JURISPRUDENCIA

Actos administrativos – El criterio de la *“subsanación”* del vicio de ausencia absoluta de procedimiento por el ejercicio posterior de la vía administrativa y de los recursos contenciosos administrativos no tiene asidero en los principios procesales previstos en los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
.

Sentencia Nº 1316 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 08/10/13.

“Se solicita la nulidad de la sentencia 01646 dictada el 30 de noviembre de 2011 por la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia. **El fundamento de la pretensión se encuentra comprendido en la alegada violación del derecho a la defensa y al debido proceso , al señalarse que el mencionado fallo considera ajustado a derecho la convalidación de aquellos actos administrativos que se hayan dictado sin procedimiento previo y en ausencia del administrado**
.

En tal sentido, la Sala Político Administrativa, actuando en segunda instancia, ratificó sentencia dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, la cual declaró sin lugar el recurso contencioso administrativo ejercido por quienes ahora solicitan la revisión constitucional, con respecto a un acto administrativo dictado por el Consejo Directivo de la Universidad *Omissis…*, que revocó una decisión anterior que les confería el rango de Profesores Titulares y ordenaba calificarlos nuevamente como Profesores Asociados, toda vez que el ascenso supuestamente les fue conferido una vez que ya se encontraban jubilados.

Para ello, **la Sala Político Administrativa se apoya en el siguiente criterio**: **el vicio de nulidad de un acto administrativo dictado en ausencia de procedimiento es convalidable desde la perspectiva del derecho a la defensa si se comprueba que el particular, luego de dictada la decisión que le afecta, pudo ejercer posteriormente los recursos administrativos y contenciosos administrativos , subsanando así cualquier vulneración vinculada a las fallas cometidas por la Administración sobre este aspecto**
.

Por su parte, los ciudadanos *Omissis…*, quienes ahora solicitan la revisión, denuncian que el criterio adoptado tanto por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo como por la Sala Político Administrativa de este Supremo Tribunal contraría lo dispuesto en la sentencia núm. 1073 dictada el 31 de julio de 2009 por esta Sala Constitucional (caso: José Manuel Argiz Riocabo y Hjalmar Jesús Gibelli Gómez). **En dicha decisión, se asentó el veredicto de que los actos administrativos que afectan derechos fundamentales no pueden ser dictados sin haberse realizado el respectivo procedimiento que permita la participación del afectado, sin que ese daño constitucional pueda considerarse posteriormente reparado por los recursos administrativos ni contenciosos administrativos**
.

En efecto, la decisión invocada por la parte solicitante establece lo siguiente:

“Esta Sala Constitucional se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre el respeto que la Administración debe tener para con los derechos constitucionales de los administrados; respecto que se intensifica ante la sustanciación de procedimientos de naturaleza sancionatoria, como fue el caso de autos, que terminó con una orden de demolición y sanción de multa.

La Sala reitera que **la Administración Pública, en cualquiera de sus manifestaciones, no puede imponer ninguna sanción a particular alguno, si antes no sustancia un procedimiento trámite que garantice el pleno ejercicio, por parte del destinatario del procedimiento, de sus derechos a la defensa, debido proceso y presunción de inocencia**
.
La principal garantía de estos derechos lo constituye la puesta en conocimiento del inicio del procedimiento administrativo, lo cual se hace a través de la notificación del acto que ordena el comienzo de la averiguación. Este acto de inicio debe contener, de manera clara y sin ambigüedades, los hechos que dan lugar al procedimiento, así como la indicación precisa de las normas que supuestamente han sido infringidas y, por último, la consecuencia jurídica de encontrarse que la persona que se somete a la investigación resulta el autor del hecho que se averigua y la oportunidad para la presentación de pruebas y alegatos. Todas estas menciones deben plasmarse en el acto que se notifica, pues es lo que permite, y garantiza a la vez, una correcta defensa
.

La Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo juzgó que, si bien el particular que fue sancionado en sede administrativa no fue debidamente notificado, esa deficiencia la subsanó y convalidó el mismo perjudicado con su participación en sede judicial. **Esta Sala Constitucional rechaza categóricamente semejante argumentación, toda vez que el derecho a la defensa y debido procedimiento son inviolables**
.

En efecto, **mal puede un órgano jurisdiccional que controla la legalidad de la actividad administrativa decidir que la ausencia total de notificación de quien resulte sancionado en sede administrativa por un procedimiento en su contra, en el que no participó, no tenga consecuencias jurídicas y no declare la nulidad del procedimiento, por cuanto el particular afectado –que no fue convocado al trámite- impugnó el acto lesivo por ante el**

tribunal contencioso administrativo y con esa actuación se haya subsanado la omisión de notificación . Debe tenerse presente que **los vicios que suponen la nulidad absoluta de los actos administrativos no puede ser objeto de convalidación**
.

