUIS ALFONSO, *¿Goodbye a la separación entre administración y jurisdicción?: A propósito de la sentencia de la Sala Constitucional n° 962, de 9 de mayo de 2006*, en: Revista de Derecho Público, No. 108 (2006), Editorial Jurídica Venezolana, pp. 235-249.

Derecho administrativo sancionador. En estos casos, en los que la actuación de la Administración es de carácter *ablatorio o restrictivo*, y supone la imposición de una restricción producto del ejercicio de la función administrativa, el Juez no puede operar como un colaborador de la Administración que revisa y ajusta el acto contrario a Derecho para evitar su demolición. El Juez administrativo, como protector de los derechos subjetivos del particular, no puede convertirse en una suerte de superior jerárquico. Para eso el Legislador decide previamente sobre la conveniencia o no de establecer un régimen de recursos administrativos, que, desde cierta perspectiva, suelen ser entendidos como una segunda oportunidad para que la Administración corrija, en su seno interno, sus propios errores. No le corresponde al Juez hacerlo.

Pues bien, en estos casos, el Juez no puede sustituirse a la Administración para incorporar en su fallo una argumentación póstuma pretendiendo subsanar las irregularidades de la Administración. La motivación sobrevenida, que desde temprano ya la propia jurisprudencia se lo había prohibido a la Administración, rige igualmente para el Juez administrativo. Así las cosas, si ante el supuesto de la Administración renuente reclamábamos del Juez una actitud proactiva, en este caso opera precisamente lo contrario, puesto que el Juez no puede pretender una proactividad para pretender él mismo tutelar el interés general. La acción del Juez debe ser aquí reactiva y limitarse a anular el acto lesivo, para así brindar tutela judicial efectiva al afectado por la actuación contraria a Derecho.

Queda entonces claro que los poderes de sustitución solo pueden ser usados para salvaguardar los intereses, derechos subjetivos o libertades individuales del interesado, desconocidos o cercenados por la Administración reticente o contumaz.

III. LA TENTACIÓN DE SUSTITUCIÓN BAJO CIERTAS CIRCUNSTANCIAS PUNTALES DE INTERÉS

No obstante que ya hemos dejado clara la imposibilidad del Juez administrativo de sustituirse a la Administración en los casos de una actuación de gravamen contraria a Derecho para subsanar los errores de aquella, reconocemos que pareciera existir una -errada- tentación de sustituirse cuando se presenta una o alguna de las circunstancias que analizaremos a continuación.

No se trata aquí de circunstancias exclusivas ni excluyentes. Puede pensarse en infinidad de casos que incluyan una o varias de ellas. Mientras más de estas circunstancias se suman a un mismo caso, más puede ser la tentación de pretender sustituirse a una Administración que no ha obrado conforme a Derecho. No obstante ello, como concluiremos en cada uno de los casos, los dos

límites analizados *supra* no admiten excepciones fundadas en ninguna de esas circunstancias.

1. La tentación de sustituirse ante actos administrativos que cuentan con causa o motivos, pero que adolecen de otros vicios de nulidad.

El problema surge en particular cuando al Juez se le presenta un acto administrativo que adolece de cualquier vicio de ilegalidad o inconstitucionalidad, salvo el de *falso supuesto*. Dicho en otras palabras, se trata de un acto administrativo *cuyos motivos o causa* -como elemento o requisito de validez de fondo- *son impecables*. Sabemos que en el caso inicial del conductor que comete la infracción en el semáforo, la multa debía ser impuesta, porque la conducta del ciudadano podía ser subsumida en el supuesto de hecho de la norma que habilitaba a la Administración a poner en movimiento la consecuencia jurídica legalmente prevista.

Cómo queda entonces el poder de sustitución del Juez administrativo ante actos administrativos que cuentan con motivos o causa, pero cuya nulidad viene determinada por la existencia de otro tipo de vicios, bien sean estos por motivos de contrariedad a Derecho (inconstitucionalidad o ilegalidad) o por violación de los requisitos de validez (de fondo o forma). ¿Puede el Juez, so pretexto de evitar la impunidad de una conducta tipificada por el Legislador como nociva para la sociedad y erigida en consecuencia como un ilícito administrativo, abstenerse de decretar la nulidad de un acto contrario a Derecho?