En el caso de autos, el hecho de que el ciudadano Manuel Argiz Riocabo haya actuado durante las dos instancias del juicio de nulidad, no implica que el vicio de nulidad absoluta por la ausencia de notificación haya sido subsanado. Sobre la convalidación en sede judicial de los vicios acaecidos en sede administrativa la Sala, en veredicto n.° 431/04 que se reitera, se pronunció de la siguiente manera:

‘Luego del examen de los recaudos existentes en el expediente remitido a esta Sala, se observa que el Instituto Nacional de Parques (INPARQUES) en sus actuaciones no parece tener claro, que en un procedimiento administrativo que se inicie contra un particular, para que pueda tener plena validez las decisiones que allí se tomen, el mismo debe hacerse conforme a la ley.

En tal sentido, **la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en su artículo 48**, señala que el procedimiento se inicia a instancias de parte o de oficio. En caso de que se abra de oficio, la autoridad administrativa ordenará la apertura del expediente y notificará a los particulares cuyos derechos subjetivos, o intereses legítimos, personales y directos pudieran resultar afectados, concediéndoles un plazo de diez días para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones.

Es evidente que esta actividad, debe desarrollarse previamente a la decisión que se tome, para permitir al particular, indicar y probar a la administración sus razones y sus defensas, y una vez oído y revisado sus argumentos así como las pruebas por él aportadas, poder tomar una decisión conforme a derecho, **otro proceder ocasiona la violación del derecho a la defensa, porque se le impide al presunto infractor demostrar sus razones y también se viola el debido proceso, porque se alteran las reglas procedimentales establecidas legalmente**

sin conocimiento del interesado .

El hecho de que, una vez sancionado el particular, sin ser oído, y que, al ser notificado pueda recurrir ante las autoridades competentes, no subsanan ni convalidan las faltas cometidas que hagan nulos o anulables los actos dictados con prescindencia de procedimiento.

Este parece ser el caso en estudio, a PROCONCE DOS C.A, se le ha rescindido un convenio suscrito por ella con INPARQUES, sin que aparezca en autos, que para tomar tal decisión que además conlleva una sanción, se haya oído y notificado debidamente a la parte afectada.

El derecho establecido en el artículo 68 de la Constitución de 1961, **hoy contenido en el artículo 49 de la Constitución de 1999**
,
es garantía aplicable en cualquier procedimiento, para que las partes, puedan demostrar las razones que tengan, los hechos que deben desvirtuar y todos los elementos probatorios a que hubiere lugar, para permitir ejercer el derecho a la defensa consagrado en la Constitución como un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso
.

Al tomarse una decisión, sin que la otra parte del convenio tuviera conocimiento de que existía un procedimiento administrativo abierto en su contra, evidentemente que se le ha violentado su derecho a la defensa y al debido proceso, razón por la cual la Sala comparte totalmente el criterio de la Corte Primera de lo Contencioso- Administrativo, de considerar violado con la Resolución Nº 002, con la cual se decidió la rescisión del convenio suscrito el 4 de octubre de 1996, el derecho a la defensa de la accionante y así lo decide’.

De lo precedente, la Sala concluye que por cuanto quedó comprobado que el ciudadano Manu el Argiz Riocabo, propietario del 75% del inmueble sobre el cual recayó una orden de demolición y multa, no le fue notificado el procedimiento administrativo que terminó con la orden de demolición y sanción de multa, se configuró una violación a sus derechos a la defensa y debido procedimiento que no resulta convalidada con su actuación en sede judicial”.

Sobre este punto, **esta Sala ha considerado que el derecho a la defensa y al debido proceso tienen plena prevalencia en todo procedimiento administrativo, sin que pueda entenderse de modo alguno que el retiro de las posibilidades para ejercer esa defensa, y menos, dictar actos en ausencia total de procedimiento, puedan solventarse con la intervención posterior del particular, ante los tribunales de la jurisdicción contencioso de la materia** .

Aclarado lo anterior, **la Sala debe señalar con base en sus principios jurisprudenciales, que la teoría de la *“convalidación”* de los actos administrativos dictados sin mediación del procedimiento administrativo exigido por la ley, o con plena negación de la intervención del interesado, no se comparecen de modo alguno con los principios fundamentales que condicionan el derecho a la defensa y al debido proceso** .

No puede entenderse por subsanado un daño constitucional por el solo hecho de realizarse una posterior participación del administrado si la Administración *in audita altera pars* di cta un acto que de por sí ya es generador de gravamen , el cual se encuentra viciado de nulidad absoluta desde un principio debido a que el afectado no pudo presentar, en su debido momento, elementos relevantes en contra de la decisión, omisión que determina la nulidad absoluta y reputa su inexistencia conforme lo dispone el artículo 19.4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que prevé dentro de esa causal, aquellos proveimientos dictados, precisamente, en ausencia de procedimiento .

En ese caso, el daño se hace aún más notable cuando se profiere la decisión administrativa sin haberse llevado la tramitación procedimental correspondiente, pues no solo se hacen nugatorias las primeras oportunidades de defensa –que no pueden ser saneadas mediante una intervención posterior por cuanto se le ha anulado de por sí la primera oportunidad para la defensa-; sino que se conforma un acto en el cual no se encuentra antecedido por las razones y las pruebas -los motivos del acto- sobre las cuales se conoce la causa que fundamenta el por qué se justifica la alteración de la situación jurídica del particular. Este elemento (la motivación) también forma parte de los derechos analizados, por cuanto es inherente al debido proceso que toda decisión –judicial o administrativa- debe estar precedida de las razones de hecho y derecho, debidamente constatables en su procedimiento correspondiente, que permitan conocer las causas que dieron origen al acto administrativo o a la conclusión arrojada en la sentencia judicial.

Por tanto, **a partir del momento en que se dicta un acto administrativo írrito en ausencia absoluta de procedimiento y sin la participación del administrado cuando a éste no se le ha emplazado, genera una vulneración constitucional del derecho a la defensa y al debido proceso en los términos establecidos en los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ; determinando una inmediata contravención a la norma fundamental que no puede ser reparada mediante intervenciones posteriores del propio afectado**
. Su obligatoria y tardía intervención por razones ajenas a su voluntad no pueden modificar, de modo alguno, ese daño que previamente se le ha ocasionado, tanto por la ausencia forzada de defensa como por la consecuencia derivada de los efectos perniciosos de un acto administrativo dotado de ejecutividad y ejecutoriedad desde el primer momento de su promulgación cuya nulidad absoluta se encuentra prevista en el referido artículo 19.4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos
.

En lo que concierne al criterio señalado por la Sala Político Administrativa del cual afirma que no resulta válido anular el acto administrativo por ausencia de procedimiento si se han ejercido las vías procesales consecuentes por ser una reposición inútil, debe señalarse que **de encontrarse el acto administrativo sometido al control del juez contencioso administrativo,**
éste no puede reponer el procedimiento nuevamente a la vía administrativa
, sino que
debe proceder a declarar la nulidad del acto en sí sin mayores consideraciones por así requerirlo el artículo 19.4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos
. Por ende,
le está vedado
emitir órdenes para el reinicio de la vía administrativa,
por cuanto no está dentro de sus potestades subsanar las fallas cometidas por la Administración
, sino anular éstas cuando se ha generado un daño a los derechos de los administrados.

Por tanto, esta Sala Constitucional concluye que el criterio de la *“subsanación”* del vicio de ausencia absoluta de procedimiento por el ejercicio posterior de la vía administrativa y de los recursos contenciosos administrativos no tiene asidero en los principios procesales previstos en los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y así se declara
.

Aunado a lo anterior, es de señalar que **la parte solicitante de la solicitud de revisión denunció el vicio de ausencia de procedimiento ante la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo** (tribunal que conoció en primera instancia de la causa) cuando recurrió del acto;
incluso, al momento de ejercer el recurso de apelación ante la Sala Político Administrativa
invocó el criterio de esta Sala Constitucional como único alegato para la impugnación del fallo ante la segunda instancia
,
el cual fue obviado por la sentencia del tribunal superior cuando dicho alegato era un aspecto de análisis obligatorio por parte de esa Sala
,
generando, adicionalmente, la nulidad de ese fallo por el vicio de incongruencia negativa
como motivo por el cual opera la nulidad de una decisión declarada así por el control que se ejerce mediante la revisión constitucional
.

En efecto, esta Sala, en varias sentencias, ha reiterado el deber de los jueces de que motiven adecuadamente sus decisiones, ya que lo contrario -la inmotivación y la incongruencia- atenta contra el orden público, hace nulo el acto jurisdiccional que adolece del vicio y, además, se aparta de los criterios que ha establecido la Sala sobre el particular. Al respecto, esta Juzgadora señaló:

Aunque no lo dice expresamente el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es de la esencia de dicha norma, que todo fallo debe ser motivado, de manera que las partes conozcan los motivos de la absolución o de la condena, del por qué se declara con o sin lugar una demanda. Solo así, puede calificarse el error judicial a que se refiere el numeral 8 del citado artículo 49; sólo así, puede tener lugar el acto de juzgamiento, el cual corresponde a los jueces, según el numeral 4 del mismo artículo; sólo así, puede determinarse si a la persona se le sanciona por actos u omisiones, como lo establece el numeral 6 del mencionado artículo; y es más, todo acto de juzgamiento, a juicio de esta Sala, debe contener una motivación, que es la que caracteriza el juzgar. Es la falta de motivación de la sentencia, en criterio de esta Sala, un vicio que afecta el orden público, ya que todo el sistema de responsabilidad civil de los jueces no podría aplicarse y la cosa juzgada no se conocería como se obtuvo, y principios rectores como el de congruencia y de la defensa se minimizarían, por lo cual surgiría un caos social.