La respuesta es clara: No. Líneas atrás insistimos en que la competencia para sancionar una conducta que el Legislador entendió como negativa, el propio Legislador se la atribuyó únicamente a la Administración pública. Esta, sujeta a la Ley y al Derecho, debe ejercer sus competencias de manera impecable, esto es, ajustada al ordenamiento jurídico. En la medida en que el Juez exija a la Administración una conducta ejemplar, presenciaremos evolución de la sociedad. Los estándares no deben disminuirse para que la Administración cumpla su labor mediocrementemente, en desmedro de los derechos del ciudadano al que se le ha imputado la comisión de un ilícito administrativo.

Así pues, no corresponde al Juez ponderar la «justedad» de esa situación. La infracción no sancionada es única y exclusiva responsabilidad de la Administración pública. Infractor o no, todo ciudadano se encuentra en igualdad de condiciones cuando se demanda una actuación administrativa conforme al ordenamiento jurídico. Si el acto administrativo es contrario a Derecho o lesiona derechos subjetivos del particular, al Juez no le queda más remedio que anularlo, no pudiendo sustituirse, so pretexto de la impunidad de la infracción. Solo en la medida en que la justicia administrativa le exija

responsabilidad a la Administración y la reprimenda cuando vulnere los derechos subjetivos de los ciudadanos -independientemente de la conducta de estos- la Administración pública se verá forzada a *mejorar sus prácticas*, a poner mayor celo en que su actuación esté apegada formal y materialmente a Derecho, lo cual es su deber constitucional y su estándar *mínimo* de actuación.

2. La tentación de sustituirse en los casos de actos de gravamen que se traducen en medidas administrativas y la nulidad deja a un tercero desamparado o a una colectividad enfrentada a una grave y seria amenaza.

Hemos reconocido la existencia de otra circunstancia que puede despertar la idea de una errada sustitución, si consideramos la distinción entre los actos de gravamen que se traducen en una *sanción pecuniaria* y los que se concretan en una *medida administrativa*, diferente al pago de una multa.

En la primera de las hipótesis, resulta más sencillo afirmar que cuando el Juez se encuentra ante una multa viciada de ilegalidad, aun cuando existan elementos de convicción en autos de que el particular efectivamente incurrió en la infracción administrativa imputada y que debía ser castigada con dicha multa, debe declarar *irremediabilmente* la nulidad del acto. Aquí la consecuencia no genera mayores trastornos: La anulación del acto supone que la Administración dejará de imponer y cobrar una multa. Por ello el grado de tentación puede ser menor.

Quizá la situación pueda variar ligeramente, esto es, la tentación de sustituirse pueda ser mayor, cuando la anulación de un acto que contiene una medida administrativa pueda poner en riesgo un interés general concretizado. Esta circunstancia se hace evidente en el caso de las medidas administrativas que suponen órdenes de hacer o no hacer, típicas, por ejemplo, en materia de salud pública¹⁶, medioambiental¹⁷, protección de la libre competencia¹⁸ e, incluso, protección de usuarios y consumidores¹⁹.

Para ilustrar las dos anteriores afirmaciones me apoyaré en los siguientes ejemplos: Es evidente que en el caso inicial del conductor que comete la

¹⁶ Artículo 65 de la Ley Orgánica de Salud (Gaceta Oficial No. 36.579 del 11 de noviembre de 1998).

¹⁷ Artículos 54, 111, 112 y 114 de la Ley Orgánica del Ambiente (Gaceta Oficial No. 5.833 Extraordinario del 22 de diciembre de 2006).

¹⁸ Artículo 29, numerales 2 y 4, de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (Gaceta Oficial No. 34.880 del 13 de enero de 1992).