Fallos judiciales sin juzgamientos (motivación) atentan contra el orden público, y siendo éste el vicio que se denuncia en la solicitud de amparo, considera la Sala, que debe examinar la

sentencia para calificar si realmente hay falta de motivación. (sentencia de esta Sala n.° 150/2000, caso: *José Gustavo Di Mase Urbaneja*).

En el mismo sentido, pero en reciente veredicto, la Sala concretó aspectos sobre la inmotivación e incongruencia de las decisiones judiciales en los términos que siguen:

Ahora bien, la exigencia de que toda decisión judicial deba ser motivada es un derecho que tienen las partes en el proceso, el cual no comporta la exigencia de un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentaron la decisión.

Esta exigencia de motivación deviene, en primer lugar, de la razonabilidad, es decir, **la motivación no tiene que ser exhaustiva, pero sí tiene que ser razonable**
; y, en segundo término de la congruencia, que puede ser vulnerada tanto por el fallo en sí mismo, como por la fundamentación. De allí, que dicha exigencia se vulnera cuando se produce
“un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, al conceder más, menos o cosa distinta de lo pedido”
(Sent. del Tribunal Constitucional Español N.° 172/1994); así como cuando la motivación es incongruente por acción o por omisión.

Así las cosas, la incongruencia activa se presenta, ante la resolución de la pretensión por parte del juez, incumpliendo la obligación de actuar de manera coherente en relación con los términos en que fue planteada dicha pretensión, generando con su pronunciamiento desviaciones que suponen modificación o alteración en el debate; en cambio, la inmotivación deviene por incongruencia omisiva, por el incumplimiento total de la obligación de motivar, y dejar por ende, con su pronunciamiento, incontestada dicha pretensión, lo que constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial, siempre que el silencio judicial no pueda

razonablemente interpretarse como desestimación tácita. (sentencia de esta Sala n.° 4.594/2005, caso: *José Gregorio Díaz Valera)*.

Siendo así, esta Sala considera necesario anular la sentencia 01646 dictada el 30 de noviembre de 2011 por la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia. Asimismo, por razones de seguridad jurídica, esta Sala también anula la sentencia núm. 2009-01165 dictada el 30 de junio de 2011 por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo. Así se decide.

Finalmente, esta Sala debe establecer una consideración adicional atendiendo a lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el cual, dispone:

Efectos de la revisión

Artículo 35. Cuando ejerza la revisión de sentencias definitivamente firmes, la Sala Constitucional determinará los efectos inmediatos de su decisión y podrá reenviar la controversia a la Sala o tribunal **respectivo o conocer la causa, siempre que el motivo que haya generado la revisión constitucional sea de mero derecho y no suponga una nueva actividad probatoria; o que la Sala pondere que el reenvío pueda significar una dilación inútil o indebida, cuando se trate de un vicio que pueda subsanarse con la sola decisión que sea dictada.** (resaltado de esta Sala Constitucional)

Se hace referencia a la disposición normativa por cuanto esta Sala encuentra suficientemente cumplidos los supuestos de hecho de la norma, toda vez que lo expuesto en el presente fallo hace operativa de pleno derecho declarar la nulidad del acto administrativo contenido en *“…el Acta N° 645, Resolución N° CD 2004/253 de fecha 2 de julio de 2004, PUNTO N° 3…”* dictado por el Consejo Directivo de la Universidad
Omissis…
- mediante la cual revocó los ascensos al grado del escalafón de Profesor Titular a los ciudadanos
Omissis…

; determinado como ha sido el reconocimiento por parte de los tribunales que conforman la jurisdicción contencioso administrativa que
dicho proveimiento fue dictado en ausencia absoluta de procedimiento
. Por tanto, se anula dicho acto administrativo, razón por la cual, se ordena a dicha Universidad que asigne nuevamente a los mencionados ciudadanos el grado de Profesor Titular dentro del escalafón universitario, situación en la que se encontraban al momento en que se dictó el acto administrativo impugnado. Así se decide.

Finalmente, se ordena a la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo que realice las gestiones necesarias para que se hagan efectivos los reintegros de los montos descontados por las pensiones de jubilación de los solicitantes la cual deberá fijarse mediante una experticia complementaria al fallo, por cuanto, de ser reclamados en la actualidad en sede judicial, los mismos habrían sido considerados caducos de conformidad con el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. Así finalmente se decide.

Se ordena la referencia del presente fallo en la página web de este Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de su publicitación. Así se establece.” (Destacados y subrayados nuestros, salvo el que fuere especificado por la Sala Constitucional).