¹⁹ La Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (Gaceta Oficial No. 39.358 del 1º de febrero de 2010) contiene amplias medidas administrativas de dudosa constitucionalidad, por decir lo menos.

infracción en el semáforo, la multa debe ser anulada, porque el acto es contrario a Derecho. No observamos, salvo la impunidad del ciudadano infractor, mayores consecuencias directas. Ese caso se diferenciaría, por ejemplo, de una -ilegal- orden de clausura temporal de un matadero industrial, cuyos desechos son vertidos en un río aledaño, generando un alto de nivel polución, particularmente, en un poblado un par de kilómetros aguas abajo. La anulación de la ilegal orden podría traer como consecuencia directa un gravamen de difícil reparación a los habitantes del poblado.

Las tentaciones, pues, pueden asaltar cuando la medida que ha de ser anulada - porque su contrariedad a Derecho es innegable- supone crear un *vacío* que puede (i) afectar negativamente a un ciudadano concreto que ha sostenido un interés antagónico al del que impugnó el acto en sede judicial (*procedimientos triangulares*) o (ii) generar un daño irreparable o difícilmente reparable a una colectividad determinada (*interés general concretizado*). Veamos ambos casos y las posibles alternativas para solventar estas situaciones de conflicto.

2.1. El caso del interesado desamparado: Los procedimientos administrativos lineales y triangulares.

Sabemos que la doctrina suele hacer una distinción entre los llamados procedimientos lineales y triangulares. En los procedimientos administrativos *lineales* se da una relación entre uno o un grupo de administrados con un interés común, por un lado, y, por el otro, la Administración pública. En estos casos no cabe duda alguna de que la función ejercida es administrativa. Los *triangulares*, por el contrario, son aquellos en los que dos o más interesados mantienen posiciones antagónicas ante la Administración pública, procedimientos estos en los que una *parte de la doctrina* ha querido ver el ejercicio de función jurisdiccional.

Este sector de la doctrina entiende que, en la medida en que por haber identidad entre el interés general, del cual la Administración es tutora, y el interés de una de las partes que invoca derechos propios y pretende el restablecimiento de una situación jurídica infringida que constituye, a la vez, una infracción de una norma administrativa, la administración pareciera resolver una suerte de conflicto inter-partes, ejerciendo una *función jurisdiccional*. No en balde a la parte interesada en la sanción del supuesto infractor y que obra como denunciante, se le reconoce plenamente su derecho como parte del procedimiento administrativo. Esa parte no es un simple «*mirón*

de palo» en el procedimiento, antes bien, tiene derecho de acceso al expediente, derecho a alegar y demostrar, es, pues, una verdadera parte.²⁰

Pero para otra parte de la doctrina, no se trata aquí del ejercicio de función jurisdiccional alguna, sino *la misma función administrativa* que se ejerce cuando se tutelan los intereses generales en una relación lineal. Simplemente, en estos casos existe un tercero quien se identifica con el interés general en el caso concreto, que en nada afecta o modifica la situación descrita.²¹

Sin entrar sobre la discusión en torno a la función ejercida y la existencia o no de los llamados actos cuasijurisdiccionales, cuando nos planteamos el problema desde la perspectiva de una violación de una norma administrativa que se concreta en la imposición de una sanción pecuniaria, las diferencias entre ambos tipos de procedimientos se acortan, en tanto y en cuanto que el pago de la multa se dará a favor del Fisco, por lo que el denunciante no se beneficia de la misma, ni su «*pretensión*» se verá satisfecha, como sí lo haría de acudir ante un juez con competencia para dilucidar el conflicto inter-partes. Esa situación se identifica con la primera hipótesis del pago de una sanción pecuniaria a la que aludimos *supra* y sobre la que dijimos que parecía no haber mayores tentaciones.