< Regresar ** **Indice Alfabetico

Actos administrativos – El criterio de la *“subsanación”* del vicio de ausencia absoluta de procedimiento por el ejercicio posterior de la vía administrativa y de los recursos contenciosos administrativos no tiene asidero en los principios procesales previstos en los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
.

Sentencia Nº 1316 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha

08/10/13.

“Se solicita la nulidad de la sentencia 01646 dictada el 30 de noviembre de 2011 por la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia. **El fundamento de la pretensión se encuentra comprendido en la alegada violación del derecho a la defensa y al debido proceso** , **al señalarse que el mencionado fallo considera ajustado a derecho la convalidación de aquellos actos administrativos que se hayan dictado sin procedimiento previo y en ausencia del administrado**
.

En tal sentido, la Sala Político Administrativa, actuando en segunda instancia, ratificó sentencia dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, la cual declaró sin lugar el recurso contencioso administrativo ejercido por quienes ahora solicitan la revisión constitucional, con respecto a un acto administrativo dictado por el Consejo Directivo de la Universidad *Omissis…*, que revocó una decisión anterior que les confería el rango de Profesores Titulares y ordenaba calificarlos nuevamente como Profesores Asociados, toda vez que el ascenso supuestamente les fue conferido una vez que ya se encontraban jubilados.

Para ello, **la Sala Político Administrativa se apoya en el siguiente criterio**: **el vicio de nulidad de un acto administrativo dictado en ausencia de procedimiento es convalidable desde la perspectiva del derecho a la defensa**
si se comprueba que el particular, luego de dictada la decisión que le afecta, pudo ejercer posteriormente los recursos administrativos y contenciosos administrativos , subsanando así cualquier vulneración vinculada a las fallas cometidas por la Administración sobre este aspecto
.

Por su parte, los ciudadanos *Omissis…*, quienes ahora solicitan la revisión, denuncian que el criterio adoptado tanto por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo como por la Sala Político Administrativa de este Supremo Tribunal contraría lo dispuesto en la sentencia núm. 1073 dictada el 31 de julio de 2009 por esta Sala Constitucional (caso: José Manuel Argiz Riocabo y Hjalmar Jesús Gibelli Gómez). **En dicha decisión, se asentó**

el veredicto de que los actos administrativos que afectan derechos fundamentales no pueden ser dictados sin haberse realizado el respectivo procedimiento que permita la participación del afectado, sin que ese daño constitucional pueda considerarse posteriormente reparado por los recursos administrativos ni contenciosos administrativos
.

En efecto, la decisión invocada por la parte solicitante establece lo siguiente:

“Esta Sala Constitucional se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre el respeto que la Administración debe tener para con los derechos constitucionales de los administrados; respecto que se intensifica ante la sustanciación de procedimientos de naturaleza sancionatoria, como fue el caso de autos, que terminó con una orden de demolición y sanción de multa.

La Sala reitera que **la Administración Pública, en cualquiera de sus manifestaciones, no puede imponer ninguna sanción a particular alguno, si antes no sustancia un procedimiento trámite que garantice el pleno ejercicio, por parte del destinatario del procedimiento, de sus derechos a la defensa, debido proceso y presunción de inocencia**
.
La principal garantía de estos derechos lo constituye la puesta en conocimiento del inicio del procedimiento administrativo, lo cual se hace a través de la notificación del acto que ordena el comienzo de la averiguación. Este acto de inicio debe contener, de manera clara y sin ambigüedades, los hechos que dan lugar al procedimiento, así como la indicación precisa de las normas que supuestamente han sido infringidas y, por último, la consecuencia jurídica de encontrarse que la persona que se somete a la investigación resulta el autor del hecho que se averigua y la oportunidad para la presentación de pruebas y alegatos. Todas estas menciones deben plasmarse en el acto que se notifica, pues es lo que permite, y garantiza a la vez, una correcta defensa
.

La Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo juzgó que, si bien el particular que fue sancionado en sede administrativa no fue debidamente notificado, esa deficiencia la subsanó y convalidó el mismo perjudicado con su participación en sede judicial. **Esta Sala Constitucional rechaza categóricamente semejante argumentación, toda vez que el derecho a la defensa y debido procedimiento son inviolables**
.

En efecto, **mal puede un órgano jurisdiccional que controla la legalidad de la actividad administrativa decidir que la ausencia total de notificación de quien resulte sancionado en sede administrativa por un procedimiento en su contra, en el que no participó, no tenga consecuencias jurídicas y no declare la nulidad del procedimiento, por cuanto el particular afectado –que no fue convocado al trámite- impugnó el acto lesivo por ante el tribunal contencioso administrativo y con esa actuación se haya subsanado la omisión de notificación** . Debe tenerse presente que **los vicios que suponen la nulidad absoluta de los actos administrativos no puede ser objeto de convalidación**
.

En el caso de autos, el hecho de que el ciudadano Manuel Argiz Riocabo haya actuado durante las dos instancias del juicio de nulidad, no implica que el vicio de nulidad absoluta por la ausencia de notificación haya sido subsanado. Sobre la convalidación en sede judicial de los vicios acaecidos en sede administrativa la Sala, en veredicto n.° 431/04 que se reitera, se pronunció de la siguiente manera:

‘Luego del examen de los recaudos existentes en el expediente remitido a esta Sala, se observa que el Instituto Nacional de Parques (INPARQUES) en sus actuaciones no parece tener claro, que en un procedimiento administrativo que se inicie contra un particular, para que pueda tener plena validez las decisiones que allí se tomen, el mismo debe hacerse conforme a la ley.

En tal sentido, **la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en su artículo 48**, señala que el procedimiento se inicia a instancias de parte o de oficio. En caso de que se abra de oficio, la autoridad administrativa ordenará la apertura del expediente y notificará a los particulares cuyos derechos subjetivos, o intereses legítimos, personales y directos pudieran resultar afectados, concediéndoles un plazo de diez días para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones.

Es evidente que esta actividad, debe desarrollarse previamente a la decisión que se tome, para permitir al particular, indicar y probar a la administración sus razones y sus defensas, y una vez oído y revisado sus argumentos así como las pruebas por él aportadas, poder tomar una decisión conforme a derecho, **otro proceder ocasiona la violación del derecho a la defensa, porque se le impide al presunto infractor demostrar sus razones y también se viola el debido proceso, porque se alteran las reglas procedimentales establecidas legalmente sin conocimiento del interesado** .

El hecho de que, una vez sancionado el particular, sin ser oído, y que, al ser notificado pueda recurrir ante las autoridades competentes, no subsanan ni convalidan las faltas cometidas que hagan nulos o anulables los actos dictados con prescindencia de procedimiento.

Este parece ser el caso en estudio, a PROCONCE DOS C.A, se le ha rescindido un convenio suscrito por ella con INPARQUES, sin que aparezca en autos, que para tomar tal decisión que además conlleva una sanción, se haya oído y notificado debidamente a la parte afectada.

El derecho establecido en el artículo 68 de la Constitución de 1961, **hoy contenido en el artículo 49 de la Constitución de 1999**
,
es garantía aplicable en cualquier procedimiento, para que las partes, puedan demostrar las razones que tengan, los hechos que deben desvirtuar y todos los elementos probatorios a que hubiere lugar, para permitir ejercer el derecho a la defensa consagrado en la Constitución como un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso
.

Al tomarse una decisión, sin que la otra parte del convenio tuviera conocimiento de que

existía un procedimiento administrativo abierto en su contra, evidentemente que se le ha violentado su derecho a la defensa y al debido proceso, razón por la cual la Sala comparte totalmente el criterio de la Corte Primera de lo Contencioso- Administrativo, de considerar violado con la Resolución Nº 002, con la cual se decidió la rescisión del convenio suscrito el 4 de octubre de 1996, el derecho a la defensa de la accionante y así lo decide’.

De lo precedente, la Sala concluye que por cuanto quedó comprobado que el ciudadano Manu el Argiz Riocabo, propietario del 75% del inmueble sobre el cual recayó una orden de demolición y multa, no le fue notificado el procedimiento administrativo que terminó con la orden de demolición y sanción de multa, se configuró una violación a sus derechos a la defensa y debido procedimiento que no resulta convalidada con su actuación en sede judicial”.

Sobre este punto, **esta Sala ha considerado que el derecho a la defensa y al debido proceso tienen plena prevalencia en todo procedimiento administrativo, sin que pueda entenderse de modo alguno que el retiro de las posibilidades para ejercer esa defensa, y menos, dictar actos en ausencia total de procedimiento, puedan solventarse con la intervención posterior del particular, ante los tribunales de la jurisdicción contencioso de la materia** .

Aclarado lo anterior, **la Sala debe señalar con base en sus principios jurisprudenciales, que la teoría de la *“convalidación”* de los actos administrativos dictados sin mediación del procedimiento administrativo exigido por la ley, o con plena negación de la intervención del interesado, no se comparecen de modo alguno con los principios fundamentales que condicionan el derecho a la defensa y al debido proceso**
.

**No puede entenderse por subsanado un daño constitucional por el solo hecho de realizarse una posterior participación del administrado si la Administración *in audita altera pars* di
cta un acto que de por sí ya es generador de gravamen
, el cual se encuentra viciado de nulidad absoluta desde un principio debido a que el afectado no pudo presentar, en su debido momento, elementos relevantes en contra de la decisión, omisión que determina la nulidad absoluta y reputa su inexistencia conforme lo dispone el artículo 19.4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que prevé dentro de esa causal, aquellos proveimientos dictados, precisamente, en ausencia de procedimiento**
.