Si aterrizamos, empero, en el campo de las órdenes de hacer o no hacer y la producción de un daño a un administrado, producto *reflejo* de la anulación de una actuación ilegal de la Administración pública, pero producto *directo* de la conducta de otro particular, nos toparemos con una primera variante digna de mención. Tomemos, por ejemplo, la comprobación por la Administración pública de la realización de una práctica contraria a la libre competencia por parte de un grupo de empresas y que se traduce en una grave e inminente amenaza de exclusión del mercado de una nueva e incipiente empresa concurrente. En efecto, se confirma la existencia de la práctica, pero el acto adolece de graves vicios de ilegalidad *-lato et improprio sensu-* y es, por tanto, anulado. En este caso, por tratarse de una relación triangular, nos encontramos con un «*doliente de carne y hueso*», léase: la empresa que se vio obligada a cerrar sus puertas como consecuencia de la práctica restrictiva de la libre competencia, que ahora quedó «*impune*» ante la nulidad de la actuación. ¿Qué pasa con ese «*doliente*»? ¿Qué puede o debe hacer el Juez? ¿Cómo quedan los derechos subjetivos de aquel?

²⁰ BREWER-CARÍAS, ALLAN R., El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, Colección Estudios Jurídicos No. 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 113-114.

²¹ GRISANTI BELANDRIA, ROSIBEL, La inexistencia de los actos cuasijurisdiccionales, Colección Movimiento Humberto Cuenta No. 12, Vadell Hmeranos Editores, 1994, pp. 55 y ss.

Pues bien, de entrada pareciera claro que un administrado que ha resultado favorecido por un acto administrativo que es considerado por otro ciudadano como contrario a Derecho y declarado así por el Juez, no puede poseer pretensión alguna para sostener su vigencia. Si el acto es contrario a Derecho, en principio, procede su anulación.²² En casos como el planteado, esa afirmación puede ser matizada mediante una de las herramientas que el Derecho administrativo -como ordenamiento de equilibrio y balance que es- pone a disposición de sus operadores: La *responsabilidad patrimonial* de la Administración.

Así, el administrado que resultó afectado negativamente y cuyos intereses habían de ser tutelados mediante el acto que la Administración expidió en contra del Derecho y fue, por tanto, anulado, puede ser titular de una pretensión de indemnización, fundamentada en el funcionamiento anormal de aquella. En propósito -y aunque no ahondaremos aquí por la extensión de este ensayo- valdría la pena considerar ciertos elementos que pueden sumarse a la ecuación necesaria para resolver este planteamiento, tales como la eventual influencia en la declaratoria de responsabilidad del tipo de vicio -de forma o fondo- del que adolezca el acto anulado o el tipo de nulidad -absoluta o relativa- que genere el vicio del que se trate, así como el grado de responsabilidad que el funcionario público a título personal pueda tener. Por lo sumario de nuestro estudio, remitimos a las conocidas obras de ORTIZ-ÁLVAREZ, quien ha ahondado en su estudio.²³

Finalmente, amén de la respuesta que el propio Derecho administrativo da mediante el sistema de responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración, puede darse una mirada más allá de nuestra disciplina y buscar compensación a través de las vías ordinarias, al accionar directamente en contra del causante del daño que la Administración no tuteló conforme a la Ley. Aun cuando la sanción o medida administrativa que debía tomar la Administración para sancionar o hacer cesar el ilícito administrativo sea anulada, nada obsta para que el particular afectado pudiese accionar judicialmente de manera directa en contra del infractor que le genera un daño patrimonial.

²² Salvo, por supuesto, que nos encontremos en presencia de una situación en la que el particular confió en la Administración, supuestos especiales en los que el principio de protección de la confianza legítima puede jugar un rol importante en la decisión del Juez en torno a la ilegalidad de un acto determinado. Normalmente estas situaciones presentan un conflicto entre la legalidad objetiva y la protección de los derechos subjetivos de un ciudadano.

²³ ORTIZ-ÁLVAREZ, LUIS, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Editorial Sherwood, Caracas, 1995 y ORTIZ-ÁLVAREZ, LUIS, *La responsabilidad civil de los funcionarios públicos*, Colección Cuadernos No. 6, Editorial Sherwood, Caracas, 2002.

2.2. La colectividad desamparada ante una inminente y grave amenaza: El interés general concretizado y -mal- tutelado por la Administración.