En ese caso, el daño se hace aún más notable cuando se profiere la decisión administrativa sin haberse llevado la tramitación procedimental correspondiente, pues no solo se hacen nugatorias las primeras oportunidades de defensa –que no pueden ser saneadas mediante una intervención posterior por cuanto se le ha anulado de por sí la primera oportunidad para la defensa-; sino que se conforma un acto en el cual no se encuentra antecedido por las razones y las pruebas -los motivos del acto- sobre las cuales se conoce la causa que fundamenta el por qué se justifica la alteración de la situación jurídica del particular. Este elemento (la motivación) también forma parte de los derechos analizados, por cuanto es inherente al debido proceso que toda decisión –judicial o administrativa- debe estar precedida de las razones de hecho y derecho, debidamente constatables en su procedimiento correspondiente, que permitan conocer las causas que dieron origen al acto administrativo o a la conclusión arrojada en la sentencia judicial.

Por tanto, **a partir del momento en que se dicta un acto administrativo írrito en ausencia absoluta de procedimiento y sin la participación del administrado cuando a éste no se le ha emplazado, genera una vulneración constitucional del derecho a la defensa y al debido proceso en los términos establecidos en los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ; determinando una inmediata contravención a la norma fundamental que no puede ser reparada mediante intervenciones posteriores del propio afectado . Su obligatoria y tardía intervención por razones ajenas a su voluntad no pueden modificar, de modo alguno, ese daño que previamente se le ha ocasionado, tanto por la ausencia forzada de defensa como por la consecuencia derivada de los efectos perniciosos de un acto administrativo dotado de ejecutividad y ejecutoriedad desde el primer momento de su promulgación cuya nulidad absoluta se encuentra prevista en el referido artículo 19.4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos** .

En lo que concierne al criterio señalado por la Sala Político Administrativa del cual afirma que no resulta válido anular el acto administrativo por ausencia de procedimiento si se han ejercido las vías procesales consecuentes por ser una reposición inútil, debe señalarse que **de encontrarse el acto administrativo sometido al control del juez contencioso administrativo, éste no puede reponer el procedimiento nuevamente a la vía administrativa , sino que debe proceder a declarar la nulidad del acto en sí sin mayores consideraciones por así requerirlo el artículo 19.4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos** . Por ende, **le está vedado**

emitir órdenes para el reinicio de la vía administrativa,
por cuanto no está dentro de sus potestades subsanar las fallas cometidas por la Administración
, sino anular éstas cuando se ha generado un daño a los derechos de los administrados.

Por tanto, esta Sala Constitucional concluye que el criterio de la *“subsanación”* del vicio de ausencia absoluta de procedimiento por el ejercicio posterior de la vía administrativa y de los recursos contenciosos administrativos no tiene asidero en los principios procesales previstos en los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y así se declara
.

Aunado a lo anterior, es de señalar que **la parte solicitante de la solicitud de revisión denunció el vicio de ausencia de procedimiento ante la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo** (tribunal que conoció en primera instancia de la causa) cuando recurrió del acto;
incluso, al momento de ejercer el recurso de apelación ante la Sala Político Administrativa
invocó el criterio de esta Sala Constitucional como único alegato para la impugnación del fallo ante la segunda instancia
,
el cual fue obviado por la sentencia del tribunal superior cuando dicho alegato era un aspecto de análisis obligatorio por parte de esa Sala
,
generando, adicionalmente, la nulidad de ese fallo por el vicio de incongruencia negativa
como motivo por el cual opera la nulidad de una decisión declarada así por el control que se ejerce mediante la revisión constitucional
.

En efecto, esta Sala, en varias sentencias, ha reiterado el deber de los jueces de que motiven adecuadamente sus decisiones, ya que lo contrario -la inmotivación y la incongruencia- atenta contra el orden público, hace nulo el acto jurisdiccional que adolece del vicio y, además, se aparta de los criterios que ha establecido la Sala sobre el particular. Al respecto, esta Juzgadora señaló:

Aunque no lo dice expresamente el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es de la esencia de dicha norma, que todo fallo debe ser

motivado, de manera que las partes conozcan los motivos de la absolución o de la condena, del por qué se declara con o sin lugar una demanda. Solo así, puede calificarse el error judicial a que se refiere el numeral 8 del citado artículo 49; sólo así, puede tener lugar el acto de juzgamiento, el cual corresponde a los jueces, según el numeral 4 del mismo artículo; sólo así, puede determinarse si a la persona se le sanciona por actos u omisiones, como lo establece el numeral 6 del mencionado artículo; y es más, todo acto de juzgamiento, a juicio de esta Sala, debe contener una motivación, que es la que caracteriza el juzgar. Es la falta de motivación de la sentencia, en criterio de esta Sala, un vicio que afecta el orden público, ya que todo el sistema de responsabilidad civil de los jueces no podría aplicarse y la cosa juzgada no se conocería como se obtuvo, y principios rectores como el de congruencia y de la defensa se minimizarían, por lo cual surgiría un caos social.