La mala tutela del interés general concretizado puede llevar a un vacío declarado por el Juez administrativo, porque el acto administrativo en el que se concreta esa tutela del interés general se halla viciado y deba ser demolido. Pongamos no solo el caso del matadero industrial, tomemos también como ejemplo la anulación de la revocatoria de una autorización para la distribución de un medicamento que, según estudios posteriores a su expedición, demostró generar graves efectos secundarios en los pacientes. ¿Qué puede o debe hacer el Juez administrativo al enfrentarse a la nulidad de un acto claramente contrario a Derecho, pero que dejará un vacío que permitirá la generación de un daño irreparable a una colectividad determinada?

Consideramos que en estos casos la respuesta de la responsabilidad patrimonial, al igual que la exigencia de la responsabilidad directa por el daño causado al administrado que fue sancionado por la Administración y luego absuelto por los errores de esta, y que aplicáramos al supuesto del interesado opositor en el procedimiento triangular, encuentran igual cabida. En la medida en que el daño o la amenaza de daño producto de la conducta de quien se vio favorecido por la declaratoria de nulidad, se concreta en individuos cuyo interés colectivo la Administración tutelaba, estos se hacen individualizables y tienen, cada uno de ellos, el derecho de accionar, bien individual o bien conjuntamente en contra del agente del daño. Aun más, el reconocimiento de acciones judiciales que tutelan intereses difusos para la protección de derechos fundamentales, puede constituir otra alternativa para lograr el equilibrio necesario roto por la acción del agente.

3. La tentación de trasladar el argumento de la ponderación de intereses en sede cautelar a la decisión de fondo para permitir al Juez sustituirse.

Finalmente, resta por mencionar una última y eventual tentación que resulta fácilmente descartable. Se ha dicho, por lo que atañe a la protección cautelar, que el Juez administrativo debe considerar un tercer requisito de procedencia, llamado la *ponderación de los intereses* en presencia.²⁴ ¿Debería entonces aplicarse al fondo lo que se ha admitido puede hacerse para la cautelar? Si se admite que el Juez, incluso en sede cautelar, esté habilitado para ponderar los intereses en juego, cómo entonces habría de negársele esa posibilidad al momento de resolver el fondo del asunto. ¿A qué se refiere la doctrina cuando habla de la ponderación de intereses, es esto, acaso, un supuesto de sustitución?

²⁴ ORTIZ ÁLVAREZ, LUIS, La protección cautelar en el contencioso-administrativo, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, p. 472.

Primero, es importante precisar que el Juez, a diferencia de la ponderación que hace la Administración pública, debe hacer una ponderación como un tercero desinteresado y ajeno a la controversia, y desde el punto de vista del Derecho. La Administración pública aun cuando debe actuar objetiva e imparcialmente, no deja nunca de ser tutora el interés general, por tanto, sigue siendo, como usualmente se dice, Juez y parte interesada.

Lo clave aquí es que, si bien es entonces cierto que el Juez en sede cautelar debe ponderar los efectos reales que podría causar la suspensión temporal de un acto administrativo o una expedición de una medida cautelar innominada, también lo es el que en estos casos, antes de entrar a ponderar los intereses en juego, el Juez debe *estar convencido de la existencia* de un elevado *fumus boni iuris*, esto es, de que existen altas probabilidades de acoger la pretensión, o, dicho del modo contrario, una elevada probabilidad de que la actuación administrativa enjuiciada será declarada nula.

En este sentido, en caso de conflicto entre la ponderación de los intereses en juego y el *fumus boni iuris*, la balanza se inclina hacia la primacía de este último. Como bien lo señala ORTIZ-ÁLVAREZ en su obra sobre medidas cautelares, para fraseando a BACIGALUPO, «no puede admitirse un interés público preponderante en la ejecutividad inmediata de un acto que con toda probabilidad se revele como ilegal, tampoco se puede admitir un interés preponderante del afectado en que se restablezca el efecto suspensivo del recurso, si éste (sic.) es manifiestamente infundado»²⁵. El Derecho se impone, siempre, a la oportunidad y conveniencia.

4. Conclusiones preliminares.

De todo lo anterior, podemos derivar una primera conclusión a modo de principio general. Por una parte, dejando a salvo la protección de la confianza legítima, ninguna circunstancia puede llevar a un Juez administrativo a dejar en vigor un acto que fue dictado en violación del Derecho. Los jueces administrativos solo pueden sustituirse para salvaguardar los derechos y libertades individuales de los ciudadanos. Esto, empero, no quiere decir en ningún momento que los derechos de un ciudadano o el interés de una colectividad que era beneficiaria legítima del acto administrativo anulado, deban quedar desamparados, desprotegidos o desguarnecidos. El Derecho administrativo moderno, hemos insistido, debe ser entendido como un mecanismo de equilibrios y de balances racionales. El Derecho siempre ofrece soluciones, lo difícil a veces es vislumbrarlas. La llamada por la doctrina alemana protección judicial primaria (*Primärrechtsschutz*), que comprende

²⁵ ORTIZ-ÁLVAREZ, LUIS, *Op. Cit.*, p. 474.

fundamentalmente la teoría de las nulidades, se encuentra complementada por el sistema de protección secundaria (*Sekundärrechtsschutz*), compuesto por el sistema de responsabilidad patrimonial.²⁶ Lo mismo sucede en nuestro país. Los casos que no encuentran su punto de equilibrio a través del primero de aquellos, suelen hacerlo de la mano del segundo. Incluso nos hemos pasado por la posibilidad de acudir allende las fronteras de nuestra disciplina, con la idea de que el derecho o los intereses de aquellos a quien la administración debía tutelar, pero por su obrar negligente o descuidado que llevó a la anulación de su acto, no queden desamparados ante una conducta de un agente determinado.

Para proteger el fin, no podemos descuidar ni olvidar que los medios deben ser los correctos. En nuestro caso, el Juez no puede ser tolerante con la Administración bajo ningún pretexto, si queremos evolucionar. La disciplina y la exigencia hacen que las sociedades avancen.

IV. ALGUNOS PROBLEMAS QUE SE ESCONDEN TRAS BASTIDORES Y PRODUCEN ESTE TIPO DE CORTOCIRCUITOS.

Creemos, la verdad, que uno de los grandes problemas de fondo al que aquí nos enfrentamos es que, durante décadas, hemos ido construyendo paulatinamente las categorías del Derecho administrativo entendiendo siempre al Juez como un *garante*, primero de la legalidad objetiva y, luego, con el avance de la ciencia jurídica, como un verdadero tutor y custodio de los derechos subjetivos de los ciudadanos frente al poder público, como un controlador de la arbitrariedad.

No obstante ello, en ciertas ocasiones nos enfrentamos con tribunales administrativos que se entienden a sí mismos como protectores de la Administración, porque están abierta y ciegamente comprometidos con el Ejecutivo nacional y con su llamado «proceso», incluso por encima y a costa del Derecho²⁷ -para ellos «obsoleto», como suele peyorativamente decirse²⁸-, con jueces que, tildándolas de liberales e individualistas, reinterpretan y

²⁶ MAURER, HARTMUT, *Op Cit.*, p. 747.

²⁷ Según lo recogido en la nota de prensa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 28/11/2011, se desea «un Poder Judicial en donde los jueces podamos llamarnos jueces nuevos, con una visión diferente, que sirvan a este proyecto constitucional de Patria, en el cual estamos comprometidos» (recuperado en: <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=9017>).

²⁸ De acuerdo con lo expresado en la nota de prensa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 01/06/2012, «estamos frente a la deconstrucción del viejo Derecho a través de los nuevos paradigmas constitucionales; donde ahora existe un gran reto... sobre todo para los abogados, jueces y juezas que están llamados a la construcción de la nueva jurisprudencia» (recuperado en: <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=9358>).

distorsionan las categorías elaboradas durante siglos por la doctrina sobre la base de la *libertad del individuo*, para subyugarlos a la opresión de las disímiles y efímeras «*masas*», a través de la supuesta «*tutela*» del mal empleado concepto de «*interés general*». Precisamente aquí se hilvanan las estratagemas del empleo de los conceptos jurídicos súper-indeterminados, a los que hemos aludido en otras ocasiones, con la finalidad de dismantelar las categorías elaboradas para asegurar la libertad y los derechos individuales.