Fallos judiciales sin juzgamientos (motivación) atentan contra el orden público, y siendo éste el vicio que se denuncia en la solicitud de amparo, considera la Sala, que debe examinar la sentencia para calificar si realmente hay falta de motivación. (sentencia de esta Sala n.° 150/2000, caso: *José Gustavo Di Mase Urbaneja*).

En el mismo sentido, pero en reciente veredicto, la Sala concretó aspectos sobre la inmotivación e incongruencia de las decisiones judiciales en los términos que siguen:

Ahora bien, la exigencia de que toda decisión judicial deba ser motivada es un derecho que tienen las partes en el proceso, el cual no comporta la exigencia de un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentaron la decisión.

Esta exigencia de motivación deviene, en primer lugar, de la razonabilidad, es decir, **la motivación no tiene que ser exhaustiva, pero sí tiene que ser razonable**
; y, en segundo término de la congruencia, que puede ser vulnerada tanto por el fallo en sí

mismo, como por la fundamentación. De allí, que dicha exigencia se vulnera cuando se produce
“un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, al conceder más, menos o cosa distinta de lo pedido”
(Sent. del Tribunal Constitucional Español N.° 172/1994); así como cuando la motivación es incongruente por acción o por omisión.

Así las cosas, la incongruencia activa se presenta, ante la resolución de la pretensión por parte del juez, incumpliendo la obligación de actuar de manera coherente en relación con los términos en que fue planteada dicha pretensión, generando con su pronunciamiento desviaciones que suponen modificación o alteración en el debate; en cambio, la inmotivación deviene por incongruencia omisiva, por el incumplimiento total de la obligación de motivar, y dejar por ende, con su pronunciamiento, incontestada dicha pretensión, lo que constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial, siempre que el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita. (sentencia de esta Sala n.° 4.594/2005, caso: *José Gregorio Díaz Valera)*.

Siendo así, esta Sala considera necesario anular la sentencia 01646 dictada el 30 de noviembre de 2011 por la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia. Asimismo, por razones de seguridad jurídica, esta Sala también anula la sentencia núm. 2009-01165 dictada el 30 de junio de 2011 por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo. Así se decide.

Finalmente, esta Sala debe establecer una consideración adicional atendiendo a lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el cual, dispone:

Efectos de la revisión

Artículo 35. Cuando ejerza la revisión de sentencias definitivamente firmes, la Sala Constitucional determinará los efectos inmediatos de su decisión y podrá reenviar la controversia a la Sala o tribunal **respectivo o conocer la causa, siempre que el motivo que haya generado la revisión constitucional sea de mero derecho y no suponga una nueva actividad probatoria; o que la Sala pondere que el reenvío pueda significar una dilación inútil o indebida, cuando se trate de un vicio que pueda subsanarse con la sola decisión que sea dictada.** (resaltado de esta Sala Constitucional)

Se hace referencia a la disposición normativa por cuanto esta Sala encuentra suficientemente cumplidos los supuestos de hecho de la norma, toda vez que lo expuesto en el presente fallo hace operativa de pleno derecho declarar la nulidad del acto administrativo contenido en *“…el Acta N° 645, Resolución N° CD 2004/253 de fecha 2 de julio de 2004, PUNTO N° 3…”* dictado por el Consejo Directivo de la Universidad
Omissis…
- mediante la cual revocó los ascensos al grado del escalafón de Profesor Titular a los ciudadanos
Omissis…
; determinado como ha sido el reconocimiento por parte de los tribunales que conforman la jurisdicción contencioso administrativa que
dicho proveimiento fue dictado en ausencia absoluta de procedimiento
. Por tanto, se anula dicho acto administrativo, razón por la cual, se ordena a dicha Universidad que asigne nuevamente a los mencionados ciudadanos el grado de Profesor Titular dentro del escalafón universitario, situación en la que se encontraban al momento en que se dictó el acto administrativo impugnado. Así se decide.

Finalmente, se ordena a la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo que realice las gestiones necesarias para que se hagan efectivos los reintegros de los montos descontados por las pensiones de jubilación de los solicitantes la cual deberá fijarse mediante una experticia complementaria al fallo, por cuanto, de ser reclamados en la actualidad en sede judicial, los mismos habrían sido considerados caducos de conformidad con el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. Así finalmente se decide.

Se ordena la referencia del presente fallo en la página web de este Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de su publicitación. Así se establece.” (Destacados y subrayados nuestros, salvo el que fuere especificado por la Sala Constitucional).