Es obvio que, en ciertas ocasiones de conflicto, el interés general puede prevalecer sobre el interés particular, pero, como se ha dicho hasta el cansancio, el interés general *jamás* puede prevalecer sobre los *derechos fundamentales*. El Derecho administrativo debe buscar puntos de contacto, equilibrio, balance, debe ser, pues, un derecho de inclusión o dialéctico, y no un derecho pensado para aniquilar, aplastar o subyugar lo individual para dar cabida a lo general, esto es, como una suerte de «*Derecho administrativo del enemigo*».

El retórico discurso -por demás, supremamente falaz- que, distorsionando totalmente el contenido, significado y alcance de la cláusula de Estado Social, pretende *identificar siempre y necesariamente* el «*interés general*» con las clases sociales menos favorecidas, entendidas como una masa o grupo impersonal e impreciso, fácilmente manejable y manipulable; contraponiéndolo al «*interés individual*», encarnado por integrantes singulares de las clases pudientes, pareciera ser una forma de retomar el concepto de la lucha de clases, asumiendo siempre y de entrada un conflicto irresoluble entre ambos y que justifica la idea de la destrucción de uno para la supervivencia del otro, todo lo cual sirve para -dentro de esa mentalidad- utilizar la frase «la Administración es «*tutora*» del «*interés general*»» como título habilitante para representar o personificar de manera parcializada y no objetiva a ese colectivo y, en nombre de él, imponer la propia voluntad, para acabar con el interés particular o, mejor dicho, con cualquier individualidad que disienta, supuestamente defendiendo a los más pobres (interés general) de los más ricos (interés particular).

Pero lo que más preocupa de este asunto, insistimos, es que esa visión ha permeado y se ha solidificado en los órganos de la rama judicial del poder público, por lo que ahora, pareciéramos vernos forzados a tomar las categorías que fueron pensadas y desarrolladas bajo la concepción de que el Juez administrativo era el garante de la *libertad* y los *derechos fundamentales de los individuos* - lo que partía de la premisa de la confianza en el poder judicial como *primus inter pares*, porque, a diferencia del legislativo y ejecutivo que consideran la política en sus decisiones, aquel solo debía estricto apego al Derecho y nada más que al Derecho- y *reconstruirlas y rediseñarlas* para protegernos ahora de la arbitrariedad judicial, de jueces que ya no responden solo al Derecho, sino que quieren administrar, en el sentido de incorporar abierta y descaradamente

considerandos no solo de orden político, sino, pero aún, de orden partidista, a sus decisiones.

¿Será que experimentaremos lo que sucedió cuando pensábamos que era el Parlamento, representante de la voluntad popular, el garante frente al Monarca, y elaboramos toda la teoría de la irresistibilidad de la Ley formal y el principio de legalidad, como mecanismos para buscar amparo ante la arbitrariedad, pero después nos dimos cuenta que también el Legislador podía cometer arbitrariedades, como -por poner tan solo un ejemplo conocido- las leyes raciales nacionalsocialistas o *Nürnberger Rassengesetze*, y se tuvo que buscar amparo en el Derecho constitucional y en el desarrollo del concepto del Estado de Derecho material, así como en el consecuente reconocimiento de unos derechos fundamentales inalienables anclados en la norma suprema y que ni siquiera el propio Legislador podía desconocer?

Queda abierta la pregunta sobre si tendremos ahora que rediseñar esas categorías para protegernos también del *propio poder judicial*, categorías que, a pesar de haber sido elaboradas durante décadas, ladrillo a ladrillo, en un largo proceso de depuración y evolución, pretenden ser borradas por los propios integrantes del poder judicial de un plumazo... y sí, una y media décadas de involución es un mero plumazo, cuando la comparamos con siglos previos de historia.